

## VD\_GERICHTE JS11.001293 vom 9. Januar 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-01-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_JS11.001293](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_JS11.001293)

FR: VD\_GERICHTE JS11.001293 du 9 janvier 2013

IT: VD\_GERICHTE JS11.001293 del 9 gennaio 2013

### Erwägungen

#### E. 43

c. 2 et les réf. citées). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées, pp. 1201 s. ; JT 2011 III 43). En l'espèce, le litige porte sur l'attribution du droit de garde et la contribution d'entretien versée par l'intimé en faveur de l'appelante qui prend en charge une partie des frais d'entretien des enfants C.C. \_\_\_\_\_

- 11 - et D.C. \_\_\_\_\_, de sorte que les pièces produites en deuxième instance sont recevables. Elles ont ainsi été prises en compte dans la mesure de leur utilité pour l'examen de la cause. 3. a) Lorsque le procès en divorce est introduit pendant la procédure de mesures protectrices, le juge des mesures protectrices reste compétent pour ordonner des mesures pour la période antérieure à l'ouverture de l'action en divorce et les mesures qu'il ordonne restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été révoquées par le juge des mesures provisoires. S'il n'y a pas conflit de compétences, il importe peu que, en raison du temps nécessaire au traitement du dossier par le tribunal, la décision de mesures protectrices ait été rendue avant ou après la litispendance de l'action en divorce (TF 5A\_324/2012 du 15 août 2012 c. 3.3.2, destiné à la publication, confirmant Juge délégué CACI 6 février 2012/59; TF 5A\_385/2012 du 20 septembre 2012 c. 5.1). b) En l'espèce, la Cour de céans a été saisie d'un appel sur ordonnance de mesures protectrices formé le 13 octobre 2011. Le 29 mai 2012, avant qu'elle ait rendu son arrêt, l'intimé a déposé une demande unilatérale en divorce devant le Tribunal de l'arrondissement de La Côte. Par convention ratifiée le 27 novembre 2012 par le Président de l'autorité précitée pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, les parties ont convenu d'attribuer la garde sur les enfants C.C. \_\_\_\_\_ et D.C. \_\_\_\_\_ à leur mère et se sont entendues sur les modalités du droit de visite du père. Dès lors que la décision de mesures protectrices de l'union conjugale déploie ses effets jusqu'à ce que le juge des mesures provisionnelles l'ait modifiée, et ce alors même que celle-là, en raison du temps nécessaire au traitement du dossier par le tribunal, aurait été rendue après la litispendance de l'action en divorce, il y a lieu de statuer sur les différents griefs de l'appelante, étant précisé que la décision relative au droit de garde et au droit de visite aura cessé de produire ses effets à compter du 27 novembre 2012.

- 12 - 4. a) L'appelante reproche à la première juge d'avoir considéré que la garde sur ses enfants était alternée. Elle fait valoir que le chiffre II de la convention des 8 et 15 mars 2011, s'il ne précise pas expressément le principe de la garde, permet en revanche de se rendre compte que l'appelante avait ses enfants auprès d'elle la majeure partie du temps, qu'aucun élément au dossier n'accréditerait la thèse selon laquelle l'appelante aurait adhéré au principe même de la garde alternée des enfants et qu'au regard des tensions existant entre les parties, il est manifeste que l'instauration d'une garde alternée ne serait pas conforme à

l'intérêt des enfants. b) 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 (art. 273 ss CC). Le juge doit notamment régler les questions de la garde et des relations personnelles, voire celle de l'autorité parentale. L'octroi de la garde dans le cadre des mesures protectrices est soumis aux principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce, qui sont applicables par analogie (Bräm, in *Zürcher Kommentar*, 2e éd., Zurich 1998, nn. 89 et 101 ad art. 176 CC ; Chaix, in *Commentaire Romand*, Code civil I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; TF 5A\_693/2007 du 18 février 2008 ; TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1). 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 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 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 ; ATF 117 II 353 c. 3 ; ATF 115 II 206 c.

- 13 - 4a; ATF 115 II 317 c. 2 ; FamPra.ch 2006, n. 20, p. 193 ; FamPra.ch 2008, n. 104, p. 981). Par ailleurs, la jurisprudence tend à écarter désormais toute préférence naturelle en faveur de la mère, même pour les enfants en bas âge (Leuba/Bastons Bulletti, in *Commentaire romand*, Code civil I, Bâle 2010, n. 9 ad art. 133 CC et les réf. citées), ou du moins à accorder à ce critère un caractère très relatif, le critère décisif étant celui de l'aptitude des parents concernés (Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, 4e éd., Zurich 2009, n. 452, p. 287 ; Juge délégué CACI 5 avril 2011/27). 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. Elle 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 (TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1, in FamPra.ch 2012, p. 817 ; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005 c. 3.3 ; Chaix, op. cit., n. 19 ad art. 176 CC). c) En l'espèce, les parties sont divisées quant à l'interprétation de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 10 mai 2011 et de la convention en faisant partie intégrante, laquelle prévoit une répartition du temps passé avec les enfants quasi égale pour chacun des parents, mais ne règle pas expressément l'attribution du droit de garde. Conformément à la jurisprudence et à la doctrine précitée, l'instauration d'un droit de garde conjoint présuppose l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté. On constate qu'en première et en deuxième instance, respectivement aux audiences des 29 août 2011 et 19 septembre 2012, la conciliation a été tentée sans succès sur la question de l'attribution de la garde. Il faut dès lors considérer que les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le principe d'une garde alternée. Même si la convention des 8 et 15 mars 2011 prévoit un temps de présence des enfants quasi égal auprès de chacun des parents, cela ne

- 14 - change rien à leur désaccord sur l'attribution du droit de garde et sur ses principales composantes. Sur ce point, on relève par exemple que lors du déménagement de l'appelante

au 1er octobre 2012, les parties n'ont su trouver d'accord ni sur le domicile des enfants, ni sur le lieu où ils seraient scolarisés, de sorte que ces questions ont dû être tranchées par voie de mesures superprovisionnelles par le juge du divorce. Enfin, si, dans son rapport d'évaluation, le SPJ constate que le régime de garde alternée paraît convenir aux enfants et ne propose pas, dans leur intérêt, une nouvelle attribution du droit de garde, on comprend qu'il approuve en réalité l'investissement des deux parents et l'égalité répartition du temps passé avec chacun d'entre eux, qui résultent non pas de l'attribution de la garde mais des modalités du droit de visite, lesquelles ne sont pas remises en cause par les parties. Par conséquent, c'est à tort que la première juge a attribué la garde sur les enfants

C.C.\_\_\_\_\_ et D.C.\_\_\_\_\_ conjointement aux deux parents. Bien fondé, le moyen de l'appelante doit être admis. 5. a) L'appelante fait grief à l'autorité de première instance d'avoir maintenu le montant de la contribution d'entretien à 4'000 francs. Elle soutient que cette autorité s'est fiée à des projections de revenus présentées par l'intimé ensuite de la diminution de son taux d'activité à 80% sans être en possession de certificat de salaire ni de preuve quant à une baisse de ses éventuels bonus. Elle fait également valoir qu'au regard des ressources financières des époux, le maintien d'une pension à hauteur de 4'000 fr. conduit à une disparité des montants disponibles qui serait contraire au droit et arbitraire. b) Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (applicable directement pour les premières, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les secondes). Aux termes de l'art. 179 al. 1 CC, le juge

- 15 - ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A\_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993; TF 5A\_183/2010 du 19 avril 2010 c. 3.3.1; TF 5A\_667/2007 du 7 octobre 2008 c. 3.3). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A\_720/2011 du 8 mars 2012 c. 4.1.2 et les réf. citées; TF 5A\_883/2011 du 20 mars 2012 c. 2.4). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes (TF 5A\_618/2009 du 14 décembre 2009 c. 3.2.2). Pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A\_147/2012 du 26 avril 2012 c. 4.2.1; TF 5A\_324/2012 du 15 août 2012 c. 5). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures protectrices. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (TF 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.2, in FamPra.ch 2012 p. 1099; ATF 137 III 604 c. 4.1.1). c) En l'espèce, comme l'a relevé la première juge, deux circonstances se sont modifiées depuis que la convention des parties a été

- 16 - signée les 8 et 15 mars 2011, puis ratifiée le 10 mai suivant pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale. D'une part, les frais de garderie, qui s'élevaient initialement à 2'100 fr. par mois, ont diminués et correspondent désormais à un montant mensuel moyen de 882 fr. 20. D'autre part, l'intimé a obtenu une baisse de son taux d'activité à 80 %. Percevant jusqu'au 31 août 2011 un revenu mensuel net moyen de 12'200 fr., son salaire mensuel net moyen s'élève désormais à 10'214 fr. 70. Ces deux circonstances peuvent être qualifiées de durables, dès lors que rien n'indique que les frais de garderie pourraient augmenter prochainement, ni que l'intimé reprenne une activité à 100%, celui-ci ayant pris la décision de réduire son taux d'activité pour passer plus de temps avec ses enfants. En revanche, dès lors que l'appelante n'allègue pas avoir de nouvelles charges, que sa situation économique s'est améliorée – du fait de la diminution des frais de garderie – et que celle de l'intimé s'est péjorée, on ne voit pas en quoi le niveau de vie de l'appelante aurait changé de manière essentielle et quelle circonstance justifierait une modification à la hausse de la contribution d'entretien qu'elle perçoit. Au regard de ce qui précède, il convient d'admettre avec la première juge qu'une modification de la contribution d'entretien n'a pas lieu d'être et que dite contribution doit être maintenue à 4'000 fr. par mois, allocations familiales en sus. Partant, le moyen de l'appelante doit être rejeté. 6. a) L'appelante reproche à la première juge d'avoir rejeté sa conclusion relative à la provision ad litem. Elle fait valoir qu'elle est indigente et qu'une telle provision lui est due en première et deuxième instance. b) Une provision ad litem peut être accordée déjà au stade des mesures protectrices de l'union conjugale (CREC 15 juin 2012/220; cf. TF 5A\_793/2008 du 8 mai 2009 c. 6.2).

- 17 - D'après la jurisprudence, une provision ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce; le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (ATF 103 Ia 99 c. 4; TF 5A\_784/2008 du 20 novembre 2009 c. 2). Le fondement de cette prestation — devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC) ou obligation d'entretien (art. 163 CC) — est controversé (TF 5P\_346/2005 du 15 novembre 2005 c. 4.3; FamPra.ch 2006 p. 892 n. 130 et les réf. citées; Bräm, op. cit., n. 131 ad art. 159 CC, p. 52 s. et les réf. citées), mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions qui président à son octroi. En tout état de cause, selon l'art. 163 al. 1 CC, la loi n'institue plus un devoir général d'entretien à la charge du mari (art. 160 al. 2 aCC; ATF 110 II 116 c. 2a), mais une prise en charge conjointe des besoins de la famille au regard des facultés de chacun des époux (Deschenaux/Steinauer/ Baddeley, Les effets du mariage, 2000, p. 221 n. 38 et les réf. citées; TF 5P\_4212006 du 10 juillet 2007 c. 4). c) En l'espèce, l'appelante n'a pas démontré qu'elle ne disposait pas des moyens suffisants pour affronter la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, laquelle est au demeurant gratuite. En sus de son revenu mensuel net de 3'046 fr., l'appelante bénéficie d'une contribution d'entretien dont le montant avait été fixé pour tenir compte d'un montant de frais de garde s'élevant à 2'100 francs. Ses frais de garde moyens étant aujourd'hui de 882 fr. 20 par mois et ses autres charges n'ayant pas augmenté, elle dispose d'un montant de 1'200 fr. supplémentaire dans son budget. De plus, l'appelante est propriétaire d'un bien immobilier à Bussigny-près-Lausanne. L'allocation d'une provision ad litem n'est dès lors pas justifiée. 7. a) En définitive, l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 30 septembre 2011 réformée en ce sens que la garde sur les enfants C.C. \_\_\_\_\_ et D.C. \_\_\_\_\_ est confiée à l'appelante, le droit de visite

- 18 - devant s'exercer selon les modalités prévues dans la convention signée les 8 et 15 mars 2011 et ratifiée le 10 mai 2011. b) 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'occurrence, malgré l'attribution du droit de garde à l'appelante, l'intimé continue de bénéficier d'un droit de visite élargi, conformément à la convention signée les 8 et 15 mars 2011, si bien que dans les faits les relations personnelles des parties avec leurs enfants demeurent inchangées. Pour le surplus, l'intimé obtient gain de cause, le montant de la contribution d'entretien étant maintenu à 4'000 fr. et les provisions ad litem réclamées n'étant pas dues. Dans ces conditions, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelante. L'appelante versera à l'intimé des dépens de deuxième instance, arrêtés à 2'500 francs.

- 19 - Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est partiellement admis. II. L'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale est réformée comme suit au chiffre I de son dispositif et complété par le chiffre Ibis: I. confie la garde sur les enfants C.C. \_\_\_\_\_ et D.C. \_\_\_\_\_ à leur mère A. \_\_\_\_\_; Ibis. dit que le droit de visite du père B.C. \_\_\_\_\_ est exercé selon les modalités prévues dans la convention signée les 8 et 15 mars 2011 et ratifiée le 10 mai 2011; L'ordonnance est confirmée pour le surplus. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante. IV. L'appelante A. \_\_\_\_\_ doit verser à l'intimé B.C. \_\_\_\_\_ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance. V. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : La greffière :

- 20 - Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : - Me Robert Lei Ravello (pour A. \_\_\_\_\_, - M. 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). Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : - Mme la Présidente du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne, - M. le Président du Tribunal 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.