

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 14 septembre 2015

Composition : Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée
Greffière : Mme Robyr

Art. 176 CC; 308 al. 1 let. b CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **K.**_____, à Lausanne, intimée, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 11 août 2015 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.J.**_____, 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 11 août 2015, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a autorisé A.J._____ et K._____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), fixé le lieu de résidence des enfants B.J._____, C.J._____, D.J._____ et E.J._____ au domicile de leur père A.J._____, qui exerce en conséquence la garde de fait (II), dit que l'intimée K._____ est mise au bénéfice d'un libre et large droit de visite, à exercer d'entente avec le père des enfants et, à défaut d'entente préférable entre les parties, qu'elle pourra exercer son droit de visite un week-end sur deux du vendredi après-midi dès la sortie de l'école au lundi matin, tous les mercredis après-midi de la sortie de l'école jusqu'à 20 heures, la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, à charge pour la mère de venir chercher les enfants là où ils se trouvent et de les y ramener, respectivement de les conduire à l'école le lundi matin (III), attribué au requérant A.J._____ la jouissance de l'appartement conjugal, à charge pour lui d'en acquitter le loyer et les charges (IV), octroyé à K._____ un délai au 15 octobre 2015 pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels (V), dit qu'K._____ contribuera à l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une pension mensuelle de 9'500 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains du requérant, dès et y compris la séparation effective, allocations familiales en sus (par 1'300 fr.) (VI), fait interdiction à K._____ de disposer du capital se trouvant sur le compte n° [...], au nom des deux époux, auprès de la Banque Migros, sans le consentement exprès du requérant avec la signature de ce dernier (VII), institué une curatelle d'assistance éducative et de surveillance des relations personnelles au sens de l'art. 308 al. 1 et 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), en faveur des enfants (VIII), invité le Service de protection de la Jeunesse (ci-après: SPJ), Office régional de protection des mineurs du Centre (ORPM), à communiquer au président, dans un délai de 14 jours dès réception de l'ordonnance, le nom de l'assistant(e) social(e) qui sera en charge du dossier (IX), confié au SPJ, Unité d'Evaluation et Missions

Spéciales, un mandat d'évaluation sur les conditions de vie des enfants afin de faire toutes propositions utiles relatives à l'attribution de la garde des enfants ainsi qu'à la réglementation des relations personnelles avec le parent non attributaire et l'a invité à rendre son rapport dans un délai de quatre mois dès réception de l'ordonnance (X), dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires (XI), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XII) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (XIII).

En droit, le premier juge a considéré que le père était très disponible et qu'il n'avait, dans l'immédiat à tout le moins, pas d'emploi en vue. Par ailleurs, la mère n'avait pas apporté la preuve que son mari se serait montré inadéquat avec les enfants ou qu'il aurait manqué d'une manière ou d'une autre à ses devoirs de père dans le cadre de leur prise en charge quotidienne, de sorte que la garde de fait pouvait lui être confiée. Le premier juge a relevé qu'A.J._____ avait cessé de travailler en été 2011, qu'il était en recherche d'emploi et qu'il devrait pouvoir retrouver sans grande difficulté une activité lucrative, sans qu'il se justifie toutefois de lui imputer un revenu hypothétique. Après couverture des charges mensuelles des deux parties, le premier juge a arrêté le solde disponible à 5'718 fr. 20, montant qu'il a réparti à raison de deux tiers pour le mari qui a la garde des enfants et d'un tiers pour l'épouse.

B. Par acte du 24 août 2015, K._____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que le logement familial lui est attribué, à charge pour elle d'en assumer les coûts, qu'A.J._____ doit quitter le domicile conjugal au plus tard le 15 octobre 2015 sous la menace des peines d'amende de l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0), que le droit de garde sur les enfants est attribué à la mère, que le père se voit attribuer un large et libre droit de visite sur les enfants à convenir d'entente avec la mère et, à défaut d'entente, qu'il pourra avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux, la moitié des vacances scolaires et des jours fériés ainsi que les

jeudis et, enfin, qu'A.J._____ versera en faveur de chacun de ses enfants une contribution de 500 fr. par mois à compter du 1^{er} septembre 2015, à verser en mains d'K._____, allocations familiales en sus. Subsidiairement, l'appelante a conclu à l'annulation de l'ordonnance attaquée. Elle a produit un bordereau de pièces à l'appui de son écriture et requis la tenue d'une audience. Enfin, l'appelante a demandé l'effet suspensif.

Par décision du 27 août 2015, la Juge de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

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

1. A.J._____, né le [...] 1971, et K._____, née [...] le [...] 1969, se sont mariés le [...] 2004. Quatre enfants sont issus de cette union, B.J._____, né le [...] 2005, C.J._____, né le [...] 2006, D.J._____, née le [...] 2008 et E.J._____, né le [...] 2010.

Les époux ont rencontré des difficultés conjugales et tenté une médiation. La situation s'est néanmoins péjorée. Ainsi, le 28 novembre 2014, A.J._____ a sollicité les services de la police suite à une dispute conjugale, expliquant qu'il avait eu une dispute verbale avec son épouse, qu'il l'avait ensuite rejointe dans le lit conjugal, qu'il avait voulu se serrer contre elle et qu'il avait reçu de sa part des coups au visage. K._____ a confirmé les faits, ajoutant que son mari s'était montré insistant dans le souhait d'avoir des relations sexuelles, qu'elle l'avait repoussé, qu'il avait pris le téléphone pour expliquer le problème à leurs parents respectifs, qu'elle avait tenté de saisir le téléphone sans y parvenir et avait donné quelques coups, mais pas au visage. Le 22 décembre 2014, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a rendu une ordonnance de non-entrée en matière, considérant que les voies de faits commises par K._____ n'étaient pas réitérées et ne se poursuivaient dès lors que sur plainte.

2. Par requête adressée le 15 juin 2015 au Président du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne, A.J._____ a pris les conclusions suivantes, par voie de mesures superprovisionnelles et par voie de mesures protectrices de l'union conjugale :

- I. Le domicile conjugal, sis [...], 1004 Lausanne, est attribué à A.J._____ qui en assumera toutes les charges.
- II. K._____ quittera le domicile conjugal au plus tard le 30 juin 2015 et se constituera un nouveau domicile. En outre, K._____ déménagera ses affaires personnelles au plus tard d'ici le 31 juillet 2015.
- III. Le droit de garde sur les enfants B.J._____, né le [...], C.J._____, né le [...], D.J._____, née le [...] et E.J._____, né le [...], est attribué à A.J._____.

IV. Le droit de visite d'K._____ est réservé.

Il s'exercera d'entente entre les parties.

A défaut d'entente, K._____ exercera son droit de visite, au domicile des enfants, en l'absence d'A.J._____, comme suit :

- le lundi après-midi de la sortie de l'école à 21h00;
- le mercredi après-midi de la sortie de l'école à 18h00;
- le samedi de 10h00 à 18h00;
- durant les vacances scolaires d'été 2015, les 2^{ème}, 6^{ème} et première moitié de la 7^{ème} semaines de vacances des enfants.

V. K._____ contribuera à l'entretien de ses enfants, par le régulier versement, le premier de chaque mois, la première fois le 1^{er} juillet 2015, en mains d'A.J._____, d'un montant de fr. 4'000.-, allocations familiales en sus.

VI. K._____ contribuera à l'entretien d'A.J._____, par le régulier versement, le premier de chaque mois, en mains de ce dernier, d'un montant de fr. 5'200.-.

VII. Interdiction est faite à K._____ de disposer du capital se trouvant sur le compte n° [...] dont elle est titulaire auprès de la banque Migros sans le consentement exprès d'A.J._____ avec la signature de ce dernier. Dite interdiction est communiquée à l'établissement bancaire."

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 16 juin 2015, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne a fait interdiction à K._____ de disposer du capital se trouvant sur le compte n° [...] dont elle est titulaire auprès de la Banque Migros, sans le consentement exprès d'A.J._____ et avec la signature de ce dernier, dite

décision étant communiquée à l'établissement bancaire, et a rejeté, en l'état, toutes autres ou plus amples conclusions.

Par courrier du 17 juin 2015, A.J. _____ a réitéré sa demande tendant à ce qu'il soit statué sur la contribution d'entretien et a conclu, à titre de mesures superprovisionnelles, à une contribution à l'entretien des enfants et de lui-même de 5'000 fr. par mois.

Par lettre du 18 juin 2015, le président du tribunal d'arrondissement a confirmé son ordonnance de mesures superprovisionnelles du 16 juin 2015, en précisant qu'il serait discuté de la situation, qui méritait une instruction en audience.

3. Le 19 juin 2015, K. _____ a consulté le Centre médical de la Source pour un constat de coups et blessures survenu la veille, lequel fait état de dermabrasions sur l'avant-bras gauche, d'ecchymoses sur l'omoplate et de voussure temporale évoquant une contusion hématosique. Elle a ensuite été adressée à l'Unité de médecine des violences du CHUV pour faire établir un constat médical. Ce constat, établi le 23 juin 2015, relate les déclarations de l'intéressée, selon lesquelles son mari souhaitait prendre les clés de la voiture qui se trouvaient dans le sac qu'elle portait en bandoulière et qu'elle refusait de lui remettre, qu'il l'avait alors ceinturée de ses bras par l'arrière avant de la soulever et de lui faire faire des allers-retours dans la cuisine, la faisant se heurter contre le comptoir et le mur de la cuisine. Leur fils était arrivé dans la cuisine, K. _____ avait appelé la police et son mari était parti.

Le 20 juillet 2015, les Drs [...] et [...], respectivement médecin agréé responsable du CAN Team (Child Abuse and Neglect = Groupe hospitalier de protection de l'enfant) et cheffe de clinique auprès du Département médico-chirurgical du CHUV, ont communiqué au Tribunal de l'arrondissement de Lausanne leurs observations suite à la consultation d'K. _____ à l'Unité de médecine des violences. Les médecins précités se sont déclarés préoccupés par l'exposition des enfants au conflit conjugal, avec l'instrumentalisation de ceux-ci. Ils ont expliqué qu'une psychologue

aurait déjà évalué C.J._____ en 2006 et détecté des troubles du comportement de l'enfant en relation avec des répercussions du conflit conjugal. Le médecin traitant des enfants aurait également rapporté des inquiétudes avec notamment des sollicitations fréquentes des parents concernant leur conflit, et proposé un suivi aux Boréales que les parents auraient toutefois refusé. Le pédiatre aurait informé les parents que si les enfants restaient exposés à leur conflit, il se verrait dans l'obligation de le signaler au SPJ. Enfin, les médecins ont expliqué ce qui suit: "Il nous semble que ces parents vivent une séparation difficile et que le conflit de couple a des répercussions graves sur les enfants (instrumentalisation, exposition à des scènes de violence, etc.). Ces répercussions risquent de se poursuivre au-delà de la séparation, raison pour laquelle il nous semble primordial de venir en aide à ces parents afin qu'ils puissent remplir de façon adéquate leur mission éducative, en maintenant leurs enfants dans un climat sécurisant et serein."

4. Le 23 juillet 2015, K._____ a déposé un "procédé écrit et une requête de mesures provisionnelles" et pris les conclusions suivantes:

- I. Dire que le logement familial sis [...] à 1004 Lausanne est provisoirement attribué à K._____ à charge pour elle d'en assumer les coûts.
- II. A.J._____ quittera le domicile conjugal au plus tard le 10 août 2015 sous la menace des peines d'amende de l'art. 202 CP, les agents de la force publique étant d'ores et déjà requis au besoin pour l'exécution forcée de ce départ.
- III. Le droit de garde sur les enfants B.J._____, né le [...], C.J._____, né le [...], D.J._____, née le [...] et E.J._____, né le [...] est attribuée à K._____.
- IV. Dire que A.J._____ exercera un large et libre droit de visite sur ses enfants à convenir d'entente avec la mère.

A défaut d'entente, il pourra avoir les enfants auprès de lui à charge d'aller les chercher et les ramener chez leur mère comme suit :

Un week-end sur deux, la moitié des vacances scolaires et des jours légalement fériés ainsi qu'un jour par semaine, soit tous les jeudis.

- V. A.J._____ versera en faveur de chacun de ses quatre enfants, par mois et d'avance en mains d'K._____, une contribution, allocations familiales en sus et non comprises, de fr. 500.- par enfant à compter du 1^{er} septembre 2015".

5. A.J._____ a quitté son emploi de secrétaire-comptable à l'EPER (Entraide protestante suisse) en été 2011. Son dernier salaire réalisé en juin 2011 pour un taux d'activité à 60% s'est élevé à 3'501 fr. 20 bruts. Après une année sabbatique sur le plan professionnel, il est demeuré père au foyer, tout en bénéficiant de l'aide d'une jeune fille au pair jusqu'en août 2014 et la scolarisation des quatre enfants. A.J._____ a indiqué avoir fait, depuis quelques mois, des recherches d'emploi dans le domaine de la comptabilité et de la communication d'entreprise, à un taux d'activité de 60 %, mais n'avoir rien trouvé à ce jour. Il a précisé ne percevoir aucune indemnité de la caisse de chômage et produit une confirmation d'inscription à l'ORP de Lausanne, datée du 5 mars 2015.

Ses charges mensuelles sont les suivantes :

- base mensuelle adulte monoparental	1'350 fr. 00
- base mensuelle 4 enfants (600 + [3 x 400] - 1'300)	500 fr. 00
- loyer	1'840 fr. 00
- prime d'assurance-maladie et accidents	336 fr. 80
- primes d'assurance-maladie enfants	351 fr. 00
- frais dentaires B.J. _____	50 fr. 00
- frais de transport	180 fr. 00
- frais de garderie et APEMS	369 fr. 00
- 3 ^{ème} pilier	<u>500 fr. 00</u>

Total : 5'476 fr. 80

6. K. _____, médecin ophtalmologue cadre auprès de l'Hôpital ophtalmique à Lausanne, a augmenté son taux d'activité en février 2013, passant de 60 % à 80 %. Depuis le mois de février 2015, elle a réduit son taux d'activité à 50 % et s'occupe des enfants trois après-midi par semaine, après l'école, ainsi que le samedi. Depuis qu'elle a réduit son taux d'activité en tant que cheffe d'une équipe médicale, K. _____ a fait valoir qu'elle dispose d'une grande liberté, qu'elle peut adapter ses horaires, que c'est elle qui accompagne les enfants chez les différents médecins/thérapeutes et organise régulièrement leurs activités extra-scolaires et du week-end.

K. _____ perçoit un salaire mensuel net de 15'742 fr., treizième salaire compris, pour un taux d'activité à 50%. Les allocations familiales qu'elle touche pour les quatre enfants représentent au total 1'300 fr., en sus.

Ses charges mensuelles sont les suivantes :

- base mensuelle + droit de visite	1'350 fr. 00
- loyer supputé	1'800 fr. 00
- prime d'assurance-maladie et accidents	304 fr. 30
- taxe voiture	102 fr. 40
- 3 ^{ème} pilier	<u>565 fr. 00</u>

Total : 4'121 fr. 70

7. Le couple a un compte - au nom des deux époux - auprès de la Banque Migros. Le 27 avril 2015, ce compte a été débité de la somme de 38'000 francs. L'avis de débit indique que ce débit s'est fait en faveur

de la bénéficiaire K._____, avec comme motif du paiement « séparation des comptes A.J._____ et K._____», le solde de ce compte à ladite date étant de 1'457 fr. 19.

En droit :

1.

1.1 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, in JT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, op. cit., JT 2010 III 126). S'agissant de prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle posée par l'art. 92 al. 2 CPC.

Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire (art. 271 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

1.2 En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC). Il porte, d'une part, sur des conclusions non patrimoniales et, d'autre part, sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., de sorte qu'il est recevable.

2.

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

général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 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. 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 références citées).

2.2 Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320, note approbatrice de Tappy) considère qu'en appel les novas, lorsque la maxime inquisitoire est applicable, notamment en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). Le Tribunal fédéral, après avoir considéré que cette interprétation de la loi était dépourvue d'arbitraire (TF 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 c. 4.2, in RSPC 2012 p. 231; cf. aussi TF 5A_609/2011 du 14 mai 2012 c. 3.2.2, qui ne tranche pas la controverse, l'appelant n'ayant pas fait valoir que le premier juge n'aurait pas instruit conformément à la maxime inquisitoire), l'a définitivement confirmée dans l'ATF 138 III 625 c. 2.2. On doit donc retenir que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, y compris lorsque la maxime inquisitoire est applicable, et que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de première instance. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que l'existence d'une procédure simplifiée implique logiquement qu'elle doit être plus rapide et plus

expédiente. Il serait paradoxal qu'elle soit en réalité plus difficile parce que le plaideur négligent pourrait faire rebondir la cause en appel en invoquant pour la première fois des faits ou moyens de preuve qu'il a omis de présenter en première instance (ATF 138 III 625 c. 2.2, RSPC 2013 p. 32, note Bohnet).

La jurisprudence vaudoise admet que des novas peuvent par ailleurs 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 (JT 2011 III 43). Cette dernière formulation permet de poser des limites à une partie qui aura violé son devoir de collaboration en première instance. La maxime inquisitoire illimitée ne dispense en effet pas les parties de collaborer activement à la procédure et de renseigner le juge sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve disponibles, ce qui atténue considérablement la distinction entre la maxime inquisitoire sociale et la maxime inquisitoire pure ou illimitée. Ce devoir de collaboration s'impose d'autant plus lorsque c'est le débiteur qui entend obtenir une réduction de la contribution d'entretien qu'il doit verser, quand bien même ce dernier peut également - et non seulement l'enfant - se prévaloir de la maxime inquisitoire illimitée (TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 5.1, non publié in ATF 137 III 604 ; publication; ATF 128 III 411 c. 3.2.1; Juge délégué CACI 15 juillet 2011/157).

2.3 En l'espèce, l'appelante requiert la tenue d'une audience d'appel. Elle a été entendue par le premier juge le 29 juillet 2015 et n'invoque aucun élément qui justifierait la fixation d'une telle audience. Procédant à une appréciation anticipée des preuves, la Juge de céans considère que la mesure requise n'est pas de nature à apporter des éléments essentiels pour le jugement de la présente cause.

Pour le surplus, l'appelante a produit un bordereau de pièces à l'appui de son appel. Les pièces nouvelles n^{os} 305, 306, 308 et 309 auraient pu être produites en première instance et l'appelante ne

démontre pas qu'elle n'aurait pas pu les produire en faisant preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 let. c CPC), de sorte qu'elles sont irrecevables.

Quant aux pièces n^{os} 303 et 304, il s'agit du témoignage écrit des parents de l'appelante - et sa traduction en français - sur des événements antérieurs à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale. Ces témoignages auraient dès lors pu être requis ou déposés en première instance, de sorte qu'ils doivent également être écartés. Au demeurant, à supposer recevables, il s'agit là de témoignages écrits qui émanent de proches de l'appelante et qui ont été rédigés en vue du procès, si bien que leur force probante doit être relativisée.

3. L'appelante conteste l'attribution de la garde des enfants à l'intimé. Elle invoque une appréciation erronée des faits et une mauvaise application du droit. L'appelante reproche ainsi au premier juge d'avoir occulté le contexte de la dispute du 28 novembre 2014, d'avoir ignoré le déroulement des actes de violence de l'intimé le 18 juin 2015 et d'avoir retenu à tort que les enfants avaient été exposés à des épisodes de violence domestiques alors qu'ils ne l'avaient été qu'à un seul événement. Au vu de la violence de l'intimé le 18 juin 2015 et de la procédure pénale pendante contre lui à raison de ces faits, l'appelante fait valoir que le droit de garde sur les enfants ne saurait lui être confié. Elle ajoute que l'intimé parle très mal d'elle aux enfants, qu'il les a menacés de punitions physiques à plusieurs reprises et qu'il les a effectivement frappé à répétition. L'appelante fait valoir qu'elle est plus apte à prendre soin personnellement et durablement des enfants. Elle explique qu'elle s'occupe de les accompagner chez les différents thérapeutes, lors d'activités extra-scolaires ainsi que dans le cadre de leur scolarisation, alors que l'intimé, sans activité, a toujours bénéficié de l'aide d'une jeune fille au pair et du placement des enfants en garderie ou à l'accueil parascolaire. Il les laisserait en outre régulièrement sans surveillance. Enfin, l'appelante invoque qu'elle a démontré qu'elle parvenait à conjuguer vie professionnelle et prise en charge personnelle des enfants,

au contraire de l'intimé, dont on ignore s'il parviendra à assumer la prise en charge des enfants en sus d'un travail. Elle considère enfin que l'instabilité de l'intimé dans ses choix ne permet pas d'admettre qu'il saura assurer aux enfants la stabilité nécessaire à leur développement harmonieux.

3.1 Aux termes de l'art. 176 al. 3 CC, relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation. 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.

Dans le nouveau droit, la notion de « droit de garde » - qui se définissait auparavant comme la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 c. 4a) - a été remplacée par le « droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant », qui constitue toujours une composante à part entière de l'autorité parentale (Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, 5^e éd., 2014, n. 465 p. 310). Lorsque l'autorité parentale appartient au père et à la mère, aucun d'eux ne peut modifier unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant (art. 310a al. 2 CC) (Guillod, *Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue*, in *Newsletter DroitMatrimonial.ch* février 2014, p. 3). La notion même du droit de garde étant abandonnée au profit de celle de déterminer le droit de résidence de l'enfant, le générique de « garde » se réduit ainsi à la seule dimension de la garde de fait, qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante (Meier/Stettler, *op. cit.*, nn. 462 pp. 308 s et 466 p. 311; Schwenger/Cottier, *Basler Kommentar*, 5^e éd., 2014, n. 4 ad art. 298 CC p. 1634). En cas de maintien de l'autorité parentale conjointe, le juge peut confier la garde de fait de l'enfant à l'un des parents ou fixer une garde alternée (Schwenger/Cottier, *op. cit.*, n. 4 ad art. 298 CC p. 1634).

Les critères dégagés par la jurisprudence relative à l'attribution des droits parentaux demeurent applicables au nouveau droit lorsque le maintien de l'autorité parentale est litigieux, mais aussi pour statuer sur la « garde » lorsque celle-ci est disputée (Meier/Stettler, op. cit., nn. 498 et 499 pp. 334s; Schwenzler/Cottier, op. cit., n. 5 ad art. 298 CC p. 1634). Ainsi, la règle fondamentale pour attribuer les droits parentaux est le bien de l'enfant, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations entre les parents et l'enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant et à s'en occuper personnellement ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. En cas de capacités d'éducation et de soins équivalentes, le critère de la stabilité des relations, selon lequel il est essentiel d'éviter des changements inutiles dans l'environnement local et social des enfants propres à perturber un développement harmonieux (ATF 114 II 200 c. 5a), est important. En particulier, 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 ici d'un poids particulier (ATF 136 I 178 c. 5.3; sur le tout, TF 5A_105/2014 du 6 juin 2014 c. 4.2.1 et les arrêts cités).

3.2 En l'espèce, il convient dans un premier temps de constater que les enfants n'ont été confrontés qu'à un seul épisode de violence, soit celui survenu le 18 juin 2015. L'appelante reproche d'ailleurs au premier juge d'avoir retenu à tort que les enfants avaient assisté à "des" actes de violence domestique. Aucun autre épisode de violence n'a été relaté depuis, alors que les époux cohabitent toujours ensemble et qu'ils acceptent de le faire encore jusqu'au 15 octobre 2015. Cet événement ne saurait dès lors à lui seul justifier l'attribution de la garde à l'appelante et il n'est pas nécessaire d'examiner le déroulement des disputes antérieures, qui n'ont pas impliqué les enfants.

S'agissant du comportement inadéquat que l'intimé aurait eu avec les enfants, consistant en des coups et des menaces de punitions physiques, l'appelante se réfère à des témoignages écrits pour les étayer. Les témoignages produits sont toutefois irrecevables dès lors qu'ils auraient pu être produits en première instance (cf. c. 2.3 ci-dessus). Il a en outre été constaté qu'à supposer recevables, la force probante de tels témoignages devrait être relativisée dès lors qu'ils émanent des parents de l'appelante. Aucun élément au dossier ne fait référence, d'une manière ou d'un autre, à des actes de maltraitance de l'intimé sur ses enfants, dont il a assumé la garde durant quatre ans. L'appelante, médecin de formation, ne paraît pas s'être plainte de la situation auprès des thérapeutes des enfants, ni auprès de l'Unité de médecine des violences auprès de laquelle elle s'est rendue après l'événement du 18 juin 2015.

L'appelante soutient également que l'intimé a régulièrement laissé les enfants sans surveillance, en s'absentant et en précisant aux enfants de l'appeler en cas de problème ou en faisant la sieste, sans toutefois l'établir d'aucune façon sous l'angle de la vraisemblance.

A ce stade, et dans l'attente du rapport d'évaluation sur les conditions de vie des enfants, on ne saurait donc dire que le bien des enfants est mis en péril par l'attribution de la garde de fait à l'intimé. L'allégation selon laquelle les enfants sont les victimes des agissements de l'intimé est d'ailleurs contredite par la conclusion de l'appelante en fixation d'un libre et large droit de visite en faveur du père. Du reste, une curatelle d'assistance éducative a été mise en place, sans que ce point ne soit contesté en appel, ce qui est à même de constituer le cas échéant un garde-fou suffisant.

3.3 L'appelante fait valoir que l'intimé parle très mal d'elle aux enfants et de tiers, "détruisant l'image de la mère de façon dommageable pour les enfants". Il s'agit là de pures allégations, qui ne prennent appui sur aucun élément factuel rendu vraisemblable.

L'appelante soutient également qu'elle est plus apte à prendre soin personnellement des enfants et s'interroge sur la capacité de l'intimé à pouvoir s'en occuper tout en ayant pour objectif de retrouver un emploi à 60%. Sur ce dernier point, elle perd de vue qu'à l'heure actuelle, l'intimé est toujours sans emploi et qu'il est dès lors pleinement disponible pour pouvoir s'occuper des enfants, ce qui n'est pas son cas dès lors qu'elle travaille à mi-temps.

3.4 Quant à l'existence d'une procédure pénale pendante contre l'intimé à raison des faits survenus le 18 juin 2015, il convient de relever que l'appelante fait une mauvaise lecture de l'arrêt TF 5A_621/2010 du 8 mars 2011 (cité in FamPra.ch 2011 p. 747) sur lequel elle fonde son argumentation. En effet, selon cette jurisprudence, le critère de la stabilité de la situation peut, selon les circonstances, prévaloir sur celui de la possibilité de la prise en charge personnelle, par exemple en cas d'incertitudes liées à une procédure pénale en cours dirigée contre l'un des parents (cf. De Luze/Page/Stoudmann, Droit de la famille, 2013, c. 3.3 ad art. 176 CC). Dans le cas présent, les faits ne sont pas tels qu'ils font planer une incertitude sur la stabilité de la situation de l'intimé. On ne saurait donc en tirer argument, ce d'autant plus que la stabilité des enfants commande de laisser la garde – provisoire – à l'intimé, qui s'en est occupé de manière prépondérante jusqu'ici, indépendamment de la présence de filles au pair ou du placement des enfants en garderie. Le fait que l'appelante travaille à temps partiel, prend en charge les enfants dans le cadre d'activité extra-scolaires et les accompagne dans leurs rendez-vous médicaux n'y change rien. Elle pourra d'ailleurs continuer à le faire, si les parties parviennent à s'entendre dans le cadre d'un droit de visite élargi, voire d'un droit de garde partagée dont les modalités devraient alors être fixées avec le premier juge. A défaut d'entente, l'ordonnance querellée prévoit un droit de visite tous les mercredis après-midi de la sortie de l'école jusqu'à 20 heures.

L'appelante estime également que l'intimé est instable au vu de ses choix professionnels et de son positionnement concernant la garde des enfants. Sur ce point, elle explique qu'il était d'accord dans un premier

temps de lui laisser le droit de garde, puis qu'il s'est ravisé et a proposé une garde alternée, avant finalement de requérir la garde des enfants. Elle se fonde notamment sur une pièce n° 309, irrecevable (cf. c. 2.3 ci-dessus). Au demeurant, cette pièce n'apporte pas d'élément en faveur des conclusions de l'appelante: cette lettre, qui date du 12 avril 2015, est antérieure au dépôt de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, de sorte que son contenu doit être relativisé. Elle laisse entendre que l'intimé avait jusqu'alors la garde des enfants, qu'il se montrait flexible sur la prise en charge future des enfants mais qu'il était également prêt à en assumer la garde exclusive. En tous les cas, les éléments invoqués par l'appelante ne permettent pas d'admettre une instabilité de l'intimé préjudiciable aux enfants, dont il s'occupe au reste depuis l'été 2011.

L'appréciation des premiers juge, selon laquelle les circonstances plaident pour l'instant en faveur de l'attribution de la garde des enfants à l'intimé ne prête pas le flanc à la critique et peut être confirmée.

3.5 Dès lors que cette solution doit être confirmée, l'attribution du logement familial à l'intimé doit également être maintenue. L'appelante ne dit pas le contraire en soutenant que l'attribution de l'appartement familial est liée à l'attribution de la garde.

3.6 Le droit de visite tel que fixé par le premier juge n'est pas contesté en lui-même. Au vu des éléments qui précèdent, il peut être confirmé sans autre examen.

4. L'appelante critique la contribution d'entretien mise à sa charge. Elle fait valoir que, selon la jurisprudence fédérale, la contribution à l'entretien de la famille doit être arrêtée de manière différenciée pour le conjoint et pour chaque enfant. Elle soutient en outre qu'un revenu hypothétique doit être imputé à l'intimé, à un taux d'au moins 60%, soit pour un montant de 4'500 francs. Sur cette base, l'appelante estime que

seule une contribution pour l'entretien des enfants devrait être mise à sa charge, modérée compte tenu de sa prise en charge accrue.

4.1 Le principe et le montant de la contribution d'entretien due selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC se déterminent en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (TF 5A_304/2013 du 1^{er} novembre 2013 c. 4.1 et les réf. citées). Le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux (art. 163 al. 2 CC), l'art. 163 CC demeurant en effet la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux (ATF 137 III 385 c. 3.1; ATF 130 III 537 c. 3.2). Le juge doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de la vie commune (art. 175ss CC), le but de l'art. 163 CC, soit l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, notamment par la reprise ou l'augmentation de son activité lucrative, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Si la situation financière des époux le permet encore, le standard de vie antérieur, choisi d'un commun accord, doit être maintenu pour les deux parties. Quand il n'est pas possible de conserver ce niveau de vie, les époux ont droit à un train de vie semblable (ATF 119 II 314 c. 4b/aa; TF 5A_710/2009 c. 4.1, non publié aux ATF 136 III 257). L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que son minimum vital selon le droit des poursuites doit en principe être préservé (ATF 127 III 68 c. 2c; ATF 126 III 353 c. 1a/aa; ATF 123 III 1 c. 3b/bb et c. 5; ATF 121 I 367 c. 2).

La contribution d'entretien en faveur d'enfants mineurs est quant à elle prévue par l'art. 176 al. 3 CC, lequel renvoie aux art. 276 ss CC. Si le Tribunal fédéral a admis que la contribution d'entretien devrait en principe être arrêtée de manière différenciée pour le conjoint et pour les enfants, il a aussi relevé que, bien que la possibilité de fixer une contribution de manière globale pour l'ensemble de la famille ne ressorte pas de la loi, on ne saurait pour autant en déduire que ce procédé aboutit à un résultat arbitraire (TF 5A_743/2012 du 6 mars 2013 c. 6.2.2; Juge

délégué CACI du 17 décembre 2014/649; Juge délégué CACI du 25 août 2014/449 ; Juge délégué CACI du 10 novembre 2014/586).

Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul pour la fixation de la contribution d'entretien. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. Lorsqu'il est établi que les conjoints ne réalisaient pas d'économies durant le mariage, cette manière de calculer permet de tenir compte adéquatement du niveau de vie antérieur et des restrictions à celui-ci qui peuvent être imposées au conjoint créancier et aux enfants (TF 5A_63/2012 du 20 juin 2012 c. 6.1; TF 5A_685/2012 c. 4.2.1.1). Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]), auquel sont ajoutées les dépenses non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux, à moins que l'un des époux ne doive subvenir aux besoins d'enfants mineurs communs ou que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (TF 5A_63/2012 du 20 juin 2012 c. 6.1 et les réf. citées; Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993, p. 447). La fixation d'une contribution d'entretien globale pour la famille ne fait par ailleurs pas obstacle à l'application d'une telle méthode.

4.2 Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien en se fondant, en principe, sur le revenu effectif réalisé par le débiteur d'entretien. Il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, de même qu'il peut imputer un tel revenu au créancier d'entretien (TF 5A_838/2009 du 6 mai 2010, in FamPra.ch 2010 no 45 p. 669; TF 5P. 63/2006 du 3 mai 2006 c. 3.2). Il s'agit d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3, JT 2011 II 486) - dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1). Lorsque le juge examine la possibilité d'imputer à l'un des époux un revenu hypothétique

supérieur à celui obtenu effectivement, il doit examiner successivement les deux conditions suivantes: il doit avant tout juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut cependant pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant: il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Il doit ensuite examiner si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit là d'une question de fait (TF 5A_181/2014 du 4 juin 2014 c. 4.3 et les références citées).

La capacité de pourvoir soi-même à son entretien est susceptible d'être limitée totalement ou partiellement par la charge que représente la garde des enfants. En principe, on ne peut exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50 % avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, et de 100 % avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 ans révolus (ATF 115 II 6 c. 3c). Ces lignes directrices sont toujours valables dès lors que, comme par le passé, la garde et les soins personnels sont dans l'intérêt des enfants en bas âge, ainsi que de ceux en âge de scolarité, et que les soins personnels représentent un critère essentiel lors de l'attribution de la garde (TF 5A_210/2008 du 14 novembre 2008 c. 3.2, non publié in ATF 135 III 158). Elles ne sont toutefois pas des règles strictes ; leur application dépend des circonstances du cas concret (TF 5A_241/2010 du 9 novembre 2010 c. 5.4.3), notamment de ce qui a été convenu durant la vie commune ou des capacités financières du couple (TF 5A_15/2014 du 28 juillet 2014 c. 5.2.2). Ainsi, une activité lucrative apparaît exigible lorsqu'elle a déjà été exercée durant la vie conjugale ou si l'enfant est gardé par un tiers, de sorte que le détenteur de l'autorité parentale, respectivement de la garde, n'est pas empêché de travailler pour cette raison ; en revanche, la reprise d'une activité lucrative ne peut raisonnablement être exigée lorsqu'un

époux a la charge d'un enfant handicapé ou lorsqu'il a beaucoup d'enfants (TF 5A_6/2009 du 30 avril 2009 c. 2.2). Le juge du fait tient compte de ces lignes directrices dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui est le sien (ATF 134 III 577 c. 4 ; sur le tout : ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2 ; TF 5A_909/2010 du 4 avril 2011, SJ 2011 I 315 ; TF 5A_888/2013 du 20 mai 2014 c. 3.1 et 3.3).

4.3 En l'espèce, la fixation d'une contribution globale à l'entretien de la famille dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale échappe donc à la critique et peut être confirmée dans son principe, l'art. 176 CC n'imposant pas qu'une distinction soit faite entre le montant alloué pour l'entretien de l'épouse et celui alloué pour l'entretien des enfants mineurs.

Pour le surplus, on ne saurait imputer à l'intimé un revenu hypothétique du fait de l'âge des enfants dont il a la garde, le plus jeune étant âgé de cinq ans. Il convient d'ailleurs de relever que, durant ces quatre dernières années, il n'a pas exercé d'activité lucrative rémunérée et s'est occupé des enfants. L'intimé a indiqué avoir fait, depuis quelques mois, des recherches d'emploi dans le domaine de la comptabilité et de la communication d'entreprise, à un taux d'activité de 60%, mais n'avoir rien trouvé à ce jour. Au vu de ce qui précède, on ne saurait toutefois lui reprocher à ce stade de ne pas avoir entrepris toutes les démarches nécessaires pour retrouver un emploi, ce d'autant plus que la réglementation mise en place l'a été dans le cadre de l'attribution provisoire des enfants et dans l'attente du rapport d'évaluation.

L'appelante ne conteste pas les montants retenus par le premier juge au titre de ses revenus et des charges de chaque partie, lesquels peuvent être confirmés par adoption de motifs.

Enfin, l'appelante invoque qu'il doit être tenu compte de sa prise en charge accrue des enfants. Si l'appelante participe dans une large mesure à la vie de ses enfants dans le cadre de leur vie scolaire, extra-scolaire et médicale, il n'en demeure pas moins que la garde fixée est

exclusive et non partagée. L'appelante n'allègue au demeurant pas assumer des montants particuliers liés à cette prise en charge accrue. Le partage de l'excédent du couple à raison de deux tiers pour le mari qui a la charge des enfants et d'un tiers pour l'épouse peut donc être maintenu.

5. En définitive, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 5'000 fr. (art. 65 al. 4 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer, il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens en sa faveur.

Par ces motifs,
la Juge déléguée de la
Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant 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.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 5'000 fr. (cinq mille francs), sont mis à la charge de l'appelante K._____.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 14 septembre 2015

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

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 Bertrand Gygax (pour K. _____),
- Me Laurent Kohli (pour A.J. _____).

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 :