

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 8 juin 2017

Composition : Mme MERKLI, juge déléguée
Greffière : Mme Choukroun

Art. 28b CC, 276 al. 2 CC ; 106 al. 1 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **X.**_____, à [...], intimé, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 10 avril 2017 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **W.**_____, à [...], requérante, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 10 avril 2017, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Président du tribunal d'arrondissement) a rappelé la convention signée le 7 mars 2017, ratifiée séance tenante pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles, aux termes de laquelle la garde de fait sur les enfants [...], née le [...] 2013, et [...], née le [...] 2015, a été confiée à W._____, chez laquelle ils sont domiciliés. Au surplus, et sauf meilleure entente, X._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener, un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche 18h00, un soir par semaine, en principe le mercredi, de 18h00 à 20h00, alternativement à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne fédéral et au minimum 4 semaines de vacances par année, moyennant préavis de deux mois donné par écrit à la mère (I), a attribué la jouissance du domicile familial, sis [...], à W._____ jusqu'au 31 juillet 2017, puis à X._____ dès le 1^{er} août 2017, à charge pour chacun d'en payer le loyer et les charges lorsqu'ils en ont la jouissance (II), a interdit à X._____ d'approcher le domicile familial puis le nouveau domicile de W._____, sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP qui réprime l'insoumission à une décision d'autorité (III), a attribué l'autorité parentale sur l'enfant [...], née le [...] 2015, aux parents W._____ et X._____ (IV), a arrêté l'entretien convenable des enfants, du 1^{er} février 2017 au 31 juillet 2017, à 904 fr. par enfant et par mois (V), a dit que la contribution d'entretien mensuelle théorique due par X._____ en faveur de ses enfants, du 1^{er} février 2017 au 31 juillet 2017, s'élevait à 904 fr. par mois et par enfant, éventuelles allocations familiales en sus, a constaté que X._____ ne pouvait contribuer à l'entretien de ses enfants à hauteur de ce montant, et l'a astreint à contribuer à l'entretien de ses enfants, par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de W._____, d'un montant de 822 fr., allocations familiales en sus, l'art. 286a CC étant réservé (VI), a dit que la contribution d'entretien mensuelle théorique due par X._____ en faveur de ses enfants, dès le 1^{er} août 2017, s'élevait à 904 fr. par mois et par

enfant, éventuelles allocations familiales en sus, a constaté que X._____ ne pouvait contribuer à l'entretien de ses enfants à hauteur de ce montant, et l'a astreint à contribuer à l'entretien de ses enfants, par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de W._____, d'un montant de 473 fr., allocations familiales en sus, l'art. 286a CC étant réservé (VII), a imparti un délai au 14 juillet 2017 à W._____ pour ouvrir action au fond dans les causes en action alimentaire et en protection de la personnalité (VIII et IX), a arrêté les frais à 600 fr. à la charge de X._____ et les a laissés provisoirement à la charge de l'Etat (X), a dit que X._____ était le débiteur de W._____ et lui devait immédiat paiement de la somme de 1'000 fr. à titre de dépens (XI), a fixé l'indemnité du conseil d'office de W._____, allouée à Me Irène Wettstein Martin, à 1'643 fr. 15, débours et TVA inclus, pour les opérations du 14 février 2017 au 8 mars 2017 (XII), a dit que W._____, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité de son conseil d'office, laissée à la charge de l'Etat (XIII), a dit que l'indemnité de Me Kathrin Gruber, conseil d'office de X._____, serait fixée ultérieurement (XIV), a dit que X._____, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires, laissés à la charge de l'Etat (XV) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XVI).

En droit, sur les questions litigieuses en appel, le premier juge s'est déclaré compétent - en application de l'art. 6 al. 1 ch. 1 CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois ; RSV 211.02) qui rend le président du tribunal d'arrondissement compétent en matière de protection de la personnalité contre la violence, les menaces et le harcèlement au sens de l'art. 28b CC - pour ordonner l'expulsion de X._____ du domicile conjugal. Il a en outre interdit à X._____ - sous réserve de ses relations personnelles avec ses filles - de s'approcher du domicile familial et du nouveau domicile de W._____ lorsqu'elle l'aurait trouvé. S'agissant des revenus de X._____, le magistrat a considéré qu'au vu des postulations régulières auprès des mêmes employeurs, on pouvait douter de son implication à trouver un emploi, ce qui justifiait de lui attribuer un revenu

hypothétique équivalent à ses indemnités de chômage, à savoir un montant mensuel de 5'011 francs. Considérant enfin que X._____ était la partie succombante dans la procédure, le magistrat a mis les frais judiciaires entièrement à sa charge et a arrêté à 1'000 fr. les dépens de première instance qu'il devait payer à W._____.

B. Par acte du 21 avril 2017, X._____ a déposé un appel contre cette ordonnance. Il a pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

« III. Annulé

VI. dit que X._____ n'est pas en mesure de contribuer à l'entretien de ses enfants tant qu'il est au bénéfice du Revenu minimal de réinsertion. Dès qu'il aura retrouvé un emploi, il sera astreint à contribuer à l'entretien de ses enfants par le versement à chacun d'eux d'une contribution d'entretien de 473 fr. par mois, payable le premier de chaque mois en mains de W._____, allocations familiales en sus, à charge pour lui d'informer immédiatement la mère des enfants qu'il a retrouvé un emploi.

VII. annulé, subsidiairement maintenu, étant précisé que cette pension est due dès le 1^{er} février 2017, plus subsidiairement encore, la pension est fixée du 1^{er} février au 31 juillet 2017 à 655 fr. par enfant et par mois, allocations familiales en sus, et ensuite à 473 fr. par mois et par enfant.

X. Arrête les frais à 600 fr. à la charge de X._____ et W._____ à raison de la moitié chacun et les laisse provisoirement à la charge de l'Etat.

XI. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. »

X._____ a en outre requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, produisant à l'appui de cette requête la copie d'une décision rendue le 21 avril 2017 lui octroyant le bénéfice du Revenu minimum d'insertion à compter du 1^{er} mai 2017.

Par courrier du 25 avril 2017, W._____ a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel. À l'appui de sa requête, elle a produit une attestation de séjour au centre d'accueil Malley-Prairie en 2013, 2014, 2015 ainsi que pour l'entretien ambulatoire pré- et post-hébergement en 2013 et 2017, la dernière fois le 8 février 2017.

Par avis du 5 mai 2017, la juge déléguée de la cour de céans a dispensé X._____ de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

W._____ n'a pas été invitée à se déterminer.

C. La juge déléguée de la cour de céans retient les faits pertinents suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. X._____, né le [...] 1969, et W._____, née le [...] 1983, sont les parents non mariés de [...], née le [...] 2013, et de [...], née le [...] 2015.

X._____ est le père d'une autre enfant mineure, [...], née d'une précédente union le [...] 2005. Par convention sur les effets accessoires du 27 août 2010, ratifiée par jugement de divorce, X._____ s'est engagé à contribuer à l'entretien de cette enfant par le versement d'un montant mensuel de 600 fr., allocations familiales en sus.

2. Le 2 mai 2013, le Juge de paix du district de la Riviera-Pays-d'Enhaut a ratifié la convention signée par les parties le 25 février 2013, dans laquelle elles avaient prévu, durant leur vie commune, une autorité parentale conjointe sur [...] ainsi qu'une couverture conjointe de son entretien. En cas de dissolution du ménage commun, les parties avaient prévu de confier la garde de l'enfant à la mère et d'attribuer un droit de visite usuel au père qui devrait s'acquitter en faveur de l'enfant d'une contribution d'entretien mensuelle de 450 fr. puis de 550 fr. puis de 650 fr., allocations familiales en sus. [...] est née postérieurement à cette convention et aucun accord la concernant n'a été signé.

Le montant des contributions en faveur de [...] a été arrêté sur la base d'un revenu mensuel net de X._____ de 3'720 fr. 70, allocations familiales non comprises, W._____ étant alors sans revenu.

3. Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du

17 février 2017, W._____ a conclu à ce qu'ordre soit donné à X._____ de quitter le domicile familial avec possibilité d'utiliser la force publique (I, VII), à ce qu'interdiction lui soit faite d'approcher le domicile familial sous la peine de l'art. 292 CP (II, VIII), à ce qu'elle prenne à sa charge le loyer de l'appartement (III, IX), à ce que le bail du domicile familial lui soit attribué (IV, X), à ce que X._____ contribue à l'entretien de chacune de ses filles par le versement d'un montant mensuel de 450 fr., allocations familiales en sus, à titre superprovisionnel puis d'un montant mensuel à préciser en cours d'instance, allocations familiales en sus, à titre provisionnel, étant précisé que l'entretien convenable des filles s'élevait à 880 fr. 35 par enfant et par mois (V, VI, XIII, XIV). En outre, W._____ a conclu par voie provisionnelle à l'attribution en sa faveur de la garde des enfants (XI) et à l'octroi d'un libre et large droit de visite à X._____ sur les enfants, à exercer d'entente avec elle, et à défaut d'entente, à l'octroi d'un droit de visite usuel élargi (XII).

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 21 février 2017, le Président du tribunal d'arrondissement a ordonné à X._____ de quitter le domicile familial, lui interdisant de s'en approcher, et en a attribué la jouissance à W._____.

Par procédé écrit du 6 mars 2017, X._____ a conclu à ce que les chiffres VII à XII de la requête déposée le 17 février 2017 par W._____ soient déclarés irrecevables et s'en est remis à justice sur les conclusions XIII et XIV. Au surplus, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles.

Une audience s'est tenue devant le Président du tribunal d'arrondissement le 7 mars 2017, en présence des parties assistées de leurs conseils. Le Président du tribunal d'arrondissement a renoncé à l'audition du témoin amené par X._____. W._____ a retiré la conclusion X de sa requête, relative à l'attribution en sa faveur du bail de l'ancien domicile familial. Les parties ont également signé une convention,

ratifiée séance tenante pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles, dont la teneur est la suivante :

« I.- La garde de fait sur les enfants [...], née le [...] 2013, et [...], née le [...] 2015, est confiée à W. _____, chez laquelle ils sont domiciliés.

II.- Sauf meilleure entente, X. _____ pourra avoir ses enfants auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener :

- un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche 18h00,
- un soir par semaine, en principe le mercredi, de 18h00 à 20h00,
- alternativement à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne fédéral,
- au minimum 4 semaines de vacances par année, moyennant préavis de deux mois donné par écrit à la mère. »

4. La situation financière des parties est la suivante :

a) X. _____ a travaillé en tant qu'employé de cuisine dans l'entreprise [...] du 1^{er} novembre 2002 au 8 octobre 2003, chez [...] en qualité de collaborateur auprès du département logistique du 4 juillet 2007 au 30 septembre 2010 puis chez [...] en qualité d'agent de production ayant pour tâches le calage et le collage des verres du 23 mai 2011 au 10 décembre 2015. Il est au bénéfice d'une formation d'employé de cuisine acquise en 2007 et a suivi une formation de cariste en 2010 puis de gestionnaire de stock en 2016. Il est sans emploi depuis le 10 décembre 2015 et s'est inscrit auprès de l'assurance-chômage. Durant son délai cadre d'indemnisation, ouvert du 15 décembre 2015 au 14 décembre 2017, il a perçu en moyenne des indemnités de chômage mensuelle de l'ordre de 3'832 fr. 40, calculées sur la base d'un gain assuré de 5'011 fr. par mois. À compter du 1^{er} mai 2017, il perçoit 680 fr. 85 par mois au titre de revenu d'insertion, déduction faite de ses indemnités de chômage. Le revenu mensuel hypothétique de X. _____ a été arrêté à 3'832 fr. 40 (cf. infra consid. 4.2).

Les charges incompressibles de X. _____ se composent des postes suivants :

- | | |
|-------------------|--------------|
| - base LP | 1'200 fr. 00 |
| - droit de visite | 150 fr. 00 |

- assurance maladie	<u>14 fr. 35</u>
Total	1'364 fr. 35

Il n'y a pas lieu de tenir compte du montant de 500 fr. que X. _____ déclare verser à sa sœur auprès de laquelle il vit provisoirement (cf. infra consid. 2.3). Une fois ses charges assumées, X. _____ dispose d'un montant de 2'468 fr. 05. À compter du 1^{er} août 2017, X. _____ aura la jouissance de l'ancien domicile familial et en assumera les charges par 1'047 fr., de sorte que, dès cette date, ses charges incompressibles s'élèveront à 2'411 fr. 05 et son disponible à 1'421 fr. 05.

b) W. _____ travaille à un taux de 25% en tant que personnel d'entretien au sein de l'entreprise [...] SA. Elle réalise un salaire mensuel moyen net de 1'118 fr. 05, treizième salaire et allocations pour vacances inclus.

Ses charges incompressibles sont les suivantes :

- base LP	1'350 fr. 00
- loyer (1'047 fr. x 70%)	732 fr. 90
- assurance maladie	<u>114 fr. 75</u>
Total	2'197 fr. 65

Conformément au nouveau droit de la famille entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017, il convient de retrancher du loyer de W. _____ la participation – par 15% chacune – des filles du couple à cette charge dans la mesure où elles vivent auprès de leur mère. Une fois ses charges incompressibles assumées, le budget de W. _____ présente un déficit de 1'079 fr. 60.

c) Les besoins essentiels de [...] correspondent aux postes suivants :

- base LP	400 fr. 00
- loyer (1'047 fr. x 15%)	157 fr. 05

- assurance maladie	<u>57 fr. 15</u>
Total	614 fr. 20

L'enfant perçoit le montant mensuel de 250 fr. à titre d'allocations familiales. Ses coûts directs s'élèvent ainsi à 364 fr. 20 (614 fr. 20 - 250 fr.).

d) Les besoins essentiels de [...] se composent des postes suivants :

- base LP	400 fr. 00
- loyer (1'047 fr. x 15%)	157 fr. 05
- assurance maladie	<u>57 fr. 15</u>
Total	614 fr. 20

L'enfant perçoit le montant mensuel de 250 fr. à titre d'allocations familiales. Ses coûts directs s'élèvent ainsi à 364 fr. 20 (614 fr. 20 - 250 fr.).

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, qui sont des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1

let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 121), 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 provisionnelles 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).

Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

1.2 L'appel ordinaire ayant un effet réformatif, l'appelant doit prendre des conclusions au fond permettant à l'instance d'appel de statuer à nouveau. Il ne peut, dès lors, sous peine d'irrecevabilité, se limiter à conclure à l'annulation de la décision attaquée. Il n'est fait exception à la règle de l'irrecevabilité des conclusions en annulation que si l'autorité, en cas d'admission de l'appel, ne serait de toute manière pas en mesure de statuer elle-même sur le fond, en particulier faute d'un état de fait suffisant, et ne pourrait que renvoyer la cause à l'autorité inférieure (cf. ATF 134 III 379 consid. 1.3 et l'arrêt cité ; JdT 2012 III 23). L'absence de conclusions en réforme ne fait, dans un tel cas, pas obstacle à l'entrée en matière sur l'appel, qui sera rejeté si le moyen d'ordre formel est écarté (TF 5A_936/2013 du 8 juillet 2014 consid. 2.1.3).

1.3 En l'espèce, l'appelant ne distingue pas clairement les conclusions en réforme et celles en annulation, de sorte que la question de la recevabilité de ses conclusions se pose. La question peut toutefois demeurer indéterminée au vu de l'issue du litige.

2.

2.1 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 (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. cit.).

2.2 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 ; Tappy, op. cit., JdT 2010 III 138). 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 (JdT 2011 III 43 et les réf. citées).

La jurisprudence vaudoise (JdT 2011 III 43 ; RSPC 2011, p. 320, note approbatrice de Tappy) considère qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire, même dans les causes soumises à la maxime inquisitoire (en ce sens Tappy, op. cit., JdT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., 2010, n. 2410 p. 437). Le Tribunal fédéral a approuvé cette interprétation de la loi (TF 4A_228/2012 du 28 août 2012 consid. 2.2, publié in ATF 138 III 625). Des novas peuvent toutefois être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JdT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415). Il n'est cependant pas insoutenable d'appliquer strictement l'art. 317 CPC dans tous les litiges auxquels s'applique la maxime inquisitoire, même concernant des contributions envers les enfants (TF 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 consid. 4.1.2 ; TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 4.2., RSPC 2014 p. 456, qui relève que la question de principe n'a pas encore été tranchée).

2.3 En l'espèce, l'attestation de contribution au loyer produite par l'appelant est datée du 13 avril 2017. Ce dernier ayant dû quitter provisoirement le domicile conjugal à compter du 21 février 2017, il est vraisemblable qu'il a été accueilli par sa sœur dès cette date. Alors qu'il s'est prévalu de cette charge déjà devant le premier juge, l'appelant ne démontre toutefois pas qu'il n'aurait pas pu produire cette pièce, en

particulier à l'audience du 7 mars 2017, en observant la diligence requise. L'attestation produite est dès lors irrecevable.

Même à supposer recevable, cette pièce ne rend pas vraisemblable le versement effectif de ce montant.

3. L'appelant invoque la violation de son droit d'être entendu, de son droit à la preuve (refus de l'audition du témoin amené) et reproche à l'ordonnance attaquée de ne contenir aucune motivation ni de l'expulsion ni de l'interdiction de s'approcher du domicile ordonnées. L'appelant soutient encore que l'expulsion du logement relèverait en l'espèce de la compétence de la police judiciaire.

3.1

3.1.1 L'art. 28b al. 2 CC permet notamment de prononcer, pour une durée déterminée, l'expulsion de l'auteur de violence – sous toutes ses formes, pour autant qu'elle atteigne une certaine intensité –, de menaces sérieuses – soit de nature à faire craindre des violences d'une certaine intensité envers la personne menacée ou ses proches –, ou encore de harcèlement (ou « stalking ») – soit d'atteintes répétées à la vie privée engendrant chez la victime un sentiment de crainte – (cf. Steinauer/Fountoulakis, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, 2014, n. 585 ; SJ 2011 165 ; Jeandin/Peyrot, in Commentaire Romand Code civil I, 2010, nn. 12 ss), le but étant de mettre fin à la vie commune pour prévenir de nouvelles atteintes. Si la victime peut craindre de nouvelles atteintes et que l'auteur des atteintes n'accepte pas de quitter définitivement le logement, c'est la victime qui, à terme, doit trouver à se reloger. La durée de l'expulsion doit notamment lui permettre de le faire dans de bonnes conditions. Toutefois, si cela paraît équitable au vu des circonstances et avec l'accord du bailleur, le juge peut attribuer à la seule victime les droits et obligations qui résultent du contrat de bail, en application de l'art. 28b al. 3 ch. 2 CC. En ce cas, l'auteur de l'atteinte peut être durablement empêché de réintégrer le logement commun si la victime l'estime nécessaire. Si l'auteur de l'atteinte expulsé est le maître du

logement (propriétaire ou locataire), le juge peut, pour autant que cela paraisse équitable au vu des circonstances, imposer à la victime de verser à l'auteur de l'atteinte une indemnité appropriée pour l'utilisation exclusive du logement (art. 28 al. 3 ch. 1 CC ; cf. Steinauer/Fountoulakis, op. cit., nn. 587ss, pp. 223-224). Les mesures visées à l'art. 28b CC ne supposent pas l'existence d'une faute (Aebi-Müller, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3^e éd. 2016, n. 7 ad art. 28b CC).

3.1.2 Selon la doctrine et la jurisprudence, les mesures visées à l'art. 28b CC peuvent faire l'objet de mesures provisionnelles, auquel cas les art. 261ss CPC sont applicables (TF 5A_761/2014 du 26 février 2015 consid. 1.4 ; Aebi-Müller, op. cit., n. 11 ad art. 28b CC ; Jeandin/Peyrot, op. cit., n. 22 ad art. 28b CC), sous réserve des dispositions spécifiques prévues dans le cadre de l'expulsion immédiate en cas de crise – dont la procédure est réglée dans le canton de Vaud par les art. 48 à 51 CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; RSV 211.01), prévoyant en ce cas que l'expulsion intervient par décision de la police judiciaire et est soumise pour validation au juge – visée à l'art. 28b al. 4 CC. En dehors des mesures provisionnelles et de la procédure d'expulsion immédiate en cas de crise de l'art. 28b al. 4 CC, la procédure simplifiée des art. 243ss CPC est applicable quelle que soit la valeur litigieuse aux litiges portant sur des violences, des menaces ou du harcèlement au sens de l'art. 28b CC (art. 243 al. 2 let. b CPC).

3.2 La requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du

17 février 2017 de la requérante, tendant notamment à ce qu'ordre soit donné à l'intimé à la requête de quitter le domicile en commun avec possibilité d'utiliser la force publique et à ce qu'interdiction soit faite à l'intimé d'approcher le domicile familial sous la peine de l'art. 292 CP, n'apparaît pas comme faisant suite à une crise, au sens de l'art. 28b al. 4 CC et 48 al. 1 CDPJ, et n'a pas donné lieu à une expulsion immédiate sur le lieu de la violence présumé. Aussi, c'est à juste titre que le Président du

tribunal d'arrondissement a ordonné lesdites mesures en application des art. 261 ss CPC, tout en assignant les parties à une audience de mesures provisionnelles, afin qu'elles soient entendues sur la question, ce qui a été le cas puisqu'une audience a été tenue le 7 mars 2017.

S'agissant par ailleurs du refus de l'audition du témoin amené à l'audience par l'intimé à la requête, elle relève de l'appréciation des preuves par le premier juge qui devait examiner la question de l'expulsion requise au degré de la vraisemblance. Or, au vu de l'attestation du Centre d'accueil Malley-Prairie du 21 février 2017, produite à l'audience par la requérante et faisant état de séjours et de suivis dans ce centre entre 2013 et 2017, la violence subie par la requérante a été rendue vraisemblable, telle que retenue par l'ordonnance de mesures superprovisionnelles et telle que confirmée par l'ordonnance de mesures provisionnelles, de sorte que le premier juge pouvait renoncer à l'audition du témoin amené.

Quant à l'interdiction prononcée à l'endroit de l'intimé à la requête d'approcher le domicile familial sous la menace de l'art. 292 CP, son maintien se justifie à ce stade, au vu des craintes exprimées par la requérante ensuite des violences subies et rendues vraisemblables, contrairement aux affirmations de l'appelant à cet égard qui allègue être victime de ces violences. Cela se justifie d'autant qu'un délai au 14 juillet 2017 a de toute manière été impartie par l'ordonnance attaquée pour ouvrir action au fond dans la cause en protection de la personnalité (cf. art. 28b al. 1 et al. 2 ch. 1 CC) et que, de surcroît, l'appelant n'allègue aucune entrave, singulièrement à l'exercice de son droit de visite, qui découlerait de cette interdiction.

Il s'ensuit que les griefs du défaut de compétence du premier juge, de la violation du droit d'être entendu, du droit à la preuve et du défaut de motivation (pour ce dernier grief : compte tenu du large pouvoir d'examen de la juge de céans) doivent être rejetés, ce d'autant que l'appelant déclare en définitive ne pas s'opposer à ce que l'intimée à l'appel reste au domicile familial jusqu'au 31 juillet 2017.

À titre superfétatoire, dans la mesure où l'appelant conteste le changement de la serrure par l'intimée tout en indiquant qu'il ne s'y serait pas opposé, il convient de relever que la procédure d'expulsion immédiate en cas de crise, qu'il entend faire appliquer à tort, prévoit le retrait à la personne expulsée de toutes les clés du logement (cf. art. 48 al. 4 CDPJ), de sorte que ce moyen tombe à faux.

4. L'appelant conteste le montant des contributions fixé pour ses enfants sur la base d'un revenu hypothétique. Il reproche au premier juge de s'être écarté de l'appréciation des autorités administratives en matière de chômage, de sorte que les conditions pour lui imputer un revenu hypothétique ne seraient pas réalisées. Le recourant soutient qu'il perçoit le Revenu minimum d'insertion depuis le 1^{er} avril 2017 (recte : 1^{er} mai 2017) et que ce n'est que lorsqu'il aura retrouvé du travail qu'il pourra être astreint à verser une pension de 473 fr. pour chacune de ses filles.

4.1

4.1.1 Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier.

En matière de contributions destinées à l'entretien des enfants, des exigences particulièrement élevées s'imposent quant à la mise à profit de la capacité de gain du parent débirentier, surtout lorsque les conditions financières sont modestes (Burgat, le revenu hypothétique en cas de séparation ou de divorce, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2011 p. 3 ; ATF 137 III 118 consid. 3.1, JdT 2011 II 486; TF 5A_21/2012 du 3 mai 2012 consid. 3.3). Dès lors, lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents ne fournit pas tous les efforts que l'on peut attendre de lui pour assumer son obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien et 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 consid. 2.3, JdT 2011 II 486) – dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 consid. 4a; TF 5A_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.3 ; TF 5A_634/2013 du 12 mars 2014 consid. 3.1.2 ; TF 5A_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1 ; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 consid. 3.1, publié in SJ 2011 I 177).

4.1.2 Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit examiner s'il peut être raisonnablement exigé de la personne concernée 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 un revenu supérieur en travaillant ; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit examiner 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_235/2016 du 15 août 2016 consid. 4.1 ; ATF 137 III 118 consid. 2.3 ; ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2 ; TF 5A_154/2016 du 19 mai 2016 consid. 5.1 et la jurisprudence citée). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources, pour autant qu'elles soient pertinentes par rapport aux circonstances de l'espèce (ATF 137 III 118 consid. 3.2; TF 5A_154/2016 du 19 mai 2016 consid. 5.1 précité et les références).

4.1.3 Le fait qu'un débirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale (chômage, assistance sociale) ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. En effet, le juge civil n'est

pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives. En outre, les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales; en droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, le débirentier peut notamment se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurance sociale (ATF 137 III 118 consid. 3.1, JdT 2011 II 486; TF 5A_634/2013 du 12 mars 2014 consid. 3.1.1; TF 5A_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1; TF 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.3). C'est pourquoi, le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension ou l'octroi d'un revenu d'insertion constitue tout au plus un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi (TF 5A_256/2015 du 13 août 2015 consid. 3.2.2; TF 5A_891/2013 du 12 mars 2014 consid. 4.1.2, FamPra.ch 2014 p. 748; TF 5A_248/2011 du 14 novembre 2011 consid. 4.1., FamPra.ch 2012 p. 500; TF 5A_724/2009 du 26 avril 2010 consid. 5.3, FamPra.ch 2010 673; de Poret Bortolaso, SJ 2016 II 141, spéc. 159 et les arrêts cités).

4.2 En l'espèce, le premier juge a retenu que l'appelant avait travaillé en tant que magasinier cariste et qu'il percevait des indemnités de chômage depuis janvier 2016, calculées sur la base d'un gain assuré de 5'011 fr. par mois. Il avait perçu des indemnités nettes de 3'832 fr. 40 en moyenne - ce qui n'est pas contesté en appel - ce montant correspondant d'ailleurs au salaire indiqué dans la convention du 23 février 2013. L'appelant avait déclaré être en fin de droit et vouloir s'inscrire aux services sociaux. Selon le premier juge, au vu des postulations régulières de l'appelant auprès des mêmes employeurs, on pouvait douter de son implication à trouver un emploi, de sorte qu'il convenait de retenir un revenu hypothétique équivalent à ses indemnités de chômage.

Cette appréciation ne prête pas le flanc à la critique et doit être confirmée. En effet, l'appelant est père de trois enfants mineurs âgés de deux, quatre et douze ans. La situation financière des parties à la procédure, parents non mariés, est très serrée et leurs deux enfants communs sont en bas âge. Aussi, les exigences quant à la capacité contributive de l'appelant sont particulièrement élevées en l'espèce, au vu de la jurisprudence en la matière rappelée ci-dessus.

L'appelant, qui ne conteste pas avoir postulé plusieurs fois chez le même employeur, soutient que les besoins variables des employeurs s'agissant de magasiniers caristes expliqueraient ce fait. Par ces considérations générales, l'appelant - qui dispose du reste de trois formations et non pas d'une seule comme il le prétend - n'allègue pas qu'il n'aurait pu ni ne pourrait trouver un emploi de magasinier cariste chez d'autres employeurs (notamment dans l'expédition de colis), voire un emploi dans l'hôtellerie/restauration ou dans les cantines/cafétérias au vu de sa formation notamment d'employé de cuisine, étant précisé que les salaires qui y sont versés sont de l'ordre de ceux retenus par le premier juge à titre de salaire de magasinier cariste (Mühlhauser/Jung, Lohnbuch Schweiz 2017, p. 335 n. 55.10 et p. 343 n. 56.29: employé dans l'hôtellerie/restauration ou cantines/cafétérias sans CFC mais avec formation Progresso sur 25 jours 3'919 fr. 50, 13^{ème} salaire y compris). L'appelant, polyvalent et en bonne santé, était ainsi en mesure d'élargir ses recherches et d'augmenter ses chances de retrouver un emploi déjà avant l'échéance de son délai-cadre d'indemnisation par l'assurance-chômage et la perception du revenu d'insertion, son âge ne constituant pas un obstacle sur le marché de l'emploi dans l'ensemble de ces domaines d'activités (cf. Secrétariat d'Etat à l'économie, SECO, La situation sur le marché du travail en 2017, <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home>).

C'est ainsi à juste titre que le premier juge a considéré l'appelant comme étant en mesure de se procurer le revenu hypothétique retenu compte tenu de sa formation, de son âge et de son état de santé. Par ailleurs, on peut raisonnablement exiger qu'il obtienne un tel revenu

compte tenu du marché de l'emploi, afin de remplir ses obligations envers ses trois enfants mineurs. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu, comme il l'allègue, d'attendre qu'il ait retrouvé un emploi avant de fixer des contributions d'entretien en faveur de ses enfants.

5. L'appelant soutient qu'il paie un loyer à sa sœur qui l'héberge jusqu'à sa réintégration dans l'ancien domicile conjugal. Selon lui, même à supposer qu'un revenu hypothétique devait lui être attribué, cette charge entraînerait une réduction du montant des contributions en faveur de ses enfants. La pièce sur laquelle l'appelant s'appuie à cet effet est cependant irrecevable en appel ; même à supposer recevable, le paiement effectif de cette charge n'est pas vraisemblable (cf. supra consid. 2.3).

Pour le surplus, l'appelant n'allègue ni n'établit en appel devoir assumer d'autres charges qui réduiraient d'autant son disponible. En particulier, il ne revient nullement sur les frais de transport ou de repas, que le premier juge n'a pas retenus faute de pièces justificatives à cet égard. Il est ainsi vraisemblable qu'il n'assume pas de frais à ce titre. Au demeurant, son disponible a été divisé par trois pour tenir compte, à juste titre et par égalité de traitement, de l'enfant [...], issue de sa précédente relation, bien qu'il n'établisse pas lui verser effectivement à ce stade la différence de 222 fr. par rapport à la contribution de 600 fr. qui lui est due selon la convention du 27 août 2010.

6. Dans un dernier moyen, l'appelant conteste la mise à sa charge de l'entier des frais de justice de première instance, par 600 fr., mais laissés provisoirement à la charge de l'Etat. À l'appui de ce moyen, il fait valoir qu'il aurait retiré l'une de ses conclusions et se serait remis à justice pour les contributions dues à ses enfants, soit qu'il les aurait admises sur le principe tout en requérant qu'elles soient adaptées à sa situation financière réelle. En outre, les parties auraient transigé sur le droit de visite alors que sur la question de l'autorité parentale ce serait l'appelant qui aurait eu gain de cause, l'intimée ayant refusé de signer une convention à ce sujet. L'appelant admet toutefois l'absence de conclusions formelles à ce sujet, tout en relevant qu'il aurait requis dans son procédé

écrit que l'autorité parentale lui soit octroyée, ce que le premier juge aurait par la suite admis d'office.

S'agissant des dépens de première instance, l'appelant conclut formellement à ce qu'il ne soit pas alloué de dépens. Dans la motivation de l'appel, il déclare subsidiairement consentir à ce que les frais de première instance soient laissés à sa charge, mais à ce qu'il soit renoncé à l'allocation de dépens de première instance en faveur de la partie adverse.

6.1 Une fois les frais et dépens arrêtés, ils sont répartis entre les parties en application des art. 106 et 107 CPC, la règle étant que les frais sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Le tribunal est toutefois libre de s'écarter de ces règles et de les répartir selon sa libre appréciation dans les hypothèses prévues par l'art. 107 CPC et notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC). Statuant dans ce cadre selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), l'autorité cantonale dispose d'un large pouvoir d'appréciation (cf. ATF 132 III 97 consid. 1; ATF 130 III 28 consid. 4.1; Tappy, CPC commenté, op. cit., n° 6 ad art. 107 CPC). La doctrine considère que l'application de l'art. 107 CPC ne devrait pas constituer la règle pour la répartition des frais judiciaires dans les procédures sommaires de l'union conjugale, son application relevant de l'équité (Pesenti, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Privatrecht, Band 131, Basel, 2017, n. 503 et les références à la note infrapaginale 1086).

6.2 Dans son procédé écrit, l'appelant - intimé à la requête - avait conclu, sous suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise au président du Tribunal de l'arrondissement de l'Est vaudois : « I. de déclarer irrecevables les conclusions VII à XII de la requête de mesures provisionnelles déposée par W._____ le 17 février 2017, l'intimé s'en remettant à justice sur les conclusions XIII et XIV, dès lors que l'urgence pour des mesures provisionnelles avant même l'introduction d'une action alimentaire étant douteuse dès lors qu'une contribution d'entretien a d'ores et déjà été fixée

(sic). Dans tous les cas, le coût d'entretien de l'enfant doit être réparti par moitié entre les parties et tenir compte des revenus actuels de l'intimé qui ne lui permettent pas de verser une pension tant qu'il n'a pas retrouvé un emploi. II. D'annuler l'ordonnance de mesures superprovisionnelles. »

Or, s'agissant des conclusions VII à XII, aucune n'a été déclaré irrecevable dans le dispositif de l'ordonnance attaquée, la requérante ayant retiré au préalable une seule des 14 conclusions de sa requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concernant l'attribution du bail à loyer (X). En outre, les parties ont transigé sur deux autres conclusions de la requérante concernant la garde et le droit de visite (XI) en ce sens que l'intimé à la requête a acquiescé à la garde requise par la mère et à la réglementation du droit de visite quasiment telle que requise par la requérante. S'agissant des conclusions XIII et XIV portant sur des contributions alimentaires pour les deux enfants à chiffrer en cours d'instance, l'intimé à la requête s'en est remis à justice, en précisant cependant notamment qu'il fallait tenir compte du fait qu'il n'était pas en mesure de verser une pension tant qu'il n'avait pas retrouvé un emploi, ce qui revient en réalité à conclure au rejet des conclusions de la requérante ; or, sur ce point, l'intimé à la requête n'a pas non plus été suivi. Enfin, s'agissant encore de l'autorité parentale, l'intimé à la requête n'avait pas formellement pris une conclusion allant dans ce sens, se limitant à déclarer dans la motivation de son écriture qu'il entendait demander à l'autorité compétente, soit à la justice de paix, l'autorité parentale conjointe ; cette déclaration ne saurait être considérée comme une conclusion qui justifierait de considérer l'intimé à la requête comme ayant obtenu gain de cause sur cette question.

Partant, au vu des conclusions prises par l'intimé à la requête et du dispositif de l'ordonnance rendue, le premier juge n'apparaît pas comme ayant violé l'art. 106 CPC, ni excédé de manière inéquitable son pouvoir d'appréciation en considérant que l'intimé à la requête avait succombé et en mettant les frais judiciaires à sa charge. Dans ces conditions, il n'était pas tenu de répartir les frais de justice par moitié, comme requis par l'appelant.

Le même raisonnement peut être tenu s'agissant des dépens, arrêtés par le premier juge à 1'000 fr. en faveur de la requérante, qui doit être considérée comme ayant obtenu gain de cause sur le principe et pour l'essentiel. La quotité arrêtée en application de l'art. 9 TDC n'est pas remise en cause ; elle est de toute manière conforme à la fourchette prévue dans cette disposition – 600 à 50'000 fr. en première instance, en fonction de l'importance et de la difficulté de la cause ainsi que selon le travail effectué – et se situe à la limite inférieure de celle-ci.

7. En définitive, l'appel, manifestement mal fondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance entreprise confirmée.

En conséquence, la requête d'assistance judiciaire présentée par l'appelant ne peut qu'être rejetée (art. 117 let. b CPC), sa cause apparaissant dépourvue de toute chance de succès.

Il se justifie de statuer sans frais en l'espèce (cf. art. 10 et 11 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]).

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens, dès lors que l'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

Par ces motifs,
la juge déléguée
de la Cour d'appel civile
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. L'arrêt motivé, rendu sans frais judiciaires de deuxième instance, est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 9 juin 2017, est notifié en expédition complète à :

- Me Katrin Gruber, avocate (pour X. _____),
- Me Irène Wettstein Martin, avocate (pour W. _____),

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

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

La juge déléguée 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), 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).

La greffière :