JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 août 2011

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffière : Mme Rossi

*****

Art. 137 al. 2 et 176 al. 3 CC ; 276 al. 1, 308 al. 1 let. b et 310 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.Z._____**, à Aubonne, requérant et défendeur au fond, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 30 juin 2011 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.Z._____**, à Crissier, intimée et demanderesse au fond, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 30 juin 2011, notifiée le lendemain aux parties, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête du 12 avril 2011 déposée par A.Z._____ (I), dit que les frais et dépens suivent le sort de la cause au fond (II) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant recours ou appel (III).

En droit, le premier juge a considéré que le requérant n'avait pas rendu vraisemblable que le déménagement prévu aurait des effets manifestement préjudiciables sur C.Z._____ et D.Z._____. Ces derniers ne s'en étaient pas plaints lors de leur audition et avaient au contraire présenté le fait de quitter la maison de Crissier comme un événement sans grande importance, alors qu'ils s'étaient montrés attachés à leurs habitudes de vie avec leur mère et contents de la prochaine naissance des jumeaux. De plus, des changements dans leur scolarité devaient de toute manière intervenir, C.Z._____ finissant l'école obligatoire et D.Z._____ achevant sa 4ème année. Cela n'inquiétait pas les enfants, pas plus que le fait de faire des trajets un peu plus longs pour se rendre à leurs entraînements de football et de tennis dans leurs clubs. Les témoignages recueillis confirmaient quant à eux le développement manifestement équilibré de C.Z._____ et D.Z._____ auprès de leur mère. Rien ne justifiait ainsi de rendre une décision provisionnelle et la requête de A.Z._____ a en conséquence été rejetée.

B. Par mémoire motivé du 11 juillet 2011, A.Z._____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la garde des enfants C.Z._____ et D.Z._____ lui est confiée dès le mois d'août 2011 (I), que B.Z._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur ceux-ci à fixer d'entente entre les parties et, à défaut d'entente, qu'elle pourra avoir ses enfants auprès d'elle un week-end sur deux du vendredi soir à 18 heures

au dimanche soir à 18 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël et Nouvel An, Pâques ou Pentecôte, à charge pour elle d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener (II) et que B.Z._____ contribuera à l'entretien de chacun de ses enfants par le versement mensuel, d'avance le premier de chaque mois en mains de leur père, d'un montant fixé à dire de justice, éventuelles allocations familiales en sus (III). Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants à intervenir. Il a produit un bordereau de trois pièces.

L'intimée B.Z._____ n'a pas été invitée à déposer une réponse.

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

1. A.Z._____, né le [...] 1947, et B.Z._____, née [...] le [...] 1971, de nationalité suisse, se sont mariés le [...] 1996 à [...].

Deux enfants sont issus de cette union : C.Z._____, né le [...] 1996, et D.Z._____, né le [...] 2001.

2. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 août 2006, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a autorisé les époux A.Z._____-B.Z._____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), confié la garde des enfants C.Z._____ et D.Z._____ à leur mère (II), dit que le père jouira d'un libre droit de visite sur ceux-ci et, à défaut d'entente, qu'il aura C.Z._____ et D.Z._____ auprès de lui un week-end sur deux, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, alternativement le jour de Noël ou le jour de l'An, le week-end de Pâques ou de Pentecôte, ainsi que la moitié des vacances scolaires (III), attribué la jouissance de la villa conjugale sise

[...], à Crissier, à B.Z._____, A.Z._____ continuant à payer les charges hypothécaires s'y rapportant (IV), dit que ce dernier quittera le logement familial d'ici le 1er septembre 2006 au plus tard, en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement (V), dit que A.Z._____ contribuera à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 4'500 fr., allocations familiales non comprises, payable d'avance le premier jour de chaque mois, dès et y compris le 1er septembre 2006 ou au pro rata dès la séparation effective (VI) et déclaré le prononcé, rendu sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire nonobstant recours ou appel (VII).

3. B.Z._____ n'exerce aucune activité lucrative. A la date de l'audience de mesures provisionnelles, il était prévu qu'elle accouche au mois de juillet de jumeaux, issus d'une nouvelle relation, et qu'elle quitte alors le domicile conjugal de Crissier pour s'installer à [...], dans l'appartement de son ami. Ce logement peut accueillir C.Z._____ et D.Z._____, qui y auront chacun leur chambre, qu'ils occupent d'ailleurs déjà régulièrement le week-end. Au moment de la décision entreprise, C.Z._____ devait terminer sa 9ème année scolaire à la fin juin et vraisemblablement commencer le gymnase à la rentrée d'août ; D.Z._____, qui achevait sa 4ème année, devait quant à lui intégrer le collège de [...] dès dite rentrée.

A.Z._____, âgé au moment de l'audience de presque soixante-quatre ans, est médecin. Il est employé à 90% auprès de [...] et exploite également un cabinet privé dans les locaux de cet établissement. Il était prévu qu'il réintègre la villa de Crissier dans le courant de l'été. Selon le courrier adressé le 1er juin 2011 par le Directeur général de l'institution précitée à A.Z._____, une réduction du taux d'activité de celui-ci pourrait être acceptée « jusqu’à un seuil de 60% ».

4. Par demande unilatérale du 12 août 2008, B.Z._____ a ouvert action en divorce auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Dans sa réponse du 21 novembre 2008, A.Z._____ a notamment conclu reconventionnellement au divorce.

Par requête de mesures provisionnelles du 12 avril 2011, A.Z._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce qu'il soit prononcé que la garde des enfants C.Z._____ et D.Z._____ lui est confiée dès le mois de juillet 2011 (I), que la mère bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur ceux-ci à fixer d'entente entre les parties, et, à défaut d'entente, qu'elle pourra avoir ses enfants auprès d'elle un week-end sur deux du vendredi soir à 18 heures au dimanche soir à 18 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël ou Nouvel An, Pâques ou Pentecôte, à charge pour elle d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener (II), et que B.Z._____ contribuera à l'entretien de chacun de ses enfants par le versement mensuel, d'avance le premier de chaque mois en mains de leur père, d'un montant fixé à dire de justice, éventuelles allocations familiales en sus (III).

L'audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 19 mai 2011 devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. Les parties et quatre témoins ont été entendus. [...] a notamment déclaré qu'il s'occupait du suivi scolaire de C.Z._____ depuis sa 4ème année et que, l'an passé, la mère des enfants lui avait demandé de travailler un peu avec D.Z._____. Il a précisé qu'il voyait les enfants une fois par semaine, ce qu'il continuerait à faire à [...], et qu'ils ne rencontraient pas de difficultés scolaires. [...] a pour sa part indiqué que les enfants lui paraissaient aller très bien, qu'ils étaient polis, bien élevés et avaient l'air heureux. Elle ne savait pas ce qu'ils pensaient du déménagement. Selon elle, la mère était totalement adéquate et elle n'avait jamais constaté de problèmes en ce qui concerne l'exercice du droit de visite du père. F._____, sœur du défendeur, a quant à elle souligné que C.Z._____ et D.Z._____ étaient équilibrés, intelligents et bien éduqués. Elle n'avait pas parlé du déménagement avec eux, mais pensait qu'il était difficile pour des enfants de quitter leurs copains, leur entourage, ainsi que leurs activités sociales et sportives. [...], qui a estimé que C.Z._____ et D.Z._____ – polis et bien élevés – allaient bien, a expliqué qu'elle n'avait

pas non plus abordé la question du déménagement avec les enfants. L'audience a été suspendue, afin que la présidente du tribunal d'arrondissement puisse procéder à l'audition de ces derniers.

C.Z._____ et D.Z._____ ont été entendus par la magistrate précitée le 25 mai 2011. Ils ont déclaré que tout se passait bien pour eux, qu'ils s'entendaient bien avec l'ami de leur mère, qu'ils se réjouissaient de l'arrivée des jumeaux et que leur prochain déménagement ne les perturbait absolument pas. Ils ont relevé qu'ils entendaient poursuivre leurs activités sportives, à savoir le football pour tous les deux et le tennis en sus pour D.Z._____, à Crissier et à Renens.

L'audience de mesures provisionnelles a été reprise le 7 (recte : 8) juin 2011.

En droit :

1. **a)** L'ordonnance attaquée a été rendue le 30 juin 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (ci-après: CPC ; RS 272), entré en vigueur le 1er janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge

unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

L’appel a été formé en temps utile, par une partie qui y a intérêt. Bien que l’appelant ne chiffre pas ses conclusions relatives aux contributions dues par l’intimée pour l’entretien des enfants, dites conclusions, capitalisées selon l’art. 92 al. 2 CPC, sont manifestement supérieures à 10'000 fr., les autres conclusions étant de nature non patrimoniales. L’appel est ainsi formellement recevable.

2. **a)** 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, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l’appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., 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 (Tappy, op. cit., p. 136).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et 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, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC ; Tappy, op. cit., p. 138). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, op. cit., pp. 136-137).

c) Toutefois, dès lors que la cause porte sur le droit de garde de C.Z._____ et D.Z._____, sur le droit de visite du parent non gardien et sur les contributions dues pour l’entretien des enfants, le litige est

soumis à la maxime d'office. Les pièces produites en deuxième instance par l'appelant sont donc recevables. Il ressort du courrier adressé le 1er juin 2011 par le Directeur général de [...] à l'appelant qu'une réduction du taux d'activité de celui-ci pourrait être acceptée « jusqu'à un seuil de 60% ».

3. **a)** L'appelant conclut notamment à ce que la garde de C.Z._____ et D.Z._____ lui soit confiée. Il fait en substance valoir qu'il est plus disponible que l'intimée pour prendre personnellement soin des enfants, l'intimée étant très occupée par la naissance des jumeaux alors qu'il est lui-même à une année de la retraite et que son employeur a consenti à une réduction de 40% de son activité professionnelle. En outre, le déménagement de l'intimée, détentrice du droit de garde selon le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 août 2006, perturberait les enfants. Il souligne qu'il est préférable que ceux-ci ne soient pas arrachés à leur environnement actuel, F._____ ayant à cet égard déclaré qu'il serait difficile pour eux de quitter leurs amis et leur entourage, sans toutefois que le premier juge tienne compte de ce témoignage. De plus, le déménagement contraindrait C.Z._____ et D.Z._____ à effectuer plusieurs soirs par semaine des trajets beaucoup plus longs qu'actuellement pour se rendre à leurs activités sociales et sportives.

b) Pour la durée de la procédure de divorce, les enfants doivent, en règle générale, être confiés au parent qui est à même de prendre soin d'eux personnellement dans une large mesure et au sein du milieu dans lequel ils ont vécu jusqu'alors. Au stade des mesures provisionnelles, il n'y a pas encore à déterminer chez quel parent le droit des enfants à des soins et à une éducation optimums est le mieux assuré pour l'avenir. Cette question ne devra être tranchée que dans le jugement au fond (ATF 111 II 223 c. 3, JT 1988 I 230 ; TF 5P.112/2000 du 22 mai 2000 c. 2a).

En vertu de l’art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), relatif à l’organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d’après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC) ; il peut notamment confier la garde des enfants à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie. La règle fondamentale en ce domaine est l’intérêt de l’enfant, celui des parents étant relégué à l’arrière-plan. Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations entre les parents et l’enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l’enfant et à s’en occuper personnellement ainsi qu’à favoriser les contacts avec l’autre parent ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l’espèce, est la mieux à même d’assurer à l’enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel ; ce dernier critère revêt un poids particulier lorsque les capacités d’éducation et de soin sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3, JT 1994 I 183). Le juge appelé à se prononcer sur le fond qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l’enfant est amené à vivre, dispose d’un large pouvoir d’appréciation (ATF 117 II 353 précité c. 2 ; TF 5A_860/2009 du 26 mars 2010 c. 3.1).

c) En l’espèce, C.Z._____ a atteint l’âge de l’adolescence et D.Z._____ est un pré-adolescent. Il ne ressort pas du dossier qu’ils seraient perturbés par le déménagement à [...], où ils bénéficieront chacun de leur chambre, ni par la naissance des jumeaux, dont ils ont au contraire déclaré se réjouir. Ils sont en outre suffisamment grands pour assumer les déplacements liés à l’exercice de leurs activités sportives respectives à Crissier et à Renens. Sur le plan de leur scolarité, comme l’a relevé avec raison le premier juge, ils seront de toute manière confrontés à un changement, au vu de leur âge et de leur passage respectif au gymnase ou à l'école secondaire. Selon les témoins, les enfants vont bien ; ils sont équilibrés, polis et intelligents. Lors de leur audition, C.Z._____ et D.Z._____ ont déclaré qu’ils s’entendaient bien avec l’ami de leur

mère et que leur prochain déménagement ne les perturbait absolument pas. Ils ont ainsi souhaité continuer à partager leur vie avec leur mère et les jumeaux, ce qui confirme les bonnes capacités éducatives de l'intimée. La plus grande disponibilité alléguée par l'appelant, ainsi que la possibilité qu'il aurait de réduire son activité professionnelle, ne changent rien à cela et ce dernier échoue à rendre vraisemblable que les enfants seraient déstabilisés par le déménagement. A cet égard, c'est à tort qu'il soutient que le témoignage de F._____ n'a pas été pris en compte par le premier juge. En effet, contrairement à ce qu'il prétend, ce témoin n'a pas déclaré que ce serait difficile pour C.Z._____ et D.Z._____ de quitter leurs amis et leur entourage ; elle a indiqué qu'elle n'avait pas parlé du déménagement avec eux et a formulé une remarque toute générale sur les difficultés que pourraient rencontrer des enfants dans de pareilles circonstances. Au vu de ce qui précède, séparer aujourd'hui C.Z._____ et D.Z._____ de leur mère – qui en a eu la garde depuis la séparation des parties en 2006 – et de leurs demi-frères ou sœurs serait bien plus préjudiciable à leur développement que le déménagement, dès lors que cela entraînerait des changements autrement plus importants pour eux que le fait d'aller habiter dans une autre commune. Mal fondé, l'appel doit ainsi être rejeté.

Compte tenu du maintien de l'attribution du droit de garde à l'intimée, il n'est nul besoin d'examiner les conclusions de l'appelant relatives au droit de visite de l'intimée et à la contribution de celle-ci à l'entretien des enfants.

4. En conclusion, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance confirmée.

Vu l'issue de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant (art. 106 al. 1 CPC).

Il n’y a pas lieu d’allouer de dépens à l’intimée, qui n’a pas été invitée à déposer une réponse.

Par ces motifs,
le Juge délégué de la Cour d’appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
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 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.Z._____.

IV. Il n'est pas alloué de dépens.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué : La greffière :

Du 11 août 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Alain Vuithier (pour A.Z._____),
- Me Colette Chable (pour B.Z._____).

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 Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La greffière :