

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 27 septembre 2019

Composition : M. OULEVEY, juge délégué
Greffier : M. Hersch

Art. 179 al. 1 et 276 al. 1 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **I.**_____, à St-Sulpice, requérante, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 juin 2019 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **F.**_____, à Morges, intimé, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 juin 2019, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le Président) a rejeté la requête de modification des mesures provisionnelles d'I.____ du 11 avril 2019 (I), a maintenu la convention passée le 23 avril 2018 par les parties, ratifiée par la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal pour valoir arrêt sur appel de mesures provisionnelle (II), a ajouté un chiffre Ibis à la convention qui précède en ce sens qu'en période scolaire, l'enfant K.____, née le [...] 2008, prendrait ses repas de midi les lundi, mardi, jeudi et vendredi soit au domicile de sa mère, soit, les semaines où elle serait avec son père, chez sa mère, avec l'accord de ce dernier, soit à proximité immédiate de son école, à St-Sulpice ou à Chavannes-près-Renens, à charge pour son père de s'organiser en ce sens (III), a mis les frais judiciaires, arrêtés à 400 fr., à la charge d'I.____ (IV), a compensé les dépens (V), a rejeté toute autre ou plus ample conclusion (VI) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (VII).

En droit, le premier juge, statuant sur une requête de modification des mesures provisionnelles d'I.____, a considéré que le déménagement de F.____ de St-Sulpice à Morges ne constituait pas une modification essentielle et durable des circonstances depuis la signature de la convention du 23 avril 2018, ratifiée par la Juge déléguée de la Cour d'appel civile pour valoir arrêt sur appel de mesures provisionnelles. Il n'y avait par conséquent pas lieu de modifier le régime de garde alternée de l'enfant K.____ prévu conventionnellement par les parties et la requête d'I.____ devait être rejetée. Cela étant, il était vrai que les trajets journaliers à midi entre l'école et le domicile du père pouvaient se révéler fatigants pour l'enfant, de sorte qu'il convenait de préciser la convention conclue par les parties en ce sens que lorsqu'elle serait chez son père, K.____ prendrait ses repas de midi soit chez sa mère, soit à proximité immédiate de son école.

B. Par acte du 8 juillet 2019, I. _____ a formé appel contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'en modification de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 23 avril 2018, la garde de fait de l'enfant K. _____ lui soit attribuée, le droit de visite de F. _____ s'exerce à défaut d'entente un week-end sur deux, du vendredi à 18h au dimanche à 18h, une nuit par semaine ainsi que la moitié des vacances scolaires, le lieu de résidence de l'enfant soit fixé au domicile de sa mère et dès le 1^{er} mai 2019, F. _____ verse une pension mensuelle de 1'000 fr. en faveur de l'enfant K. _____, allocations familiales en sus.

Dans sa réponse du 13 août 2019, F. _____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

Le Juge délégué de céans a procédé à l'audition de l'enfant K. _____ le 28 août 2019.

Le 5 septembre 2019, I. _____ s'est déterminée, produisant un bordereau de pièces. F. _____ s'est lui aussi déterminé le 6 septembre 2019.

Une audience d'appel a été tenue le 6 septembre 2019, au cours de laquelle les dépositions des parties ont été verbalisées.

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

1. I. _____, née le [...] 1977, et F. _____, né le [...] 1974, se sont mariés le 16 décembre 2007. Une enfant est issue de leur union : K. _____, née le [...] 2008.

Les parties vivent séparées depuis 2015. Dès la séparation, la prise en charge de l'enfant K. _____ a été assumée tant par sa mère que par son père.

I. _____ a déposé une demande unilatérale en divorce le 6 décembre 2017.

2. Parallèlement à sa demande en divorce, I. _____ a déposé une requête de mesures provisionnelles, qui a abouti à une convention signée par les parties le 23 avril 2018 et ratifiée sur le siège par la Juge déléguée de la Cour d'appel civile pour valoir arrêt sur appel de mesures provisionnelles. Aux termes de cette convention, les parents exerçaient une garde alternée de l'enfant K. _____, celle-ci passant alternativement une semaine chez chaque parent, du vendredi à 19h au jeudi midi, ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, le lieu de résidence de l'enfant demeurait au domicile de la mère, F. _____ s'engageait à verser dès le 1^{er} mars 2018 une pension mensuelle de 450 fr. en faveur de sa fille, allocations familiales en sus, et les parties s'engageaient à collaborer et à communiquer s'agissant des questions relatives à K. _____, dans son intérêt bien compris.

Au moment de la signature de la convention, I. _____ et F. _____ habitaient tous deux à St-Sulpice, où l'enfant K. _____ était scolarisée. Les semaines où elle était chez son père, K. _____ mettait 5 minutes à pied pour se rendre à l'école. Elle se réveillait à 7h20 et partait à 8h pour l'école. A midi, K. _____ mangeait soit chez son père, soit chez sa maman de jour.

3. F. _____ a déménagé de St-Sulpice à Morges le 1^{er} mars 2019.

Par requête du 11 avril 2019, I. _____ a conclu à ce qu'en modification de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 23 avril 2018, la garde de fait de l'enfant K. _____ lui soit attribuée, le droit de visite de F. _____ s'exerce à défaut d'entente un week-end sur deux, du vendredi

à 18h au dimanche à 18h, une nuit par semaine ainsi que la moitié des vacances scolaires, le lieu de résidence de l'enfant soit fixé au domicile de sa mère et F._____ verse dès le 1^{er} mai 2019 une pension mensuelle de 1'000 fr. en faveur de sa fille, allocations familiales en sus.

Dans sa réponse du 13 mai 2019, F._____ a conclu au rejet de la requête d'I._____.

Une audience a été tenue le 20 mai 2019, au cours de laquelle I._____ a précisé ses conclusions en ce sens que droit de visite de F._____ s'exerce également le mercredi après-midi.

4. K._____ est actuellement scolarisée en 8^e harmos à St-Sulpice. L'année prochaine, elle sera scolarisée à Chavannes-près-Renens.

Lors de son audition par le Juge délégué de céans, K._____ a expliqué qu'elle était chez son père du vendredi midi au jeudi midi et chez sa mère du jeudi midi au vendredi midi. Elle était bien installée chez ses deux parents, disposant de deux bureaux. Lors des transferts, il n'y avait que quelques habits à transporter. Lorsqu'elle était chez son père, elle se rendait en voiture à l'école. Le trajet prenait 15 minutes. C'était un peu long quand il y avait des bouchons mais ça allait. Elle avait mesuré le trajet avec son père. Lorsqu'elle était chez sa mère, elle se rendait en trottinette à l'école, ce qui prenait 15 minutes. Quand il pleuvait, le nouveau conjoint de sa mère ou un autre adulte la ramenait de l'école. L'année passée, à midi, elle mangeait chez une amie quand elle était chez son père et à la maison quand elle était chez sa mère. Si elle disposait d'une baguette magique, elle préférerait que son emploi du temps soit plus simple, par exemple une semaine chez chaque parent alternativement. C'est la seule chose qu'elle changerait.

5. Lors de sa déposition, F._____ a déclaré que depuis son déménagement de St-Sulpice à Morges le 1^{er} mars 2019, quand elle était chez lui, sa fille se levait à 7h20. Ils partaient entre 7h50 et 8h pour l'école, où ils arrivaient entre 8h03 et 8h15. Le plus long trajet pour se

rendre à l'école avait duré 25 minutes. A midi, sa fille mangeait souvent chez une copine et parfois chez sa mère, ce qui ne lui posait pas de problème. Sa fille était rentrée une seule fois à Morges à midi. C'est principalement lui qui allait chercher sa fille le soir, après les devoirs surveillés, à 17h30. Il s'absentait très rarement à l'étranger pour son travail, soit 2 à 3 fois par an pour 1 à 2 jours. Il disposait d'horaires de travail très flexibles et son supérieur se montrait très compréhensif. Les semaines où sa fille était chez lui, il était au bureau à Genève de 9h15 à 16h et effectuait du télétravail le mercredi, tandis que les semaines où sa fille n'était pas chez lui, il restait plus tard sur son lieu de travail. Sa fille avait de très bons résultats à l'école.

6. Dans sa déposition, I._____ a déclaré que sa fille avait parfois dû rentrer en bus de l'école quand elle était prise en charge par son mari. Celui-ci était souvent en retard pour chercher sa fille à l'école, ceci était arrivé avant et après le déménagement de celui-ci. Le problème principal n'était pas les trajets, mais le fait que sa fille devait vivre dans deux endroits. Elle constatait que sa fille était instable et agressive, son enseignante ayant trois fois constaté un manque de concentration depuis le 22 mars 2019. En tant que mère, I._____ estimait que la garde alternée ne fonctionnait pas, ce d'autant plus avec le début de l'adolescence de sa fille.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 1 let. b et 308 al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire conformément à l'art. 248 let. d CPC (cf. aussi, pour les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, le renvoi de l'art. 276 al.

1 CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et donc notamment à l'art. 271 CPC qui prévoit l'application de la procédure sommaire), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

1.2 En l'espèce, interjeté en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, dans leur dernier état devant la première instance et capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2.

2.1 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 l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

Dans le cadre de mesures provisionnelles ou de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge statue 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).

2.2 Les questions relatives aux enfants étant soumises à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

En l'espèce, la procédure, qui a principalement pour objet le mode de garde de l'enfant K._____, est soumise à la maxime inquisitoire illimitée. Les pièces nouvelles produites en appel par les deux parties sont dès lors recevables. Les déterminations déposées par les parties ensuite du premier échange d'écritures ordonné par le Juge délégué de céans sont recevables car elles sont intervenues avant l'audience d'appel du 6 septembre 2019, à un moment où la cause n'avait pas encore été gardée à juger.

3.

3.1 L'appelante estime que le déménagement de l'intimé de St-Sulpice à Morges constituerait une modification essentielle et durable des circonstances justifiant de revoir les mesures provisionnelles rendues le 23 avril 2018. L'enfant K._____ passerait beaucoup de temps dans la voiture, ce qui pourrait être évité si elle résidait chez sa mère. L'intimé, qui travaille à Genève, aurait de la peine à récupérer sa fille à temps à l'école. Cette dernière devrait parfois se déplacer en transports publics. K._____ ne supporterait pas le fait d'être trimbalée. Dans ces circonstances, il conviendrait de mettre fin à garde alternée et de confier la garde de fait de l'enfant à l'appelante.

3.2 Une fois que des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 2010), applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC.

Aux termes de l'art. 179 al. 1 1^{re} phr. CC, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Ces

mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable (De Luze/Page/Stoudmann, Droit de la famille, Code annoté, 2013, n. 1.1 ad art. 179 CC). Le caractère notable de la modification alléguée se détermine *in concreto*, en fonction de chaque cas particulier, en comparant les situations avant et après le changement de circonstances (TF 5A_917/2015 du 4 mars 2016 consid. 3 ; TF 5A_93/2011 du 13 septembre 2011 consid. 6.1).

Les possibilités de modifier des mesures protectrices ou provisionnelles reposant sur une convention sont limitées. Une adaptation ne peut être exigée que si des circonstances qui étaient considérées comme durables au moment de la signature de la convention ont subi des changements notables. Les circonstances ayant changé de façon notable et durable ne donneront cependant pas lieu à une adaptation si elles ont été définies et arrêtées conventionnellement pour surmonter une situation incertaine, dans la mesure où il manque une valeur de référence permettant d'évaluer l'importance d'un éventuel changement. Restent réservés les faits nouveaux qui se situent clairement en dehors du spectre des développements futurs qui apparaissaient possible - même s'ils étaient incertains - pour les parties à la convention (ATF 142 III 518 consid. 2.6.1).

3.3 En l'espèce, la modification des circonstances invoquée par l'appelante réside dans le déménagement de l'intimé le 1^{er} mars 2019 de St-Sulpice à Morges. La distance entre le nouveau domicile de l'intimé et l'école de l'enfant K. _____ à St-Sulpice est de 6.3 km. Il découle en outre de l'instruction qu'avant le déménagement de l'intimé, durant les semaines où elle était chez son père, l'enfant se levait à 7h20 et avait un trajet de 5 minutes à pied dès 8h pour se rendre à l'école. Depuis le déménagement, l'enfant se lève à 7h20 et a un trajet de 15 minutes en voiture dès 7h50 pour aller à l'école. Ce trajet est parfois prolongé de quelques minutes lorsqu'il y a des bouchons. Le plus long trajet a duré 25 minutes. Le trajet ainsi décrit n'a lieu que le matin et à la sortie de l'école et non à midi, l'enfant prenant ses repas chez une amie voire chez sa

mère. Dans ces circonstances, les modifications induites par le déménagement de l'intimé ne peuvent pas être qualifiées d'essentielles au point de revenir sur la garde alternée pratiquée par les parties depuis la séparation, soit depuis 4 ans.

C'est le lieu de rappeler que la garde alternée a été arrêtée conventionnellement par les parties à l'audience du 23 avril 2018. A cet égard, il n'a été ni allégué, ni établi par l'appelante qu'au moment de la signature de la convention, le fait que l'intimé demeure à St-Sulpice était considéré par les parties comme une circonstance durable. De plus, le déménagement de l'intimé à 6 km de son ancien domicile se situe clairement à l'intérieur du spectre des développements futurs qui apparaissaient possibles pour les parties lors de la signature de la convention du 23 avril 2018.

Par surabondance, l'appelante a elle-même déclaré à l'audience d'appel que le problème n'était pas les trajets effectués par sa fille, mais le fait que celle-ci devait vivre à deux endroits. Or il n'y a pas de changement de circonstance à cet égard depuis l'ordonnance du 23 avril 2018.

Enfin, l'argument de l'appelante selon lequel l'intimé serait parfois en retard pour chercher sa fille à l'école n'est pas déterminant, l'appelante ayant elle-même déclaré que de tels retards se seraient aussi produits avant le déménagement, de sorte qu'il n'y a pas de changement de circonstances induit par le déménagement. Quant aux craintes émises en lien avec l'instabilité de l'enfant K._____, celles-ci reposent uniquement sur les propres perceptions de l'appelante. Il ressort au contraire du dossier que K._____ est une enfant éveillée, qui a d'excellents résultats à l'école. De plus, lors de son audition, K._____ a déclaré qu'elle souhaiterait avoir un emploi du temps plus simple, par exemple une semaine alternativement chez chaque parent, mais qu'autrement elle ne changerait rien, étant bien installée tant chez son père que chez sa mère.

En définitive, le moyen de l'appelante se révèle infondé. En l'absence de changement essentiel et durable des circonstances, c'est à juste titre que le premier juge a rejeté la requête de l'appelante.

Au vu de l'issue de la cause, il n'y a pas lieu d'examiner la conclusion de l'appelante tendant à ce que l'intimé verse une pension mensuelle de 1'000 fr. en faveur de sa fille, qui repose sur la prémisse que la garde de fait de sa fille lui est attribuée.

4. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 832 fr. 40, frais d'interprète compris (art. 65 al. 2 et 91 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5], doivent être mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci versera à l'appelant la somme de 2'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 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 est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 832 fr. 40 (huit cent trente-deux francs et quarante centimes), sont mis à la charge de l'appelante I._____.
- IV.** L'appelante I._____ doit verser à l'intimé la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

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

- Me Sébastien Pedroli (pour I. _____),
- Me Véronique Fontana (pour F. _____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Monsieur 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).

Le greffier :