

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 28 décembre 2009

Présidence de M. DENYS, président
Juges : MM. Colombini et Sauterel
Greffière : Mme Rossi

Art. 29 al. 2 Cst.; 144 al. 2 CC; 111 et 444 CPC

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **A.Z.**_____, à Gryon, requérant à l'appel, contre l'arrêt sur appel de mesures provisionnelles rendu le 17 novembre 2009 par le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant le recourant d'avec **B.Z.**_____, à St-Triphon, intimée à l'appel.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par arrêt sur appel de mesures provisionnelles du 17 novembre 2009, notifié aux parties le 18 novembre 2009, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment rejeté la requête d'appel déposée le 21 juillet 2009 par A.Z._____ (I), confirmé l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 23 octobre 2009 (II), modifié le chiffre I de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 7 juillet 2009 en ce sens que l'autorité parentale exclusive sur les enfants C.Z._____, née le 31 mai 1999, et D.Z._____, née le 9 février 2002, est confiée à B.Z._____ (III), statué sur les frais et dépens (X et XI) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XII).

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait de cet arrêt, dont il ressort en résumé ce qui suit:

A.Z._____ et B.Z._____ se sont mariés le 18 août 1994 devant l'Officier de l'Etat civil de Gryon. Deux enfants sont issues de cette union: C.Z._____, née le 31 mai 1999, et D.Z._____, née le 9 février 2002.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 10 février 2006, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment confié la garde sur C.Z._____ et D.Z._____ à leur mère et chargé le Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) d'établir un rapport d'évaluation sur la situation des enfants.

Le SPJ a déposé dit rapport le 2 février 2007.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 avril 2007, la magistrate précitée a maintenu l'attribution de la garde sur les enfants à B.Z._____, réglé le droit de visite du père et confié au SPJ un mandat de surveillance au sens de l'art. 307 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210).

Statuant par voie de mesures préprovisionnelles le 9 décembre 2008, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a ordonné provisoirement le retrait du droit de garde de la mère sur C.Z._____ et D.Z._____, confié provisoirement la garde de ces dernières au SPJ, à charge pour dit service de placer les enfants conformément à leurs intérêts et de régler les modalités du droit de visite des parents.

C.Z._____ et D.Z._____ ont été placées au Foyer [...], le 15 décembre 2008.

Dans son rapport d'évaluation du 29 janvier 2009, le SPJ a proposé le maintien du placement des enfants en foyer pour les mettre à l'abri du conflit parental tant que celui-ci ne serait pas réglé.

A la suite de l'audience de mesures provisionnelles du 30 janvier 2009, la présidente du tribunal civil a rendu une ordonnance de mesures préprovisionnelles, qui prolongeait notamment l'ordonnance du 9 décembre 2008 jusqu'à et y compris l'audience fixée le 13 février 2009.

Le 20 février 2009, le président du tribunal civil, statuant par voie de mesures préprovisionnelles, a prolongé dans tous ses effets l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 9 décembre 2008 jusqu'à droit connu sur la procédure de mesures provisionnelles.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 12 mars 2009, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment confirmé les ordonnances de mesures préprovisionnelles des 9 décembre 2008 et 30 janvier 2009 (I), ordonné provisoirement le retrait du droit de garde de B.Z._____ sur C.Z._____ et D.Z._____ (II), confié provisoirement la garde de ces dernières au SPJ, à charge pour ce service de placer les enfants conformément à leurs intérêts (III), chargé le SPJ de régler les modalités du droit de visite des parents (IV), confié à ce service le soin d'établir un rapport d'évaluation intermédiaire d'ici au 17

juin 2009 (V), ordonné que les deux enfants suivent une thérapie pédopsychiatrique auprès du Service universitaire de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, à charge pour ce dernier service de contacter le SPJ (VII), dit que les frais et dépens suivaient le sort de la cause au fond (X) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XI).

Les parties ont passé une convention à l'audience du 23 juin 2009, ratifiée par la présidente du tribunal civil pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles. A.Z._____ a pour le surplus conclu, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que le droit de garde sur les enfants soit confié au SPJ, à ce qu'un curateur soit désigné pour représenter ces dernières dans le cadre de la procédure de divorce et à ce que le placement de C.Z._____ et D.Z._____ au Foyer [...] soit maintenu pour l'année scolaire 2009-2010. Subsidairement, dans l'hypothèse d'un retour des enfants au domicile de la mère, il a requis que son droit de visite soit fixé. B.Z._____ a pour sa part conclu, avec suite de frais et dépens, principalement au rejet des conclusions prises par A.Z._____ et, reconventionnellement, à ce que l'autorité parentale et la garde sur les enfants lui soit attribuée et un droit de visite en faveur du père fixé à dire de justice. Subsidairement, elle a conclu au maintien de la garde des enfants au SPJ, avec mission de les placer chez leur mère.

Statuant par voie de mesures provisionnelles le 7 juillet 2009, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a confié provisoirement l'autorité parentale sur les enfants C.Z._____ et D.Z._____ au SPJ (I), maintenu provisoirement la garde sur les enfants audit service, avec pour mission de placer ces dernières chez leur mère (II), fixé le droit de visite du père (III), confirmé la thérapie individuelle auprès du Service universitaire de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent en faveur de C.Z._____ et D.Z._____, convenue par les parties lors de l'audience du 23 juin 2009 et ratifiée séance tenante par la présidente pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles (IV), rejeté la conclusion prise par A.Z._____ tendant à la désignation d'un curateur de représentation au sens de l'art. 146 CC (V), dit que les frais et dépens suivaient le sort de la cause au fond (VI) et rejeté toutes

autres ou plus amples conclusions et maintenu pour le surplus l'ordonnance de mesures provisionnelles du 12 mars 2009 (VII).

A.Z._____ a interjeté appel contre cette ordonnance le 20 juillet 2009, concluant, sous suite de frais et dépens, à la nullité du chiffre I de son dispositif, les parents étant confirmés dans leur autorité parentale conjointe, à la modification du chiffre II en ce sens que la garde sur C.Z._____ et D.Z._____ est confiée provisoirement au SPJ, à charge de ce service de maintenir le placement des enfants au Foyer [...] et à la modification du chiffre V en ce sens qu'une curatelle de représentation au sens de l'art. 146 CC est instaurée en faveur des enfants dans le cadre de la procédure en divorce opposant leurs parents.

Dans ses déterminations du 13 octobre 2009, B.Z._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et confirmé ses conclusions reconventionnelles prises en première instance s'agissant de l'autorité parentale et reconventionnelles subsidiaires relatives à la garde des enfants.

Le 20 octobre 2009, le SPJ a déposé un rapport de situation faisant état des faits depuis le 23 juin 2009. Il concluait notamment à l'attribution de l'autorité parentale à la mère.

Les auteurs de ce rapport ont été entendus à l'audience d'appel du 22 octobre 2009. Ils ont notamment indiqué que C.Z._____ et D.Z._____ n'étaient pas parvenues à s'intégrer au foyer, le retour en août dans cette institution ayant été vécu comme un véritable choc par les enfants.

Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 23 octobre 2009 rendue ensuite de l'audience précitée, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a confié provisoirement à B.Z._____, l'autorité parentale exclusive sur C.Z._____ et D.Z._____ (I), laissé provisoirement la garde des enfants au SPJ, à charge pour l'institution de placer ces dernières chez leur mère dès le 1^{er} janvier 2010

(II), fixé le droit de visite du père (III), invité l'association Point Rencontre à Montreux à opérer le transfert des enfants à l'occasion du droit de visite (IV), ordonné la poursuite des traitements psychiatriques ambulatoires des deux enfants (V), dit que les frais des mesures préprovisionnelles suivaient le sort des mesures provisionnelles (VI), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire et dit qu'elle resterait en vigueur jusqu'à décision sur la requête de mesures provisionnelles (VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, les juges de l'appel ont considéré que c'était à tort que le premier juge avait attribué l'autorité parentale au SPJ, la compétence pour prononcer le retrait de dite autorité aux parents appartenant à l'autorité tutélaire de surveillance et le SPJ n'étant pas légalement autorisé à exercer l'autorité parentale. Ils ont retenu - sur la base du rapport du SPJ et des déclarations des assistants sociaux en charge du dossier - que les capacités éducatives de la mère étaient, en l'état, meilleures que celles du père et qu'au vu des graves dissensions existant entre les parents, l'exercice en commun de l'autorité parentale ne serait pas dans l'intérêt des enfants et entraverait la mission des professionnels chargés de leur venir en aide. Ils ont, en outre, estimé que la lettre d'insultes rédigée par les enfants à l'adresse de la psychologue en charge de leur suivi thérapeutique, également signée par A.Z. _____ et produite par celui-ci à l'audience, témoignait de l'incapacité du père à appréhender ce qui était sain pour ses enfants. Les juges de l'appel ont par conséquent attribué l'autorité parentale sur C.Z. _____ et D.Z. _____ à B.Z. _____. Au vu notamment des difficultés d'intégration des enfants au foyer, des efforts fournis par la mère et de la collaboration de celle-ci avec le SPJ, le tribunal civil a attribué la garde sur C.Z. _____ et D.Z. _____ au SPJ, avec la charge de les placer chez leur mère dès le 1^{er} janvier 2010. Les juges de l'appel ont enfin considéré que les enfants ayant la faculté de s'exprimer par le biais du SPJ ainsi que dans le cadre du suivi thérapeutique instauré, leurs intérêts étaient préservés et qu'une curatelle de représentation au sens de l'art. 146 CC ne paraissait pas nécessaire en l'espèce.

B. Par acte du 27 novembre 2009, A.Z._____ a recouru contre cet arrêt, concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation du chiffre III de son dispositif, la cause étant renvoyée en première instance pour nouvelle décision s'agissant de l'attribution de l'autorité parentale. Il a requis l'effet suspensif.

Le 9 décembre 2009, le Président de la Chambre des recours a rejeté la requête d'effet suspensif.

Le 18 décembre 2009, le recourant a renoncé à déposer un mémoire ampliatif.

En droit :

1. a) La voie du recours en nullité de l'art. 444 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966; RSV 270.11) est seule ouverte contre les arrêts sur appel de mesures provisionnelles pour les griefs énoncés à l'alinéa premier de cette disposition, celle du recours en réforme étant exclue (JT 2007 III 48; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., 2002, n. 1 ad art. 108 CPC, pp. 211-212, et n. 1 ad art. 111 CPC, p. 217).

b) Selon la jurisprudence, le Tribunal cantonal n'examine que les moyens de nullité invoqués dans le recours et ne saurait retenir d'office la violation de dispositions de procédure non invoquées par le recourant. Dans ce cadre, il qualifie librement les griefs (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 2 ad art. 465 CPC, p. 722).

2. Le recourant fait valoir que le droit d'être entendu des enfants C.Z. _____ et D.Z. _____ a été violé, dès lors qu'elles n'ont pas été entendues par les juges de l'appel.

a/aa) Le respect du droit d'être entendu, consacré par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale du 18 avril 1999; RS 101) et par l'art. 2 CPC, constitue une règle essentielle de la procédure dont la violation peut être invoquée à l'appui du recours en nullité de l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 5 ad art. 2 CPC, p. 12).

En outre, l'art. 144 al. 2 CC prévoit que le juge ou un tiers nommé à cet effet entend les enfants personnellement, de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition. La norme posée par cette disposition est une règle de procédure, qui dit d'une part comment le juge doit établir les faits et, dans la mesure où elle confirme le droit de l'enfant à être entendu (cf. art. 12 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant; RS 0.107), dit d'autre part comment le juge doit respecter, en procédure, les droits de l'enfant.

bb) Selon la jurisprudence rendue sous l'égide de l'aOJ (ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943), la violation d'une règle fédérale de procédure pouvait être invoquée par la voie du recours en nullité cantonal lorsque le grief ne pouvait faire l'objet d'un recours direct en réforme au Tribunal fédéral (art. 444 al. 2 CPC; JT 2004 III 16; Girardet, Le recours en nullité en procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1986, pp. 186 ss; Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 16 ad art. 444 CPC, p. 659). Tel était notamment le cas du grief tiré de la violation de l'art. 144 CC (CREC II, 2 août 2005, n° 680).

Une décision de mesures provisionnelles peut certes faire désormais l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral, cependant limité à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF [loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110]). Se pose la question

de savoir si la jurisprudence mentionnée ci-dessus doit être maintenue sous l'égide de la LTF.

Dans un domaine proche, le Tribunal fédéral a considéré que, bien que le grief de violation de l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire était désormais recevable dans le cadre du recours en matière civile, le grief d'arbitraire dans l'appréciation des preuves continuait d'être recevable dans le cadre du recours en nullité cantonal, l'art. 444 al. 2 CPC n'ayant pas été adapté à la modification des voies de recours fédérales et continuant de prévoir l'exclusion des griefs susceptibles de recours en réforme. Supprimer la possibilité de soulever un tel grief irait au demeurant à l'encontre de l'art. 75 al. 2 LTF, qui impose aux cantons d'instituer la possibilité de recourir à un tribunal supérieur du canton; même si cette disposition n'est pas encore en vigueur (cf. art. 130 al. 2 LTF), il serait paradoxal de prendre prétexte de l'entrée en vigueur de la LTF pour supprimer une possibilité de recours cantonal répondant pour partie à une exigence qu'elle formule, voire même exclu (TF 4A_197/2009 du 6 août 2009; TF 4A_531/2007 du 5 mars 2008 c. 2.2).

Pour les mêmes motifs, on doit admettre que le recours en nullité cantonal reste également ouvert lorsqu'est litigieuse la violation d'une règle fédérale de procédure qui ne peut faire l'objet d'un recours direct en matière civile au Tribunal fédéral permettant un libre examen de la norme.

Le grief soulevé par le recourant est ainsi recevable.

b) L'audition de l'enfant doit en principe intervenir dès qu'il a six ans révolus (ATF 131 III 553, JT 2006 I 83). Si l'audition doit en principe incomber à un magistrat, des motifs importants peuvent néanmoins conduire à considérer qu'une audition par un tiers sera plus appropriée, notamment lorsque la personne chargée de l'audition doit faire preuve d'un sens psychologique particulier ou lorsque l'examen de la situation doit être effectué par des spécialistes (ATF 133 III 553 c. 4, JT 2008 I 244, rés. in SJ 2007 I 596; ATF 127 III 295). Ainsi, des discussions régulières

avec le SPJ dans le cadre de la procédure, qui retranscrit fidèlement l'opinion de l'enfant, peuvent suffire (CREC II, 4 juillet 2005, n° 416 et les réf. citées).

c) En l'espèce, les enfants ont été régulièrement entendues par le SPJ, qui, dans ses différents rapports, a fait état de manière détaillée de leur avis, après les avoir rencontrées. Le rapport déposé le 20 octobre 2009 indique en effet notamment ce qui suit (pp. 3-4):

« (...) Nous avons rencontré C.Z._____ et D.Z._____ au foyer [...] après leur rentrée scolaire. Nous avons pu échanger sur leurs vacances, leur rentrée scolaire, leur vie au foyer... Lors de ce même entretien, au vue (sic) des informations relatées par un discours très élaboré par C.Z._____ et destinées à notre sens aux adultes (en particuliers ses parents), nous avons dû expliquer le cadre de notre travail, et le pourquoi de la prolongation du placement au Foyer [...]. Peu à peu une relation de confiance s'est tissée et C.Z._____ a pu laisser transparaître sa souffrance notamment à travers l'exemple de la lettre écrite à la Dresse [...] "je ne voulais pas le faire" exprime-t-elle en pleurant.

A la fin de l'entretien, D.Z._____ a émis le souhait de "retourner chez papa et maman" et C.Z._____ a exprimé en ces termes "la situation m'oblige à prendre la décision de choisir d'aller vivre chez papa à cause de l'école".

Le retour au foyer s'est effectué le dimanche soir 23 août, de retour de vacances avec leur père. Cela a été un moment difficile et elles sont arrivées en larmes.

Elles ont mis quelques jours à se réapproprier les lieux (...).»

Ainsi, l'audition de C.Z._____ et D.Z._____ par les assistants sociaux, retranscrite dans le rapport du 20 octobre 2009

adressé aux juges de l'appel, est suffisante et le droit d'être entendu des enfants n'a en l'espèce pas été violé.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

3. Le recourant invoque une appréciation arbitraire des faits.

a) La cour de céans a admis que le grief tiré de l'appréciation arbitraire des preuves pouvait faire l'objet d'un recours en nullité au sens de l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC, même au stade provisionnel (JT 2007 III 48 c. 3a; JT 2001 III 128; Tappy, note in JT 2000 III 78). Ce grief se distingue de celui de la fausse appréciation des preuves en ce sens qu'il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre apparaît concevable ou même préférable. Une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 c. 2.1; ATF 127 I 54 c. 2b).

Le grief d'appréciation arbitraire des preuves, qui est lié à l'application de règles de procédure, ne doit pas être confondu avec celui de grief d'appréciation arbitraire du droit de fond. Celui-ci n'est en effet pas lié à l'application des règles de procédure et ne relève pas du moyen de l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC, cette disposition ne sanctionnant que des vices d'ordre procédural (JT 2007 III 48 c. 3a; Girardet, op. cit., p. 24; Tappy, Note sur les recours cantonaux en matière de mesures

provisionnelles et la nouvelle LTF, JT 2007 III 54, spéc. pp. 59 ss; Tappy, Les mesures provisionnelles en matière civile dans le nouveau système de recours au Tribunal fédéral, in Revue suisse de procédure civile [RSPC] 1/2007, pp. 99 ss, spéc. p. 107).

La LTF n'impose pas actuellement à la Chambre des recours d'étendre son pouvoir d'examen (art. 111 al. 3 et 130 al. 2 LTF; Tappy, in RSPC 1/2007 précitée, spéc. p. 107). Il en découle que, dans le canton de Vaud, l'entrée en vigueur de la LTF n'a pas changé le système de recevabilité du recours cantonal en nullité. En particulier, l'art. 444 al. 1 ch. 3 CPC ne permet pas à la Chambre des recours d'entrer en matière sur un grief tiré d'une violation du droit matériel, même sous l'angle de l'arbitraire (JT 2007 III 48 avec note Tappy, op. cit., spéc. pp. 60-61). Il n'y a pas matière à modification de ces règles en l'état, la LTF prévoyant un délai d'adaptation.

b) Le recourant fait grief aux juges de l'appel d'avoir fondé leur décision d'attribuer l'autorité parentale exclusivement à la mère sur les déclarations des assistants sociaux du SPJ et sur un écrit injurieux des enfants, contresigné par le père. Ce faisant, il ne remet pas en cause les faits en tant que tels mais leur appréciation juridique. Or, ce moyen relève de l'application du droit matériel et est par conséquent irrecevable en nullité.

4. En conclusion, le recours doit être rejeté, en application de l'art. 465 al. 1 CPC, et l'arrêt sur appel maintenu.

Les frais de recours du recourant sont arrêtés à 300 fr. (art. 233 al. 1 TFJC [tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile; RSV 270.11.5]).

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 465 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** L'arrêt sur appel est maintenu.
- III.** Les frais du recourant A.Z._____ sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 28 décembre 2009

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 Martine Rüdlinger (pour A.Z._____),
- Me Catherine Jaccottet Tissot (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 :

- Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :