

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 13 novembre 2018

Composition : Mme MERKLI, juge déléguée
Greffier : M. Clerc

Art. 106, 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **A.Q.**_____, à Cugy, intimé, et sur l'appel interjeté par **B.Q.**_____, à Bretigny-sur-Morrens, requérante, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 5 septembre 2018 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, 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 5 septembre 2018, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois (ci-après : le président ou le premier juge) a autorisé les époux A.Q._____ et B.Q._____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), a confié la garde de l'enfant T._____ alternativement à A.Q._____ et à B.Q._____, du lundi à 18 heures au lundi suivant à 18 heures (II), a dit que le domicile légal de l'enfant serait celui de sa mère (III), a astreint A.Q._____ à contribuer à l'entretien de l'enfant par le versement d'une pension mensuelle de 750 fr., éventuelles allocations familiales en plus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.Q._____, dès le 1^{er} mai 2018 (IV), a dit que le montant nécessaire assurant l'entretien convenable de l'enfant était de 1'350 fr. par mois, allocations familiales et indemnité pour enfant déduites (V), a astreint A.Q._____ à contribuer à l'entretien de B.Q._____ par le versement d'une pension mensuelle de 1'480 fr., payable d'avance le premier de chaque mois, dès le 1^{er} mai 2018 (VI), a rendu l'ordonnance sans frais ni dépens (VII), a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VIII) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX).

En droit, le président a retenu que les parties exerçaient une garde alternée sur leur fils depuis la séparation, que le système fonctionnait à satisfaction de tous et qu'il n'était au demeurant pas remis en cause. Aussi, le premier juge a estimé que l'organisation actuellement en place était opportune et qu'elle était la plus conforme aux intérêts de l'enfant, de sorte qu'il se justifiait de la confirmer et d'instaurer formellement une garde alternée entre les parties. Le président a considéré qu'il se justifiait d'attribuer le domicile légal de T._____ à sa mère puisqu'elle touchait les allocations familiales et payait les factures de l'enfant. Le premier juge a refusé d'octroyer à la requérante une *provisio ad litem* de 3'500 fr., au motif que la fortune respective des parties, en particulier leur épargne, était inconnue du tribunal et que la

requérante n'avait au demeurant pas rendu vraisemblable que l'intimé disposait de suffisamment de liquidités lui permettant de verser une *provisio ad litem*. Le premier juge a relevé que l'examen de la situation financière de l'intimé permettait au contraire de constater qu'il n'était pas en mesure de le faire, au risque d'entamer son minimum vital.

B. **a)** Par acte du 18 septembre 2018, A.Q._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, avec suite de frais et dépens, à titre superprovisionnel, à ce que le droit de garde sur l'enfant T._____ soit attribué à son père dès le mois de septembre 2018. A titre principal, A.Q._____ a conclu à la réforme de l'ordonnance précitée en ce sens que la garde de l'enfant lui soit confiée dès le mois de septembre 2018, que le domicile légal de l'enfant soit celui d'A.Q._____, qu'il soit astreint à contribuer à l'entretien de l'enfant par le versement d'une pension mensuelle de 245 fr. 40, éventuelles allocations familiales en sus, pour les mois de mai à août 2018, à ce que B.Q._____ soit astreinte à rétrocéder à l'appelant les allocations familiales et pour enfant perçues dès le mois de septembre 2018, à ce que le montant nécessaire assurant l'entretien convenable de l'enfant soit arrêté à 1'340 fr. 30 par mois, allocations familiales et indemnité pour enfant déduites, pour les mois de mai à août 2018, à ce que le montant nécessaire assurant l'entretien convenable de l'enfant soit arrêté à 1'074 fr. 80 par mois, allocations familiales et indemnité pour enfant déduite, dès le mois de septembre 2018, et à ce qu'il contribue à l'entretien de B.Q._____ par le versement d'une pension mensuelle de 1'204 fr. par mois pour les mois de mai à août 2018, puis de 605 fr. 20 dès le mois de septembre 2018.

Subsidiairement, l'appelant a conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause à la première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A l'appui de son appel, A.Q._____ a expressément requis l'audition de l'enfant T._____, afin qu'il puisse se déterminer sur l'attribution du droit de garde et sur un éventuel droit de visite de la mère.

Le 26 septembre 2018, la juge déléguée de la Cour céans a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles déposée par A.Q._____.

Par réponse du 29 octobre 2018, B.Q._____ a conclu principalement au rejet de l'appel. Subsidiairement et en cas d'admission de l'appel, elle a conclu à ce que la garde et le droit de visite sur l'enfant T._____ soient fixées à dire de justice, après les mesures d'instruction nécessaires. Plus subsidiairement et dans le cas où l'exercice de la garde sur l'enfant serait confié à A.Q._____, elle a conclu à ce qu'elle ne contribue pas à l'entretien de T._____ et à ce que A.Q._____ contribue à l'entretien de son épouse par une pension mensuelle de 2'200 francs.

b) Le 14 septembre 2018, B.Q._____ a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par acte du 18 septembre 2018, B.Q._____ a également interjeté appel contre l'ordonnance du 5 septembre 2018, en concluant à ce qu'A.Q._____ contribue à son entretien par le versement d'une pension mensuelle de 1'480 fr., à compter du 1^{er} avril 2018.

A.Q._____ n'a pas été invité à déposer une réponse.

Le 26 septembre 2018, la juge déléguée de la Cour céans a informé B.Q._____ qu'elle était en l'état dispensée de l'avance de frais, la décision sur l'assistance judiciaire étant réservée.

Par courrier du 17 octobre 2018, le conseil de B.Q._____ a requis la « délivrance d'une attestation selon laquelle l'appel déposé par A.Q._____ n'avait pas eu d'effet suspensif sur l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale » du 5 septembre 2018. Il a précisé sa requête par courrier du 24 octobre 2018.

Par avis du 27 octobre 2018 adressé au conseil de B.Q._____, la juge déléguée de la Cour de céans a confirmé que

l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 septembre 2018 ne jouissait pas de l'effet suspensif et qu'elle était par conséquent exécutoire, conformément au chiffre VIII de son dispositif.

Par courrier du 1^{er} novembre 2018, B.Q._____ a indiqué qu'elle retirait son appel du 18 septembre 2018.

Le même jour, le conseil de B.Q._____ a fait parvenir à la Cour de céans sa liste des opérations pour l'indemnité d'assistance judiciaire.

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

1. a) Les époux A.Q._____ (ci-après : l'intimé), né le [...] 1971, et B.Q._____ (ci-après : la requérante), née [...] le [...] 1971, se sont mariés le [...] 2002 à [...].

Un enfant est issu de cette union : T._____, né le [...] 2002.

L'intimé est également le père d'un enfant majeur issu d'une précédente union, B._____, né le [...] 1999.

b) Les parties se sont séparées dans le courant du mois d'avril 2014. En raison d'importants problèmes de santé rencontrés par la requérante dans le courant de l'année 2014, les parties ont exercé depuis leur séparation et dans les faits une garde alternée sur l'enfant T._____, soit alternativement chez la requérante et chez l'intimé à raison d'une semaine sur deux.

2. a) Par requête du 25 avril 2018, la requérante a en particulier conclu, à titre de mesures protectrices de l'union conjugale, à ce que la garde sur l'enfant T._____ soit « attribuée alternativement à B.Q._____ et à A.Q._____ du lundi au lundi suivant, à raison d'une semaine sur deux » et à ce qu'A.Q._____ doive verser à B.Q._____ une

provisio ad litem de 3'500 francs. Subsidiairement à cette dernière conclusion, B.Q. _____ a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

b) Par procédé écrit du 28 mai 2018, l'intimé a conclu notamment, par voie de mesures protectrices de l'union conjugale, à ce que la garde sur l'enfant T. _____ soit attribuée alternativement aux parties, une semaine sur deux.

c) Le président a tenu une audience de mesures protectrices de l'union conjugale le 30 mai 2018 en présence des parties, assistées de leur conseil respectif.

3. a) A partir du 25 janvier 2018, l'état de santé de la requérante, qui présente un syndrome dépressif sévère, a nécessité plusieurs arrêts maladie qui se sont succédés, sans toutefois être continus. Elle est par ailleurs régulièrement suivie par le Service d'oncologie médicale du CHUV depuis le mois de juillet 2014 à la suite d'un cancer du sein. Des démarches auprès de l'assurance-invalidité semblent être envisagées.

b) Selon les déclarations de l'intimé dans son appel, lors d'un séjour de l'enfant chez son père en septembre 2018, T. _____ lui aurait indiqué que B.Q. _____ s'alcooliserait très souvent, qu'elle rentrerait chez elle sous l'influence de l'alcool ou qu'elle s'alcooliserait une fois rentré, qu'elle entrerait de manière inopinée dans sa chambre en étant fortement alcoolisée et qu'elle serait ponctuellement agressive verbalement à son égard. Selon l'intimé, T. _____ n'aurait pas osé en parler parce qu'il craignait un éventuel état suicidaire chez sa mère qui lui aurait dit qu'elle pourrait passer à l'acte.

Dans sa réponse, la requérante a nié la véracité des éléments rapportés par l'intimé. Elle a en outre indiqué que T. _____ avait terminé sa scolarité obligatoire avec de bons résultats, qu'il suivrait actuellement des cours en vue de débiter une formation professionnelle et qu'il aurait, dans ce cadre, débuté un stage d'une semaine au sein d'un magasin de sports le 29 octobre 2018.

En droit :

1.

1.1 Selon l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC, l'instance d'appel peut renvoyer la cause à la première instance lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (cf. également ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 *in fine*; TF 5A_939/2012 du 8 mars 2013 consid. 4.2.1). Dans ce cas de figure, la juridiction de première instance rendra une nouvelle décision, mais demeurera liée par les considérants de l'arrêt lui ayant renvoyé la cause (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 4 ad art. 318 CPC ; Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, Lausanne 2018, n. 2.3.4.2 ad art. 318 CPC).

1.2 A.Q._____ allègue, pour la première fois dans son appel du 18 septembre 2018, que lors du séjour de l'enfant chez lui au mois de septembre 2018, celui-ci aurait révélé à son père que l'intimée s'alcooliserait très souvent, rentrant dans son logement sous l'influence de l'alcool ou alors s'alcoolisant une fois son domicile regagné, qu'elle entrerait dans la chambre de son fils en étant fortement alcoolisée et qu'elle serait ponctuellement verbalement agressive à son égard. L'appelant ajoute que l'enfant n'avait jusqu'à présent pas été aussi clair à cet égard, en raison de craintes formulées quant à un état suicidaire de l'intimée exprimée par cette dernière. L'appelant requiert du juge d'appel l'audition de l'enfant, afin qu'il se détermine sur l'attribution du droit de garde et sur le droit de visite.

Il s'agit là d'un fait essentiel soulevé pour la première fois en appel, qui ne trouve donc aucune assise dans le dossier. Aussi, l'enfant n'a jamais fait l'objet d'une audition à ce jour durant la procédure, ni par le premier juge – qui n'avait aucune raison de le faire – ni par un autre intervenant (notamment pédopsychiatre, Service de Protection de la Jeunesse). Or il se justifie, dans l'intérêt primordial de l'enfant – qui a dans

l'intervalle achevé sa scolarité obligatoire – et eu égard aux éventuelles conséquences de son audition sur la situation familiale dans son ensemble, de ne pas entreprendre cette audition pour la première fois à ce stade, mais de renvoyer le dossier au premier juge pour qu'il procède à l'instruction de ce fait essentiel par tous les moyens qui lui apparaîtront appropriés, notamment par l'audition de l'enfant et/ou, le cas échéant, par des mesures de protection de l'enfant (art. 307 ss CC), puis qu'il statue à nouveau notamment sur la question de la garde alternée (cf. Colombini, op. cit., n. 2.3.1 ad art. 318 CPC).

Par conséquent, l'appel d'A.Q._____ est admis en ce sens que l'ordonnance entreprise est annulée et que la cause est renvoyée au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants qui précèdent et, s'agissant de la requête de *provisio ad litem*, dans le sens du considérant 3.2.1.3 qui suit.

2. B.Q._____ a retiré purement et simplement son appel le 1^{er} novembre 2018. Il convient d'en prendre acte et de rayer la cause du rôle (art. 241 al. 3 CPC).

3.

3.1 Selon l'art. 106 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante (al. 1) ; lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, ils sont répartis selon le sort de la cause (al. 2). La partie succombante est le demandeur en cas de désistement d'action (cf. art. 106 al. 1 et 241 CPC ; cf. TF 5A_985/2017 du 9 janvier 2018 consid. 3). En cas de renvoi de la cause, la juridiction supérieure peut déléguer la répartition des frais de la procédure de recours à la juridiction précédente (art. 104 al. 4 CPC). L'autorité d'appel dispose à cet égard d'une large marge d'appréciation. Si elle fixe elle-même la répartition des frais, elle ne verse pas dans l'arbitraire en tenant compte de ce que l'issue de la procédure au fond reste ouverte, mais la solution inverse de la répartition en fonction du résultat de la procédure de deuxième instance est aussi

envisageable (Juge délégué CACI du 25 septembre 2018/552 consid. 4.2 ; Colombini, op. cit., nn. 3.1 et 3.2 ad art. 104 CPC, et les arrêts cités).

3.2

3.2.1 On examinera en premier lieu la répartition des frais dans la procédure d'appel d'A.Q._____ (JS18.017723-181422). Il convient de relever que le premier juge avait notamment considéré dans son ordonnance que la situation des parties était favorable, que la requérante accusait un manco, que l'excédent devait être réparti entre les époux, mais qu'il se justifiait de refuser à B.Q._____ la *provisio ad litem* sollicitée. Il lui incombera de réexaminer dans le cadre du renvoi la question de l'octroi de la *provisio ad litem* conformément aux principes prévalant en la matière, singulièrement la subsidiarité de l'AJ par rapport à la *provisio ad litem*.

3.2.1.1 B.Q._____ a requis l'assistance judiciaire pour la réponse déposée dans la procédure d'appel d'A.Q._____ (JS18.017723-181422). Les conditions fixées par l'art. 117 CPC sont réalisées à ce stade de la procédure, de sorte que l'assistance judiciaire peut lui être octroyée pour cette procédure, soit pour les opérations dès le 18 octobre 2018 qui sont en lien avec sa réponse, auxquelles on ajoutera la préparation antérieure de la requête d'assistance judiciaire, Me Romain Deillon étant désigné comme son conseil d'office. B.Q._____ sera par ailleurs astreinte à verser une franchise mensuelle de 50 fr., dès et y compris le 1^{er} décembre 2018, en mains du Service juridique et législatif du Canton de Vaud, en application de l'art. 123 CPC (art. 5 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, RSV 211.02.3]).

3.2.1.2 L'issue de la procédure au fond – soit de la procédure de mesures protectrices – restant ouverte, il y a lieu de répartir par moitié les frais judiciaires de deuxième instance dans l'appel [...] (JS18.017723-181422), arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), à raison de 300 fr. pour l'appelant et de 300 fr. laissés provisoirement à la charge de l'Etat pour l'intimée qui est au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il se justifie de faire supporter en

l'espèce les frais de 200 fr. pour la mesure superprovisionnelle intégralement à A.Q._____ (art. 60 al. 1 TFJC et 107 al. 1 let. c CPC). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens pour cette procédure d'appel (consid. 3.1 supra).

3.2.1.3 Aux termes de l'art. 122 al. 1 let. a CPC, le conseil juridique commis d'office est rémunéré équitablement par le canton. Cette notion aux contours imprécis doit permettre aux cantons de fixer, sur la base d'un large pouvoir d'appréciation (TF 5P.291/2006 du 19 septembre 2006), le montant de l'indemnité allouée au conseil d'office dans les limites de leur tarif des frais (art. 96 CPC) (Rüegg, Basler Kommentar, 2^e éd. 2013, n. 5 à 7 ad art. 122 CPC, pp. 683-684).

Pour fixer la quotité de l'indemnité du conseil d'office, l'autorité cantonale doit s'inspirer des critères applicables à la modération des honoraires d'avocat (Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, 2008, n. 1775 ad art. 64 LTF; ATF 122 I 1 consid. 3a). Le temps consacré à la défense des intérêts du client et les actes effectués ne peuvent pas être pris en considération sans distinction. Ainsi, le juge peut d'une part revoir le temps de travail allégué par l'avocat, s'il l'estime exagéré en tenant compte des caractéristiques concrètes de l'affaire, et ne pas rétribuer ce qui ne s'inscrit pas raisonnablement dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche ; d'autre part, il peut également refuser d'indemniser le conseil pour des opérations qu'il estime inutiles ou superflues (ATF 122 I 1 consid. 3a précité ; ATF 117 la 22 précité consid. 4c et les réf. cit.).

En l'espèce, le conseil de B.Q._____ a chiffré à 8.4 heures le temps consacré à la réponse à l'appel d'A.Q._____ (JS18.017723-181422), y compris la préparation de la requête d'assistance judiciaire. Le temps indiqué à 1.5 heures pour l'entretien avec la cliente est excessif, dès lors que le conseil d'office connaissait déjà le dossier, d'une part, et compte tenu de la conférence téléphonique de 0.2 heures, d'autre part, de sorte qu'il convient de réduire ce poste à 0.2 heures. De même, le temps relatif à la rédaction de la réponse et à ses modifications totalise 5.5 heures, ce qui ne se justifie pas au regard de la relative simplicité de la

cause, de sorte qu'il faut le réduire à 5.1 heures. Aussi, en définitive, la durée d'activité du conseil d'office retenue est de 6.7 heures (8.4 - 1.3 - 0.4). Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ), l'indemnité de Me Deillon doit être fixée à 1'206 fr. (6.7 x 180 fr.), montant auquel s'ajoutent des débours par 7 fr. 40, ainsi qu'une TVA à 7.7% sur l'ensemble, soit 93 fr. 40 (7.7% x 1'213 fr. 40), pour un total de 1'306 fr. 80.

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

3.2.2 S'agissant de l'appel de B.Q._____ (JS18.017723-181424), les frais judiciaires de deuxième instance, d'un montant de 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC), doivent être réduits de deux tiers à 200 fr. (art. 67 al. 1 TFJC) et mis à la charge de l'appelante, qui a retiré son appel. Au demeurant, dès lors que son appel, dont la seule question litigieuse était le *dies a quo* de la contribution d'entretien, était dépourvu de toutes chances de succès au vu de la jurisprudence en la matière, la requête d'assistance judiciaire, dont le sort avait été réservé, doit être rejetée.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, A.Q._____ n'ayant pas été invité à déposer une réponse.

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

- I. L'appel d'A.Q._____ (JS18.017723-181422) est admis.
- II. L'ordonnance est annulée et la cause est renvoyée au Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

- III.** La requête d'assistance judiciaire de l'intimée B.Q._____, née [...] est admise pour la procédure d'appel JS18.017723-181422, Me Romain Deillon étant désigné comme son conseil d'office et l'intimée étant astreinte au versement d'une franchise mensuelle de 50 fr. (cinquante francs), dès le 1^{er} décembre 2018, au Service juridique et législatif du Canton de Vaud, à Lausanne.

- IV.** Les frais judiciaires afférents à l'appel d'A.Q._____, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis par 300 fr. (trois cents francs) à la charge de l'appelant A.Q._____ et par 300 fr. (trois cents francs) à la charge de l'intimée B.Q._____, née [...], mais laissés provisoirement à la charge de l'Etat s'agissant de l'intimée.

- V.** Les frais judiciaires afférents à la décision de mesures superprovisionnelles du 26 septembre 2018, arrêtés à 200 fr. (deux cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.Q._____.

- VI.** L'indemnité de Me Romain Deillon, conseil d'office de B.Q._____, née [...], est arrêtée à 1'306 fr. 80 (mille trois cent six francs et huitante centimes), débours et TVA compris.

- VII.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

- VIII.** Il n'est pas alloué de dépens.

- IX.** Il est pris acte du retrait de l'appel JS18.017723-181424 de B.Q._____, née [...].

- X.** La requête d'assistance judiciaire afférente à l'appel de B.Q._____, née [...], est rejetée.

XI. Les frais judiciaires de deuxième instance afférents à l'appel de B.Q._____, née Bopp, arrêtés à 200 fr. (deux cents francs), sont mis à la charge de l'appelante.

XII. La cause JS18.017723-181424 est rayée du rôle.

XIII. L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Benjamin Schwab (pour A.Q._____),
- Me Romain Deillon (pour B.Q._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

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), le 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).

Le greffier :