

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 3 mai 2012

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffière : Mme Bertholet

Art. 134, 308 al. 1 et 2, 311 CC; 276 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.B.**_____, à Rolle, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 14 février 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.B.**_____, à Rolle, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 14 février 2012, communiquée aux parties le même jour et distribuée le lendemain, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 16 novembre 2011 par A.B. _____ (I), mis fin, à titre provisoire, au mandat de curateur au sens des art. 308 al. 1 et 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) du Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) sur les enfants [...] et [...] (II), fixé les frais de la procédure provisionnelle (III) et dit que les dépens de la procédure provisionnelle suivront le sort de la cause au fond (IV).

En droit, le premier juge a retenu que le requérant réalisait un revenu mensuel net de 1'306 fr. 85 pour son activité auprès de l'Ecole [...] et de 3'392 fr. 65 pour celle auprès du Collège [...] et que, cette dernière activité devant s'achever le 14 mars 2012, il percevrait, à défaut d'en retrouver une autre, un revenu mensuel maximal de 3'723 fr. 70, soit son salaire de l'Ecole [...] complété par ses indemnités de chômage. S'agissant de ses charges mensuelles, le premier juge a constaté qu'elles s'élevaient à 3'898 fr. 15. Considérant que le requérant limitait ses recherches d'emploi à l'enseignement de niveau post-obligatoire, sans les étendre ni à l'enseignement d'autres niveaux, tel que le secondaire obligatoire, ni à d'autres domaines, tels que le fiduciaire ou l'import-export, alors même qu'il est au bénéfice d'une formation en sciences économiques, économie publique et planification, le premier juge a retenu qu'il n'avait pas fait tout ce que l'on pouvait exiger de lui pour retrouver un emploi stable et à plein temps. Il lui a par conséquent imputé un revenu hypothétique, fixé à 6'200 fr., le mettant en mesure de continuer à payer les pensions dues pour ses enfants, s'élevant au total à 2'300 francs.

B. Par acte du 27 février 2012, A.B. _____ a fait appel de cette ordonnance concluant, avec suite de frais et dépens, à l'admission de

l'appel (I), à ce que l'autorité parentale et la garde sur les enfants soient retirées avec effet immédiat à leur mère (II), à ce que l'autorité parentale et la garde sur les enfants soient confiées au SPJ (III), à ce que les enfants fassent l'objet d'un placement immédiat devant permettre la mise en œuvre d'une thérapie familiale (IV), à ce que la contribution aux frais d'entretien et d'éducation de ses enfants soit suspendue à compter du 1^{er} octobre 2011 (V) et à ce qu'interdiction immédiate soit faite à B.B._____, sous menace de la peine prévue par l'art. 292 CP (Code pénal du 21 décembre 1937; RS 311.0) d'emmener les enfants hors du territoire suisse jusqu'à droit connu (VI). L'appelant a requis qu'il soit statué à titre préprovisionnel sur les conclusions V et VI. Il a produit un bordereau de pièces.

Par décision du 8 mars 2012, le juge délégué de la Cour de céans a prononcé l'irrecevabilité des mesures requises à titre préprovisionnel et refusé d'ordonner l'effet suspensif jusqu'à droit connu sur l'appel.

Par décisions du 16 et du 26 mars 2012, le juge délégué de la Cour de céans a accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel, respectivement à l'appelant et à l'intimée.

Le 27 mars 2012, le SPJ s'est déterminé sur l'appel précité en concluant à son rejet.

Dans sa réponse du 29 mars 2012, B.B._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel. Elle a produit un bordereau de pièces et requis l'audition de deux témoins ainsi que la production en mains de l'appelant de la convention conclue avec l'Institut [...] à la suite de son licenciement (pièce requise 151).

Dans sa réponse du même jour, Me Stéphanie Cacciatore, en sa qualité de curatrice des enfants [...] et [...], a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel. Elle a requis l'audition de deux témoins.

Le 2 avril 2012, le juge délégué de la Cour de céans a ordonné la production en mains de l'appelant de la pièce requise 151 et rejeté les autres réquisitions de preuve de l'intimée et de Me Cacciatore.

Le 3 avril 2012, l'appelant a produit la pièce requise 151.

Lors de l'audience d'appel du 19 avril 2012, l'appelant a retiré les conclusions IV et VI de son appel et réduit ses conclusions II et III en ce sens que la garde sur ses enfants peut rester confiée à leur mère, seule l'autorité parentale lui étant retirée et confiée au SPJ.

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

1. A.B._____, né le [...] 1959, requérant, et B.B._____ le [...] 1959, intimée, tous deux de nationalité française, se sont mariés le [...] 1992 à Paris (France). Ils sont les parents de deux enfants, [...], né le [...] 1995, et [...], né le [...] 2000.

Par jugement du 30 juillet 2008, le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a prononcé le divorce des parties et, entre autres, a attribué l'autorité parentale et la garde des enfants [...] et [...] à leur mère, a fixé le droit de visite du père sur ses fils, soit un week-end sur deux du vendredi soir à 18 heures au dimanche soir à 18 heures, tous les mercredis dès la sortie de l'école jusqu'à 18 heures et la moitié des vacances scolaires, a dit que le requérant contribuerait aux frais d'entretien et d'éducation de ses enfants par le régulier versement pour chacun d'eux d'une pension mensuelle, allocations familiales non comprises et dues en sus, de 1'000 fr. jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de dix ans révolus, 1'100 fr. dès lors et jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de quatorze ans révolus, et 1'200 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de l'enfant ou jusqu'au terme de sa formation professionnelle, et a dit que le requérant contribuerait à l'entretien de l'intimée par le régulier

versement d'une pension mensuelle de 500 fr. jusqu'au mois de janvier 2016 inclus.

Par arrêt du 16 mars 2009, sur recours du requérant, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a instauré une curatelle éducative et de surveillance du droit de visite au sens des art. 308 al. 1 et 2 CC en faveur des enfants [...] et [...].

Le 15 juin 2009, la Justice de paix du district de Nyon, prenant acte de cet arrêt, a désigné le SPJ en qualité de curateur, avec mission d'assister les parents de ses conseils et de son appui dans le soin des enfants, de veiller au bon déroulement du droit de visite du père et de renseigner l'autorité tutélaire sur l'évolution de la situation.

Par décision du 6 septembre 2010, la Justice de paix du district de Nyon a levé la mesure de curatelle d'assistance éducative en faveur des enfants [...] et [...], a relevé le SPJ de son mandat de curateur au sens de l'art. 308 al. 1 CC, a maintenu la mesure de curatelle de surveillance du droit de visite et a confirmé le SPJ dans son mandat de curateur des enfants précités au sens de l'art. 308 al. 2 CC.

Par arrêt du 17 février 2011, la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal a admis le recours interjeté par le requérant contre la décision susmentionnée et l'a réformée aux chiffres I et II de son dispositif en ce sens que la mesure de curatelle éducative en faveur des enfants [...] et [...] est maintenue et que le mandat de curateur du SPJ au sens de l'art. 308 al. 1 CC est confirmé.

2. Par demande du 29 septembre 2009, le requérant a conclu, avec suite de frais et dépens, à la modification du jugement de divorce en ce sens que, dès le 1^{er} septembre 2009, il contribuerait à l'entretien de ses enfants [...] et [...] par le régulier versement pour chacun d'eux d'une pension mensuelle, allocations familiales non comprises et dues en sus, de 730 fr. jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de dix ans révolus, 800 fr. dès lors et jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de quatorze ans révolus,

et 880 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de l'enfant ou jusqu'au terme de sa formation professionnelle.

Dans sa réponse du 13 janvier 2010, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande et, reconventionnellement, à la modification du jugement de divorce en ce sens que le requérant s'acquitterait de la moitié des frais d'orthodontie, de dentiste et autres activités parascolaires.

Par ordonnance du 19 avril 2010, le premier juge a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée le 17 décembre 2009 par le requérant, dont les conclusions étaient les mêmes que celles de sa demande en modification de jugement de divorce du 29 septembre 2009.

Par requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles d'extrême urgence du 14 octobre 2010, Me Cacciatore, représentant les enfants [...] et [...], a conclu à la suspension avec effet immédiat de tout droit de visite du requérant sur ses enfants, à ce qu'interdiction lui soit faite, sous menace de la peine prévue par l'art. 292 CP, de prendre contact par n'importe quel moyen que ce soit et de s'approcher à moins de deux cents mètres des enfants.

Par ordonnance du 15 octobre 2010, le premier juge a fait droit à la requête de mesures préprovisionnelles d'extrême urgence et nommé provisoirement Me Cacciatore en qualité de curatrice des enfants précités.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 29 novembre 2010, les parties ont signé une convention, ratifiée séance tenante par le premier juge pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, aux termes de laquelle elles se sont notamment entendues pour dire que la reprise des relations personnelles des enfants [...] et [...] avec leur père devrait se faire progressivement, d'abord par le biais d'un thérapeute (I), que le SPJ prendrait les contacts nécessaires afin de proposer un thérapeute susceptible d'effectuer ce travail (II) et que, dans l'attente de la mise en place de ces consultations, la présente procédure était

suspendue, étant précisé que formellement le droit de visite du requérant restait suspendu en tant que tel et que la curatrice des enfants retirait sa conclusion en interdiction pour le requérant de prendre contact avec ses enfants (III).

Par décision du 1^{er} décembre 2010, la Justice de paix du district de Nyon a désigné Me Cacciatore en qualité de curatrice de représentation au sens de l'art. 146 CC des enfants [...] et [...] avec pour mission de les représenter dans le cadre de la procédure en modification du jugement de divorce.

3. Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 16 novembre 2011, le requérant a, sous suite de frais et dépens, conclu à ce que, dès le 1^{er} octobre 2011, la contribution d'entretien en faveur de ses enfants [...] et [...] soit suspendue, la situation étant revue dès amélioration de sa situation financière.

Par décision du 25 novembre 2011, le premier juge a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles précitée.

Dans son procédé écrit du 4 janvier 2012, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles et, subsidiairement, en cas d'admission partielle de cette requête, à ce que le requérant contribue à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension fixée à dires de justice.

Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 13 décembre 2011, Me Cacciatore a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'interdiction soit faite au requérant de s'approcher à moins de cent mètres de ses enfants, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP.

Le 14 décembre 2011, le requérant et l'intimée se sont déterminés sur la requête de Me Cacciatore.

Par décision du 16 décembre 2011, le premier juge a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles précitée.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 25 janvier 2012, il a été procédé à l'audition des parties, des témoins [...], psychiatre de l'enfant aîné, [...], psychologue de l'enfant cadet et [...], psychiatre de l'intimée, de Me Cacciatore, et de M. [...], pour le SPJ.

Les parties ont signé la convention partielle suivante, laquelle a été ratifiée séance tenante par le premier juge pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles:

I. Afin de favoriser une éventuelle reprise des relations personnelles entre A.B._____ et ses enfants, parties s'entendent pour dire qu'à ce stade de la procédure, il convient de soumettre A.B._____ à une expertise psychiatrique, dont le but sera de dresser sa structure de personnalité et son profil psychologique, d'examiner ses compétences parentales et cas échéant de suggérer toute voie pour une reprise de relations avec ses enfants.

Parties conviennent que le président interpellera le Centre d'Expertises psychiatriques du CHUV pour qu'un expert psychiatre adulte soit suggéré. La proposition sera soumise aux parties.

II. Selon les conclusions du rapport d'expertise mentionné sous chiffre I, B.B._____ s'engage à se soumettre elle aussi à une expertise du même type."

Toujours lors de cette audience, Me Cacciatore a retiré ses conclusions provisionnelles tendant à l'interdiction du requérant de s'approcher de ses enfants. L'intimée a encore précisé la conclusion subsidiaire de son procédé écrit du 4 janvier 2012 en ce sens que le requérant contribuerait à l'entretien de ses enfants par le régulier versement, en faveur de chacun d'eux, d'une contribution de 1'000 francs. Me Cacciatore s'en est remis à justice sur cette question.

En droit :

1. a) L'ordonnance querellée ayant été communiquée aux parties le 14 février 2012, les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les causes portant sur le droit de la famille qui, comme en l'espèce, ne concernent pas uniquement les aspects financiers du divorce ou de sa modification ne sont pas patrimoniales (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 12 ad art. 308 CPC, p. 1243). Partant, la voie de l'appel est ouverte.

c) Les ordonnances de mesures provisionnelles sont régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales. Par conséquent, l'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel, en l'occurrence la Cour d'appel civile dont un membre statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]) dans les dix jours à compter de la notification de la motivation (art. 239 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), le présent appel est recevable à la forme.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe

général de l'art. 57 CPC (Jeandin, op. cit., nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, p. 1249 s.). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC, p. 1265). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les références citées). La jurisprudence de la Cour de céans considère que ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, mais pas à ceux relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43).

En l'espèce, l'appelant a produit deux courriers du 15 septembre 2011 adressés respectivement au Dr. [...] et au Dr. [...] (pièces 1 et 2), ainsi qu'une liasse de documents relatifs à ses recherches d'emploi (pièce 3). Pour sa part, l'intimée a produit deux courriers de la [...] adressés les 30 juin 2011 et 16 août 2010 à l'appelant (pièces 101 et 102) et un courrier de la [...] du Canton de Genève adressé le 9 décembre 2011 à l'appelant (pièce 103).

Dès lors que la cause porte sur la situation d'enfants mineurs, elle est soumise aux maximes inquisitoire illimitée et d'office. Les pièces produites par les parties sont dès lors recevables, dans la mesure où elles ne figuraient pas déjà au dossier de première instance.

c) Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC). Cette limitation ne vaut pas lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz /Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2010, n. 76 ad art. 317 CPC, p. 2056 s.).

3. a) L'appelant conclut en premier lieu à ce que l'autorité parentale sur les enfants [...] et [...] soit retirée à leur mère et confiée au SPJ. Il se plaint en substance d'une rupture des relations personnelles avec ses enfants qu'il impute à l'attitude de l'intimée.

b) La modification d'un jugement de divorce sur la question du sort des enfants est régie par l'art. 134 CC (art. 284 al. 1 CPC). Aux termes de l'art. 284 al. 3 CPC, la procédure de divorce sur requête unilatérale s'applique par analogie à la procédure contentieuse de modification. Le Code de procédure civile ne règle pas expressément la question des mesures provisionnelles dans le cadre d'une telle procédure. Toutefois, en tant que disposition générale de la procédure de divorce (art. 271 ss CPC), l'art. 276 CPC relatif aux mesures provisionnelles devrait également s'appliquer par analogie dans le cadre d'une procédure en modification de jugement de divorce (Sutter-Somm/Seiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2010, n. 32 ad art. 284 CPC, p. 1671 s.; van der Graaf, in Kurzkomentar ZPO, Bâle 2010, n. 6 ad art. 284 CPC, p. 1099; Siehr, in Basler Kommentar, Bâle 2010, n. 8 ad art. 284 CPC, p. 1384; Schwenger, FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, Berne 2011, n. 52 ad art. 129 CC, p. 318; contra Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 8 ad art. 276 CPC, p. 1088, qui considère que les procédures en divorce et en modification de divorce présentent des différences telles qu'il serait plus satisfaisant de soumettre les mesures provisionnelles requises en cas de modification du jugement de divorce aux règles ordinaires concernant la

protection provisionnelle, notamment les art. 261 ss CPC). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile reste inchangée. Selon celle-ci, les mesures provisionnelles requises dans le cadre d'un procès en modification du jugement de divorce ne sont admises qu'en cas d'urgence et en présence de circonstances particulières (ATF 118 II 228 c. 3b et les arrêts cités; Tappy, op. cit., n. 8 ad art. 276 CPC, p. 1088).

Aux termes des art. 134 al. 3 2^{ème} phrase et 315b al. 1 ch. 2 CC, le juge matrimonial est compétent pour statuer sur une modification litigieuse de l'attribution de l'autorité parentale (Meier, in Commentaire romand, Bâle 2010, n. 28 ad art. 315 à 315b CC, p. 1956). Par attraction de compétence, il est également compétent pour statuer sur le prononcé ou la modification de mesures de protection (Meier, op. cit., n. 31 ad art. 315 à 315b CC, p. 1958).

Selon l'art. 311 al. 1 CC, le retrait de l'autorité parentale est prononcé, lorsque d'autres mesures de protection de l'enfant sont demeurées sans résultat ou paraissent d'emblée insuffisantes, lorsque, pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence ou d'autres motifs analogues, les père et mère ne sont pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale (ch. 1) ou lorsque les père et mère ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou qu'ils ont manqué gravement à leurs devoirs envers lui (ch. 2).

Selon la jurisprudence, il faut se montrer particulièrement rigoureux dans l'appréciation des circonstances, puisque le retrait de l'autorité parentale, qui équivaut à la perte d'un droit élémentaire de la personnalité, n'est admissible que si d'autres mesures pour prévenir le danger que court l'enfant – à savoir les mesures protectrices (art. 307 CC), la curatelle d'assistance (art. 308 CC) et le retrait du droit de garde (art. 310 CC) – sont d'emblée insuffisantes. Le principe de la proportionnalité de l'intervention commande une attention particulière (TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006 c. 3.1; ATF 119 II 9 c. 4a et les références citées). Lorsque les parents n'arrivent pas à remplir leurs devoirs découlant des art. 301 à 306

CC, il suffit de leur retirer la garde de l'enfant; pour le retrait de l'autorité parentale, il faut en revanche un motif supplémentaire, tel qu'une maladie psychique, une infirmité, une faiblesse intellectuelle ou l'incapacité de participer à l'éducation donnée à l'enfant par des tiers en raison d'absence sans possibilités de contacts réguliers (TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006 c. 3.1).

c) En l'espèce, l'autorité parentale et la garde sur les enfants [...] et [...] ont été confiées à l'intimée par jugement de divorce du 30 juillet 2008. Lors de l'audience d'appel, l'intimée a déclaré que les deux enfants se portaient bien tant sur plan scolaire, que sur le plan social et familial. Tous deux sont suivis, l'aîné de manière ponctuelle par un psychiatre et le cadet régulièrement tous les quinze jours par un psychologue. L'appelant et Me Cacciatore, curatrice des enfants, ont confirmé le tableau de la situation dressé par l'intimée. Il ressort également des déterminations du 27 mars 2012 du SPJ que les deux enfants vont bien en dépit de l'absence de relations personnelles avec leur père et qu'ils ne sont pas mis en danger dans leur développement. Au regard de ce qui précède, il est manifeste que les conditions permettant de prononcer un retrait de l'autorité parentale ne sont pas réalisées en l'espèce. L'appelant n'allègue, ni ne démontre que l'intimée ne serait pas ou plus en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale en raison de l'un des motifs énoncés par l'art. 311 al. 1 ch. 1 CC, pas plus qu'elle ne se serait pas souciée d'eux. De même, il n'établit pas que d'autres mesures de protection sont demeurées sans résultat ou semblent d'emblée insuffisantes.

Le moyen de l'appelant doit par conséquent être rejeté.

d) Dès lors que l'objectif visé par l'appelant consiste en un rétablissement des relations personnelles avec ses deux enfants, la question se pose de savoir si le rétablissement du mandat de curateur au sens des art. 308 al. 1 et 2 CC du SPJ sur les enfants [...] et [...] serait à même d'atteindre ce but.

S'agissant de la mesure prévue par l'art. 308 al. 1 CC, se fondant sur le constat du SPJ selon lequel aucune action socio-éducative n'avait pu être mise en place depuis mai 2010 afin d'améliorer le dialogue entre les deux parents et sur le fait que les deux enfants étaient désormais suivis par un thérapeute, le premier juge a considéré que la curatelle d'assistance éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC confiée au SPJ n'avait plus de raison d'être.

Dans un arrêt antérieur du 17 février 2011, la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal avait maintenu la mesure de curatelle éducative en faveur des enfants [...] et [...] et confirmé le SPJ dans son mandat de curateur au sens de l'art. 308 al. 1 CC. En substance, cette autorité avait relevé que le conflit entre les parents était encore bien présent, qu'il perturbait l'exercice du droit de visite et était de nature à menacer le développement des enfants. La Chambre des tutelles avait notamment souligné que le SPJ ne pouvait prétendre obtenir la levée de cette mesure de protection pour le motif que la mère des deux enfants s'opposait à toute collaboration, l'ayant ainsi empêché de mettre en place toute action socio-éducative.

L'art. 308 al. 1 CC dispose que lorsque les circonstances l'exigent, l'autorité tutélaire nomme à l'enfant un curateur qui assiste les père et mère de ses conseils et de son appui dans le soin de l'enfant. La curatelle éducative au sens de l'art. 308 CC va plus loin que la simple surveillance de l'éducation au sens de l'art. 307 al. 3 CC, en ce sens que le curateur ne se borne pas à exercer une surveillance, mais intervient lui-même activement. L'institution d'une telle curatelle suppose d'abord, comme pour toute mesure protectrice (cf. art. 307 al. 1 CC), que le développement de l'enfant soit menacé, que ce danger ne puisse être prévenu par les père et mère eux-mêmes (cf. art. 307 al. 1 CC) ni par les mesures plus limitées de l'art. 307 CC (principe de subsidiarité) et que l'intervention active d'un conseiller apparaisse appropriée pour atteindre ce but (principe de l'adéquation) (TF 5A_840/2010 du 31 mai 2011 c. 3.1).

En l'espèce, il ressort des considérations qui précèdent (cf. ci-dessus c. 3c) que les enfants ne sont pas en péril et que leur développement n'est pas menacé par la situation actuelle. Un conflit entre les parents est encore présent; le bien-être corporel, intellectuel et moral des enfants n'est cependant pas pour autant compromis. Comme cela a été déclaré à l'audience d'appel non seulement par l'intimée et la curatrice des enfants, mais également par l'appelant lui-même, les enfants se portent bien tant dans le contexte scolaire qu'en dehors. Ils ne présentent pas de difficultés particulières, leur situation est stable et leur prise en charge par l'intimée semble adéquate. Par ailleurs et comme l'a relevé le premier juge, ils sont suivis par un thérapeute qui permet d'assurer un certain regard sur leur évolution. En définitive, la solution du premier juge mettant provisoirement fin au mandat de curateur du SPJ au sens de l'art. 308 al. 1 CC doit être confirmée.

Pour ce qui est de la mesure de curatelle de surveillance des relations personnelles au sens de l'art. 308 al. 2 CC, le premier juge a également considéré qu'il convenait de mettre un terme provisoire au mandat du SPJ, dès lors qu'une telle mesure ne pouvait objectivement plus être exercée en l'absence d'une reprise du droit de visite. Ce point de vue doit être confirmé. Il ressort en effet du procès-verbal de l'audience du 25 janvier 2012 que les parties sont convenues que la reprise des relations personnelles de l'appelant avec ses enfants serait envisagée à l'issue de l'expertise psychiatrique de l'appelant. Le droit de visite n'étant plus exercé dans l'intervalle, il se justifie de mettre fin à titre provisoire au mandat du SPJ.

4. a) L'appelant reproche ensuite au premier juge de lui avoir imputé un revenu hypothétique de 6'200 francs. En substance, il fait valoir qu'il a effectué les recherches d'emploi que l'on pouvait attendre de lui et que c'est en raison de son double handicap, soit son âge et l'absence d'équivalence entre ses titres académiques français et ceux exigés par l'enseignement public, qu'il ne parvient pas à trouver une activité lui assurant les mêmes revenus qu'auparavant.

b) S'agissant de mesures provisionnelles requises dans le cadre d'une action en modification de divorce, elles ne peuvent être admises, conformément à la jurisprudence et la doctrine précitées, qu'en cas d'urgence et de manière restrictive (cf. ci-dessus c. 3b).

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et – cumulativement (ATF 137 II 118 c. 2.3) – que l'on peut raisonnablement exiger d'elle afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177).

Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger de la personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1). En second lieu, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit-là d'une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb; ATF 126 III 10 c. 2b).

c) A ce jour, l'appelant réalise un gain mensuel net de 1'306 fr. 85 pour son activité auprès de l'Ecole [...], auquel s'ajoute ses indemnités de chômage lui assurant un revenu mensuel net de 3'723 fr. 70. Le

premier juge a retenu qu'en l'état, l'appelant n'avait effectué des recherches d'emploi qu'au niveau de l'enseignement post-obligatoire. Il a considéré qu'il pourrait également chercher un travail d'enseignant au niveau du secondaire obligatoire et s'inscrire sur la liste des remplaçants des écoles vaudoises, qui souffrent d'une pénurie d'enseignants. Le premier juge a également estimé qu'au regard de la formation de l'appelant en sciences économiques, économie publique et planification ainsi qu'en administration et gestion publique, ses recherches ne devraient pas se limiter à l'enseignement. Au contraire, il pourrait les élargir en postulant dans le domaine fiduciaire ou de l'import-export par exemple. Compte tenu de ces éléments, le premier juge a constaté que l'appelant n'avait pas effectué tout ce que l'on pouvait exiger de lui pour retrouver un emploi stable, si bien qu'il se justifiait de lui imputer un revenu hypothétique.

Ce point de vue doit être confirmé. En effet, comme cela ressort de ses déclarations lors de l'audience d'appel, l'appelant refuse de s'inscrire sur des listes de remplaçants et n'envisage pas d'enseigner d'autres branches que les siennes, quand bien même il admet que ses branches ne sont pas beaucoup enseignées, pour conserver une certaine crédibilité. De même, il n'effectue aucune démarche en dehors de l'enseignement en dépit des titres dont il dispose. Dans ce contexte, force est d'admettre que l'appelant ne fait pas tout ce que l'on pourrait attendre de lui afin de trouver une nouvelle activité lucrative et qu'il y a lieu de lui imputer un revenu hypothétique.

Le premier juge a considéré qu'au regard des circonstances, des règles restrictives applicables en matière de mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en modification de jugement de divorce et afin de protéger les intérêts des enfants, il se justifiait d'imputer à l'appelant un revenu hypothétique de 6'200 francs. Là encore l'appréciation du premier juge doit être confirmée compte tenu de l'âge de l'appelant, de sa formation et du marché actuel de l'enseignement. Un tel revenu peut sans autres être obtenu dans l'enseignement public ou privé, au niveau du secondaire, pour un emploi à plein temps. L'appelant étant dès lors en

mesure d'assumer tant ses charges mensuelles essentielles, qui s'élèvent à 3'898 fr. 15, que l'entretien mensuel de ses deux enfants, soit 2'300 fr. au total, son moyen doit être rejeté.

5. En définitive, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat, vu l'assistance judiciaire accordée à l'appelant (art. 106 al. 1 et 122 al. 1 let. b CPC).

L'appelant doit verser à l'intimée, qui obtient gain de cause, la somme de 2'300 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 2 al. 1, 3 et 9 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

6. Aux termes de l'art. 2 al. 1 RAJ (Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3), le conseil juridique commis d'office a droit au remboursement de ses débours et à un défraiement équitable (art. 122 al. 1 let. a CPC), qui est fixé en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré par le conseil juridique commis d'office. A cet égard, le juge apprécie l'étendue des opérations nécessaires pour la conduite du procès. Il applique le tarif horaire de 180 fr. aux avocats.

Compte tenu de la liste des opérations adressée par le conseil de l'appelant, il y a lieu d'admettre que celui-ci a consacré un total de quinze heures à sa mission. Au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Olivier Flattet doit être fixée à 2'700 fr., montant auquel il convient d'ajouter la TVA par 216 fr., soit au total 2'916 francs.

S'agissant du conseil de l'intimée, il y a lieu, au regard de la liste des opérations qu'elle a produite, d'admettre un total de onze heures effectuées. Au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Manuela Ryter Godel doit être fixée à 1'980 fr., montant auquel il convient d'ajouter 12 fr. de débours et la TVA sur le tout par 159 fr. 35, soit au total 2'151 fr. 35.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont tenus, dans la mesure de l'art. 123 CPC, 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,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), pour l'appelant sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Olivier Flattet, conseil de l'appelant A.B._____, est arrêtée à 2'916 fr. (deux mille neuf cent seize francs), TVA comprise.
- V.** L'indemnité d'office de Me Manuela Ryter Godel, conseil de l'intimée B.B._____, est arrêtée à 2'151 fr. 35 (deux mille cent cinquante et un francs et trente-cinq centimes), TVA et débours compris.
- VI.** 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 au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

VII. L'appelant A.B._____ doit verser à l'intimée B.B._____ la somme de 2'300 fr. (deux mille trois cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VIII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

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 Olivier Flattet (pour A.B._____),
- Me Manuela Ryter Godel (pour B.B._____),
- Me Stéphanie Cacciatore (pour [...] et [...])

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).

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

- Monsieur le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :