

# **BGer 5A 153/2013 vom 24. Juli 2013**

Bundesgericht, 2013-07-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_153\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_153_2013)

FR: TF 5A 153/2013 du 24 juillet 2013

IT: TF 5A 153/2013 del 24 luglio 2013

## **Regeste**

Mesures provisionnelles (divorce) | Droit de la famille

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 134 III 426 consid. 2.2) prise en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ) dans une cause de nature non pécuniaire. Il a en outre été interjeté en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) par la partie qui a succombé dans ses conclusions prises devant l'autorité précédente ( art. 76 al. 1 LTF ), de sorte qu'il est en principe recevable en tant que recours en matière civile.

### **E. 1.2**

Dans un recours en matière civile selon les art. 72 ss LTF , qui est une voie de réforme, la partie recourante ne peut se borner à demander l'annulation de la décision attaquée, mais doit prendre des conclusions sur le fond du litige (arrêts 5A\_140/2013 du 28 mai 2013 consid. 1.2; 5A\_461/2011 du 14 octobre 2011 consid. 2). Les conclusions réformatoires doivent donc être déterminées et précises, c'est-à-dire indiquer exactement quelles modifications sont demandées. En l'espèce, le recourant, qui procède sans le concours d'un mandataire professionnel, invite à réformer l'arrêt attaqué dans le sens de sa motivation. Il ressort toutefois clairement de son mémoire qu'il conclut, d'une part, au maintien des relations personnelles telles que fixées dans la convention de mesures protectrices de l'union conjugale ratifiée le 11 février 2010 et, d'autre part, à l'instauration d'une curatelle de représentation pour son fils. Par ailleurs, même s'il demande l'annulation de la décision de première instance, on comprend qu'il critique le refus de l'autorité de recours de revoir dite décision.

### **E. 1.3**

Comme l'arrêt attaqué porte sur des mesures provisionnelles ( art. 276 CPC ; ATF 133 III 393 consid. 5.1 in fine, 585 consid. 3.3), seule peut être dénoncée la violation de droits constitutionnels ( art. 98 LTF ). Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été dûment invoqués et motivés ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée ( ATF 134 I 83 consid. 3.2 et les arrêts cités). Lorsque la partie recourante se plaint d'arbitraire ( art. 9 Cst. ), elle ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme elle le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; elle ne saurait en particulier se contenter d'opposer sa thèse à celle de la juridiction précédente mais doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision se fonde sur une application du droit ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables ( ATF 134 II 349 consid. 3 et les références). Les critiques de

nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 133 III 589 consid. 2).

#### **E. 1.4**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l' art. 98 LTF , le recourant ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de la décision attaquée que s'il démontre la violation de droits constitutionnels par l'autorité cantonale. Les art. 95 et 97, ainsi que l' art. 105 al. 2 LTF ne s'appliquent donc pas directement puisqu'ils ne sont pas des droits constitutionnels ( ATF 133 III 393 consid. 7.1, 585 consid. 4.1). Toutefois, l'application de l' art. 9 Cst. aboutit pratiquement au même résultat: le Tribunal fédéral ne corrige les constatations de fait que si elles sont arbitraires et ont une influence sur le résultat de la décision. Il n'y a pas lieu de tenir compte du rapport d'expertise du 17 mai 2013, que le Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a fait parvenir à la cour de céans pour information à cette même date (cf. art. 99 LTF ).

#### **E. 2**

Le recourant s'en prend à la fixation de son droit de visite. Il expose qu'il est plus disponible que l'intimée, qu'il favorise davantage les contacts avec l'autre parent et que sa situation personnelle est désormais stable. Par conséquent, le critère de la stabilité du cadre de vie des enfants commandait de ne pas modifier les modalités arrêtées dans la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, dès lors qu'il n'a pas été démontré qu'une telle modification fût nécessaire ( art. 276 CPC ). Il critique en outre l'argument de l'autorité précédente, selon lequel un système de droit visite élargi n'est pas admissible lorsqu'il revient à contourner l'absence de volonté commune des parents d'exercer conjointement le droit de garde. Enfin, il conteste que le système de prise en charge des enfants mis en place soit trop compliqué pour eux, ou pour l'intimée.

#### **E. 2.1**

Une fois ordonnées, les mesures protectrices de l'union conjugale ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l' art. 179 CC . Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (arrêt 5A\_502/2010 du 25 juillet 2011 consid. 3.2.2, publié in: FamPra.ch 2011 p. 993). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, ou encore si le juge s'est fondé sur des faits erronés (arrêt 5A\_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1; 5A\_402/2010 du 10 septembre 2010 consid. 4.2.2 et les références), autrement dit si les faits qui ont fondé le choix des mesures dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus (arrêt 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 consid. 3.3.3 et les références). Une modification peut également être demandée si la décision de mesures protectrices est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants ( ATF 129 III 60 consid. 2; arrêts 5A\_883/2011 du 20 mars 2012 consid. 2.4 et les arrêts cités). Par contre, une mauvaise appréciation, en fait ou en droit, des circonstances initiales (arrêt 5A\_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.1; 5A\_618/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2.2) ne peut être invoquée, seules les voies de recours étant ouvertes pour faire valoir de tels motifs (arrêt 5A\_147/2012 du 26 avril 2012 consid. 4.2.1).

#### **E. 2.2**

En l'espèce, l'autorité cantonale a considéré que, par convention de mesures protectrices de l'union conjugale ratifiée le 11 février 2010, les parties avaient prévu un très large droit de

visite, lequel devait s'exercer selon un schéma de prise en charge des enfants annexé à la convention et qui correspondait à peu de chose près à une garde alternée. La juge de première instance avait estimé que, s'il n'y avait aucune raison de restreindre le droit de visite du père aux modalités requises par la mère, à savoir un samedi sur deux et un dimanche sur deux dans un endroit neutre, il se justifiait en revanche d'en fixer précisément le cadre. Elle avait ainsi accordé un droit de visite usuel au père, celui-ci pouvant en outre avoir ses enfants auprès de lui du jeudi après-midi à la fin de l'école au vendredi matin au début de l'école les semaines où il n'exerçait pas son droit de visite le week-end. Pour l'autorité précédente, cette solution était exempte de critique. En effet, il apparaissait que les systèmes de prise en charge des enfants qui s'étaient succédés depuis la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 février 2010, tels qu'ils ressortaient du mémoire de l'appelant, étaient insatisfaisants dès lors qu'ils impliquaient de nombreux déplacements et changements de lieu de séjour des enfants par semaine, voire par jour. Ainsi, selon le système qui prévalait dès le 1er février 2012, le père avait ses enfants du dimanche à 19h00 au lundi à 08h45, du lundi à 17h30 au lundi à 20h30, du mardi à 11h30 au mardi à 14h30, du mardi à 20h00 au mercredi à 14h00 et un week-end sur deux du vendredi à 17h00 au dimanche à 19h00. De tels découpages de semaine étaient compliqués, d'autant plus que la mère travaillait à D.\_\_\_\_\_ et que les parties vivaient désormais dans deux communes distinctes, distantes de 10 km l'une de l'autre. Au contraire, l'étendue et les modalités d'exercice des relations personnelles prévues par la première juge étaient appropriées à la situation et tenaient équitablement compte des circonstances particulières du cas.

### **E. 2.3**

Le recourant, dont l'argumentation est de nature essentiellement appellatoire ( art. 106 al. 2 LTF ), ne démontre pas que cette décision serait arbitraire dans son résultat. Selon les constatations de l'arrêt attaqué, le schéma de prise en charge des enfants annexé à la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 février 2010 prévoyait que le père avait ses enfants auprès de lui du mardi à 20h00 au mercredi à 13h00, le jeudi de 07h00 à 10h00 et alternativement du jeudi à 20h00 au vendredi à 10h00 et du dimanche à 19h00 au lundi à 10h00 ou le vendredi de 07h00 à 10h00 et du samedi à 13h00 au lundi à 10h00. Comme l'a retenu l'autorité cantonale, ces modalités, déjà fort complexes à organiser, ont été successivement remplacées par d'autres (du 1er mars 2010, 1er septembre 2011, 1er février 2012 et 1er octobre 2012), tout aussi compliquées. De plus, les père et mère ne vivent désormais plus dans la même commune, mais à 10 km l'un de l'autre, et la mère travaille à D.\_\_\_\_\_, alors qu'elle est domiciliée à C.\_\_\_\_\_. Dans ces conditions, l'autorité cantonale n'a pas arbitrairement appliqué le droit fédéral, en particulier les art. 276 CPC et 273 ss CC, en estimant que le droit de visite prévu par l'autorité de première instance était plus approprié à la situation actuelle. Il est en effet concevable que le droit de visite assimilable à une garde alternée, prévu alors que les parties étaient domiciliées dans la même commune, soit par la suite devenu difficile à mettre en place et, partant, se soit révélé préjudiciable à l'intérêt des enfants, dans la mesure où il a exacerbé les tensions entre les parents. Le grief du recourant doit dès lors être rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner ses critiques concernant l'argument supplémentaire de l'autorité cantonale, selon lequel on ne saurait accorder un droit de visite plus large, la mère n'envisageant pas de garde alternée.

### **E. 3**

Le recourant critique aussi le refus de l'autorité cantonale de désigner un curateur de représentation à son fils.

### **E. 3.1**

Selon l' art. 299 al. 1 CPC , le tribunal ordonne si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière juridique. L'alinéa 2 de cette norme précise que le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier lorsque les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde ou à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant (let. a), de même que si l'autorité tutélaire ou l'un des parents le requièrent (let. b). L'alinéa 3 de cette norme ajoute que, sur demande de l'enfant capable de discernement, le tribunal désigne un représentant, l'enfant pouvant former un recours contre le rejet de sa demande. L' art. 299 CPC reprend pour l'essentiel la réglementation de l'art. 146 aCC, de sorte que la jurisprudence rendue sous l'ancien droit s'applique, étant à nouveau rappelé que, dans un recours selon l' art. 98 LTF , seul le grief d'application arbitraire de l' art. 299 CPC peut être examiné par le Tribunal fédéral (arrêts 5A\_773/2012 du 31 janvier 2013 consid. 4.2; 5A\_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 4.1.1). Le juge doit examiner d'office si l'enfant doit être représenté par un curateur, en particulier dans les situations énumérées à l' art. 299 al. 2 CPC . Même dans ces situations, la désignation d'un curateur n'a néanmoins pas lieu automatiquement et le juge n'est pas tenu de rendre une décision formelle à ce propos (arrêt 5C.274/2001 du 23 mai 2002 consid. 2.5.2, publié in FamPra.ch 2002 p. 845); il s'agit d'une possibilité qui relève du pouvoir d'appréciation du juge (arrêts 5A\_619/2007 du 25 février 2008 consid. 4.1 et les références, publié in FamPra.ch 2008 p. 700; 5A\_735/2007 du 28 janvier 2008 consid. 4.1, publié in FamPra.ch 2008 p. 449). En revanche, si l'enfant capable de discernement requiert lui-même la nomination d'un curateur, le juge doit y donner suite (arrêts 5A\_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 4.1.2; 5A\_619/2007 du 25 février 2008 consid. 4.1, publié in FamPra.ch 2008 p. 700; 5C.210/2000 du 27 octobre 2000 consid. 2b, publié in FamPra.ch 2001 p. 606).

### **E. 3.2**

Dans la mesure où le recourant s'en prend à l'ordonnance de première instance, son moyen apparaît d'emblée irrecevable, seul l'arrêt du Juge délégué de la Cour d'appel civile pouvant faire l'objet du présent recours ( art. 75 LTF ). Pour le surplus, il ne démontre pas que la décision de l'autorité précédente serait arbitraire dans son résultat. Si les parties ont déposé des conclusions divergentes quant à l'attribution de l'autorité parentale et aux modalités du droit de visite, l'enfant concerné a été entendu par le Service de protection de la jeunesse (SPJ) qui, tout en reconnaissant l'existence, entre les parents, d'un conflit et de rancunes non résolues qui débordaient certainement sur les enfants, n'a cependant pas jugé nécessaire de nommer un curateur. De plus, la seule circonstance d'un litige relatif aux droits parentaux ne suffit pas, sous l'angle de l' art. 9 Cst. , pour annuler la décision rendue à titre provisionnel, d'autant qu'il n'apparaît pas que l'intensité du conflit opposant les époux excéderait celle rencontrée par la plupart des couples lors d'une procédure de séparation. En particulier, la mère a certes requis l'attribution exclusive de l'autorité parentale et la limitation du droit de visite, mais l'autorité cantonale retient que ces conclusions avaient pour seule motivation l'intérêt des enfants, car le père avait été expulsé de son logement le 11 avril 2012 et avait ainsi été contraint d'habiter provisoirement chez ses parents. Le recourant objecte qu'il a emménagé dans un nouveau logement début juin 2012, de sorte que cet argument est

infondé. Par cette allégation, il ne démontre cependant pas que l'opinion de l'autorité cantonale concernant les motivations de la mère serait insoutenable ( art. 106 al. 2 LTF ). Au demeurant, il n'apparaît pas que l'enfant concerné ait demandé lui-même la désignation d'un curateur. Le grief d'application arbitraire de l' art. 299 CPC est ainsi infondé.

#### **E. 4**

En conclusion, le recours se révèle mal fondé et doit par conséquent être rejeté, aux frais de son auteur ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, l'intimée n'ayant pas été invitée à répondre.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.