

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 mai 2012

Présidence de M. KRIEGER, juge délégué
Greffier : Mme Nantermod Bernard

Art. 133, 137 al. 2, 176 al. 1 al. 1 et 3 CC; 308 al. 1 let. b, 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **B.**_____, à Ecublens, requérante, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 15 mars 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **W.**_____, à Saint-Sulpice, intimé, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 15 mars 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a dit que la jouissance du domicile conjugal, sis chemin de [...], était attribuée à la requérante B._____, qui en réglerait les intérêts hypothécaires et les charges courantes (I); que la garde des enfants [...], nés le [...], restait exercée conjointement par la requérante et l'intimé, du lundi à la rentrée des classes au lundi suivant à la sortie des classes, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires alternativement (II); que les frais et dépens de la présente ordonnance suivaient le sort de la cause au fond (III). Il a également rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (V).

En droit, le premier juge a considéré qu'aucun motif sérieux ne justifiait une modification du droit de garde et qu'il ne convenait pas d'astreindre l'intimé au paiement d'une contribution d'entretien, les époux disposant de revenus quasiment équivalents dans un système de garde alternée d'une semaine sur deux et assumant les enfants lorsqu'ils en avaient la garde.

B. Par acte motivé du 26 mars 2012, accompagné de trois pièces dont la décision entreprise, B._____ a fait appel de cette ordonnance et pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes, à titre provisionnel et préprovisionnel :

"I.- Les chiffres II à V de l'ordonnance entreprise sont réformés en ce sens que :

I.- La garde sur [...], nés le [...], est confiée à leur mère.

II.- W._____ exercera sur [...] un libre et large droit de visite, en accord avec la mère; à défaut d'accord, il aura ses enfants auprès de lui tous les vendredis de la sortie de l'école et jusqu'à 18 heures, une fois sur deux le lundi dès la sortie de l'école

jusqu'au mardi matin, soit le lundi suivant le week-end où il n'aura pas eu ses enfants du vendredi dès la sortie de l'école au lundi matin, et une fois sur deux le jeudi dès la sortie de l'école jusqu'au vendredi matin, soit le jeudi précédant les week-ends où les enfants seront avec leur mère, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël ou le jour de l'An, et à Pâques ou Pentecôte.

III.- W._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement en mains de B._____, d'avance le 1^{er} de chaque mois, allocations familiales non comprises, d'une somme de Fr. 4'300.- (quatre mille trois cents francs), dès le 1^{er} novembre 2011.

II. L'ordonnance du 15 mars 2012 est maintenue pour le surplus."

Le 3 avril 2012, constatant qu'il n'existait aucune urgence particulière justifiant une modification immédiate de la décision entreprise, le juge délégué de la cour de céans a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles du 26 mars 2012.

Dans sa réponse du 27 avril 2012, W._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance du 15 mars 2012.

Le 4 mai 2012, le juge délégué a informé le conseil de l'appelante qu'il n'apparaissait pas utile de procéder à l'audition des témoins requis le 1^{er} mai 2012.

A l'audience du 22 mai 2012, l'appelante a produit un bordereau de dix pièces, ainsi que quatre pièces hors bordereau. L'intimé a produit un bordereau de cinq pièces, dont deux requises par le juge délégué le 16 mai 2012.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance entreprise complétée par les pièces du dossier et les déclarations des parties à l'audience, dont ces dernières n'ont pas demandé qu'elles soient protocolées au procès-verbal :

1. W._____, né W._____ le [...], ressortissant allemand, et B._____, née le [...], de nationalité suisse, se sont mariés le [...]. Deux enfants sont issus de leur union : [...] et [...], nés le [...].

2. Le 11 décembre 2009, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a ratifié, pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, la convention suivante, signée par les époux le 4 novembre 2009 :

I. Les parties s'autorisent à vivre séparées pour une durée indéterminée dès le 2 novembre 2009.

II. Le logement de la famille sera occupé alternativement, une semaine sur deux, du lundi matin à 8h au dimanche soir à 22h, par chacun des époux, le but étant que les enfants conservent leur domicile actuel à [...]. La première semaine, soit celle débutant le lundi 2 novembre 2009 et s'achevant le dimanche 8 novembre 2009, sera occupée par B._____, W._____ occupant le logement la semaine suivante et ainsi de suite.

III. Durant la période où l'époux n'occupera pas le logement de famille, celui-ci occupera l'appartement sis à [...].

IV. Pour la durée de cette séparation, les époux conviennent d'une garde partagée sur les enfants [...] et [...], ces derniers continuant de demeurer dans le logement de la famille à [...]. La garde suivra dès lors les modalités relatives à l'occupation du logement de la famille prévues sous point II ci-dessus.

V. Compte tenu de cette garde partagée et de l'occupation alternative des deux logements, les époux renoncent à toute contribution d'entretien l'un pour l'autre. La totalité des frais du couple continue ainsi à être partagée par moitié entre les époux.

VI. (...)"

En préambule à cet accord, les parties exposaient qu'W._____ travaillait à 50% pour l[...] et à 50% pour la [...], avec un salaire mensuel net moyen de 8'980 fr. alors que B._____ exerçait une activité à 80% auprès de [...] et réalisait un gain net mensuel de 7'310 fr. en moyenne. Elles précisait que le logement de la famille était sis à [...], chemin de [...] et que B._____ était propriétaire d'un appartement sis

avenue du [...], dans lequel vivait l'époux durant la semaine où il n'avait pas la garde des enfants.

En dépit des modalités convenues, [...] et [...] ont été pris en charge les lundi, mardi et jeudi pour les repas de midi et après l'école par [...], maman de jour auprès de la famille depuis 2007, le mercredi par leur mère qui avait congé ce jour-là, et le vendredi par leur père dès la sortie de l'école et jusqu'à dix-huit heures. Les soirs de semaine se répartissaient le lundi auprès du père, les mardi et mercredi soir auprès de la mère et le jeudi soir une fois sur deux auprès du parent qui ne les avait pas la fin de semaine suivante, soit du vendredi soir au lundi matin à la rentrée des classes. Le père accompagnait en outre ses enfants dans toutes leurs activités sportives. En juin 2010, la mère a réintégré la villa conjugale, dont elle jouit depuis lors exclusivement, l'intimé ayant continué un certain temps à y exercer son droit de garde.

3. Par requête urgente du 17 octobre 2011, B. _____ a requis du président du tribunal qu'il réexamine les modalités de la séparation. Elle exposait en substance qu'elle avait reloué dès le 1^{er} juin 2011 l'appartement de l'avenue du [...], qui était somme toute peu occupé, et qu'W. _____ avait repris à bail, avec son amie, dès le 1^{er} août 2011, un appartement de quatre pièces et demie, sis chemin [...]. Elle relevait par ailleurs que son époux effectuait davantage de voyages professionnels pour le compte de l[...], ce qui entraînait un dysfonctionnement du système de garde alternée convenu et, partant, méritait que la question des contributions d'entretien soit soumise à nouvel examen.

Le 16 novembre 2011, W. _____ a déposé une demande unilatérale en divorce et conclu, notamment, au maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants avec garde alternée auprès de chacun des parents, du lundi à la rentrée des classes au lundi suivant à la sortie des classes ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et, subsidiairement, à l'attribution de la garde des enfants exclusivement à

leur père. Dès lors, l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale, appointée à cette date, a été renvoyée sine die.

Par requête de mesures provisionnelles du 31 janvier 2012, B._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'attribution de la jouissance du domicile conjugal, sis chemin de [...], moyennant qu'elle en règle les intérêts hypothécaires et les charges courantes, à ce que la garde des enfants [...] lui soit confiée, à ce qu'W._____ contribue à l'entretien des siens par le régulier versement d'un montant de 4'300 fr. par mois, allocations familiales non comprises, dès le 1^{er} novembre 2011, à ce qu'il bénéficie d'un libre droit de visite, en accord avec elle et, qu'à défaut d'entente, il ait ses enfants auprès de lui tous les vendredis de la sortie de l'école et jusqu'à 18 heures, une fois sur deux le lundi dès la sortie de l'école jusqu'au mardi matin, soit le lundi suivant le week-end où il n'aura pas eu ses enfants du vendredi dès la sortie de l'école au lundi matin, et une fois sur deux le jeudi dès la sortie de l'école jusqu'au vendredi matin, soit le jeudi précédant les week-ends où les enfants seront avec leur mère, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël ou le jour de l'An, et à Pâques ou Pentecôte.

Dans sa requête, B._____ alléguait qu'elle vivait seule avec ses enfants et qu'elle travaillait depuis la naissance des enfants à 80%, gérant l'école et les relations avec la maîtresse, ainsi que l'organisation quotidienne avec la nounou. Elle ajoutait que compte tenu des difficultés rencontrées depuis plusieurs mois avec son époux, une garde alternée se révélait peu adéquate.

Aux termes de son procédé écrit du 2 février 2012, W._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, à libération des conclusions de la requête et, reconventionnellement, principalement à l'exercice conjoint de la garde sur les enfants, du lundi à la rentrée des classes au lundi suivant à la sortie des classes ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, la jouissance du logement conjugal étant attribuée à B._____ et, subsidiairement, à l'attribution exclusive de la garde sur les enfants, sous

réserve d'un libre et large droit de visite de la mère et d'une contribution de celle-ci à l'entretien de [...] et de [...].

W. _____ alléguait qu'il avait été contraint de se constituer un domicile séparé lorsque son épouse avait décidé de manière unilatérale de relouer l'appartement de [...] et qu'il avait dû se battre pour maintenir le système de la garde alternée convenu et auquel les enfants étaient habitués.

4. Depuis le 22 mars 2012, en application de la décision querellée, la garde des enfants est exercée conjointement par chacune des parties, à son propre domicile, du lundi à la rentrée des classes au lundi suivant à la sortie des classes. Selon les déclarations de B. _____ à l'audience d'appel du 22 mai 2012, cette situation, qui correspond en substance à celle que les parties avaient convenue en novembre 2009, mais qui n'a jamais été pratiquée, ne convient ni aux enfants, qui voient leur quotidien entièrement bouleversé et leur lieu de vie totalement modifié et qui vivent très mal le fait d'être séparés de leur père et mère durant toute une semaine, ni à elle-même, qui ne conçoit pas que ses enfants soient gardés un mercredi sur deux par la compagne de son mari, alors qu'elle-même ne travaille pas ce jour là, et soient pris en charge à quinzaine les lundi, mardi et jeudi à midi ainsi qu'à la sortie de l'école par cette personne quand bien même la nounou des enfants est entièrement disponible à cet effet. Elle ajoute qu'elle ne souhaite pas courir le risque que la nounou, qui garde les enfants depuis des années, ne puisse se contenter d'un emploi une semaine sur deux et qu'elle résilie le contrat. Au surplus, les relations des enfants avec la compagne de son mari sont difficiles. La mère soutient par ailleurs que [...] rencontre depuis le mois de mars des difficultés scolaires. La maîtresse de l'enfant lui a fait part, durant la semaine du 26 au 30 mars 2012, de bavardages en classe, d'un manque de concentration et d'un "comportement d'avant le traitement" (Ritaline). La mère fait enfin constater que la garde alternée suppose une coopération entre les parents, qui n'existe plus depuis août 2011.

W._____ estime pour sa part que le système institué par l'ordonnance attaquée est celui qui aurait dû être appliqué depuis la convention de novembre 2009, mais qui a subi, à la demande de la mère des enfants, de nombreux aménagements auxquels il a dû souscrire. Il soutient que l'alternance d'une semaine sur deux est bénéfique à [...] et [...], qui profitent désormais d'une situation claire et peuvent s'organiser à l'avance pour leurs activités scolaires et extrascolaires plutôt que de devoir incessamment changer de domicile en cours de semaine. Il fait constater que [...] a rendu le 12 mai 2012 un travail significatif en mathématiques dont les objectifs ont été atteints avec aisance et que [...] montre une bonne motivation et de la volonté dans son travail. W._____ rappelle encore qu'il a déménagé dans un appartement se trouvant à proximité de l'ancien domicile conjugal et qu'il a choisi de ne plus travailler qu'à l'[...] (il exerçait auparavant à mi-temps à [...]), afin d'être plus disponible pour ses enfants. A son sens, son épouse fait état d'une prétendue dégradation des relations entre les parents depuis août 2011 correspondant à son installation avec son amie, afin de se voir confier la garde exclusive sur les enfants.

5. Selon un décompte de salaire pour le mois d'avril 2012, B._____ réalise à 80% un salaire mensuel net de 7'261 fr. 70, versé douze fois l'an, qui comprend deux allocations familiales de 220 fr. et une contribution de 280 fr. au paiement de son assurance maladie (449 fr. par mois). L'appartement dont elle est propriétaire à l'avenue du [...] lui rapporte un revenu locatif de 2'500 fr. par mois.

B._____ vit dans la villa familiale d[...] dont elle acquitte les intérêts hypothécaires (19'162 fr. 50 en 2011). Le 19 mars 2012, les services industriels de Lausanne (SIL) ont facturé, pour la période du 1^{er} février 2011 au 2 février 2012, 3'509 fr. 77 pour le gaz et 1'270 fr. 78 pour l'"eau et assainissement". Pour la période du 1^{er} janvier au 29 février 2012, Romande Energie Commerce SA a établi un décompte "énergie" de 537 fr. 30. L'impôt foncier pour l'année 2011 s'est élevé à 753 fr. 35.

L'entretien du jardin a été confié à l'entreprise [...], à Ecublens, qui a adressé, en 2011, diverses factures pour un total de 1'608 francs.

Les primes d'assurance-maladie de [...] et [...] sont de 98 fr. 25 pour chacun d'eux. Les frais de garde les concernant s'élèvent à 1'835 fr. par mois, non compris le repas de midi pris à l'école le vendredi.

Selon décision de taxation et calcul du 28 octobre 2011, l'impôt cantonal et communal dû par B._____ pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010, sur la base d'un quotient familial de 2.30, d'un revenu imposable de 85'900 fr. et d'une fortune de 307'000 fr. était de 12'833 fr. 50, l'impôt fédéral direct, sur la base d'un revenu imposable de 89'400 fr., étant de 1'615 francs.

B._____ fait enfin état des charges mensuelles suivantes : frais de véhicule de 850 fr. (le véhicule est assuré auprès de la Generali qui facture des primes semestrielles de 801 fr. 50), assurance-vie 3^{ème} pilier (650 fr.), assurance ménage/RC/incendie (80 fr.).

6. W._____ travaille à l'[...], à 100%. Son décompte de salaire, pour le mois d'avril 2012, mentionne un gain net de 8'912 fr. 15, qui ne comprend pas la part du treizième salaire. W._____ fait ménage commun avec sa compagne, dans un appartement au loyer mensuel de 2'815 fr. 50, charges comprises. Ses primes d'assurance-maladie sont de 233 fr. 40 par mois. Il estime ses frais de véhicule à 600 fr. par mois. Selon détermination du 6 avril 2011, le total des acomptes 2011 pour l'impôt cantonal et communal dû par W._____, sur la base d'un quotient familial de 1.00, d'un revenu imposable de 73'100 fr. et d'une fortune de 150'000 fr., était de 12'909 fr.15.

En droit :

1. La voie de l'appel est ouverte contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les mesures provisionnelles étant soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai d'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Interjeté en temps utile par une personne qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC sont supérieures à 10'000 francs, l'appel est recevable (art. 311 CPC).

2. **2.1** L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

2.2 L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 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 (sur le tout : JT 2011 III 43 et les références citées)

2.3 L'appel est principalement réformatoire. L'autorité d'appel peut toutefois à titre exceptionnel renvoyer la cause en première instance si un élément de la demande n'a pas été examiné ou si l'état de fait doit

être complété sur des points essentiels (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 148).

2.4 Les faits et moyens de preuves 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; Tappy, op. cit., p. 138). 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 2010 III 136-137).

La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43; RSPC 2011, p. 320, note approbatrice de Tappy) considère qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire, même dans les causes soumises à la maxime inquisitoire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., Berne 2010, n. 2410). Toutefois ces novas peuvent être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415).

En l'espèce, à partir du moment où le couple a deux enfants mineurs, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC, qui impose au juge de rechercher d'office les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (Hohl, Procédure civile, Tome II, nn. 1166 ss, 1914 ss et 2414 ss). La maxime inquisitoire illimitée ne signifie pas que le juge doit donner suite à toutes les offres de preuve qui lui sont présentées (Hohl, op. cit., n. 2096); lorsqu'elle est applicable, le juge admet les faits et moyens de preuve nouveaux en tout temps en instance d'appel, jusqu'aux délibérations (Hohl, ibid. n. 2099).

En l'occurrence, les pièces produites par les parties sont susceptibles d'être examinés par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC.

Enfin, n'étant pas nouvelles, les conclusions sont recevables (art. 317 al. 2 CPC).

3. L'appelante conteste que la garde sur les enfants [...] et [...] puisse être exercée conjointement, compte tenu du manque de dialogue entre les parties. Elle conteste au surplus que la garde soit exercée du lundi au lundi, alors que ce système n'a jamais été pratiqué. Enfin, elle estime qu'une pension doit être allouée au titulaire du droit de garde, à tout le moins principal, les factures, notamment d'assurance-maladie et de frais de garde, étant à ce jour exclusivement prises en charge par elle seule.

3.1.1 En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), relatif à l'organisation de la vie séparée, auquel renvoie l'art. 137 al. 2 aCC, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC); il peut notamment confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer le droit de garde des enfants. Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire romand, Code civil I, n. 19 ad art. 176 CC; Bräm, Zürcher Kommentar, nn. 89 et 101 ad art. 176 CC; TF 5A_742/2008 du 22 janvier 2009 c. 3.1 publié in FamPra.ch 2009 p. 509; TF 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 c. 3.1 publié in FamPra.ch 2009 p. 238).

3.1.2 La loi ne définit pas l'autorité parentale. La jurisprudence et la doctrine l'appréhendent comme la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur. Il s'agit d'un faisceau de droits et de devoirs des père et mère à l'égard de

l'enfant, dont l'étendue varie en fonction de plusieurs facteurs, soit en particulier de l'âge et de la maturité de l'enfant (ATF 136 III 353; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 1999, n. 25.02; Vez, Commentaire romand, Code civil I, n. 1 ad art. 296 CC; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 2009, n. 442).

Quant au droit de garde, il est une composante de l'autorité parentale. Il comprend en particulier la faculté de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 c. 4a; ATF 120 la 260 c. 2 et les références citées). En cas de vie séparée des père et mère, le domicile légal de l'enfant se trouve auprès de celui des parents auquel le droit de garde a été attribué (art. 25 al. 1 CC). Le droit de choisir le lieu de séjour, élément essentiel du droit de garde, comprend la scolarisation de l'enfant au domicile du parent titulaire du droit de garde (ATF 136 III 353 c. 3.2). Au nombre des critères essentiels pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux. Il convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. A capacités équivalentes, il n'est pas arbitraire d'attribuer le droit de garde au parent qui a démontré depuis plusieurs mois qu'il pouvait s'occuper de l'enfant; la disponibilité d'un parent à collaborer avec l'autre pour ce qui a trait à l'enfant jouera un rôle déterminant (RDT 2008 p. 354).

3.1.3 L'art. 133 al. 3 CC prévoit, comme une exception au principe de l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents (art. 133 al. 1 CC), que sur requête conjointe des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale après le divorce, pour autant

que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et que les parents soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci. Ainsi, même dans le cas où les parents requièrent conjointement le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale après le divorce et soumettent à la ratification du juge une convention prévoyant un droit de garde conjoint, l'admissibilité d'un tel accord doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et 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, la capacité de coopération des parents. Selon la jurisprudence, l'instauration d'un droit de garde conjoint présuppose en tous les cas l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté (TF 5C.42/2001 du 18 mai 2001 c. 3 publié in FamPra.ch 2001 p. 823; TF 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 c. 4.2 publié in FamPra.ch 2009 p. 238).

La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'instauration d'une garde alternée s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et, partant, suppose l'accord des deux parents (Leuba/Bastons Bulletti, Commentaire romand, Code civil I, nn. 28 ss ad art. 133 CC, spéc. nn. 28, 38, 39 et 40; TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1 et références citées). Au demeurant, l'admissibilité d'une garde alternée doit être appréciée sous l'angle de l'intérêt de l'enfant (Séverine Berger, in JT 2002 I 150; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005 c. 3.3; Chaix, Commentaire romand, Code civil I, n. 19 ad art. 176 CC). Elle suppose enfin la coopération des parents (TF 5A_645/2008 du 27 août 2009 c. 6).

3.2 Le premier juge a constaté que lors de la séparation des parties, la garde de [...] et de [...] avait été confiée conjointement à leurs parents, selon convention du 4 novembre 2009 ratifiée pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 décembre

2009, et que, dès cette date, les parents avaient exercé alternativement la garde, une semaine sur deux, du lundi matin à 8 heures au dimanche soir à 22 heures. Il a également relevé que les qualités éducatives des parents étaient bonnes et que ceux-ci offraient l'un et l'autre à leurs enfants un environnement adéquat, l'intimé ayant même démissionné de son poste à Berne pour se rapprocher des enfants. Il a en revanche constaté que les parties avaient de sérieux problèmes de communication, se laissant notamment influencer par des tiers, ce qui rendait la garde conjointe compliquée. Il en a toutefois déduit qu'aucun motif sérieux ne justifiait une modification du droit de garde, les problèmes de dialogue ne facilitant pas les choses, mais n'étant pas insurmontables.

3.3 L'appelante soutient que le système mis en place par la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 4 novembre 2009 n'a jamais été appliqué dans les faits. L'intimé l'a confirmé, mais a précisé que les aménagements, même s'ils avaient abouti à une garde largement répartie, avaient été essentiellement dictés par son épouse et qu'il s'y était plié. Toutefois, les modalités de cette garde sont relativement éloignées de ce qu'avaient prévu les parties dans la convention, à commencer par le fait que les enfants demeuraient en permanence dans la villa familiale et que leurs parents les y gardaient. A supposer que la garde alternée puisse être maintenue, sa réglementation devrait être appréciée au regard de l'intérêt des enfants et dépendre, entre autres conditions dont celle de correspondre à la réalité, de la capacité de coopération de chacun des parents à qui elle ne peut être imposée contre sa volonté. Or, en l'espèce, la mère s'y oppose. De surcroît, force est de constater que les parties n'ont aujourd'hui plus grande communication en ce qui concerne les enfants, en particulier ni sur l'école, ni sur la santé de leur fils dont le comportement semblerait devoir nécessiter qu'il prenne ou reprenne de la Ritaline, ni sur les inquiétudes de la mère à l'égard de la compagne du père des enfants et des relations que cette dernière entretient avec [...] et [...]. Dans de telles circonstances, le maintien de la garde conjointe est insoutenable et le premier juge ne pouvait l'imposer.

4. Dès lors, si une telle garde n'est plus possible, faute d'accord précis sur ce point par les parties, elle doit être attribuée exclusivement à l'une ou l'autre des parties, qui la revendiquent toutes deux. A cet égard, il conviendrait de rechercher lequel des deux parents, au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce, serait le mieux à même d'assurer aux enfants la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Le premier juge s'est contenté d'affirmer que les qualités éducatives des parents étaient bonnes et que l'environnement chez l'un et l'autre était adéquat. L'appelante soulève des difficultés scolaires et comportementales chez son fils apparues depuis l'ordonnance attaquée; elle fait état de gêne et de malaise dans les relations qu'entretiennent [...] et [...] avec la compagne de leur père, et en est inquiète. Elle fait remarquer que la situation a totalement changé depuis la convention de novembre 2009 que le premier juge a simplement reconduite. Il n'y a pas lieu de procéder à de telles investigations en appel, les parties devant bénéficier d'une double instance sur ces questions fondamentales. Dès lors, il appartiendra au premier juge de déterminer, en se fondant sur l'intérêt des deux enfants uniquement, lequel des parents sera le plus à apte à obtenir la garde. A défaut de pouvoir se faire une représentation exacte des faits litigieux sur la base des preuves administrées, il sera tenu de procéder à d'autres investigations (audition des enfants, témoins, voire éventuellement évaluation ou expertise). Enfin, si l'on connaît les revenus des parties, le dossier ne permet pas d'établir précisément la question de leurs charges respectives, éléments essentiels pour statuer sur la contribution réclamée. En effet, l'instruction par le premier juge, dont le résultat figure aux pages sept et huit de l'ordonnance querellée, est trop sommaire pour que le juge d'appel puisse la réexaminer. Afin de garantir aux parties la possibilité de contester l'appréciation en fait de la situation, il convient d'annuler l'ordonnance, en application de l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC et de renvoyer la cause au premier juge pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. Il n'y avait donc pas lieu de procéder à l'audition des témoins demandés au vu de ce qui précède.

5. En conclusion, l'appel doit être admis, l'ordonnance annulée et la cause renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]), doivent être mis, au vu de l'issue de l'appel, à la charge de l'intimé (art. 106 al. 1 CPC), celui-ci devant rembourser à l'appelante son avance de frais (art. 111 al. 2 CPC) et lui verser des dépens de deuxième instance, fixés à 2'000 fr. (art. 106 al. 1 CPC; 7 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile; RSV 270.11.6]).

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

I. L'appel est admis.

II. L'ordonnance de mesures provisionnelles du 15 mars 2012 est annulée et le dossier est renvoyé au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour nouvelle décision.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'intimé.

IV. L'intimé W. _____ doit verser à l'appelante B. _____ la somme de 2'600 fr. (deux mille six cents francs) à titre de

dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 23 mai 2012

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

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Nathalie Fluri (pour B. _____),
- Me Patricia Michellod (pour W. _____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires

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

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

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

Le greffier :