

# **VD\_FINDINFO HC / 2012 / 109 vom 30. Januar 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-01-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2012\\_\\_\\_109](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2012___109)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 109 du 30 janvier 2012

IT: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 109 del 30 gennaio 2012

## **Regeste**

DROIT DE GARDE, RELATIONS PERSONNELLES | 176 CC, 308 al. 1 let. b CPC (CH), 312 al. 1 CPC (CH)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérés 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), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, op. cit., p. 126). S'agissant des prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle posée par l'art. 92 al. 2 CPC. Les prononcés de mesures protectrices étant régis par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 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 d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]). Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions, qui capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

### **E. 2.1**

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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 et les références citées). En application de l'art. 317 al. 1 er CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que si deux conditions cumulatives sont réalisées : ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils 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 (let. b). S'agissant de cette deuxième condition, il incombe au plaideur de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 7 ad art. 317).

### **E. 2.2**

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou moyens de preuve nouveaux s'appliquent également aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office (JT 2011 III 43).

### **E. 2.3**

En l'espèce, à partir du moment où le couple a deux enfants mineurs, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 292 CPC (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., n. 2414 p. 438). Les pièces produites, postérieures à l'audience, doivent être considérées comme des *novas* susceptibles d'être examinés par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC. Toutefois, concernant l'attestation du Dr. [...], psychothérapeute de l'appelante, on fera preuve de réserve quant à son appréciation, dans la mesure où ce document a été établi à la demande de la partie et où son auteur se réfère, pour ce qui est des relations mère-filles, à l'avis du pédopsychiatre en charge du suivi des enfants.

### **E. 3.1**

L'appelante soutient que la constatation inexacte des faits par le premier juge a conduit celui-ci à attribuer la garde des enfants au père et à limiter ses propres relations personnelles.

3.2.1 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 la garde des enfants à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491). 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; TF 5A\_693/2007 du 18 février 2008). L'attribution de l'autorité parentale à un parent n'est pas exclue, mais devrait cependant constituer l'exception dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles. Si l'attribution du droit de garde à un seul des parents apparaît suffisante pour garantir le bien de l'enfant, il n'y a pas lieu de modifier aussi l'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, il ne suffit pas que les parents entretiennent des relations conflictuelles ensuite de la séparation pour faire application de l'art. 297 al. 2 CC (TF 5A\_456/2010 du 21 février 2011 c 3, RMA 2011 p. 294; ATF 111 II 223, JT 1988 I 230).

3.2.2 Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste en la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 c. 4a, rés. JT 2002 I 324). Pour le surplus, le titulaire du droit de garde est responsable de l'encadrement quotidien, des soins et de l'éducation de l'enfant. A ce sujet, on parle aussi de garde de fait ("*faktische Obhut*"). La jurisprudence n'opère généralement pas de distinction entre droit de garde et garde de fait, mais parle le plus souvent de garde, ce qui recouvre l'ensemble des questions juridiques qui y sont liées (choix du domicile, soins quotidiens, entretien et éducation). Lorsque la garde est attribuée à l'un des deux parents, celui qui participe à l'autorité parentale restreinte partage pour l'essentiel un droit de co-décision par rapport aux questions les plus importantes pour la planification de la vie de l'enfant, notamment la question du nom, la formation générale et professionnelle, le choix de l'éducation religieuse, les interventions médicales et autres orientations déterminantes, c'est-à-dire propres à influencer le cours de la vie de l'enfant,

comme p.ex. la pratique d'un sport de haut niveau, le passage de l'école publique à un enseignement privé ou en cas d'entrée dans un internat ou dans un établissement strictement confessionnel (ATF 136 III 353 c. 3.2., JT 2010 I 491). 3.2.3 Au nombre des critères essentiels pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, 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 136 I 178 c. 5.3.; ATF 117 II 353 c. 3; ATF 115 II 206 c. 4a; ATF 115 II 317 c. 2; cf. aussi TF 5A\_181/2008 du 25 avril 2008, FamPra.ch 4/2008. n. 104 p. 98; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, FamPra.ch 2006 n. 20 p. 193.). A capacités équivalentes, il n'est pas arbitraire d'attribuer le droit de garde au parent qui a démontré depuis plusieurs mois qu'il pouvait s'occuper de l'enfant (TF 5A\_693/2007 concernant des mesures protectrices de l'union conjugale). Toujours à capacités équivalentes, la disponibilité d'un parent à collaborer avec l'autre pour ce qui a trait à l'enfant jouera un rôle déterminant (RDT 2008 p. 354).

### **E. 3.3**

Tandis que les parties s'étaient mises d'accord, à fin août 2010, sur l'attribution de la garde des enfants à la mère avec libre droit de visite du père, la situation a radicalement changé en septembre 2011, suite à la requête du père - consécutive à la tentative de suicide de la mère - de se voir transférer la garde, le droit de visite de la mère devant être déterminé sur le vu d'une expertise psychiatrique. Une telle expertise n'a pas eu lieu, mais le pédopsychiatre en charge des deux enfants auprès du SUPEA, le Dr. [...], a répondu le 21 octobre 2011 à un questionnaire établi conformément à l'art. 190 al. 2 CPC. Ce dernier a cependant soigneusement esquivé les réponses à toutes les questions touchant le droit de garde ou le droit de visite des parents, en s'en remettant sur ces points à l'avis d'un expert. Les deux parties ont du reste elles-mêmes éprouvé le besoin de recourir à l'avis d'un expert à ce propos, puisqu'elles ont, lors de l'audience du 28 octobre 2011, sollicité qu'une expertise soit confiée au SUPEA. Le premier juge a donné suite à leur requête en ordonnant, dans le prononcé attaqué, une telle expertise portant précisément sur les deux points susmentionnés. Dès lors que les résultats d'une telle expertise ne sont à l'heure actuelle pas connus et que tant le pédopsychiatre des deux enfants que le psychothérapeute de l'appelante ne peuvent se prononcer sur les points litigieux (dans son attestation du 29 décembre 2011, le [...] se réfère à ce sujet aux réponses du pédopsychiatre des enfants, qui renvoie lui-même à l'avis d'un expert), on en est réduit aux éléments ressortant du dossier. Le signalement du 26 septembre 2011 émanant de l'Hôpital de Cery, transmis au tribunal d'arrondissement de Lausanne par l'intermédiaire du SPJ, fait état d'une mise en danger des deux enfants du couple après entretien avec les deux parents, en référence notamment à la tentative de suicide de la mère, deuxième du genre, à de vives tensions dans le couple débouchant sur des violences verbales, voire physiques entre les époux et à un conflit de loyauté des deux enfants envers leurs parents. Le rapport d'intervention de la police cantonale du 23 octobre 2011, suite à un problème relatif au refus de la mère de remettre l'une de ses filles à son

père, rapporte les propos de A.C. \_\_\_\_\_ selon laquelle les enfants auraient été victimes de violences de la part de leur père et de leur grand-mère, ce qu'[...] n'a pas confirmé. Les témoignages écrits d'amies ou de connaissances de l'appelante attestent notamment des qualités de mère de celle-ci, mais n'ont cependant aucune force probante, s'agissant de témoignages écrits sollicités par une partie de la part de personnes ne rentrant pas dans la catégorie de celles auxquelles des renseignements écrits peuvent être demandés au sens de l'art. 190 al. 2 CPC. Sur cette base, et quoi qu'en dise l'appelante de ses capacités à s'occuper de manière adéquate de ses enfants, le premier juge pouvait admettre, en se référant, conformément à la jurisprudence, à l'intérêt des enfants après avoir procédé à leur audition sur requête des parties, que compte tenu des circonstances de la présente espèce, le père était le mieux à même, malgré son taux d'activité professionnelle à cent pour cent, d'assumer la garde de ses filles et de leur assurer une certaine stabilité pour leur développement, d'autant qu'il avait pris ses dispositions pour être en mesure de remplir durablement ce rôle. Cette situation pourra, le cas échéant, être revue sur la base du rapport d'expertise du SUPEA à intervenir. En l'état, il n'appartient pas au juge d'appel de s'écarter de l'appréciation du premier juge sur ce point en l'absence d'autres éléments nouveaux.

#### **E. 3.4**

Dès lors que la garde des enfants n'a pas été confiée à l'appelante, il n'y a pas lieu de statuer sur la conclusion relative au droit de visite du père sur ses enfants.

#### **E. 3.5**

Le premier moyen de l'appelante est en conséquence rejeté.

#### **E. 4**

L'appelante prend des conclusions relatives à l'entretien des siens, mais ne les motive pas plus avant. Elles ont été prises dans la perspective de l'attribution à l'appelante du droit de garde sur les enfants, sans qu'il apparaisse que la contribution en faveur de l'épouse ne soit contestée. Au demeurant, les considérations du premier juge sur cette question sont adéquates et peuvent être confirmées. Il s'ensuit que ce second moyen de l'appelante doit également être rejeté.

#### **E. 5**

De même, l'appelante a pris des conclusions en attribution à elle-même de la jouissance du véhicule Peugeot 4007 attribué à l'intimé. A défaut de toute motivation sur ce point, l'appel est irrecevable (Jeandin, CPC commenté, n. 3 et 5 ad art. 311 CPC). Au demeurant, l'intimé ayant la garde des enfants, il était adéquat de lui attribuer la jouissance du véhicule litigieux.

#### **E. 6**

L'appelante conclut, pour le cas où la garde des enfants devait être confiée à leur père, au bénéficiaire d'un libre et large droit de visite sur [...]. A défaut d'entente avec le père, elle conclut à la réglementation usuelle. Les restrictions apportées par le premier juge aux relations personnelles de la mère, à exercer en présence d'un tiers, avaient déjà été adoptées dans le prononcé de mesures superprovisionnelles du 7 octobre 2011, cela en raison de "l'extrême fragilité" de la mère et pour assurer la sécurité des deux fillettes, et que c'est apparemment en raison de manquements de l'intéressée à son obligation qu'un cadre plus strict a été mis en place par le premier juge. Cette appréciation, qui répond à un souci de sécurité des deux enfants, échappe à la critique. Contrairement à ce que soutient l'appelante, le signalement de l'Hôpital de Cery, où la patiente a été admise pendant une dizaine de

jours, fait expressément mention d'une "mise en danger" des deux enfants dans leur développement. L'attestation du propre psychothérapeute de l'appelante sur ce point n'est, comme déjà dit ci-dessus, pas déterminante. Peu importe enfin que le premier juge soit allé au-delà des conclusions du requérant, puisque la procédure en la matière est dominée par la maxime inquisitoire et la maxime d'office et que le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (Tappy, CPC commenté, n. 5 et 6 ad art. 272 CPC; Jeandin, *ibid.*, n. 14 ss. ad art. 296 CPC). L'exercice du droit de visite par l'intermédiaire de Point Rencontre, s'il peut paraître contraignant, n'en reste pas moins en l'état la solution qui offre la sécurité la plus grande pour les fillettes dans leurs relations avec leur mère et, partant, va dans le sens de leurs intérêts. Il s'ensuit que ce dernier moyen de l'appelante doit également être rejeté.

#### **E. 7**

En conclusion, l'appel de A.C. \_\_\_\_\_ doit être rejeté et le prononcé querellé confirmé.

#### **E. 8**

En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, seule la première instance bénéficie de la gratuité. Les frais judiciaires de la procédure d'appel peuvent être mis à la charge d'une partie. Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). Ils sont fixés d'office (art. 105 CPC), selon le tarif (art. 96 CPC) des dépens en matière civile (TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]). En règle générale, la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC) doit verser à la partie victorieuse tous les frais nécessaires causés par le litige (art. 37 al. 2 CDPJ [code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]). Toutefois, en droit de la famille, le juge peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, soit en équité (art. 107 al. 1 CPC). En l'espèce, les frais judiciaires de l'appelante, qui succombe, sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). Par prononcé du 9 janvier 2012, l'appelante a obtenu l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel. Son conseil doit être rémunéré équitablement pour les opérations nécessaires à l'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC et 2 RLAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.3]). Vu la liste des opérations et débours pour la procédure d'appel produite par Me Bichovsky le 27 4 janvier 2012, une indemnité d'office à hauteur de 1'998 fr. lui est accordée selon le décompte suivant : 1'800 fr. d'honoraires et 144 fr. de TVA au taux 2011 de 8% et 50 fr. de débours et 4 fr. de TVA (art. 2 al. 4 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.3] et 42 CDPJ [code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]). La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat. Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas été invité à se déterminer. 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 est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. II. L'ordonnance est confirmée. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat. IV. L'indemnité d'office de Me Aude Bichovsky, conseil de l'appelante A.C. \_\_\_\_\_, est arrêtée à 1'998 fr. (mille neuf cent nonante-huit francs), TVA et débours compris. V. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat. VI. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : Du 30 janvier 2012

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 : ■ Mme Aude pour Bichovsky (pour A.C. \_\_\_\_\_), ■ M. Yves Burnand (pour B.C. \_\_\_\_\_). La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs. 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 :

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