

**JUGE DELEGUÉ DE LA
COUR D'APPEL CIVILE**

Arrêt du 17 septembre 2014

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffier : M. Zbinden

Art. 176 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **M.**_____, à Orbe, requérant, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 27 août 2014 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **G.**_____, à Couvet, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 27 août 2014, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a notamment confié la garde des enfants [...], [...] et [...] à leur mère G.____ (III), dit que M.____ pourra avoir ses enfants auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher et de les ramener là où elles se trouvent, un week-end sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, la moitié des vacances scolaires et alternativement à Pâques ou Pentecôte, l'Ascension ou le Jeûne fédéral, Noël ou Nouvel An (IV) et dit que M.____ contribuera à l'entretien des siens par le versement régulier d'une contribution d'entretien mensuelle de 3'200 fr., allocation familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois à G.____, dès le 1^{er} août 2014, étant précisé que le subside de 2'500 fr. versé le 23 juillet 2014 par M.____ à G.____ restera acquis à celle-ci et ne viendra pas en déduction de la contribution d'entretien fixée ci-avant (VI).

En droit, le premier juge a considéré qu'il y avait lieu d'attribuer la garde des enfants à la mère, celle-ci s'occupant d'eux depuis son départ du logement conjugal, afin de ne pas perturber davantage les enfants avec un nouveau déménagement. Le premier juge a en outre considéré qu'il se justifiait d'astreindre l'intimé M.____ au versement d'une contribution d'entretien en faveur des siens. A cet égard, il a retenu un revenu de 7'725 fr. et des charges de 3'469 fr. 75 pour l'intimé, respectivement un revenu total de 2'954 fr. 20 et des charges de 4'180 fr. pour G.____. Après avoir compensé le déficit de l'épouse, le premier juge a réparti le solde disponible entre les époux à raison d'un tiers pour l'intimé, soit 1'009 fr. 80, et de deux tiers pour la requérante, soit 2'019 fr. 65, compte tenu de la prise en charge des enfants, et a fixé à 3'200 fr. la contribution d'entretien.

B. Par acte du 8 septembre 2014, M._____ a formé appel contre l'ordonnance susmentionnée, concluant, sous suite de frais et dépens, à ce que ses points III, IV et VI soient modifiés en ce sens que la garde des enfants lui soit confiée, accompagnée d'un droit de visite usuel pour la mère, et que la contribution d'entretien due à G._____ soit ramenée à 850 francs dès le 1^{er} septembre 2014, subsidiairement à ce que le point VI soit modifié en ce sens que la contribution d'entretien due à G._____ soit ramenée à 1'800 fr. dès le 1^{er} octobre 2014.

L'appelant a produit un onglet de pièces sous bordereau avec son mémoire et a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

C. La Cour d'appel civile fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, complété par les pièces du dossier, dont il ressort notamment ce qui suit :

1. Les époux M._____, né le [...] 1963, et G._____ le [...] 1977, se sont mariés le [...] 2006 à Yverdon-les-Bains.

De cette union sont issues trois enfants :

- [...], née le [...] 2006,
- [...], née le [...] 2009,
- [...], née le [...] 2012.

2. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 16 juillet 2014, M._____ a conclu, notamment, à ce que la garde des enfants lui soit attribuée avec droit de visite de la mère.

3. Le 17 juillet 2014, G._____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale et d'extrême urgence concluant, notamment et en substance, et avec suite de frais et dépens, à ce que la garde des enfants lui soit confiée, que le droit de visite du père soit exercé par l'intermédiaire de l'institution du Point Rencontre à raison de deux heures deux fois par mois avec interdiction de sortir des locaux et que

M._____ soit astreint, à titre de mesure d'extrême urgence, à contribuer à l'entretien des siens par le versement à G._____ d'ici au 21 juillet 2014 d'un subside de 2'500 fr. à valoir sur la contribution d'entretien qui sera fixée en cours de procédure, puis, à titre de mesure protectrice de l'union conjugale, par le versement d'une contribution d'entretien d'un montant à préciser en cours d'instance dès et y compris le 16 juin 2014.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles de l'union conjugale du 18 juillet 2014, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a confié provisoirement la garde des enfants à leur mère et astreint M._____ à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'un subside de 2'500 fr., à valoir sur la contribution d'entretien qui sera fixée en cours de procédure sur le compte ouvert au nom de G._____ d'ici au mercredi 23 juillet 2014. Il a toutefois renoncé à statuer sur la question du droit de visite, estimant qu'une audience en contradictoire était nécessaire à cette fin.

4. Dans sa réponse du 7 août 2014, M._____ a notamment conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par G._____ le 17 juillet 2014 et, reconventionnellement, à ce que la garde des enfants lui soit confiée et un droit de visite usuel soit accordé à la mère.

5. Le 17 juillet 2014, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a convoqué les parties à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale, fixée au 13 août 2014, à laquelle les parties se sont présentées personnellement, assistées de leurs conseils.

Lors de celle-ci, G._____ a précisé ses conclusions en ce sens qu'elle a requis une contribution d'entretien d'un montant de 3'200 fr., allocations familiales non comprises, dès le 16 juin 2014.

6. Les revenus et charges de parties tels que retenus par le premier juge sont les suivants :

M. _____ travaillait en tant que contremaître pour la société [...] SA, à Sainte-Croix. En 2013, il a réalisé un revenu annuel net de 92'701 fr., ce qui correspond à un salaire mensuel net de 7'725 francs. Il a perçu en sus un montant de 6'000 fr. à titre de défraiement forfaitaire.

Le 22 juillet 2014, l'intimé a démissionné pour le 31 juillet 2014, invoquant une « situation familiale qui [le] pèse de plus en plus ».

Il a signé un contrat de travail avec effet au 1^{er} octobre 2014 avec la société [...] SA, où il percevra un revenu net d'environ 5'700 fr., treizième salaire, jours fériés et vacances compris.

Ses charges se détaillent comme suit :

Base mensuelle :	1'200 fr.
Droit de visite :	150 fr.
Loyer :	1'850 fr.
Prime d'assurance-maladie :	<u>269 fr. 75</u>
TOTAL :	3'469 fr. 75

G. _____ est sans emploi et au bénéfice d'indemnités de l'assurance-chômage qui peuvent être arrêtées en moyenne à 2'124 fr. 20 par mois. Elle perçoit en outre 830 fr. d'allocations familiales.

Ses charges se détaillent comme suit :

Base mensuelle :	1'350 fr.
Base mensuelle des enfants :	1'200 fr.
Loyer :	880 fr.
Prime d'assurance-maladie :	600 fr.
Frais de recherches d'emploi :	<u>150 fr.</u>
TOTAL	4'180 fr.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272; Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 51 ss ad art. 273 CPC; ATF 137 III 475 c. 4.1), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire (art. 271 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales et des conclusions patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

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, CPC commenté, 2011, 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, pp. 1249-1250).

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). 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 c. 2 et les réf. citées). L'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, y compris lorsque la maxime inquisitoire est applicable (ATF 138 III 625 c. 2.2).

En l'espèce, l'appelant a produit sept témoignages écrits en deuxième instance (pièces 2 à 8), arguant ne pas avoir réussi à les rassembler à temps pour l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 août 2013. Il est néanmoins notoire qu'une audience se prépare à l'avance. En l'occurrence, les parties ont été convoquées à l'audience du 13 août 2014 le 17 juillet 2014, soit près d'un mois à l'avance. Cela laissait une marge de manœuvre considérable à l'appelant pour s'y préparer. On ne comprend pas bien quelle difficulté a pu empêcher l'appelant de recueillir ces pièces à temps, ce d'autant plus que tous les témoignages en question ont pu être obtenu en l'espace de trois jours dans la semaine suivant l'audience. En outre, le témoignage écrit n'est pas un des moyens de preuve de la liste exhaustive de l'art. 168 CPC (TF 5A_957/2012 du 28 mai 2013 c. 2). Enfin, les pièces sont dépourvues de force probante, dans la mesure où elles sont produites unilatéralement par une partie sans que l'autre ait eu l'occasion de se déterminer.

3. L'appelant reproche au premier juge de s'être mépris en accordant la garde des enfants à la mère, dans la mesure où le père serait plus apte à prendre soin personnellement des enfants qu'elle.

a) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices

ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1., JT 2010 I 491). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire Romand, n. 19 ad art. 176 CC; Verena Bräm, Commentaire zurichois, n. 89 et 101 ad art. 176 CC; TF 5A_693/2007 du 18 février 2008; TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1., in FamPra.ch 2012 p. 817).

Pour l'attribution de la garde, le bien de l'enfant prime la volonté des parents. L'examen porte alors en premier lieu sur les capacités éducatives des parents. En cas de capacités équivalentes, la disponibilité des parents est déterminante, surtout chez les enfants en bas âge. En cas de disponibilité équivalente, la stabilité et les relations familiales sont à examiner. Selon les circonstances, la disponibilité peut cependant céder le pas à la stabilité. Enfin, en fonction de l'âge, il peut être tenu compte du désir de l'enfant. Ces critères peuvent être mis en balance avec d'autres, tels que la volonté d'un parent à coopérer avec l'autre ou la nécessité de ne pas séparer la fratrie (TF 5A_834/2012 du 26 février 2013 c. 4.1). 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 similaires (ATF 136 I 178 c. 5.3.; ATF 117 II 353 c. 3; ATF 115 II 206 c. 4a; ATF 115 II 317 c. 2; cf. aussi TF 5A_181/2008 du 25 avril 2008, FamPra.ch 4/2008. n. 104 p. 98; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, FamPra.ch 2006 n. 20 p. 193).

b) En l'espèce, les enfants, qui ont entre deux et huit ans, sont des enfants en bas âge, qui nécessitent une grande attention. Or, il apparaît que la mère ne travaille pas, contrairement au père. En outre, il n'est pas établi, au stade de la vraisemblance, que celle-ci démérite. Il a déjà été dit que les témoignages écrits produits par l'appelant ne sont pas des moyens de preuve recevables et n'ont pas de force probante. D'une

manière plus générale, l'appel semble prématuré ; ce n'est qu'une fois le rapport du Service de Protection de la Jeunesse établi que le juge pourra se prononcer efficacement sur l'attribution du droit de garde. En l'état, il ne se justifie pas de modifier la situation actuelle, au risque de perturber davantage les enfants.

4. a) L'appelant se plaint en outre que la contribution d'entretien prévue par le premier juge serait disproportionnée au vu de son revenu actuel d'environ 5'700 fr. net.

aa) 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 III 118 c. 2.3, JT 2011 II 486) – dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne 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 d'une 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 ; TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.3, in FamPra.ch 2012 p. 1099 ; TF 5A_748/2012 du 15 mai 2013 c. 4.3.2.1).

Ensuite, 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 (TF 5A_20/2013 du 25 octobre 2013 c. 3.1 ; ATF 128 III 4 c. 4c/bb ; 126 III 10 c. 2b).

La jurisprudence admet que, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il est admissible de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (TF 5A_317/2011 du 22 novembre 2011 c. 6.2, non publié aux ATF 137 III 614 ; TF 5A_612/2011 du 27 février 2012 c. 2.1 ; TF 5A_679/2011 du 10 avril 2012 c. 5.1., in FamPra.ch 2012 p. 789), si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (TF 5A_100/2012 du 30 août 2012 c. 4.1.1 ; TF 5A_587/2013 du 26 novembre 2013 c. 6.1.1). Il n'est de même pas arbitraire de retenir un revenu hypothétique équivalent au précédent salaire réalisé, lorsque l'époux concerné a unilatéralement résilié son contrat de travail (TF 5A_76/2012 du 4 juin 2012).

ab) En l'espèce, l'appelant a quitté son emploi de contremaître auprès de [...] SA, qui lui permettait de réaliser un revenu annuel net de 92'701 fr. en 2013, en raison, à ses dires, de problèmes psychiques liés à la procédure de séparation. Il a produit un certificat, dont la recevabilité est douteuse au stade de l'appel, à l'appui de cette allégation (pièce 13). Quand bien même ce certificat devrait être pris en considération, il n'aurait pas d'autre effet que d'établir que l'appelant était en incapacité de travail temporaire du 1^{er} au 31 août 2014, mais ne démontre en rien la nécessité de quitter son emploi. Ainsi, c'est à raison que le premier juge a retenu qu'aucun élément du dossier ne permettait de douter de la capacité de l'appelant de reprendre une telle activité de

contremaître et, par conséquent, de réaliser un revenu qui lui permettrait d'entretenir sa famille ainsi que lui-même. On relèvera encore, avec le premier juge, que le fait que la démission soit intervenue immédiatement après l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 18 juillet 2014 l'astreignant à verser un subside à sa famille donne à penser qu'il existe un lien de causalité entre ces deux événements. C'est donc à raison que le premier juge a considéré que le revenu de son activité professionnelle précédente pouvait être imputé à l'appelant.

b) L'appelant se plaint également de ce que les allocations familiales à hauteur de 970 fr. n'auraient pas été déduites du revenu hypothétique retenu par le premier juge. Quand bien même cela devrait être vrai et le montant des allocations familiales devrait être retranché, le minimum vital de l'appelant resterait sauvegardé, son solde disponible restant positif malgré la contribution d'entretien de 3'200 fr. décidée par le premier juge (7'725 fr. - 970 fr. - 3'469 fr. 75 - 3'200 fr. = 85 fr. 25). En outre, il convient de rappeler que l'intimée est au bénéfice d'indemnités de l'assurance-chômage, qui par nature sont limitées dans le temps (art. 27 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Il est d'ailleurs probable que son droit se soit éteint dans l'intervalle, ce qui aurait une incidence notable dans le calcul de la contribution d'entretien, et il ne résulte pas du dossier qu'elle aurait retrouvé un emploi. Il ne se justifie par conséquent pas de revoir la contribution d'entretien à la baisse et ce grief devra également être rejeté.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale confirmée.

L'appel étant manifestement dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire de l'appelant doit être rejetée (art. 117 CPC).

Les frais 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 mis à la charge de l'appelant qui succombe (art. 106 al. 1 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]).

Il n'est pas alloué de dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 322 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant M._____.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 18 septembre 2014

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

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 :

- Mme Cinzia Petito, avocate (pour M. _____),
- M. Matthieu Genillod, avocat (pour 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 :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :