

# VD\_FINDINFO HC / 2015 / 648 vom 29. Juli 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-07-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2015\\_\\_\\_648](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2015___648)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 648 du 29 juillet 2015

IT: VD\_FINDINFO HC / 2015 / 648 del 29 luglio 2015

## Regeste

MESURE PROVISIONNELLE, DIVORCE, DÉMÉNAGEMENT, RELATIONS PERSONNELLES, AUTORITÉ PARENTALE CONJOINTE, DROIT DE GARDE, CONJOINT ÉTRANGER | 301a 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, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Il en va de même des mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce (art. 276 al. 1 CPC, qui renvoie 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). b) En l'espèce, interjeté en temps utile par une personne qui y a un intérêt, dans un litige à caractère non patrimonial, l'appel est recevable. 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 [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

### E. 2

a) 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). b) 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, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, 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 les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137). Les conditions restrictives posées par l'art. 317 al. 1 CPC pour l'introduction de faits ou de moyens de preuve nouveaux s'appliquent de même 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, 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 (JT 2011 III 43 et références citées). c) En l'espèce, le litige ayant trait à l'attribution du droit de garde sur un enfant mineur, il est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, Procédure civile, tome II, 2 e éd., Berne 2010, nn. 1166 ss et 2414 ss), raison pour laquelle les témoignages écrits résultant de l'envoi spontané de l'enfant L. \_\_\_\_\_ et de la discussion skype avec l'enfant Y. \_\_\_\_\_ seront examinés. S'agissant de la requête de l'appelant tendant à l'audition des enfants, il n'y a pas lieu d'y faire droit pour les raisons exposées lors de l'audience du 29 juillet 2015. En effet, les enfants ont été dûment entendus par le premier juge, et il n'apparaît pas que leur audition puisse apporter de nouveaux éléments, leur ambivalence quant à la question de leur prise en charge ressortant déjà du résumé de leur audition et le dossier étant au demeurant complet.

### **E. 3**

a) L'appelant soutient que le déménagement en Birmanie de l'intimée irait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant Y. \_\_\_\_\_. D'une part, la fratrie serait séparée, alors que les enfants des parties auraient toujours été très proches, et, d'autre part, l'enfant Y. \_\_\_\_\_ aurait déclaré à son père que son souhait le plus cher était de demeurer en Suisse avec sa mère et sa sœur. L'appelant fait également valoir que l'intimée aurait entrepris à son insu les démarches en vue de son départ, n'hésitant pas à obliger l'enfant à garder le secret sur son projet, et aurait ensuite mis le premier juge "devant le fait accompli". L'appelant relève également que l'emploi de l'intimée au sein de l'ONG [...] paraît suspect, cette organisation étant introuvable sur Internet, le salaire de l'intimée étant quatre fois supérieur au salaire moyen birman et le contrat s'apparentant à un contrat de droit suisse, dans la mesure notamment où il prévoit une période d'essai, disposition qui serait inconnue du droit birman. Par ailleurs, l'appelant fait valoir que contrairement à l'intimée, il pourrait garantir à l'enfant un cursus scolaire proche de celui suivi en Suisse, voire pourrait emménager en Suisse moyennant d'y trouver un nouveau travail, qu'il aurait d'ores et déjà entrepris de rechercher. Enfin, l'appelant soutient que le déménagement de l'enfant en Birmanie détruirait irrévocablement les contacts réguliers qu'il entretenait avec lui à raison d'un week-end sur deux. b) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, applicable aux mesures provisionnelles durant la procédure de divorce selon renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, 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). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, in Pichonnaz/Foëx [éd.], Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 19 ad art. 176 CC; TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1., in FamPra.ch 2012 p. 817). Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. A cet égard, les nouvelles dispositions sur l'autorité parentale entrées en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2014 sont immédiatement applicables auprès des autorités cantonales (art. 12 al. 1 et 7b Tit. final CC; TF 5A\_92/2014 du 23 juillet 2014 c. 2.1). Selon le nouvel art. 133 CC, le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Cette réglementation porte notamment sur la garde de l'enfant, les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant (al. 1). Le terme "garde" se réfère à la prise en charge effective de l'enfant (Message concernant une modification du Code civil suisse [Autorité parentale] du 16 novembre 2011, FF 2011 8315 p. 8338). Pendant sa minorité, l'enfant est soumis à l'autorité parentale conjointe des père et mère (art. 296 al. 2 CC), qui

inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC). Pour le surplus, le titulaire du droit de garde est responsable de l'encadrement quotidien, des soins et de l'éducation de l'enfant (ATF 136 III 353 c. 3.2, JT 2010 I 491). Aux termes de l'art. 301a CC, l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (al. 1). Un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant dans les cas suivants: le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger (let a), ou le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (let. b) (al. 2). Le déménagement d'un parent à l'étranger fait ainsi l'objet d'une règle spéciale: à la différence d'un déménagement en Suisse, un départ n'est possible qu'avec le consentement de l'autre parent même s'il n'en résulte pas de conséquence significative pour l'exercice de l'autorité parentale (FF 2011 8345 ch. 2.1). Désormais, en cas d'autorité parentale conjointe, qui est la règle, le déplacement à l'étranger doit être autorisé par l'autre parent, ou par le juge ou l'autorité de protection. Le critère est objectif : même si le déplacement ne représente que quelques kilomètres (p.ex. en cas de déplacement en France voisine), le changement d'ordre juridique et de juridiction applicables à l'enfant suffit pour mettre en œuvre l'art. 301a al. 2 CC (Meier/Stettler, Droit de la filiation,

## **E. 5**

e éd., 2014, n. 877 p. 587). Il faudra par ailleurs prendre en considération tous les éléments particuliers de la situation : âge de l'enfant, spécificité de sa formation scolaire, difficultés de santé, situation financière des ménages, etc. Il en résulte qu'avec une même distance, l'éloignement paraîtra supportable dans un cas, mais pas dans l'autre. Le refus du parent non gardien doit se fonder sur le bien de l'enfant, seule considération qui peut justifier de limiter la liberté de mouvement du parent gardien. Ainsi, les motifs de nature personnelle sont sans pertinence (Meier/Stettler, op. cit., n. 877 pp. 588 ss). Quand le consentement d'un parent est sollicité et qu'il le refuse, son opposition sera privée de tout effet si l'autorité accepte le déplacement, conformément à l'alinéa 2 de l'art. 301a CC. La décision d'autoriser un changement de lieu de résidence de l'enfant est prise par le tribunal dans le cadre de la procédure matrimoniale lorsque, dans le même temps - ce qui est généralement le cas -, il est nécessaire de régler ou de modifier l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles, la prise en charge ou l'entretien de l'enfant (Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, n. 14 ad art. 298 CC, n.° 23 ad art. 301a CC). Les critères dégagés par la jurisprudence concernant notamment l'attribution de la garde demeurent applicables, mutatis mutandis, au nouveau droit (Meier/Stettler, op. cit., nos 498 et 499 pp. 334 s.; Schwenzer/Cottier, op. cit., nos s 5 et 15 ad art. 298 CC). Ainsi, la règle fondamentale est là encore le bien de l'enfant, les intérêts des parents devant être relégués au second 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, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut en définitive 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. En cas de capacités d'éducation et de soin équivalentes des parents, le critère de la stabilité des relations, selon lequel il est essentiel d'éviter des changements inutiles dans l'environnement local et social des enfants propres à perturber un développement harmonieux, est important (TF 5A\_985/2014 du 25 juin 2015 c. 3.2.1, et les références citées). c) En l'espèce, le souhait

des enfants, et plus particulièrement de l'enfant Y. \_\_\_\_\_, serait de rester en Suisse et que rien ne change. Il va de soi qu'un enfant de neuf ans n'exprimera pas le désir de quitter son lieu de vie et son environnement. Néanmoins, il ressort clairement de son audition par le premier juge que bien qu'il soit très attaché à ses deux parents, il souhaite avant tout rester auprès de sa mère, avec laquelle il a vécu depuis la séparation des parties en 2009, alors qu'il avait à peine quatre ans. Or, l'intimée, malgré ses recherches d'emploi, n'est pas parvenue à trouver un travail en Suisse, alors que la Birmanie lui offre de plus grandes opportunités professionnelles en raison de sa double culture et de ses qualifications qui l'emportent, selon ses dires, dans ce pays en construction, sur l'absence d'emploi durant les dix dernières années. Contrairement à ce que soutient l'appelant, l'intimée n'a pas fait un secret de son projet de s'installer en Birmanie, ayant déjà expressément évoqué cette possibilité par lettre de son conseil du 13 novembre 2014. Depuis le début des procédures ayant opposé les parties en 2011, l'appelant a sollicité de l'intimée qu'elle se réinsère professionnellement. On ne saurait aujourd'hui reprocher à celle-ci d'avoir retrouvé un travail à l'étranger, dans son pays d'origine, où ses atouts sont mieux considérés, alors que cela fait dix ans qu'elle n'a pas travaillé en Suisse. Son départ ne découle manifestement pas d'un choix purement égoïste, et il est aussi digne de respect que le choix de l'appelant effectué l'année précédente d'accepter un travail à Monaco. Certes, la Birmanie est bien plus éloignée de la Suisse que Monaco, mais il faut garder à l'esprit qu'il s'agit du pays d'origine de l'intimée, où réside une grande partie de sa famille. A cet égard, il y a lieu de relever, comme l'a fait le premier juge, que la Birmanie fait partie intégrante de la culture de l'enfant Y. \_\_\_\_\_, qu'il en comprend la langue et n'aura aucune peine à s'y adapter. A l'âge de neuf ans, il n'a pas encore fait l'objet d'orientations scolaires et a de grandes capacités d'apprentissage. Un tel changement apparaît certes dans l'immédiat comme une source d'appréhension et nécessitera des adaptations. Néanmoins, l'enfant est suffisamment jeune pour s'adapter, ce d'autant qu'il fréquentera une école internationale et donc, comme actuellement à l'école privée du [...], des enfants de différentes origines et cultures. L'argument du cursus scolaire soulevé par l'appelant n'apparaît dès lors pas déterminant. Il ressort au surplus des pièces produites par l'intimée qu'elle disposera en Birmanie, outre d'un emploi stable, de la proximité de sa famille et d'un appartement. L'intimée a en outre fait état de sa volonté d'inscrire son fils à des cours de français. Yangon est une grande ville en phase de modernisation et on peut partir du principe que l'accès aux soins, du moins privés, y sera assuré. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient l'appelant, aucun élément déterminant ne tend à remettre en cause la validité du contrat de travail de l'intimée. Les clauses qu'il contient, même si "insolites" au regard du droit birman, ce qui n'est au demeurant pas démontré, peuvent résulter de la négociation ayant précédé la conclusion du contrat, un temps d'essai étant favorable à l'employé. Quant au salaire convenu, rien ne laisse penser qu'il soit exorbitant pour une expatriée, et il semble plutôt qu'une organisation composée d'une cinquantaine de bénévoles et de donateurs internationaux nécessite une administration rigoureuse et l'emploi de quelques salariés. De fait, la famille est déjà séparée, le père ayant déménagé en 2014 à Monaco. S'agissant de la séparation de l'enfant Y. \_\_\_\_\_ d'avec sa sœur L. \_\_\_\_\_, il s'agit manifestement du plus grand élément perturbateur pour les deux enfants, l'instruction ayant établi la proximité affective entre eux. Il n'en demeure pas moins que L. \_\_\_\_\_ est majeure et qu'elle peut déjà choisir librement son lieu de vie. L'appelant n'a quant à lui aucun poste de travail concret en Suisse, alors que l'intimée a pris toutes les dispositions nécessaires en Birmanie. Un déménagement de l'enfant à Monaco ne paraît pas plus conforme à l'intérêt de l'enfant, une telle mesure

entraînant de fait la séparation d'avec sa mère et d'avec sa sœur. Tout comme le relève L. \_\_\_\_\_ dans son fax du 28 juillet 2015, aucune des solutions ne semble apte à contenter toute la famille, hormis le status quo, qui manifestement n'est pas envisageable. Il ne s'agit pas pour les parents de faire valoir des considérations d'ordre personnel, mais d'agir dans l'optique du bien de l'enfant, qui passe inévitablement, dans un contexte d'évolution de la famille à la suite d'une séparation, par le bien-être des parents également, en particulier celui de l'intimée, qui a une occasion concrète de se réinsérer, en son pays d'origine. L'instruction a démontré que les capacités éducatives des deux parents étaient bonnes et que l'enfant Y. \_\_\_\_\_ était très attaché à son père. Il va de soi que celui-ci doit être maintenu dans son rôle de père et que l'enfant doit pouvoir bénéficier de contacts très réguliers avec lui, à défaut de pouvoir maintenir le droit de visite actuel. Le premier juge a considéré que les parties s'entendaient suffisamment bien pour régler les modalités de ce droit de visite ensemble, ce qui est effectivement vivement souhaitable. Néanmoins, au vu des vives tensions existant actuellement entre les parties et des changements conséquents que le déménagement va entraîner pour l'enfant Y. \_\_\_\_\_, il y a lieu de régler un droit de visite minimal et d'assurer des contacts hebdomadaires avec son père. En outre, ce dernier devrait pouvoir voir son fils durant la moitié des vacances scolaires à tout le moins, durant deux semaines consécutives au minimum. L'appelant dispose des moyens financiers nécessaires pour se rendre en Birmanie ou faire voyager l'enfant, ce d'autant qu'il n'effectuera probablement plus autant de voyages entre la Suisse et Monaco. On demandera dans cette perspective à l'intimée de communiquer dans les meilleurs délais à l'appelant le planning des vacances scolaires de l'enfant. Dès lors, au vu des considérations qui précèdent, sous réserve de la fixation du droit de visite à exercer à défaut d'entente entre les parties, qui intervient d'office, les griefs de l'appelant doivent être intégralement rejetés. 4. Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée, sous réserve de l'introduction du chiffre III bis nouveau, selon lequel A.V. \_\_\_\_\_ jouira d'un libre et large droit de visite sur l'enfant Y. \_\_\_\_\_, à définir d'entente entre les parties. A défaut d'entente, A.V. \_\_\_\_\_ pourra entretenir avec l'enfant des contacts téléphoniques ou par skype au mois deux fois par semaine; en outre, A.V. \_\_\_\_\_ pourra avoir l'enfant Y. \_\_\_\_\_ auprès de lui durant la moitié des vacances scolaires à raison d'au moins deux semaines consécutives moyennant préavis donné par écrit au moins un mois à l'avance, à charge pour B.V. \_\_\_\_\_ de communiquer à A.V. \_\_\_\_\_ l'agenda scolaire de l'enfant Y. \_\_\_\_\_ dans les meilleurs délais, d'ici au 15 septembre 2015 au plus tard. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'appelant doit verser à l'intimée la somme de 1'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 9 al. 2 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile, RSV 270.11.6]). Dans sa liste d'opérations du 29 juillet 2015, Me Kathrin Gruber, conseil d'office de B.V. \_\_\_\_\_, a indiqué avoir consacré 4 heures au dossier. Vu la nature du litige et les difficultés de la cause, il y a lieu d'admettre ce nombre d'heures. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.4]), l'indemnité de Me Gruber doit être fixée à 720 fr., montant auquel s'ajoutent le forfait de vacation par 120 fr., les débours par 50 fr. et la TVA sur le tout par 71 fr. 20, soit 961 fr. 20 au total. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité due au conseil d'office et mise à la charge de l'Etat. Par ces motifs, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, prononce : I.

L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée, sous réserve de l'introduction du chiffre III bis nouveau suivant: III. bis (nouveau) A.V. \_\_\_\_\_ jouira d'un libre et large droit de visite sur l'enfant Y. \_\_\_\_\_, à définir d'entente entre les parties. A défaut d'entente, A.V. \_\_\_\_\_ pourra entretenir avec l'enfant Y. \_\_\_\_\_ des contacts téléphoniques ou par skype au moins deux fois par semaine; en outre, A.V. \_\_\_\_\_ pourra avoir l'enfant Y. \_\_\_\_\_ auprès de lui, transports à sa charge, durant la moitié des vacances scolaires, à raison d'au moins deux semaines consécutives, au choix de A.V. \_\_\_\_\_, moyennant préavis donné par écrit au moins un mois à l'avance, à charge pour B.V. \_\_\_\_\_ de communiquer à A.V. \_\_\_\_\_ l'agenda scolaire de l'enfant Y. \_\_\_\_\_ dans les meilleurs délais, mais d'ici au 15 septembre 2015 au plus tard. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant. IV. L'appelant versera à l'intimée la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens de deuxième instance. V. L'indemnité d'office de Me Kathrin Gruber, conseil de l'intimée B.V. \_\_\_\_\_, est arrêtée à 961 fr. 20 (neuf cent soixante-et-un francs et vingt centimes), TVA et débours compris. VI. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité due au conseil d'office et mise à la charge de l'Etat. VII. L'arrêt est exécutoire. La juge déléguée : La greffière : Sylvie Giroud Walther Aurélie Tille Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : ■ Me Charles Munoz (pour A.V. \_\_\_\_\_), ■ Me Kathrin Gruber (pour B.V. \_\_\_\_\_). La juge déléguée de 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). Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'arrondissement de La Côte. La greffière :

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