

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 15 avril 2013

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué
Greffier : M. Bregnard

Art. 176 al. 3, 273 al. 1 et 296 CC

Statuant à huis clos sur les appels interjetés par **A.G.**_____,
à Vevey, et **B.G.**_____, à Vevey, contre l'ordonnance rendue le 20
décembre 2012 par la présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de
l'Est vaudois dans la cause divisant les parties entre elles, le juge délégué
de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 20 décembre 2012, envoyée le même jour pour notification aux parties, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a confirmé l'attribution de la garde des enfants N.G._____, née le [...] 2001, et O.G._____, né [...] 2004, à leur mère B.G._____ (I), interdit à B.G._____ d'emmener les enfants N.G._____ et O.G._____ avec elle à l'occasion de son déménagement, ce sous la menace de l'article 292 CPC qui stipule que celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée par une autorité ou un fonctionnaire compétent sera puni de l'amende (II), dit que si B.G._____ met à exécution son projet de déménagement, la garde sur les enfants N.G._____ et O.G._____ sera attribuée à leur père A.G._____ (III), fixé un libre et large droit de visite à A.G._____ sur ses enfants N.G._____ et O.G._____ à exercer d'entente avec B.G._____ et dit qu'à défaut d'entente, A.G._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui du mercredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 18 heures, une semaine sur deux, et la moitié des vacances scolaires, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener (IV), dit que le jugement sur les conclusions VI de la requête du 26 juillet 2012 et I de la requête du 23 août 2012 fera l'objet d'une décision séparée (V), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI), déclaré ce prononcé immédiatement exécutoire nonobstant appel (VII) et dit que les frais et les dépens suivent le sort de la cause (VIII).

En droit le premier juge a considéré qu'il convenait d'attribuer la garde des enfants N.G._____ et O.G._____ à leur mère, dès lors que celle-ci était femme au foyer et disposait de davantage de temps que son époux, enseignant et étudiant. Cela étant, les parties étant en procédure de divorce et l'attribution de la garde des enfants dans la procédure au fond demeurant incertaine, le premier juge a estimé que les enfants ne devaient pas déménager à Neuchâtel comme le projetait leur mère, ce d'autant plus que le concubin de celle-ci n'excluait pas de quitter son travail actuel dans cette ville si une opportunité dans l'hôtellerie de luxe

se présentait. S'agissant du droit de visite du père, celui-ci aurait ses enfants auprès de lui deux fois par mois du mercredi après-midi au dimanche, ainsi que la moitié des vacances scolaires, le système de garde alternée, que les parties appliquaient dans les faits, ne pouvant plus être maintenu dès lors que l'accord d'un des parents faisait désormais défaut.

B. a) Par acte du 21 décembre 2012, remis à la poste le même jour, A.G._____, représenté par l'avocate Irène Wettstein Martin, a interjeté appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal contre cette ordonnance de mesures provisionnelles en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme aux chiffres I et IV de son dispositif en ce sens que la garde des enfants N.G._____, née le [...] 2011 (recte : 2001), et O.G._____, né le [...] 2004, soit attribuée de manière conjointe entre A.G._____, né le [...] 1981 et B.G._____ le [...] 1983, la garde étant exercée en alternance entre les parents, de semaine en semaine, soit du lundi matin au lundi matin suivant, subsidiairement en ce sens que A.G._____ bénéficiera d'un droit de visite sur ses enfants N.G._____, née le [...] 2011 (recte : 2001), et O.G._____, né le [...] 2004, une semaine sur deux du lundi matin au lundi matin suivant.

Le mari conteste principalement l'attribution de la garde à son épouse, soutenant qu'il convient de maintenir le principe de la garde alternée (mémoire d'appel 1, pp. 2-4). Subsidiairement, il conteste les modalités du droit de visite telles que fixées par le premier juge, en réclamant un droit de visite équivalant à une garde alternée (mémoire d'appel 1, p. 5).

Par décision du 5 février 2013, le mari a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, avec effet au 30 janvier 2013.

Une réponse à l'appel du mari n'a pas été demandée.

b) Par acte du 24 décembre 2012, remis à la poste le même jour, B.G._____, représentée par l'avocat Matthieu Genillod, a également

interjeté appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal contre cette ordonnance de mesures provisionnelles, en concluant avec suite de frais et dépens à sa réforme en ce sens que les chiffres II et III de son dispositif soient annulés et le chiffre IV modifié en ce sens qu'un libre et large droit de visite est octroyé à A.G._____ sur ses enfants N.G._____ et O.G._____, à exercer d'entente avec B.G._____, et qu'à défaut d'entente, A.G._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui trois fins de semaine par mois, du vendredi 18h00 au dimanche 18h00, ainsi que durant la moitié des jours fériés légaux et des vacances scolaires, à charge pour lui d'aller les chercher chez leur mère et de les y ramener.

L'épouse conteste l'interdiction qui lui a été faite par le premier juge de déménager avec ses enfants, couplée avec l'attribution automatique de la garde au mari en cas de mise à exécution de ses projets de déménagement (mémoire d'appel 2, pp. 3-7). Elle conteste en outre les modalités du droit de visite telles que fixées par le premier juge, réclamant que celles-ci soient adaptées au déménagement à Neuchâtel (mémoire d'appel 2, p. 8). Elle a sollicité la fixation de débats publics afin de requérir et obtenir l'assignation de témoins dont l'audition devrait notamment établir, pour autant que de besoin, la pérennité de l'emploi de son concubin à Neuchâtel.

Par décision du 8 février 2013, l'épouse a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, avec effet au 6 février 2013.

Dans sa réponse du 21 mars 2013 à l'appel de l'épouse, le mari a conclu au rejet dudit appel.

c) Les conseils d'office des deux parties ont déposé leurs listes d'opérations et débours les 5 et 9 avril 2013.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. a) A.G._____, né le [...] 1981, et B.G._____ le [...] 1983, se sont mariés le 22 novembre 2001 devant l'officier de l'Etat civil à Yverdon-les-Bains. Deux enfants sont issus de cette union: N.G._____, née le [...] 2001, et O.G._____, né le [...] 2004.

Le premier enfant des époux [...], N.G._____, souffre depuis sa naissance de sérieux problèmes de santé et a dû être hospitalisée à de nombreuses reprises dès son plus jeune âge, et pour de relativement longues périodes, à l'Inselspital à Berne. Cette situation a demandé aux parents une grande disponibilité et un investissement en temps considérable.

b) Les parties vivent séparées depuis plusieurs années déjà. La date exacte de leur séparation, novembre 2006 ou novembre 2007, fait l'objet de discussions. Lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 7 janvier 2009, les parties sont convenues de ce qui suit: (I) les époux [...] vivent séparés pour une durée indéterminée ; (II) la garde sur les enfants [...] et [...] est confiée à B.G._____ ; (III) A.G._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite, d'entente avec la mère ; (IV) A.G._____ contribuera à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension de 800 fr. par mois, allocations familiales en sus, dès et y compris le 1^{er} janvier 2009, les parties se donnant quittance des pensions dues jusqu'au 31 décembre 2008.

c) Le mari est, depuis l'été 2011, enseignant à 71% à Vevey au [...] Il suit parallèlement, en cours d'emploi, une formation à la Haute Ecole Pédagogique. Précédemment, il était aux études, exerçant parallèlement quelques activités accessoires rémunérées.

B.G._____ s'est pour sa part consacrée à l'éducation de ses enfants dès la naissance de N.G._____ en 2001, mettant alors un terme à la formation qu'elle suivait. Elle est actuellement au bénéfice du revenu d'insertion et est la mère d'un troisième enfant, [...], né le [...] 2012, dont le père est son nouveau compagnon, [...]

d) Depuis la séparation, les parties se sont entendues sur l'exercice du droit de visite qui a varié à plusieurs reprises en fonction des circonstances. Dès que A.G._____ a débuté son travail au Collège[...], les enfants ont passé une semaine chez leur mère (du lundi au lundi) et la suivante chez leur père, dont les parents s'occupaient des enfants lorsque celui-ci travaillait.

Le système de garde des enfants semblait fonctionner jusqu'au moment où B.G._____ a fait part à A.G._____ de son projet de déménager, d'abord en Belgique, puis à Neuchâtel, dans le but de pouvoir vivre avec son compagnon actuel qui est le père de son troisième enfant. Après de nombreuses recherches d'emploi dans la région veveysanne, son compagnon a trouvé un emploi à Neuchâtel où il réside depuis le 1^{er} septembre 2012.

2. a) Le 26 juillet 2012, A.G._____ a déposé une demande unilatérale en divorce à l'encontre de B.G._____. A cette même date, il a déposé une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce que la garde des enfants N.G._____ et O.G._____ lui soit attribuée (I), à ce qu'interdiction soit faite à B.G._____ d'emmener les enfants avec elle à l'occasion de son déménagement (II) et à ce que suite à ce déménagement, B.G._____ bénéficie d'un droit de visite sur ses enfants d'un week-end sur deux (III).

Le 27 juillet 2012, la Présidente du Tribunal d'arrondissement a rendu une ordonnance de mesures superprovisionnelles par laquelle elle a interdit à B.G._____ d'emmener les enfants N.G._____ et O.G._____ avec elle à l'occasion de son déménagement, la garde sur les enfants N.G._____ et O.G._____ étant attribuée à leur père A.G._____, en cas d'exécution du projet de déménagement.

b) Le 23 août 2012, B.G._____ a déposé un procédé écrit en concluant à ce que la garde sur les enfants N.G._____ et O.G._____ lui soit attribuée (I), que A.G._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui une fin de semaine sur deux du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00,

un mercredi sur deux de 12h00 à 18h00, la moitié des vacances scolaires et la moitié des jours fériés légaux, alternativement à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne fédéral, à charge pour lui d'aller chercher les enfants là où ils se trouvent, à charge pour lui de les ramener au domicile de leur mère (II), et que A.G._____ à contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, d'un montant de 1'500 fr., allocations familiales non comprises, en mains de B.G._____, dès et y compris le 1^{er} août 2012 (III).

3. a) Lors de l'audience du 29 octobre 2012, le mari a précisé les conclusions de sa requête en ce sens que tant que B.G._____ aura son domicile principal à Vevey, la garde sur les enfants N.G._____ et O.G._____ sera exercée en alternance entre les parents, de semaine en semaine, soit du lundi matin au lundi matin suivant (I), et si B.G._____, devait prendre un domicile hors de Vevey, la garde sur les enfants N.G._____ et O.G._____ sera attribuée au père, la mère exerçant un droit de visite à fixer à dire de justice (II). A titre subsidiaire, le mari a demandé qu'une expertise soit ordonnée, visant à déterminer le lieu de vie des enfants N.G._____ et O.G._____.

Outre les parties, quatre témoins ont été entendus, à savoir [...], ami du mari, [...], compagne de celui-ci, [...], voisine de l'épouse et [...], compagnon de l'épouse.

Ce dernier a notamment déclaré ce qui suit:

" Je suis le compagnon de Mme B.G._____ depuis environ une année et demi. Je suis le père de son futur enfant. J'ai eu l'occasion de croiser M. A.G._____ à quelques reprises. J'ai fait plusieurs recherches d'emplois dans la région, sans succès. J'essaye de reprendre une carrière dans l'hôtellerie de luxe, mais cela ne fonctionne pas. J'ai brassé de plus en plus large. Je voulais améliorer mon statut professionnel car mon emploi l'année passée (au buffet express de la gare de Vevey) était très précaire du point de vue financier. Actuellement je suis mieux payé et j'ai surtout des congés payés qui me permettent de prendre des vacances avec les enfants. J'ai commencé le 1^{er} septembre à Neuchâtel. Actuellement je sous-loue un logement à Neuchâtel. Dès que je suis en congé, je reviens

sur Vevey. Je finis mon travail vers 1 heure du matin. Je n'ai pas de véhicule. Le projet de déménagement a été discuté entre M. et Mme G._____. Avec Mme B.G._____, nous avons évoqué le projet de déménagement avec les enfants. Toutes les décisions concernant la famille sont prises à quatre avec les enfants. A priori les enfants n'étaient pas opposés à un déménagement. Nous leur avons dit qu'ils verraient probablement leur papa moins souvent, mais plus longtemps à l'occasion des vacances scolaires. Nous ne sommes pas allés plus avant dans la discussion, car le but était uniquement de prendre la température.

(...)

Le droit de visite de M. A.G._____ sur ses enfants a évolué depuis que je connais Mme B.G._____. Cela a changé plusieurs fois. Au début, c'était du jeudi au dimanche, puis du lundi au lundi.

J'ignore si Mme B.G._____ avait l'accord de M. A.G._____ pour discuter des projets de déménagement. J'ignore pourquoi M. A.G._____ n'était pas présent lorsque le projet de déménagement a été évoqué devant les enfants.

(...) "

[...], enseignante et voisine de B.G._____, a témoigné des éléments suivants:

" (...) B.G._____ (recte : B.G._____) a mûrement réfléchi son projet de déménagement. Ils ont écouté les enfants par rapport à cette décision. Je sais que le compagnon de Mme B.G._____ a cherché activement à trouver un travail dans la région. Je sais que ce projet de déménagement n'a pas pour but de nuire à M. A.G._____. Mme B.G._____ a réfléchi à diverses possibilités d'adaptation des relations personnelles entre père et enfants.

(...) Pour les enfants, il était important de garder un lien avec leur papa. Pour eux, c'était inimaginable de partir en Belgique au moment où le sujet a été abordé. Le projet de déménagement va évoluer selon moi en fonction du résultat de la décision judiciaire à prendre aujourd'hui. "

Avec l'accord des parties, l'audience a été suspendue.

b) Le 6 septembre 2012, les enfants ont été entendus par la juge déléguée, dont le rapport a été remis aux parties. Les enfants ont dit que le système de garde actuel leur convenait parfaitement et n'ont pas fait état de relations problématiques avec l'un ou l'autre des parents. N.G._____ a en outre exprimé le souhait de maintenir ce rythme de vie.

c) Lors de la reprise d'audience du 19 novembre 2012, les parties ont été une nouvelle fois entendues, ainsi que trois témoins, à savoir [...], mère de l'épouse, [...], père de l'époux et [...], ami de l'époux.

Les parties ont convenu que la question de la contribution d'entretien, objet de la conclusion VI de la requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 26 juillet 2012 et de la conclusion III du procédé écrit et requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles de l'épouse du 23 août 2012, ferait l'objet d'une décision séparée.

En droit :

1. a) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (cf. aussi, pour les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, le renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et donc notamment à l'art. 271 CPC qui prévoit l'application de la procédure sommaire), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

b) En l'espèce, formés en temps utile par des parties qui y ont intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales, tant l'appel du mari que celui de l'épouse sont recevables. Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV).

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43).

3. a) Le premier juge a considéré que la garde sur les enfants N.G._____ et O.G._____ devait être maintenue en faveur de B.G._____, jusqu'au jugement sur le fond, sous réserve de changements majeurs de circonstances (ordonnance entreprise, c. 11 et 12 pp. 14-16). Toutefois, pour éviter d'imposer, suivant l'issue de la cause, de multiples déménagements aux enfants alors que l'autorité parentale et la garde sur les enfants ne sont pas encore fixées de façon définitive, le premier juge a fait interdiction à leur mère B.G._____ de leur faire quitter leur lieu de vie actuel, précisant que si ce dernier élément devait se réaliser, la garde des enfants serait alors attribuée à A.G._____ jusqu'à droit connu sur la procédure au fond, sous réserve d'autres modifications en cours de procès (ordonnance entreprise, c. 13 pp. 16-17).

Cette interdiction faite à l'épouse de déménager avec ses enfants, avec attribution automatique de la garde au mari en cas de déménagement, est contestée par l'épouse, qui d'une part invoque une violation des art. 296 et 307 ss CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210) en tant que la décision entreprise retient que le cas d'espèce concrétiserait l'une des exceptions possibles aux prérogatives du parent titulaire du droit de garde, et d'autre part fait grief au premier juge de s'être écarté de manière contradictoire et arbitraire de la situation actuelle de l'épouse et de son concubin et d'avoir ainsi fondé sa décision sur un état de fait erroné (mémoire d'appel 2, pp. 3-7).

b) La loi ne définit pas l'autorité parentale. La jurisprudence et la doctrine l'appréhendent comme la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur. Il s'agit d'un faisceau de droits et de devoirs des père et mère à l'égard de l'enfant, dont l'étendue varie en fonction de plusieurs facteurs, soit en particulier de l'âge et de la maturité de l'enfant (ATF 136 III 353 c. 3.1 ; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Berne 1999, n. 25.02 ; Vez, Commentaire romand, CC I, Bâle 2010, n. 1 ad art. 296 CC ; Meier/Stettler, Droit de la filiation, Genève 2009, n. 442). Quant au droit de garde, il est une composante de l'autorité parentale. Il comprend en particulier la faculté de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 c. 4a ; 120 la 260 c. 2 et les références citées ; TF 5A_497/2011 c. 2.1.2 ; Schwenzler, Commentaire bâlois, Bâle 2006, n. 10 ad art. 301 CC ; Hegnauer/Meier, Droit suisse de la filiation et de la famille, 4e éd., Berne 1998, n. 26.06 p. 174 ; Stettler, Le droit suisse de la filiation, in Traité de droit privé suisse, vol. III, t. II, Fribourg 1987, p. 247). En cas de vie séparée des père et mère, le domicile légal de l'enfant se trouve auprès de celui des parents auquel le droit de garde a été attribué (art. 25 al. 1 CC). Le droit de choisir le lieu de séjour, élément essentiel du droit de garde, comprend la scolarisation de l'enfant au domicile du parent titulaire du droit de garde (ATF 136 III 353 c. 3.2 ; TF 5A_497/2011 c. 2.1.2 ; TF 5A_369/2012 du 10 août 2012 c. 3.1 ; TF 5A_643/2011 du 22 novembre 2011 c. 5.1.2).

Le titulaire unique du droit de garde peut donc, sous réserve de l'abus de droit – par exemple s'il n'a pas de motif plausible ou si son seul but est de rendre plus difficiles les relations entre l'enfant et l'autre parent –, déménager à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent, le droit de visite devant alors être adapté en conséquence. En cas de menace sérieuse pour le bien de l'enfant, l'autorité tutélaire – respectivement le juge des mesures protectrices ou provisoires (cf. art. 315a al. 1 CC) – peut toutefois interdire le départ à l'étranger, en se fondant sur l'art. 307 al. 3 CC ; le juge peut également attribuer l'autorité parentale à l'autre parent (ATF 136 III 353 c. 3.3, JdT 2010 I 491 ; TF 5A_369/2012 du 10 août 2012 c. 3.1). En règle générale, des difficultés

initiales d'intégration ou de langue ne représentent pas un danger sérieux pour l'intérêt de l'enfant. De telles difficultés sont en effet plus ou moins inhérentes à tout changement de domicile, qu'il s'agisse d'une installation à l'étranger ou dans une autre partie du pays, et se présentent, pour l'essentiel, lorsque non seulement le titulaire du droit de garde, mais aussi l'ensemble de la famille, déménage. La perspective d'un changement d'établissement scolaire ou les limitations de l'exercice du droit de visite résultant inévitablement d'un éloignement géographique du titulaire du droit de garde ne sont pas non plus de nature, en principe, à mettre le bien de l'enfant sérieusement en danger (ATF 136 III 353 c. 3.3 ; JT 2010 I 491 ; TF 5A_643/2011 du 22 novembre 2011 c. 5.1.2).

c) A titre liminaire, il sied de constater que, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, il ne ressort nullement de l'audition du compagnon de B.G._____, [...], dont les propos sont reproduits en pp. 9-10 de l'ordonnance attaquée, ainsi qu'en partie dans le présent arrêt (p. 7), que son emploi à Neuchâtel n'est pas forcément destiné à durer si une opportunité dans son domaine de préférence (hôtellerie de luxe) devait se présenter. Il convient bien plutôt de retenir, sur la base des éléments du dossier, que l'emploi à Neuchâtel, où B.G._____ et [...] entendent s'installer avec leur enfant [...], né le [...] 2012, est à vues humaines pérenne. Cela étant, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête de l'épouse d'ordonner des débats publics afin d'entendre des témoins pour établir la pérennité de l'emploi de [...] à Neuchâtel (cf. mémoire d'appel 2, p. 9), le juge de céans étant en mesure de statuer sur la base du dossier (art. 316 al. 1 CPC).

d) L'épouse a annoncé son intention de déménager avec les enfants – soit d'une part avec les enfants qu'elle a eus avec A.G._____ et d'autre part avec le fils qu'elle a eu avec [...] – à Neuchâtel pour se rapprocher du lieu de travail de ce dernier. Ce projet de déménagement repose sur des motifs objectifs et ne relève manifestement pas de l'abus de droit. En outre, comme le relève à juste titre l'épouse (mémoire d'appel 2, p. 6), la situation dans laquelle se trouvent l'appelante et son compagnon – qui, en raison de ses horaires de travail, a été contraint de

prendre un logement sur Neuchâtel et ne peut rentrer au domicile de l'appelante que durant ses congés - est humainement difficile et occasionne par ailleurs des frais conséquents, notamment de double loyer et de transports, que ce couple indique ne plus pouvoir supporter. De surcroît, la contrainte imposée à l'appelante de ne pas rejoindre avec les enfants communs son compagnon à Neuchâtel ne repose sur aucun danger sérieux qui pèserait sur les enfants N.G._____ et O.G._____, étant précisé que le déménagement projeté n'implique pas un éloignement important avec le père ni l'apprentissage d'une nouvelle langue. Le souci évoqué par le premier juge " d'éviter d'imposer, suivant l'issue de la cause, de multiples déménagements aux enfants alors que l'autorité parentale et la garde sur les enfants ne sont pas encore fixés de façon définitive ", ne saurait justifier, en l'absence de menace sérieuse pour le bien des enfants, une mesure d'interdiction de déplacer le lieu de vie des enfants fondée sur l'art. 307 al. 3 CC. Force est ainsi de constater qu'en subordonnant l'attribution de la garde des enfants à leur mère à la condition que celle-ci demeure à Vevey, le premier juge a porté une atteinte injustifiable au droit de l'appelante de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement des enfants dont elle a la garde. L'ordonnance attaquée ne saurait dès lors être maintenue sur ce point.

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

b) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des

mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC) ; il peut notamment confier la garde des enfants à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire Romand, CC I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; V. Bräm, Commentaire zurichois, Zürich 1998, n. 89 et 101 ad art. 176 CC ; TF 5A_693/2007 du 18 février 2008 c. 5.1).

La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (ATF 136 I 178 c. 5.3 et les réf. citées ; ATF 122 III 401 c. 3b ; TF 5A_693/2010 du 29 décembre 2010, FamPra.ch 2011 no 29 p. 494 ; TF 5A_146/2011 du 7 juin 2011, c. 4.3 ; TF 5A_621/2010 du 8 mars 2011 c. 2.1). Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier, lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont pour le reste similaires (ATF 136 I 178 c. 5.3 et les réf. citées ; TF 5A_146/2011 du 7 juin 2011, c. 4.3 ; TF 5A_621/2010 du 8 mars 2011 c. 2.1).

Le Tribunal fédéral a en outre, à plusieurs reprises, souligné qu'en fonction de l'âge de l'enfant et de son développement, il fallait tenir compte d'un désir clair manifesté par ce dernier, s'il apparaît qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce souhait est le reflet d'une relation étroite avec le parent en question (ATF 122 III 401 c. 3b ; TF

5A_693/2010 du 29 décembre 2010, FamPra.ch 2011 no 29 p. 494). Dans le cadre d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas arbitraire de tenir compte du fait que l'une des parties se soit principalement occupée des enfants durant la vie commune (TF 5P_103/2004 du 7 juillet 2004). Finalement, c'est selon ces critères que s'apprécient les autres aspects, tels que le principe selon lequel le juge évite en règle générale de séparer des fratries, afin de maintenir les liens d'affection qui les unissent et de conserver les avantages que présente une éducation faite en commun, ou encore, la collaboration d'un des parents avec l'autre dans l'intérêt de l'enfant (TF 5A_94/2010 du 27 mai 2010, FamPra.ch 2010 no 57 p. 726 ; Juge délégué CACI 9 janvier 2012/7 c. 2.2).

c) La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois (TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1 ; TF 5C.42/2001 du 18 mai 2001 c. 3a et les auteurs cités, publié in SJ 2001 I 407 et FamPra.ch 2001 p. 823). Selon la jurisprudence, l'instauration d'une garde alternée s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et, partant, suppose l'accord des deux parents (TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1 ; TF 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 c. 4.2, publié in FamPra.ch 2009 p. 238 ; TF 5P.103/2004 du 7 juillet 2004 c. 2.4.3.1 ; TF 5P.173/2001 du 28 août 2001 c. 7a, publié in FamPra.ch 2002 p. 163, 165 ; TF 5C.42/2001 du 18 mai 2001 c. 3, publié in SJ 2001 I 408 c. 3b in fine et les citations ; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 c. 2.1.3 et les références citées). Au demeurant, l'admissibilité d'une garde alternée doit être appréciée sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et dépend, entre autres conditions, de la capacité de coopération des parents (TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1 ; TF 5A_645/2008 du 27 août 2009 c. 6).

d) En l'espèce, les conditions de l'instauration d'une garde alternée, telle que sollicitée par le mari, ne sont clairement pas réalisées,

comme l'a relevé à raison le premier juge (ordonnance entreprise, c. 15 p. 18).

Certes, les parents exercent conjointement l'autorité parentale. Toutefois, l'accord des deux parents quant au principe de la garde alternée fait défaut. En effet, l'épouse - quand bien même, comme titulaire du droit de garde, elle avait accepté dans les faits l'exercice d'une garde alternée tant qu'elle habitait à Vevey - s'oppose à l'instauration d'une garde alternée eu égard à son prochain déménagement à Neuchâtel. Cette seule opposition suffit à faire obstacle à l'instauration de la garde alternée.

Au demeurant, même si les parties étaient d'accord sur le principe de la garde alternée, il est encore nécessaire que leur capacité de coopération apparaisse suffisante afin d'organiser cette garde. Si tel semblait être le cas lorsque les deux parents vivaient à Vevey, il n'en va plus nécessairement de même du moment où l'épouse déménage à Neuchâtel, en raison des difficultés liées à l'éloignement. Force est d'ailleurs de constater qu'en raison de cet éloignement, une garde alternée n'apparaît pas envisageable en pratique pour des enfants en âge scolaire (N.G._____ est née le 28 novembre 2001 et O.G._____ est né le 23 mai 2004). En effet, il n'est pas concevable que les enfants soient scolarisés dans deux établissements ou qu'ils fassent les trajets en semaine pour se rendre à l'école. Au surplus, les difficultés pouvant résulter de l'organisation d'une garde alternée sans entente des parents et, en particulier, les tensions pouvant en découler sont contraires à l'intérêt des enfants, ce point demeurant le critère fondamental. Le fait que les enfants aient émis le désir de continuer de voir leurs parents une semaine chacun n'y change rien dès lors que ce système ne peut perdurer en raison de contingences géographiques et des difficultés en découlant.

Du moment qu'il y a ainsi lieu d'accorder la garde exclusive des enfants à l'un des parents, l'appréciation qui a conduit le premier juge à maintenir l'attribution de la garde à la mère (ordonnance entreprise, c. 11-12 pp. 14-16), à savoir que celle-ci, ne travaillant pas, dispose de

davantage de temps à consacrer aux enfants que son époux qui enseigne à 71 % et étudie, ne peut qu'être partagée. Contrairement à ce que fait valoir le mari dans son appel (mémoire d'appel 1, pp. 3-4), la naissance d'un nouvel enfant ne change rien à cette appréciation. A supposer que son épouse puisse être fatiguée par la prise en charge du nouveau-né, il n'en demeure pas moins qu'elle dispose de tout son temps pour s'occuper des enfants contrairement au mari qui, bien que bénéficiant d'un horaire professionnel correspondant à l'horaire scolaire, travaille à 71% et étudie en parallèle. Au surplus, même si celui-ci ne le mentionne pas, il est vraisemblable que la préparation de ses cours et le suivi de ses études occupent une partie de son temps libre. D'ailleurs, il ressort du dossier que lorsque les enfants vivaient une semaine sur deux auprès de lui, il devait avoir parfois recours à ses parents pour s'en occuper en raison de son travail.

5. a) Il reste ainsi à résoudre la question des modalités du droit de visite.

Sur ce point, le mari conteste les modalités du droit de visite telles que fixées par le premier juge et réclame un droit de visite équivalant à une garde alternée (mémoire d'appel 1, p. 5). L'épouse conteste également les modalités du droit de visite telles que fixées par le premier juge, réclamant que celles-ci soient adaptées au déménagement à Neuchâtel (mémoire d'appel 2, p. 8).

b) Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, le parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Le droit aux relations personnelles est considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (ATF 131 III 209 c. 5 p. 212 ss ; 127 III 295 c. 4a p. 298 ; 123 III 445 c. 3b p. 451) ; dans chaque cas, la décision doit donc être prise de manière à répondre le mieux possible aux besoins de l'enfant (ATF 117 II 353 c. 3 p. 354 ss ; 115 II 206 c. 4a p. 209 et 317 c. 2 p. 319),

l'intérêt des parents étant relégué à l'arrière-plan (TF 5A_188/2012 du 15 mai 2012 c. 6.1).

c) En l'espèce, le mari estime que les relations personnelles seraient trop réduites en comparaison à la situation actuelle et pénaliseraient en fin de compte ses enfants. Comme on l'a vu précédemment en ce qui concerne la garde partagée (cf. supra c. 4d), l'intérêt des enfants, qui seront prochainement scolarisés à Neuchâtel, s'oppose à ce qu'ils vivent en semaine à Vevey. Le droit de visite tel que proposé par le mari ne peut être accordé dès lors qu'il ne peut pas être mis en œuvre en raison des difficultés liées à l'éloignement. Cela étant, le droit de visite ne pourra être exercé que durant les jours pendant lesquels les enfants ne vont pas à l'école, à savoir durant les week-ends et les vacances.

Par ailleurs, la jurisprudence (ATF 136 I 178 c. 5.3) à laquelle se réfère le mari pour soutenir que la meilleure solution est celle de la stabilité n'est pas pertinente en l'espèce, puisqu'elle traite de l'attribution du droit de garde et qu'il en ressort, en substance, que lorsque les capacités éducatives des parents sont équivalentes, la meilleure solution est de confier la garde au parent qui s'est le plus occupé de l'enfant avant la séparation.

L'argumentation de l'épouse apparaît en revanche bien fondée. En effet, la fixation du droit de visite doit tenir compte du prochain déménagement à Neuchâtel, ce que ne fait pas l'ordonnance attaquée, qui prévoit notamment que A.G. _____ puisse avoir ses enfants auprès de lui, à défaut d'entente avec la mère, deux fois par mois du mercredi après l'école au dimanche soir. Ces modalités ne sont effectivement pas adaptées à la scolarisation des enfants à Neuchâtel puisqu'elles impliquent qu'ils dorment en semaine chez leur père à Vevey, soit à environ une heure de trajet de Neuchâtel.

L'épouse expose dans son appel qu'elle s'est toujours efforcée de maintenir un lien fort entre le père et les deux enfants, qu'elle a ainsi

notamment favorisé l'exercice d'un libre et large droit de visite depuis le début de la séparation et qu'elle entend, dans l'intérêt bien compris de ses enfants, continuer dans cette direction et permettre à son époux de voir régulièrement ces derniers nonobstant l'éloignement géographique, certes limité. Elle propose ainsi que son mari puisse avoir auprès de lui les enfants N.G._____ et O.G._____ à raison d'un libre et large droit de visite qui s'exercerait, à défaut d'entente, à raison de trois fins de semaine par mois du vendredi 18h00 au dimanche 18h00, ainsi que durant la moitié des jours fériés légaux et la moitié des vacances scolaires. Elle précise en outre qu'elle n'est pas opposée par principe à l'exercice d'un droit de visite en semaine, par exemple un mercredi après-midi sur deux, mais que cette question devrait encore être discutée avec son mari.

Le régime proposé par l'épouse est de nature à assurer l'exercice d'un droit aux relations personnelles adapté tant au besoin des enfants qu'au droit du mari puisque celui-ci pourra bénéficier de la présence de ses enfants à raison de trois week-ends par mois ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, soit durant une grande partie de son temps libre, ce qui lui permettra de s'en occuper personnellement et ainsi de maintenir la bonne relation qui existe entre lui et ses enfants.

Ce régime doit donc être adopté et l'ordonnance attaquée réformée dans ce sens.

6. a) Il résulte de ce qui précède que l'appel de A.G._____ doit être rejeté, tandis que l'appel de B.G._____ doit être admis. L'ordonnance sera réformée en ce sens que les chiffres II et III de son dispositif seront supprimés (cf. c. 3 supra) et que A.G._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur ses enfants N.G._____ et O.G._____, ce droit s'exerçant, à défaut d'entente avec B.G._____, à raison de trois fins de semaine par mois du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires et, alternativement, à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne fédéral, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener (cf. c. 5 supra).

b) Dès lors que l'appel du mari, au bénéfice de l'assistance judiciaire, doit être rejeté, son conseil d'office sera rémunéré équitablement par l'Etat (art. 122 al. 1 let. a CPC) et les frais judiciaires de deuxième instance afférents à son appel, qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

c) L'appel de l'épouse étant admis, les frais judiciaires afférents à cet appel, arrêtés également à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC), seront laissés à la charge de l'Etat dès lors qu'ils ne peuvent être mis à la charge du mari qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC). Celui-ci versera en revanche à l'épouse une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 9 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6] ; art. 122 al. 1 let. d CPC).

d) Pour le cas où ces dépens ne pourraient pas être obtenus de la partie adverse, il y a lieu de fixer l'indemnité d'office de Me Genillod. Celui-ci a indiqué avoir consacré 9 heures 15 à la procédure d'appel et supporté 25 fr. de débours, ce qui paraît justifié au vu des opérations nécessaires à la conduite de la procédure d'appel (art. 3 al. 2 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]). Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ), l'indemnité d'office de Me Genillod sera arrêtée à 1'825 fr. 20, TVA et débours compris.

Dans sa liste des opérations et débours du 9 avril 2013, Me Wettstein Martin, conseil du mari, indique avoir consacré 8 heures 59 à la procédure d'appel et supporté 227 fr. de débours. Si le temps consacré paraît justifié au vu des opérations accomplies, à savoir principalement un mémoire d'appel et un mémoire de réponse, le montant des débours allégués, qui comprennent notamment 160 photocopies à 1 fr., est excessif et un forfait de 100 fr. est suffisant pour couvrir les débours annoncés. En tenant compte de 9 heures de travail au tarif de 180 fr. (art.

2 al. 1 let. a RAJ) et d'un montant de 100 fr. à titre de débours, l'indemnité de Me Wettstein Martin sera arrêtée à 1'857 fr. 60, TVA et débours compris.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,

le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,

prononce :

- I. L'appel de A.G. _____ est rejeté.
- II. L'appel de B.G. _____, est admis.
- III. L'ordonnance est réformée comme suit aux chiffres II à IV de son dispositif :

II. supprimé.

III. supprimé.

IV. fixe un libre et large droit de visite à A.G. _____ sur ses enfants N.G. _____ et O.G. _____, à exercer d'entente avec B.G. _____, et dit qu'à défaut d'entente, A.G. _____ pourra avoir ses enfants auprès de lui à raison de trois fins de semaine par mois du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires et, alternativement, à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne fédéral, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener.

Elle est confirmée pour le surplus.

- IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs) pour A.G. _____, sont laissés à la charge de l'Etat.
- V. A.G. _____ versera à B.G. _____ une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

- VI.** L'indemnité d'office de Me Irène Wettstein Martin, conseil de l'appelant A.G._____, est arrêtée 1'857 fr. 60 (mille huit cent cinquante-sept francs et soixante centimes), TVA et débours compris.
- VII.** L'indemnité d'office de Me Matthieu Genillod, conseil de l'appelante B.G._____, est arrêtée à 1'825 fr. 20 (mille huit cent vingt-cinq francs et vingt centimes), TVA et débours compris.
- VIII.** Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

IX. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Irène Wettstein Martin (pour A.G. _____),
- Me Matthieu Genillod (pour B.G. _____).

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :