

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 4 avril 2011

Présidence de M. GIROUD, juge délégué
Greffier : M. Corpataux

Art. 176 al. 3 CC ; 276 al. 1, 308 al. 1 let. b et 317 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.H.**_____, au Mont-sur-Lausanne, défendeur, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 18 février 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.H.**_____, au Mont-sur-Lausanne, demanderesse, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 18 février 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a confié la garde des enfants à B.H. _____ (I), fixé le droit de visite de A.H. _____ (II), attribué la jouissance du domicile conjugal, [...], à B.H. _____, à charge pour elle d'en assumer les charges (III), imparti à A.H. _____ un délai de quinze jours dès la notification de l'ordonnance pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement (IV), dit que A.H. _____ contribuera à l'entretien de ses enfants par le régulier versement d'une pension de 1'500 fr., allocations familiales en plus, payable d'avance le premier jour de chaque mois dès et y compris son départ du domicile conjugal, pro rata temporis (V), dit que les frais et dépens de la procédure suivent le sort de la cause au fond (VI), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VIII).

Le premier juge a considéré que B.H. _____ était capable de s'occuper de ses enfants malgré sa maladie et que, compte tenu de l'âge de ceux-ci, elle devait se voir attribuer leur garde. Le corollaire de cette attribution était que la jouissance de la maison conjugale devait revenir à la mère. Celle-ci ayant déclaré renoncer à une pension pour elle-même, le premier juge a calculé une contribution d'entretien pour les enfants à la charge du père sur la base du 25% de son salaire.

B. Le 3 mars 2011, A.H. _____ a fait appel de cette décision. Il a conclu principalement à sa réforme en ce sens que la garde des enfants lui est confiée, que B.H. _____ jouira d'un libre droit de visite sur ses enfants, que la jouissance du domicile conjugal au Mont-sur-Lausanne lui est attribuée, à charge pour lui d'en assumer les charges, qu'un délai de quinze jours dès la notification de l'arrêt sur appel est imparti à B.H. _____ pour quitter le domicile conjugal et qu'elle contribuera à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension de 1'500 fr.,

allocations familiales en plus, d'avance le premier jour de chaque mois dès et y compris son départ du domicile conjugal, pro rata temporis, subsidiairement à l'annulation.

Par décision du 11 mars 2011, le juge délégué de la Cour d'appel civile a rejeté la requête d'effet suspensif formée par l'appelant.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur la requête d'appel.

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

a) A.H._____ et B.H._____ se sont mariés le [...] 1998. Sont issus de cette union C.H._____, née le [...] 1999, et D.H._____, né le [...] 2002.

b) Selon les éléments au dossier, la situation matérielle des parties est la suivante :

Journaliste juriste au service du quotidien [...],A.H._____ travaille à 80%. Il a congé le mardi et, après avoir travaillé à Genève, a obtenu à titre temporaire l'autorisation de travailler à Lausanne. Il réalise un revenu mensuel net de 5'532 fr. treize fois l'an, allocations familiales non comprises, à savoir 5'993 fr. net par mois. De février à juillet 2009, il a au surplus obtenu un revenu de 8'305 fr. 10 net du Canton de Genève et, en 2009, un revenu de 5'073 fr. net de la Confédération pour une activité à temps partiel. Par lettre du 23 février 2011 à son épouse, il a notamment déclaré qu'il avait prévu de déménager de la villa du Mont-sur-Lausanne le 5 mars 2011. Selon B.H._____, son époux s'est installé depuis cette date dans un appartement à Pully, rendu disponible par un départ de la mère de celui-ci dans une résidence pour personnes âgées.

Pour sa part, B.H._____ travaille à 70% à la rédaction du journal [...] à Lausanne et réalise un revenu mensuel net de 5'600 fr. Elle souffre de diabète depuis 1999 et est sujette à des hypoglycémies. C'est ainsi notamment qu'en 2004, alors qu'elle circulait en voiture avec ses enfants sur l'autoroute, une forte hypoglycémie l'a contrainte à s'arrêter sur la bande d'arrêt d'urgence, ce qui a provoqué l'intervention de la police. Le 12 février 2011, alors qu'elle se trouvait à la piscine thermale d'Yverdon-les-Bains avec ses enfants et la marraine de son fils, elle aurait éprouvé une hypoglycémie ayant conduit sa fille à envoyer des messages par téléphone à A.H._____. Dans un courrier du 2 novembre 2010, la doctoresse [...], spécialiste en endocrinologie-diabétologie, qui suit B.H._____ depuis 2005, a attesté que le diabète dont celle-ci souffre n'est pas de nature à empêcher ou entraver le droit de garde sur des enfants en bas âge. Ce médecin a précisé dans un courrier du 31 janvier 2011 que l'épisode de 2004 a eu lieu alors que sa patiente était encore en phase d'apprentissage pour le traitement de sa maladie.

Durant la vie commune, A.H._____ s'occupait de ses enfants le mardi. Les autres jours de la semaine, B.H._____ était présente auprès de ses enfants pour le repas de midi et dès 18 heures, en étant assistée pour le surplus par une mère de jour à domicile.

Les enfants sont scolarisés au Mont-sur-Lausanne.

c) Par acte du 12 octobre 2010, A.H._____ a requis des mesures protectrices de l'union conjugale, en concluant à ce que la garde de ses deux enfants lui soit attribuée, que l'intimée jouisse à l'égard de ceux-ci d'un libre droit de visite, que la jouissance de la villa conjugale soit attribuée au requérant qui en assumera les charges et que l'intimée contribue à l'entretien des siens par le versement d'une pension de 1'500 fr. par mois dès le 1^{er} octobre 2010.

Le 21 octobre 2010, B.H._____ a ouvert action en divorce devant le Tribunal d'arrondissement de Lausanne. Elle a alors pris des conclusions provisionnelles tendant à ce que la garde des enfants lui soit

attribuée, que l'intimé jouisse d'un libre droit de visite moyennant entente préalable avec elle, que la jouissance de la maison conjugale soit attribuée à la requérante qui en assumera les charges et que l'intimé contribue à l'entretien des siens par le versement d'une pension de 1'500 fr. par mois dès le 1^{er} octobre 2010.

A l'audience du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 1^{er} novembre 2010, la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par A.H._____ a été convertie en requête de mesures provisionnelles dans le cadre du procès en divorce. Trois témoins ont alors été entendus.

En droit :

1. a) L'ordonnance attaquée, qui a un caractère provisionnel dès lors qu'une procédure de divorce est pendante (ATF 95 II 68, JT 1970 I 285 ; Chaix, Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 3 ad art. 172 CC) a été rendue le 18 février 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est ouvert contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, dans les affaires pécuniaires pour autant que la valeur litigieuse soit supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. b et 308 al. 2 CPC). La procédure sommaire s'appliquant aux mesures provisionnelles en vertu de l'art. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV ; loi du 12 décembre 1974 d'organisation judiciaire, RSV 173.01).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant notamment sur des conclusions patrimoniales, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est ouvert.

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, 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, op. cit., JT 2010 III 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., JT 2010 III 136).

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., JT 2010 III 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., JT 2010 III 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), vaut également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance, même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, Le code de procédure civile, p. 197 ; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 317 CPC ; Reetz/Hilber, ZPO-Kommentar, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la

maxime inquisitoire, qui était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novas en deuxième instance, très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC, finalement adopté, ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou moyens de preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel, les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., no 2410 p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n° 2414 p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n° 2415 p. 438).

b) L'appelant sollicite l'audition de témoins sans toutefois indiquer lesquels, ni s'ils seraient distincts de ceux qui ont été entendus en première instance. Il n'expose pas à quel sujet ces témoins pourraient s'exprimer, se bornant à évoquer « l'importance des faits nouveaux allégués au chapitre II » de l'appel. Il est question dans ce chapitre de l'historique de la maladie de l'intimée, d'évènements y relatifs à compter de 2001 et des courriers récents de la doctoresse [...]; ces éléments ont déjà fait l'objet d'une instruction en première instance. Il y est également question de plaintes que l'intimée aurait formées pour des déprédations commises dans la maison conjugale, qui dénoteraient selon l'appelant un trouble psychique. L'appelant n'établit cependant pas qu'il n'aurait pas pu faire porter l'instruction à ce sujet en première instance déjà. Il ne paraît au surplus pas nécessaire de procéder d'office à des investigations au sujet de ce grief de l'appelant, qui ne l'a pas empêché durant la vie

commune de laisser son épouse s'occuper des enfants. Il en va de même pour l'épisode relatif à un portemonnaie perdu et à une attention réduite de l'intimée pour les devoirs des enfants également invoqués au chapitre II de l'appel. Enfin, le fait que les époux ne se soient pas accordés au sujet de la garde des enfants durant les vacances de février 2011 n'a rien d'extraordinaire au vu du conflit conjugal et ne justifie pas non plus une instruction complémentaire. L'appelant ne démontre ainsi pas que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC mentionnées plus haut seraient réunies pour administrer des preuves nouvelles, ni que celles-ci s'imposeraient dans le cadre de l'instruction d'office en ce qui concerne la situation des enfants. Il n'y a dès lors pas lieu de procéder à l'audition de témoins.

c) L'appelant requiert aussi la production de pièces. La pièce 51 concerne des épisodes d'hypoglycémie de l'intimée en 2002 et 2004. La pièce 52 concerne un tel épisode survenu en 2001 lors d'une consultation avec l'enfant C.H. _____ au Service de la guidance infantile à Genève. La pièce 53 concerne les suites de l'arrêt de l'intimée sur la bande d'urgence de l'autoroute en 2004, la police ayant adressé une copie de son rapport au Service de protection de la jeunesse genevois. Tous ces éléments sont manifestement trop anciens pour présenter un intérêt dans le cadre de mesures provisionnelles actuelles, ce qui justifie de ne pas donner suite aux réquisitions de l'appelant.

3. L'appelant prétend que l'état de santé de son épouse ne lui permettrait pas de s'occuper correctement de leurs enfants.

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 l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer la garde des enfants. Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 2^{ème} éd., nn. 89 et 101 ad art. 176 CC cité in TF 5A_693/2007

du 18 février 2008 ; Chaix, Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC). La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relegué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux. 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 (ATF 136 I 178 c. 5.3 ; ATF 117 II 353 c. 3 ; ATF 115 II 206 c. 4a ; ATF 115 II 317 c. 2 ; FamPra.ch 2006 n° 20, p. 193 ; FamPra.ch 2008 n° 104, p. 981).

En l'espèce, il ressort de l'avis du médecin traitant de l'intimée que le diabète de celle-ci ne l'empêche pas de garder des enfants en bas âge. S'il est vrai qu'à certaines occasions, ainsi récemment à la piscine thermale d'Yverdon-les-Bains, une hypoglycémie de l'intimée a perturbé la prise en charge des enfants, il n'y a pas à en déduire que l'intimée présenterait une incapacité à l'égard de ceux-ci, qui ne sont d'ailleurs plus à proprement en bas âge. En mettant en évidence certaines défaillances de son épouse, l'appelant perd de vue qu'il s'est accommodé de l'état de celle-ci durant plusieurs années en lui laissant le soin de s'occuper seule des enfants. Or, rien ne permet d'admettre soit qu'il ne s'était pas rendu compte de la situation, soit que celle-ci aurait évolué à tel point que ce qui était adéquat en 2010, avant l'engagement de la procédure, ne le serait plus aujourd'hui. Ce moyen doit être rejeté.

Dès lors que l'état de santé de l'intimée ne justifie pas de modifier l'attribution de la garde des enfants décidée par le premier juge, l'appelant ne peut pas revendiquer la jouissance de la maison conjugale. Le premier juge a exposé en effet de façon convaincante que la stabilité dont les enfants ont besoin conduisait à les maintenir avec leur mère dans

cette maison. Cela étant, l'appelant ne peut pas non plus prétendre à une contribution d'entretien pour ses enfants.

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

Les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelant sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC ; tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5).

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.H._____.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 4 avril 2011

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

Le greffier :

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 Philippe Chaulmontet (pour A.H. _____)
- Me Marguerite Florio (pour B.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 :

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

Le greffier :