

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 22 mars 2021

---

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

\*\*\*\*\*

**Art. 298 al. 2ter CC ; 308 al. 1 let. b CPC**

Statuant sur l'appel interjeté par **A.I.**\_\_\_\_\_, à [...], requérant, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 1<sup>er</sup> décembre 2020 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **Y.**\_\_\_\_\_, à [...], intimée, 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 1<sup>er</sup> décembre 2020, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte (ci-après : la présidente) a autorisé les époux A.I. \_\_\_\_\_ et Y. \_\_\_\_\_ à vivre séparés pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation effective datait du 24 avril 2020 (I), a dit qu'aussi longtemps que Y. \_\_\_\_\_ était domiciliée en Suisse, la garde sur les enfants B.I. \_\_\_\_\_ et C.I. \_\_\_\_\_ s'exercerait de manière alternée selon les modalités suivantes (II) :

- Y. \_\_\_\_\_ aurait ses enfants auprès d'elle du dimanche soir à 18 heures au jeudi à l'entrée des classes ;
- A.I. \_\_\_\_\_ aurait ses enfants auprès de lui du jeudi à l'entrée des classes au vendredi à la sortie des classes ;
- chaque parent aurait les enfants auprès de lui un week-end sur deux du vendredi à la sortie des classes au dimanche soir à 18 heures, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés en alternance.

La présidente a dit qu'aussi longtemps que Y. \_\_\_\_\_ était domiciliée en Suisse, les enfants seraient légalement domiciliés auprès d'elle (III), a interdit à Y. \_\_\_\_\_ de transférer le lieu de résidence des enfants à D. \_\_\_\_\_ (IV), a dit que, dès que Y. \_\_\_\_\_ quitterait la Suisse pour s'installer à [...], la garde exclusive des enfants serait confiée à A.I. \_\_\_\_\_, chez lequel les enfants seraient légalement domiciliés (V), a dit que, dès que Y. \_\_\_\_\_ quitterait la Suisse pour s'installer à [...], elle disposerait d'un libre et large droit de visite sur les enfants à exercer d'entente avec le père selon des modalités à fixer à ce moment-là (VI), a dit que les passeports et documents d'identité des enfants devaient rester déposés auprès du greffe du tribunal (VII), a arrêté l'indemnité due à Me Roxane Chauvet-Mingard, curatrice de représentation des enfants, à 4'920 fr. 85, débours et TVA inclus (VIII), a mis cette indemnité à la charge de chacun des époux par moitié (IX), a dit que la bénéficiaire de l'assistance judiciaire était, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement

des frais judiciaires mis à la charge de l'Etat (X), a renvoyé la décision sur l'indemnité d'office du conseil de Y. \_\_\_\_\_ à une décision ultérieure (XI), a rendu la décision sans autres frais judiciaires ni dépens (XII) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XIII).

En droit, la présidente a constaté que durant la vie commune, les parties n'avaient pas adopté un modèle familial « traditionnel », dans lequel un époux se consacre à plein temps à la prise en charge des enfants. D'octobre 2017 à janvier 2020, c'était toutefois essentiellement la mère qui s'était occupée des enfants, en raison des problèmes de santé du père. Depuis la séparation, la mère s'occupait en outre des enfants 4 jours par semaine, dont le samedi après-midi et le dimanche, et le père 3 jours seulement, dont un demi-jour du week-end. La présidente a donc admis que la mère était l'adulte de référence. Le père s'impliquant également dans la prise en charge des enfants et ne travaillant pas, elle a néanmoins considéré que les parents disposaient tous deux d'une capacité équivalente à assurer la prise en charge des enfants.

Compte tenu du besoin de stabilité des enfants, la présidente a estimé qu'il serait contraire à leur intérêt de remettre en cause le système de garde partagée qui s'exerçait depuis près de six mois. Toutefois, au vu du jeune âge des enfants, elle a relevé que la distance séparant le domicile du père de l'école des enfants était significative et impliquait de trop longs trajets pour assurer une garde alternée à un rythme aussi soutenu que celui sollicité par le requérant. Il convenait de permettre aux enfants de se poser sans devoir sans cesse s'adapter et, partant, que ceux-ci soient auprès de leur mère la majeure partie des jours d'école et le week-end alternativement chez l'un et l'autre parent. Quant au domicile, la présidente l'a fixé chez la mère dès lors qu'elle assumait la garde des enfants de manière prépondérante.

**B.** Par acte du 14 décembre 2020, accompagné d'un bordereau de pièces, A.I. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme de

son chiffre II en ce sens que la garde alternée soit exercée selon les modalités suivantes :

- Y.\_\_\_\_\_ aura ses enfants auprès d'elle du lundi matin à l'entrée des classes au mercredi midi, un week-end sur deux du vendredi à la sortie des classes au lundi matin à l'entrée des classes, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires ;
- A.I.\_\_\_\_\_ aura ses enfants auprès de lui du mercredi midi au vendredi à la sortie des classes, « un week-end sur deux du vendredi à la sortie des classes » (sic), ainsi que durant la moitié des vacances scolaires.

Subsidiairement, l'appelant a conclu à l'annulation de l'ordonnance et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants. L'appelant a requis l'effet suspensif.

Par ordonnance du 17 décembre 2020, la juge de céans a admis la requête d'effet suspensif et dit qu'il sera statué sur les frais et dépens dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir.

Par réponse du 24 décembre 2020, également accompagnée d'un bordereau de pièces, Y.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et à la modification du chiffre II du prononcé attaqué, en ce sens qu'il soit dit qu'aussi longtemps que Y.\_\_\_\_\_ serait domiciliée en Suisse, la garde de fait sur les enfants lui serait attribuée de manière exclusive et A.I.\_\_\_\_\_ aurait ses enfants auprès de lui un week-end sur deux à la sortie des classes au dimanche soir à 18 heures, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés en alternance.

Par déterminations du 28 décembre 2020, l'appelant a conclu à l'irrecevabilité des conclusions prises par l'intimée dans sa réponse et a sollicité qu'un deuxième échange d'écritures soit ordonné.

Par avis du 4 janvier 2021, la juge déléguée a constaté qu'il n'y avait pas lieu à un deuxième échange d'écritures mais que des déterminations complémentaires pouvaient être déposées dans un délai non prolongeable de 10 jours.

Le même jour, Me Roxane Chauvet-Mingard, curatrice de représentation des enfants, a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et au rejet des conclusions prises par l'intimée dans sa réponse, pour autant qu'elles soient recevables.

Le 14 janvier 2021, Y. \_\_\_\_\_ a requis l'assistance judiciaire et déposé un formulaire simplifié.

L'appelant s'est déterminé sur la réponse par écriture du 15 janvier 2021. Il a pris des conclusions subsidiaires en ce sens que l'intimée ait les enfants auprès d'elle du samedi midi au mercredi à midi et le père du mercredi midi au samedi midi, les vacances scolaires étant partagées.

Par ordonnance du 21 janvier 2021, la juge déléguée a accordé à l'intimée le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 14 décembre 2020, sous la forme de l'exonération d'avances et de frais judiciaires et de l'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me François Chanson, la bénéficiaire de l'assistance judiciaire étant par ailleurs astreinte à payer une franchise mensuelle de 80 francs.

Le 29 janvier 2021, l'intimée a encore déposé une réplique spontanée, accompagnée de pièces.

Les parties se sont encore déterminées par écritures respectives des 11 et 18 février 2021.

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

**1.** A.I.\_\_\_\_\_, né le [...] 1981, et Y.\_\_\_\_\_, née [...] le [...] 1982, se sont mariés le [...] 2012.

Deux enfants sont issus de cette union, B.I.\_\_\_\_\_, né le [...] 2012, et C.I.\_\_\_\_\_, né le [...] 2016.

**2.**

**2.1** Le couple s'est rencontré en 2007. En novembre 2008, A.I.\_\_\_\_\_, qui s'est vu diagnostiquer un syndrome néphrotique cortico-résistant à l'âge de 12 ans, a subi une première greffe rénale.

**2.2** Au mois d'août 2013, A.I.\_\_\_\_\_, son épouse et leur fils B.I.\_\_\_\_\_ né en 2012 sont partis vivre à D.\_\_\_\_\_. A.I.\_\_\_\_\_ a effectué des études à la [...] jusqu'en mai 2015. En parallèle à ses études, il a effectué un stage dans le domaine [...] auprès de [...] aux mois de juin et juillet 2014, puis il a travaillé en qualité de stagiaire en développement auprès de [...] de septembre 2014 jusqu'à une date indéterminée. Quant à Y.\_\_\_\_\_, elle a travaillé, depuis les [...], pour la Division de la formation et des étudiants de l' [...] en qualité de chargée de communication du 2 septembre 2013 au 31 août 2015 pour un taux d'activité d'environ cinq jours par mois en moyenne, équivalent à un taux de 20%. Puis elle a exercé un mandat du 16 au 29 février 2016 en qualité d'adjointe administrative pour le compte de l' [...] à un taux de 60%. Elle a donné naissance à son second enfant en décembre 2016.

Dès le mois d'octobre 2017, A.I.\_\_\_\_\_ a entamé un lourd traitement médical en Suisse, alors que son épouse et les enfants sont restés vivre à D.\_\_\_\_\_. Y.\_\_\_\_\_ a repris une activité lucrative à plein temps de janvier à juin 2018 en qualité de *Community Outreach Coordinator* au sein de l'Ecole [...], où étaient scolarisés leurs enfants.

Du mois de juin 2018 au mois d'août 2019, Y.\_\_\_\_\_ et les enfants ont vécu auprès de A.I.\_\_\_\_\_ en Suisse. La famille vivait dans la villa dont A.I.\_\_\_\_\_ est nu-propriétaire à [...].A.I.\_\_\_\_\_ a bénéficié d'une deuxième greffe rénale en juillet 2019. Il est ensuite resté vivre à

[...] pour assurer son suivi médical postopératoire, tandis que Y.\_\_\_\_\_ et les enfants sont retournés vivre à D.\_\_\_\_\_ en août 2019. Fin décembre 2019, A.I.\_\_\_\_\_ est retourné vivre avec sa famille à D.\_\_\_\_\_.

Au début du mois de mars 2020, A.I.\_\_\_\_\_ a dû se rendre à nouveau en Suisse pour y suivre un traitement médical. Son épouse et les enfants l'ont rejoint le 16 mars 2020. Les parties avaient initialement planifié un retour aux [...] en avril 2020 mais la pandémie de Covid-19 a empêché ce retour.

**2.3** Le 24 avril 2020, Y.\_\_\_\_\_ a quitté le domicile familial avec les enfants.

Depuis la séparation, les enfants sont auprès de leur père du mercredi midi au samedi à 12h30 et chez leur mère du samedi 12h30 au mercredi midi.

Depuis le début de l'année scolaire 2020-2021, les enfants sont scolarisés à l'école privée [...].

Aucune des parties n'exerce d'activité professionnelle.

**3.** Par courrier du 7 mai 2019, Y.\_\_\_\_\_ a informé la présidente que les parties étaient convenues de déposer les passeports de leurs enfants B.I.\_\_\_\_\_ et C.I.\_\_\_\_\_ au greffe du tribunal dans l'attente d'un règlement de leur situation. Les passeports suisses des enfants, ainsi que le passeport américain d'C.I.\_\_\_\_\_ étaient joints audit courrier.

Par lettre du 8 mai 2019, la présidente en a pris acte.

**4.** Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 juin 2020, A.I.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que les époux soient autorisés à vivre séparés (I), à ce qu'une garde partagée sur B.I.\_\_\_\_\_ et C.I.\_\_\_\_\_ soit instaurée, la mère ayant les enfants auprès d'elle du samedi midi au mercredi à midi et le père du mercredi

midi au samedi midi, les vacances scolaires étant partagées (II), à ce que le domicile légal des enfants soit fixé chez leur père (III), à ce que les passeports de B.I.\_\_\_\_\_ et C.I.\_\_\_\_\_ restent déposés au greffe du tribunal (IV) et à ce que Y.\_\_\_\_\_ contribue à l'entretien de ses enfants par le régulier versement de pensions à verser en mains du père (V).

Par réponse et requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 juin 2020, Y.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à ce que les époux soient autorisés à vivre séparés (I), à ce que le droit de déterminer le domicile des enfants soit attribué à la mère (II), à ce que les passeports des enfants lui soient restitués (III), à ce que le domicile des enfants soit fixé au domicile de leur mère et à ce que la garde de fait lui soit attribuée (IV), à ce que le père bénéficie d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente avec la mère (V) et, à défaut d'entente, à ce qu'il ait ses enfants auprès de lui selon des précisions à fournir en cours d'instance (VI), à la fixation du coût direct des enfants (VII et IX), à ce que le père contribue à leur entretien par le versement de pensions mensuelles (VIII et X) et au rejet de toutes autres ou plus amples conclusions de A.I.\_\_\_\_\_ (XI).

Par déterminations du 24 juin 2020, le requérant a conclu au rejet, avec suite de dépens, de la requête précitée.

**5.** Par courrier du 25 juin 2020, la présidente a indiqué aux parties qu'elle avait constaté que celles-ci avaient déposé des conclusions différentes relatives au droit de garde et que la décision à rendre aurait des conséquences lourdes sur l'avenir des enfants, en particulier quant aux relations personnelles qu'ils avaient avec chaque parent, raison pour laquelle il lui apparaissait qu'il y avait lieu d'ordonner une curatelle de représentation en application de l'art. 299 al. 2 let. a CPC.

A la suite des déterminations et propositions d'avocats déposées par les parties, la présidente a, par courrier du 8 juillet 2020, désigné Me Roxane Chauvet-Mingard, avocate, en qualité de curatrice de représentation de B.I.\_\_\_\_\_ et C.I.\_\_\_\_\_.

**6.** Par réplique du 5 août 2020, A.I.\_\_\_\_\_ a réitéré les conclusions prises au pied de sa requête du 11 juin 2020, auxquelles il a ajouté une conclusion subsidiaire pour le cas où la garde alternée sur les enfants ne serait pas instituée, tendant à ce que le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants B.I.\_\_\_\_\_ et C.I.\_\_\_\_\_, ainsi que la garde de fait, lui soient attribués.

Le 10 août 2020, Y.\_\_\_\_\_ a déposé une duplique au pied de laquelle elle a conclu à ce qu'il soit donné droit aux conclusions de sa réponse du 23 juin 2020, toute autre et plus ample conclusion devant être rejetée.

Le requérant s'est déterminé par envoi du 16 octobre 2020, maintenant les conclusions prises au pied de sa réplique.

**7.** A.I.\_\_\_\_\_ a bénéficié d'une deuxième greffe rénale le 30 juillet 2019 pour une insuffisance rénale terminale. Concernant son état de santé, il a produit plusieurs documents.

Dans son rapport du 28 avril 2020, le Dr [...] a indiqué que suite à sa greffe rénale, le patient était stable sur le plan médical. Il continuait à être suivi en ambulatoire régulièrement mais ne nécessitait pas d'intervention ou d'hospitalisation. Il n'y avait aucune contradiction médicale à la reprise progressive d'une activité physique régulière. En outre, il était parfaitement apte (physiquement et psychologiquement) à assumer les charges familiales et, notamment, la prise en charge au quotidien de ses deux jeunes enfants.

Selon le courrier du 17 septembre 2020 de la Dre [...], cheffe de clinique au CHUV, A.I.\_\_\_\_\_ a été hospitalisé à plusieurs reprises (29 juillet au 28 août 2019, 24 septembre au 14 octobre 2019, 29 octobre au 4 novembre 2019, 17 au 18 décembre 2019, 25 au 27 mai 2020 et 27 au 29 juillet 2020) suite à sa transplantation, en raison de complications en lien avec la greffe, récurrence de la maladie de base, accès vasculaire et

complications infectieuses. Le médecin a précisé que ces hospitalisations ne compromettaient pas la capacité de son patient de s'occuper de ses enfants, que la maladie rénale était contrôlée par le traitement de plasmaphérèse en place dont l'intensité et la fréquence pouvaient varier dans l'évolution et que la situation était actuellement stable sous réserve du pronostic lié à la transplantation rénale en général avec les risques infectieux, immunologiques et chirurgicaux que cela impliquait.

Sur l'allégué n° 137 de Y.\_\_\_\_\_ selon lequel il aurait consommé des produits cannabiques, A.I.\_\_\_\_\_ a admis avoir consommé des produits prescrits par son médecin aux [...], tout en contestant que cela ait eu une quelconque influence sur sa capacité à s'occuper des enfants.

**8.** Selon un rapport de la Dre [...], gastro-entérologue, du 4 juillet 2020, B.I.\_\_\_\_\_ lui a été adressé pour des douleurs abdominales chroniques fonctionnelles, l'enfant se plaignant de ces douleurs depuis plusieurs années. Elle a relevé qu'il présentait donc ces douleurs abdominales chroniques, associées à des nausées occasionnelles, une sensation d'oppression thoracique, une boule dans la gorge et des céphalées, alors disparues, dans un contexte socio-familial difficile. Elle a recommandé une alimentation riche en fibres et une bonne hydratation, un traitement et la reprise d'un suivi psychologique.

Le directeur du collège [...] a écrit le 24 septembre 2020 un courrier à Me Chauvet-Mingard dans lequel il a expliqué qu'C.I.\_\_\_\_\_ s'était intégré correctement dans la classe, de manière comparable à d'autres enfants dans les mêmes circonstances (notamment changement d'école), qu'il se développait correctement sur le plan scolaire et que la collaboration avec les parents était bonne, tous deux étant à l'écoute et acceptant les propositions d'aide pour B.I.\_\_\_\_\_. Concernant ce dernier, il a expliqué que le début de l'année avait été difficile, que c'était plus compliqué les jours où sa maman l'emmenait et que l'entrée en classe se faisait beaucoup plus facilement lorsque l'enfant était chez son père et

venait en bus. Depuis 15 jours, la situation s'était toutefois améliorée. Des suivis en logopédie et graphothérapie devaient en outre démarrer.

Le Dr [...] et [...], qui suivent B.I. \_\_\_\_\_ dans le cadre d'une psychothérapie depuis le 24 juin 2020, ont déposé une attestation médicale le 15 octobre 2020. Ils ont indiqué que le litige conjugal et la difficulté des parents à se positionner créaient une anxiété forte chez l'enfant, qui avait le sentiment de devoir choisir entre ses deux parents et se retrouvait confronté à un conflit de loyauté insoutenable. Les thérapeutes ont précisé que B.I. \_\_\_\_\_ était attaché à ses deux parents, qui possédaient de bonnes compétences parentales, se souciaient du bien-être de leurs enfants et avaient été capables d'organiser une garde partagée. Ils ont encore exposé qu'un éloignement de l'un des parents serait déstructurant pour les deux enfants.

**9.** La curatrice des enfants a déposé un rapport le 23 octobre 2020, accompagné d'un bordereau de pièces comprenant notamment les rapports mentionnés aux deux considérants précédents. Elle a relevé la complexité de la situation, d'une part du fait que les enfants n'avaient pas pu exprimer leurs souhaits -C.I. \_\_\_\_\_ en raison de son jeune âge et B.I. \_\_\_\_\_ probablement en raison d'un conflit de loyauté - et, d'autre part, parce que les parties avaient pu, à différents moments, envisager vivre et/ou retourner vivre en Suisse ou aux [...] avec les enfants.

Concernant ce retour, la curatrice a expliqué que les parties, arrivées en Suisse en mars 2020, avait initialement prévu de repartir en avril 2020 à D. \_\_\_\_\_. La pandémie avait empêché un tel retour et la famille ne disposait plus de logement, d'école et d'assurances dans ce pays. La curatrice a donc constaté qu'en l'état, il n'y avait pas de projet concret ou de garantie économique en cas de retour de Y. \_\_\_\_\_ à D. \_\_\_\_\_. Quant à l'ancrage social, elle a noté que l'intensité des liens sociaux ne paraissait pas plus établie pour les [...] que pour la Suisse. La curatrice a exposé que B.I. \_\_\_\_\_ avait parlé à sa thérapeute de la thématique maladie/mort, qu'il devait donc être préoccupé par la santé de son père et qu'on ignorait quel effet aurait l'éloignement de son père sur

son état psychique. La curatrice a relevé que le même raisonnement valait en outre pour l'enfant C.I. \_\_\_\_\_. La psychologue de B.I. \_\_\_\_\_ avait par ailleurs indiqué dans son rapport que l'éloignement d'un des parents serait déstructurant pour le mineur B.I. \_\_\_\_\_, respectivement pour les deux enfants. Ceux-ci parlaient le français. Ils s'étaient bien intégrés dans leur nouvelle classe et des suivis étaient mis en place pour B.I. \_\_\_\_\_ (logopédie et graphothérapie). En conséquence, la curatrice a estimé que l'intérêt supérieur des enfants commandait qu'ils demeurent en l'état en Suisse.

S'agissant de la garde des enfants, la curatrice a relevé que les parents ne travaillaient pas, étaient collaborants s'agissant du bien-être de leurs enfants et bienveillants. Les rapports médicaux produits au sujet de la santé de A.I. \_\_\_\_\_ confirmaient sa capacité physique et psychique à pouvoir s'occuper de ses enfants, malgré l'affection dont il souffrait. Selon les médecins, sa situation médicale s'était stabilisée et connaissait une bonne évolution depuis le début de l'année 2020, seul un suivi régulier et des traitements en ambulatoire étant nécessaires. Afin d'avoir la certitude que, malgré l'affection dont il souffrait, A.I. \_\_\_\_\_ disposait réellement de la disponibilité nécessaire pour une garde partagée, la curatrice a considéré qu'une nouvelle audience devrait être fixée dans un délai de six mois pour faire un point de situation et examiner, au regard de nouveaux rapports médicaux actualisés, si la situation médicale s'était effectivement stabilisée ou non sur le long terme. Ce laps de temps permettrait également d'avoir de plus amples renseignements sur les situations scolaires et thérapeutiques des enfants B.I. \_\_\_\_\_ et C.I. \_\_\_\_\_, des démarches étant en cours pour faire suivre ce dernier. Il permettrait peut-être également aux enfants de se livrer.

La curatrice a encore relevé que les témoignages écrits produits dans le cadre de la procédure, en grande partie divergents, confirmaient tous l'amour des parties pour leurs enfants et leur bienveillance à leur égard. Depuis leur arrivée en Suisse en mars 2020 et depuis la séparation, les deux parties s'investissaient toutes les deux énormément pour le bien-être de leurs enfants. Les parties ne vivaient

qu'à 20 minutes de voiture l'une de l'autre et les enfants étaient pris en charge le matin et le soir par le bus de l'Ecole de [...] lorsqu'ils se trouvaient chez leur père. Si les enfants partaient plus tôt de la maison à [...] pour se rendre à l'école, cela ne se produisait que deux fois dans la semaine. La curatrice a donc estimé qu'il serait contraire aux intérêts des enfants de remettre en cause le système de garde partagée convenu entre les parties au début de la séparation. Sous réserve d'hospitalisation, A.I. \_\_\_\_\_ s'arrangeait pour que les soins et/ou traitements ambulatoires aient lieu quand il n'avait pas les enfants auprès de lui. Il faisait le nécessaire pour trouver des solutions de garde quand cela était nécessaire, cas échéant s'adjoignant l'aide de tiers. Dans un contexte de séparation, déjà déstabilisant pour les enfants, elle considérait qu'on ne pouvait remettre en cause le système de garde mis en place depuis plusieurs mois, durant lesquels les enfants avaient posé des repères et pris un rythme également avec le début de l'école.

Les documents administratifs des enfants, à tout le moins pour l'assurance-maladie, semblant être adressés à leur père, la curatrice a préconisé que leur domicile légal soit fixé auprès de lui. En outre, aucun voyage n'étant prévu, les passeports pouvaient rester en dépôt auprès du greffe du tribunal.

La curatrice a donc formellement conclu à ce qu'une garde partagée soit instaurée, la mère ayant ses enfants auprès d'elle du samedi à midi au mercredi à midi et le père du mercredi à midi au samedi à midi, les vacances scolaires et jours fériés étant partagés entre les parents (I), à ce que le domicile légal des enfants soit fixé auprès de leur père (II), à ce que les passeports des enfants restent, en l'état, en dépôt auprès du greffe du tribunal (III) et à ce qu'une nouvelle audience soit fixée dans les six mois à compter de l'audience du 29 octobre 2020 (IV).

**10.** Une audience s'est tenue le 29 octobre 2020 en présence des parties, assistées de leur conseil respectif, ainsi que de la curatrice de représentation des enfants. La présidente a informé les comparants qu'il apparaissait que la question de l'entretien des enfants et d'une éventuelle

contribution d'entretien en faveur d'un époux devait faire l'objet de plus amples instructions vu les pièces qui devaient encore être produites. Elle a donc proposé de statuer sur les autres points en excluant à ce stade les questions financières.

Lors de l'audience, A.I. \_\_\_\_\_ a été interpellé sur les personnes qui ont pris les enfants en charge à sa place durant ses périodes de maladie ou d'hospitalisation. Celui-ci a expliqué que lorsqu'il était hospitalisé, les enfants étaient avec leur mère. Lorsqu'il avait eu des traitements ou des visites médicales, il avait été épaulé par une amie qui était venue faire du babysitting. Il avait également eu l'aide de la baby-sitter habituelle des enfants lorsqu'il avait dû les amener chez Me Chauvet-Mingard, ainsi que pour C.I. \_\_\_\_\_ lorsqu'il avait accompagné B.I. \_\_\_\_\_ chez la psychologue, de sa sœur et d'une autre amie pendant une heure ou deux lorsqu'il avait reçu un traitement lourd.

La curatrice a complété ses conclusions en ce sens que, pour le cas où l'intimée venait à quitter le territoire suisse pour retourner aux [...], la garde des enfants devrait être confiée au requérant, étant précisé qu'il serait selon elle préférable que cette question puisse être examinée après une durée de six mois.

Le requérant a confirmé et précisé ses conclusions en ce sens qu'il a conclu à ce que les enfants soient auprès de leur mère du lundi à l'entrée des classes jusqu'au mercredi midi, auprès de leur père du mercredi midi au vendredi soir, ainsi qu'à raison d'un week-end sur deux auprès de chacun des parents et durant la moitié des vacances scolaires.

L'intimée a également confirmé et précisé ses conclusions en ce sens que le droit de déterminer le domicile des enfants lui soit attribué et qu'elle soit autorisée à transférer le domicile de B.I. \_\_\_\_\_ et C.I. \_\_\_\_\_ à D. \_\_\_\_\_. A défaut, elle a conclu à ce que le domicile des enfants soit fixé chez leur mère.

Le requérant a conclu au rejet de ces conclusions.

La curatrice a conclu au rejet de la conclusion tendant à ce que la mère puisse transférer le domicile des enfants aux [...], s'en est remise à justice en ce qui concernait le domicile des enfants en cas de garde partagée et a pour le surplus confirmé ses conclusions.

**D.** Le 25 novembre 2020, le directeur du collège [...] a adressé à la curatrice des enfants un courriel après avoir fait un point détaillé avec les enseignantes et doyennes. Il en ressort concernant B.I. \_\_\_\_\_ que celui-ci présente une grande différence d'attitude selon le parent chez lequel il se trouve. Lorsqu'il est chez sa maman, il ne veut pas la quitter et pleure, ce qui impacte sa socialisation : il semble que la maman regrette D. \_\_\_\_\_ et que cela se communique à l'enfant, qui déclare ne pas vouloir être en Suisse. Lorsqu'il est chez son père, il vient avec le bus calme et joyeux. Le directeur a encore précisé qu'il avait subi deux phases d'amélioration suivies de phases de rechute et qu'il manquait de toute base scolaire. Pour le surplus, il a expliqué que le bilan logopédique avait commencé, que l'intervention d'une graphothérapeute avait été demandée et que B.I. \_\_\_\_\_ bénéficiait d'un soutien en français. Quant à C.I. \_\_\_\_\_, les choses étaient plus simples mais la maîtresse avait signalé des moments problématiques dans les derniers jours. Le 30 novembre 2020, il a précisé les comportements auxquels il était fait référence : C.I. \_\_\_\_\_ prenait des objets des mains de ses camarades de manière brusque et sans demander la permission, interrompait les jeux des autres enfants ou les dérangeait, tapait d'autres enfants sans raison apparente, avec ses mains ou des objets, poursuivait ses camarades pendant la récréation, était moins concentré et motivé en classe, avait des difficultés à respecter les consignes et règles de vie de la classe.

Selon un compte-rendu d'entrevue entre les parents, l'enseignante et la doyenne d'C.I. \_\_\_\_\_ du 14 décembre 2020, il a été convenu qu'à la prochaine altercation entre l'enfant et un camarade, l'établissement demanderait à ce qu'une personne l'accompagne en

classe afin de l'aider à canaliser ses émotions, employée et rémunérée par la famille.

Dans un courriel du 27 novembre 2020, la psychologue [...] a indiqué que B.I.\_\_\_\_\_ avait eu énormément de changements durant l'année, lesquels s'étaient fait sans anticipation. Elle a relevé que la situation serait difficile pour tout enfant vivant cette situation. Lorsqu'il exprimait le fait de vouloir quitter l'école, partir ailleurs, il incluait toujours toute sa famille, ce qui était un élément important.

A.I.\_\_\_\_\_ a encore été hospitalisé du 15 au 16 novembre 2020.

## **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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 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).

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 ; BLV 173.01]).

**1.2** En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales, l'appel est recevable.

A noter que l'appelant a pris dans sa réplique des conclusions subsidiaires qui ne se fondent pas sur des faits nouveaux. L'appelant ne peut pas utiliser la réplique pour compléter ou améliorer son appel, mais uniquement pour faire valoir des moyens qui ont été suscités par la réponse. Dans la mesure où la réplique va au-delà, elle n'est pas prise en considération (Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, 2018, n. 7.2 ad art. 312 CPC et les réf. citées). Il s'ensuit que ses conclusions subsidiaires sont irrecevables. Cependant, dès lors que la maxime d'office s'applique en l'espèce (cf. *infra* consid. 2.1), cette irrecevabilité n'a pas une réelle portée, le juge d'appel étant de toute façon appelé à examiner le droit de garde qui doit être instauré au regard de l'intérêt des enfants.

**1.3** Il en va de même de la deuxième conclusion prise par l'intimée dans sa réponse : celle-ci a conclu à la modification du chiffre II du prononcé attaqué portant sur le droit de garde. Cette conclusion constitue un appel joint dans la mesure où elle va au-delà de la simple confirmation dudit prononcé (TF 5A\_618/2012 du 27 mai 2013 consid. 4.1). Or l'appel joint est irrecevable en procédure sommaire (art. 314 al. 2 CPC), de sorte que cette conclusion reconventionnelle est irrecevable. Cependant, là également, cette irrecevabilité n'empêche pas que le juge d'appel doit examiner d'office le droit de garde en prenant en compte l'intérêt des enfants.

## **2.**

**2.1** L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que 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, Commentaire romand, CPC, Bâle 2019, 2<sup>e</sup> éd., nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A\_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées).

Dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 138 III 97 consid. 3.4.2 ; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A\_466/2019 du 25 septembre 2019 consid. 4.2), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A\_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2).

**2.2** L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b), ces conditions étant cumulatives (Colombini, op. cit., n. 1.2.1 ad art. 317 CPC et les réf. citées).

Lorsque le litige porte sur des questions relatives aux enfants, comme c'est le cas en l'espèce, les maximes inquisitoire et d'office sont applicables (art. 296 al. 1 et 2 CPC). Le juge n'est dès lors pas lié par les conclusions des parties et l'interdiction de la *reformatio in pejus* ne s'applique pas (ATF 137 III 617 consid. 4.5.2 et 4.5.3, JdT 2014 II 187 ; Colombini, op. cit., n. 9.4.1 ad art. 311 CPC). Les parties peuvent présenter des faits et moyens de preuve nouveaux en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

Il s'ensuit que les pièces produites en appel et les faits nouveaux invoqués par les parties sont recevables. Il en a été tenu compte dans la mesure de leur utilité.

### **3.**

**3.1** L'appelant reproche au premier juge d'avoir décidé la mise en place de nouvelles modalités de garde alternée en contradiction avec le rapport de la curatrice et avec les propositions formulées par les parties. Ces modalités seraient contraires à l'intérêt des enfants. Le premier juge aurait ainsi violé l'art. 298 al. 2ter CC. L'appelant conteste que l'intimée soit l'« *adulte de référence* » pour leurs enfants. Il estime que le système de garde alternée mis en place par le premier juge lui ferait perdre toute sa substance dès lors que les deux parents n'auraient pas les enfants auprès d'eux pour une durée égale mais que l'intimée les aurait de manière prépondérante. Ce changement modifierait en outre la pratique des huit derniers mois, en contradiction avec la volonté de respecter le rythme et la stabilité des enfants, et aurait été pris en faisant fi de l'avis de la curatrice de représentation des enfants. Enfin, il fait valoir que les

enfants sont peu enclins à se rendre à l'école lorsqu'ils se trouvent auprès de leur mère, de sorte que ce problème serait exacerbé par le système ordonné. L'appelant propose dès lors un partage des jours de la semaine (lundi à vendredi) entre les deux parents et un partage des week-ends à raison d'un week-end sur deux chez chaque parent.

L'intimée pour sa part soutient d'abord qu'elle se serait vu imposer le système de garde alternée qui a été mis en place depuis la séparation. Elle critique l'avis de la curatrice, dont l'opinion serait biaisée et qui ne serait pas en mesure de rapporter l'avis des enfants. L'intimée fait valoir que la garde doit être requalifiée de garde exclusive pour correspondre aux modalités décidées. Elle invoque qu'il est dans l'intérêt supérieur des enfants de demeurer auprès de leur mère, dès lors qu'elle aurait pris en charge les enfants de manière prépondérante durant leur vie et depuis leur séparation, que l'attitude de l'appelant démontrerait que l'intérêt des siens ne serait pas sa priorité et que les parents seraient opposés sur toutes les questions essentielles pour les enfants. Enfin, elle relève que la distance entre le domicile de l'appelant et l'école implique pour les enfants de longs trajets en bus scolaire, que la santé de l'appelant ne lui permettrait pas de prendre en charge les enfants de manière adéquate et que la situation de ces derniers se serait sérieusement détériorée à compter de la rentrée scolaire, nécessitant la mise en place d'un réseau de soutien sur les plans médical, psychologique et scolaire. L'intérêt des enfants commanderait dès lors qu'ils retrouvent une prise en charge prépondérante de leur mère.

## **3.2**

**3.2.1** L'art. 298 al. 2ter CC dispose que le juge devra examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande. Par conséquent, en présence d'une autorité parentale exercée en commun, les tribunaux devront examiner la possibilité d'organiser une garde alternée même lorsqu'un seul des parents le demande (TF 5A\_200/2019 du 29 janvier 2020 consid. 3.1.2 et les réf. citées). L'instauration de la garde alternée ne suppose pas

nécessairement l'accord des deux parents, mais doit se révéler conforme au bien de l'enfant et à la capacité des parents à coopérer.

**3.2.2** En l'espèce, lorsque les parents se sont séparés, ils ont établi une garde partagée, le père ayant les enfants auprès de lui du samedi midi au mercredi midi et la mère du mercredi midi au samedi midi. En première instance, l'appelant a requis des mesures protectrices de l'union conjugale et requis la fixation de la garde alternée telle que pratiquée. Par la suite, il a modifié ses conclusions en audience du 29 octobre 2020 en ce sens qu'il ait les enfants la moitié de la semaine, soit du mercredi midi au vendredi soir, ainsi qu'un week-end sur deux. L'intimée pour sa part a conclu à ce qu'elle puisse transférer le domicile des enfants à D. \_\_\_\_\_ et, à défaut, qu'elle ait la garde exclusive des enfants, le père ayant ses enfants auprès de lui un week-end sur deux. Quant à la curatrice de représentation des enfants, elle a conclu au maintien de la garde alternée telle qu'établie à la séparation des parents.

Comme on l'a vu, lorsque le litige porte sur des questions relatives aux enfants, les maximes inquisitoire et d'office sont applicables et le juge n'est pas lié par les conclusions des parties (cf. *supra* consid. 2.2). Il peut ainsi décider d'attribuer une garde exclusive ou alternée si une personne – parent ou enfant – le demande et, dans ce dernier cas, fixer les modalités de la garde selon l'intérêt des enfants, même si celles-ci ne correspondent pas aux conclusions des parties. Dans le cas présent, on doit au surplus constater que les modalités requises de part et d'autres allaient de la garde exclusive (l'intimée) à la garde alternée, selon les modalités en vigueur depuis la séparation (la curatrice des enfants) et selon des modalités encore différentes (l'appelant). Il ne fait donc aucun doute que le premier juge pouvait déterminer librement les modalités de la garde pour autant qu'elles soient conformes au bien des enfants et qu'elles entrent dans les capacités de prise en charge des parents.

Il convient dès lors de déterminer si la garde instituée par le premier juge est conforme à l'intérêt des enfants.

### **3.3**

**3.3.1** La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exerçant en commun l'autorité parentale se partagent la garde de l'enfant pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois (Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), du 29 novembre 2013, FF 2014 p. 511, spéc. p. 545 ; TF 5A\_821/2019 du 14 juillet 2020 consid. 4.1).

En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale (ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; ATF 131 III 209 consid. 5, TF 5A\_771/2018 du 28 mars 2019 consid. 5.2.2). Le juge doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les capacités éducatives des parents, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté des parents de communiquer et de coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. A cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui apparaît contraire à son intérêt (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; TF 5A\_260/2019 du 5 novembre 2019, consid. 3.1 et la réf. citée). Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives équivalentes, le juge doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde. Entrent en ligne de compte la situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents, la capacité et la volonté de chaque parent de

favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure - en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation -, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; TF 5A\_821/2019 précité consid. 4.1 ; TF 5A\_200/2019 précité, consid. 3.1.2 ; TF 5A\_794/2017 du 7 février 2018 consid 3.1).

Les critères d'appréciation précités sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; TF 5A\_200/2019 précité consid. 3.1.2 et les réf. citées ; sur le tout TF 5A\_821/2019 du 14 juillet 2020 consid. 4.1).

Le Tribunal fédéral a considéré que le refus d'instaurer une garde alternée à raison de 50 % en faveur de chacun des parents est arbitraire en tant qu'il repose uniquement sur des motifs tirés du principe de la stabilité et d'une prétendue communication insuffisante entre les parents, sans qu'aucune autre circonstance justifie une telle limitation et ce, alors que le père dispose d'ores et déjà d'un droit aux relations personnelles sur son fils se rapprochant d'une garde alternée (TF 5A\_821/2019 précité consid. 4.4).

**3.3.2** Les modalités telles que préconisées par le premier juge ne correspondent pas à un partage par moitié du temps passé par les enfants chez chaque parent : sur une période de deux semaines, les enfants passeraient 8 jours et 10 nuits chez leur maman et 6 jours et 4 nuits chez leur papa. L'appelant fait valoir que ce serait contraire au principe même de la garde alternée, qui voudrait « *que les deux parents aient les enfants auprès d'eux pour une durée égale* ».

Il convient de constater que le législateur n'a pas voulu imposer un partage strictement égal du temps que les enfants passent chez leurs parents : il est expressément prévu que les parents se partagent la garde « *pour des périodes plus ou moins égales* » (FF 2014 p. 545 précité). Cela correspond d'ailleurs à la pratique en matière de garde alternée, où les parents déterminent le temps que les enfants passent chez chacun en fonction de leur disponibilité. Il y a à cet égard de nombreuses formules possibles (par jours ou par semaines, avec un ou plusieurs changements), qui dépendent également de l'âge des enfants. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas insoutenable de considérer que plus les enfants sont petits, plus le temps où ils sont séparés du parent de référence durant la semaine doit être court, les changements de lieu de vie qui en résultent étant moins contrares à leur intérêt que de longues séparations hebdomadaires avec celui-ci (TF 5A\_534/2019 du 31 janvier 2020 consid. 3.3.2).

L'absence d'égalité entre le temps passé chez l'appelant et celui passé chez l'intimée n'est dès lors pas pertinente en soi et, là encore, il convient de déterminer concrètement quel est l'intérêt des enfants.

**3.3.3** L'appelant conteste que l'intimée soit le parent de référence, soit qu'elle ait pris en charge les enfants de manière prépondérante (TF 5A\_596/2020 du 23 septembre 2020 consid. 3.1).

Le premier juge a considéré que c'était l'intimée qui était l'adulte de référence pour les enfants du couple : il a pris en compte que durant la vie commune, les enfants avaient d'abord été pris en charge par

leurs deux parents, puis, dès octobre 2017, essentiellement par l'intimée au regard des problèmes de santé de l'appelant et du fait qu'il était revenu en Suisse pour se faire soigner. Depuis la séparation le 24 avril 2020, la prise en charge des enfants se faisait de manière alternée par les parties, avec une part prépondérante à la mère qui avait les enfants auprès d'elle quatre jours par semaine, dont le dimanche complet et le samedi après-midi, alors que le père avait les enfants auprès de lui les trois jours restant, dont seulement une matinée pendant le week-end.

On doit ainsi admettre, avec le premier juge, que si les deux parents ont le même intérêt pour leurs enfants et la même volonté de s'en occuper, la situation médicale - qu'on ne saurait reprocher à l'appelant - a impliqué dans les faits une plus grande prise en charge des enfants par leur mère dans les dernières années. En outre, il est juste de constater que la garde alternée que les parties ont instaurée depuis leur séparation fait une place légèrement plus importante à l'intimée, puisqu'elle a les enfants 4 jours, dont un jour et demi du week-end, contre 3 jours pour le père, dont le mercredi après-midi et le samedi matin. Quoi qu'il en soit, la constatation du premier juge ne l'a pas empêché d'instaurer une garde alternée. Les modalités de cette garde - restreintes par rapport à ce que demandait l'appelant - sont fondées sur la distance séparant son domicile de l'école et non sur l'attribution à l'intimée du « titre » de parent de référence.

**3.3.4** L'appelant reproche au premier juge d'avoir fait fi de l'avis de la curatrice et l'intimée considère que cet avis est biaisé et que c'est à juste titre que le premier juge ne l'a pas repris sans nuance.

La nécessité de la représentation de l'enfant selon l'art. 299 CPC tient au principe fondamental qui gouverne toute procédure matrimoniale, à savoir parvenir à une décision finale qui prenne en compte de façon adéquate le bien de l'enfant (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 299 CPC). La représentation de l'enfant est nécessaire lorsqu'elle peut apporter au tribunal un appui supplémentaire ou une aide quand il s'agit de décider si, dans un cas concret, le bien de l'enfant commande une

réglementation ou une mesure particulière (autorité parentale, garde ou relations personnelles), ou au contraire s'y oppose (ATF 142 III 153 consid. 5.1.2, JdT 2017 II 202). La fonction du curateur ne consiste pas à représenter en premier lieu le point de vue subjectif de l'enfant, bien qu'il lui appartienne de documenter sa volonté subjective. Le curateur doit établir l'intérêt objectif de l'enfant et contribuer à sa réalisation (ATF 142 III 153 précité consid. 5.2.2). A ce titre, il peut déposer des conclusions lorsqu'il s'agit de décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale, du droit de garde ou de questions importantes concernant les relations personnelles (art. 300 CPC). Le représentant de l'enfant assumera un rôle d'expert pour le tribunal lorsque ce dernier ne dispose ni des compétences, ni du temps, ni d'autres sources afin d'établir lui-même de manière complète les faits de la cause (ATF 142 III 153 précité consid. 5.2.3.1).

Il ressort de ce qui précède que l'avis de la curatrice est important, puisqu'il tend à faire valoir l'intérêt objectif de l'enfant, et non seulement l'intérêt subjectif que l'enfant a pu/su lui exprimer selon son âge et son discernement. Il vise précisément à apporter au juge une aide pour prendre une décision dans l'intérêt de l'enfant, sans quoi la curatelle de représentation n'aurait aucun sens. Il est donc normal que le juge appelé à statuer en tienne compte. Il n'est toutefois pas le seul élément qui fonde la décision du juge.

A noter dans le cas d'espèce que l'avis de la curatrice, émis dans son rapport du 23 octobre 2020, se fonde non seulement sur ses entretiens avec les enfants, mais également sur le dossier en sa possession et sur l'avis des professionnels qu'elle a requis : thérapeute de B.I. \_\_\_\_\_ et enseignants des deux enfants. La curatrice a déposé un rapport complet et détaillé et pris des conclusions. Elle a également considéré qu'une nouvelle audience devrait être fixée dans un délai de six mois afin de refaire un point sur la situation médicale de l'appelant, sur les suivis scolaires et thérapeutiques des enfants, étant précisé qu'elle aurait également pu faire plus ample connaissance avec les enfants qui peut-être se confieraient plus. Ce faisant, elle a donc admis que son avis

était temporaire, fondé sur les éléments en sa possession au moment où elle l'a établi.

Il convient dès lors d'examiner la situation pour déterminer quelles sont les modalités de garde qui préservent le mieux les intérêts des enfants.

**3.3.5** B.I. \_\_\_\_\_ et C.I. \_\_\_\_\_ ont vécu avec leurs deux parents depuis leur naissance, à l'exception d'une période pendant laquelle leur père a dû venir en Suisse afin de se faire soigner alors qu'ils demeuraient à D. \_\_\_\_\_ avec leur mère. En mars 2020, alors que la famille vivait à nouveau réunie aux [...], l'appelant est revenu en Suisse pour des raisons médicales et son épouse et ses enfants l'y ont rejoint pour ce qui devait être une brève période, un retour à D. \_\_\_\_\_ étant prévu en avril. Ce retour n'a pas été rendu possible à cause de la pandémie du Covid-19 et le couple s'est en outre séparé le 24 avril 2020.

Les enfants ont ainsi perdu en peu de temps leur domicile habituel, leur école, leurs amis et tout ce qui faisait leurs habitudes quotidiennes, ainsi que leur vie familiale. Il n'est dès lors pas étonnant qu'ils aient rencontré des difficultés, en particulier à la rentrée scolaire, dès lors qu'ils ont dû affronter une nouvelle école, un nouveau système d'enseignement et de nouveaux camarades. L'intimée fait valoir que leur situation s'est détériorée et a nécessité la mise en place d'un réseau de soutien sur les plans médical, psychologique et scolaire. Il n'est toutefois pas établi que ces difficultés - et celles que rencontre C.I. \_\_\_\_\_ plus récemment - résulteraient de la prise en charge alternée par les deux parents.

La Dre [...], gastro-entérologue, a indiqué que B.I. \_\_\_\_\_ se plaignait de douleurs abdominales chroniques fonctionnelles depuis plusieurs années. Ses enseignants ont en outre expliqué qu'il nécessitait un suivi en logopédie et en graphologie, ainsi qu'un soutien en français. Ces problèmes ont trait à ses apprentissages scolaires, mais ne paraissent

nullement résulter de la séparation et de la garde alternée mise en place depuis le mois d'avril 2020.

Les thérapeutes qui suivent B.I. \_\_\_\_\_ depuis le mois de juin 2020 ont expliqué que le litige conjugal et la difficulté des parents à se positionner créaient une anxiété forte chez l'enfant, qui se retrouvait confronté à un conflit de loyauté insoutenable. La psychologue [...] a encore indiqué le 27 novembre 2020 que l'enfant avait eu énormément de changements durant l'année, lesquels s'étaient fait sans anticipation, et que la situation serait difficile pour tout enfant vivant cette situation.

Il semble donc que les difficultés que les enfants rencontrent actuellement sont le résultat de la séparation et du conflit de loyauté qui en résulte. Les capacités éducatives des deux parents ne sont pas mises en cause. Sur ce point, les thérapeutes ont déclaré que B.I. \_\_\_\_\_ était attaché à ses deux parents, qui possédaient de bonnes compétences parentales, se souciaient du bien-être de leurs enfants et avaient été capables d'organiser une garde partagée. Ils ont indiqué qu'un éloignement de l'un des parents serait déstructurant pour les enfants. Le directeur du collège des enfants a relevé que la collaboration avec les parents était bonne, qu'ils étaient tous deux à l'écoute et acceptaient les propositions d'aide pour leur fils. La curatrice a également relevé que les témoignages écrits produits dans le cadre de la procédure, en grande partie divergents, confirmaient toutefois tous l'amour des parties pour leurs enfants et leur bienveillance à leur égard. Depuis leur arrivée en Suisse en mars 2020 et depuis la séparation, les deux parties s'investissaient toutes les deux énormément pour le bien-être de leurs enfants. Les parents ont dès lors des capacités éducatives équivalentes. L'intimée soutient que les parents seraient opposés sur toutes les questions essentielles pour les enfants : il n'apparaît toutefois pas que leur conflit les ait empêchés d'assumer la garde alternée instaurée à la séparation et d'agir tous deux dans l'intérêt des enfants, ce que les professionnels qui entourent les enfants ont constaté. Quant à l'allégation selon laquelle « *l'intérêt des siens* » ne serait pas la priorité de l'appelant, elle ne résiste pas non plus aux constatations des professionnels précités.

L'intimée fait encore valoir que la santé de l'appelant ne lui permettrait pas de prendre en charge les enfants de manière adéquate, sans faire appel de manière récurrente à des tiers nombreux et divers, et l'amenant à consommer des produits stupéfiants pour des raisons thérapeutiques. Si la santé et la sécurité des enfants étaient mises en danger par l'état de santé de l'appelant, on peut supposer que l'intimée n'aurait pas accepté la garde alternée qui a été initialement instaurée. Le fait d'alléguer en procédure d'appel qu'elle était opposée à ce mode de garde et qu'il lui aurait été imposé ne résiste pas à la constatation qu'elle a de fait accepté la mise en place de cette garde alternée et qu'elle n'a pas interjeté appel contre l'ordonnance qui maintient une garde alternée. Pour le surplus, l'appelant a admis lors de l'audience du 29 octobre 2020 qu'il avait été épaulé à plusieurs reprises par des amies, sa sœur et une baby-sitter. La curatrice a également relevé que, sous réserve d'hospitalisation, l'appelant s'arrangeait pour que les soins et/ou traitements ambulatoires aient lieu quand il n'avait pas les enfants auprès de lui. Il faisait en outre le nécessaire pour trouver des solutions de garde quand cela était nécessaire, cas échéant s'adjoignant l'aide de tiers. Il n'apparaît toutefois pas que cette aide est régulière et importante et que l'appelant ne s'occupe pas de ses enfants de manière essentiellement personnelle.

Quant à la santé de l'appelant, comme l'ont relevé la curatrice et le premier juge, sa situation médicale est actuellement stable. En avril 2020, le médecin constatait que l'intéressé continuait à être suivi en ambulatoire mais ne nécessitait ni intervention ni hospitalisation. Les hospitalisations qui ont eu lieu par la suite ont duré du 25 au 27 mai, du 27 au 29 juillet et du 15 au 16 novembre 2020, soit de brèves périodes. Le Dr [...] et la Dre [...] ont tous deux attesté que l'appelant était apte à s'occuper de ses deux jeunes enfants. Quant à la consommation alléguée de produits stupéfiants, l'appelant a admis avoir consommé des produits prescrits par son médecin. Pour le surplus, il n'est pas allégué ni *a fortiori* établi que l'appelant aurait été à un moment ou à un autre en incapacité de s'occuper de ses enfants en raison d'une telle consommation. Il

n'apparaît dès lors pas à ce stade que l'état de santé de l'appelant l'empêche de prendre en charge ses enfants. Au demeurant, il convient de rappeler que la curatrice elle-même a proposé de revoir la situation dans six mois afin de s'assurer de cette stabilité. Il est évident que si, dans les années à venir, la santé de l'appelant devait se péjorer au point qu'il ne puisse plus s'occuper de ses enfants de manière adéquate, cela constituerait le cas échéant un fait nouveau important justifiant une modification des mesures prises (art. 134 CC).

Avec le premier juge, on doit ainsi admettre que les parties ont une capacité équivalente à assurer la prise en charge des enfants.

**3.3.6** La situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents entrent également en ligne de compte pour déterminer si une garde alternée peut être instaurée.

Le premier juge a considéré, au vu du jeune âge des enfants, que la distance séparant le domicile de l'appelant de l'école était significative et impliquait de trop longs trajets pour assurer une garde alternée à un rythme aussi soutenu que celui sollicité par l'appelant. Il convenait de permettre aux enfants de se poser sans devoir sans cesse s'adapter et, partant, que ceux-ci soient auprès de leur mère la majeure partie des jours d'école et le week-end alternativement chez l'un et l'autre parent. Cela étant, il a maintenu la garde alternée, modifié les modalités afin que chaque parent puisse passer des week-end entiers avec ses enfants, et réduit les nuits que les enfants passent auprès de leur père afin de diminuer les trajets qu'ils font du domicile de ce dernier jusqu'à l'école.

Cela étant, on doit relever que le premier juge n'a pas pris en compte l'avis du directeur de l'école, qui constate que les arrivées à l'école sont plus compliquées pour B.I. \_\_\_\_\_ lorsque c'est sa maman qui l'emmène et au contraire plus facile lorsque l'enfant vient en bus de chez son père : lorsqu'il est chez sa maman, B.I. \_\_\_\_\_ ne veut pas la quitter et pleure, ce qui impacte sa socialisation ; lorsqu'il est chez son père, il

vient avec le bus calme et joyeux. Compte tenu de cette appréciation, il n'apparaît pas adéquat que les enfants soient amenés à quatre reprises à l'école par l'intimée : l'inconvénient du temps de trajet est compensé par la sérénité qu'y gagne apparemment B.I.\_\_\_\_\_. On privilégiera dès lors un retour des enfants auprès de leur père le mercredi, de sorte que les enfants iront à l'école depuis chez leur père deux matins par semaine (jeudi et vendredi), comme c'est le cas actuellement sans que la thérapeute de B.I.\_\_\_\_\_ ou les enseignants aient soulevé une fatigue particulière des enfants.

**3.4** En définitive, on doit admettre, à l'instar du premier juge, que la garde alternée fonctionne et qu'il n'est pas établi qu'elle ne serait pas bénéfique aux enfants puisqu'ils sont tous deux attachés à chacun de leur parent.

L'appelant a conclu à ce que l'intimée ait les enfants auprès d'elle du dimanche soir au mercredi midi et lui-même du mercredi midi au vendredi soir, les week-ends étant partagés. L'intimée requiert la garde exclusive, nonobstant sa décision initiale de ne pas faire appel contre l'ordonnance fixant les modalités de la garde alternée.

Les enfants n'ayant pas école le mercredi après-midi, il convient de partager ce moment entre les deux parents : la mère aura ainsi les enfants du dimanche soir au mercredi à 18 heures la semaine où elle n'a pas les enfants le week-end suivant, du dimanche soir au mercredi midi la semaine où elle a les enfants le week-end suivant. Le père quant à lui aura ses enfants du mercredi à midi ou à 18 heures selon les semaines jusqu'au vendredi à la sortie de l'école. Les week-ends seront passés alternativement chez l'un puis chez l'autre parent. Ainsi, tout en modifiant les modalités de garde alternée mises en place à la séparation afin que chaque parent ait les enfants des week-ends entiers, on maintient un système où les enfants passent en moyenne 3 nuits par semaine chez leur père et 4 nuits chez leur mère, comme prévu par le système initial. Ces modalités ont également l'avantage de maintenir durant les jours d'école le système qui prévalait depuis la séparation, sous réserve du mercredi

après-midi qui sera désormais partagé entre les deux parents, et d'assurer ainsi aux enfants la stabilité dont ils ont besoin.

#### **4.**

**4.1** Au vu de ce qui précède, l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance réformée à son chiffre II en ce sens que l'intimée aura ses enfants auprès d'elle du dimanche soir au mercredi à 18 heures les semaines où elle n'aura pas les enfants le week-end suivant, du dimanche soir au mercredi midi les semaines où elle aura les enfants le week-end suivant, que l'appelant aura ses enfants du mercredi à midi ou à 18 heures selon ce qui précède jusqu'au vendredi à la sortie des classes et que chaque parent aura ses enfants auprès de lui un week-end sur deux du vendredi à la sortie des classes au dimanche soir à 18 heures, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés en alternance.

**4.2** Aux termes de l'art. 3 al. 4 RCur (règlement sur la rémunération des curateurs du 18 décembre 2012 ; BLV 211.255.2), le curateur appelé à fournir des services propres à son activité professionnelle a droit, en principe, à une rémunération fixée sur la base du tarif en usage dans sa profession. L'indemnité qui lui est ainsi allouée est soumise à la TVA. Lorsque la personne concernée ne dispose que de moyens financiers restreints, cette rémunération est limitée à un tarif horaire de 180 fr. qui est celle d'un avocat d'office (cf. art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3] ; CACI 7 septembre 2020/375 ; CACI 8 janvier 2019/21 consid. 8.2.1).

Dans sa liste des opérations du 22 mars 2021, Me Chauvet-Mingard indique avoir consacré 2.07 heures à la procédure d'appel, temps qui apparaît adéquat. Son indemnité peut ainsi être arrêtée, au tarif horaire de 180 fr., à 372 fr. 60, montant auquel il faut ajouter 7 fr. 45 à titre de débours forfaitaires (art. 3bis al. 1 RAJ) et la TVA de 7,7 % sur le

tout, par 29 fr. 25, soit un montant total de 409 fr. 30, arrondi à 410 francs.

Les frais de représentation de l'enfant dans une procédure matrimoniale sont des frais judiciaires au sens de l'art. 95 al. 2 let. e CPC (art. 5 al. 1 RCur).

**4.3** L'appelant a obtenu gain de cause sur la demande d'effet suspensif, de sorte que les frais de cette décision, par 200 fr. (art. 60 al. 1 par analogie TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'intimée.

S'agissant de l'appel, il n'obtient que partiellement gain de cause, de sorte que les frais judiciaires, arrêtés à 1'010 fr. (410 fr. + 600 fr. [art. 65 al. 2 TFJC]), seront partagés par moitié entre les parties. En définitive, les frais seront ainsi mis à la charge de l'appelant par 505 fr. et à la charge de l'intimée par 705 fr. (200 fr. + 505 fr.), ce dernier montant étant assumé provisoirement par l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

L'appelant a versé une avance de frais judiciaires de 600 fr., de sorte que le solde de 95 fr. (600 fr. - 505 fr.) lui sera restitué.

**4.4** En sa qualité de conseil d'office de l'intimée, Me François Chanson a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et ses débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Il a produit le 9 mars 2021 une liste des opérations au terme de laquelle il a arrêté à 16h12 le temps consacré à la procédure d'appel, temps qui peut être admis dans son ensemble. Aussi, au tarif horaire de 180 fr. pour le travail d'avocat (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]), les honoraires de Me Chanson s'élèvent à 2'916 fr., auxquels il convient d'ajouter des débours par 58 fr. 30 (2'916 fr. x 2 %, cf. art. art. 3bis al. 1 RAJ), ainsi que la TVA à 7,7% sur l'ensemble, soit 229 fr., pour un total arrondi à 3'200 francs.

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.

**4.5** Les dépens de deuxième instance sont compensés.

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

- I. L'appel est partiellement admis.
  
- II. L'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 1<sup>er</sup> décembre 2020 est réformée au chiffre II de son dispositif comme il suit :

II. **DIT** qu'aussi longtemps que Y.\_\_\_\_\_ est domiciliée en Suisse, la garde sur les enfants B.I.\_\_\_\_\_ et C.I.\_\_\_\_\_ s'exercera de manière alternée entre elle et A.I.\_\_\_\_\_, selon les modalités suivantes :

- Y.\_\_\_\_\_ aura ses enfants auprès d'elle du dimanche soir à 18 heures au mercredi à 18 heures les semaines où elle n'aura pas les enfants le week-end suivant, du dimanche soir au mercredi midi les semaines où elle aura les enfants le week-end suivant ;
- A.I.\_\_\_\_\_ aura ses enfants auprès de lui du mercredi à midi ou à 18 heures selon ce qui précède jusqu'au vendredi à la sortie des classes ;
- chaque parent aura les enfants auprès de lui un week-end sur deux du vendredi à la sortie des classes au dimanche soir à 18h, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés en alternance ;

L'ordonnance est maintenue pour le surplus.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'210 fr. (mille deux cent dix francs), sont mis à la charge de l'appelant A.I.\_\_\_\_ par 505 fr. (cinq cent cinq francs) et laissés à la charge de l'Etat par 705 fr. (sept cent cinq francs) pour l'intimée Y.\_\_\_\_\_.
- IV.** Le montant de 95 fr. (nonante-cinq francs) déjà versé par l'appelant à titre d'avance de frais lui est restitué.
- V.** L'indemnité d'office de Me François Chanson, conseil de l'intimée Y.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 3'200 fr. (trois mille deux cents francs), TVA et débours compris.
- VI.** 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 du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VII.** Les dépens sont compensés.
- VIII.** L'arrêt est exécutoire.

La juge délégué :

La greffière :

Du

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

- Me Mélanie Freymond (pour A.I.\_\_\_\_\_),
- Me François Chanson (pour Y.\_\_\_\_\_),
- Me Roxane Chauvet-Mingard,

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

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

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).

La greffière :