

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 1^{er} juillet 2020

Composition : M. OULEVEY, juge délégué
Greffière : Mme Cottier

Art. 179 al. 1, 276 al. 1 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **A.Z.**_____, à [...] [...],
requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 29
mai 2019 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de
Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.Z.**_____, à [...],
intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal
considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 29 mai 2019, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président ou le premier juge) a rejeté la requête de mesures provisionnelles présentée le 23 décembre 2018 par A.Z. _____ (I), a mis les frais judiciaires, arrêtés à 400 fr., à la charge d'A.Z. _____ (II), a dit que les dépens suivaient le sort de la cause au fond (III) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (IV).

En droit, le président a considéré que la requête, qui tendait au transfert au père de la garde de l'enfant M. _____, née le [...] 2006, était chicanière, voire incohérente, le curateur de surveillance des relations personnelles n'ayant signalé aucun événement ni transmis aucune inquiétude concernant l'enfant M. _____ auprès de sa mère.

B. Par deux actes personnels distincts du 10 juin 2019, A.Z. _____ (ci-après : l'appelant) a interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant, dans le premier de ses deux actes, à l'annulation des frais judiciaires mis à sa charge et, dans le second, en substance, à la réforme de l'ordonnance attaquée en ce sens que l'enfant soit autorisée à choisir son lieu de résidence et le parent auquel sa garde est confiée.

L'appelant a expressément précisé dans son acte d'appel que l'avocat Stephen Gintzburger, qui l'assistait en première instance, ne le représentait pas dans la procédure d'appel.

Par avis du 4 juillet 2019, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal (ci-après : le juge délégué) a imparti à l'appelant, domicilié en [...], un délai de trente jours dès réception de l'avis pour élire un domicile de notification en Suisse, faute de quoi les actes de la procédure lui seraient notifiés par la voie édictale. Cet avis a été notifié

à l'appelant, par la voie diplomatique, le 7 août 2019. Par lettre du 9 août 2019, l'appelant a requis que les actes lui soient notifiés en Suisse par l'intermédiaire de sa fille M._____. Le juge délégué lui a répondu que la désignation d'un enfant mineur pour ce genre d'acte était irrégulière, qu'il n'en serait pas tenu compte et que l'avis du 4 juillet 2019 était maintenu. Par lettre du 14 août 2019, l'appelant a demandé au juge délégué de lui faire notifier les actes par l'intermédiaire du Consulat de Suisse à [...] [...].

Le juge délégué a interpellé l'assistant social de l'Office régional de protection des mineurs du Centre, K._____, qui avait été chargé du mandat de curatelle de surveillance des relations personnelles instauré en première instance par ordonnance de mesures provisionnelles du 31 octobre 2016. Celui-ci a déposé le 9 mars 2020 un rapport de renseignement.

Dans sa réponse du 16 mars 2020, B.Z._____ a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet de l'appel, avec suite de frais et dépens.

Le juge délégué a entendu l'enfant M._____ le 27 mai 2020.

Par publication à la Feuille des Avis Officiels (ci-après : la FAO) du 9 juin 2020, un délai de vingt jours a été imparti à l'appelant pour prendre connaissance de la réponse et des déclarations de l'enfant et pour déposer ses ultimes observations. L'appelant n'a pas procédé dans le délai imparti.

C. Le juge délégué retient les faits pertinents suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. B.Z._____ (ci-après : l'intimée), née [...], de nationalité [...], et A.Z._____, de nationalité [...], se sont mariés le [...] 2004 à [...].

Un enfant est issu de cette union, M._____, née le [...] 2006.

2. a) A.Z._____ a ouvert action en divorce au [...] dans le courant de l'année 2008 et a obtenu un jugement de divorce en date du 2 août 2010, l'appel interjeté au [...] par l'intimée ayant été rejeté.

A.Z._____ a requis la reconnaissance en Suisse de ce jugement, lequel a été reconnu par l'Etat civil du canton de Fribourg par décision du 25 juillet 2014, s'agissant du principe du divorce. Aux termes de sa décision, l'Etat civil a constaté qu'il n'était pas compétent pour statuer sur les effets accessoires et qu'il appartenait aux parties de saisir les autorités compétentes.

b) Par demande unilatérale en divorce du 19 avril 2013, B.Z._____ a ouvert action en divorce en Suisse.

Par jugement incident du 3 décembre 2014, le président a transformé la demande unilatérale précitée en une demande de complètement de jugement de divorce.

c) La procédure de complètement du jugement de divorce a fait l'objet de plusieurs décisions, dont il sera fait état que dans la mesure de leur utilité pour la présente procédure.

3. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 19 février 2015, le président a notamment fixé le lieu de résidence de l'enfant M._____ au domicile de B.Z._____, qui exercerait en conséquence la garde de fait (I), a dit qu'A.Z._____ était mis au bénéfice d'un libre et large droit de visite à l'égard de sa fille M._____, à exercer d'entente avec la mère (II), a dit qu'A.Z._____ contribuerait à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de B.Z._____ d'un montant de 5'000 fr., allocations familiales éventuelles en sus, dès et y compris le 1^{er} novembre 2014 (III).

4. Le 18 juin 2015, le président a confié au Service de protection de la jeunesse (ci-après : le SPJ) un mandat d'enquête portant sur les conditions de vie de l'enfant M._____ auprès de sa mère ainsi qu'un mandat d'évaluation s'agissant de l'opportunité d'instituer toute mesure

de protection, en particulier une curatelle d'assistance éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC.

Le 12 mai 2016, le SPJ a déposé un rapport d'évaluation. Dans ce rapport, le SPJ a considéré qu'aucune mesure de protection n'était nécessaire et qu'il n'envisageait pas la poursuite d'une action socio-éducative.

5. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 31 octobre 2016, le président a notamment confié un mandat de curatelle de surveillance des relations personnelles à la forme de l'art. 308 al. 2 CC au SPJ et a désigné K. _____ en qualité de curateur *ad personam* de M. _____.

Constatant, d'une part, que les parents étaient en mesure de s'entendre sur les modalités de l'exercice du droit de visite et, d'autre part, une évolution positive de l'enfant M. _____, le SPJ n'est plus intervenu depuis l'été 2017.

6. Par requête de mesures provisionnelles 23 décembre 2018, A.Z. _____ a demandé en substance que sa fille puisse vivre en [...] avec lui.

Par réponse du 15 janvier 2019, l'intimée a contesté le contenu de la requête du 23 décembre 2018 et a conclu à son rejet, avec suite de frais et dépens.

Le requérant ne s'est pas déterminé dans le délai imparti à cet effet, malgré de nombreuses prolongations. Par avis du 8 avril 2019, le président a indiqué aux parties qu'il rendrait dès lors une décision, sans tenir d'audience.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2010 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours, de même que pour le dépôt de la réponse (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence d'un membre de la Cour d'appel civile statuant en qualité de juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non pécuniaires, à savoir le transfert de la garde, l'appel est recevable.

1.2 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées) et peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC).

2.

2.1 S'agissant des questions relatives aux enfants, la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC) et, en sus, la maxime d'office (art. 296 al. 2 CPC) sont applicables. Les parties peuvent ainsi présenter des faits et moyens de preuve nouveaux en appel même si les conditions de

l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (TF 5A_788/2017 du 2 juillet 2018 consid. 4.2.1). L'autorité d'appel peut même ordonner d'office toute mesure d'instruction utile.

2.2 En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, ou en matière provisionnelle, l'état de fait est arrêté sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2). Le juge peut refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 374 ; ATF 131 III 222 consid. 4.3 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6).

3.

3.1 L'appelant se plaint du rejet de sa requête visant au transfert de la garde de sa fille M._____.

3.2 En matière de divorce, les mesures provisionnelles sont régies par les dispositions applicables aux mesures protectrices de l'union conjugale (cf art. 276 al. 1 CPC).

Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ont été ordonnées, les époux peuvent solliciter la modification de celles-ci si, depuis leur entrée en vigueur, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, ou encore si le juge s'est fondé sur des faits qui se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus (art. 179 al. 1 CC ; TF 5A_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.1.1 et la jurisprudence citée). Une modification peut également être demandée si

la décision de mesures protectrices est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (TF 5A_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.1.1 et les réf. citées). La procédure de modification n'a cependant pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1 ; ATF 129 III 60 consid. 2 et les réf. citées ; TF 5A_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.1.1 précité ; TF 5A_155/2015 du 18 juin 2015 consid. 3.1). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 et les réf. citées ; TF 5A_235/2016 du 15 août 2016 consid. 3.1 ; TF 5A_917/2015 du 4 mars 2016 consid. 3).

3.3 Le premier juge a retenu que le rapport du SPJ du 12 mai 2016 attestait que l'intimée s'occupait de sa fille avec soin et diligence et que cette dernière avait confirmé vivre dans de bonnes conditions lors de son audition du 17 octobre 2016. Il a constaté que depuis lors, le SPJ n'avait pas transmis au tribunal de quelconques inquiétudes vis-à-vis de M._____. Dans ces conditions, le premier juge a considéré qu'il n'y avait pas de changement notable qui pouvait justifier une modification du système existant s'agissant de la garde de l'enfant M._____.

3.4 A l'encontre de ce raisonnement, l'appelant soutient que l'intimée serait maltraitante à l'endroit de leur fille. Il allègue notamment que celle-ci l'aurait appelé au téléphone à la fin de l'année 2018, pour se plaindre d'une tentative d'étranglement dont elle aurait été victime de la part de sa mère.

3.5 Contrairement à ce qui est retenu dans l'ordonnance attaquée, le fait que l'intervenant du SPJ chargé du mandat de surveillance des relations personnelles n'a pas signalé de problème au premier juge ne prouvait pas que les griefs de l'appelant étaient sans fondement, dès lors que le SPJ et, en particulier, le curateur aux relations personnelles n'avaient plus eu de contact avec l'enfant depuis l'été 2017. Toutefois, l'audition de celle-ci par le juge délégué de céans a permis de vérifier

qu'elle n'est pas en danger auprès de sa mère. L'enfant s'est exprimée avec spontanéité, sans donner le moindre signe d'une quelconque contrainte la forçant à dire ou à ne pas dire quelque chose. Si les allégations du père à l'appui de la requête en transfert de garde avaient eu un début de fondement, il est certain que l'enfant en aurait parlé ou qu'elle aurait, d'une manière ou d'une autre, adopté un comportement qui aurait trahi l'existence d'un problème. Les faits allégués par l'appelant à l'appui de sa requête en transfert de garde ne sont dès lors, pour le moins, pas rendus vraisemblables.

Partant, le grief de l'appelant est rejeté.

4.

4.1 Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance attaquée doit être confirmée.

4.2 L'appel étant rejeté, il n'y a pas lieu de revenir sur la répartition des frais judiciaires fixée dans l'ordonnance de mesures provisionnelles attaquée.

4.3 S'agissant des frais judiciaires de deuxième instance, vu l'issue du litige, l'appelant, qui succombe, en supportera les frais (art. 106 al. 1 CPC), qui comprennent les frais judiciaires, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]) et les dépens dus à l'intimée, fixés à 612 fr. vu la simplicité de la cause et l'ampleur limitée de la réponse (soit à 2 heures d'activités à 300 fr. de l'heure, plus 2 % de débours nécessaires ; art. 3 al. 4 et 19 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

Par ces motifs,
le Juge délégué
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 mai 2019 est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.Z._____.
- IV.** L'appelant A.Z._____ versera à l'intimée B.Z._____ la somme de 612 fr. (six cent douze francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Eric Muster.

Il est notifié à A.Z. _____ par publication d'un avis à la FAO l'informant du dispositif de l'arrêt, ainsi que du délai de recours.

Il est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :