

Modification de mesures protectrices. Une modification ne peut intervenir qu'aux conditions de l'art. 179 CC, soit lorsque, depuis le prononcé des mesures, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir quand un changement significatif et non temporaire est survenu après la date de la décision, quand les faits qui ont fondé le choix des mesures se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu, ou encore quand la décision s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (consid. 4.2).

Notion de « garde alternée » et distinction avec le droit de visite. La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales. Dès lors, l'accord prévoyant que les enfants se rendent un week-end sur deux chez leur père ainsi qu'un seul jour par semaine institue un droit de visite élargi et non une garde alternée (consid. 4.3).

Composition

MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Herrmann et Bovey.

Greffière : Mme Gauron-Carlin.

Participants à la procédure

A.A.,
représenté par Me Jean-Samuel Leuba, avocat,
recourant,

contre

B.A.,
représentée par Me Lorraine Ruf, avocate,
intimée.

Objet

mesures protectrices de l'union conjugale,

recours contre l'arrêt du Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 24 septembre 2014.

Faits :

A.

A.A. (1971) et B.A. (1972), se sont mariés le 18 août 2005. Deux enfants sont issues de leur union : C., née en 2006, et D., née en 2008.

A.a. Les époux se sont séparés au mois de janvier 2013. Leur séparation a été réglée par convention signée lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 mai 2013 et ratifiée séance tenante par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois. Les parties sont ainsi convenues "d'une garde alternée sur leurs filles", le père ayant celles-ci auprès de lui du mardi à la

sortie des classes jusqu'au mercredi à 13 heures, deux week-ends par mois du vendredi au dimanche soir et la moitié des vacances et jours fériés.

A.b. Depuis le mois de juillet 2013, le père accueille les enfants chez lui chaque mardi dès 13 heures jusqu'au mercredi matin à 8h30, dès lors que les filles n'auraient plus congé le mercredi matin dès la rentrée scolaire suivante. Le père a également souhaité avoir les enfants auprès de lui une seconde nuit par semaine, ce à quoi la mère s'est opposée.

De nombreux échanges de courriels ont eu lieu entre les parties, attestant d'une communication très difficile s'agissant notamment des questions des horaires de garde.

Le 4 juin 2013, la mère a signé un document intitulé "précision sur la convention de garde" aux termes duquel elle s'engageait à respecter la convention du 28 mai 2013 prévoyant une garde alternée et qui précisait que les modalités de cette garde au quotidien devraient être adaptées et gérées "de manière souple et équitable". Par lettre du 5 juin 2013, le conseil de la mère a écrit au conseil du père que le document signé la veille n'avait aucune valeur juridique, dès lors qu'il avait été signé sous la contrainte, le père ayant retenu la mère de force après lui avoir subtilisé les clés de son véhicule.

Les 4 août et 30 novembre 2013, le père a écrit à la mère lui demandant une seconde nuit par semaine, puis lui proposant d'échanger le mercredi matin avec une autre nuit en semaine, et lui reprochant son refus d'entreprendre une médiation. La mère a répondu le 1er décembre 2013, indiquant qu'elle comptait respecter l'accord du 28 mai 2013 sans le modifier, et a exposé qu'elle refusait une médiation du fait qu'une telle démarche lui paraissait vaine.

Divers échanges sont également intervenus entre les parties pour la période de novembre 2013 à mars 2014 au sujet de la prise en charge de leurs filles, singulièrement concernant leurs activités parascolaires.

B.

Le 19 décembre 2013, le père a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, concluant à la modification de la convention signée et ratifiée le 28 mai 2013, en ce sens que la garde alternée sur les deux enfants s'exerce de la manière suivante : il aura ses filles auprès de lui pendant deux jours sur cinq les semaines impaires et trois jours sur cinq les semaines paires, ainsi qu'un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin et la moitié des vacances scolaires.

Le 3 avril 2014, le père a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale complémentaire dans laquelle il a notamment conclu à ce que lui-même et la mère soient exhortés à entreprendre une médiation dans le but de trouver un accord concernant le sort des enfants.

Par procédé écrit du 1^{er} mai 2014, la mère a conclu au rejet de la requête et, à titre reconventionnel, à ce que la garde des enfants lui soit attribuée, sous réserve d'un droit de visite du père à raison d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires.

Les parties ont été entendues lors de l'audience du 15 mai 2014, ainsi que quatre témoins. Le père a conclu au rejet des conclusions reconventionnelles de la mère.

B.a. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 23 juillet 2014, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a attribué la garde des enfants à leur mère et dit que le père pourrait avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir, tous les mardis de la sortie des classes jusqu'au mercredi matin et la moitié des vacances scolaires et jours fériés.

En substance, le premier juge a considéré que la garde alternée convenue entre les parties le 28 mai 2013 était en réalité un droit de visite élargi en faveur du père et qu'au vu des conflits survenus en raison du terme inapproprié utilisé dans la convention, il se justifiait de revenir sur ce point dans l'intérêt des enfants.

Le père a formé appel contre ce prononcé le 31 juillet 2014, concluant à ce que la garde des enfants soit attribuée de manière alternée aux deux parents, et à ce que les parties soient exhortées à entreprendre une médiation dans le but de trouver un accord concernant le sort des enfants.

La mère a, par réponse du 1^{er} septembre 2014, conclu au rejet de l'appel et le 15 septembre 2014, le père a déposé des déterminations.

B.b. Par arrêt du 24 septembre 2014, communiqué aux parties le 23 octobre 2014, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a partiellement admis l'appel et réformé le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 juillet 2014, en ce sens que le père pourra avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi soir au lundi matin, tous les mardis dès la sortie des classes jusqu'au mercredi matin et la moitié des vacances scolaires et des jours fériés.

C.

Par acte du 24 novembre 2014, A.A. interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut à la réforme de l'arrêt entrepris, principalement en ce sens que la garde des enfants soit attribuée de manière alternée aux deux parents, s'exerçant pour lui à raison d'un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin, la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, ainsi que deux jours par semaine, dès la sortie des classes jusqu'au lendemain matin, ces jours devant être fixés d'entente entre les parties, à défaut, du mardi après-midi au mercredi matin et du jeudi après-midi au vendredi matin; subsidiairement en ce sens que la garde demeure attribuée à la mère, mais qu'il pourra avoir ses filles de la même manière qu'exposé précédemment. Plus subsidiairement encore, le recourant conclut au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle instruction et nouveau jugement.

Des réponses n'ont pas été requises.

Considérant en droit :

1.

Le présent recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) ainsi que dans la forme légale (art. 42 LTF), contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 133 III 393 consid. 4 p. 395 s.) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF), dans une affaire matrimoniale (art. 72 al. 1 LTF). La question soumise au Tribunal fédéral portant sur les droits de garde et de visite sur les enfants est de nature non pécuniaire, de sorte que le recours est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (arrêts 5A_773/2012 du 31 janvier 2013 consid. 1 in fine; 5A_366/2010 du 4 janvier 2011 consid. 1.1). Le recourant a en outre pris part à la procédure devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 let. a LTF) et, ayant partiellement succombé dans ses conclusions, a un intérêt à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 let. b LTF). Le recours en matière civile est en principe recevable au regard des dispositions qui précèdent.

2.

Dès lors que la décision attaquée porte sur le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 à 179 CC), lesquelles sont considérées comme des mesures provisionnelles au sens de l'art.

98 LTF (ATF 133 III 393 consid. 5 p. 396), le Tribunal fédéral dispose d'un pouvoir d'examen limité, seule la violation des droits constitutionnels pouvant être invoquée. Le Tribunal fédéral n'examine les griefs de violation de droits constitutionnels que s'ils ont été invoqués et motivés ("principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise (ATF 134 II 349 consid. 3 p. 351 s.; 133 II 396 consid. 3.2 p. 400; arrêt 5A_680/2014 du 21 novembre 2014 consid. 2).

3.

Le recours a pour objet principalement le droit de garde alterné, subsidiairement les modalités du droit de visite, dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale.

4.

Le recourant fait valoir que l'autorité précédente a versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) en excluant un droit de garde alterné sur les enfants, alors que les parties étaient convenues d'un tel système, par accord du 28 mai 2013. Le père expose que l'argument consistant à retenir que les modalités d'exercice du droit de garde ne correspondaient pas à la définition d'une garde alternée est manifestement arbitraire (art. 9 Cst.), rappelant que les périodes de garde de chacun des parents n'ont pas à être égales ou identiques. Le recourant ajoute que les parties - assistées de leur conseil respectif - avaient expressément prévu ces modalités du droit de garde alternée, après les avoir expérimentées plusieurs mois entre la séparation effective et la signature de cet accord, en sorte qu'il "peine à comprendre" en quoi "le terme de «garde alternée» serait impropre, au seul prétendu motif que les modalités prévues par les parties en matière de garde ne correspondraient pas à la définition de la garde alternée, au sens de la jurisprudence". Le père réfute en outre l'appréciation du Juge délégué qui retient que la garde alternée telle que proposée entraînerait d'innombrables allers-retours pour les enfants et des changements incessants d'horaires, estimant que le magistrat a "une vision restrictive et erronée de la garde alternée et des aménagements de celle-ci".

Le recourant soutient également que l'arrêt est arbitraire car, comme l'a d'ailleurs relevé le Juge délégué, aucun élément nouveau ne justifiait une modification du droit de garde tel que convenu en mai 2013, en sorte que cet aspect ne devait pas être revu. De surcroît, l'autorité précédente a retenu, de manière contradictoire et donc arbitraire selon le recourant, la nécessité de modifier les plages horaires de garde, compte tenu de la scolarisation des filles le mercredi matin.

4.1. Le Juge délégué a d'abord confirmé que l'accord passé entre les parents en mai 2013 instituait *de facto* un droit de garde à la mère avec un droit de visite élargi en faveur du père, et non une garde alternée, les enfants se trouvant chez leur père, hors week-ends, seulement un jour par semaine. Le juge cantonal a ensuite considéré qu'aucun élément nouveau essentiel ne justifiait de revenir sur les modalités de garde convenues en mai 2013, en sorte que l'argumentation du père - qui a requis lui-même la modification des mesures protectrices convenues - était paradoxale. L'autorité précédente a quoi qu'il en soit exclu l'instauration d'une garde alternée aux motifs que la mère s'y oppose fermement, que la collaboration entre les parents est déjà extrêmement difficile sur presque tous les plans et que ce système entraînerait d'innombrables allers-retours entre les domiciles des parents et des changements incessants d'horaires, alors qu'un droit de visite élargi permettrait une plus grande stabilité pour les filles, partant, des moments de plus grande qualité avec chacun des parents. Sous l'angle de l'intérêt prépondérant des filles, vu la virulence et la durée du conflit entre les parties, le juge cantonal a en définitive jugé qu'il ne se justifiait pas, faute d'élément nouveau, de modifier la situation convenue d'entente entre les parties en mai 2013. Cela étant, vu le changement d'horaire scolaire des enfants, la demi-journée du mercredi perdue par le

père devait être compensée en ce sens que le week-end du père s'exercera jusqu'au lundi matin.

4.2. Une fois que des mesures provisoires ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC. Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1^{ère} phr. CC, le juge prononce les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. La modification des mesures provisoires ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, 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, ou encore si la décision de mesures provisoires s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 consid. 2 p. 61 s.; arrêt 5A_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 3.1). La survenance d'une modification essentielle et durable dans la situation familiale s'apprécie à la date du dépôt de la demande de modification (ATF 120 II 285 consid. 4b p. 292 s.).

4.3. L'instauration d'une garde alternée s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale; la garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales (arrêts 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 4.2; 5A_866/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.2). Même lorsque les parents sont d'accord avec le système de garde alternée, le juge ne peut se dispenser d'examiner s'il est compatible avec le bien des enfants, ce qui dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, notamment de la capacité de coopération des parents (arrêt 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 4.2). L'appréciation des circonstances de fait pour fixer le droit de garde, c'est-à-dire la détermination de leur portée juridique, est une question de droit. Le Tribunal fédéral n'intervient toutefois que si le juge, sans aucun motif, a écarté des critères essentiels pour la décision sur le droit de visite des enfants ou, à l'inverse, s'est fondé sur des éléments dépourvus d'importance au regard du bien des enfants ou contrevenant aux principes du droit fédéral (ATF 131 III 209 consid. 3 p. 210; 120 II 229 consid. 4a p. 235; arrêts 5A_877/2013 du 10 février 2014 consid. 6.1 in fine; 5A_120/2013 du 23 mai 2013 consid. 2.1.2).

4.4. En l'occurrence, le recourant part d'une prémisse erronée lorsqu'il soutient que le juge cantonal a arbitrairement modifié les mesures protectrices de l'union conjugale de mai 2013, le juge précédent ayant uniquement constaté que le système mis en place constituait un droit de visite élargi et refusant pour le surplus de modifier le régime en vigueur, faute d'élément significatif nouveau dans la situation familiale (cf. supra consid. 4.1). Le recourant n'allègue d'ailleurs pas un changement essentiel durable dans la situation familiale et ne critique a fortiori pas cette appréciation. S'agissant de la dénomination du système de prise en charge des filles, qui n'a donc pas été modifié en substance, mais uniquement requalifié puis adapté aux nouveaux horaires des filles, le recourant présente sa propre appréciation qu'il substitue à celle de l'autorité précédente, reconnaissant lui-même que le système convenu en mai 2013 ne correspond pas aux critères jurisprudentiels de la garde alternée. **Ce faisant, le recourant n'expose pas en quoi la clarification de la dénomination de la prise en charge serait arbitraire.** Dans cette mesure, le grief est irrecevable, faute de motivation conforme à l'exigence légale (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid. 2). **Enfin, en tant que le recourant s'en prend à l'examen auquel le Juge délégué a procédé concernant l'attribution d'un droit de garde alterné, le recourant se borne à présenter sa propre évaluation en omettant de tenir compte des profonds conflits avec la mère et en niant l'existence d'horaires changeants et de déplacements incessants pour les filles. En définitive la critique du recourant, autant qu'elle n'est pas irrecevable, est mal fondée.**

5.

Sous le titre "[a]rbitraire dans la fixation des modalités de la prise en charge des enfants", le

recourant affirme que le juge cantonal a "pris en considération la nécessité de compenser la perte temporelle subie" en raison de la scolarisation des filles le mercredi matin, aux motifs qu'un témoin a déclaré que les enfants souhaitaient passer plus de temps avec leur père, qu'il avait un désir sincère d'avoir ses filles auprès de lui, que sa capacité éducative n'était nullement remise en doute et qu'une garde alternée serait bénéfique pour les enfants. Évoquant ses différends avec la mère, le père estime que leurs querelles portent essentiellement sur le droit de garde en sorte que ces tensions ne sont pas suffisantes et que "l'on ne saurait accorder un poids excessif à quelques courriels".

Autant que l'on discerne une critique relative à la fixation des modalités du droit de visite - cette compensation de la matinée de droit de visite perdue à la suite de la scolarisation des filles le mercredi matin lui est favorable -, le grief est manifestement irrecevable. Le recourant propose sa propre version de la situation, en se basant sur des critères qui n'ont nullement été pris en considération dans l'arrêt querellé, singulièrement le désir du père, alors que le Juge délégué s'est contenté de constater la perte d'une demi-journée de droit de visite sans compensation par rapport à l'accord des parties (cf. supra consid. 4.1). Quant aux différends des parents, le juge cantonal ne s'est manifestement pas référé à ce fait pour adapter les modalités du droit de visite. En définitive, le recourant se limite à énumérer les motifs qui selon lui ont justifié une compensation du droit de visite, sans indiquer - même de manière implicite - en quoi l'autorité précédente aurait versé dans l'arbitraire (art. 9 Cst.) en adaptant les modalités du droit de visite aux circonstances de fait, au demeurant en sa faveur. Autant que le grief d'arbitraire est compréhensible, il est d'emblée irrecevable, faute de motivation suffisante (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid. 2).

6.

Le recourant se plaint enfin que sa conclusion d'appel tendant à l'octroi d'un droit de garde une deuxième nuit par semaine, du jeudi soir au vendredi matin, n'ait pas été examinée par le juge précédent. Le père soutient que l'absence de tout considérant sur cet aspect constitue "assurément" une violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), dès lors qu'il avait un droit à obtenir une décision motivée sur toutes les questions pertinentes et les conclusions prises. Selon le recourant, le refus de lui attribuer une prise en charge des filles une nuit supplémentaire constitue au surplus une violation de la prohibition de l'arbitraire (art. 9 Cst.).

6.1. La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse en saisir la portée, le cas échéant, l'attaquer en connaissance de cause et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 133 III 439 consid. 3.3 p. 445 s. et les arrêts cités). Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision; il n'est pas tenu de discuter tous les arguments soulevés par les parties, mais peut se limiter à ceux qui lui apparaissent pertinents (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236; 136 V 351 consid. 4.2 p. 355 et les références).

6.2. Le grief de violation du droit d'être entendu tombe à faux. Comme il a été exposé ci-dessus (consid. 4.1 et 4.4), le Juge délégué n'est pas entré en matière sur la nouvelle requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par le père, faute d'élément significatif nouveau. Par voie de conséquence, le juge cantonal n'a pas eu à examiner les conclusions de cette requête, singulièrement à revoir les périodes de prise en charge des enfants, faute de pertinence. Il suit de ce qui précède que l'autorité précédente a exposé les motifs pour lesquels elle n'a pas examiné la requête, partant les conclusions, du père. L'arrêt entrepris est donc motivé, permettant au justiciable d'interjeter un recours. Le grief de violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) est mal fondé.

6.3. S'agissant du grief d'arbitraire (art. 9 Cst.), le recourant se borne à déclarer que le refus de lui octroyer une seconde nuit de prise en charge des filles est arbitraire, dès lors que cette solution serait conforme à l'intérêt de celles-ci. Ce faisant, le recourant allègue uniquement son reproche en

quelques lignes, sans l'expliciter plus avant. Dans ces conditions, sa critique, insuffisamment motivée (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid. 2), est irrecevable.

7.

En conclusion, le recours doit être rejeté, dans la (faible) mesure de sa recevabilité. Les frais judiciaires sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'octroyer une indemnité de dépens à l'intimée qui n'a pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 26 février 2015

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : von Werdt

La Greffière : Gauron-Carlin