

COUR D'APPEL CIVILE

Ordonnance du 31 mai 2023

Composition : M. SEGURA, juge unique
Greffier : M. Clerc

Art. 315 al. 4 let. b et al. 5 CPC

Statuant sur la requête présentée par **A.H.**_____, à Crissier, intimé, tendant à l'octroi de l'effet suspensif à l'appel qu'il a interjeté contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 11 mai 2023 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause le divisant d'avec **B.H.**_____, à Crissier, requérante, le Juge unique de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait et en droit :

1. B.H. _____ B.H. _____, née [...] le [...] 1983, et A.H. _____, né le [...] 1978, se sont mariés le [...] 2004 à [...].

Trois enfants sont issus de cette union :

- [...], née le [...] 2008,
- [...], née le [...] 2010, et
- [...], né le [...] 2016.

Rencontrant des difficultés conjugales, les parties vivent séparées depuis le 12 mars 2020. Leur séparation est réglée notamment par une convention du 19 novembre 2020, ratifiée par le Juge unique de céans pour valoir arrêt sur appel de mesures protectrices de l'union conjugale qui prévoit en particulier l'exercice d'une garde alternée par les parents sur les enfants, ceux-ci étant chez leur père du lundi matin au mercredi à midi et chez leur mère du mercredi à midi au vendredi soir à 18h00, ainsi qu'à raison d'un week-end sur deux, du vendredi soir à 18h00 au lundi matin à la reprise de l'école, et durant la moitié des vacances scolaires chez chacun des parents, ainsi que le versement par A.H. _____ d'une pension mensuelle de 415 fr., allocations non comprises, en faveur de chacun de ses enfants.

b) Le 1^{er} septembre 2022, B.H. _____ a ouvert action par le dépôt d'une demande unilatérale en divorce.

Par requête de mesures provisionnelles du 17 février 2023, B.H. _____ a conclu en particulier, avec suite de frais et dépens, à la garde exclusive sur les enfants et à ce que A.H. _____ contribue à l'entretien de ses enfants par le versement d'une pension mensuelle de 637 fr. 10 chacun, allocations familiales non comprises.

Par déterminations du 16 mars 2023, A.H. _____ a conclu au rejet de ladite requête et, reconventionnellement, en particulier, à ce que

la garde alternée selon les modalités prévues dans la convention du 19 novembre 2020 soit maintenue et à ce que B.H._____ doive contribuer à l'entretien des enfants par des montants à fixer en cours d'instance et à être libéré du versement de toute pension.

c) Les enfants Y._____ et A._____ ont été entendues par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le premier juge ou le président) le 21 décembre 2022. Elles ont déclaré en substance qu'elles ne respectaient plus les modalités de la garde alternée, A._____ se rendant chez son père uniquement un week-end sur deux et Y._____ ayant interrompu tout contact avec celui-ci depuis un an, notamment en raison de tensions avec le père et au motif qu'elles se sentent mieux avec leur mère.

2. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 11 mai 2023, le président a attribué la garde exclusive sur les enfants à leur mère (II), le père jouissant d'un libre et large droit de visite ou, à défaut d'entente, un week-end sur deux du vendredi soir à 18h00 au dimanche soir à 18h00 s'agissant d'A._____ et de N._____ (III) et a dit que A.H._____ contribuera à l'entretien de ses enfants par le régulier versement d'une pension mensuelle de 300 fr. chacun dès le 1^{er} juin 2023 (VI, VIII et X).

Le premier juge a constaté notamment que le système de garde alternée n'était plus dans l'intérêt des enfants, en particulier Y._____ et A._____ qui souffrent de la situation et ont clairement exprimé leur souhait de vivre chez leur mère, les modalités fixées en novembre 2020 n'étant au demeurant plus respectées depuis un an. Il a relevé que la relation que le père entretient avec son fils N._____ crée un déséquilibre et qu'il se justifiait qu'il soit soumis au même régime de garde que ses sœurs pour ne pas péjorer le ressenti au sein de la fratrie.

Le président a retenu en substance que B.H._____ émarge à l'aide sociale et bénéficie du revenu d'insertion et a renoncé en l'état à lui imputer un revenu hypothétique par voie de mesures provisionnelles. Ses charges, limitées au minimum vital du droit des poursuites, ont été

arrêtées à 2'268 fr. 15 (1'350 fr. de base mensuelle, 860 fr. 20 de frais de logement, part des enfants déduite, 50 fr. 25 d'assurance-maladie et 7 fr. 70 de frais de transport), ce qui représente aussi son *manco* mensuel faute de revenus.

Le salaire mensuel net réalisé par A.H. _____ pour son poste à plein temps chez [...] a été arrêté à 5'300 fr. 15, treizième salaire et primes et indemnité vacances enfants compris, allocations familiales de 1'070 fr. déduites. Ses charges mensuelles, arrêtées au minimum vital du droit des poursuites, ont été fixées à 4'388 fr. 25 (1'200 fr. de base mensuelle, 80 fr. de forfait droit de visite, 2'315 fr. de loyer, 130 fr. de place de parc, 141 fr. 85 d'assurance-maladie, 148 fr. 85 de frais de transport, 217 fr. de frais de repas, 103 fr. de frais médicaux non couverts et 52 fr. 55 de frais de véhicule), si bien que son budget présente un disponible de 911 fr. 90.

Les coûts directs des enfants ont été arrêtés à 477 fr. 95 (600 fr. de base mensuelle, 234 fr. 60 de part au loyer de la mère, sous déduction des allocations familiales par 356 fr. 65, la prime d'assurance-maladie étant intégralement subsidiée) pour Y. _____ et A. _____ et à 277 fr. 95 (400 fr. de base mensuelle, 234 fr. 60 de part au loyer, sous déduction des allocations familiales par 356 fr. 65, la prime d'assurance-maladie étant intégralement subsidiée) pour N. _____.

Le président a réparti le *manco* de B.H. _____ entre ses trois enfants (soit à hauteur de 756 fr. 05 chacun) à titre de contribution de prise en charge pour arrêter leur entretien convenable. Constatant que le disponible de A.H. _____ ne permettait pas de couvrir l'entretien convenable des enfants, le premier juge a réparti ce montant par trois, soit à hauteur de 303 fr. chacun.

3. Par acte du 25 mai 2023, A.H. _____ (ci-après : l'appelant ou le requérant) a interjeté appel contre l'ordonnance précitée en concluant, avec suite de frais et dépens, en particulier à ce que la garde alternée sur les enfants « soit maintenue » et à ce que chaque parent contribue à

l'entretien des enfants lorsqu'il les a auprès de lui ou elle. Il a requis que l'effet suspensif soit octroyé à son appel s'agissant de la question du droit de garde et de la contribution d'entretien ainsi que sur la question des frais de première instance. Il a en outre requis l'assistance judiciaire.

B.H. _____ ci-après : l'intimée) a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif.

4. a) L'appelant fait valoir en premier lieu que l'ordonnance entreprise entraînerait des changements extrêmement importants dans la vie des enfants et que ceux-ci devraient en être protégés par l'octroi de l'effet suspensif.

b) Selon l'art. 315 al. 4 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles. L'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC).

Le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle ; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès. Le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent. Saisie d'une requête d'effet suspensif, l'autorité d'appel doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels ; elle dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 138 III 378 consid. 6.3 et réf. cit. ; ATF 137 III 475 consid. 4.1 ; TF 5A_303/2020 du 4 août 2020 consid. 3.1.1 ; TF 5A_941/2018 du 23 janvier 2019 consid. 5.3.2 et réf. cit.).

En matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, lorsque la décision de mesures provisionnelles porte sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prenait régulièrement soin de lui au moment de l'ouverture de la procédure ayant donné lieu à la décision attaquée, le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence. La requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi être admise, sauf si le maintien de la situation antérieure met en péril le bien de l'enfant ou encore si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé (ATF 144 III 469 consid. 4.2.1 ; ATF 138 III 565 consid. 4.3.2 ; TF 5A_648/2014 du 3 octobre 2014 consid. 3.2.2 ; TF 5A_780/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3.2). Les mêmes principes s'appliquent s'agissant de l'exercice du droit aux relations personnelles (TF 5A_792/2018 du 6 février 2019 consid. 3.2.2 *in fine*).

c) On constate que les deux filles du couple ne respectent plus les modalités de la garde alternée depuis un an - ce qui est d'ailleurs admis par le requérant (appel p. 4, 3^e paragraphe) -, Y._____ n'ayant plus aucun contact avec son père. Aussi, l'exécution immédiate de l'ordonnance entreprise sur ce point n'entraînerait aucun changement mais consacrerait au contraire la prise en charge qui est actuellement mise en œuvre, l'intimée servant en l'état de référence aux filles. Par ailleurs, sans préjuger de l'issue du litige, il ne se justifie pas à ce stade de traiter différemment la situation de N._____. Au demeurant, N._____ et A._____ continueront de voir leur père puisque le droit de visite de celui-ci est maintenu à raison en particulier d'un week-end sur deux, si bien que le bien-être des enfants n'est pas compromis par le refus d'effet suspensif.

La requête d'effet suspensif sur ce point doit être rejetée.

5. a) L'appelant soutient que l'exécution immédiate de l'ordonnance entreprise le mettrait « dans une situation financière

extrêmement difficile et pourrait mettre l'entier de la famille dans une situation de précarité ». Il fait valoir que les pensions fixées par le premier juge l'empêcheraient de rembourser le crédit à la consommation contracté par le couple, de sorte qu'il risquerait des poursuites.

Le requérant conclut également à l'octroi de l'effet suspensif sur la fixation et la répartition des frais de première instance.

b) Le refus de l'effet suspensif ne cause en principe pas de préjudice difficilement réparable à celui qui est condamné à payer une contribution d'entretien, la simple exécution de créances d'argent n'emportant pas en soi un tel dommage, dans la mesure où l'intéressé pourra en obtenir la restitution s'il obtient finalement gain de cause (TF 5A_468/2012 du 14 août 2012 ; TF 5D_52/2010 du 10 mai 2010 consid. 1.1.1, SJ 2011 I 134). Des exceptions peuvent exister lorsque le débiteur n'est pas en mesure de payer les contributions ou lorsqu'il ne pourrait pas récupérer les prestations payées en cas de gain de cause, ce qu'il lui incombe de démontrer (TF 5A_108/2014 du 12 mai 2014 consid. 1.4 ; TF 5A_955/2013 du 1^{er} avril 2014 consid. 1.4). Par ailleurs, l'obligation d'entretien trouve toujours sa limite inférieure dans la capacité contributive du débiteur, en ce sens que le minimum vital du droit des poursuites de celui-ci doit être préservé (ATF 126 III 353 [spéc. 355 ss], JdT 2002 I 162 ; TF 5A_470/206 du 13 décembre 2016 consid. 6.1.1).

En règle générale, l'effet suspensif est accordé pour les pensions arriérées, à tout le moins lorsqu'elles ne sont plus nécessaires pour assurer la couverture des besoins du créancier, mais non pour les pensions courantes (par ex. TF 5A_842/2015 du 26 mai 2016 consid. 2, publié aux ATF 142 III 518, cité *in* Bohnet, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., 2019, n. 7 ad art. 315 CPC ; CACI 7 mars 2022/ES15).

c) Le premier juge a fixé le montant des pensions dues par le requérant à 300 fr. par enfant, soit un total de 900 francs. Son salaire a été arrêté 5'300 fr. 15 par mois et il n'y a, à ce stade, pas lieu de s'écarter

de ce montant, l'appelant n'établissant pas *a priori* pourquoi les primes et indemnités vacances enfants devraient en être déduites. Dès lors que l'effet suspensif n'est pas accordé sur la question de la garde des enfants, la garde exclusive est confiée à l'intimée et les charges de l'appelant restent *prima facie* inchangées. Sans préjuger de l'issue du litige, le crédit à la consommation ne doit pas être pris en compte dans le cas de situations financières serrées, soit dans le calcul du minimum vital du droit des poursuites (TF 5A_1029/2015 du 1^{er} juin 2016 consid. 3.3.2 ; CACI 12 septembre 2022/457 consid. 4.4.1), si bien que les charges du requérant doivent être arrêtées à 4'388 fr. 25.

Aussi, *a priori*, après couverture de ses charges, le disponible de l'appelant de 911 fr. 90 (5'300 fr. 15 - 4'388 fr. 25) lui permet de s'acquitter des pensions par 900 francs. Le minimum vital du requérant étant préservé et l'existence d'un risque de préjudice difficilement réparable n'est pas établie, si bien que l'effet suspensif doit être refusé pour les pensions. Au demeurant, les contributions d'entretien étant dues dès le 1^{er} juin 2023, il n'y a pas d'arriéré à traiter.

Pour les mêmes raisons, la conclusion tendant à l'octroi de l'effet suspensif sur la question des frais de première instance, dans la mesure où il s'agit du paiement d'une somme d'argent, doit aussi être rejetée, étant précisé que sa recevabilité est douteuse dès lors qu'elle n'est aucunement motivée.

6. Il s'ensuit que la requête d'effet suspensif doit être rejetée dans la mesure où elle est recevable.

Il sera statué sur les frais judiciaires et les dépens ainsi que sur la requête d'assistance judiciaire dans le cadre de l'arrêt à intervenir (cf. art. 104 al. 3 CPC).

Par ces motifs,
le Juge unique de la Cour d'appel civile,
p r o n o n c e :

- I. La requête d'effet suspensif est rejetée.

- II. Il sera statué sur les frais judiciaires et les dépens de la présente ordonnance dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

La présente ordonnance, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifiée à :

- Me Jeton Kryeziu (pour A.H. _____),
- Me Marina Kilchenmann (pour B.H. _____),

et communiquée, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La présente ordonnance 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), le 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 :