

# **BGer 5A\_768/2019 vom 21. März 2022**

Bundesgericht, 2022-03-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_768\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_768_2019)

FR: TF 5A\_768/2019 du 21 mars 2022

IT: TF 5A\_768/2019 del 21 marzo 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Par arrêt du 26 août 2019, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté l'appel interjeté le 29 novembre 2018 par A.\_\_\_\_\_ à l'encontre de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 22 novembre 2018 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois confiant une garde partagée à B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ sur leurs trois enfants, fixant le domicile légal des enfants à U.\_\_\_\_\_, attribuant la jouissance du domicile conjugal de V.\_\_\_\_\_ à B.\_\_\_\_\_ et ordonnant à A.\_\_\_\_\_ de quitter le domicile conjugal dans un délai de 30 jours dès notification de l'ordonnance. Le Juge délégué a en outre ordonné à A.\_\_\_\_\_, sous la peine d'amende de l' art. 292 CP , de quitter le domicile conjugal, sis à U.\_\_\_\_\_, dans un délai au 30 novembre 2019, en restituant les clés à B.\_\_\_\_\_ et en emportant ses effets personnels.

### **E. 2**

Par acte du 26 septembre 2019, A.\_\_\_\_\_ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant à l'attribution de la garde exclusive des trois enfants, sous réserve d'un libre et large droit de visite de la mère, ainsi qu'à l'attribution du domicile conjugal de V.\_\_\_\_\_. Au préalable, le recourant a sollicité l'octroi de l'effet suspensif à son recours et le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.

Par ordonnance du 9 octobre 2019, le Président de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a accordé l'effet suspensif demandé, afin de maintenir le régime de garde actuel des enfants et les domiciles des parents durant la procédure fédérale.

#### **E. 2.1**

Sur requête du 15 novembre 2019 du recourant tendant à la suspension de l'instruction de la cause, au motif d'une requête de mesures superprovisionnelles et en modification des mesures protectrices de l'union conjugale avait été déposée, le Président de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a, par ordonnance du 10 décembre 2019, rejeté la requête.

#### **E. 2.2**

Par nouvelle requête du 13 décembre 2019, le recourant a requis la suspension de l'instruction de la procédure fédérale, au motif d'une ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 10 décembre 2019 par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois fixant un droit de visite de l'intimée sur ses enfants, et confiant un mandat d'évaluation à l'Unité évaluation et missions spécifiques (ci-après : UEMS) du Service de protection de la jeunesse du canton de Vaud (

ndlr : devenu la Direction générale de l'enfance et de la jeunesse, ci-après : DGEJ) s'agissant de la garde et des modalités de l'exercice du droit de visite.

Au vu de la décision intervenue et à intervenir concernant la garde et le droit de visite des enfants et ses conséquences sur l'attribution du logement conjugal à l'une des parties, le Président de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a, par ordonnance du 10 janvier 2020, suspendu l'instruction de la procédure de recours, jusqu'à droit connu sur la nouvelle réglementation des prérogatives parentales des parties.

### **E. 2.3**

Par ordonnance du 24 août 2021, étant sans renseignements quant à l'avancement de la procédure concernant la réglementation des prérogatives parentales et au vu de l'écoulement du temps, le Président de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a invité les parties à déposer leurs éventuelles observations sur le maintien de la mesure de suspension. Suite aux déterminations des parties à ce sujet, par ordonnance du 10 septembre 2021, le Président de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a maintenu la suspension de l'instruction de la procédure de recours, jusqu'à droit connu sur la nouvelle réglementation des prérogatives parentales des parties.

### **E. 3**

Par acte du 3 février 2022, le recourant a informé la Cour de céans qu'une convention avait été passée entre les parties en audience le 31 janvier 2022 et ratifiée le même jour par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois pour valoir jugement concernant la jouissance du domicile conjugal, la garde des enfants et fixation du droit de visite. Soutenant que l'accord intervenu entre les parties couvrirait l'intégralité du litige pendant devant le Tribunal fédéral, le recourant a conclu à la radiation du rôle de la cause 5A\_768/2019, suite à la perte d'objet du recours.

Invitée à se déterminer, l'intimée a, par observations du 9 février 2022, confirmé la perte d'objet du recours suite à la convention passée le 31 janvier 2022 devant le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois et également conclu à la radiation du rôle. S'agissant des frais et dépens, elle a soutenu qu'ils devaient être intégralement mis à la charge du recourant, dont le comportement procédural et effectif aurait provoqué la présente procédure.

### **E. 4**

En l'espèce, il résulte de la convention précitée du 31 janvier 2022 que l'attribution du logement conjugal, la garde et le droit de visite ne sont plus litigieux. Il y a lieu donc de constater la perte d'objet du recours. Vu ce qui précède, il convient de rayer la cause 5A\_768/2019 du rôle, suite à la perte d'objet du recours ( art. 73 PCF par renvoi de l' art. 71 LTF ; art. 32 al. 2 LTF ).

### **E. 5.1**

Lorsque la cause est devenue sans objet, le Tribunal fédéral statue sur les frais de la procédure par une décision sommairement motivée, en tenant compte de l'état de choses existant avant le fait qui met fin au litige ( art. 72 PCF par renvoi de l' art. 71 LTF ) ainsi que de l'issue probable de celui-ci ( ATF 125 V 373 consid. 2a).

Se posent ainsi la question de la répartition des frais et dépens, puis celle de l'octroi de l'assistance judiciaire au recourant qui l'a sollicitée dans son recours.

La cour statue à trois juges sur la demande d'assistance judiciaire ( art. 64 al. 3 LTF ). A teneur de l' art. 64 LTF , le tribunal peut accorder l'assistance judiciaire à une partie à la

double condition que celle-ci ne jouisse pas de ressources suffisantes et que ses conclusions ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec (al. 1).

Il faut retenir que la cause est devenue sans objet par suite d'un accord intervenu entre les parties sur les aspects compris dans le présent recours en matière civile au Tribunal fédéral, sans que l'accord ne traite de la question des frais et dépens de la présente procédure fédérale.

### **E. 5.2**

S'agissant de l'examen du sort prévisible du recours, le recourant a soulevé des critiques conformes aux exigences minimales d'allégation et de motivation d'un recours dirigé contre une décision de mesures protectrices de l'union conjugale ( art. 98 et 106 al. 2 LTF ; ATF 134 III 667 consid. 1.1). Le recours était donc

a priori recevable.

Cependant, il apparaît, après un examen préjudiciel du fond du recours, que si le Tribunal fédéral avait dû le traiter, celui-ci aurait vraisemblablement dû être rejeté. En effet, s'agissant de la garde alternée, le recourant dénonçait un établissement arbitraire des faits, tenant dans l'omission de retenir que les troubles du comportement de l'intimée - dont elle niait l'existence - impactait sa capacité parentale et que le conflit parental faisait obstacle à une collaboration suffisante. Selon lui, une correcte appréciation des faits devait conduire la cour cantonale à retenir que l'augmentation de la prise en charge des enfants par l'intimée, sous la forme d'une garde alternée, était prématurée.

En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale ( ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; arrêt 5A\_200/2019 consid. 3.1.2 avec les références). Le juge doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.3). Pour pondérer les différents critères d'appréciation - qui sont interdépendants et dont l'importance varie en fonction du cas d'espèce -, le juge du fait, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation ( ATF 142 III 617 consid. 3.2.5 et les références). Le Tribunal fédéral n'intervient que s'il s'est écarté sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, lorsque, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération, ou lorsque la décision aboutit à un résultat manifestement injuste ou à une inéquité choquante ( ATF 132 III 97 consid. 1 et les références).

Or, le recourant présente en l'espèce sa propre appréciation des faits et de la cause, estimant que les conditions ne sont pas réunies pour une garde alternée, mais ne démontre pas le caractère arbitraire de la décision cantonale, singulièrement au regard de l'appréciation des capacités parentales et de collaboration de l'intimée, dans l'intérêt prépondérant des enfants.

Quant à l'attribution de la jouissance du domicile conjugal, il ressort de la jurisprudence que si les époux ne parviennent pas à s'entendre à ce sujet, le juge attribue provisoirement le logement conjugal à l'une des parties en faisant usage de son pouvoir d'appréciation et en procédant à une pesée des intérêts en présence, de façon à prononcer la mesure la plus adéquate au vu des circonstances concrètes ( art. 176 al. 1 ch. 2 CC ). Certes, en premier

lieu, le juge doit examiner à quel époux le domicile conjugal est le plus utile ("grösserer Nutzen"), ce qui conduit à attribuer le logement à celui des époux qui en tirera objectivement le plus grand bénéfice, au vu de ses besoins concrets, étant précisé à cet égard qu'entrent notamment en considération l'intérêt des enfants, confiés au parent qui réclame l'attribution du logement, à pouvoir demeurer dans l'environnement qui leur est familier. Si ce premier critère de l'utilité ne donne pas de résultat clair, le juge doit, en second lieu, examiner à quel époux on peut le plus raisonnablement imposer de déménager, compte tenu de toutes les circonstances (état de santé, âge avancé, lien étroit, par exemple un lien de nature affective). Si ce second critère ne donne pas non plus de résultat clair, le juge doit alors tenir compte du statut juridique de l'immeuble et l'attribuer à celui des époux qui en est le propriétaire ou qui bénéficie d'autres droits d'usage sur celui-ci ( ATF 120 II 1 consid. 2c; arrêt 5A\_524/2017 du 9 octobre 2017 consid. 6.1 et les références).

En l'occurrence, le recourant exposait précisément qu'au regard de l'octroi de la garde des enfants qu'il réclamait, le critère de l'utilité commandait de lui attribuer le logement conjugal afin que les enfants puissent demeurer dans leur environnement d'origine. Il faisait ainsi valoir que l'attachement de la recourante au logement du fait que la parcelle de base constituait un avancement d'hoirie n'était pas un critère prioritaire et méconnaissait le fait que la parcelle a été rachetée pour 2/3 par les époux en commun aux cohéritières de l'intimée. Bien qu'il est exact que le critère de l'utilité, notamment en lien avec la garde des enfants, doit primer ceux de l'attachement et du titre de propriété, il résulte de l'analyse qui précède que l'instauration d'une garde alternée n'était pas arbitraire; partant le critère de l'utilité fondé sur l'octroi de la garde exclusive, écartée en l'occurrence, n'était pas déterminant. Aussi, l'examen des critères subsidiaires s'avérait nécessaire et, sur ce point également, le juge cantonal n'a pas versé dans l'arbitraire en justifiant sa décision au regard de l'attachement affectif de l'intimée pour ce logement et de la provenance du bien immobilier dans la famille de l'intimée. Les critiques du recourant sur cet aspect auraient ainsi aussi été rejetées au fond.

### **E. 5.3**

Par ailleurs, vu l'issue probable de la procédure, il appert que le recours - largement appellatoire - ne présentait d'emblée aucune chance de succès. La requête d'assistance judiciaire du recourant ne saurait donc être agréée ( art. 64 al. 1 LTF ) et, dès lors que le recourant aurait vraisemblablement succombé, il sera condamné à supporter les frais judiciaires de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ), arrêtés à 1'200 fr., au vu du travail déployé par le Tribunal fédéral dans cette affaire (trois ordonnances présidentielles, la présente ordonnance de radiation du rôle et plusieurs correspondances sur une durée de près de 30 mois).

Il reste à examiner l'allocation de dépens. L'intimée a adhéré à la radiation du rôle de la procédure, en concluant à ce que les frais et des dépens soient mis à la charge du recourant, mais avait précédemment succombé s'agissant de l'effet suspensif. Au vu de ce qui précède, il convient en équité de compenser les dépens qui devraient être octroyés à chacune des parties. Il n'est ainsi pas alloué de dépens ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).