

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 4 septembre 2014

---

Présidence de M. PERROT, juge délégué  
Greffier : Mme Nantermod Bernard

\*\*\*\*\*

**Art. 13 al. 1 let. a CLaH80 et 7 CLaH96 ; 59 al. 2 let. b CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **V.**\_\_\_\_\_, au Mont-Pèlerin, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 16 juillet 2013 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **H.**\_\_\_\_\_, à Berlin-Schönenberg, en Allemagne, requérant, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles rendue d'office le 16 juillet 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a attribué le droit de garde sur les enfants [...], né le [...] 1998, et [...], né le [...] 2001, à H.\_\_\_\_\_ au plus tard dès le 21 août 2013 (I), dit que V.\_\_\_\_\_ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur les enfants à exercer d'entente avec H.\_\_\_\_\_. A défaut d'entente : - elle pourra avoir ses enfants auprès d'elle durant la moitié des vacances scolaires d'été moyennant préavis de trois mois donné au père ainsi que durant l'intégralité des autres vacances, du samedi au dimanche ; - elle pourra également se rendre un week-end par mois rendre visite (sic) à ses enfants en Allemagne, du vendredi dès la sortie de l'école au dimanche 20h00, à charge pour elle d'exercer ce droit de visite à Berlin (D) (II) et dit que les frais et dépens de la présente ordonnance suivent le sort de la cause au fond.

Comme les enfants, qui vivaient avec leur mère depuis 2004, entretenaient d'excellentes relations avec chacun de leurs parents, dont les capacités parentales étaient bonnes, la mère étant toutefois plus en mesure de prendre soin des enfants personnellement dès lors qu'elle ne travaillait qu'à 35%, le premier juge a considéré que, dans ces conditions, l'élément déterminant était la volonté des enfants nés en 1998 et 2001 et qu'il y avait lieu de prendre en considération le souhait qu'ils avaient émis d'aller vivre chez leur père à Berlin, souhait qui reflétait leur volonté propre selon l'expert désigné. Examinant s'il y avait lieu d'ordonner un changement en mesures provisionnelles déjà, alors que les enfants se trouvaient en bonne situation auprès de leur mère et qu'il n'y avait pas d'urgence à ce qu'il déménagent, il a considéré que cela faisait trois ans que les enfants manifestaient le souhait d'aller vivre avec leur père et qu'il y avait donc lieu de donner suite dès maintenant à leur volonté, une décision au fond ne pouvant intervenir « suffisamment tôt en 2014 », compte tenu des mesures d'instruction qui restaient à mettre en œuvre pour la suite de la procédure. Le premier juge a dès lors prévu que les

enfants déménagent chez leur père à Berlin le 21 août 2013, de façon à pouvoir préparer la rentrée scolaire prévue le 26 août 2013.

**B.** Par acte du 26 juillet 2014, accompagné de seize pièces dont deux de forme, V.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que la garde des enfants lui soit confiée (II/I) et que le père bénéficie sur ses fils d'un libre et large droit de visite, à exercer d'entente avec elle, ou, à défaut d'entente, à charge pour le père d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener ainsi que de supporter l'intégralité des frais qui y sont liés, durant la moitié des vacances scolaires d'été et l'intégralité des autres vacances (II/II), l'effet suspensif étant accordé à l'appel.

Le 2 août 2013, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal (ci-après le juge délégué) a rejeté la requête d'effet suspensif de l'appelante pour le motif suivant : « En effet, au vu de la nature très particulière de la cause et de sa durée, des avis circonstanciés exprimés par l'expert [...] et le SPJ à propos notamment des capacités éducatives des parents et de la volonté libre et réfléchie des enfants, force est admettre que l'intérêt supérieur de ces derniers ne commande pas la suspension de la décision attaquée.»

Par arrêt du 18 septembre 2013, la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a admis le recours interjeté par V.\_\_\_\_\_ et réformé la décision cantonale en ce sens que l'effet suspensif est accordé à l'appel, les enfants demeurant sous la garde de leur mère jusqu'à droit connu sur l'appel. Elle retenait en substance qu'il n'y avait pas de motif de procéder à un changement de vie des enfants dans l'urgence avant qu'il ne soit statué sur l'appel et le fait que les enfants aient exprimé le souhait d'aller vivre avec leur père il y a trois ans déjà et que les autorités judiciaires vaudoises n'aient toujours pas statué définitivement ni sur mesures provisionnelles, ni au fond, ne justifiait pas de déroger aux principes jurisprudentiels rendus en matière d'effet suspensif.

Dans sa réponse du 21 octobre 2013, H.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel. Le 25 novembre 2013, il a déposé une requête de mesures d'extrême urgence et de mesures provisionnelles aux termes de laquelle il a conclu, toujours sous suite de frais et dépens, à ce que les enfants soient réintégrés comme élèves au Lycée français de Berlin dès le 26 novembre 2013 et cela jusqu'à droit connu sur la procédure d'appel actuellement pendante et à la communication de la décision à l'établissement concerné.

L'appelante s'est acquittée de l'avance de frais de 600 fr. qui lui a été demandée.

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

**1.** V.\_\_\_\_\_, née V.\_\_\_\_\_, et H.\_\_\_\_\_ se sont mariés le [...] 1996 à [...], en France. Ils ont deux enfants : [...], né le [...] 1998 et [...], né le [...] 2001. Ils se sont séparés en août 2004 et les garçons sont demeurés auprès de leur mère. Leur divorce a été prononcé le [...] 2006 par l'Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg à Berlin. Ce jugement est définitif est exécutoire depuis le [...] 2006.

Le jugement de divorce n'a réglé aucun effet de la dissolution du mariage.

**2.** Le 18 décembre 2009, V.\_\_\_\_\_ a adressé au Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois une demande en complément de jugement de divorce tendant à l'attribution de l'autorité parentale et de la garde sur les enfants ainsi qu'à la fixation du droit de visite du père sur ses fils.

Par réponse du 23 mars 2010, H.\_\_\_\_\_ à pris des conclusions identiques à celles de la demanderesse.

**3.** Par requête de mesures provisionnelles du 28 mai 2010, H.\_\_\_\_\_ a conclu à ce que la garde sur les enfants lui soit attribuée et que les enfants aillent vivre auprès de lui, à Berlin, au plus tard le 21 août 2010.

Le 19 avril 2011, le Service de protection de la jeunesse du canton de Vaud (ci-après : le SPJ) a rendu un rapport de renseignements aux termes duquel il a conclu au transfert de la garde des enfants en faveur du père et proposé que la mère bénéficie d'un droit de visite équivalent à celui dont celui-ci bénéficiait jusqu'alors lorsque les enfants habitaient en Suisse, à savoir toutes les vacances scolaires sauf en été (la moitié) et à Noël (une fois sur deux).

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 7 juillet 2011, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la Présidente) a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée par H.\_\_\_\_\_ et attribué le droit de garde sur les enfants à leur mère. Le 4 juin 2012, elle a ordonné, dans le cadre de la procédure au fond, la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique.

Le 2 juillet 2013, le Dr [...] a déposé son rapport d'expertise et a validé le souhait clairement exprimé par les enfants de faire l'expérience d'aller vivre auprès de leur père, à Berlin. Le 16 juillet 2013, la présidente a rendu d'office l'ordonnance de mesures provisionnelles querellée. L'effet suspensif étant accordé à l'appel, selon arrêt rendu par la I<sup>le</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral du 18 septembre 2013, les enfants sont demeurés sous la garde de leur mère et ont repris l'école, respectivement le gymnase, vaudois.

**4.** Le 24 octobre 2013, H.\_\_\_\_\_ a écrit à V.\_\_\_\_\_ que les enfants, qui étaient auprès de lui pour les vacances d'automne, ne rentreraient pas en Suisse le 25 octobre 2013 et ne reprendraient pas l'école en Suisse le 28 octobre suivant.

Le 25 octobre 2013, le juge délégué a cité les enfants à comparaître à son audience du 30 octobre 2013, afin de les entendre.

Statuant le 30 octobre 2014 par voie de mesures superprovisionnelles en application de l'art. 265 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), le juge délégué a admis la requête de mesures superprovisionnelles déposée les 28/29 octobre 2013 par V.\_\_\_\_\_, ordonné à H.\_\_\_\_\_ de remettre immédiatement les enfants à leur mère en vue de leur audition le 30 octobre 2013, sous commination de la peine d'amende de l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311) en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, interdit à H.\_\_\_\_\_ d'emmener les enfants à l'issue de leur audition et ordonné aux agents de la force publique de faire respecter les ordres et interdictions décernés sur simple présentation de l'ordonnance.

H.\_\_\_\_\_ ne s'est pas conformé aux injonctions précitées.

**5.** Lors de l'audience d'appel du 25 novembre 2013, après audition de quatre témoins dont le [...] et [...], respectivement auteurs de l'expertise et du rapport du SPJ précités, les parties sont convenues de suspendre la procédure d'appel jusqu'au 15 mai 2014, afin notamment de permettre au juge d'entendre les enfants durant la deuxième semaine des vacances de printemps et le père s'est irrévocablement engagé à tout mettre en œuvre pour que les enfants, scolarisés au Lycée français de Berlin, passent toutes leurs vacances auprès de leur mère jusqu'à cette date.

Le 24 janvier 2014, le juge délégué a arrêté à 925 fr. le montant des honoraires dus à l'expert dans le cadre de la procédure d'appel sur mesures provisionnelles.

[...] ont été entendus par le juge délégué le 23 avril 2014. Après six mois passés auprès de leur père, ils ont déclaré qu'ils étaient satisfaits de cette situation qu'ils avaient souhaitée. [...] a affirmé qu'il était heureux de vivre à Berlin, en dépit de quelques difficultés à s'adapter au

système scolaire du lycée qu'il fréquentait, et qu'il se réjouissait de passer les vacances auprès de sa mère et de connaître avec elle des moments privilégiés de détente. Il a ajouté qu'il souhaitait continuer à pratiquer le football et qu'il cherchait à intégrer un club. [...] s'est dit heureux de sa nouvelle vie scolaire et sociale, à laquelle il s'était rapidement intégré, et content de retrouver sa mère pour les vacances. Il a ajouté qu'il faisait du sport avec son père.

**6.** Le 13 août 2014, le Judenamt Schöenberg-Tempelhof de Berlin a adressé à la cour de céans le rapport suivant (traduction libre) :

« Compte tenu des nouveaux délais judiciaires pendant et à la suite d'un entretien approfondi avec [...] dans les locaux du Service de la jeunesse, j'aimerais faire un bref rapport de la situation et donner quelques recommandations. J'ai également mené des entretiens personnels avec les parents des enfants dans ces locaux.

Les deux enfants rapportent être contents et satisfaits avec leur décision de vivre à Berlin avec leur père. Ils s'y sentent très bien.

Cependant, il est ressorti clairement de l'entretien que les deux frères sont toujours très affectés par les tensions familiales et la communication difficile entre leurs parents.

En particulier, des conflits subsistent concernant les visites de la mère à Berlin et les relations de celle-ci avec ses deux fils pendant certains week-ends. Aucun accord n'a encore été trouvé à ce sujet.

A mon avis, il est important de mettre en place un cadre général - par exemple un week-end par mois - permettant de maintenir les contacts entre la mère et [...]. La décision concrète concernant le week-end choisi devra être prise d'un commun accord entre toutes les personnes intéressées en prenant en compte les projets et les occupations des enfants.

La mère explique être désormais d'accord avec le séjour de ses deux fils chez leur père à Berlin. A l'avenir, elle pourra s'organiser au niveau professionnel afin d'être plus régulièrement à Berlin et ainsi plus présente pour ses fils.

Il est également urgent de conseiller aux parents de commencer une médiation afin de travailler ensemble sur les thèmes conflictuels et de soulager les enfants.

Etant donné que [...] est manifestement très affecté par les conflits et les tensions entre ses parents ainsi que par ce combat qui dure depuis de nombreuses années, la possibilité de l'inclure dans un groupe d'enfants sur la séparation et le divorce a été discutée avec lui. [...] Les parents participeront à des discussions préliminaires ainsi qu'à un entretien d'évaluation et seront invités à trois soirées de parents. Le travail de groupe est complété par des entretiens accompagnés entre les parents et des entretiens accompagnés en famille. S'ils le souhaitent, les parents peuvent bénéficier de consultations plus poussées.

[...]

Vincent est enthousiaste à l'idée de participer à ces travaux de groupe et il est préinscrit dans l'éventualité où un nouveau groupe dans sa tranche d'âge serait créé.»

Le 1<sup>er</sup> septembre 2014, lors de la reprise de l'audience d'appel, V. \_\_\_\_\_ a rappelé qu'elle avait consenti à son corps défendant au transfert provisoire de la garde des enfants à leur père moyennant qu'elle puisse exercer régulièrement, en sus des vacances, des relations personnelles avec ses fils. Elle a expliqué qu'entre Pâques 2014 et l'été suivant, soit durant quelque trois mois, elle n'avait pu voir ses garçons qu'à une seule occasion, à Berlin, le père des enfants lui ayant refusé, sans aucun motif pertinent et à cinq reprises, les dates qu'elle lui avait proposées. De manière générale, elle constate que la situation de [...] à Berlin est difficile, que l'enfant a de mauvais résultats scolaires, particulièrement en anglais, sans que son père n'y remédie, que l'enfant fait l'objet de *mobbing* de la part de ses camarades de lycée et qu'il ne pratique plus aucun sport. [...] lui ayant avoué, à l'issue des vacances d'été, qu'il souhaitait passer davantage de temps avec elle, elle s'est organisée en conséquence et a loué, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014, un appartement proche de celui du père des enfants, afin de pouvoir les y accueillir durant le week-end et de soutenir [...] dans ses apprentissages. Elle demande ainsi à pouvoir avoir ses fils auprès d'elle une fin de semaine à quinzaine, plus particulièrement, s'agissant de [...], du mercredi après l'école au lundi matin à la reprise du lycée, ainsi qu'à Noël et Pâques alternativement, durant les vacances scolaires d'automne et de février et la moitié des vacances d'été. Ces conclusions correspondent du reste aux propositions que son conseil berlinois, consulté dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, a adressées à l'intimé, selon courrier du 1<sup>er</sup> septembre 2014 qu'elle a produit.

Le juge délégué n'est pas parvenu à concilier les parties. Sans contester à l'appelante son droit à l'exercice de relations personnelles, l'intimé s'est opposé à ce que celui-ci ait lieu à quinzaine, respectivement soit élargi s'agissant de [...], au motif que les enfants eux-mêmes ne le souhaitaient pas.

Par dictée au procès-verbal, l'appelante a finalement retiré partiellement l'appel interjeté contre la décision rendue le 16 juillet 2013, en ce sens que seule la conclusion II/II est maintenue. Elle a conclu en lieu et place à ce que son droit de visite s'exerce de la façon suivante :

- s'agissant de [...], un week-end sur deux, du vendredi après les cours au lundi matin, à son futur domicile berlinois,
- s'agissant de [...], une semaine sur deux, du mercredi après les cours au lundi matin, à son futur domicile berlinois,
- pour tous deux, pendant les vacances d'automne, de Noël 2014-2015 ainsi que pendant les vacances d'hiver (février 2015).

L'intimé a conclu au rejet de l'appel, sous suite de frais et dépens.

### **En droit :**

#### **1.**

**1.1** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les ordonnances de mesure provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

**1.2** En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur une cause non patrimoniale, le présent appel est recevable.

Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RS 173.01]).

## **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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.* p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2).

**2.2** En application de l'art. 317 al. 1<sup>er</sup> CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que si deux conditions cumulatives sont réalisées: ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). S'agissant de cette deuxième condition, il incombe au plaideur de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 7 ad art. 317).

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou moyens de preuve nouveaux s'appliquent également aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus

souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office (JT 2011 III 43). En l'espèce, dès lors que le couple a deux enfants mineurs, le litige – en tant qu'il porte sur l'exercice des relations personnelles – est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 292 CPC (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., n. 2414 p. 438) et les pièces produites sont recevables.

Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire impose l'obligation au juge, et non aux parties, d'énoncer et d'établir les faits déterminants (ATF 128 III 411). Celui-ci n'est pas lié par les faits allégués et les offres de preuve et peut donc tenir compte de faits non allégués (ATF 107 II 233). La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer et il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 130 III 102, c. 2.2 ; Haldy, CPC Commenté, n. 7 *ad* art. 55 CPC). La maxime inquisitoire étant un principe relatif à l'établissement des faits (ATF 137 III 617 c. 5.2), et non une garantie de nature formelle, la partie n'a pas de droit inconditionnel à ce que la juridiction d'appel administre les preuves que le premier juge n'a pas ordonnées; par contre, elle peut reprocher à celui-ci de n'avoir pas instruit l'affaire conformément à cette maxime, grief qui ressortit à la violation du droit (art. 310 let. a CPC; TF 5A\_609/2011 du 14 mai 2012 c. 3.2.1; TF 5A\_651/2011 du 26 avril 2012 c. 4.3.2 *in fine*).

### **3.**

**3.1** Dès lors que la cause présente un élément d'extranéité, il incombe au juge de vérifier la compétence des autorités suisses et le droit applicable, ce d'autant plus que l'appelante a déclaré avoir ouvert, en Allemagne, une action en complément du jugement de divorce prononcé à Berlin en 2006.

**3.2** Selon l'art. 59 al. 1 CPC, le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action, dont la compétence à raison de la matière et du lieu (al. 2 let. b).

Conformément à l'art. 64 LDIP (Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ; RS 291), les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en complément d'un jugement de divorce, dite procédure se définissant comme celle destinée à combler une lacune qu'a laissé subsister un jugement de divorce au sujet du règlement nécessaire des effets accessoires de la dissolution du mariage. Tel est le cas lorsque le juge étranger ne s'est pas prononcé sur le sort d'enfants mineurs (Bucher, RSDIE 3/99, p. 340 et les réf.).

A teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP, en matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères sont régies par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96; RS 0.211.231.011).

Cette convention, entrée en vigueur en 2009 pour la Suisse et en 2011 pour l'Allemagne, a notamment pour objet de déterminer l'Etat dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, singulièrement pour prononcer des mesures portant sur le droit de garde et les relations personnelles (art. 1 al. 1 let. a, 3 let. b et 5 à 14 CLaH96; TF 5A\_40/2014 du 17 avril 2014 c. 4.2). Elle s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans (art. 2 CLaH 96). Elle prévoit que ce sont les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant qui sont compétentes pour prendre les mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (art. 5 ch. 1 CLaH 96). Dans la mesure des compétences qui leur sont attribuées par cette convention, les autorités doivent appliquer leur loi (art. 15 ch. 1 CLaH 96).

En vertu de l'art. 7 al. 1 CLaH96, en cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant (le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite au sens de l'art. 7 al. 2 CLaH96 lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour [let. a], et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour [let. b]), les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur compétence, jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et qu'au moins l'une des deux conditions suivantes est remplie : toute personne ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour (let. a) ou l'enfant a résidé dans cet autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, et qu'aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, alors que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (let. b) (Lagarde, La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs, in *Revue critique de droit international privé* n° 86, 1997, p. 224). Tant que les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite conservent leur compétence, les autorités de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne peuvent prendre que les mesures urgentes nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, conformément à l'art. 11 CLaH96 (art. 7 al. 3 CLaH96) (TF 5A\_218/2014 du 25 juin 2014 c. 4.2). La lettre a de la disposition précitée précise que la compétence de l'autorité de la précédente résidence habituelle cesse au profit de l'autorité de la nouvelle résidence lorsqu'il y a eu acquiescement au déplacement ou au non-retour de la part de « toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde ». Les conditions d'un tel accord doivent cependant être vérifiées avec une certaine rigueur, comme l'exige l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 (Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Bâle 2003, nn. 522-523). En effet, l'acquiescement, qui exprime l'acceptation du déplacement

ou du non-retour par le titulaire du droit de garde, peut aussi prendre la forme d'une renonciation expresse à demander le retour de l'enfant, le risque étant non négligeable pour le parent lésé dans son droit de garde de se laisser envahir par des sentiments de résignation, voire de pitié envers l'enfant ou à l'égard du ravisseur lui-même. Si le parent amené à devoir réclamer le retour de l'enfant entre en négociation sur un éventuel maintien de l'enfant dans l'Etat où il a été emmené, il n'y a pas d'acquiescement tant que l'option du retour n'est définitivement abandonnée (Bucher, op. cit., n. 466).

En l'espèce, il n'est pas contesté que jusqu'à la décision unilatérale du père, le 24 octobre 2013, de ne pas ramener les enfants après leur séjour pour les vacances d'automne 2013 et son refus d'obtempérer aux injonctions du juge de céans décernées le 30 octobre 2014, les enfants avaient toujours vécu auprès de leur mère, d'abord en Allemagne, puis en France et enfin, depuis 1999, au Mont-Pèlerin, en Suisse. Le comportement du père était constitutif d'une violation du droit de garde de l'appelante et le non-retour en Suisse des enfants après le 24 octobre 2013 pouvait être qualifié d'illicite au sens de l'art. 7 al. 2 CLaH96. Respectant la parole de ses enfants, la mère s'est finalement résignée et a adhéré à leur souhait. C'est ainsi qu'elle a acquiescé, contre sa volonté et à titre provisoire, pour le bien de ses enfants et en respect de leurs déclarations au juge, à ce que ses enfants demeurent en Allemagne et y soient scolarisés, mais pour autant qu'elle puisse bénéficier de relations personnelles libres ou, à défaut d'entente avec le père des enfants, réglementées selon ses propres conclusions.

En l'occurrence, vu l'absence d'acquiescement ferme et définitif de la mère à ce que les enfants demeurent en Allemagne, la durée du séjour dans ce pays inférieure à un an et les démarches tendant au retour en Suisse des enfants, entreprises par la mère quelques jours à peine après le constat de non-retour illicite (art. 7 al. 1 let. b CLaH96), les fils des parties n'ont pas acquis, au sens de la CLaH96, une résidence habituelle en Allemagne. Dès lors, les autorités de l'Etat contractant dans lequel les enfants avaient leur résidence habituelle immédiatement avant

leur non-retour illicite, autrement dit les autorités suisses, conservent leur compétence.

**3.3** Le droit suisse applicable à la cause (cf. supra c. 2 in fine) prévoit que les mesures de protection de l'enfant sont ordonnées par l'autorité de protection de l'enfant du domicile de l'enfant (art. 315 CC). Le domicile des fils des parties étant au Mont-Pèlerin, la compétence de l'autorité de céans est donnée s'agissant de statuer sur la réglementation des relations personnelles, désormais seule litigieuse en appel.

#### **4.**

**4.1** Lorsque des époux ont des enfants mineurs, le juge règle les relations personnelles entre le parent non gardien et l'enfant en se basant sur les dispositions régissant les effets de la filiation (art. 273 ss CC). Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, le parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Ce droit peut cependant être limité pour de justes motifs, notamment lorsque le développement corporel, psychique ou moral de l'enfant est compromis, même momentanément, par le comportement du parent avec lequel il est en communauté (art. 274 al. 2 CC ; Chaix, Commentaire romand du Code civil, Bâle 2010, n. 20 ad art. 176 CC, p. 1240 ; TF 5A\_826/2009 du 22 mars 2010 c. 2.1). Pour prendre une telle décision, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC et fait application du principe de proportionnalité (Chaix, op. cit., n. 1 et 20, p. 1234, respectivement p. 1240). En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, comme en matière de mesures provisionnelles, le juge n'examine la cause que de manière sommaire et se contente de la vraisemblance de la preuve des faits (TF 5A\_860/2009 du 26 mars 2010 c. 1.3). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles (TF 5A\_340/2008 du 12 août 2008 c. 3.1).

Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et

un devoir de ceux-ci (cf. art. 273 al. 2 CC) ; il est cependant également considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (TF 5A\_756/2013 du 9 janvier 2014 c. 5.1.2; TF 5A\_716/2010 du 23 février 2011 c. 4 et réf., FamPra.ch 2011 p. 491; ATF 131 III 209 c. 5; 123 III 445 c. 3b).

Le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, n. 19.20, p. 116). Le Tribunal fédéral relève à cet égard qu'il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant (ATF 127 III 295 c. 4a; ATF 123 III 445 c. 3c, JT 1998 I 354). Le maintien et le développement de ce lien étant évidemment bénéfique pour l'enfant, les relations personnelles doivent donc être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger.

L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas. Le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 c. 4a) et les éventuels intérêts des parents sont à cet égard d'importance secondaire (ATF 130 I 585).

**4.2** Afin de respecter le souhait de ses enfants de vivre auprès de leur père, l'appelante a admis, à contrecœur et à titre provisoire, que la garde des garçons soit confiée à celui-ci. Soucieuse du bien-être de ses fils et inquiète pour l'intégration sociale et scolaire de son cadet, qui n'a que treize ans et a vu son centre de vie quotidien déplacé du Mont-Pèlerin à Berlin, elle souhaite avoir ses enfants auprès d'elle à quinzaine, et de manière élargie s'agissant de [...], dans cette ville où elle a loué dès le 1<sup>er</sup> octobre 2014 un appartement pour les accueillir et participer à leur éducation. De son côté, l'intimé estime, alors même qu'il ne conteste pas le principe de l'exercice de relations personnelles, que l'extension requise n'est pas souhaitable, au motif que ses enfants ne la désirent pas. Or rien en l'état du dossier ne permet de soutenir ce point de vue. Les enfants,

lors de leur audition par le juge, n'ont nullement fait part d'une quelconque réticence au sujet de l'exercice de leurs relations personnelles avec leur mère et le Service de la jeunesse de Berlin, tout en soulignant les difficultés rencontrées par [...] et la nécessité d'un apaisement des tensions entre parents, ne s'en est aucunement fait l'écho. Dès lors, compte tenu des circonstances particulières qui ont abouti au transfert de la garde, de l'éloignement de la mère ainsi que du caractère provisoire et évolutif de la situation, rien ne s'oppose à ce que les relations personnelles de celle-ci s'exercent à quinzaine, à Berlin, et soient élargies s'agissant du cadet.

## **5.**

**5.1** Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de prendre acte du retrait de la conclusion II/I de l'appel, qui est admis pour le surplus, et que l'ordonnance querellée est réformée selon les considérants ci-devant.

**5.2** L'autorité supérieure arrête elle-même les frais et les dépens de deuxième instance. Les frais et dépens sont répartis entre les parties en application des art. 106 et 107 CPC, la règle étant que les frais sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Le tribunal est toutefois libre de s'écarter de ces règles et de les répartir selon sa libre appréciation, en statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC ; TF 5A\_261/2013 du 19 septembre 2013 c. 3.3), dans les hypothèses prévues par l'art. 107 CPC, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC) et lorsque des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (art. 107 al. 1 let. f CPC). Il résulte du texte clair de l'art. 107 CPC que cette disposition est de nature potestative. Le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation non seulement quant à la manière dont les frais seront répartis, mais également quant aux dérogations à la règle générale de l'art. 106 CPC (ATF 139 III 358 c. 3).

La libre appréciation prévue par l'art. 107 al. 1 CPC se confond, en pratique, avec une répartition en équité laissant une grande marge de

manœuvre au juge : il peut notamment retenir des solutions différenciées en fonction de la nature des frais en question, par exemple en renonçant à l'allocation de dépens tout en répartissant les frais judiciaires (Tappy, op. cit., nn. 5-6 ad art. 107 CPC).

Le présent litige relève du droit de la famille, ce qui autorise le juge à opter pour une répartition en équité (Tappy, op. cit. n. 18 ad art. 107 CPC). En l'occurrence, dans la mesure où la conclusion de l'appelante en attribution de la garde est devenue sans objet à la suite du comportement illicite de l'intimé, le juge a la liberté de s'écarter d'une répartition des frais conformément à l'art. 106 al. 2 CPC parce que celle-ci serait contraire au sentiment de justice en droit de la famille.

Dans ce contexte, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'701 fr. (frais de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 30 octobre 2013 [400 fr. {art. 78 al. 2, 79 et 29 al. 3 TFJC {{tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.4}}}], les frais de l'appel [600 fr. {art. 63 al. 1 TFJC}], d'expertise [925 fr.], de témoins [300 fr.] et d'interprète [476 fr.]) seront mis à la charge de l'intimé, lequel versera à l'appelante une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens ainsi qu'un montant de 600 fr. à titre de restitution d'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC).

**5.3** Quant à la décision du premier juge relative aux frais et dépens de première instance, elle peut être confirmée.

Par ces motifs,  
le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
p r o n o n c e :

- I. Il est pris acte du retrait de la conclusion II/I de l'appel.
  
- II. L'appel est admis pour le surplus.

**III.** L'ordonnance est réformée au chiffre II de son dispositif comme il suit :

II. dit que V.\_\_\_\_\_ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur ses enfants à exercer d'entente avec H.\_\_\_\_\_ et, qu'à défaut d'entente, elle pourra avoir ses enfants auprès d'elle :

- s'agissant de [...], un week-end sur deux, du vendredi après les cours au lundi matin, à son futur domicile berlinois,
- s'agissant de [...], une semaine sur deux, du mercredi après les cours au lundi matin, à son futur domicile berlinois,
- tous les deux, pendant les vacances d'automne, de Noël 2014-2015 ainsi que pendant les vacances d'hiver (février 2015).

Elle est confirmée pour le surplus.

**IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'701 fr. (deux mille sept cent et un francs) sont mis à la charge de l'intimé H.\_\_\_\_\_.

**V.** L'intimé versera à l'appelante V.\_\_\_\_\_ la somme de 1'600 fr. (mille six cents francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

**VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Mireille Lorocho (pour V. \_\_\_\_\_),
- Me Jean-Marc Reymond (pour H. \_\_\_\_\_).

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), 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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Juge du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :