

JUGE DELEGUÉE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 janvier 2014

Présidence de Mme CHARIF FELLER, juge déléguée
Greffier : M. Elsig

* * * * *

Art. 176 al. 1 ch. 2, 179 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.D.**_____, à [...], contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 14 novembre 2013 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.D.**_____, à [...], la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 14 novembre 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a attribué à B.D._____ la jouissance du domicile conjugal (I), fixé à A.D._____ un délai de quarante-huit heures dès réception de l'ordonnance pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement, ainsi que pour rendre à B.D._____ toutes les clés du domicile conjugal (boîte aux lettres, porte d'immeuble, cave, appartement et garage) (II), ordonné à A.D._____ de verser à B.D._____ la somme de 152 fr. 95 dans un délai de dix jours dès réception de l'ordonnance (III) rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et déclaré l'ordonnance, rendue sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire (V).

En droit, le premier juge a relevé que les parties étaient en perpétuel désaccord, ce qui empêchait à terme la garde partagée qui avait été prévue initialement sur l'enfant C.D._____, et qu'elles ne pourraient trouver un appartement aussi grand que le logement conjugal, l'intimé, s'il devait y rester seul, devant restituer celui-ci à terme. Il a considéré qu'il convenait de l'attribuer au parent qui obtiendrait la garde sur l'enfant, ce qui plaidait en faveur de la mère, titulaire à titre provisoire de la garde, et était conforme à l'intérêt de l'enfant.

B. A.D._____ a interjeté appel le 18 novembre 2013 contre cette ordonnance en concluant, avec dépens, principalement à son annulation, l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale en tant qu'elle ratifie les modalités de la jouissance de l'appartement conjugal étant maintenue, subsidiairement, à ce la jouissance de ce logement lui est attribuée, l'intimée B.D._____ étant tenue de faire les démarches pour se trouver un nouveau logement dans les meilleurs délais et, plus subsidiairement, au renvoi de la cause au premier juge pour

nouvelle instruction et nouveau jugement. Il a requis l'effet suspensif et le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Invitée à se déterminer sur la requête d'effet suspensif, l'intimée a conclu, le 21 novembre 2013 à son rejet.

L'appelant a déposé le même jour des déterminations complémentaires sur la requête d'effet suspensif.

Le 25 novembre 2013, l'appelant a déposé un mémoire complémentaire confirmant ses conclusions.

Le 26 novembre 2013, l'intimée a déposé une demande d'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Par décision du 28 novembre 2013, la juge de céans a rejeté la requête d'effet suspensif, impartissant toutefois à l'appelant un nouveau délai échéant au 6 décembre 2013 au plus tard pour quitter le logement conjugal en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement et pour rendre à l'intimée toutes les clés du domicile conjugal en sa possession (boîte aux lettres, porte d'immeuble, cave, appartement et garage).

Par décision du 29 novembre 2013, la juge de céans a dispensé en l'état l'appelant du versement de l'avance des frais d'appel, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

L'appelant a déposé le 3 décembre 2013 une écriture spontanée.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

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

L'appelant A.D._____, né le [...] 1973, de nationalité suisse, et l'intimée B.D._____ le [...] 1981, de nationalité camerounaise, se sont mariés le [...] 2006. Un enfant est issu de cette union : C.D._____, née le [...] 2006. L'intimée est également mère d'une fille, B._____, née le [...] 2003 d'une précédente union.

A la suite d'importantes difficultés conjugales, l'intimée a déposé le 8 juin 2013 une requête de mesures protectrices de l'union conjugale devant la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. A l'audience du 10 juillet 2013, les parties sont notamment convenues de ce qui suit :

« I. Les époux A.D._____ et B.D._____, conviennent de vivre séparés pour une durée indéterminée, dès la séparation effective.

II. Sur le principe les parents conviennent d'une garde partagée sur l'enfant C.D._____, née le [...] 2006.

III. En vue de la séparation, les parents solliciteront les services sociaux pour trouver un deuxième appartement en mesure d'accueillir C.D._____ et B._____ et si possible dans le même regroupement scolaire.

IV. La question de l'attribution de la jouissance du domicile conjugal sera examinée ultérieurement, de même que les modalités de la garde sur l'enfant.

(...) »

Cette convention a été ratifiée par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, une nouvelle audience devant être fixée d'office dans un délai de trois mois.

Le 7 août 2013, l'intimée a informé la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne que la situation s'était dégradée

depuis le 10 juillet 2013. Elle a requis que les parties soient autorisées à vivre séparées pour une durée indéterminée, à ce que la garde sur l'enfant C.D._____ lui soit confiée et à ce que la jouissance du logement conjugal lui soit attribuée, un délai de dix jours étant imparti à l'appelant pour le quitter et le recours à la force publique pour procéder à l'expulsion forcée étant autorisé.

Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 août 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a chargé le Service de protection de la jeunesse (SPJ) d'un mandat d'évaluation des conditions d'existence de l'enfant C.D._____ dans sa famille en vue de faire toutes propositions relatives à l'attribution de l'autorité parentale et de la garde.

A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 21 août 2013, les parties ont signé la convention suivante, ratifiée par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale :

« I. La garde de l'enfant C.D._____, née le [...] 2006, est provisoirement attribuée à B.D._____ jusqu'au dépôt du rapport du SPJ.

(...)

III. La jouissance du domicile conjugal, sis [...] à [...] est attribuée à la requérante [red. : B.D._____] jusqu'au 15 octobre 2013, à charge pour elle d'en payer le loyer et les charges. Dès le 16 octobre 2013, la jouissance du domicile conjugal sera attribuée à l'intimé [red. : A.D._____] à charge pour lui d'en payer le loyer et les charges.

IV. A.D._____ s'engage à quitter le domicile conjugal d'ici le 1^{er} septembre à 12h00 et il remettra l'ensemble de ses clés à son conseil.

V. La requérante remettra à l'intimé l'ensemble des clés du domicile conjugal lors de son départ le 15 octobre 2013.

(...)

VII La convention du 10 juillet 2013 est maintenue s'agissant des chiffres I et III. »

Les parties sont au bénéfice du Revenu d'insertion.

L'intimée a effectué diverses démarches afin de trouver au plus vite un appartement. Elle a ainsi déposé treize demandes de location dans des gérances et a obtenu une attestation de caution de la part du Centre social régional (CSR) de Lausanne. Etant en formation auprès de la Croix-Rouge, elle a reconnu qu'il lui est difficile de prendre plus de temps pour la recherche d'un appartement. Son assistante sociale a attesté dans un courrier du 27 septembre 2013, confirmé par une lettre du CSR du 2 octobre 2013, que le marché de logement était actuellement saturé à Lausanne, de même que l'Unité de logement de la ville intégrée au Service social, et qu'au vu de sa situation personnelle (diabète) et financière, l'intimée ne trouverait pas de logement rapidement si ce n'est, dans le meilleur des cas, une chambre d'hôtel avec des conditions de vie très précaires. L'intimée a produit une attestation du pédiatre des enfants selon laquelle un déménagement leur serait néfaste.

L'appelant, qui vit dans l'appartement en cause depuis 1997, n'a pas établi avoir effectué des démarches pour tenter de trouver un deuxième appartement. Depuis la convention du 21 août 2013, il a logé chez son frère dans l'attente de pouvoir réintégrer l'appartement en cause le 15 octobre 2013. L'assistante sociale de l'intimée a relevé, dans son courrier du 27 septembre 2013 que, dans l'hypothèse où le logement en cause serait attribué à l'appelant seul, ce dernier ne pourrait pas y demeurer à long terme, au vu de la taille et du loyer de l'appartement.

Au vu des difficultés rencontrées pour trouver un nouvel appartement, B.D._____ a déposé le 3 octobre 2013 devant la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne une requête de mesures superprovisionnelles et de mesures protectrices de l'union conjugale tendant à l'attribution en sa faveur du logement conjugal.

Par décision du 4 octobre 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles mais a néanmoins autorisé l'intimée à demeurer au domicile conjugal avec sa fille jusqu'à l'audience à fixer.

Depuis le 15 octobre 2013, les deux parties vivent à nouveau dans l'appartement conjugal, ce qui rend la situation insupportable en raison du conflit conjugal les opposant.

Les parties ont été entendues à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 novembre 2013

En droit :

1. a) L'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272) ouvre la voie de l'appel contre les ordonnances de mesures provisionnelles rendues dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC), les mesures protectrices de l'union conjugale devant être assimilées à des mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, CPC commenté, 2011, nn. 51 ss ad art. 273 CPC, pp. 1077 ss, Juge délégué CACI 12 février 2013/88 c. 1 et référence).

Les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale étant régis par la procédure sommaire (art. 271 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Interjeté en temps utile par une personne qui y a un intérêt dans un litige dont la valeur litigieuse de première instance calculée selon l'art. 92 CPC dépasse 10'000 fr., l'appel est recevable.

b) Il en est de même du mémoire complémentaire déposé dans le délai d'appel de dix jours.

En revanche, l'écriture spontanée de l'appelant du 3 décembre 2013 est irrecevable car déposée hors délai.

2. a) L'appel portant sur des mesures protectrices de l'union conjugale, il relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

b) 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 (Jeandin, CPC commenté, 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250).

3. L'appelant soutient que les difficultés que l'intimée a eues à trouver un nouvel appartement ont été prises en compte dans la convention du 21 août 2013 et qu'aucune modification des circonstances n'est intervenue depuis cette convention, de sorte que celle-ci ne peut être remise en cause. Il fait valoir qu'il n'avait pas à effectuer de recherches d'appartement dès lors que le logement conjugal lui était attribué dès le 16 octobre 2013 par cette convention.

Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210) (applicable directement pour les premières, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les

secondes). Aux termes de l'art. 179 al. 1 1^{ère} phrase CC, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A_562/2013 du 24 octobre 2013 c. 3.1 ; TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in La Pratique de la famille [FamPra.ch] 2011 p. 993). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A_720/2011 du 8 mars 2012 c. 4.1.2 et réf.; TF 5A_811/2012 du 18 février 2013 c. 3.2 et réf.; TF 5A_400/2012 du 25 février 2013 c. 4.1 et les arrêts cités).

En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes (TF 5A_618/2009 du 14 décembre 2009 c. 3.2.2). Pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A_324/2012 du 15 août 2012 c. 5 ; TF 5A_400/2012 du 25 février 2013 c. 4.1 et références ; sur le tout TF 5A_153/2013 du 24 juillet 2013 c. 2.1 et TF 5A_245/2013 du 24 septembre 2013 c. 3.1). Une modification est exclue lorsque les circonstances nouvelles ont été provoquées par le comportement illicite ou constitutif d'abus de droit du requérant (TF 5P. 473/2006 du 19 décembre 2006, FamPra.ch 2007 p. 373 ; TF 5A_101/2013 du 25 juillet 2013 c. 3.1). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures protectrices.

En l'espèce, il ressort des conventions du 10 juillet et du 21 août 2013 que les parties les ont élaborées dans le but de pouvoir mettre en place, à plus ou moins brève échéance, un système de garde partagée sur l'enfant C.D._____. Ainsi, le chiffre III de la convention du 10 juillet 2013, maintenu expressément par le chiffre VII de la convention du 21 août 2013, prévoit l'engagement des deux parties à solliciter les services sociaux pour trouver un nouvel appartement en mesure d'accueillir les enfants, si possible dans le même regroupement scolaire. Il ne ressort ni de la convention du 21 août 2013 ni du dossier que la très grande difficulté à trouver un deuxième appartement, relevée par les intervenants sociaux postérieurement à la conclusion des deux conventions et suite aux démarches infructueuses de l'intimée, ait été connue au moment de la conclusion de la convention du 21 août 2013. Il apparaît bien plus que la solution retenue pour l'attribution de la jouissance du logement conjugal était fondée sur la disponibilité rapide d'un nouvel appartement, puisqu'elle prévoyait l'attribution du logement à l'intimée dans un premier temps, du fait qu'elle avait, d'entente entre les parties, la garde provisoire des enfants, puis à l'échéance d'un certain délai, à l'appelant, vraisemblablement pour tenir compte du fait qu'il y avait vécu depuis 1997. A cet égard, il ressort du chiffre III de la convention que les démarches devaient être communes, l'appelant étant donc également tenu d'effectuer des recherches.

Au 3 octobre 2013, date du dépôt de la requête de mesures superprovisionnelles de l'intimée, les perspectives d'une garde alternée à terme paraissaient compromises vu l'absence de collaboration entre les parties et leurs désaccords persistants. En outre, la possibilité d'obtenir rapidement un deuxième appartement était désormais exclue par les intervenants sociaux. Ces éléments constituent, comme l'a relevé le premier juge, des faits nouveaux au sens de l'art. 179 al. 1 CC, dès lors que les faits qui avaient fondé le choix des mesures prévues conventionnellement n'avaient pas été par la suite réalisées comme prévu, sans que l'on puisse attribuer au comportement de l'intimée la survenance

des circonstances nouvelles. Les conditions d'une modification étaient en conséquence réalisées.

4. Aux termes de l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC, à la requête d'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage.

Le juge des mesures protectrices de l'union conjugale attribue provisoirement le logement conjugal à l'une des parties en faisant usage de son pouvoir d'appréciation. Il doit procéder à une pesée des intérêts en présence, de façon à prononcer la mesure la plus adéquate au vu des circonstances concrètes.

En premier lieu, le juge doit examiner à quel époux le domicile conjugal est le plus utile (« grösserer Nutzen »). Ce critère conduit à attribuer le logement à celui des époux qui en tirera objectivement le plus grand bénéfice, au vu de ses besoins concrets. A cet égard, entrent notamment en considération l'intérêt de l'enfant, confié au parent qui réclame l'attribution du logement, à pouvoir demeurer dans l'environnement qui lui est familier, ainsi que le fait, confirmé par l'expérience, que l'époux qui reste seul trouve plus rapidement à se loger, comme personne individuelle, que l'autre époux à qui la garde des enfants a été confiée, l'intérêt professionnel d'un époux, qui, par exemple, exerce sa profession dans l'immeuble, ou encore l'intérêt d'un époux à pouvoir rester dans l'immeuble qui a été aménagé spécialement en fonction de son état de santé.

Si ce premier critère de l'utilité ne donne pas de résultat clair, le juge doit, en second lieu, examiner à quel époux on peut le plus raisonnablement imposer de déménager, compte tenu de toutes les circonstances. A cet égard, entrent notamment en considération l'état de santé ou l'âge avancé de l'un des époux qui, bien que l'immeuble n'ait pas été aménagé en fonction de ses besoins, supportera plus difficilement un changement de domicile, ou encore le lien étroit qu'entretient l'un d'eux

avec le domicile conjugal, par exemple un lien de nature affective, une valeur d'usage momentanément très élevée ou la possibilité pour un époux d'en assurer personnellement l'entretien. Ce n'est qu'exceptionnellement (par exemple lorsque la nécessité de vendre le bien en question s'avère inévitable, dans les cas manifestes d'insuffisance financière, etc.) que des motifs d'ordre financier peuvent s'avérer décisifs pour l'attribution du logement conjugal.

Si ce second critère ne donne pas non plus de résultat clair, le juge doit alors tenir compte du statut juridique de l'immeuble et l'attribuer à celui des époux qui en est le propriétaire ou qui bénéficie d'autres droits d'usage sur celui-ci (TF 5A_930/2012 du 16 mai 2013 c. 3.3.2 ; TF 5A_416/2012 du 13 septembre 2012 c. 5.1, in SJ 2013 I 159 ; TF 5A_575/2011 du 12 octobre 2011 c. 5.1 ; TF 5A_766/2008 du 4 février 2009 c. 3, publié in JT 2010 I 341 ; ATF 120 II 1 c. 2c).

En l'espèce, le premier juge a considéré que la jouissance de l'appartement en cause devait être attribuée au parent qui obtiendrait la garde sur l'enfant selon le rapport du SPJ. Dès lors que l'intimée s'était vu confier cette garde à titre provisoire d'entente entre les parties et qu'il y avait lieu d'assurer à l'enfant une certaine stabilité durant la séparation des parents, il convenait d'attribuer la jouissance du logement conjugal à la mère de l'enfant, ce d'autant plus que l'appelant avait trouvé à se reloger chez son frère alors que l'intimée, souffrant de diabète et en formation, aurait eu plus de difficultés à trouver un logement adéquat pour elle et ses enfants.

Ce faisant, le premier juge a procédé à la pesée des intérêts prévue par la jurisprudence et appliqué correctement les critères prévus par celle-ci. La solution retenue doit en conséquence être confirmée.

4. En conclusion, l'appel doit être rejetée en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance confirmée.

Dès lors que l'interprétation donnée par le premier juge des conventions en cause était manifestement conforme à celles-ci et que la réalisation du projet de garde partagée dans le cadre de deux appartements, prévu par les conventions, était compromise, l'appel apparaissait dénué de chances de succès, de sorte que la requête d'assistance judiciaire de l'appelant doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

Une avance des frais judiciaires de deuxième instance n'ayant pas été exigée et l'appelant étant au bénéfice du Revenu d'insertion, il convient exceptionnellement de renoncer à la perception de ces frais judiciaires (art. 112 al. 1 CPC).

L'intimée a requis l'octroi de l'assistance judiciaire et son conseil a déposé des déterminations sur la requête d'effet suspensif. Vu l'issue de la procédure et sa situation financière, l'assistance judiciaire doit lui être octroyée. L'indemnité de conseil d'office pour les déterminations sur la requête d'effet suspensif est fixée à 200 fr., débours et TVA compris, l'Etat étant subrogé à concurrence de ce montant à compter du jour du paiement en application de l'art. 122 al. 2 CPC.

Par ces motifs,
la juge déléguée 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. L'ordonnance est confirmée.
- III. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant A.D. _____ est rejetée.

- IV.** La requête d'assistance judiciaire de l'intimée B.D._____, est admise, Me Marie-Pomme Moinat étant désignée comme son conseil d'office.
- V.** L'indemnité d'office de Me Marie-Pomme Moinat, conseil de l'intimée, est arrêtée à 200 fr. (deux cents francs), TVA et débours compris.
- VI.** L'arrêt motivé, rendu sans frais, est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du 15 janvier 2014

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 Gisèle de Benoît-Regamey (pour A.D._____),
- Me Marie-Pomme Moinat (pour B.D._____).

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

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

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :