

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

---

---

Arrêt du 9 octobre 2012

---

Présidence de M. PELLET, juge délégué  
Greffier : M. Corpataux

\*\*\*\*\*

**Art. 176 al. 1 ch. 1 et 2 et al. 3 CC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.B.**\_\_\_\_\_, à Cheyres, requérante, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 18 septembre 2012 par la Vice-présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.B.**\_\_\_\_\_, à Concise, intimé, 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 18 septembre 2012, communiquée le même jour aux parties, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a autorisé les époux B.B.\_\_\_\_\_ et A.B.\_\_\_\_\_ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), confié la garde des enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ à leur père (II), accordé à A.B.\_\_\_\_\_ un libre et large droit de visite sur ses enfants, à exercer d'entente avec le père ou, à défaut d'entente, une fin de semaine sur deux, du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures, un mercredi après-midi sur deux de 12 heures à 18 heures, durant la moitié des vacances scolaires, alternativement à Pâques ou Pentecôte, l'Ascension ou le Jeûne fédéral et Noël ou Nouvel An, à charge pour la mère d'aller les chercher et de les ramener là où ils se trouvent (III), attribué la jouissance du domicile conjugal à B.B.\_\_\_\_\_, qui en payera les intérêts hypothécaires et les charges courantes pour l'ensemble de l'immeuble (IV), astreint A.B.\_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 320 fr., allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.B.\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> mars 2012 (V), dit que l'ordonnance est rendue sans frais ni dépens (VI), arrêté l'indemnité du conseil d'office d'A.B.\_\_\_\_\_ (VII), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel ou recours (VIII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX).

En droit, le premier juge a estimé que les parents avaient des capacités éducatives équivalentes et qu'ils étaient tous deux disponibles pour s'occuper de leurs enfants mineurs, mais qu'il était préférable de confier leur garde à B.B.\_\_\_\_\_, dès lors notamment qu'A.B.\_\_\_\_\_ avait reconnu avoir fumé des joints, qu'une plantation de cannabis avait été découverte dans la cave du domicile du compagnon d'A.B.\_\_\_\_\_, que les enfants ne s'entendaient pas avec ce compagnon et qu'au surplus, les enfants avaient vécu avec leur père depuis la séparation et s'étaient habitués à cette nouvelle vie ; le premier juge a par ailleurs estimé que le

cas d'espèce devait être traité à relative brève échéance et qu'il se justifiait par conséquent de statuer avant la réception du rapport d'évaluation du Service de protection de la jeunesse (ci-après : le SPJ), tout en relevant que la situation serait réexaminée si les conclusions dudit rapport venaient à diverger sur des points essentiels de l'ordonnance. Le logement familial a en outre été attribué à B.B.\_\_\_\_\_, afin de ne pas imposer de déménagement aux enfants. Le premier juge a par ailleurs considéré que la mère devait pouvoir entretenir des relations personnelles avec ses enfants, nonobstant les éléments défavorables précités, et lui a accordé un droit de visite élargi. S'agissant enfin de la question de l'entretien, le premier juge a procédé selon la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent et a estimé que le disponible des parties, par 3'048 fr., devait être réparti à raison de 60 % en faveur de B.B.\_\_\_\_\_, qui s'était vu attribuer la garde des enfants, et de 40 % en faveur d'A.B.\_\_\_\_\_, de sorte que celle-ci devait être astreinte à contribuer à l'entretien de ses enfants mineurs par le versement d'une pension mensuelle de 320 francs.

**B.** Par mémoire du 10 octobre 2012, A.B.\_\_\_\_\_ a fait appel de cette ordonnance, concluant, avec suite de frais, à sa réforme en ce sens que la garde sur les enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ soit conjointement attribuée aux deux parents, elle-même pouvant avoir ses enfants trois jours par semaine et tous les week-ends ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, alternativement à Pâques ou Pentecôte, l'Ascension ou le Jeûne fédéral, Noël ou Nouvel An, que l'autorité parentale sur ses enfants lui soit attribuée, qu'elle ne soit pas astreinte à servir de contribution pour l'entretien des siens et que le montant mensuel de 900 fr. relatif au studio de Concise lui soit versé.

L'appelante a produit un bordereau de onze pièces à l'appui de son appel et requis que le SPJ établisse un rapport d'évaluation concernant les enfants.

L'appelante a requis par ailleurs le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance ; elle a été dispensée de l'avance de frais, la décision sur l'assistance judiciaire étant réservée.

B.B.\_\_\_\_\_ n'a pas été invité à se déterminer sur l'appel.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

**a)** B.B.\_\_\_\_\_ et A.B.\_\_\_\_\_ se sont mariés le 3 août 1990 à Blackpool (Grande-Bretagne).

Trois enfants sont issus de cette union : X.\_\_\_\_\_, aujourd'hui majeur, Y.\_\_\_\_\_, né en 2000, et Z.\_\_\_\_\_, né en 2001.

**b)** Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale et d'extrême urgence du 1<sup>er</sup> février 2012, A.B.\_\_\_\_\_ a saisi le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la présidente), concluant en substance, par voie de mesures protectrices de l'union conjugale, à ce que les époux soient autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée, que la garde des enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ lui soit attribuée, que la jouissance exclusive du logement conjugal lui soit attribuée, B.B.\_\_\_\_\_ devant toutefois continuer à en payer les charges, que celui-ci quitte le logement conjugal sans délai, à défaut de quoi elle pourrait se faire aider par les forces de l'ordre pour contraindre son époux à quitter ledit logement, par la force si nécessaire, qu'un droit de visite fixé à dire de justice soit accordé à B.B.\_\_\_\_\_, que celui-ci soit astreint à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle dont le montant serait fixé à dire de justice, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, et que la question de l'attribution des véhicules demeure réservée ; les mêmes conclusions ont été prises par voie de mesures provisoires d'extrême urgence.

Le contexte étant particulièrement conflictuel, A.B.\_\_\_\_\_ a finalement décidé de quitter le foyer conjugal pour s'installer au domicile de son nouveau compagnon, à Cheyres. Les enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ sont toutefois restés vivre auprès de leur père dans la maison familiale de Concise, tout en gardant des contacts réguliers avec leur mère, passant notamment le mercredi après-midi avec elle.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 3 février 2012, la présidente a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles d'A.B.\_\_\_\_\_.

B.B.\_\_\_\_\_ s'est déterminé par procédé écrit du 21 mars 2012, concluant en substance, avec suite de frais, à ce que les époux soient autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée, que la garde sur les enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ lui soit attribuée, que la jouissance exclusive du logement conjugal lui soit attribuée, à charge pour lui d'en payer les charges, qu'A.B.\_\_\_\_\_ soit mise au bénéfice d'un large droit de visite sur ses enfants et que les questions financières soient réservées.

Une première audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 22 mars 2012 en présence des parties assistées de leur conseil. A cette occasion, la conciliation a été tentée, mais n'a pas abouti. A l'issue de l'audience, la procédure a été suspendue afin de pouvoir procéder à l'audition des enfants mineurs et obtenir la production de diverses pièces permettant d'établir la situation financière des parties.

Les enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ ont été entendus le 4 avril 2012 ; leurs déclarations seront exposées ci-dessous dans leur teneur essentielle.

Une seconde audience de mesures protectrices de l'union conjugale s'est tenue le 3 mai 2012 en présence des deux parties, à nouveau assistées de leur conseil respectif. La conciliation a une nouvelle fois été tentée, sans succès. Compte tenu de l'intensité du conflit conjugal

et du profond désaccord des parties au sujet du sort des deux enfants mineurs, la présidente a informé les parties de sa décision de confier au SPJ un mandat d'évaluation ; par courrier du 13 juillet 2012, elle a toutefois été informée du fait que le Groupe évaluation et missions spécifiques du SPJ était particulièrement surchargé et qu'il n'était dès lors pas à même de traiter les mandats dans les délais usuels.

**c)** S'agissant du sort des enfants mineurs, il y a lieu de retenir en outre ce qui suit :

Il ressort du compte-rendu de leur audition du 4 avril 2012 que Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ sont fortement perturbés par le conflit parental et souhaitent avant tout ne pas trop en subir les conséquences. Ainsi, ils espèrent que leur quotidien n'en sera pas trop bouleversé et qu'ils puissent rester vivre à Concise afin de ne pas perdre leurs amis et leurs repères. Les deux enfants ont expliqué s'être habitués et adaptés à leur nouvelle vie avec leur père, tout en précisant rendre régulièrement visite à leur mère. Ils ont toutefois avoué qu'ils s'ennuyaient lors de leurs séjours à Cheyres, en particulier parce qu'ils n'y connaissaient personne, et qu'au surplus, ils ne s'entendent pas tellement avec le compagnon de leur mère, à qui ils reprochent de leur avoir « volé leur maman ».

Par courrier du 14 août 2012, le Ministère public fribourgeois a produit différentes pièces concernant en particulier A.B.\_\_\_\_\_ et son compagnon, dont il ressort que celle-ci était au courant du fait que son compagnon avait aménagé une plantation indoor de cannabis dans la cave de son domicile et qu'elle-même admettait fumer une dizaine de joints par mois depuis environ deux ans.

**d)** La situation personnelle et financière des parties se présente comme il suit :

**aa)** B.B.\_\_\_\_\_ a atteint l'âge de la retraite et perçoit de l'AVS un montant de 3'708 fr. par mois, lequel comprend sa propre rente AVS ainsi que deux rentes complémentaires pour ses enfants mineurs.

B.B.\_\_\_\_\_ a en outre conservé une activité professionnelle accessoire, dans le domaine de la démolition de voitures et de la vente de pièces détachées, qu'il exerce pendant que ses enfants sont à l'école et qui lui procure un revenu supplémentaire de l'ordre de 2'000 fr. par mois, après déduction du loyer de son atelier de 1'000 francs.

Les charges incompressibles de B.B.\_\_\_\_\_ comprennent ses frais de logement par 1'500 fr. ainsi que sa prime d'assurance-maladie et celles de ses enfants par 550 fr. ; le montant de base de son minimum vital s'élève à 1'350 fr. et celui des enfants mineurs à 1'200 fr. (2 x 600 fr.), dont à déduire le montant des allocations familiales par 400 francs.

**bb)** A.B.\_\_\_\_\_ travaillait comme veilleuse pour le compte de [...], à Corcelles-sur-Chavornay, et réalisait à ce titre un revenu mensuel net de 3'790 fr., part au treizième salaire comprise. En raison de problèmes de santé, elle a toutefois été en arrêt maladie à compter du mois de mai 2011, percevant alors des prestations d'assurance à hauteur de 3'000 fr. net par mois, puis a été licenciée pour le 30 juin 2012. A.B.\_\_\_\_\_ souffre d'une discopathie dégénérative L2-L3 avec apparition d'une petite hernie para-médiane et foraminale droite et d'un remaniement Modic I de la partie antérieure des plateaux vertébraux adjacents au disque L2-L3, ainsi que d'une discopathie L3-L4 et d'une hernie para-médiane et foraminale droite, dont l'état est toutefois stable ; par courrier du 18 juillet 2012, l'Office AI a fait savoir à A.B.\_\_\_\_\_ qu'aucune mesure de réadaptation d'ordre professionnel n'était possible, dès lors que sa situation médicale n'était pas encore stabilisée, et qu'elle examinait son droit à d'éventuelles autres prestations.

A.B.\_\_\_\_\_ est propriétaire de la maison familiale de Concise, ensuite d'une donation de B.B.\_\_\_\_\_ intervenue le 26 octobre 2011 que celui-ci entend toutefois révoquer ; cette maison comprend non seulement le logement familial, mais également un studio loué à un tiers pour un montant de 800 fr. par mois, lequel revient de plein droit à A.B.\_\_\_\_\_.

Les charges mensuelles incompressibles d'A.B. \_\_\_\_\_ comprennent sa participation au loyer par 750 fr. (soit la moitié du loyer de 1'500 fr.), sa prime d'assurance-maladie par 410 fr., sa franchise et sa participation aux frais médicaux par 100 fr. ainsi qu'un supplément de 150 fr. pour l'exercice du droit de visite ; compte tenu de son concubinage, le montant de base de son minimum vital s'élève à 850 francs.

### **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 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.

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

**3. a)** Dans un premier moyen, l'appelante fait grief au premier juge d'avoir statué, notamment sur la question de la garde des enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_, avant que le rapport d'évaluation du SPJ ne soit déposé.

**b)** Les mesures protectrices de l'union conjugale sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve et limitation du degré de la preuve à la simple vraisemblance (ATF 127 III 474 c. 2b/bb ; ATF 120 II 352 c. 2b) ; il

suffit donc que les faits soient rendus plausibles. Le point de savoir si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 c. 5 ; TF 5A\_508/2011 du 21 novembre 2011 c. 1.3). Ces principes restent applicables après l'entrée en vigueur du CPC (TF 5A\_386/2012 du 23 juillet 2012 c. 2.3). Dans le cadre des mesures protectrices, le juge doit ainsi statuer sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 c. 2.3 in limine ; TF 5A\_497/2011 du 5 décembre 2011 c. 3.2 ; TF 5A\_41/2011 du 10 août 2011 c. 4.2 in fine ; TF 5A\_4/2011 du 9 août 2011 c. 3.2; TF 5A\_720/2009 du 18 janvier 2010 c. 5.3).

**c)** En l'espèce, le premier juge a considéré que le sort des enfants mineurs devait être réglé à brève échéance et que le délai indiqué par le SPJ pour rendre son rapport d'évaluation était trop long pour en attendre le résultat ; le premier juge a en outre indiqué que la situation pourrait de toute manière être réexaminée si les conclusions de ce rapport différaient sur des points essentiels de l'ordonnance. Cette appréciation est adéquate et doit être confirmée, d'autant que le premier juge a suspendu l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale pour entendre les enfants et que cette mesure était suffisante pour lui permettre de statuer à ce stade de la procédure.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

Le SPJ n'étant pas en mesure de déposer un rapport à bref délai, la requête de l'appelante tendant à l'établissement d'un tel rapport doit également être rejetée, d'autant que le SPJ a déjà été mandaté par le premier juge pour évaluer la situation.

**4. a)** Dans un deuxième moyen, l'appelante conteste les modalités du droit de visite qui lui ont été définies et sollicite une garde conjointe ainsi que l'autorité parentale sur ses enfants Y.\_\_\_\_\_ et

Z.\_\_\_\_\_. Elle fait d'abord valoir qu'une garde alternée serait commandée par le bien des enfants, d'autant que l'intimé souffrirait de sérieux problèmes de santé et passerait tout son temps dans son atelier. Elle reproche ensuite au premier juge d'avoir retenu en sa défaveur qu'elle consommait du cannabis, alors que cette consommation était justifiée par des raisons médicales et lui permettait de mieux supporter la douleur causée par ses problèmes dorsaux. L'appelante soutient en outre que les enfants s'entendent très bien avec son compagnon. Enfin, elle fait valoir qu'elle a été licenciée et qu'elle percevra bientôt une rente AI, de sorte qu'elle peut mettre tout son temps au bénéfice des enfants, et ajoute que l'intimé l'aurait récemment empêchée de les voir.

**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, 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 (art. 273 ss CC). Le juge doit notamment régler les questions de la garde et des relations personnelles, voire celle de l'autorité parentale.

L'attribution de l'autorité parentale à un parent n'est pas exclue, mais devrait cependant constituer l'exception dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles. En effet, si l'attribution du droit de garde à un seul des parents apparaît suffisante pour garantir le bien de l'enfant, il n'y a pas lieu de modifier aussi l'exercice de l'autorité parentale ; le seul fait que les parents entretiennent des relations conflictuelles ensuite de la séparation ne suffit notamment pas pour faire application de l'art. 297 al. 2 CC et attribuer l'autorité parentale à l'un des parents (TF 5A\_456/2010 du 21 février 2011 c. 3 ; ATF 111 II 223, JT 1988 I 230). Il en découle que dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, seul le droit de garde, à savoir la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant, est ordinairement attribué (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491).

L'octroi de la garde dans le cadre des mesures protectrices est soumis aux principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce, qui sont applicables par analogie (Bräm, in Zürcher Kommentar, 2<sup>e</sup> 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). 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). Par ailleurs, 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, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, n. 452, p. 287 ; Juge délégué CACI 5 avril 2011/27).

La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui

peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois. Elle suppose une volonté conjointe des parents impliquant leur accord sur le principe et les modalités de la garde. En outre, cette garde doit être compatible avec le bien des enfants (TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1, in FamPra.ch 2012, p. 817 ; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005 c. 3.3 ; Chaix, op. cit., n. 19 ad art. 176 CC).

L'art. 273 al. 1 CC prévoit que le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci (art. 273 al. 2 CC) ; il est cependant également considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (TF 5A\_716/2010 du 23 février 2011 c. 4 et les réf. citées, in FamPra.ch 2011, p. 491 ; ATF 131 III 209 c. 5 ; ATF 123 III 445 c. 3b). Le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants ; le Tribunal fédéral relève à cet égard qu'il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant (ATF 127 III 295 c. 4a ; ATF 123 III 445 c. 3c, JT 1998 I 354). Le maintien et le développement de ce lien étant évidemment bénéfique pour l'enfant, les relations personnelles doivent donc être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger. L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas. Le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 c. 4a) ; il faut en outre prendre en considération la situation et les intérêts de l'ayant droit : sa relation avec l'enfant, sa personnalité, son lieu d'habitation, son temps libre, son environnement ; enfin, il faut tenir compte de la situation des personnes chez qui l'enfant vit (Hegnauer, Droit suisse de la filiation, 4<sup>e</sup> éd., Berne 1998, n. 19.09, p. 111).

c) En l'espèce, il ne se justifie pas, au stade des mesures protectrices de l'union conjugale, d'attribuer l'autorité parentale sur les enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ à l'un des parents, le seul fait que les parents entretiennent des relations conflictuelles ensuite de la séparation étant à cet égard insuffisant.

S'agissant du droit de garde, il convient de relever qu'en première instance, la conciliation a été tentée sans succès aux audiences des 22 mars et 3 mai 2012 ; on doit ainsi tenir pour acquis que les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le principe d'une garde alternée, ni a fortiori sur ses modalités. C'est dès lors en vain que l'appelante formule de telles conclusions dans son appel, puisque la garde alternée suppose une volonté commune des deux parents.

Par ailleurs, si elle fait valoir qu'elle consomme du cannabis pour soulager des douleurs, l'appelante ne produit aucun certificat médical à l'appui de ses affirmations ; il résulte au surplus du dossier que le Ministère public instruit une enquête à l'encontre de l'appelante et de son compagnon qui porte non seulement sur de la consommation de stupéfiants, mais également sur de la production de drogue, une plantation de cannabis indoor ayant notamment été découverte dans la cave du domicile de celui-ci. Ces éléments sont indéniablement de nature à mettre en danger le développement de mineurs et dépassent la simple consommation de cannabis à des fins thérapeutiques. C'est dès lors à bon droit que le premier juge en a tenu compte dans le cadre de l'examen du droit de garde.

Pour le reste, c'est en vain que l'appelante conteste le fait que ses enfants ne s'entendent pas avec son compagnon, dès lors que le rapport établi après l'audition de Y.\_\_\_\_\_ et de Z.\_\_\_\_\_ est tout à fait clair à ce sujet. Par ailleurs, les allégations de l'appelante selon lesquelles l'intimé passerait tout son temps dans l'atelier et l'aurait empêchée de voir ses enfants ne reposent sur aucun élément du dossier et n'ont dès lors pas été rendues vraisemblables.

Il découle de ce qui précède que la solution du premier juge d'attribuer la garde à l'intimé est conforme à l'intérêt des enfants et qu'elle doit dès lors être confirmée.

On relèvera enfin que si l'appelante dit contester les modalités du droit de visite, elle s'en prend en réalité au droit de garde, qu'elle souhaiterait avoir de manière alternée avec l'intimé. L'appelante n'a en effet pas pris de conclusions tendant à une extension du droit aux relations personnelles dans son appel, concluant uniquement à l'annulation du chiffre III de l'ordonnance y relatif. Quoi qu'il en soit, le droit de visite qui lui a été accordé par le premier juge, à savoir une fin de semaine sur deux, un mercredi après-midi sur deux, la moitié des vacances scolaires et alternativement à Pâques ou Pentecôte, l'Ascension ou le Jeûne fédéral, Noël ou Nouvel An, tient équitablement compte des circonstances particulières du cas d'espèce et répond aux besoins tant des enfants que de l'appelante. Au demeurant, l'appelante pourra exercer son droit de visite de manière plus étendue en cas d'entente avec l'intimé à ce sujet, comme cela semble être le cas aujourd'hui.

Mal fondé, le moyen doit être rejeté.

**5. a)** Dans un troisième moyen, l'appelante conteste devoir être astreinte au paiement d'une contribution d'entretien en faveur de ses enfants Y.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_. Elle fait valoir qu'elle bénéficiera prochainement d'une rente invalidité et qu'elle n'exercera par conséquent plus d'activité professionnelle. Elle conteste également certains des postes retenus dans les charges incompressibles de l'intimé, à savoir le loyer de 1'000 fr. de son atelier, et d'autres qui n'ont pas été retenus dans les siennes, à savoir ses frais de véhicule, les frais liés à la scolarité et aux devoirs surveillés de ses enfants ainsi que ses frais médicaux. Enfin, elle affirme que le loyer du studio loué à un tiers situé dans la maison familiale ne lui est pas rétrocédé.

**b)** D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Dans les cas – les plus nombreux – où les parties ne sont pas dans une situation matérielle favorable (sur cette notion : TF 5A\_288/2008 du 27 août 2008 c. 5.4), 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), étant précisé que lorsqu'un époux a encore la charge d'un ou plusieurs enfants, la répartition du solde disponible doit se faire selon une proportion équitable, généralement de 60 % – 40 % ou de deux tiers – un tiers (Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993, p. 447).

Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien en se fondant, en principe, sur le revenu effectif du débiteur. Il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (TF 5A\_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4 ; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et les réf. citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal ; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations ; les critères permettant de déterminer le revenu hypothétique sont en particulier la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail (ATF 128 III 4 précité c. 4a ; ATF 129 III 577; TF 5A\_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3 ; TF 5A\_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1). En présence de conditions financières modestes, des exigences particulièrement élevées doivent être posées quant à la mise à

profit de la capacité de gain du parent débirentier. Les critères valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération. Il faut cependant aussi tenir compte des possibilités de gain qui n'exigent pas de formation professionnelle achevée et se situent dans la tranche des bas salaires (ATF 137 III 118 c. 3.1, JT 2011 II 486 ; TF 5A\_21/2012 du 3 mai 2012 c. 3.3).

Dans les charges incompressibles des époux, il y a lieu de prendre en compte notamment le montant de base mensuel fixé dans les lignes directrices pour le calcul du minimum d'existence en matière de poursuite (minimum vital) selon l'art. 93 LP élaborées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillite de Suisse - montant qui est actuellement fixé à 1'350 fr. pour un débiteur monoparental, à 850 fr. pour un débiteur vivant en concubinage et à 600 fr. pour chaque enfant de plus de 10 ans -, les frais de logement, les coûts de santé (avant tout les primes d'assurance-maladie obligatoire, mais également le montant de la franchise et la part des frais médicaux qui demeure à la charge de l'assuré lorsqu'il est certain que celui-ci devra assumer des frais médicaux [JT 2003 II 104]), les frais de déplacement et de repas hors du domicile, s'ils sont indispensables à l'exercice de la profession, ainsi que, selon les circonstances, les frais liés à l'exercice du droit de visite, les impôts et les dettes contractées d'entente pour l'entretien du ménage (Chaix, op. cit., n. 9 ad art. 176 CC et les réf. citées ; Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II, pp. 84-88). Les frais de véhicule ne peuvent être pris en considération que si celui-ci est indispensable au débiteur personnellement - en raison de son état de santé ou de la charge de plusieurs enfants à transporter - ou nécessaire à l'exercice de sa profession, l'utilisation des transports publics ne pouvant être raisonnablement exigée de l'intéressé (TF 5A\_383/2007 du 9 novembre 2007 c. 2.3 ; TF 5P.238/2005 du 28 novembre 2005).

**c)** En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'appelante, il ne ressort pas des pièces produites en appel qu'elle aura prochainement droit à une rente invalidité, la pièce 30 attestant uniquement du fait que ce droit est actuellement à l'examen. C'est donc à juste titre qu'une

capacité de gains - modeste - a été retenue en l'état par le premier juge. C'est également à bon droit que le premier juge a tenu compte du loyer de l'atelier pour déterminer le revenu mensuel net que retire l'appelant de son activité de démolition de voitures et de vente de pièces détachées, puisqu'il s'agit d'une charge effective. S'agissant des frais scolaires, la pièce produite (pièce 32) ne démontre pas que ces frais auraient été assumés par l'appelante, puisqu'ils ont été débités d'un compte commun aux parties. Il en va de même des frais médicaux, étant précisé que le premier juge a retenu dans les charges mensuelles de l'appelante un montant de 100 fr. à ce titre, en raison des problèmes de santé de celle-ci. Enfin, l'appelante n'explique pas en quoi l'utilisation d'un véhicule serait indispensable à l'exercice de sa profession, interrompu pour l'instant, ou au transport des enfants, qu'elle reçoit pour l'exercice du droit de visite.

Il en découle que les revenus et les charges des parties ont été calculés correctement par le premier juge, de sorte que la contribution d'entretien qu'il a fixée doit être confirmée.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit donc être rejeté.

Cela étant, dans la mesure où le loyer encaissé pour le studio se trouvant dans la maison familiale a été comptabilisé par le premier juge dans les revenus de l'appelante, il convient, afin d'éviter toute ambiguïté, de compléter d'office le chiffre V du dispositif en ce sens que c'est l'intimé qui assumera les charges et les intérêts hypothécaires de l'immeuble, le loyer du studio étant dû à l'appelante.

**6.** En conclusion, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et l'ordonnance complétée d'office au chiffre V de son dispositif en ce sens que le loyer du studio se trouvant dans le domicile conjugal est dû à l'appelante, l'ordonnance étant confirmée pour le surplus.

L'appel était d'emblée dépourvu de toute chance de succès, de sorte que la requête d'assistance judiciaire de l'appelante doit être rejetée (art. 117 let. b CPC). On renoncera toutefois exceptionnellement à mettre des frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'appelante qui succombe, dès lors notamment qu'aucune avance n'a été demandée (art. 112 al. 1 CPC)

Il n'y a pas matière à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer sur l'appel.

Par ces motifs,  
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
  
- II.** Le chiffre V du dispositif de l'ordonnance est complété d'office en ce sens que le loyer du studio se trouvant dans le domicile conjugal est dû à A.B.\_\_\_\_\_.
  
- III.** L'ordonnance est confirmée pour le surplus.
  
- IV.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
  
- V.** L'arrêt est rendu sans frais.
  
- VI.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 10 octobre 2012

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 :

- Me Thierry de Mestral (pour A.B. \_\_\_\_\_)
- Me Paul-Arthur Treyvaud (pour B.B. \_\_\_\_\_)

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 Vice-présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois

Le greffier :