

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 9 janvier 2012

Présidence de Mme Caroline KÜHNLEIN, juge délégué
Greffier : Mme Nantermod Bernard

* * * * *

Art. 176 al. 3 CC; 308 al. 1 let. b CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **P.**_____, à Ollon, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 9 août 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.**_____, à Luins, requérant, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 août 2011, adressé le même jour aux parties pour notification, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a autorisé les époux B._____ et P._____ à vivre séparés pour une durée de deux ans, soit jusqu'au 30 juin 2013 (I); confié la garde sur les enfants [...], né le [...], et [...], né le [...], à leur père, B._____ (II); dit que P._____ bénéficiera sur ses enfants d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente entre les parties (III); dit qu'à défaut d'entente, P._____ pourra avoir ses enfants auprès d'elle un week-end sur deux du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et jours fériés (IV); dit que B._____ contribuera à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une pension mensuelle de 3'500 fr., allocations familiales non comprises, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de P._____, dès et y compris le 1^{er} juillet 2011 (V); rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI) et rendu le prononcé sans frais ni dépens (VII).

Le premier juge a considéré notamment que tant le requérant que l'intimée étaient en mesure de s'occuper de manière tout à fait adéquate de [...] et de [...]. Dans un souci d'assurer aux enfants une meilleure stabilité et continuité possibles, il a estimé qu'il se justifiait d'en confier la garde au père qui vivait dans la ferme familiale de [...], où les garçons avaient toujours vécu. La mère pourrait alors bénéficier d'un droit de visite usuel.

B. Par acte motivé du 19 août 2011, P._____ a interjeté appel contre le prononcé précité, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la garde sur les enfants [...] et [...] est confiée à leur mère (II), le père bénéficiant sur ses fils d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente entre les parties (III) ou, à défaut d'entente, d'un droit de visite usuel (IV), et contribuant à l'entretien

des siens par le régulier versement d'une pension de 8'000 fr. par mois, allocations familiales non comprises, payable d'avance le premier de chaque mois en ses mains, dès et y compris le 1^{er} juillet 2011 (V). Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de la décision du 9 août 2011, la cause étant renvoyée en première instance pour nouvelle instruction et nouveau prononcé dans le sens des considérants à intervenir. Elle a en outre requis l'effet suspensif.

Simultanément, l'appelante a déposé une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce qu'elle soit autorisée à scolariser ses enfants à [...].

Par courrier du 24 août 2011, le juge délégué a refusé d'accorder l'effet suspensif, en précisant que celui-ci semblait porter uniquement sur la question de l'attribution de la garde des enfants à leur père et que l'octroi de l'effet suspensif aurait pour effet d'admettre l'appel par avance. Il a également rejeté les requêtes de mesures superprovisionnelles et provisionnelles au motif que celles-ci équivalaient à une mesure d'exécution anticipée.

Le 7 septembre 2011, le juge délégué a procédé à l'audition de [...]. La synthèse des propos de l'enfant a été adressée aux parties le 8 du même mois.

Par réponse et appel joint du 22 septembre 2011, B._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel interjeté par P._____ et à la réforme du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale en ce sens que le chiffre V est supprimé. Il a accompagné son écriture d'une pièce.

Par prononcé du 22 novembre 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a accordé à P._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire, avec effet au 11 novembre 2011, dans la procédure d'appel qui l'oppose à B._____ (I), dit que le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé dans la mesure suivante : 1a. exonération d'avances; 1b.

exonération des frais judiciaires; 1c. assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Véronique Fontana (II) et astreint P._____ à verser auprès du Service compétent une franchise mensuelle de 250 fr. dès et y compris le 1^{er} décembre 2011 (III).

Sept témoins ont été entendus à l'audience d'appel du 29 novembre 2011. Le procès-verbal mentionne que les parties, auxquelles il a été transmis le 2 décembre 2011, se sont vu impartir un délai au 15 décembre 2011 pour se déterminer sur les pièces produites à l'audience et celles à produire, après quoi il serait statué sur l'appel. Dites déterminations sont parvenues au greffe du tribunal de céans le 16 décembre 2011.

Me Fontana a fait parvenir sa liste de frais le 4 janvier 2012.

C. Le Juge délégué de la Cour d'appel civile retient en substance les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier ainsi que par les déclarations des parties et des témoins à l'audience du 29 novembre 2011 :

1. B._____, né le [...], et P._____, née P._____ le [...], se sont mariés le [...] à [...]. Ils sont les parents de [...], né le [...], et de [...], né le [...].

2. a) Lorsqu'elle s'est mariée, P._____ travaillait auprès d'une société fiduciaire et suivait des cours en vue de l'obtention d'un brevet fédéral d'agent fiduciaire, qu'elle a obtenu en octobre 2000. Suite à la naissance de [...], en janvier 2002, elle n'a plus travaillé qu'à temps partiel, consacrant quelques heures par semaine à divers mandats comptables. Lorsque B._____ a repris de son père le domaine, en 2006, elle s'est en outre occupée de la comptabilité et du suivi administratif de l'exploitation.

A la même époque, les époux [...] se sont installés dans la ferme du domaine, partageant le bâtiment d'habitation, qui abrite deux appartements, avec les parents de B._____.

Du temps de la vie commune, les époux se sont occupés de leurs enfants selon une répartition traditionnelle des tâches : le père travaillait dans les vignes et les vergers durant la journée alors que la mère se consacrait à des tâches éducatives, ménagères et comptables, avec l'aide deux fois par semaine d'une maman de jour et l'appui, le mercredi après-midi, de sa sœur [...].

b) Lorsque les époux se sont séparés, en janvier 2010, P._____ a loué un appartement à [...] et s'y est installée avec [...] et [...]. Les enfants vivaient ainsi auprès de leur mère et se rendaient régulièrement chez leur père du mercredi soir au jeudi en fin d'après-midi ainsi qu'un week-end sur deux, du vendredi soir au dimanche soir. Selon le père de B._____, les garçons venaient au domaine plusieurs fois par semaine, ce que conteste P._____, qui fait valoir que durant la vie commune et l'année qui a suivi la séparation d'avec son époux, elle s'est occupée de manière prépondérante de ses enfants, les nombreuses tâches de son mari (agricoles, viticoles, cave à vin, syndicat d'arrosage) le tenant éloigné de la prise en charge quotidienne des enfants. Toujours selon elle, c'est pour des raisons administratives cependant que les enfants sont officiellement demeurés domiciliés à [...], chez leur père.

Dès janvier 2011, B._____ a demandé à pouvoir bénéficier d'un droit de visite élargi sur ses enfants. C'est ainsi que dès cette époque, [...] et [...] ont vécu chez leur père du mercredi au vendredi ainsi qu'un week-end sur deux, du vendredi au lundi matin, ainsi que durant la moitié des vacances.

[...] est un ami de B._____. Père de deux filles de l'âge des enfants [...], il est lui-même maraîcher. Selon le témoin, B._____ s'est bien organisé pour accueillir ses enfants et consacre beaucoup de temps à leur éducation ainsi qu'aux tâches ménagères et récréatives. Depuis qu'il

a la garde des enfants, il a pris les mesures nécessaires pour l'encadrement des garçons, engageant du personnel pour être disponible pour eux. Il travaille lorsque les enfants sont à l'école et est présent à leur retour. Il a cessé certaines activités extérieures à l'exploitation viticole, telle sa participation au syndicat d'arrosage. Le témoin estime que les enfants sont heureux à [...]; ils y sont depuis tout temps et y ont un bon cercle d'amis.

Le père de B._____ a confirmé que depuis qu'il avait ses enfants auprès de lui, son fils avait engagé un couple pour le seconder, qu'il pouvait ainsi manger avec ses enfants à midi et être présent à la sortie de l'école, qu'il faisait diverses activités sportives avec [...] et [...] durant le week-end et que pendant les vendanges et les récoltes, il faisait davantage appel à lui (le témoin travaille encore avec son fils) et déléguait une partie de son travail au couple qu'il avait engagé. [...] a affirmé que [...] lui aurait confié, fin mai ou début juin 2011, son désir de demeurer à [...]. L'épouse du témoin rend des services à son fils, si on le lui demande, puisque sa santé le lui permet.

La mère de P._____, [...], est à la retraite depuis août 2011. Elle a offert de garder ses petits-fils chez leur père durant les vendanges 2011; elle a également pris le relais de son beau-fils, une fois, durant deux jours, à la demande de celui-ci, pour le soulager. Lorsqu'elle les gardait, elle a constaté que le père était souvent là lorsque les enfants se réveillaient, qu'il prenait ses repas avec eux et participait à leur coucher quand il le pouvait. Ses petits-fils accueillent des copains à la ferme et se rendaient également chez eux. Ils ne semblaient pas inquiets d'aller chez leur mère.

Du temps de la vie commune des époux, [...], sœur de l'appelante, qui habite [...], s'occupait des enfants presque tous les mercredis après-midi. Depuis que les enfants sont chez leur père, elle est allée faire des activités avec ses neveux et les a gardés une fois ou l'autre le soir, durant les vendanges, lorsque sa mère se rendait à la chorale. Elle a constaté que les enfants étaient très affectueux avec elle et qu'ils

n'avaient jamais manifesté, à sa connaissance, de peur à l'égard de l'ami de sa sœur, avec qui ils jouaient volontiers.

[...] a décrit sa sœur comme une mère aimante, qui faisait beaucoup d'activités avec ses enfants et passait beaucoup de temps avec eux, sans montrer d'impatience.

[...] est content de voir les enfants de son amie, et réciproquement. Il confirme qu'en 2010, lorsqu'il a fait la connaissance de P._____, les enfants étaient auprès de leur mère durant la semaine et que l'organisation avait changé, dès 2011, sans qu'il en connaisse la raison. [...] lui a dit qu'il voulait vivre avec sa maman; [...] est triste de la quitter à la fin du week-end.

c) [...] a été entendu le 5 juillet 2011 par le Président du tribunal civil de l'arrondissement de La Côte, qui a fait savoir le même jour aux parents de l'enfant que celui-ci lui avait fait part de son désir de pouvoir rester au domicile de son père où il avait ses amis ainsi que ses grands-parents maternels et paternels. Selon le garçon, son frère [...] exprimerait le même souhait.

[...] a été entendu une seconde fois, le 7 septembre 2011, par le Juge délégué de la Cour d'appel civile. Il est apparu comme un enfant vif, souriant, et concis, qui a expliqué qu'il était en quatrième année primaire alors que son petit frère était en deuxième, qu'il se trouvait très à l'aise à [...] et qu'il souhaitait clairement y demeurer, auprès de son papa et près de ses grands-parents paternels et de ses copains, non loin de ses grands-parents maternels. Il a ajouté qu'il avait compris que s'il devait vivre auprès de son père, cela signifiait qu'il ne verrait sa maman plus qu'en fin de semaine et durant les vacances, mais que cette situation lui convenait. Il a affirmé qu'il n'avait pas peur de dire à son papa et à sa maman qu'il aimerait vivre à [...].

d) En septembre 2009, P._____ a conclu avec la société [...] un contrat de travail pour "collaborateur externe". Cette activité lui permet

de traiter les dossiers des clients à la maison. En 2011, elle encore effectué des heures de travail destinées à établir la comptabilité du domaine de B._____

Dans le courant du mois d'août 2011, P._____ a emménagé dans la villa de son ami [...], à [...], dans le [...]. Le couple a aménagé des chambres pour les enfants, qui ont passé avec leur mère trois semaines et demie de vacances au mois d'août.

3. En 2010, B._____ a perçu de ses activités agricoles un bénéfice de 198'310 fr. 04, soit un revenu net, après déduction de ses charges, de 185'880 francs. Ce montant représente un gain net de 15'490 fr. par mois, hors allocations familiales.

En tant que collaboratrice externe de [...], P._____ réalise un revenu net mensuel moyen de 1'000 francs.

4. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 18 mai 2011, B._____ a pris les conclusions suivantes :

I. Les parties peuvent continuer à vivre séparées pendant une durée d'une année.

II. En tant que de besoin, l'audition de l'enfant [...] est requise.

III. Le droit de garde sur les enfants [...], né le [...], et [...], né le [...], est attribué au père.

IV. Un libre droit de visite est accordé à P._____, née P._____, lequel sera fixé d'entente entre les parties. A défaut d'entente, celle-ci pourra avoir ses enfants auprès d'elle un week-end sur deux, du vendredi soir au dimanche soir, ainsi qu'alternativement, chaque année à Noël ou Nouvel-An, Pâques ou Pentecôte et la moitié des vacances scolaires.

V. Le droit de visite prévu sous chiffre IV ne s'exercera de cette manière qu'après le déménagement de P._____. Jusqu'à ce moment, la situation actuelle prévaudra.

VI. *Jusqu'à droit jugé sur les présentes mesures protectrices, il est fait interdiction à P. _____ de changer le domicile légal des enfants [...] et [...] et de les inscrire dans d'autres écoles que celles suivies actuellement par ces derniers.*

VII. *En tant que de besoin, le point VI pourra faire l'objet d'une mesure d'urgence".*

Par mémoire réponse du 9 juin 2011, P. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions II à VII de la requête du 18 mai 2011 et conclu à la séparation d'avec son époux pour une durée indéterminée, à l'attribution de la garde sur les enfants, sous réserve d'un libre et large droit de visite en faveur du père, mais au minimum d'un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires, ainsi qu'au service d'une contribution de B. _____ à l'entretien des siens de 8'000 fr. par mois, allocations familiales non comprises.

En droit :

1. **1.1** 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). 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 et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. (art. 308 CPC), le présent appel est recevable.

L'art. 314 al. 2 CPC énonce que l'appel joint est irrecevable en procédure sommaire. Le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale dont est appel relevant de la procédure sommaire, comme indiqué ci-dessus, l'appel joint de B. _____ n'est donc pas recevable.

1.2 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 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).

1.3 La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC), est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuve nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer

par analogie (Hofman/Lüscher, Le code de procédure civile, p. 197; Spühler, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirmait que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle était prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, devait s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Cependant, comme le relève à juste titre Tappy, le Message se référait à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits nouveaux et preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 15; Hohl, Procédure civile Tomme II, 2^{ème} éd., n. 2410 p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n. 2414 p. 438). Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire commande au juge d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuves; il ordonne d'office l'administration de toutes les preuves propres et nécessaires à établir les faits pertinents. La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses (ATF 128 III 411 c. 3.2.1 p. 412; JT 2011 III 43).

En l'espèce, pour faire suite aux offres de preuve des parties, il a été procédé à nouveau de l'audition de [...] ainsi qu'à celle de sept témoins concernant les conditions de vie de l'enfant. La question de la recevabilité de la pièce produite par l'intimé - résiliation du bail de l'appelante - peut rester ouverte, dès lors qu'elle est sans incidence sur

l'issue du litige. L'appelante a produit le jour de l'audience un bordereau de pièces dont seules les pièces 4, 5 et 7 remplissent les conditions de recevabilité exposées ci-dessus.

2. **2.1** L'appelante relève que durant l'union conjugale et après la séparation des époux en 2010, elle s'est toujours occupée de manière prépondérante des enfants. C'est de manière erronée que le père prétend que les parties avaient mis en place un système de garde partagée. En outre, l'intimé est, par périodes, très accaparé par son travail et contrairement à ce qu'il prétend, ses parents ne sont plus en mesure de prendre le relais pour s'occuper des enfants. [...] et [...] pourraient jouir d'une vie sociale plus riche à [...]. L'aîné aurait d'ailleurs clairement exprimé son souhait de vivre auprès de sa mère. Trompé par les indications intentionnellement fallacieuses et sous la pression de son père, il n'aurait pas été en mesure de s'exprimer clairement devant le juge de première instance.

2.2 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).

Le principe fondamental en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Ainsi, la préférence doit être donnée à celui des parents, qui, compte tenu de l'ensemble des

circonstances, offre la garantie la plus sûre pour qu'en fonction de leur âge les enfants aient le meilleur développement possible du point de vue psychique, moral, intellectuel et social. Ce n'est qu'à partir du moment où le père et la mère offrent une capacité éducative identique, et donc la possibilité de s'occuper personnellement des enfants, qu'intervient le critère de la stabilité locale et familiale. 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 pp. 402/403; TF 5A_693/2010 du 29.12.2010, 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 27.05.2010, FamPra.ch 2010 no 58 p. 727).

2.3 En l'espèce, comme le retient la décision entreprise, les compétences éducatives des deux parents n'ont pas à être remises en cause. De même, chacun d'eux semble disposer du temps nécessaire à la bonne éducation des enfants, ne devant pas se soumettre à des contraintes horaires strictes dans le cadre de leur activité professionnelle. En tant qu'exploitant d'un domaine essentiellement viticole, l'intimé peut se retrouver très occupé à certaines périodes l'année. En contrepartie, il bénéficie de plus de temps à disposition pour ses enfants à d'autres moments. L'aîné des enfants a clairement exprimé au juge, par deux fois, son souhait de continuer à vivre avec son père. Le fait qu'il aurait déclaré à des tiers, notamment au témoin [...], vouloir rester avec sa maman, montre que l'enfant se trouve vraisemblablement confronté à un conflit de loyauté. Dans ces circonstances, on doit en principe tenir pour probantes

les déclarations formulées par l'enfant devant le juge, car elles sont faites dans un lieu neutre et en dehors de toute pression. Les déclarations de [...] doivent néanmoins être relativisées. D'une part, il s'agit bien évidemment de ne pas diviser la fratrie et l'on ne peut sans autre admettre que [...] aurait exprimé le même souhait s'il était en âge de le faire. Considérer que les déclarations faites par [...] sont à elles seules déterminantes reviendrait à lui faire porter la responsabilité du lieu de vie de toute la fratrie, ce qui n'est pas admissible. L'appelante s'est certainement plus occupée de ses enfants pendant qu'ils étaient en bas âge. Il ressort de l'instruction que depuis la séparation, de fait, le système de garde partagée a prévalu. A supposer même que l'intimé ait mis en place ce système pour se voir attribuer la garde dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, comme le plaide l'appelante, il n'en demeure pas moins que dans les faits, l'intimé a démontré pouvoir prendre en charge les enfants de manière adéquate et ces derniers ne semblent pas plus attachés à leur mère qu'à leur père. Il ressort en outre des témoignages recueillis par le juge délégué en deuxième instance que les enfants sont très entourés à [...], tant par la famille paternelle que maternelle, qu'ils s'y sentent bien et que leur père leur consacre beaucoup de temps, dès lors qu'il s'est organisé professionnellement pour ne travailler que lorsque les enfants sont à l'école. Ainsi, comme retenu par le premier juge, il sied, dans l'intérêt des enfants, de maintenir le statu quo au stade des mesures protectrices de l'union conjugale. Les enfants pourront alors évoluer auprès de leur père et de leurs grands-parents paternels et maternels, et continuer à fréquenter les mêmes amis, un déménagement à [...] - l'appelante n'a pas contesté s'y être établie et vouloir y accueillir les enfants - représentant manifestement un déracinement.

2.4 Il s'ensuit qu'au vu de l'ensemble de ce qui précède, l'appel de P. _____ doit être rejeté.

3. L'appelante requiert une pension de 8'000 fr. par mois pour son entretien et celui de ses enfants. Elle ne formule aucun grief

s'agissant des chiffres retenus par le premier juge, l'augmentation de la pension n'étant justifiée que par l'attribution de la garde des enfants à leur mère.

Dès lors que la garde des enfants n'a pas été confiée à l'appelante, il n'y a pas lieu de réexaminer la question de la contribution d'entretien.

Il s'ensuit que ce second moyen de l'appelante doit également être rejeté.

4. En conclusion, l'appel de P. _____ doit être rejeté.

5. 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 22 novembre 2011, 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 RLA) [règlement d'exécution de la loi du 24 novembre 1981 sur l'assistance judiciaire en matière civile du 3 juin 1988; RSV 173.81.1]). Vu la liste des opérations et débours pour la procédure d'appel produite par Me Fontana le 4 janvier 2012, une indemnité d'office à hauteur de 1'763 fr. 20 lui est accordée selon le décompte suivant : 1'540 fr. d'honoraires et 123 fr. 20 de TVA au taux 2011 de 8% et 100 fr. de débours (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]). Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

Il se justifie enfin de fixer les dépens dus à l'intimé, qui n'a pas produit de liste de frais (art. 105 al. 2 CPC), à 1'500 francs.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appelante P._____, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Véronique Fontana, conseil de l'appelante, est arrêtée à 1'763 fr. 20 (mille sept cent soixante-trois francs et vingt centimes), 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 au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

VI. L'appelante doit verser à l'intimé B. _____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Véronique Fontana (pour P. _____),
- Me Alain-Valéry Poitry (pour B. _____).

Le juge délégué 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).

Le greffier :