

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 octobre 2011

Présidence de M. CREUX, juge délégué
Greffier : M. Elsig

Art. 273 al. 1 CC; 268 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.O.**_____, à Lausanne, défendeur, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 26 août 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.O.**_____, à Lausanne, demanderesse, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 26 août 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions provisionnelles du défendeur A.O. _____ (I), maintenu dans son entier la convention du 14 janvier 2011 (II), fixé les frais judiciaires de la procédure provisionnelle du défendeur à 200 fr. et ceux de la demanderesse B.O. _____ à 200 fr. (III), alloué à la défenderesse des dépens, par 2'000 fr. (IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VI).

En droit, le premier juge a relevé en substance qu'il ne convenait pas d'aggraver les craintes de l'enfant par le changement brusque des modalités du droit de visite, que la limitation était de portée limitée, mais que cette situation ne saurait durer à long terme, ce d'autant que les démarches médicales étaient approuvées par les parents et que l'expertise sur le point d'être mise en œuvre.

B. A.O. _____ a interjeté appel le 8 septembre 2011 contre cette ordonnance en concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens qu'il bénéficie d'un libre et large droit de visite sur l'enfant, à exercer d'entente avec la mère et, à défaut d'entente un week-end sur deux, du vendredi soir à 18 heures au dimanche soir à 18 heures, durant les repas de midi des lundis et vendredis, et durant la moitié des vacances scolaires comprenant alternativement Noël et Nouvel An, et Pâques ou Pentecôte, ainsi que durant la moitié des jours fériés.

L'intimée B.O. _____ n'a pas été invitée à se déterminer.

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

Le défendeur A.O. _____, né le [...] 1955, et la demanderesse B.O. _____, née le [...] 1961 se sont mariés le [...] 1996. Une enfant est issue de cette union : C.O. _____, née le [...] 1999.

Par convention signée à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 juin 2008, les parties sont notamment convenues de se séparer pour une durée indéterminée, d'attribuer au défendeur le logement conjugal, d'attribuer à la mère la garde sur l'enfant, le droit de visite du père étant fixé, à défaut d'entente, à un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, avec perspective d'élargissement à deux jours supplémentaires par mois. Dite convention a été ratifiée par le juge pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale.

Par requête du 30 novembre 2010, le défendeur a requis du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne notamment qu'il soit mis au bénéfice d'un libre droit de visite sur l'enfant, fixé à défaut d'entente à un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 19 heures, une fin d'après-midi par semaine, en principe le mercredi jusqu'au lendemain matin, et durant quatre semaines de vacances durant l'année, moyennant préavis d'un mois donné à la mère. Le défendeur a allégué les difficultés rencontrées dans l'exercice du droit de visite, entravé selon lui par la demanderesse.

La demanderesse a conclu au maintien de la convention du 24 juin 2008, justifiant la limitation unilatérale du droit de visite par les problèmes de santé du défendeur qui aurait vécu alors un état dépressif récurrent, assorti de phases d'alcoolisation excessive.

Le 16 décembre 2010, la demanderesse a ouvert action en divorce par le dépôt d'une requête de conciliation auprès du Juge de paix du district de Lausanne.

A l'audience du 14 janvier 2011, les parties sont notamment convenues que le droit de visite litigieux s'exercerait à raison d'un week-end sur deux, du samedi à 10 heures au dimanche à 18 heures, moyennant que le défendeur s'engage à ce qu'un membre de sa famille soit présent durant la nuit, et durant les repas de midi des lundis et vendredis. Les parties se sont également engagées à suivre une thérapie de famille moyennant un partage des frais. Dite convention a été ratifiée par le juge pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles.

L'enfant C.O. _____ a été auditionnée par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne le 16 février 2011. Il ressort du compte rendu de cette audition que le droit de visite se déroule à satisfaction de l'enfant dès lors qu'un membre de la famille de son père est présent pour la nuit et que le défendeur ne consomme pas d'alcool.

Par requête de mesures d'extrême urgence adressée le 26 mai 2011 au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, le défendeur a conclu, avec dépens, à ce qu'il soit autorisé à prendre sa fille auprès de lui les 28 et 29 mai 2011 sans présence d'un tiers, requête rejetée le 27 mai 2011. A titre provisionnel, le défendeur a conclu, avec dépens, à ce que son droit de visite s'exerce de manière ordinaire un week-end sur deux, du vendredi soir au dimanche soir, pour les repas de midi des mercredis et vendredis, ainsi que durant deux semaines durant l'été 2011, une semaine en octobre et une semaine à Noël.

Le 28 juin 2011, la demanderesse a conclu, avec dépens, au rejet de ces conclusions.

Le 28 juin 2011, le psychiatre traitant du défendeur a attesté qu'il n'avait fait aucune constatation l'amenant à considérer que l'état de santé du défendeur l'empêcherait d'exercer un plein droit de visite sur sa fille et que, sur la base de ses observations, son bon état de santé actuel devait permettre de lever les restrictions apportées à ce droit de visite.

A l'audience de mesures provisionnelles du 30 juin 2011, les parties sont convenues de confier un mandat d'évaluation à la Dresse V._____, la thérapie de famille n'ayant pu être mise en œuvre, faute de prise en charge par les assurances. Par courrier du même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a invité la Dresse V._____ à se prononcer sur la réglementation du droit de visite, les liens entre parents et enfant et, d'une manière générale de faire toute proposition sur la prise en charge de l'enfant.

Au cours de cette audience, le défendeur a conclu, à titre provisionnel, à ce que son droit de visite s'exerce sans tiers pour la nuit et, à titre superprovisionnel, à ce qu'il puisse avoir sa fille auprès de lui du 11 au 17 juillet 2011, puis du 8 au 14 août 2011 pour se rendre à l'étranger avec elle. La demanderesse a conclu au rejet de ces conclusions et requis l'audition de l'enfant, requête à laquelle s'est opposé le défendeur.

Par ordonnance du 7 juillet 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions superprovisionnelles du défendeur.

Il ressort de l'audition de l'enfant C.O._____, effectuée le 20 juillet 2011, que celle-ci est encore angoissée par les visites chez son père, même si elle ne remet pas en cause son amour pour lui. Par le passé, elle a dû faire face à des épisodes douloureux chez lui, dus à des alcoolisations de celui-ci ou la tenue de propos dénigrants envers la mère ou la famille maternelle. La situation s'est améliorée, le défendeur ayant parfaitement respecté le cadre du droit de visite tel que fixé conventionnellement, qui se déroule de manière satisfaisante avec la présence d'un membre de la famille du demandeur. Le demandeur a toutefois laissé "traîner" un certificat médical établi par son psychiatre, tombé malencontreusement ou volontairement entre les mains de l'enfant, ce qui l'a mise mal à l'aise.

Il est apparu à l'audience du 30 juin 2011 que le caractère du défendeur présente des traits impulsifs.

Dans l'ouvrage "L'enfant surdoué, l'aider à grandir, l'aider à réussir, éd. Odile Jacob, p. 20", Jeanne Siaud-Facchin relève que les enfants à haut potentiel sont par définition dotés d'une sensibilité extrême sur le plan affectif, capables de percevoir et d'analyser avec une acuité exceptionnelle toutes les informations en provenance de l'environnement et disposant de la capacité de ressentir l'état émotionnel des autres. En page 34 de cet ouvrage, l'auteur observe encore que l'enfant surdoué peut avoir des peurs diverses et souvent intenses, notamment des peurs internes qui proviennent de toutes les expériences sensorielles vécues depuis sa naissance, qu'il peut avoir des souvenirs précis et, surtout, en garde la charge émotionnelle, le poids affectif et qu'il a en outre une compréhension aiguisée et approfondie du monde, une hypervigilance émotionnelle et une tension constante.

En droit :

1. 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). 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]).

Interjeté en temps utile, l'appel, qui porte sur une cause non patrimoniale, est recevable.

2. 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, in JT 2010 III 115, spéc. p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, 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 (ibidem, p. 136).

3. L'appelant requiert la levée de l'obligation de présence d'un tiers lors de l'exercice de son droit de visite et son extension durant les week-ends et les vacances scolaires.

a) Selon la jurisprudence antérieure au CPC, une modification des mesures provisionnelles en matière matrimoniale peut être demandée en tout temps, si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (TF 5P.114/2006 du 12 mars 2007 c. 2). Cette jurisprudence conserve sa portée sous l'égide du CPC (CACI 24 février 2011/6 c. 3; Kobel, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2010, nn. 34 et 35 ad art. 276 CPC, p. 1612).

b) L'art. 273 al. 1 CC prévoit que le père ou la mère 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. Le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, 4^{ème} éd., 1998, n° 19.20, p. 116). Le maintien et le développement de ce lien sont évidemment bénéfiques 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). Le juge devra tenir compte de l'intérêt de l'enfant, de son âge, de sa santé physique et psychique, et de la relation que celui-ci entretient avec l'ayant droit. La mise en danger concrète du bien de l'enfant est nécessaire non seulement pour justifier un refus ou un retrait du droit aux relations personnelles, mais aussi pour lui imposer de se soumettre à des modalités particulières, notamment par rapport aux vacances (ATF 122 III 404, JT 1998 I 46; Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, 4^{ème} éd., 2009, n. 700, p. 407, et n. 714 ss, pp. 417 ss). Il faut en outre prendre en considération la situation et les intérêts de l'ayant droit : sa relation avec l'enfant, sa personnalité, son lieu d'habitation, son temps libre, son environnement. Enfin, il faut tenir compte de la situation des personnes chez qui l'enfant vit (Hegnauer, *op. cit.*, n° 19.09, p. 111). Des conditions particulières pour l'exercice du droit de visite peuvent être imposées (Hegnauer, *op. cit.*, n° 19.16, p. 114). Toutefois, la limitation du droit de visite doit être prévue avec une certaine retenue dès lors que cette mesure de surveillance, généralement ordonnée contre la volonté du parent ayant droit, risque de générer chez lui une certaine amertume qui compromet le bon déroulement du droit de visite (ATF 122 III 404 c. 3c, JT 1998 I 46).

La jurisprudence a posé le principe que la réglementation du droit de visite ne saurait dépendre uniquement de la volonté de l'enfant; il faut déterminer, dans chaque cas particulier, pourquoi celui-ci adopte une attitude défensive à l'endroit du parent qui n'a pas la garde et si l'exercice du droit de visite risque réellement de porter préjudice à son intérêt (ATF 127 III 295 c. 4a; TF 5A_107/2007 du 16 novembre 2007 c. 3.2). On ne peut, pour autant, faire abstraction de cette volonté. Le Tribunal fédéral a jugé qu'il fallait prendre en considération les vœux exprimés par un enfant sur son attribution, au père ou à la mère, lorsqu'il s'agit d'une résolution

ferme et qu'elle est prise par un enfant dont l'âge et le développement - en règle générale à partir de l'âge de douze ans révolus - permettent d'en tenir compte. Ce principe vaut pour la réglementation du droit de visite (TF 5A_107/2007 précité, c. 3.2 et références citées). Certes, le Tribunal fédéral a constamment souligné que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité. Cependant, dans le cas d'un enfant âgé de douze ans et demi à la date de l'arrêt cantonal et disposant dès lors de la capacité de discernement nécessaire pour donner son avis quant à la réglementation du droit de visite, ce droit ne saurait être fixé alors que l'enfant a manifesté une volonté très ferme à répétées reprises pour refuser ce droit de visite. La fixation d'un droit de visite au mépris du refus de l'enfant contreviendrait sinon tant à la finalité du droit aux relations personnelles qu'au droit de la personnalité de l'enfant (TF 5A_107/2007 précité, c. 3.3).

c/aa) L'appelant fait grief au premier juge d'avoir prorogé une situation qui lui aurait été imposée conventionnellement au mois de janvier 2011, afin qu'il puisse continuer à exercer son droit de visite, et de s'être fondé exclusivement sur des éléments de faits très anciens, sans prendre en compte l'évolution importante de la situation depuis le mois de janvier 2011.

Toutefois, aucun élément au dossier n'indique que la convention passée lors de l'audience du 14 janvier 2011 ait été imposée à l'appelant, alors que celui-ci était assisté d'un avocat. A cela s'ajoute que ledit accord consacrait une reprise du droit de visite faisant suite à des difficultés rencontrées auparavant. D'ailleurs, le premier juge a tenu compte de l'amélioration de la situation intervenue depuis lors, notamment de l'exercice satisfaisant du droit de visite, mais l'a jugée trop récente et potentiellement trop fragile. Dans ce contexte, il a évoqué les épisodes douloureux auxquels l'enfant avait dû faire face par le passé chez l'appelant, le comportement impulsif de ce dernier à l'audience, de même que sa propension à mêler, même inconsciemment, l'enfant au conflit conjugal, ainsi que l'attestait l'épisode du certificat médical qui était parvenu entre les mains de celui-ci, ce qui pouvait s'avérer angoissant. Le

premier juge a en outre constaté que le conflit de loyauté chez l'enfant était patent et qu'une solution ne résultant pas de l'accord des deux parties serait également de nature à l'angoisser.

Cette appréciation prend en compte les critères posés par la jurisprudence et peut être confirmée, étant précisé que si les attitudes de l'appelant qui ont amené l'introduction de l'obligation de présence d'un tiers lors de l'exercice du droit de visite les week-ends ont pris fin après la mise en œuvre de la convention du 14 janvier 2011, elles continuaient d'inquiéter l'enfant à la date de son audition au mois de juillet 2011, étant relevé que ses capacités intellectuelles le rendent particulièrement sensible et sujet à des peurs internes résultant d'événements du passé. A cet égard, l'attestation du psychiatre traitant de l'appelant du 28 juin 2011 n'est pas déterminante dès lors que l'examen de ce médecin n'a pas porté sur l'enfant.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

bb) L'appelant fait grief au premier juge d'avoir donné trop de poids à l'avis de l'enfant. Il fait valoir qu'il n'y a aucun élément concret de mise en danger de l'enfant dans le cadre d'un exercice libre du droit de visite et que les déclarations de l'enfant doivent être appréciées avec retenue, vu la relation quasi-symbiotique qu'elle entretient avec sa mère.

Le premier juge a pris en considération les vœux exprimés par l'enfant, dont l'âge et le développement permettait de tenir compte. Il s'est en outre attaché à démontrer que, compte tenu de la personnalité de l'enfant, surdouée et très sensible émotionnellement, elle pouvait éprouver des peurs diverses et souvent intenses provenant d'expériences vécues depuis sa naissance, et qu'il convenait de ne pas aggraver ces craintes par un changement ne résultant pas de l'accord des parties d'un régime ayant abouti à une évolution favorable de la situation.

Cette appréciation, conforme à la jurisprudence susmentionnée, peut être confirmée. Il y a en outre lieu de relever que,

dès lors que le droit de visite avait été réglementé par convention ratifiée par le juge, il appartenait à l'appelant d'établir une modification sensible et durable de la situation pour obtenir une nouvelle appréciation de la mise en danger concrète de l'enfant. Or, le premier juge a considéré l'amélioration comme trop récente et fragile. Quant aux relations de l'enfant avec sa mère, l'appelant procède par de simples affirmations pour prétendre que celui-ci serait sous l'emprise de sa mère au point de ne pas être apte à défendre son propre point de vue. Rien de tel ne transparaît du procès-verbal d'audition du premier juge, même si l'enfant a dû prendre quelques notes ou des mails pour se souvenir de ce qui s'était passé chez l'appelant.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

cc) L'appelant fait valoir le fort attachement avec l'enfant et soutient qu'il devrait pouvoir s'épanouir en toute liberté.

Toutefois, cet élément n'a pas été méconnu par le premier juge, qui souligne que la limitation du droit de visite reste légère puisqu'elle est circonscrite aux nuits et qu'elle n'empêche nullement les contacts fréquents entre l'appelant et l'enfant, notamment dans la semaine pour partager les repas.

dd) L'appelant fait grief au premier juge de s'être déchargé de sa responsabilité de statuer en attendant le résultat de l'expertise à intervenir.

Il résulte toutefois que les parties sont convenues lors de l'audience du 14 janvier 2011 de mettre en place une thérapie de famille. Cette thérapie n'avait pas été entreprise au moment de l'audience du 30 juin 2011, en raison de l'absence de prise en charge par les assurances. A l'audience du 30 juin 2011, les parties ont donné leur accord à l'établissement par la Dresse V. _____ d'une évaluation portant notamment sur les liens entre chaque parent et l'enfant, ainsi que sur la question ici litigieuse de la présence d'un tiers la nuit, lors de l'exercice du

droit de visite le week-end. Le mandat d'évaluation ordonné par le premier juge a donc obtenu l'accord de l'appelant.

En outre le premier juge a examiné les éléments qui ressortaient du dossier à sa disposition et a considéré sur la base de ceux-ci qu'une modification du droit de visite ne se justifiait pas en l'état, relevant toutefois que le maintien des restrictions à ce droit ne pouvaient être maintenues à long terme, ce d'autant que les démarches médicales étaient approuvées par les parties et que l'expertise était sur le point d'être mise en œuvre. Il a donc bel et bien statué sur les conclusions du requérant et ne s'est pas défaussé sur un avis médical à intervenir, mais a annoncé une réévaluation de la situation après réalisation du mandat d'évaluation.

L'appel doit être rejeté sur ce point.

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, fixés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5), sont mis à la charge de l'appelant vu le rejet de l'appel (art. 106 al. 1 CPC)

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

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 14 octobre 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 Alain Dubuis (pour A.O. _____),
- Me Catherine Jaccottet Tissot (pour B.O. _____).

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).

Le greffier :