

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 20 juin 2013

Présidence de M. WINZAP, juge délégué
Greffière : Mme Gabaz

Art. 176 al. 3, 273 et 274 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **N.V.**_____, à Chavannes-près-Renens, intimée, contre l'ordonnance rendue le 25 avril 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.V.**_____, à Ecublens, requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 25 avril 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a confié la garde de l'enfant N._____, né le 7 décembre 2006, à son père (I), institué une curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) en faveur de l'enfant N._____, aux fins d'aider ses parents à mettre sur pied l'exercice du droit de visite de la mère sur son fils et de s'assurer de la reprise du suivi psychologique de l'enfant auprès de sa thérapeute (II), confié la curatelle instaurée sous chiffre II au Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) (III), dit que le requérant B.V._____ contribuera à l'entretien de son épouse N.V._____, née T._____, par une pension mensuelle de 400 fr., dès le transfert de la garde de N._____ (IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (VI).

En droit, le premier juge a considéré qu'il apparaissait plus opportun pour le bien de l'enfant de transférer la garde sur celui-ci de la mère au père pour les motifs que le SPJ, dans son rapport et à l'audience, le préconisait, que la mère était apparue très débordée dans son rôle de mère, incapable de donner un cadre sécurisant à l'enfant N._____, de caractère anxieux, que celle-ci l'impliquait trop dans le conflit conjugal et qu'elle avait mis fin au suivi thérapeutique de l'enfant, suivi néanmoins indispensable, au contraire du père plus collaborant et à l'écoute et capable de restaurer et de poursuivre le suivi thérapeutique précité. Compte tenu des difficultés de communication entre les parents, le premier juge a estimé qu'il convenait de faire droit à la requête du SPJ d'instaurer une curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC. Le premier juge a encore retenu que le droit de visite de la mère devait être libre et large et tendre vers une garde alternée. En raison du changement dans l'attribution du droit de garde, le premier juge a également diminué la contribution d'entretien due par B.V._____ pour l'entretien des siens.

B. Par acte du 6 mai 2013, N.V._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée concluant, avec dépens, à titre préliminaire à ce que l'effet suspensif soit octroyé à la procédure d'appel et sur le fond à la réforme des chiffres I, II et IV de l'ordonnance précitée en ce sens que la garde sur l'enfant N._____ lui est attribuée, que la curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC doit aider à mettre sur pied l'exercice du droit de visite du père et que ce dernier continuera à contribuer à l'entretien des siens pas le versement d'une pension mensuelle de 1'700 fr., allocations familiales en sus. Elle a produit des pièces.

Par décision du 8 mai 2013, le Juge délégué de la Cour de céans a accordé l'effet suspensif à l'appel de sorte que l'exécution du chiffre I du dispositif de l'ordonnance entreprise a été suspendue jusqu'à droit connu sur l'appel.

L'appelante a également déposé une demande d'assistance judiciaire qui lui a été octroyée le 14 mai 2013 avec effet au 6 mai 2013.

Par réponse du 27 mai 2013, B.V._____ a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel. Il a en outre déposé une demande d'assistance judiciaire qui lui a été octroyée par décision du 30 mai 2013 avec effet au 27 mai 2013.

Le 30 mai 2013, le juge de céans a requis de [...], psychologue en charge du suivi de l'enfant N._____, un rapport décrivant l'état psychologique actuel de ce dernier, ainsi que ses déterminations sur l'attribution immédiate de la garde de l'enfant à son père.

Par courrier du 5 juin 2013, [...] a informé le juge délégué de céans ne pas être en mesure de répondre aux questions posées dès lors qu'il ne lui avait pas été possible d'effectuer une véritable évaluation de la situation de l'enfant en raison de l'importance du conflit parental.

Le 13 juin 2013, [...] a spontanément adressé un courrier au juge délégué de céans pour lui faire part de son inquiétude quant à la

situation de l'enfant N._____ dont la mère venait d'accoucher après une grossesse déniée et a suggéré un maintien de l'enfant chez son père.

Une audience d'appel a été tenue le 20 juin 2013 en présence des parties. Un témoin, L._____, compagne de l'intimé, y a été entendue. Ses déclarations ont été les suivantes:

"Je suis la compagne de l'intimé depuis le mois de septembre 2012. Nous ne vivons pas ensemble, mais il m'arrive bien sûr de rejoindre l'appartement de mon compagnon. Mes rapports avec N._____ sont bons. Au départ, c'était difficile, mais il y a de plus en plus de complicité. Pour vous répondre, il est exact que mon compagnon est très triste de cette situation. Je mets sur le compte de cette tristesse le fait qu'il se sent démuni face à la souffrance de son fils. Je dois dire que ce n'est pas le même homme lorsqu'il exerce son droit de visite que lorsqu'il est seul avec moi. En présence de son enfant, il y a beaucoup de bonheur. Je ne peux rien dire en ce qui concerne l'appelante. Je ne la connais pas. Les contacts entre père et mère se résument à des sms. Evidemment, aussi au passage de l'enfant. Je précise encore que lorsque mon compagnon a eu la garde de N._____, alors que l'enfant était scolarisé, il s'est arrangé avec sa mère pour qu'elle lui prépare le repas de midi et qu'elle l'amène à l'école et le ramène. Il m'est aussi arrivé d'amener N._____ lorsque mes horaires de travail le permettaient de même que mon compagnon. Lorsque mon compagnon a obtenu la garde de N._____, nous sommes allés chercher l'enfant le mardi. Le transfert de l'enfant de la mère au père s'est bien passé et il n'y a pas eu d'incident durant cette semaine. Puis, l'enfant est retourné chez sa mère ensuite de votre décision. Comme vous l'avez appris, la mère de N._____ a accouché. N._____ est resté toute la semaine chez nous. L'annonce de la venue de sa sœur (demi-sœur) lui a occasionné un choc et il n'a pas souhaité se rendre à l'hôpital pour voir et l'enfant et sa mère. Si N._____ devait être sous la garde de son père, je sais que mon compagnon s'est organisé en conséquence. Ainsi, N._____ mangera à midi à l'école et sa grand-mère qui habite en dessus de l'appartement conjugal sera mise à contribution pour amener ou rechercher N._____ quand mon compagnon ne pourra pas le faire. Je me rappelle que (recte) le père de mon compagnon a été hospitalisé à Prangins ensuite d'un épisode dépressif deux à trois semaines à la fin de l'année dernière. A ma connaissance, tel n'a pas été le cas cette année. Mon compagnon est absent du domicile pour son travail de 6h30 à 17h00. Nous n'avons pas évoqué la question d'une garde alternée."

Les 20 et 21 juin 2013, les conseils des parties ont produit leur liste des opérations.

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

1. N.V._____, née T._____ le [...] 1980, et B.V._____, né le [...] 1982, se sont mariés le [...] 2009 à Prilly.

Un enfant est issu de cette union:

- N. _____ [...], né le [...] 2006.

2. La séparation des époux V. _____ a été réglementée par une première convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 juillet 2012, ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, et dont la teneur est la suivante:

"I Les époux B.V. _____ et N.V. _____ née T. _____ conviennent de vivre séparés pour une durée indéterminée, la date de la séparation étant fixée au 1^{er} juillet 2012.

II. La garde sur l'enfant N. _____, né le [...] 2006, est attribuée provisoirement à la mère.

III. Le père bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur son enfant, à exercer d'entente avec la mère. A défaut d'entente, il pourra l'avoir auprès de lui une fin de semaine sur deux du vendredi dès 17h00 au dimanche à 19h00, le mardi dès 17h à 20h30 ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, à charge pour lui d'aller le chercher là où il se trouve et de l'y ramener. Il est précisé que N.V. _____ née T. _____ ne s'oppose pas à ce que son fils passe une nuit chez son père dans la semaine, si celui-ci peut aménager (sic) son horaire avec son patron.

IV. La jouissance du domicile conjugal, sis à l' [...], à 1022 Chavannes-près-Renens, est attribuée à N.V. _____ née T. _____, qui en assumera le loyer et les charges.

V. B.V. _____ contribuera à l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une pension mensuelle de Fr. 1'700.- (mille sept cents francs), allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de N.V. _____ née T. _____, dès le 1^{er} juillet 2012.

VI. Parties donnent leur accord à une évaluation confiée au SPJ s'agissant de l'attribution de la garde de N. _____."

2. Par requête de mesures superprovisionnelles et protectrices de l'union conjugale du 14 février 2013, B.V. _____ a notamment et en substance conclu à ce que la garde de l'enfant N. _____ lui soit immédiatement attribuée, à ce que N.V. _____ bénéficie d'un libre et large droit de visite sur son fils et à défaut, d'un droit de visite usuel, à ce qu'il soit libéré de toute contribution d'entretien en faveur de sa famille et à ce que N.V. _____ contribue à l'entretien de son fils par le versement d'une pension mensuelle de 300 fr. au minimum.

La requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée le 15 février 2013.

3. Le 28 mars 2013, le SPJ a déposé son rapport dans lequel il conclut au maintien de l'autorité parentale conjointe, à l'attribution de la

garde de N._____ à son père, à l'octroi d'un large droit de visite à la mère, soit un week-end sur deux, une journée et un soir en semaine, ainsi que la moitié des vacances et à la reprise de la thérapie de N._____.

Il ressort également ce qui suit de la partie "synthèse et discussion" du rapport:

"- N._____ et sa mère partagent des activités éducatives adaptées à l'âge de l'enfant ;

- La mère présente un état de nervosité qui semble se répercuter sur N._____, ce qui a été confirmé par le réseau;

- La mère ne reconnaît aucune compétence éducative au père. Aussi, tout au long de l'évaluation, la mère a prétendu que l'enfant n'avait pas de plaisir à aller chez son père à cause de sa compagne. À l'inverse, l'enfant serait content au domicile maternel car il y a l'ami de Mme;

- La mère n'est pas certaine de pouvoir offrir des conditions d'accueil puisqu'elle risque d'être expulsée;

- La mère présente des lacunes éducatives qui se reflètent notamment dans le libre choix de l'alimentation de N._____;

- N._____ et son père partagent une relation affectueuse qui s'est reflétée lors de notre entretien et qui est confirmée par le réseau;

- L'attitude du père tend à préserver l'enfant du conflit parental et semble pouvoir offrir à N._____ un cadre de vie stable et sécurisant en adéquation avec les besoins de l'enfant. Aussi, le père est favorable à ce que la mère puisse voir régulièrement son fils et ne s'oppose pas à ce que cette dernière s'en occupe, lorsqu'elle le peut personnellement, pendant la semaine;

- La communication parentale est réduite à néant et a des conséquences sur N._____ qui présente des troubles de comportement tels que les vomissements lors de chaque passation. A ce propos, nous tenons à rappeler qu'il va dans l'intérêt de l'enfant que les parents puissent s'entendre a minima afin d'exercer une co-parentalité qui tend au bon développement de N._____ ;

- Les professionnels expriment une inquiétude quant aux troubles que présente N._____ dans son comportement lesquels reflètent un état d'anxiété et une implication de l'enfant dans le conflit parental; Dès lors, nous souhaiterions que N._____ puisse reprendre son suivi thérapeutique auprès de la Passerelle."

4. Les parties, assistées de leurs conseils, ont été entendues lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale le 11 avril 2013. A cette occasion, [...], assistante sociale au SPJ, a également été entendue en qualité de témoin. Ses déclarations ont été les suivantes:

"J'ai vu l'enfant et les parents. Madame [...] a fait les deux premiers, puis j'ai participé aux autres entretiens. Je confirme les termes du rapport. La fragilité du bail était un élément important de notre inquiétude. Pour nous ça représentait un élément important. Notre inquiétude quant à l'alimentation émanait du père, nous n'avons pas vérifié le frigo. Non, je ne savais pas que l'enfant était en colère contre son père en raison de sa relation. Nous ne le savions pas. Nous avons vu N._____ pour la dernière fois le 21 février 2013, chez son père. N._____ n'est pas en danger chez sa mère. Ce qui nous a inquiété c'était la situation du bail et l'implication de l'enfant dans le conflit, ainsi que l'arrêt du traitement psychothérapeutique de N._____. La psychologue nous a indiqué que le père était plus collaborant. Nous estimons qu'il faut que N._____ suive la

thérapie avec son psychologue actuelle (sic). La mère a quitté la salle de la thérapeute en colère. C'est la précarité matérielle de madame qui nous a essentiellement marqué. Nous avons proposé un droit de visite qui se rapproche d'une garde alternée. Hormis la question de la thérapie, N._____ n'est pas en danger chez la mère. Je ne sais pas si madame sera capable de rétablir la psychothérapie de l'enfant avec la même psychologue. Il est vraiment nécessaire que l'enfant soit suivi. Il est dans un grand état d'anxiété. Nous pensons que le père est plus apte à faire ce suivi, le père est plus à l'écoute, il implique moins l'enfant. N._____ est plus à l'aise chez le père. Il ne cherche pas l'approbation comme avec sa mère. Le père est apte à faire suivre la thérapie à son fils et à l'accompagner. Nous avons vu la compagne de Monsieur à domicile. Nous ne la connaissons pas. Elle est éducatrice de la petite enfance. Nous n'avons pas vu le compagnon de Madame. C'était une relation récente. Je n'étais pas très favorable en raison de l'exiguïté de l'appartement, mais N._____ à une grande chambre qui lui est réservée. L'état de nervosité de la mère rejoint l'état d'anxiété de N._____. Le fait que le père travaille à plein temps ne l'empêche pas de prendre soin de l'enfant avec des aides. Je pensais que Madame pourrait prendre en charge l'enfant, dans une garde alternée. Nous sommes partis de cette hypothèse. N._____ a l'air très impliqué dans le conflit par la mère, le père étant plus collaborant. La mère est moins collaborante. Nous souhaiterions une mesure de l'article 308 alinéa 2 CC. Je ne remplace pas Mme [...], mais sa remplaçante est arrivée seulement il y a deux semaines. Oui, N._____ évolue favorablement à l'école. Je ne sais pas si cette anxiété de la mère et de l'enfant est liée à la perte de l'appartement."

5. La situation des parties est la suivante:

a) B.V._____ travaille à plein temps pour [...] à Penthaz. En 2011, selon le certificat de salaire pour la déclaration d'impôts, il a réalisé un salaire annuel net de 70'328 fr., soit un salaire net mensuel de 5'860 francs. Il a une compagne, qui est éducatrice de la petite enfance. Ils ne font pas ménage commun. B.V._____ occupe un appartement de deux pièces et demi. N._____ y a sa chambre. Quant à son amie et lui, ils dorment au séjour dans un canapé-lit escamotable.

b) N.V._____ travaille au sein d'un [...] à raison de 17h par semaine au maximum. En l'état, elle est en congé maternité pour trois mois, dès lors qu'elle vient d'accoucher d'une petite fille après un déni de grossesse. Le père est inconnu. Elle considère cet enfant comme le sien et a d'ores et déjà créé un lien avec elle. L'enfant a eu des problèmes de santé et est encore hospitalisée. Elle devrait rentrer avant la fin juin au domicile de N.V._____. Compte tenu de la situation, cette dernière est épaulée par une assistante sociale, une pédopsychiatre et un psychiatre du CHUV.

Après un passage à vide dans la gestion de ses affaires administratives, qui a conduit à un risque d'expulsion, la situation s'est arrangée et elle a pu conserver le domicile conjugal de Chavannes-près-Renens. Elle n'a plus de compagnon.

c) S'agissant de l'enfant N._____, il vit actuellement chez sa mère. Il a déjà vu sa petite-sœur à quatre reprises. Une relation semble se créer. Lorsque N.V._____ a accouché, N._____ a séjourné chez son père. Les parties ne s'accordent pas sur les circonstances dans lesquelles ce séjour s'est organisé, le père prétendant avoir dû suppléer à l'absence de la mère par surprise, la mère soutenant avoir au contraire bien arrangé les choses.

Si les passages de l'enfant d'un parent à l'autre semblent pouvoir s'opérer sans heurts, il n'apparaît pas que les parents, à cette occasion, parviennent à communiquer réellement.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, spéc. p. 121; ATF 137 III 475 c. 4.1). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale 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 unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales et des conclusions patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. 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 et les réf.).

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 les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les réf.). La Cour de céans considère que des novas peuvent 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, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (ibid.).

En l'espèce, le litige porte principalement sur l'attribution du droit de garde, de sorte que les pièces produites par l'appelante en deuxième instance sont recevables. Elles figuraient par ailleurs déjà au dossier de première instance.

c) L'instance d'appel peut administrer les preuves (art. 316 al. 3 CPC), notamment lorsqu'elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions ou de faits nouveaux (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 5 ad art 316 CPC, p. 1263). L'art. 316 al. 3 CPC ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration des preuves. L'instance d'appel peut rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé si l'appelant n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Elle peut également refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne

serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 374; ATF 131 III 222 c. 4.3; ATF 129 III 18 c. 2.6). Si l'instance d'appel doit procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou instruire à raison de faits nouveaux, son pouvoir sera limité par les restrictions de l'art. 317 CPC (Jeandin, op. cit., n. 9 ad art. 316 CPC).

En l'occurrence, les parties ont toutes deux requis l'audition de témoins. Procédant à une appréciation anticipée des preuves, le juge de céans considère que ces auditions, sous réserve de l'audition de la compagne de l'intimé, n'étaient pas de nature à apporter des éléments essentiels pour le jugement de la présente cause, d'autant plus que les déclarations des témoins ressortent déjà du dossier en ce sens que le SPJ les a entendus en mars de cette année, soit il y a tout juste trois mois.

3. Dans un premier moyen, l'appelante considère que le premier juge a violé le droit d'être entendu de N._____ en ne procédant pas personnellement à son audition, bien que requise.

a) Selon l'art. 298 al. 1 CPC, les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

L'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de celui-ci à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits (TF 5A_50/2010 du 6 juillet 2010 c. 2.1; ATF 133 III 553 c. 2 non publié). Dans le cadre des procédures relatives aux enfants, la maxime inquisitoire – et la maxime d'office – trouvent application, conformément à l'art. 296 CPC. Le juge est dès lors tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose (TF 5A_43/2008 du 15 mai 2008 c. 3.1; Rumo-Jungo, L'audition des enfants lors du divorce de leurs parents, in SJ 2003 II pp. 115 ss, p. 118; cf. aussi Meier, La position des personnes concernées dans les procédures de protection des

mineurs et des adultes - Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente, in RDT 63/2008 pp. 399 ss, p. 404).

En règle générale, l'enfant devra être entendu par le juge personnellement, sauf si celui-ci estime nécessaire, en raison de circonstances particulières, de recourir à un spécialiste de l'enfance (ATF 127 III 295 c. 2a; ATF 133 III 553 c. 4), en particulier en cas de conflit familial aigu et de dissensions entre les époux concernant le sort des enfants (TF 5A_465/2012 du 18 septembre 2012 c. 3.1.2).

b) En l'espèce, N._____ a été entendu seul les 19 et 21 février 2013 chez chacun de ses parents par l'assistante sociale du SPJ en charge du dossier. Ses déclarations ont été reprises sous le point "observations et point de vue de N._____" du rapport rendu par le SPJ au premier juge le 27 mars 2013. Le droit d'être entendu de N._____ a dès lors été pleinement respecté et c'est à juste titre que le premier juge a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'entendre lui-même l'enfant, le recours à des spécialiste étant pleinement justifié dans le contexte de la présente cause.

Partant, le moyen de l'appelante est mal fondé.

4. L'appelante soutient encore que le premier juge a violé son droit d'être entendue et son droit à l'administration de preuves en refusant l'audition de plusieurs témoins, soit de sa mère, de son assistante sociale, de la maîtresse et de la pédopsychiatre de N._____.

Là encore, l'appelante se trompe. Toutes ces personnes ont été entendues, parfois à plusieurs reprises, par le SPJ et très peu de temps avant le dépôt du rapport dans lequel d'ailleurs leurs déclarations sont reportées. Le premier juge pouvait donc tout à fait s'estimer suffisamment renseigné et ne pas procéder à une nouvelle audition des témoins précités.

S'agissant encore la mise en œuvre d'une expertise auprès du Service Universitaire de Psychiatrie de l'Enfant et de l'Adolescent (ci-après: SUPEA) telle que requise par l'appelante, on doit admettre avec le premier juge qu'elle n'a en l'état pas lieu d'être. L'enfant N. _____ est d'ores et déjà suivi par une psychologue. La famille est encadrée par le SPJ qui a examiné les capacités parentales des parties et a émis un avis sur l'attribution du droit de garde, sans toutefois relevé de graves lacunes au niveau des capacités éducatives des parents. Le rapport du SPJ expose d'ailleurs que l'idéal serait de tendre vers une garde alternée. Dans ces circonstances, une expertise confiée au SUPEA n'apparaît pas nécessaire.

5. L'appelante conteste la modification du droit de garde opérée par le premier juge. Elle considère que ce dernier s'est fondé sur un rapport du SPJ tronqué pour prendre sa décision et qu'elle est tout à fait à même de s'occuper de son fils, disposant d'ailleurs de plus de temps que l'intimé pour le faire et d'un logement plus grand.

a) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire Romand, n. 19 ad art. 176 CC; Verena Bräm, Commentaire zurichois, n. 89 et 101 ad art. 176 CC; TF 5A_693/2007 du 18 février 2008; TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1, in FamPra.ch 2012 p. 817). 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 pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, 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 convient de 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. Ce dernier critère revêt un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3). Lorsque les capacités éducatives des parents sont égales et qu'il s'agit d'enfants en bas âge, la garde est attribuée au parent qui présente de meilleures disponibilités pour s'occuper personnellement de l'enfant (TF 5A_223/2012 du 13 juillet 2012; TF 5A_905/2011 du 28 mars 2012; TF 5A_492/2011 du 28 février 2012). Le juge appelé à se prononcer sur le fond qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant est amené à vivre, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 117 II 353 c. 2; TF 5A.860/2009 du 26 mars 2010 c. 3.1).

b) En l'occurrence, s'il ne fait pas de doute qu'aucun des parents n'a démerité, la solution retenue par le premier juge doit néanmoins en l'état être confirmée.

Contrairement à l'avis de l'appelante, les conclusions du rapport du SPJ sur lesquelles le premier juge s'est fondé restent d'actualité, bien que la question des arriérés de loyer et de l'expulsion aient pu être réglés. Les conclusions du SPJ ne se fondaient en effet pas que sur cette problématique, mais sur une enquête d'ensemble de la situation de N._____, conclusions d'ailleurs confirmées en audience par l'assistante sociale du SPJ. Il en va de même de l'appréciation de l'état de l'appelante faite par le premier juge selon laquelle elle lui est apparue débordée dans son rôle de mère, appréciation partagée par le juge de céans. A cela vient s'ajouter l'arrivée non prévue d'un nouveau-né et qui va nécessairement modifier sensiblement la situation de l'appelante. Selon ses dires, elle est suffisamment entourée au regard du réseau de professionnels mis en place par le CHUV pour pouvoir gérer

quotidiennement son fils et sa petite fille. Un doute existe néanmoins sur ce point. L'appelante est en effet apparue fragile, ce qui peut tout à fait se comprendre lorsque l'on vit un accouchement à la suite d'une grossesse niée. Cependant, un tel état n'est pas propice à permettre actuellement un développement idéal de N._____ qui présente lui-même un caractère anxieux et qui nécessite un cadre sécurisant que son père, qui semble d'un naturel ouvert et constructif, paraît plus à même de lui apporter, même en exerçant une activité professionnelle à 100%. En l'état, vivre dans un foyer, certes plus petit, mais néanmoins avec un espace complètement réservé à l'enfant, où toute l'attention peut être portée sur lui semble la solution la plus adéquate dans l'intérêt de N._____. De cette manière, il pourra se stabiliser, reprendre de manière régulière sa thérapie à laquelle l'intimé souscrit complètement et "digérer" de l'extérieur la venue inattendue de sa petite sœur, qui si elle semble lui plaire, doit l'avoir certainement affecté plus qu'il n'y paraît. Ainsi, une attribution de la garde de N._____ à son père s'impose, comme décidé à juste titre par le premier juge.

Comme toute mesure prise dans le cadre d'une séparation, ce changement de garde n'est cependant pas immuable et ne constitue pas une sanction à l'égard de l'appelante qui, comme dit précédemment, n'a pas démerité dans son rôle de mère et dont on ne doute pas de l'attachement pour son fils. La situation actuelle appelle une modification de la garde pour le bien de N._____, modification dont on espère qu'elle pourra conduire à terme à une mise en place d'une garde alternée, comme préconisé par le SPJ, puisque les parents, une fois qu'ils auront pu remettre sur pied une communication adéquate entre eux, disposent d'un cadre idéal pour le faire. C'est d'ailleurs si possible vers ce but que devra tendre l'exercice du droit de visite de l'appelante sur son fils, droit de visite que le SPJ, par le biais de la curatelle instaurée par le premier juge, ici confirmée, est invité à mettre en place rapidement.

Compte tenu de ce qui précède, la conclusion de l'appelante en modification de la pension n'a plus d'objet. L'ordonnance entreprise peut être confirmée sur ce point.

6. En conclusion, l'appel doit être confirmé et l'ordonnance entreprise confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. pour l'appelante qui succombe (art. 71 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat, dès lors qu'elle bénéficie de l'assistance judiciaire.

Me Franck-Olivier Karlen a produit une liste détaillée de ses opérations annonçant 12h10 de travail et 278 fr. de débours. Ce décompte, qui comprend des opérations non encore réalisées, doit être réduit tant en ce qui concerne les heures de travail que s'agissant des débours. L'indemnité d'office doit ainsi être arrêtée à 2'273 fr. 40, correspondant à 10h45 de travail à un tarif horaire de 180 fr., plus 50 fr. de débours, 120 fr. d'indemnité de déplacement et 168 fr. 40 de TVA.

Me Sandra Genier Müller a également produit une liste détaillée de ses opérations annonçant 9h54 de travail et 99 fr. de débours. Ce décompte doit être réduit s'agissant de l'heure de déplacement au tribunal qui est rémunérée forfaitairement à 120 fr. (JT 2013 III 3). L'indemnité d'office de Me Sandra Genier Müller est ainsi arrêtée à 1'933 fr. 20, correspondant à 8h54 de travail à un tarif horaire de 180 fr., plus 50 fr. de débours, 120 fr. d'indemnité forfaitaire de déplacement et 47 fr. 20 de TVA.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

L'appelante, qui succombe, versera à l'intimé des dépens de deuxième instance arrêtés à 2'300 francs.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), pour l'appelante, sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Franck-Olivier Karlen, conseil de l'appelante, est arrêtée à 2'273 fr. 40 (deux mille deux cent septante-trois francs et quarante centimes), TVA et débours compris.
- V.** L'indemnité d'office de Me Sandra Genier Müller, conseil de l'intimé, est arrêtée à 1'933 fr. 20 (mille neuf cent trente-trois francs et vingt centimes), TVA et débours compris.
- VI.** Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'état.
- VII.** L'appelante, N.V._____ doit verser à l'intimé B.V._____ la somme de 2'300 fr. (deux mille trois cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VIII.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Franck-Olivier Karlen (pour N.V. _____),
- Me Sandra Genier Müller (pour B.V. _____),
- Service de protection de la jeunesse.

Le juge délégué 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), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

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

La greffière :