

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 9 février 2023

Composition : Mme BENDANI, juge unique
Greffière : Mme Chapuisat

* * * * *

Art. 265 et 308 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **K.**_____, à [...], contre l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 24 janvier 2023 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **D.**_____, à [...], la Juge unique de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait et en droit :

1.

1.1 K._____ (ci-après : l'appelant), né le [...], et D._____ (ci-après : l'intimée), née [...] le [...], se sont mariés le 2 mars 2018 devant l'Office de l'Etat civil de [...].

Deux enfants sont issus de leur union : [...], né le 1^{er} mai 2018 et [...], né le 2 décembre 2019.

Les parties vivent séparées depuis le 1^{er} mai 2020.

1.2 Entre le 1^{er} mai 2020 et le mois de mars 2021, l'appelant a exercé un droit de visite restreint sur ses enfants, dont la garde avait été confiée à l'intimée.

Dès le mois de mars 2021, l'appelant a exercé, d'entente avec l'intimée, un droit de visite élargi sur ses enfants, à raison d'un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin, ainsi que de deux soirs par semaine dès 17h30 jusqu'à la reprise de l'école, de même que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés.

1.3 L'intimée a déposé une requête unilatérale en divorce, ainsi qu'une requête de mesures provisionnelles le 14 septembre 2022.

Lors de l'audience de conciliation et de mesures provisionnelles du 7 novembre 2022, les parties se sont notamment entendues sur l'instauration, à titre provisionnel, d'une garde alternée dès le 1^{er} janvier 2023, dont les modalités ont été précisées dans la convention, laquelle a été ratifiée sur le siège pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles.

1.4 Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 25 novembre 2022, l'intimée a notamment requis la suspension du

droit de visite de l'appelant sur ses enfants, à la suite d'un incident survenu entre les parties le 23 novembre 2022.

L'appelant s'est déterminé sur cette requête le 28 novembre 2022, en s'opposant en substance à la suspension de son droit de visite et en prenant à son tour des conclusions provisionnelles et superprovisionnelles tendant au rétablissement du droit de visite tel qu'exercé depuis mars 2021, soit un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin, deux soirs par semaine dès 17h30, ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés.

Le 28 novembre 2022, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois (ci-après : le président) a rejeté les requêtes d'extrême urgence et a cité les parties à une audience de mesures provisionnelles prévue le 23 janvier 2023.

1.5 Le droit de visite de l'appelant a continué de s'exercer de manière élargie jusqu'à la fin de l'année 2022 et les parties ont mis en œuvre la garde alternée dès le mois de janvier 2023.

1.6 Le 10 janvier 2023, le président a requis la production par le Ministère public de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois du dossier pénal référencé [...].

1.7 Le 13 janvier 2023, la Direction générale de l'enfance et de la jeunesse (DGEJ), par son Office régional de protection des mineurs (ORPM) du Nord a transmis au Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois un signalement comme objet de sa compétence.

1.8 Lors de l'audience de 23 janvier 2023, l'intimée a conclu à titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles à une suspension immédiate de la garde alternée telle que prévue par convention de mesures provisionnelles ratifiée le 7 novembre 2022, à ce que la garde des enfants lui soit confiée et à ce que l'appelant bénéficie sur ces derniers d'un droit de visite à exercer un week-end sur deux les semaines

paires du vendredi soir à la sortie de l'école, de la garderie ou de l'UAPE, au lundi matin à la reprise de l'école, de la garderie ou de l'UAPE, transports à sa charge. Elle a en outre conclu à ce qu'une enquête de l'UEMS (Unité d'évaluations et missions spécifiques) soit mise sur pieds et à ce qu'un suivi au SUPEA soit organisé pour l'enfant [...] et maintenu pour l'enfant [...].

L'appelant a conclu au rejet des nouvelles conclusions de l'intimée.

2. Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 24 janvier 2023, la présidente a suspendu avec effet immédiat le système de garde alternée tel que prévu par le chiffre I de la convention de mesures provisionnelles ratifiée du 7 novembre 2022 (I), a confié provisoirement la garde des enfants Sorin et Dorian à l'intimée (II), a dit que le droit de visite de l'appelant sur ses enfants s'exercerait un week-end sur deux les semaines paires, du vendredi à la sortie de l'école, de la garderie ou de l'UAPE, au lundi matin à la reprise de l'école, de la garderie ou de l'UAPE, transports à sa charge (III), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions superprovisionnelles (IV), a dit que les frais de la cause suivaient le sort de la cause au fond (V) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, laquelle resterait en vigueur jusqu'à la décision de mesures provisionnelles (VI).

3. Par acte du 6 février 2023, l'appelant a fait appel de l'ordonnance précitée en concluant, sous suite de frais et dépens, à titre principal, à sa réforme en ce sens que la garde des enfants [...] et [...] continue de s'exercer de manière alternée entre les parents. Subsidiairement, l'appelant a conclu à ce que son droit de visite s'exerce tous les jeudis à la sortie de l'école, de la garderie ou de l'UAPE au vendredi matin à la reprise de l'école, de la garderie ou de l'UAPE, ainsi qu'un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école, de la garderie ou de l'UAPE au lundi matin à la reprise de l'école, de la garderie ou de l'UAPE et durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés,

transports à sa charge. Plus subsidiairement, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle instruction et jugement dans le sens des considérants. A titre préalable, l'appelant a conclu à ce que l'effet suspensif soit accordé à son appel et subsidiairement à ce que des mesures superprovisionnelles soient prononcées, tendant à ce que le droit de visite de l'appelant sur ses enfants s'exerce tous les jeudis de la sortie de l'école, de la garderie ou de l'UAPE au vendredi matin à la reprise de l'école, de la garderie ou de l'UAPE, ainsi qu'un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école, de la garderie ou de l'UAPE au lundi matin à la reprise de l'école, de la garderie ou de l'UAPE et durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, transports à sa charge. Il requiert la tenue d'une audience d'appel et l'audition des thérapeutes de l'enfant Sorin, subsidiairement la remise d'un rapport par ces dernières.

4.

4.1 S'agissant de la recevabilité de son écriture, l'appelant fait valoir que l'ordonnance attaquée serait une ordonnance de mesures provisionnelles, contrairement à son intitulé, et que la voie de l'appel serait dès lors ouverte. Il fait en particulier valoir que la présidente ne pouvait rendre une ordonnance de mesures superprovisionnelles après avoir entendu les parties.

4.2

4.2.1 Conformément à l'art. 308 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance (al. 1 let. a) ainsi que les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (al. 1 let. b). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (al. 2).

4.2.2 Les mesures superprovisionnelles ne sont pas susceptibles de recours, ni auprès de l'autorité cantonale supérieure lorsqu'elles émanent d'une autorité inférieure ni auprès du Tribunal fédéral. L'exclusion de tout

recours au Tribunal fédéral découle de l'obligation d'épuiser les voies de recours cantonales ; la procédure provisionnelle doit être poursuivie devant l'autorité saisie afin d'obtenir le remplacement des mesures superprovisionnelles par des mesures provisionnelles. Au demeurant, cette exclusion du recours se justifie aussi par le fait que le requérant parviendra en principe plus rapidement à ses fins en continuant la procédure devant le juge saisi plutôt qu'en déposant un recours auprès d'une nouvelle autorité (ATF 139 III 86 consid. 1.1.1 ; ATF 137 III 417 ; TF 5A_351/2021 du 29 septembre 2021 consid. 2.3).

Une ordonnance de mesures superprovisionnelles n'est pas susceptible de recours devant la Cour d'appel civile (parmi d'autres : Juge unique CACI 19 août 2022/435 consid. 4.2.2 et la référence citée).

Le principe de l'absence de voie de recours souffre d'une exception lorsque le refus de la mesure superprovisionnelle crée en lui-même un préjudice s'avérant irrémédiable au requérant, mais cette exception n'est toutefois admise que de manière restrictive par la jurisprudence, qui retient trois cas spécifiques dans les domaines des hypothèques légales, de la poursuite et du séquestre (cf. TF 5A_508/2012 du 28 août 2012 consid. 3.1 ; CREC 18 février 2021/53).

4.2.3

4.2.3.1 Lorsque le juge n'est pas en mesure de statuer à bref délai sur une requête de mesures provisionnelles car il est notamment tenu de requérir au préalable une expertise technique succincte, il lui appartient le cas échéant de statuer, au vu des éléments dont il dispose à ce stade, sur le maintien, la modification ou la suppression des mesures précédemment ordonnées à titre superprovisionnel, et ce, pour la durée restante de la procédure provisionnelle, jusqu'à ce qu'il ait réuni les éléments nécessaires pour se prononcer en principe définitivement sur les mesures provisionnelles requises (cf. TF 4A_178/2011 du 28 juin 2011 consid. 4).

Une telle décision, qui pourrait être qualifiée d'intermédiaire, a un caractère particulier. Elle intervient après l'audition des parties, mais

avant que le juge statue sur la requête de mesures provisionnelles proprement dites et mette ainsi fin à la procédure provisionnelle, sous réserve d'éléments nouveaux. Cette décision intermédiaire ne restera pas en vigueur jusqu'à la décision au fond, mais devra être remplacée par une décision de mesures provisionnelles dès que le juge disposera des éléments nécessaires pour rendre une telle décision, ce qui pourra, selon les circonstances, prendre du temps.

Les mesures superprovisionnelles ont pour trait spécifique d'être rendues avant l'audition de la partie adverse, en cas d'urgence particulière ; l'exclusion de toute voie de recours contre de telles mesures est notamment justifiée par le fait qu'elles sont censées avoir une durée très limitée et être remplacées à bref délai par des mesures provisionnelles attaquables. En conséquence, l'on ne saurait assimiler à une telle protection superprovisoire des mesures prononcées après audition des parties, et susceptibles de rester en vigueur durant un laps de temps important. En bref, lorsque le juge statue sur le sort des mesures superprovisionnelles réactivées par l'annulation d'une décision sur mesures provisionnelles et qu'il le fait à titre intermédiaire, pour la durée restante de la procédure provisionnelle, il rend une décision de mesures provisionnelles susceptible de recours (ATF 139 III 86 consid. 1.1.2).

4.2.3.2 Constituent des mesures protectrices ou provisionnelles intermédiaires celles qui sont ordonnées, en procédure contradictoire et non par voie de mesures superprovisionnelles, dans l'attente d'un fait futur aux effets encore incertains, ou dans l'attente du résultat d'une mesure d'instruction au long cours, et dont la modification selon l'effet du fait futur ou le résultat de la mesure d'instruction est d'emblée réservée (Juge unique CACI 26 janvier 2021/40 ; Bohnet, CPra Matrimonial, Bâle 2016, nn. 37 et 64 ad art. 276 CPC). Partant, les mesures intermédiaires sont des mesures ordonnées dans l'attente d'un événement extérieur au procès ou du résultat d'une mesure d'instruction au long cours, mais non dans l'attente d'une décision déjà mise en délibéré (Juge unique CACI 19 août 2022/435).

4.3 En l'occurrence, l'appelant fait valoir que les mesures ordonnées seraient des mesures provisionnelles et se réfère à l'ATF 139 III 86 pour invoquer que les parties ont été entendues et que la présidente n'aurait dès lors pas pu rendre une ordonnance de mesures superprovisionnelles.

Il sied tout d'abord de relever que l'ordonnance litigieuse ne s'inscrit pas dans le cadre de l'attente d'un fait futur aux effets encore incertains ou d'une mesure d'instruction qui prendrait du temps, de sorte qu'elle ne peut pas être qualifiée de mesures provisionnelles intermédiaires. Au demeurant, l'appelant ne rend pas vraisemblable que les conditions pour le prononcé de telles mesures seraient remplies en l'espèce. La présidente a certes statué sur les nouvelles conclusions superprovisionnelles de l'intimée prises à l'audience du 23 janvier 2023 après avoir entendu les parties, mais elle l'a fait compte tenu de l'urgence de la situation, au vu des nouveaux éléments du dossier, soit notamment les éléments ressortissant du dossier pénal et du signalement de l'ORPM. Il était donc justifié qu'elle statue par voie de mesures superprovisionnelles. Le premier juge a informé les parties lors de l'audience du 23 janvier 2023 que l'ordonnance de mesures provisionnelles allait être rendue, de sorte que l'on ne saurait considérer que les mesures superprovisionnelles sont amenées à durer, soit qu'elles sont « susceptibles de rester en vigueur durant un laps de temps important ». Il s'agit cependant d'une des conditions pour considérer que les mesures sont susceptibles d'être attaquées auprès de l'instance supérieure selon l'ATF 139 III 86.

Partant, les mesures ordonnées le 23 janvier 2023 sont bel et bien des mesures superprovisionnelles, qui sont amenées à être rapidement remplacées par des mesures provisionnelles. L'ordonnance à rendre garantit ainsi un réexamen rapide de la situation et ouvrira les voies de droit applicables aux mesures provisionnelles, étant précisé qu'en cas d'élément nouveau, l'appelant reste libre de solliciter toute mesure d'urgence utile pour amener le juge de première instance à reconsidérer la décision contestée.

Faute de voies de droit contre les ordonnances de mesures superprovisionnelles, l'appel est irrecevable, étant précisé que l'on ne se trouve pas non plus dans une des situations qui ouvrirait exceptionnellement la voie du recours (consid. 4.2.2 *supra*) ; l'appelant ne l'allègue en tout cas pas.

Compte tenu de l'issue de l'appel, il n'y a pas lieu de donner suite aux mesures d'instruction sollicitées par l'appelant, ni de fixer la tenue d'une audience d'appel.

5.

5.1 Il y a encore lieu de statuer sur les conclusions superprovisionnelles de l'appelant tendant à modifier les modalités du droit de visite.

5.2

5.2.1 En vertu de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Toute mesure provisionnelle présuppose la nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent menaçant ses droits (Bohnet, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019, n. 10 ad art. 261 CPC). Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause (TF 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1 ; Juge unique CACI 21 mai 2021 consid. 4.1.2 et les réf. citées).

5.2.2 Conformément à l'art. 265 al. 1 CPC, en cas d'urgence particulière, notamment s'il y a risque d'entrave à leur exécution, le

tribunal peut ordonner des mesures provisionnelles immédiatement, sans entendre la partie adverse.

Pour obtenir le prononcé de mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC), le requérant doit rendre vraisemblables les conditions présidant à l'octroi de mesures provisionnelles - à savoir qu'une prétention dont l'intéressé est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC) - et, au surplus, que le danger est particulièrement imminent (Bohnet, op. cit., n. 4 ad art. 265 CPC). Le pouvoir conféré au juge d'ordonner une mesure sans avoir entendu la partie visée a pour objectif d'éviter qu'un préjudice ne soit causé aux droits en litige entre le moment où le juge est requis d'ordonner des mesures provisionnelles et celui où il statue contradictoirement. Il faut, et il suffit, pour justifier un prononcé immédiat que le risque qu'une atteinte survienne avant la décision provisionnelle apparaisse vraisemblable. Il ne s'agit pas d'une immédiateté temporelle, mais d'une probabilité d'occurrence dans un laps de temps donné, qui est celui nécessaire au prononcé de la décision provisionnelle (Juge unique CACI 18 novembre 2015/613).

Des mesures superprovisionnelles peuvent être ordonnées dans le cadre d'une procédure d'appel ayant pour objet des mesures provisionnelles ou protectrices de l'union conjugale si des faits nouveaux, c'est-à-dire postérieurs au moment où le juge de première instance a gardé la cause à juger, justifient, vu l'urgence, de modifier les mesures ordonnées en première instance pour la durée de la procédure d'appel (Juge unique CACI 11 novembre 2021/ES85 consid. 4.3).

Il convient de se montrer particulièrement restrictif à l'égard de mesures superprovisionnelles ayant pour effet pratique d'aboutir à une situation définitive et à une exécution forcée anticipée (Bohnet, op. cit., n. 6 ad art. 265 CPC). Dans un tel cas, les chances de succès du requérant dans la procédure au fond doivent être évaluées soigneusement et proportionnellement au préjudice encouru par le requis (ATF 138 III 378

consid. 6.5). L'examen est très attentif lorsque la mesure est pratiquement irréversible.

5.3 En l'espèce, l'appelant sollicite, subsidiairement à l'octroi de l'effet suspensif à son appel, le prononcé de mesures superprovisionnelles équivalant en substance à ses conclusions subsidiaire au fond. Ce faisant, l'appelant conteste en réalité la décision de la présidente dans son ordonnance de mesures superprovisionnelles, alors même que la voie de l'appel contre une telle ordonnance n'est, comme on l'a vu, pas ouverte. La recevabilité de cette conclusion, bien que douteuse, peut toutefois demeurer ouverte dans la mesure où elle doit en tout état être rejetée.

En effet, des mesures superprovisionnelles ne peuvent être ordonnées dans le cadre d'une procédure d'appel ayant pour objet des mesures provisionnelles ou protectrices de l'union conjugale que si des faits nouveaux, c'est-à-dire postérieurs au moment où le juge de première instance a gardé la cause à juger, justifient, vu l'urgence, de modifier les mesures ordonnées en première instance pour la durée de la procédure d'appel. En l'occurrence, l'appelant n'allègue aucun fait inconnu du premier juge à l'appui de ses conclusions superprovisionnelles.

Par ailleurs, on ne discerne pas d'urgence particulière quant à la modification du droit de visite telle que requise par l'appelant, ce d'autant que l'intéressé n'est pas privé de voir ses enfants, sur lesquels il bénéficie, à titre provisoire, d'un droit de visite plus large qu'un droit de visite usuel. Par ailleurs, les modalités du droit de visite ont été prévues par le premier juge jusqu'à droit connu sur la décision de mesures provisionnelles à intervenir, de sorte que la situation sera réexaminée en première instance à brève échéance.

6.

6.1 En définitive, l'appel doit être déclaré irrecevable selon l'art. 312 al. 1 *in fine* CPC, ce qui rend la requête d'effet suspensif sans objet.

Quant à la requête de mesures superprovisionnelles, elle doit être rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

6.2 Au vu du dossier, l'appel était d'emblée dénué de chances de succès. En effet, il s'avère manifestement infondé au sens de l'art. 312 al. 1 *in fine* CPC, dès lors que l'ordonnance entreprise porte sur des mesures superprovisionnelles, ce qui ne pouvait conduire qu'au rejet de l'appel compte tenu de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et de la Cour de céans. Une personne raisonnable plaidant à ses propres frais aurait renoncé à faire appel. Partant, la requête d'assistance judiciaire de l'appelante doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

6.3 Le présent arrêt sera rendu sans frais judiciaires, en application de l'art. 11 TFJC (Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5).

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
la juge unique
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel est irrecevable.
- II. La requête d'effet suspensif est sans objet.
- III. La requête de mesures superprovisionnelles est rejetée dans la mesure de sa recevabilité.
- IV. La requête d'assistance judiciaire présentée par l'appelant K._____ est rejetée.
- V. L'arrêt, rendu sans frais, est exécutoire.

La juge unique :

La greffière :

Du

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

- Me Adrienne Favre (pour l'appelant K. _____),
- Me Marie-Pomme Moinat (pour l'intimée D. _____),
et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

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 :