

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 24 août 2015

Composition : Mme BENDANI, juge déléguée

Greffière : Mme Vuagniaux

* * * * *

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

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.M.**_____, à Lausanne, intimée, contre l'ordonnance rendue le 2 juin 2015 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.M.**_____, à Lausanne, requérant, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 2 juin 2015, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le Président du Tribunal d'arrondissement) a autorisé les époux B.M._____ et A.M._____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), confié la garde sur les enfants C.M._____, né le [...] 2010, et D.M._____, né le [...] 2012, à B.M._____ et dit que cette garde sera alternée une semaine sur deux, du dimanche à 18h00 au dimanche à 18h00, dès que A.M._____ sera à même d'habiter avec ses enfants (II), dit que tant que la garde ne sera pas alternée, A.M._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite à convenir d'entente entre les parties et qu'à défaut d'entente, elle aura ses enfants auprès d'elle un week-end sur deux du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, à charge pour elle d'aller chercher les enfants là où ils se trouvent et de les y ramener (III), attribué la jouissance de l'appartement conjugal, sis [...] Lausanne, à B.M._____, à charge pour lui d'en assumer le loyer et les charges (IV), impartit à A.M._____ un délai échéant le 30 juin 2015 pour quitter le logement conjugal en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement (V), astreint A.M._____ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'250 fr., allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.M._____, dès le 1^{er} juillet 2015 (VI), dit que dès que la garde alternée sera mise en œuvre, B.M._____ est astreint à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 200 fr., la moitié des allocations familiales en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de A.M._____, cette pension se substituant à celle fixée au chiffre VI (VII), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII) et déclaré l'ordonnance, rendue sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire (IX).

En droit, le premier juge a retenu que les enfants allaient bien et que les capacités parentales et éducatives des parents étaient identiques, de même que leur disponibilité puisque tous deux travaillaient

à plein temps. La situation la plus adaptée à la situation apparaissait d'instaurer un système de garde alternée une semaine sur deux chez chacun des parents. Vu que la problématique était de trouver un logement dans les meilleurs délais compte tenu de la situation conflictuelle et que l'épouse avait plus de chances de trouver un logement puisque son mari avait un acte de défaut de biens délivré à son encontre, il convenait d'attribuer la jouissance du domicile conjugal à l'époux. Aussi longtemps que l'épouse n'aurait pas de logement adéquat pour accueillir ses enfants, celle-ci bénéficierait d'un libre et large droit de visite et, à défaut d'entente, d'un droit de visite un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, et devrait s'acquitter d'une pension mensuelle de 1'250 fr., correspondant au 25 % de son revenu mensuel net. Dès que la garde alternée serait mise en place et dans la mesure où le mari réalisait un revenu net de 5'416 fr. 60 et l'épouse un revenu net de 5'000 fr., le mari serait astreint au versement d'une pension mensuelle de 200 fr. en faveur des siens et de la moitié des allocations familiales.

B. Par acte du 15 juin 2015, A.M._____ a fait appel de cette ordonnance en concluant, sous suite de frais et dépens, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et, principalement, à la réforme de l'ordonnance attaquée en ce sens que la garde sur les enfants C.M._____ et D.M._____ lui est confiée, un droit de visite usuel étant accordé au père, à savoir un week-end sur deux du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, à charge pour lui d'aller chercher les enfants là où ils se trouvent et de les y ramener, que la jouissance du domicile conjugal lui est attribuée, à charge pour elle d'en assumer le loyer et les charges, qu'ordre est donné à son époux de quitter le domicile conjugal dans les 72 heures dès notification de la décision à intervenir et que celui-ci contribuera à l'entretien des enfants par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'350 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en ses mains, allocations familiales en sus.

Par lettre du 19 juin 2015, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile a admis la demande d'effet suspensif de l'appelante. En effet, le fait pour l'appelante de devoir quitter le logement familial était susceptible de lui causer un préjudice irréparable, dès lors que l'attribution de la garde des enfants dépendait notamment du logement convenable du parent et que la question de savoir si la garde alternée était possible au vu de la communication entre les parents devait encore être tranchée dans le cadre de la procédure d'appel.

Dans sa réponse du 14 juillet 2015, B.M. _____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

Par décision du 9 juillet 2015, la Juge déléguée de la Cour de céans a accordé à B.M. _____ l'assistance judiciaire avec effet au 7 juillet 2015, dans la procédure d'appel qui l'oppose à A.M. _____, sous forme d'exonération d'avances et des frais judiciaires et de l'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Xavier Rubli, et l'a astreint à payer une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} août 2015, à verser auprès du Service juridique et législatif, Secteur recouvrement, case postale, 1014 Lausanne.

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

1. B.M. _____, né le [...] 1961, et A.M. _____, née le [...] 1979, tous deux de nationalité [...], se sont mariés le 22 février 2006 à [...]. Deux enfants sont issus de cette union : C.M. _____, né le [...] 2010 et D.M. _____, né le [...] 2012.

2. Depuis le 15 juin 2010, les époux habitent dans un appartement de trois pièces à [...], à Lausanne. Le loyer net est de 1'274 fr., plus 200 fr. pour les charges. Ils disposent d'une place de parc pour la voiture familiale que seul B.M. _____ utilise, pour un loyer de 130 fr. par mois.

3. A.M._____ a été suivie lors de deux consultations ambulatoires au Centre d'accueil MalleyPrairie, à Lausanne, les 11 décembre 2012 et 26 mars 2013. Lors de ces entretiens, A.M._____ a déclaré qu'elle aurait subi des violences psychologiques, économiques et physiques de la part de son époux.

4. Le 13 avril 2015, B.M._____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures superprovisionnelles d'extrême urgence dont les conclusions étaient les suivantes :

« A. Par la voie des mesures d'extrême urgence :

- I. Autoriser les époux à vivre séparés pour une durée indéterminée.
- II. Attribuer la jouissance du domicile conjugal, sis [...]B à Lausanne, ainsi que le mobilier du ménage, à B.M._____.
- III. Ordonner à A.M._____ de quitter le domicile conjugal dans les 72 heures.
- IV. Autoriser B.M._____ à faire appel à la force publique si A.M._____ ne quitte pas le domicile conjugal dans le délai imparti au chiffre III. ci-dessus.
- V. Attribuer la garde sur les enfants C.M._____, né le [...] 2010, et D.M._____, né le [...] 2012, à B.M._____.
- VI. Dire que le droit de visite de A.M._____ s'exercera d'entente entre les parties, à défaut à raison d'un week-end sur deux et la moitié des vacances, à charge pour elle d'aller les chercher et les ramener au domicile conjugal.
- VII. Interdire à A.M._____ de quitter le territoire suisse avec ses enfants au moins jusqu'au prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale.
- VIII. Déclarer le prononcé de mesures d'extrême urgence immédiatement exécutoire.

B. Par la voie des mesures protectrices de l'union conjugale :

- I. Autoriser les époux à vivre séparés pour une durée indéterminée.
- II. Attribuer la jouissance du domicile conjugal, sis [...]B à Lausanne, ainsi que le mobilier du ménage, à B.M._____.
- III. Ordonner à A.M._____ de quitter le domicile conjugal dans les 72 heures.
- IV. Autoriser B.M._____ faire appel à la force publique si A.M._____ ne quitte pas le domicile conjugal dans le délai imparti au chiffre III. ci-dessus.
- V. Attribuer la garde sur les enfants C.M._____, né le [...] 2010, et D.M._____, né le [...] 2012, à B.M._____.
- VI. Dire que le droit de visite de A.M._____ s'exercera d'entente entre les parties, à défaut à raison d'un week-end sur deux et la moitié des vacances, à charge pour elle d'aller les chercher et les ramener au domicile conjugal.
- VII. Interdire à A.M._____ de quitter le territoire suisse avec ses enfants au moins jusqu'au prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale.
- VIII. Condamner A.M._____ à verser pour les enfants C.M._____ et D.M._____, en mains de B.M._____, d'avance et par mois, une contribution d'entretien d'un montant non inférieur à Fr. 1'000.-, dès le 1^{er} mai 2015.
- IX. Dire que la contribution fixée au chiffre VIII. ci-dessus sera indexée à l'IPC le 1^{er} janvier de chaque année, la première fois le 1^{er} janvier 2016 sur la base de l'indice du mois de novembre 2015, l'indice de référence étant celui du jour où la décision sera rendue. »

A.M._____ s'est déterminée le 14 avril 2015.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 14 avril 2015, le Président du Tribunal d'arrondissement a fait interdiction aux parties de quitter le territoire suisse avec leurs enfants au moins jusqu'au prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale (I), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (II) et dit que l'ordonnance restera en

vigueur jusqu'à droit connu sur la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, une audience étant d'ores et déjà fixée au 5 mai 2015 (III).

Dans sa réponse du 12 mai 2015, A.M._____ a pris les conclusions suivantes :

« I. Les conclusions prises au pied de la requête du 13 avril 2015 sont rejetées.

Reconventionnellement :

II. Les époux B.M._____ et A.M._____ sont autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée.

III. La garde sur les enfants C.M._____, né le [...] 2010, et D.M._____, né le [...] 2012, est confiée à leur mère A.M._____.

IV. B.M._____ bénéficiera d'un droit de visite usuel à l'égard de ses enfants C.M._____, né le [...] 2010, et D.M._____, né le [...] 2012, à exercer un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener.

V. La jouissance du domicile conjugal, sis [...] Lausanne, est attribuée à A.M._____, à charge pour elle d'en assumer le loyer et les charges.

VI. Ordre est donné à B.M._____ de quitter le domicile conjugal, sis [...] Lausanne, dans les 72 heures dès notification de la décision à intervenir.

VII. A défaut d'exécution du chiffre VI dans le délai imparti, l'ordonnance vaudra ordonnance d'exécution,

a) ordre étant d'ores et déjà donné à Monsieur l'Huissier du Tribunal de procéder à l'exécution forcée de la décision,

b) injonction étant d'ores et déjà faite aux agents de la force publique de concourir à l'exécution forcée, et

c) l'attention du requérant étant attirée sur le fait qu'il sera, en cas de nécessité, procédé à l'ouverture forcée.

VIII. B.M. _____ contribuera à l'entretien de ses enfants C.M. _____, né le [...] 2010, et D.M. _____, né le [...] 2012, par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de A.M. _____, d'un montant qui ne sera pas inférieur à Fr. 1'350.-, allocations familiales en sus, dès et y compris le 15 mai 2015. »

5. L'audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 27 mai 2015. Cinq témoins ont été entendus.

- T1. _____, sœur de B.M. _____, domiciliée à Paris, a déclaré que son frère était un excellent père et que lorsque la mère rentrait du travail tard le soir, son frère avait nourri et douché les enfants, qui parfois dormaient déjà. Elle s'était occupée des deux enfants pendant quinze jours lorsque la mère était partie en [...] pour préparer le mariage de son frère et la mère ne s'était jamais inquiétée des enfants durant ce laps de temps. Si son frère devait obtenir la garde alternée, elle serait prête à venir aider son frère, car elle est en pré-retraite.

- T2. _____, collègue de B.M. _____, a déclaré que celui-ci s'occupait des enfants tous les mercredis et était très impliqué dans leur éducation. Il amenait l'aîné au jardin d'enfants et le cadet à la crèche tous les matins avec le véhicule familial. Elle ignorait comment la mère s'occupait des enfants. Elle avait vendu la voiture familiale à B.M. _____, que celui-ci avait payée cash.

- T3. _____, ancienne collègue de A.M. _____ jusqu'en septembre 2014, a déclaré que celle-ci était une excellente mère et que les enfants étaient très heureux de la retrouver lorsque B.M. _____ venait la chercher après le travail. Elle et d'autres collègues avaient quelquefois dû dépanner lorsqu'un des enfants était malade et elle et un de ses collègues lui avaient cédé leur samedi pour qu'elle puisse avoir congé ce jour-là.

- T4. _____, baby-sitter des enfants, a déclaré que la mère allait chercher les enfants à la garderie les lundis et vendredis. Elle-même

allait les chercher à 18 heures les mardis et jeudis et parfois les lundis et vendredis pour dépanner. Elle leur donnait une collation, puis le père reprenait ce qu'elle était en train de faire lorsqu'il arrivait en premier vers 19 heures, souvent pendant le bain du cadet. Le comportement des enfants avait très nettement changé depuis les difficultés conjugales, mais les choses s'étaient normalisées par la suite.

- T5._____, adjointe de direction de la crèche où étaient gardés les enfants des parties, a déclaré qu'elle voyait le plus souvent le père le matin et le soir soit la baby-sitter soit la maman les lundis et vendredis, mais pas toujours. Il n'y avait jamais eu de soucis avec les enfants. Elle avait pu observer un léger changement de comportement des enfants, mais sans conséquences véritables. Actuellement, l'aîné ne venait plus à la crèche.

6. Par lettre du 9 juin 2015, le Service de protection de la jeunesse (ci-après : le SPJ) a informé le Président du Tribunal d'arrondissement qu'il avait été interpellé par A.M._____, qui se disait inquiète quant à la santé psychique de son époux et son inadéquation dans la prise en charge des enfants. Le Service avait conseillé à A.M._____ de contester la décision rendue dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale et l'avait informée qu'il n'interviendrait pas sauf sur mandat de l'autorité judiciaire.

7. Le 11 août 2015, A.M._____ a informé la Juge déléguée de la Cour d'appel civile qu'elle et l'enfant D.M._____ auraient subi des maltraitances de B.M._____ dans la soirée du 5 août 2015. Dans un certificat du 6 août 2015, le Dr [...], chirurgien FMH, à Lausanne, a attesté qu'hormis la douleur invoquée par A.M._____ et l'impotence fonctionnelle du poignet gauche et de l'index gauche constatée, il n'y avait aucune contusion ou tuméfaction.

Par lettre du 20 août 2015, B.M._____ s'est déclaré profondément blessé des accusations sans fondement de son épouse, niant toute violence à son encontre et celle de l'enfant D.M._____.

8. Au cours de l'audience d'appel du 24 août 2015, A.M. _____ a conclu à ce qu'une enquête soit confiée au SPJ pour examiner les compétences parentales de chacun des parents et déterminer, le cas échéant, l'opportunité de l'instauration d'une garde alternée, respectivement l'attribution exclusive de la garde des deux enfants à l'un ou l'autre des parents. B.M. _____ a conclu au rejet de cette conclusion. Les époux ont été interrogés en qualité de partie.

9. La situation personnelle et financière des parties est la suivante :

a) B.M. _____ a deux enfants d'une précédente union : [...], née en 1992, et Y. _____, né en 1996. Au cours de l'audience du 24 août 2015, B.M. _____ a indiqué qu'Y. _____ allait terminer sa formation dans un mois et qu'il était en train de passer ses examens de fin d'apprentissage. La somme de 833 fr. est prélevée chaque mois sur son salaire pour Y. _____.

B.M. _____ travaille à plein temps en qualité de vendeur pour le compte de l'entreprise [...]. Son salaire brut est de 4'000 fr., versé treize fois l'an. Il perçoit des commissions sur le chiffre d'affaires et les ventes, ainsi que la somme de 900 fr. en allocations familiales, soit 230 fr. pour C.M. _____, 370 fr. pour D.M. _____ et 300 fr. pour Y. _____. Sans prélèvement du montant de 833 fr., son salaire net oscille entre 4'600 fr. et 5'430 francs. Lors de l'audience du 24 août 2015, B.M. _____ a déclaré qu'il percevait en moyenne 5'100 fr. net par mois, allocations familiales comprises.

Selon un extrait du Registre des poursuites du 10 avril 2015, un acte de défaut de biens a été délivré le 3 juillet 2014 à l'encontre de B.M. _____ pour la somme de 5'563 fr. 90.

Ses charges incompressibles mensuelles sont les suivantes :

| | |
|--|--------------|
| Minimum vital pour adulte monoparental | 1'350.00 |
| Minimum vital C.M. _____ et D.M. _____ | 800.00 |
| Loyer | 1'474.00 |
| Assurance-maladie | 335.30 |
| Assurance-maladie C.M. _____ et D.M. _____ | 117.90 |
| Frais de transport | <u>72.00</u> |
| Total | 4'149.20 |

Le budget de B.M. _____ présente ainsi un excédent de 50 fr. 80.

b) A.M. _____ travaille à plein temps en qualité de gérante du magasin [...]. Son salaire mensuel brut est de 5'400 fr., versé treize fois l'an. Au cours de l'audience du 24 août 2015, elle a déclaré qu'elle percevait 4'676 fr. net par mois et qu'elle aurait une augmentation de salaire de 200 fr. en janvier 2016.

Ses charges incompressibles mensuelles sont les suivantes :

| | |
|---|--------------|
| Minimum vital pour débiteur vivant seul | 1'200.00 |
| Droit de visite | 150.00 |
| Loyer hypothétique | 1'500.00 |
| Assurance-maladie | 253.30 |
| Frais de transport | <u>72.00</u> |
| Total | 3'175.30 |

Le budget de A.M. _____ présente ainsi un excédent de 1'500 fr. 70.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles sont assimilées aux mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure

civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) (Colombini, JT 2013 III 131 n. 6a et les réf.), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). 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 a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, s'élèvent à 10'000 fr. au moins, l'appel est recevable.

2. 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.).

3. a) Selon l'art. 317 al. 1 CPC, un moyen de preuve nouveau n'est pris en compte au stade de l'appel que s'il est produit sans retard (let. a) et ne pouvait l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Pour les pseudo nova, soit les faits ou moyens de preuve qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en

première instance (TF 5A_445/2014 du 28 août 2014 c. 2.1 ; TF 5A_739/2012 du 17 mai 2013 c. 9.2.2 ; TF 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 c. 3.1). La maxime inquisitoire, applicable lorsque le juge est saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille (TF 5A_891/2013 du 12 mars 2014 c. 5.1), ne dit pas jusqu'à quel moment les parties peuvent invoquer des faits ou des moyens de preuve nouveaux. Le Tribunal fédéral a dès lors jugé qu'il n'est pas arbitraire d'appliquer l'art. 317 al. 1 CPC dans toute sa rigueur même dans le cadre d'une procédure soumise à cette maxime (TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 c. 4.2, S.J. 2015 I p. 17 et les réf.).

b) L'appelante a produit quatre pièces. L'attestation médicale du Dr [...] du 6 août 2015 et le document du Crédit Suisse du 29 juillet 2015 intitulé « Non-exécution d'un paiement par recouvrement direct » sont recevables, dès lors qu'ils ne pouvaient être produits en première instance. Les extraits bancaires et postaux sont en revanche irrecevables, puisqu'ils concernent des périodes antérieures à l'audience des débats du 27 mai 2015 et que l'appelante n'explique pas en quoi elle n'a pas pu produire ces pièces avant cette date.

L'intimé a produit une pièce à l'appui de sa réponse et un lot de pièces au cours de l'audience du 24 août 2015. L'attestation médicale du 16 juillet 2015 du Dr [...], pédiatre, l'attestation du 17 juillet 2015 d'T5._____, adjointe de direction de la garderie de l'enfant D.M._____, le certificat de salaire de juillet 2015, les trois factures de garage des 16 juin 2015, 18 juin 2015 et 15 juillet 2015, le planning de travail d'août 2015 et septembre 2015 et les copies de récépissés postaux sont recevables. La photographie du « planning de la semaine pour les enfants C.M._____ et D.M._____ » est recevable bien que non daté, s'agissant d'un changement de prise en charge des enfants à la crèche/garderie après l'audience des débats du 27 mai 2015 (cf. réponse de l'intimé, p. 3, 1^{er} par.). La facture de meubles du 18 mars 2013 est irrecevable, dès lors qu'elle aurait pu être produite en première instance.

4. a) L'appelante soutient que la garde alternée sur les enfants ne peut pas être imposée aux parents, que les enfants ont besoin de stabilité, qu'elle s'est toujours chargée de leur éducation et que sa situation financière est stable contrairement à celle de son époux, de sorte que la garde des enfants doit lui être confiée, de même que le logement conjugal afin que les enfants demeurent dans leur environnement habituel. Dès lors que son époux réalise un salaire de 5'416 fr. 60 et que ses charges incompressibles s'élèvent à 4'018 fr. 30, celui-ci doit lui verser l'entier de son excédent, soit la somme de 1'350 fr. par mois en chiffres ronds.

L'intimé fait valoir que les parties ne se sont pas expressément opposées au principe de la garde alternée et que son épouse s'est déclarée favorable à une garde alternée au cours de l'audience du 27 mai 2015. S'il est vrai que la vie commune est devenue insupportable, son épouse et lui arrivent néanmoins à collaborer concernant la prise en charge quotidienne de leurs deux fils, notamment lorsqu'il s'est agi de modifier les jours où ils devaient amener et aller rechercher les enfants à la crèche et à la garderie. En outre, l'éducatrice et la baby-sitter ont confirmé, lors de l'audience de première instance, que les enfants allaient bien et qu'ils ne semblaient pas souffrir des dissensions parentales. Dès lors que les deux époux travaillent à plein temps, que leurs capacités éducatives sont équivalentes et que les enfants ont besoin de leurs deux parents, il considère que le système de la garde alternée doit être confirmé. Il en va de même s'agissant de l'attribution du logement familial en sa faveur puisqu'il aura plus de difficultés à trouver un logement que son épouse en raison de ses dettes.

b) aa) Aux termes de l'art. 176 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), à la requête d'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre (al. 1 ch. 1) et prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage (al. 1 ch. 2). Lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation (al. 2).

Cette réglementation porte notamment sur l'autorité parentale, la garde de l'enfant, les relations personnelles, la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant et la contribution d'entretien.

bb) Pour l'attribution de la garde, le bien de l'enfant prime la volonté des parents. L'examen porte alors en premier lieu sur les capacités éducatives des parents. En cas de capacités équivalentes, la disponibilité des parents est déterminante, surtout chez les enfants en bas âge. En cas de disponibilité équivalente, la stabilité et les relations familiales sont à examiner. Selon les circonstances, la disponibilité peut cependant céder le pas à la stabilité. Enfin, en fonction de l'âge, il peut être tenu compte du désir de l'enfant. Ces critères peuvent être mis en balance avec d'autres, tels que la volonté d'un parent à coopérer avec l'autre ou la nécessité de ne pas séparer la fratrie (TF 5A_834/2012 du 26 février 2013 c. 4.1). 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. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. 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 ; TF 5A_181/2008 du 25 avril 2008, FamPra.ch 4/2008 n. 104 p. 98 ; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, FamPra.ch 2006 n. 20 p. 193).

L'instauration d'une garde alternée s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ; la garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales (TF 5A_928/2014 du 26 février 2015 c. 4.2 ; TF 5A_345/2014 du 4 août 2014 c. 4.2 ; TF 5A_866/2013 du 16 avril 2014 c. 5.2). Un parent ne peut pas déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant pendant la moitié du temps. On ne décidera donc d'une garde alternée ou partagée

que si celle-ci est la meilleure solution pour le bien de l'enfant (cf. Message concernant la modification du Code civil du 16 novembre 2011, FF 2011 8315, p. 8331).

Ainsi, bien que l'autorité parentale conjointe n'implique pas nécessairement une garde conjointe ou alternée, le juge doit néanmoins examiner dans quelle mesure l'instauration d'un tel mode de garde est possible et conforme au bien de l'enfant. Le seul fait que l'un des parents s'oppose à un tel mode de garde et l'absence de collaboration entre les parents qui peut en être déduite ne suffit ainsi pas pour l'exclure. Le juge doit cependant examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est compatible avec le bien de l'enfant, ce qui dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, telles que l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école (TF 5A_345/2014 du 4 août 2014 c. 3 et 4.3). Dans le cadre de cet examen, le juge peut donc également tenir compte de l'absence de capacité des parents à collaborer entre eux. A cet égard, bien que la seule existence et persistance de l'opposition d'un parent ne suffise pas en soi à faire échec à l'application de la garde alternée, l'absence de consentement de l'un des parents laisse toutefois présager que ceux-ci auront du mal à trouver un accord sur des questions importantes concernant leur enfant et rencontreront des difficultés futures dans la collaboration entre eux (TF 5A_866/2013 du 16 avril 2014 c. 5.3). Le juge peut ainsi tenir compte de cet élément, parmi d'autres, dans son appréciation, en particulier lorsque la relation entre les parents est particulièrement conflictuelle. Instaurer une garde alternée dans un tel contexte exposerait en effet l'enfant de manière récurrente au conflit parental, ce qui est manifestement contraire à son intérêt (cf. TF 5A_105/2014 du 6 juin 2014 c. 4.3.2 se référant à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu dans l'affaire n° 9929/12 du 27 mai 2014, Buchs contre Suisse, par. 70 ss ; sur le tout TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015 c. 4.4).

cc) Tant que dure le mariage, les conjoints doivent contribuer, chacun selon ses facultés (art. 163 al. 2 CC), aux frais supplémentaires

engendrés par l'existence parallèle de deux ménages. Chaque époux peut prétendre à participer d'une manière identique au train de vie antérieur (ATF 119 II 314 c. 4b/aa). Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul à cette fin. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral en cas de situations financières modestes ou moyennes et tant que dure le mariage (art. 176 al. 1 ch. 1 CC en relation avec l'art. 163 al. 1 CC), est celle dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. En cas de situation financière favorable, la comparaison des revenus et des minima vitaux est alors inopportune ; il convient plutôt de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien des conditions de vie antérieures (ATF 115 II 424 ; TF 5A_515/2008 du 1^{er} décembre 2008 c. 2.1, FamPra.ch 2009 p. 429 ; TF 5A_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2 ; TF 5P.138/2001 du 10 juillet 2001 c. 2a/bb, FamPra 2002 p. 331). Le train de vie mené jusqu'à la cessation de la vie commune constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 c. 3b ; ATF 118 II c. 20b).

c) aa) En l'espèce, le témoin T1._____ a déclaré que son frère était un excellent père et que celui-ci s'en occupait le soir avant que son épouse ne rentre du travail. Le témoin T2._____ a indiqué que l'intimé s'occupait des enfants tous les mercredis et était très impliqué dans leur éducation. Le témoin T3._____ a déclaré que l'appelante était une excellente mère et que les enfants étaient très heureux de la retrouver lorsque son époux venait la chercher après le travail. La baby-sitter des enfants, T4._____, a indiqué que le père s'occupait des enfants lorsqu'il arrivait du travail vers 19 heures et que le comportement des enfants avait très nettement changé depuis les difficultés conjugales, mais que les choses s'étaient normalisées par la suite. L'éducatrice T5._____ a déclaré qu'en général, le père amenait les enfants à la crèche le matin et que soit la baby-sitter soit la mère allait les rechercher le soir, qu'il n'y avait jamais eu de soucis avec les enfants et qu'elle avait observé un léger changement dans leur comportement, toutefois sans conséquences véritables. Tous les témoins s'accordent ainsi à dire que les enfants vont

bien, que les époux sont de bons parents et que tous deux s'occupent de leurs enfants.

Au cours de l'audience du 24 août 2015, l'appelante a déclaré qu'elle n'était pas opposée à une garde alternée dans la mesure où elle pouvait garder l'appartement conjugal. Mis à part la condition posée sur son lieu de vie, elle est donc d'accord sur le principe de la garde alternée. L'intimé est quant à lui favorable à ce mode de garde. Comme évoqué ci-dessus, les témoins ont observé que les enfants vont bien et que les deux parents s'impliquent dans leur éducation. La solution la mieux à même d'assurer aux enfants, qui sont encore petits, une stabilité et un développement harmonieux est donc celle de la garde alternée, l'intimé ayant mentionné, lors de l'audience du 24 août 2015, qu'il ne serait pas opposé à ce que le lieu de scolarisation et de crèche des enfants soit modifié. La sœur de l'intimé, qui est en pré-retraite, a en outre déclaré qu'elle était prête à déménager de France pour venir aider son frère si celui-ci devait obtenir la garde alternée. Il est vrai que les relations entre les parents sont conflictuelles, ce qui a pu être également constaté au cours de l'audience du 24 août 2015. Il semble toutefois que ce conflit résulte bien plus de la vie commune qui est devenue insupportable que d'une absence de volonté à communiquer concernant les enfants. De plus, vu le contexte actuel, l'attribution de la garde exclusive à l'un ou l'autre des parents au lieu de l'instauration d'une garde alternée ne préviendrait nullement ni le conflit qui divise les parents ni les souffrances qui peuvent en découler pour les enfants.

bb) S'agissant du logement conjugal, il est constant que l'intimé s'est vu délivrer un acte de défaut de biens à son encontre. L'appelante soutient qu'elle ne doit pas être prétextée pour avoir fait en sorte de maintenir sa situation financière saine, au contraire de son époux qui ne l'a pas fait. Elle oublie toutefois qu'elle est solidaire des dettes de son époux, de sorte que ce seul critère n'est pas déterminant dans l'attribution de la jouissance du domicile conjugal. Lors de l'audience du 24 août 2015, les époux ont fait état d'au moins une dispute ayant dégénéré en présence d'un de leurs enfants. Pour le bien-être des enfants,

il est important que leurs parents se séparent dans les plus brefs délais. Il est incontestable que l'intimé aura des difficultés à trouver un appartement, dès lors qu'il est inscrit au Registre des poursuites pour un acte de défaut de biens, ce qui n'est pas le cas de l'appelante. En outre, le logement conjugal dispose d'une place de parc pour la voiture familiale que seul l'époux utilise. La jouissance du domicile conjugal en faveur de l'intimé doit par conséquent être confirmée et l'appelante devra quitter le logement conjugal au 30 septembre 2015 au plus tard.

cc) L'appelante soutient que la situation familiale n'est pas celle décrite par la baby-sitter et l'éducatrice et que les enfants ne vont pas bien. Lors de deux consultations ambulatoires à MalleyPrairie les 11 décembre 2012 et 26 mars 2013, l'appelante a déclaré qu'elle aurait subi des violences psychologiques, économiques et physiques de la part de son époux. Dans sa lettre du 11 août 2015 et au cours de l'audience du 24 août 2015, elle a déclaré que son époux lui cracherait dessus et l'insulterait en présence des enfants, que l'enfant C.M._____ aurait commencé à l'insulter et à la frapper, que l'ancienne nounou aurait démissionné car elle aurait été menacée par son époux, que, le soir du 5 août 2015, son époux aurait tapé dans le dos de l'enfant D.M._____, ce qui aurait occasionné une marque rouge, et qu'il lui aurait tourné le poignet, qu'elle aurait appelé la police à la suite de cet incident et aurait déposé plainte, qu'elle aurait déjà appelé la police une précédente fois, que son époux l'aurait déjà frappée auparavant, aurait été interné deux ans dans une clinique psychiatrique, boirait six-sept bières par soir et qu'elle aurait peur pour la suite. L'intimé a pour sa part déclaré qu'il ne s'était rien passé, que son épouse avait « pété un câble » et qu'il ne savait pas du tout pourquoi elle était allée à MalleyPrairie.

Les événements exposés par l'appelante sont inquiétants, particulièrement en ce qui concerne les enfants, et semblent se répéter. Il y a lieu par conséquent d'ordonner au SPJ de procéder à une évaluation de la situation des époux B.M._____ et A.M._____, en particulier évaluer les capacités éducatives de chacun des parents et préavisier sur l'opportunité de l'instauration d'une garde alternée, respectivement de

l'attribution exclusive de la garde des enfants C.M. _____ et D.M. _____ à l'un ou l'autre des parents.

dd) S'agissant de la contribution d'entretien, l'appelante a déclaré, lors de l'audience du 24 août 2015, que son salaire mensuel net était de 4'676 fr., treizième salaire non compris, et qu'elle recevrait une augmentation de salaire de 200 fr. en janvier 2016. Selon ses fiches de salaires, l'intimé réalise entre 4'600 fr. et 5'430 fr. net par mois et il a déclaré, au cours de l'audience du 24 août 2015, qu'il percevait en moyenne 5'100 fr. net par mois. Il convient de déduire de ce montant les allocations familiales perçues pour les enfants C.M. _____, D.M. _____ et Y. _____ d'un montant total de 900 fr. (soit 230 fr. pour C.M. _____, 370 fr. pour D.M. _____ et 300 fr. pour Y. _____), de sorte que son revenu moyen net est de 4'200 fr. par mois, treizième salaire non compris. Il n'y a pas lieu de tenir compte de la pension mensuelle de 533 fr. (833 fr. - 300 fr.) pour Y. _____, puisque celui-ci aura terminé son apprentissage dans un mois.

Le total des revenus des époux est de 8'876 fr. (4'200 fr. + 4'676 fr.) et celui de leurs minima vitaux de 7'324 fr. 50 (cf. supra, let. C, ch. 9 ; 4'149 fr. 20 + 3'175 fr. 30). Leur disponible de 1'551 fr. 50 (8'876 fr. - 7'324 fr. 50) doit être partagé à raison de 60 % pour le père qui aura la garde des enfants si la mère n'a pas trouvé d'appartement adéquat au 1^{er} octobre 2015, soit 930 fr. 90, et de 40 % pour la mère, soit 620 fr. 60. Il en résulte un montant de 880 fr. en chiffres ronds en faveur du père, correspondant à la soustraction de son excédent par 50 fr. 80 de sa quote-part par 930 fr. 90. Il y a ainsi lieu de retenir que l'appelante devra contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'un montant de 880 fr. par mois, payable d'avance le premier de chaque mois à partir du 1^{er} octobre 2015 et jusqu'à la mise en place de la garde alternée, qui interviendra une fois que l'appelante aura trouvé un logement adéquat pour habiter avec les enfants.

Dès que la garde alternée sera mise en œuvre, l'appelante versera une contribution de 200 fr. à l'intimé, dès lors qu'elle réalise un

salaire de 4'676 fr. et son époux un salaire de 4'200 francs. L'intimé est en outre astreint à verser la moitié des allocations familiales à l'appelante.

5. Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être partiellement admis et la décision entreprise réformée, les chiffres V, VI et VII de son dispositif étant modifiés et complétés en ce sens qu'un délai échéant le 30 septembre 2015 est imparti à l'appelante pour quitter le logement conjugal en emportant ses effets personnels et quoi se reloger sommairement (V), qu'il est ordonné au SPJ de procéder à une évaluation de la situation des époux B.M._____ et A.M._____, en particulier évaluer les capacités éducatives de chacun des parents et préavisier sur l'opportunité de l'instauration d'une garde alternée, respectivement l'attribution exclusive de la garde des enfants C.M._____ et D.M._____ à l'un ou l'autre des parents (Vbis), que l'appelante doit contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 880 fr., allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de l'intimé, dès le 1^{er} octobre 2015 (VI), et que dès que la garde alternée sera mise en œuvre, l'appelante est astreinte à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 200 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains de l'intimé, cette pension se substituant à celle fixée au chiffre VI, et que l'intimé doit verser la moitié des allocations familiales à l'appelante (VII).

6. Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]). Dès lors que l'appelante n'obtient gain de cause que sur la mise en œuvre d'un mandat d'évaluation par le SPJ, les frais judiciaires sont mis à sa charge par 4/5, soit 500 fr., et à la charge de l'intimé par 1/5, soit 100 fr. (art. 106 al. 2 CPC), mais laissés à la charge de l'Etat dès lors que celui-ci procède au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC).

Les dépens de deuxième instance sont fixés à 2'000 fr. (art. 7 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; RSV

270.11.6]). L'appelante obtient gain de cause pour 1/5 et a donc droit à 400 fr. pour ses dépens. L'intimé obtient gain de cause pour 4/5 et a donc droit à 1'600 fr. pour ses dépens. En définitive, l'appelante doit verser à l'intimé la somme de 1'200 fr. à titre de dépens réduits de deuxième instance.

En sa qualité de conseil d'office de l'intimé, Me Xavier Rubli a droit à une rémunération équitable pour ses opérations dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC), pour le cas où les dépens de deuxième instance ne pourraient pas être recouvrés (art. 122 al. 2 CPC et art. 4 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]). Il y a lieu de retrancher toutes les opérations intitulées « Attention à un courrier de la Cour d'appel civile », « Attention à un courriel/mail du client » et « Attention à un courrier de Me El-Abshihy » n'impliquant qu'une lecture brève et cursive, ne dépassant pas les quelques secondes pour un avocat correctement formé (Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n. 2962 p.1170 et la jurisprudence citée ad n. 873 ; CACI 19 août 2015/427 ; CREC 3 septembre 2014/312). Il convient par conséquent de retenir 8h45 de travail au lieu de 10h15. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ), l'indemnité est arrêtée à 1'701 fr. (1'575 fr., plus 126 fr. de TVA au taux de 8 %), les frais de déplacement à 129 fr. 60 et les débours à 10 fr. 80, TVA comprise, soit au total à 1'841 fr. 40.

L'intimé est tenu, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Juge déléguée de la
Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. L'ordonnance est réformée, les chiffres V, VI et VII de son dispositif étant modifiés et complétés comme il suit :
 - V. **impartit** à A.M. _____ un délai échéant le 30 septembre 2015 pour quitter le logement conjugal en emportant ses effets personnels et quoi se reloger sommairement.
 - Vbis. **ordonne** au Service de protection de la jeunesse de procéder à une évaluation de la situation des époux B.M. _____ et A.M. _____, en particulier évaluer les capacités éducatives de chacun des parents et préavisier sur l'opportunité de l'instauration d'une garde alternée, respectivement l'attribution exclusive de la garde des enfants C.M. _____ et D.M. _____ à l'un ou l'autre des parents.
 - VI. **astreint** A.M. _____ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 880 fr. (huit cent huitante francs), allocations familiales éventuelles en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.M. _____, dès le 1^{er} octobre 2015.
 - VII. **dit** que dès que la garde alternée sera mise en œuvre, A.M. _____ est astreinte à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 200 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.M. _____, cette pension se substituant à

celle fixée au chiffre VI, et que B.M._____ doit verser la moitié des allocations familiales à A.M._____.

La décision est confirmée pour le surplus.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante A.M._____ par 500 fr. (cinq cents francs) et laissés à la charge de l'Etat par 100 fr. (cent francs).
- IV.** L'appelante A.M._____ doit verser à l'intimé B.M._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'indemnité de Me Xavier Rubli, conseil d'office de l'intimé, est arrêtée à 1'841 fr. 40 (mille huit cent quarante et un francs et quarante centimes), TVA et débours compris.
- VI.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VII.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

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

- Me Sarah El-Abshihy (pour A.M. _____)
- Me Xavier Rubli (pour B.M. _____)
- Service de protection de la jeunesse

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 :

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

La greffière :