

# **VD\_FINDINFO HC / 2012 / 660 vom 18. Oktober 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-10-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2012\\_\\_\\_660](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2012___660)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 660 du 18 octobre 2012

IT: VD\_FINDINFO HC / 2012 / 660 del 18 ottobre 2012

## **Regeste**

PROTECTION DE L'UNION CONJUGALE, DROIT DE GARDE, OBLIGATION D'ENTRETIEN | 176 al. 1 ch. 1 CC, 176 al. 1 ch. 2 CC, 176 al. 3 CC

## **Erwägungen**

### **E. 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 suisse du 19 décembre 2008, RS 272 ; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon l'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 délégué de la Cour d'appel civile qui statue comme 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 (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions en partie non patrimoniales, le présent appel est recevable à la forme.

### **E. 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. 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 c. 2 et les réf. citées). 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). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., pp. 136-137 ; Jeandin, in CPC commenté, Bâle 2011, n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées). En l'espèce, le litige porte notamment sur le sort d'enfants mineurs, de sorte que les

pièces produites en deuxième instance sont recevables ; elles ont ainsi été prises en compte dans la mesure de leur utilité pour l'examen de la cause.

### E. 3

a) L'appelante conclut à ce que la garde des enfants A.H.\_\_\_\_\_ et B.H.\_\_\_\_\_ lui soit confiée. Elle considère le père comme étant incapable d'assumer la garde complète des deux enfants. Elle indique que l'intimé a été totalement débordé par la garde d'un enfant en bas âge et que, dès 2007, il a été aidé par la présence de filles au pair, puis d'une maman de jour. Elle se réfère au contenu du certificat médical du Dr. F.\_\_\_\_\_ du 23 mars 2012 pour étayer le fait que Y.\_\_\_\_\_ rencontre des problèmes dans son rôle de père au foyer. Elle précise que, malgré la présence des jeunes filles, elle s'occupait personnellement de ses enfants tous les matins jusqu'au début de l'école de A.H.\_\_\_\_\_ et tous les soirs au retour du travail, ainsi que chaque week-end. Elle rappelle par ailleurs la volonté commune du couple qui était que l'appelante réduise son taux d'activité à 80 % et que l'intimé retrouve une activité professionnelle. Elle prétend par ailleurs présenter un gage de stabilité pour les enfants, dès lors qu'elle travaille dans la région et n'a aucune intention de quitter la Suisse, ce qui n'est pas le cas du père. Elle stigmatise en outre le comportement de celui-ci, qui lui vouerait une haine inconsidérée. b) 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, applicable par le renvoi de l'art. 276 CPC, 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 l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer la garde des enfants ; les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont alors applicables par analogie (Bräm, in Zürcher Kommentar, 2 e éd., Zurich 1998, nn. 89 et 101 ad art. 176 CC ; Chaix, in Commentaire Romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; TF 5A\_693/2007 du 18 février 2008 ; TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1). 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 enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux ; 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 ; ATF 117 II 353 c. 3 ; ATF 115 II 206 c. 4a et 317 c. 2 ; FamPra.ch 2006, n. 20, p. 193 ; FamPra.ch 2008, n. 104, p. 981). Dans le but d'assurer aux enfants une stabilité et un développement harmonieux, on privilégiera le maintien du modèle de mariage adopté par les époux du temps de la vie commune ; la garde sera ainsi attribuée de préférence à l'époux qui consacrait le plus de son temps à l'éducation et aux soins des enfants. Par ailleurs, 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, in FamPra.ch 4/2008, n. 104, p. 98 ; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, in FamPra.ch 2006, n. 20, p. 193). Enfin, la jurisprudence tend à écarter désormais toute préférence naturelle en faveur de la mère, même pour les enfants en bas âge (Leuba/Bastons Bulletti, in Commentaire romand, n. 9 ad art. 133 CC et les réf. citées) ou du moins à accorder à ce critère un caractère très relatif, le

critère décisif étant celui de l'aptitude des parents concernés (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4e éd., Zurich 2009, n. 452, p. 287 ; Juge délégué CACI 5 avril 2011/27). c) Quoi qu'en dise l'appelante, on ne saurait mettre en doute les capacités éducatives du père sur la base du seul certificat médical du Dr F. \_\_\_\_\_ du 23 mars 2012, lequel fait état de "palpitations cardiaques liées au stress de son activité à plein temps de père au foyer de deux enfants en bas âge". Il montre bien plus l'engagement complet du père aux côtés de ses filles et l'investissement personnel donné à cette tâche, ce qui est confirmé par le contenu du certificat médical du 3 septembre 2012 nouvellement produit. On ne saurait par ailleurs lui reprocher d'avoir voulu retrouver une meilleure hygiène de vie – à travers l'aménagement de loisirs et la pratique d'une activité sportive –, ce qui avait du reste motivé sa démarche auprès du Dr. F. \_\_\_\_\_. En outre, on ne saurait déduire du contenu du courriel adressé par l'intimé à une de ses amies en décembre 2011 qu'il aurait l'intention de quitter la région où vivent actuellement ses filles, ce qui serait un vecteur d'instabilité pour ces dernières. Le rachat de la maison, plus précisément de la part de son épouse, par une tierce personne, qui apparaît dans un autre courriel, plaide même en sens contraire. Force est dès lors de constater que les perspectives de changement dans la vie de l'intimé ne sont pas suffisamment rendues vraisemblables. Il n'y a donc pas lieu d'en tenir compte. On ne saurait enfin stigmatiser le comportement de l'intimé à l'égard de l'appelante sous l'angle d'un défaut de dialogue constructif en ce qui concerne les enfants, dès lors qu'il a accepté la pratique d'une garde partagée, comme du reste souligné par l'appelante. S'agissant des clichés produits – qui semblent se rapporter tant à l'intimé qu'à l'appelante dans le cadre de leur vie intime –, ils ne concernent en rien les enfants et ne sauraient être pris en compte dans l'examen de l'octroi de la garde. L'intimé est disponible à 100 % pour s'occuper de ses filles, ce qui n'est pas le cas de l'appelante, qui précise même à l'appui de son appel ne pas pouvoir "se permettre de réduire son taux de travail avant que l'intimé ait un revenu et/ou que la villa soit vendue". L'octroi de la garde des enfants au père a par ailleurs l'avantage d'être le plus fidèle au modèle majoritairement choisi jusqu'ici. Aucun élément ne plaide ainsi en faveur d'une autre solution que celle arrêtée par le premier juge. Il y a donc lieu de confirmer le prononcé entrepris sur la question de l'octroi de la garde des enfants au père. Cette solution s'impose d'autant plus si les problèmes de santé rencontrés par l'appelante en août et septembre 2012, qui ont conduit à une incapacité totale de travail, devaient perdurer.

#### **E. 4**

a) Sans prendre de conclusions formelles sur ce point, l'appelante critique la non-mise en œuvre d'une enquête sociale diligentée par le Service de protection de la jeunesse (SPJ) ou d'une expertise pédopsychiatrique, demandée, à ses dires, par les parties. b) Dans les procédures du droit de la famille, la maxime inquisitoire impose au juge d'établir d'office les faits pour les questions relatives aux enfants. Le juge doit ordonner une expertise lorsque cette mesure apparaît le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne dispose pas de connaissances personnelles suffisante pour se prononcer sur le bien de l'enfant ; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (TF 5A\_146/2011 du 7 juin 2011 c. 4.1 ; TF 5A\_798/2009 du 4 mars 2010 c. 3.1 et les réf. citées, non publié in ATF 136 I 118). En mesures protectrices, une expertise ne doit cependant être ordonnée que lorsqu'il existe des circonstances particulières. L'expertise est une des mesures d'instruction que le tribunal peut, mais ne doit pas ordonner. La décision sur ce point relève de son pouvoir d'appréciation (TF 5A\_905/2011 du 28 mars 2012 c. 2.5, résumé in RMA 2012 p. 298). c) En l'espèce, il sied tout d'abord d'observer que l'appelante s'était opposée, en première instance, à l'administration du moyen de preuve présentement discuté. Sa prise de position

actuelle, qui conteste la décision du premier juge sur ce point, est pour le moins surprenante. Cela étant dit, il ne découle pas des actes de la cause que l'intérêt des enfants serait menacé par l'octroi de la garde au père. Il n'y a aucun indice de suspicion à l'égard de ce dernier. Les déclarations d'L. \_\_\_\_\_, qui fait état de "réactions irraisonnées de M. Y. \_\_\_\_\_" sont sans aucune portée, puisqu'elles ne font que relater les dires de l'appelante ; elles ne sont corroborées par aucun autre élément du dossier. Sur cette base, le premier juge était fondé à refuser l'administration d'un rapport d'évaluation ou d'une expertise pédopsychiatrique portant sur la capacité éducative des parents et notamment l'aptitude de chacun d'eux à collaborer avec l'autre. On ne décèle en l'état aucun abus du pouvoir d'appréciation du premier juge.

## **E. 5**

Au regard des considérants qui précèdent, il se justifie de maintenir l'organisation de l'exercice du droit de visite, telle que prévue par le premier juge, de même que l'attribution de la jouissance du domicile conjugal à l'intimé, l'appelante devant en assumer les frais et charges courante – ce qu'elle admet implicitement pour le cas où la garde des enfants et la jouissance du domicile conjugal seraient attribuées au père.

## **E. 6**

a) Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Il le fait en application de l'art. 163 al. 1 CC. Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux, le législateur n'ayant toutefois pas arrêté de mode de calcul à cette fin. Dans les cas où les parties ne sont pas dans une situation matérielle favorable, le juge peut fixer la contribution d'entretien en appliquant la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, qui consiste à évaluer les ressources respectives des conjoints, puis à calculer leurs charges en se fondant sur le minimum vital du droit des poursuites (art. 93 LP [Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]), élargi des dépenses incompressibles, enfin à répartir le solde disponible, après couverture de leurs charges respectives, de manière égale entre eux (TF 5P.504/2006 du 22 février 2007 c. 2.2.1 ; TF 5C.180/2002 du 20 décembre 2002 c. 5.2.2, in FamPra.ch 2003, pp. 428 ss, notamment p. 430 et les réf. citées ; Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993, p. 447). En cas de très bonnes situations financières, dans lesquelles les frais supplémentaires liés à l'existence de deux ménages peuvent être couverts, la méthode des minimas vitaux est inopportune pour fixer l'éventuelle contribution d'entretien due en faveur d'un époux. Dans de telles situations, il convient de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien du train de vie jusqu'à la cessation de la vie commune, qui constitue la limite supérieure du droit à l'entretien, la fixation de la contribution d'entretien ne devant en effet pas anticiper sur la liquidation du régime matrimonial (ATF 121 I 97 c. 3b et les arrêts cités ; ATF 118 II 376 c. 20b ; ATF 115 II 424 ; TF 5A\_205/2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2010, p. 894 ; TF 5A\_2/2008 du 19 juin 2008, publié in FamPra.ch 2008, p. 941 ; TF 5A\_345/2007 du 22 janvier 2008, publié in FamPra.ch 2008, p. 621 ; Vetterli, in FamKomm Scheidung, Berne 2011, n. 29 ad art. 176 CC). C'est au créancier de la contribution d'entretien qu'il incombe de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 c. 2 ; TF 5A\_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2). Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que, même en cas de situations financières très favorables, il fallait s'en tenir, pour circonscrire la notion de dépenses indispensables au train de vie, à des besoins réels et raisonnables et que l'on ne pouvait imposer au débirentier

des dépenses exorbitantes au motif qu'il avait assumé à bien-plaire de tels frais, incompatibles avec la notion de train de vie (TF 5P.67/1992 du 12 mai 1992 c. 2a ; TF 5A.793/2008 du 8 mai 2009 c. 3.3). Il appartient par conséquent au juge d'apprécier quelles dépenses correspondent à des besoins raisonnables (Vetterli, op. cit., n. 29 ad art. 176 CC). Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Celui-ci comprend le produit du travail salarié, mais aussi les revenus de la fortune, les gratifications, le treizième salaire et les avantages salariaux, par exemple sous forme de véhicule, d'indemnité pour travail en équipe ou de frais de représentation (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4 e éd., Zurich 2009, n. 982, p. 571, note infrapaginale 2118). Les forfaits pour frais ne sont pris en compte en tant que revenu que pour la part qui dépasse les frais effectifs (TF 5C\_282/2002 du 27 mars 2003, c. 2.2) ; il incombe au salarié d'établir cette part (TF 5P.5/2007 du

### **E. 9**

a) Dans sa réponse à l'appel, l'intimé demande à pouvoir bénéficier de l'assistance judiciaire, avec effet rétroactif au 27 août 2012. b) Il est de jurisprudence que le devoir de l'Etat d'accorder l'assistance judiciaire au plaideur indigent dans un procès non dénué de chances de succès passe après l'obligation d'assistance et d'entretien prévue par le droit de la famille non seulement dans les rapports entre parents et enfants mineurs, mais aussi dans les rapports entre époux. Lorsque, grâce à l'octroi d'une provision ad litem, une partie peut faire l'avance des frais de procès, l'Etat ne saurait être appelé à lui octroyer l'assistance judiciaire (ATF 103 Ia 99 c. 4 ; TF 5P.31/2004 du 26 avril 2004 ; TF 4A\_423/2012). c) En l'espèce, le premier juge a rejeté la conclusion de l'intimé en versement d'une provision ad litem, au motif que celui-ci a mis de côté environ 50'000 fr. provenant des économies des époux et qu'il a ainsi les moyens financiers suffisants pour assumer les honoraires de son conseil. Ce point n'a pas été contesté par l'intimé, puisque ce dernier n'a pas interjeté appel. Sur cette base, il convient de rejeter la requête d'assistance judiciaire –, subsidiaire –, ce d'autant que la condition d'indigence n'est en l'état pas réalisée. Il ressort en effet du formulaire produit que l'intimé bénéficie encore de quelque 10'000 fr. d'économies. Il échoue du reste à rendre vraisemblable le montant des dettes évoquées de l'ordre de 12'000 francs.

### **E. 10**

En conclusion, l'appel doit être partiellement admis. L'appelante échoue sur l'ensemble des questions soulevées, à l'exception de la question du bonus. Il se justifie dès lors de répartir les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr., à raison de 500 fr. à la charge de l'appelante et à raison de 100 fr. à la charge de l'intimé. L'appelante versera à l'intimé la somme de 1'600 fr. à titre de dépens réduits de deuxième instance. Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. L'appel est partiellement admis. II. L'ordonnance est réformée au chiffre VIII du dispositif comme suit : VIII. (supprimé) L'ordonnance est confirmée pour le surplus. III. La requête d'assistance judiciaire de Y. \_\_\_\_\_ est rejetée. IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante B. \_\_\_\_\_ à raison de 500 fr. (cinq cents francs) et à la charge de l'intimé Y. \_\_\_\_\_ à raison de 100 fr. (cent francs). V. L'intimé Y. \_\_\_\_\_ doit verser à l'appelante B. \_\_\_\_\_ la somme de 100 fr. (cent francs) à titre de restitution partielle d'avance de frais de deuxième instance. VI. L'appelante B. \_\_\_\_\_ versera à l'intimé Y. \_\_\_\_\_ la somme de 1'600 fr. (mille six cents francs) à titre de dépens réduits de deuxième instance. VII. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : La greffière : Du 23 octobre 2012. Le dispositif de l'arrêt qui

précède est communiqué par écrit aux intéressés. 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 Nicole Wiebach (pour B. \_\_\_\_\_), ■ Me Colette Chable (pour Y. \_\_\_\_\_). 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. La greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.