

# VD\_FINDINFO HC / 2013 / 255 vom 15. April 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-04-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2013\\_\\_\\_255](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2013___255)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2013 / 255 du 15 avril 2013

IT: VD\_FINDINFO HC / 2013 / 255 del 15 aprile 2013

## Regeste

DROIT DE GARDE, GARDE ALTERNÉE, RELATIONS PERSONNELLES, DÉMÉNAGEMENT, CAUSE DE DIVORCE, MESURE PROVISIONNELLE | 176 al. 3 CC, 273 al. 1 CC, 296 al. 1 CC

## Erwägungen

### E. 1

a) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), 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 (cf. aussi, pour les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, le renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et donc notamment à l'art. 271 CPC qui prévoit l'application de la procédure sommaire), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). b) En l'espèce, formés en temps utile par des parties qui y ont intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales, tant l'appel du mari que celui de l'épouse sont recevables. Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV).

### 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. 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).

### E. 3

CC. Force est ainsi de constater qu'en subordonnant l'attribution de la garde des enfants à leur mère à la condition que celle-ci demeure à Vevey, le premier juge a porté une atteinte injustifiable au droit de l'appelante de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement des enfants dont elle a la garde. L'ordonnance attaquée ne saurait dès lors être maintenue sur ce point.

### E. 4

a) Le mari conteste l'attribution à son épouse de la garde sur les enfants N.G.\_\_\_\_\_ et O.G.\_\_\_\_\_ ; il soutient qu'il y aurait lieu d'instituer une garde alternée, telle qu'elle a été pratiquée dans les faits dès l'été 2011 – soit à raison d'une semaine chez chaque parent alternativement (cf. ordonnance entreprise, c. 8 p. 5) – avant que B.G.\_\_\_\_\_ n'émette le souhait de déménager afin de vivre avec le père de son troisième enfant et compagnon actuel ; il fait valoir qu'on ne verrait pas en quoi le mari, qui n'a pas démérité, et les enfants, qui sont satisfaits de la prise en charge, devraient être pénalisés en raison du fait que l'épouse a soudainement formé le projet unilatéral de déménager (mémoire d'appel 1, pp. 2-4).

b) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, 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, CC I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; V. Bräm, Commentaire zurichois, Zürich 1998, n. 89 et 101 ad art. 176 CC ; TF 5A\_693/2007 du 18 février 2008 c. 5.1). 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 enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent ; il faut 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 (ATF 136 I 178 c. 5.3 et les réf. citées ; ATF 122 III 401 c. 3b ; TF 5A\_693/2010 du 29 décembre 2010, FamPra.ch 2011 no 29 p. 494 ; TF 5A\_146/2011 du 7 juin 2011, c. 4.3 ; TF 5A\_621/2010 du 8 mars 2011 c. 2.1). 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 pour le reste similaires (ATF 136 I 178 c. 5.3 et les réf. citées ; TF 5A\_146/2011 du 7 juin 2011, c. 4.3 ; TF 5A\_621/2010 du 8 mars 2011 c. 2.1). Le Tribunal fédéral a en outre, à plusieurs reprises, souligné qu'en fonction de l'âge de l'enfant et de son développement, il fallait tenir compte d'un désir clair manifesté par ce dernier, s'il apparaît qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce souhait est le reflet d'une relation étroite avec le parent en question (ATF 122 III 401 c. 3b ; TF 5A\_693/2010 du 29 décembre 2010, FamPra.ch 2011 no 29 p. 494). Dans le cadre d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas arbitraire de tenir compte du fait que l'une des parties se soit principalement occupée des enfants durant la vie commune (TF 5P\_103/2004 du 7 juillet 2004). Finalement, c'est selon ces critères que s'apprécient les autres aspects, tels que le principe selon lequel le juge évite en règle générale de séparer des fratries, afin de maintenir les liens d'affection qui les unissent et de conserver les avantages que présente une éducation faite en commun, ou encore, la collaboration d'un des parents avec l'autre dans l'intérêt de l'enfant (TF 5A\_94/2010 du 27 mai 2010, FamPra.ch 2010 no 57 p. 726 ; Juge délégué CACI 9 janvier 2012/7 c. 2.2).

c) La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines,

voire en mois (TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1 ; TF 5C.42/2001 du 18 mai 2001 c. 3a et les auteurs cités, publié in SJ 2001 I 407 et FamPra.ch 2001 p. 823). Selon la jurisprudence, l'instauration d'une garde alternée s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et, partant, suppose l'accord des deux parents (TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1 ; TF 5A\_495/2008 du 30 octobre 2008 c. 4.2, publié in FamPra.ch 2009 p. 238 ; TF 5P.103/2004 du 7 juillet 2004 c. 2.4.3.1 ; TF 5P.173/2001 du 28 août 2001 c. 7a, publié in FamPra.ch 2002 p. 163, 165 ; TF 5C.42/2001 du 18 mai 2001 c. 3, publié in SJ 2001 I 408 c. 3b in fine et les citations ; TF 5A\_497/2011 du

## **E. 5**

a) Il reste ainsi à résoudre la question des modalités du droit de visite. Sur ce point, le mari conteste les modalités du droit de visite telles que fixées par le premier juge et réclame un droit de visite équivalant à une garde alternée (mémoire d'appel 1, p. 5). L'épouse conteste également les modalités du droit de visite telles que fixées par le premier juge, réclamant que celles-ci soient adaptées au déménagement à Neuchâtel (mémoire d'appel 2, p. 8). b) Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, le parent 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 est considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (ATF 131 III 209 c. 5 p. 212 ss ; 127 III 295 c. 4a p. 298 ; 123 III 445 c. 3b p. 451) ; dans chaque cas, la décision doit donc être prise de manière à répondre le mieux possible aux besoins de l'enfant (ATF 117 II 353 c. 3 p. 354 ss ; 115 II 206 c. 4a p. 209 et 317 c. 2 p. 319), l'intérêt des parents étant relégué à l'arrière-plan (TF 5A\_188/2012 du 15 mai 2012 c. 6.1). c) En l'espèce, le mari estime que les relations personnelles seraient trop réduites en comparaison à la situation actuelle et pénaliseraient en fin de compte ses enfants. Comme on l'a vu précédemment en ce qui concerne la garde partagée ( cf. supra c. 4d), l'intérêt des enfants, qui seront prochainement scolarisés à Neuchâtel, s'oppose à ce qu'ils vivent en semaine à Vevey. Le droit de visite tel que proposé par le mari ne peut être accordé dès lors qu'il ne peut pas être mis en œuvre en raison des difficultés liées à l'éloignement. Cela étant, le droit de visite ne pourra être exercé que durant les jours pendant lesquels les enfants ne vont pas à l'école, à savoir durant les week-ends et les vacances. Par ailleurs, la jurisprudence (ATF 136 I 178 c. 5.3) à laquelle se réfère le mari pour soutenir que la meilleure solution est celle de la stabilité n'est pas pertinente en l'espèce, puisqu'elle traite de l'attribution du droit de garde et qu'il en ressort, en substance, que lorsque les capacités éducatives des parents sont équivalentes, la meilleure solution est de confier la garde au parent qui s'est le plus occupé de l'enfant avant la séparation. L'argumentation de l'épouse apparaît en revanche bien fondée. En effet, la fixation du droit de visite doit tenir compte du prochain déménagement à Neuchâtel, ce que ne fait pas l'ordonnance attaquée, qui prévoit notamment que A.G. \_\_\_\_\_ puisse avoir ses enfants auprès de lui, à défaut d'entente avec la mère, deux fois par mois du mercredi après l'école au dimanche soir. Ces modalités ne sont effectivement pas adaptées à la scolarisation des enfants à Neuchâtel puisqu'elles impliquent qu'ils dorment en semaine chez leur père à Vevey, soit à environ une heure de trajet de Neuchâtel. L'épouse expose dans son appel qu'elle s'est toujours efforcée de maintenir un lien fort entre le père et les deux enfants, qu'elle a ainsi notamment favorisé l'exercice d'un libre et large droit de visite depuis le début de la séparation et qu'elle entend, dans l'intérêt bien compris de ses enfants, continuer dans cette direction et permettre à son époux de voir régulièrement ces derniers nonobstant l'éloignement géographique, certes limité. Elle propose ainsi que son mari puisse avoir auprès de lui les

enfants N.G. \_\_\_\_\_ et O.G. \_\_\_\_\_ à raison d'un libre et large droit de visite qui s'exercerait, à défaut d'entente, à raison de trois fins de semaine par mois du vendredi 18h00 au dimanche 18h00, ainsi que durant la moitié des jours fériés légaux et la moitié des vacances scolaires. Elle précise en outre qu'elle n'est pas opposée par principe à l'exercice d'un droit de visite en semaine, par exemple un mercredi après-midi sur deux, mais que cette question devrait encore être discutée avec son mari. Le régime proposé par l'épouse est de nature à assurer l'exercice d'un droit aux relations personnelles adapté tant au besoin des enfants qu'au droit du mari puisque celui-ci pourra bénéficier de la présence de ses enfants à raison de trois week-ends par mois ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, soit durant une grande partie de son temps libre, ce qui lui permettra de s'en occuper personnellement et ainsi de maintenir la bonne relation qui existe entre lui et ses enfants. Ce régime doit donc être adopté et l'ordonnance attaquée réformée dans ce sens.

#### **E. 6**

a) Il résulte de ce qui précède que l'appel de A.G. \_\_\_\_\_ doit être rejeté, tandis que l'appel de B.G. \_\_\_\_\_ doit être admis. L'ordonnance sera réformée en ce sens que les chiffres II et III de son dispositif seront supprimés (cf. c. 3 supra) et que A.G. \_\_\_\_\_ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur ses enfants N.G. \_\_\_\_\_ et O.G. \_\_\_\_\_, ce droit s'exerçant, à défaut d'entente avec B.G. \_\_\_\_\_, à raison de trois fins de semaine par mois du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires et, alternativement, à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne fédéral, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener (cf. c. 5 supra). b) Dès lors que l'appel du mari, au bénéfice de l'assistance judiciaire, doit être rejeté, son conseil d'office sera rémunéré équitablement par l'Etat (art. 122 al. 1 let. a CPC) et les frais judiciaires de deuxième instance afférents à son appel, qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). c) L'appel de l'épouse étant admis, les frais judiciaires afférents à cet appel, arrêtés également à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC), seront laissés à la charge de l'Etat dès lors qu'ils ne peuvent être mis à la charge du mari qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC). Celui-ci versera en revanche à l'épouse une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 9 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6] ; art. 122 al. 1 let. d CPC). d) Pour le cas où ces dépens ne pourraient pas être obtenus de la partie adverse, il y a lieu de fixer l'indemnité d'office de Me Genillod. Celui-ci a indiqué avoir consacré

#### **E. 9**

heures 15 à la procédure d'appel et supporté 25 fr. de débours, ce qui paraît justifié au vu des opérations nécessaires à la conduite de la procédure d'appel (art. 3 al. 2 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]). Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ), l'indemnité d'office de Me Genillod sera arrêtée à 1'825 fr. 20, TVA et débours compris. Dans sa liste des opérations et débours du 9 avril 2013, Me Wettstein Martin, conseil du mari, indique avoir consacré 8 heures 59 à la procédure d'appel et supporté 227 fr. de débours. Si le temps consacré paraît justifié au vu des opérations accomplies, à savoir principalement un mémoire d'appel et un mémoire de réponse, le montant des débours allégués, qui comprennent notamment 160 photocopies à 1 fr., est excessif et un forfait de 100 fr. est suffisant pour couvrir les débours annoncés. En tenant compte de 9 heures de travail au tarif de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ) et d'un montant de

100 fr. à titre de débours, l'indemnité de Me Wettstein Martin sera arrêtée à 1'857 fr. 60, TVA et débours compris. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat. Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel de A.G.\_\_\_\_\_ est rejeté. II. L'appel de B.G.\_\_\_\_\_, est admis. III. L'ordonnance est réformée comme suit aux chiffres II à IV de son dispositif : II. supprimé. III. supprimé. IV. fixe un libre et large droit de visite à A.G.\_\_\_\_\_ sur ses enfants N.G.\_\_\_\_\_ et O.G.\_\_\_\_\_, à exercer d'entente avec B.G.\_\_\_\_\_, et dit qu'à défaut d'entente, A.G.\_\_\_\_\_ pourra avoir ses enfants auprès de lui à raison de trois fins de semaine par mois du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires et, alternativement, à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne fédéral, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener. Elle est confirmée pour le surplus. IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs) pour A.G.\_\_\_\_\_, sont laissés à la charge de l'Etat. V. A.G.\_\_\_\_\_ versera à B.G.\_\_\_\_\_ une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance. VI. L'indemnité d'office de Me Irène Wettstein Martin, conseil de l'appelant A.G.\_\_\_\_\_, est arrêtée 1'857 fr. 60 (mille huit cent cinquante-sept francs et soixante centimes), TVA et débours compris. VII. L'indemnité d'office de Me Matthieu Genillod, conseil de l'appelante B.G.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 1'825 fr. 20 (mille huit cent vingt-cinq francs et vingt centimes), TVA et débours compris. VIII. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat. IX. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : 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 Irène Wettstein Martin (pour A.G.\_\_\_\_\_), ■ Me Matthieu Genillod (pour B.G.\_\_\_\_\_). 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 l'Est vaudois. Le greffier :