

Modification de mesures provisionnelles prévues par convention ratifiée – faits nouveaux (art. 298d CC). Rappel des principes. Une nouvelle réglementation de l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes ; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant. Or, cette condition doit faire l'objet d'une instruction et peut être réservée à la procédure au fond (consid. 3, en particulier 3.3 et 3.4).

Garde alternée (art. 298b al. 3^{ter} CC) – rappel d'un principe. La garde alternée n'est pas la règle, seule l'autorité parentale conjointe l'est (consid. 3.4).

Entretien (art. 276ss CC) – charge fiscale. Il n'est pas arbitraire en procédure de mesures provisionnelles de refuser de prendre en considération les déductions fiscales pour estimer la charge fiscale des parents, si tant est que la méthode de calcul est identique pour les deux parties (consid. 4.3).

Idem – répartition de l'excédent. Rappels des principes relatifs à la répartition de l'excédent par « grandes et petites têtes » pour les couples mariés. S'agissant des couples non mariés, la doctrine majoritaire appliquant le même *ratio* des grandes et petites têtes estime qu'il convient de prendre également en compte le parent gardien et créancier d'aliments dans le calcul des parts à l'excédent, la sienne étant toutefois attribuée au parent débiteur. La doctrine minoritaire considère toutefois que l'excédent du parent débiteur doit être réparti entre lui et l'enfant, selon le rapport 2 à 1, sans prendre en compte le parent créancier (consid. 6.2). Sans toutefois trancher entre l'une et l'autre des méthodes, le Tribunal fédéral n'a pas jugé arbitraire l'application de la seconde par l'instance inférieure (consid. 6.3).

Composition

MM. les Juges fédéraux

Herrmann, Président, von Werdt et Bovey.

Greffière : Mme de Poret Bortolaso.

Participants à la procédure

A,

représenté par Me Michael Stauffacher, avocat,
recourant,

contre

B.,

représentée par Me Julien Lanfranconi, avocat,
intimée.

Objet

prérogatives parentales et entretien (parents non mariés),

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Juge unique, du 28 juin 2022 (JI21.048565-211894 340).

Faits :

A.

A. (1987) et B. (1987) sont les parents non mariés de C. (2015) et D. (2017).

Séparées, les parties s'opposent actuellement sur les modalités de garde des enfants et sur le montant des contributions d'entretien en leur faveur.

B.

B.a. Le 1er septembre 2020, B. a déposé une requête de conciliation devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après: tribunal civil) concernant en particulier la garde, les relations personnelles et l'entretien des deux enfants.

Lors de l'audience de conciliation du 12 octobre 2020, les parties, assistées de leurs conseils respectifs, ont signé une convention, ratifiée séance tenante par la Présidente du tribunal civil (ci-après: la présidente) pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles. Dite convention prévoyait notamment que la garde des enfants était attribuée à leur mère (I), le père pouvant avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux prolongé au lundi matin, tous les jeudis soir au vendredi matin ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés (II). La convention prévoyait également que le père paierait provisoirement dès le 1er novembre 2020 un montant de 1'150 fr. par mois en faveur de chacune de ses filles, allocations familiales en sus, les parties réservant tous leurs droits s'agissant du calcul de l'entretien dès le 1er novembre 2020 et prévoyant d'ores et déjà d'opérer de nouveaux calculs à partir du 1er juin 2021 au plus tard (V à VII).

La convention contenait un ajout, avec la teneur suivante: " Les montants provisoires prévus pour les deux enfants s'entendent avec des frais de garde de 650 fr. par enfant et par mois, ou 1'300 fr. au total pour les deux enfants par mois. Dès le 1er novembre 2020, B. présentera les factures mensuelles de la maman de jour à A., y inclus la facture du mois d'octobre 2020. A. s'engage à régler tout montant qui dépasserait 1'300 fr. par mois pour les deux enfants. De son côté, B. remboursera cas échéant tout solde pour un montant de factures qui serait inférieur à 1'300 fr. par mois. "

B.b. Par requête de mesures provisionnelles du 4 juin 2021, B. a conclu à ce que l'entretien en faveur des enfants reste dû par A. selon l'accord provisionnel du 12 octobre 2020, en particulier en ce sens qu'il est son débiteur et lui doit paiement immédiat d'un montant de 500 fr. pour les frais de garde des deux enfants pour le mois d'avril 2021, ainsi que, sans aucune déduction, des factures des frais de garde pour les mois de janvier à mai 2021 (I). B. a par ailleurs réclamé que, dès le 1er juin 2021, A. contribue à l'entretien de ses enfants à raison de 1'500 fr. par enfant, l'entretien convenable de C. se chiffrant à 1'426 fr. 50 et celui de D. à 1'468 fr. 50 (II et III).

Par déterminations du 22 juillet 2021, A. a conclu à ce que la garde sur les enfants s'exerce de façon alternée (I et II), chaque parent payant les frais courants lorsque les enfants seraient chez lui; B. percevrait les allocations familiales et s'acquitterait des factures, les frais extraordinaires étant assumés à hauteur de 79% par lui-même et de 21% par la mère; lui-même contribuerait de surcroît à l'entretien de ses filles à raison de 336 fr. pour C. et de 320 fr. pour D. (III).

Statuant par ordonnance de mesures provisionnelles du 1er décembre 2021, la présidente a dit que, dès le 1er juin 2021, A. devrait contribuer à l'entretien de ses enfants par le versement d'un montant mensuel de 1'620 fr. pour C. et de 1'750 fr. pour D., allocations familiales en sus (I), dit que, pour les mois de janvier à mai 2021, A. devait payer à B. les frais de garde effectifs de la maman de jour - précisément arrêtés - dans la mesure où ils n'avaient pas encore été payés (II), dit que les frais et dépens de la décisions suivaient le sort de la cause au fond (III), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (V).

A. a fait appel de cette décision. Par arrêt du 28 juin 2022, le juge unique de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud l'a partiellement admis. L'ordonnance de première instance a été réformée en ce sens que les contributions d'entretien en faveur des enfants et à charge de l'appelant ont été arrêtées comme suit, allocations familiales en sus: du 1er juin 2021 au 30 septembre 2021 à 1'380 fr. pour C. et 1'480 fr. pour D.; du 1er octobre 2021 au 30 avril 2022 à 1'510 fr. pour C. et 1'610 fr. D.; dès le 1er mai 2022, à 1'420 fr. pour C. et 1'480 pour D. L'ordonnance a été confirmée pour le surplus.

C.

Agissant le 5 août 2022 par la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral, A. (ci-après: le recourant) conclut principalement à ce que la garde des enfants s'exerce de manière alternée (ch. I et II); à ce que chacun des parents s'acquittent des frais courants de leurs filles lorsqu'elles seront auprès d'eux, B. (ci-après: l'intimée) percevant les allocations familiales et s'acquittant de leurs factures courantes; à ce que, moyennant validation préalable, les frais extraordinaires des enfants soient assumés à hauteur de 77% par lui-même et de 23% par l'intimée; à ce qu'il contribue à l'entretien de sa fille C. à raison de 314 fr. par mois et à celui de D. à hauteur de 296 fr. par mois. Subsidiairement, le recourant réclame la réforme de la décision cantonale en ce sens que le montant des contributions d'entretien mensuelles soit arrêté comme suit: du 1er juin 2021 au 30 septembre 2021, 1'160 fr. pour C. et 1'225 fr. pour D.; du 1er octobre 2021 au 30 avril 2022, 1'290 fr. pour C. et 1'375 fr. pour D.; dès le 1er mai 2022, 1'175 fr. pour C. et 1'230 fr. pour D..

Le recourant réclame le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Des déterminations n'ont pas été demandées.

Considérant en droit :

1.

Le recours est dirigé contre une décision qui porte sur des mesures provisionnelles rejetant les conclusions du recourant visant à modifier les modalités de garde des enfants, convenues d'entente entre les parties pour la durée de la procédure au fond et ratifiées par la présidente le 12 octobre 2020; la décision entreprise fixe également l'entretien des deux enfants à compter du 1er juin 2021, réservé par les parties dans la convention précitée. Finale (**art. 90 LTF**; **ATF 137 III 586** consid. 1.2; arrêt 5A_503/2020 du 16 décembre 2020 consid. 1), cette décision a été rendue dans une affaire civile (**art. 72 al. 1 LTF**), de nature non pécuniaire dans son ensemble, par une autorité supérieure statuant sur recours en dernière instance cantonale (**art. 75 LTF**). Le recourant, qui a qualité pour recourir (**art. 76 al. 1 LTF**), a agi à temps (art. 100 al. 1 et 46 al. 2 LTF).

2.

Lorsque, comme en l'espèce, la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l'**art. 98 LTF**, le recourant ne peut se plaindre que de la violation de ses droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant ("principe d'allégation", **art. 106 al. 2 LTF**), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (**ATF 147 I 73** consid. 2.1). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise (**ATF 134 II 349** consid. 3). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (**ATF 146 IV 114** consid. 2.1).

D'après la jurisprudence, une décision est arbitraire (**art. 9 Cst.**) lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (**ATF 144 I 170** consid. 7.3; **141 III 564** consid. 4.1); il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (**ATF 144 I 113** consid. 7.1, 170 consid. 7.3; **142 II 369** consid. 4.3).

3.

Le recourant reproche d'abord au juge cantonal d'avoir arbitrairement refusé de prendre en compte des faits nouveaux propres à son sens à justifier une nouvelle répartition du système de garde.

3.1. La décision querellée se fonde sur l'**art. 179 CC**, qu'elle estime applicable par renvoi de l'**art. 276 al. 1 CPC** et rappelle que les possibilités de modifier des mesures provisionnelles prévues dans une convention ratifiée sont restreintes. Elle en retient que les faits nouveaux invoqués par le recourant - grande flexibilité dans l'organisation de son travail et déménagement - ne justifiaient pas une adaptation de la convention des parties dans le sens de l'instauration d'une garde alternée. A l'adoption de la convention, le recourant venait certes de débiter un nouvel emploi, mais il savait déjà qu'il pourrait effectuer son travail en partie à domicile; le fait qu'il puisse travailler entièrement depuis la maison ne constituait pas un fait nouveau permettant l'adaptation sollicitée. Son changement de domicile, désormais situé à proximité de celui de l'intimée, n'était pas non plus un fait nouveau dès lors qu'auparavant, la distance des domiciles respectifs des parties - environ 20 km - ne présentait manifestement pas un obstacle à l'instauration d'une garde alternée. Le juge cantonal a néanmoins réservé la possibilité d'instaurer une garde alternée au fond, une instruction devant être menée à cet égard au regard de la nécessité de préserver le bien des enfants.

3.2. Le recourant soutient que, lors de la conclusion de la convention, il ignorait l'ampleur de la flexibilité dont il pourrait bénéficier dans l'organisation de son nouvel emploi en vue de favoriser la prise en charge de ses enfants. Au sujet de son déménagement dans la même localité que l'intimée, il relève que, si la distance entre son ancien domicile et celui des enfants ne constituait pas un motif rédhibitoire à l'instauration d'une garde alternée, il était cependant notoire que la centaine de mètres qui séparait désormais les parties facilitait intensément la prise en charge des enfants.

3.3. Aux termes de l'art. 298d CC, à la requête de l'un des parents ou de l'enfant ou encore d'office, l'autorité de protection de l'enfant modifie l'attribution de l'autorité parentale lorsque des faits nouveaux importants le commandent pour le bien de l'enfant (al. 1). Elle peut aussi se limiter à statuer sur la garde de l'enfant, les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa

prise en charge (al. 2). Toute modification dans l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde suppose ainsi que la nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. En d'autres termes, une nouvelle réglementation ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant (arrêts 5A_963/2021 du 1er septembre 2022 consid. 3.2; 5A_942/2021 du 17 août 2022 consid. 3.1 et les nombreuses références; 5A_100/2021 du 25 août 2021 consid. 3.1).

3.4. Déterminer si la flexibilité qu'invoque le recourant dans l'aménagement de son travail, de même que si son récent déménagement constituent des faits nouveaux justifiant un changement dans la prise en charge des enfants peut ici demeurer indécis. Le changement réclamé par le recourant doit en effet satisfaire au bien des enfants. Or et ainsi que l'a souligné le juge cantonal, cette condition doit faire l'objet d'une instruction, le magistrat cantonal réservant expressément les droits du recourant au fond sur ce point. Dans ces circonstances, l'arrêt attaqué n'est pas critiquable et le grief se révèle infondé. L'on soulignera toutefois qu'en l'état actuel du droit et contrairement à ce qu'affirme la décision querellée, la garde alternée n'est aucunement la règle, seule l'étant l'autorité parentale conjointe (cf. ATF 142 III 612 consid. 4.2, 617 consid. 3.2.3; arrêt 5A_534/2019 du 31 janvier 2020 consid. 3.1).

4.

Le recourant reproche ensuite à la cour cantonale d'avoir refusé de prendre en compte des déductions fiscales évidentes dans le calcul de la charge fiscale de l'intimée.

4.1. Le juge cantonal a souligné qu'il était particulièrement difficile d'évaluer la charge fiscale des parties. Se référant à la jurisprudence cantonale, il a indiqué que les montants arrêtés dans le cadre de cette estimation étaient généralement retenus sans tenir compte des éventuelles autres sources génératrices d'impôts ou des diverses déductions fiscales, celles-ci étant impossibles à établir en procédure sommaire et étant de surcroît ici contestées par l'intimée.

4.2. Le recourant soutient que les déductions fiscales de l'intimée dont il demande la prise en considération - à savoir: frais de transport; frais de repas; autres frais professionnels; assurance-maladie; prévoyance professionnelle; frais de garde; déductions pour famille - découlaient de manière évidente et manifeste de l'instruction; refuser de les intégrer à l'estimation heurtait ainsi profondément le sentiment de justice en tant que la charge fiscale ainsi évaluée se révélait dès lors totalement erronée. Il conclut en reprochant à la cour cantonale de ne pas avoir repris la déduction forfaitaire de 15% opérée par le premier juge, ce sans aucune motivation alors que lui-même invoquait pourtant de manière pertinente un moyen à cet égard.

4.3. La motivation cantonale apparaît dépourvue d'arbitraire. D'une part, selon l'autorité cantonale et contrairement à ce qu'affirme le recourant, les déductions qu'il souhaite voir opérées ont fait l'objet de contestations de la part de l'intimée; l'on ne saurait ainsi retenir qu'elles ressortiraient expressément de l'instruction. D'autre part, et le recourant se garde de le préciser, le magistrat cantonal n'a pratiqué aucune déduction en procédant à l'estimation de sa propre charge fiscale, en sorte qu'un équilibre entre les deux parties est ainsi réalisé. Cette dernière remarque s'applique également à la déduction forfaitaire de 15% qu'avait pratiquée le premier juge en établissant les charges fiscales de chacun: l'autorité cantonale n'a ici appliqué cette déduction forfaitaire à aucune

des parties. Dans la mesure où la charge fiscale des deux parties est estimée de manière identique de part et d'autre, en référence au simulateur d'impôt de l'administration fédérale des contributions, le refus de prendre en considération les déductions fiscales que chacune pourrait être amenée à invoquer n'est pas décisif et n'apparaît ainsi pas arbitraire.

5.

Le recourant reproche ensuite à la cour cantonale une erreur manifeste concernant les frais de garde pour la période du 1er juin au 30 septembre 2021.

5.1. La cour cantonale a distingué trois périodes pour fixer les contributions d'entretien: la première, du 1er juin 2021 au 30 septembre 2021, la deuxième, du 1er octobre 2021 au 30 avril 2022, et la dernière, dès le 1er mai 2022.

Si la troisième période prend en compte le nouvel emploi à taux réduit de l'intimée, la distinction des deux premières périodes n'est pas expliquée dans l'arrêt attaqué et l'on ne peut affirmer avec certitude que cette distinction pourrait être liée au changement dans la prise en charge des enfants et aux coûts qui lui seraient liés. Il ressort en effet de la décision entreprise qu'une maman de jour s'occupait des enfants entre septembre 2020 et juin 2021 - sans que l'on sache s'il s'agit du début ou de la fin du mois de juin -, puis que c'est une jeune fille au pair qui les gardait dès le 1er septembre 2021. L'on ignore quelle a été la prise en charge dans l'intervalle. Selon la décision entreprise, les frais de la maman de jour se chiffraient mensuellement à 1'070 fr. 85, à répartir à hauteur de 45% pour C. et de 55% pour D.; les coûts de la jeune fille au pair, à répartir dans une proportion identique, s'élevaient à 1'245 fr. par mois. Dans l'estimation de l'entretien convenable des enfants, la cour cantonale paraît s'être exclusivement référée aux coûts de la jeune fille au pair, ce pour les deux périodes considérées.

5.2. La motivation développée par le recourant, qui se limite à affirmer qu'entre le 1er juin 2021 et le 30 septembre 2021, seuls les coûts de la maman de jour étaient déterminants, ne permet pas de lever la confusion qui ressort de la décision entreprise, ne serait-ce que du point de vue des dates, et de démontrer ainsi son arbitraire sur cette question.

L'on relèvera de surcroît que la période concernée est particulièrement brève, que la différence entre les montants en jeu est faible et qu'à supposer que les chiffres retenus par le magistrat cantonal se révèlent trop élevés, cette éventuelle erreur sera compensée dans la répartition de l'excédent qui sera diminué d'autant, en sorte que la différence dont se plaint le recourant n'apparaît en fin de compte que négligeable. La décision querellée est ainsi dépourvue d'arbitraire dans son résultat également.

6.

Dans un dernier grief, le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir réparti son excédent entre lui-même et ses filles de manière totalement erronée, en prenant de surcroît le contre-pied de sa propre jurisprudence, sans la moindre justification.

6.1. Le juge cantonal a réparti l'excédent de chacune des parties à raison d'1/4 pour chaque enfant. Le recourant estime en revanche que c'est une part d'1/6 qui correspondrait à une répartition par "grandes et petites têtes".

6.2. Lorsque les moyens de la famille permettent de couvrir le minimum vital élargi du droit de la famille, l'excédent éventuel doit être réparti en équité entre les ayants droit (méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent; ATF 147 III 265 consid. 7.2-7.3).

Lorsque les parents sont mariés, l'excédent à prendre en considération est celui de l'entier de la famille, à savoir l'excédent cumulé des deux parents (ATF 147 III 265 consid. 8.3; STOU DAMNN, Entretien de l'enfant et de l' (ex-) époux - Aspects pratiques, in Symposium en droit de la famille - Famille et argent, 2022, p. 56). Cette répartition se fait généralement par " grandes et petites têtes ", en ce sens que chacun des parents reçoit le double de chacun des enfants; cette règle n'est cependant pas absolue et peut être relativisée selon les circonstances du cas particulier (ATF 147 III 265 consid. 7.3)

Lorsque les parents ne sont pas mariés, deux réflexions entrent en considération au regard de la règle qui vient d'être rappelée. Soit, et c'est l'opinion de la doctrine majoritaire, la part à l'excédent de l'enfant demeure équivalente à une part de " petite tête " de l'excédent du parent débiteur, la part " fictive " de l'autre parent - qui n'a pas droit à une contribution d'entretien -, restant acquise au débiteur de l'entretien (en ce sens: MEYER, Unterhaltsberechnung: ist jetzt alles klar?, in FamPra.ch 2021 896 ss, p. 904; MEIER/WALDNER-VONTOBEL, Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht aus der Perspektive des erstinstanzlichen Gerichts, in FamPra.ch 2021 871 ss, p. 884 s.; STOU DMANN, op. cit., p. 57 s.; apparemment du même avis: BURGAT, Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues; une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse, p. 18; cf. également la jurisprudence de la Cour de justice du canton de Genève [ACJC 957/2022 du 7 juillet 2022 consid. 2.3] et du Tribunal cantonal du canton de Vaud [CACI 2021/573 du 8 décembre 2021 consid. 3.3.5.2; CACI 2022/111 du 8 mars 2022 consid. 3.2.3 et 11.1]). Soit l'excédent du parent débiteur est réparti entre lui-même et l'enfant dans un rapport de 2 à 1, certains auteurs estimant que cette solution est elle aussi envisageable (AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, Berechnung des Kindesunterhalts - Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019, FamPra.ch 2021 251, p. 271 s.).

6.3. Le juge cantonal a ici choisi la seconde solution, attribuant le bénéfice du parent débiteur à raison d'1/4 en faveur de chaque enfant. Cette option n'apparaît pas arbitraire (consid. 2 *supra*), même si le pourcentage souhaité par le recourant - 1/6 - est celui que privilégie la doctrine majoritaire.

7.

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée, faute de chance de succès du recours (art. 64 al. 1 LTF) et les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à sa charge (art. 66 al. 1 LTF). Aucune indemnité de dépens n'est attribuée à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Juge unique.

Lausanne, le 7 mars 2023

Au nom de la I^{le} Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : de Poret Bortolaso