

# VD\_FINDINFO HC / 2011 / 162 vom 23. März 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-03-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_162](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2011___162)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 162 du 23 mars 2011

IT: VD\_FINDINFO HC / 2011 / 162 del 23 marzo 2011

## Regeste

DROIT DE GARDE, AUTORITÉ PARENTALE, PROTECTION DE L'UNION CONJUGALE | 176 al. 3 CC, 308 al. 1 let. b CPC (CH), 310 CPC (CH), 312 al. 1 CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1

L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121). Il est recevable 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, JT 2010 III 126). Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV, loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01). Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales, le présent appel est recevable.

### E. 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, op. cit., 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) est

applicable 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-Komm.*, 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, lorsqu'elle est 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 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, *JT* 2010 III 115; Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2<sup>e</sup> 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.*, no 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.*, no 2415 p. 438).

### **E. 3**

Le recourant prétend en substance que le droit de visite, même élargi tel que l'a prévu le premier juge, nuirait au développement harmonieux des enfants des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel, ceux-là ne pouvant améliorer les relations entretenues avec leur père. Considérant cet aspect comme impératif, il conclut principalement à l'attribution de la garde en sa faveur durant la litispendance, et subsidiairement à la solution d'une garde alternée. 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 des mesures protectrices 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 (Chaix, *Commentaire Romand*, n. 19 ad art. 176 CC; Verena Bräm, *Commentaire zurichois*, n. 89 et 101 ad art. 176 CC cité in ATF 5A\_693/2007 du 18 février 2008). 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 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 convient de 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. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation

et de soin des parents sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3 p. 354 s.; ATF 115 II 206 c. 4a p. 209; ATF 115 II 317 c. 2 p. 319; ATF 114 II 200 c. 5 p. 203 s.; ATF 112 II 381 c. 3 p. 382 s.; cf. aussi FamPra.ch 4/2008. n. 104 p. 98, TF 5A\_181/2008 du 25 avril 2008; FamPra.ch 1/2006 n. 20 p. 193, TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005). La garde alternée suppose une volonté conjointe des parents impliquant leur accord sur le principe et les modalités de la garde. En outre, cette garde doit être compatible avec le bien des enfants (sur ce point notamment Séverine Berger, in JT 2002 I 150 ; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005, c. 3.3; Chaix, op. cit., n. 19 ad art. 176 CC). En l'espèce, la garde alternée fut la première solution envisagée par le couple, pour autant que l'appelant trouve un appartement pour accueillir ses enfants, conformément à la convention de mesures protectrices d'union conjugale passée le 22 mars 2010. Toutefois, cette garde n'ayant jamais fonctionné et, depuis les vacances d'août 2010, l'appelant n'ayant plus du tout exercé un quelconque droit de visite, l'intimée s'y est opposé à l'audience tenue devant le premier juge, le 12 janvier 2011. De plus, l'appelant ne la conçoit qu'à titre subsidiaire. Dès lors, au vu des tensions entre époux et du désaccord de la mère, une garde alternée n'entre pas en ligne de compte. Elle ne pourrait être que préjudiciable à l'intérêt des enfants, qui ont besoin de stabilité, ainsi que d'être soustraits autant que possible du conflit conjugal. Pour ce qui concerne l'attribution des enfants à l'un ou l'autre des parents, il convient de relever que les enfants du couple sont de jeunes enfants âgés de 7 et 4 ans. Ils ont besoin de soins particuliers et d'une présence constante et régulière d'un adulte. L'intimée recherchait un emploi à 50%, et a trouvé une activité professionnelle temporaire en qualité d'éducatrice auxiliaire pour quatre mois depuis le 31 janvier 2011. L'intimée n'entend pas, vu les circonstances, dépasser un taux d'activité de 50%. Cette disponibilité, l'appelant ne peut l'offrir compte tenu de son travail, qu'il a certes réduit, mais qui l'occupe à 80%. La disponibilité de la mère est meilleure que celle du père. L'intimée n'a jamais démerité dans son rôle de mère, ce qu'a tenté d'infirmer l'appelant en produisant, à l'appui de son appel, un courrier du 18 mars 2010 écrit par le juriste de la Direction de la sécurité publique et des sports. Cependant, aucun élément pertinent, pour l'attribution des enfants, ne ressort de cette pièce. L'intimée assume seule l'éducation des enfants, dès lors que l'époux a désinvesti son rôle de père durant plusieurs mois, n'ayant pu avoir les enfants auprès de lui comme il le souhaitait. Les capacités éducatives de la mère sont dès lors à son avantage. De plus, les enfants ont toujours vécu avec leur mère depuis la séparation. Il serait par conséquent préjudiciable à leur intérêt de confier la garde à l'appelant, qui ne leur a guère consacré de temps, si ce n'est de façon irrégulière. Certes, les relations entre le père et les enfants reprennent actuellement, mais ce fait ne peut combler les carences avérées du père des derniers mois, comme l'a justement retenu le premier juge. En conclusion, le juge de céans constate que le premier juge a, à juste titre, confié la garde des enfants mineurs à l'intimée et prévu un droit de visite usuel et élargi à l'appelant. Le montant de la pension n'est pas contesté et peut être confirmé.

#### **E. 4**

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance confirmée.

#### **E. 5**

Quant au courrier de l'intimée du 21 février 2011, il peut être qualifié d'appel au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC. Il s'avère toutefois manifestement mal fondé. L'intimée invoque en effet comme motifs le fait que l'appelant ne respecte pas les modalités du droit de visite

fixées par le premier juge. Or, ces griefs ne sont pas de la compétence du juge de céans. Elle avance également des faits, qui ne se sont pas encore réalisés. Ces griefs ne pouvant être reçus comme novas, ils sont dès lors irrecevables. Au vu des circonstances, le juge de céans statue sans frais sur l'appel de l'intimée et modifie en conséquence le chiffre I du dispositif de l'arrêt rendu le 23 mars 2011, en ce sens que l'appel de T.\_\_\_\_\_ et l'appel de W.\_\_\_\_\_ sont rejetés.

#### **E. 6**

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC, tarif des frais judiciaires civils 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, prononce : I. L'appel de T.\_\_\_\_\_ et l'appel de W.\_\_\_\_\_ sont rejetés. II. Le prononcé est confirmé. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) sont mis à la charge de l'appelant T.\_\_\_\_\_. IV. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : La greffière : Du 24 mars 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 : ■ M. T.\_\_\_\_\_, ■ Mme W.\_\_\_\_\_. 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 :

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