

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 24 septembre 2018

Composition : Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée
Greffier : M. Clerc

Art. 176 al. 3 et 273 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **V.**_____, à [...], intimé, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 31 janvier 2018 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **T.**_____, à [...], requérante, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 31 janvier 2018, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la présidente ou le premier juge) a admis la requête de mesures provisionnelles déposée le 20 décembre 2017 par T. _____ contre V. _____ (I), a attribué la garde sur les enfants Q. _____ et Z. _____ à leur mère, auprès de laquelle ils résident, et ce à compter du 1^{er} août 2017 (II), a dit que le domicile administratif des enfants était au domicile de leur mère (III), a dit que V. _____ jouirait d'un libre et large droit de visite sur ses enfants à fixer d'entente avec T. _____ et qu'à défaut d'entente, il aurait ses enfants auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école au lundi à la reprise de l'école, la moitié des vacances scolaires, la moitié des jours usuellement fériés dans le canton de Vaud à savoir alternativement deux jours à Noël ou Nouvel-An, à Pâques ou Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne Fédéral, à charge pour lui d'aller les chercher où ils se trouvent et de les ramener soit à l'école, soit auprès de leur mère (IV), a dit que dès et y compris le 1^{er} décembre 2017, V. _____ contribuerait à l'entretien de Q. _____ par le régulier versement mensuel en main de T. _____, au moment où il les perçoit, de la rente complémentaire AI en faveur de sa fille et, cas échéant, de la rente complémentaire LPP en faveur de cette dernière, soit un montant de 690 fr. au minimum, allocations familiales en sus (V), a arrêté le montant assurant l'entretien convenable de Q. _____ à 1'031 fr. par mois (VI), a dit que dès et y compris le 1^{er} décembre 2017, V. _____ contribuerait à l'entretien de Z. _____ par le régulier versement mensuel en main de T. _____, au moment où il les perçoit, de la rente complémentaire AI en faveur de son fils et, le cas échéant, de la rente complémentaire LPP en faveur de ce dernier, soit un montant de 690 fr. au minimum, allocations familiales en sus (VII), a arrêté le montant assurant l'entretien convenable de Z. _____ à 1'178 fr. par mois (VIII), a renvoyé la question des frais et dépens à la cause au fond (IX), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (X) et a dit que la décision était immédiatement exécutoire (XI).

En droit, le premier juge, saisi d'une requête de mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure de divorce opposant les parties, a en substance considéré que la garde des enfants Q._____ et Z._____ devait être confiée exclusivement à leur mère, T._____, puisque la prénommée l'exerçait seule à tout le moins depuis le mois d'août 2017. Il convenait, dans l'intérêt des enfants et au stade des mesures provisionnelles, de privilégier la stabilité et de pérenniser la situation actuelle. S'agissant de la situation financière des parties, le premier juge a considéré que le budget de V._____ ne présentait aucun disponible, si bien qu'il ne pouvait contribuer à l'entretien de ses enfants que par l'intermédiaire de ses rentes complémentaires AI et LPP, à verser à T._____.

B. **a)** Par acte du 24 mai 2018, V._____ a fait appel de ce jugement, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que la garde sur les enfants Q._____ et Z._____ soit exercée de façon conjointe et alternée entre les parents, que leur domicile administratif soit chez lui et que les rentes complémentaires AI en faveur des enfants Q._____ et Z._____, par 690 fr. chacune, lui soient allouées.

A l'appui de son appel, V._____ a produit un bordereau de treize pièces, dont trois nouvelles.

Il a en outre requis l'octroi de l'effet suspensif s'agissant des chiffres V et VII du dispositif de l'ordonnance entreprise relatifs aux contributions d'entretien pour les enfants. L'effet suspensif lui a été refusé par ordonnance de la Juge déléguée de céans du 29 mai 2018.

Le même jour, V._____ a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire.

Par ordonnance du 30 mai 2018, la Juge déléguée de céans a accordé à l'appelant le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 15

mai 2018, sous forme d'exonération d'avances et de frais judiciaires et d'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Maëlle Le Boudec, le bénéficiaire étant par ailleurs astreint à payer une franchise mensuelle de 50 francs.

b) Par réponse du 11 juin 2018, T. _____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

A l'appui de sa réponse, T. _____ a produit un bordereau de six pièces.

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

1. La requérante et demanderesse au fond T. _____, née [...] le [...] 1972, et l'intimé et défendeur au fond V. _____, né le [...] 1956, se sont mariés le [...] 2005 devant l'Officier de l'état civil de [...].

Deux enfants sont issus de cette union :

- Q. _____, née le [...] 2006,
- Z. _____, né le [...] 2007.

Les parties vivent séparées depuis le mois d'août 2012.

2. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 avril 2014, le premier juge a, notamment, astreint T. _____ à verser à V. _____ une contribution mensuelle de 900 fr., moitié des allocations familiales en sus, le premier de chaque mois, a dit que les frais extraordinaires des enfants seraient partagés à parts égales entre les parties et a fixé une garde conjointe et alternée sur les deux enfants selon les modalités suivantes :

- « - chez les deux parents : un week-end sur deux, du vendredi après l'école au lundi matin à sa reprise, ainsi que la moitié des vacances scolaires moyennant un préavis de trois mois à l'avance ;
- chez V. _____ : les lundis et mardis dès la sortie de l'école et jusqu'au lendemain à sa reprise ;

- chez [...]: les mercredis et jeudis dès la sortie de l'école et jusqu'au lendemain à sa reprise ».

La présidente a en outre consacré l'accord des époux sur le fait que le domicile administratif des enfants soit fixé chez leur mère.

3. La requérante a ouvert action en divorce par le dépôt d'une demande unilatérale déposée le 18 novembre 2014.

4. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 15 juin 2015, le président a, en particulier, supprimé la contribution d'entretien due par la requérante en faveur de l'intimé selon prononcé du 28 avril 2014 avec effet au 1^{er} décembre 2014 et a maintenu ledit prononcé pour le surplus.

5. a) Par requête de mesures provisionnelles du 20 décembre 2017, T._____ a notamment conclu à ce que la garde sur les enfants lui soit exclusivement attribuée et à ce que V._____ soit astreint, dès le 1^{er} décembre 2017, à contribuer à l'entretien de chacun de ses enfants par le régulier versement mensuel, en main de la requérante, des rentes complémentaires AI pour enfant qu'il touche pour chacun de ses enfants à hauteur de 690 fr. par mois et, le cas échéant, des rentes complémentaires LPP pour enfant qu'il toucherait pour chacun de ses enfants.

b) Par procédé écrit et requête reconventionnelle de mesures provisionnelles du 15 janvier 2018, V._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, principalement au rejet des conclusions prises à titre de mesures provisionnelles par T._____ au pied de son écriture du 20 décembre 2017 et, à titre provisionnel, à ce que T._____ soit astreinte à contribuer à son entretien par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois entre ses mains, d'un montant de 2'000 fr. à compter du 1^{er} décembre 2017.

c) A l'audience de mesures provisionnelles du 16 janvier 2018, T._____ a en particulier conclu au rejet de la conclusion prise par V._____ à titre provisionnel.

d) Par jugement de divorce du 20 juin 2018, non encore définitif et exécutoire, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a, en particulier, prononcé le divorce des époux, a attribué la garde sur les enfants à leur mère, a dit que le domicile administratif des enfants était au domicile de leur mère, a dit que V._____ jouirait d'un libre et large droit de visite sur ses enfants, à fixer d'entente avec T._____, et qu'à défaut d'entente il aurait ses enfants auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école au lundi à la reprise de l'école, la moitié des vacances scolaires, moyennant préavis à la mère, donné trois mois auparavant, et la moitié des jours usuellement fériés dans le canton de Vaud, à savoir, alternativement deux jours à Noël ou Nouvel-An, à Pâques ou Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne Fédéral, à charge pour lui de venir chercher les enfants là où ils se trouvent et de les ramener, soit à l'école, soit auprès de leur mère, au terme de l'exercice du droit de visite.

Par acte du 22 août 2018, V._____ a interjeté appel du jugement de divorce du 20 juin 2018. La procédure de deuxième instance est pendante devant la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal.

6. a) T._____ travaille pour le compte de l'entreprise B._____, à [...], à un taux d'activité de 80%. A ce titre, elle a perçu en 2017 un revenu annuel net de 74'497 fr., gratifications, treizième et quatorzième salaires ainsi qu'allocations familiales par 500 fr. compris et participation à sa prime d'assurance maladie (complémentaire comprise) déjà déduite, soit un revenu mensualisé net de l'ordre de 5'708 fr. en chiffres ronds, allocations familiales par 500 fr. en sus et participation à sa prime d'assurance maladie (complémentaire comprise) déjà déduite. Elle dispose également d'un revenu accessoire tiré d'un petit terrain agricole de l'ordre de 333 fr. par mois pour l'année 2017. Enfin, elle bénéficie de revenus de titres et autres placements qui s'élèvent à 600 fr. par mois en 2017. La requérante bénéficie ainsi d'un total de revenus de 6'641 fr. par mois, allocations familiales par 500 fr. en sus et participation à sa prime d'assurance maladie (complémentaire comprise) par 185 fr. 85 déjà déduite.

Sa déclaration d'impôts 2016 atteste d'une fortune mobilière et immobilière de 658'538 francs. En outre, T. _____ est titulaire d'une police de prévoyance liée (pilier 3A) dont la valeur de rachat au 1^{er} décembre 2015 se montait à 60'077 fr. 95.

La présidente a établi ses charges comme suit :

- minimum vital	1'350 fr.
- loyer (participation des enfants déduite)	1'820 fr.
- frais de stationnement professionnel	64 fr.
- frais de garde-meuble	176 fr. 10
- franchise et quote-part frais médicaux	157 fr.
15	
- frais de transport	406 fr.
- assurance-ménage	39 fr.
- prime LAA	8 fr. 35
Total	4'020 fr. 60

En conséquence, le disponible de la requérante s'élève à 2'620 fr. 40.

b) V. _____ a initialement travaillé en qualité d'architecte entre 1984 et 1997. A la suite d'une période de chômage de deux ans, il s'est reconverti en psychothérapeute indépendant à compter du mois de septembre 2011.

Sur le plan professionnel, l'intimé n'exerce aucune activité lucrative depuis le 12 mars 2015, en raison de ses problèmes de santé. Après avoir perçu des indemnités pour perte de gain d'environ 5'400 fr. par mois jusqu'au 30 novembre 2017, il est actuellement au bénéfice d'une rente entière de l'assurance invalidité depuis le 1^{er} décembre 2017. Il reçoit à ce titre une rente AI qui s'élève à 1'725 fr. par mois, à laquelle s'ajoute une rente complémentaire AI pour enfant de 690 fr. par mois pour chacun de ses enfants, selon décision de l'Office de l'assurance-invalidité du 15 novembre 2017. Au demeurant, le défendeur touche depuis le 1^{er}

décembre 2016 une rente LPP d'invalidité d'un montant de 718 fr. 15 par mois, selon attestations de rente établies les 18 janvier 2017 et 12 janvier 2018 par les [...].

Le premier juge a retenu que, depuis l'ordonnance de mesures provisionnelles du 15 juin 2015, l'intimé continuait de percevoir des sommes d'argent de ses parents afin de couvrir son absence de revenu et lui permettre de subvenir à ses besoins courants ainsi que de s'acquitter des charges mensuelles, dans la mesure où il est établi qu'il est encore au bénéfice d'une procuration sur un des nombreux comptes de ses parents, que la fortune mobilière de ces derniers se montait à tout le moins à 121'021 fr. au 3 octobre 2017, que d'importants mouvements financiers étaient opérés sur leurs comptes bancaires, qu'ils étaient propriétaires de plusieurs biens immobiliers, de même qu'ils percevaient à eux deux des revenus mensuels de plus de 14'000 fr. (rentes AVS, rentes LPP, allocation pour impotent, revenus locatifs et de la fortune), et qu'ils n'avaient jamais cessé d'entretenir financièrement V._____ depuis le début de la vie commune des parties en 2002.

Dans son appel, V._____ a confirmé qu'il n'exerce actuellement plus d'activité professionnelle.

La présidente a établi ses charges comme suit :

- minimum vital	1'200 fr.
- droit de visite	150 fr.
- loyer	2'116 fr.
- franchise et quote-part frais médicaux	83 fr.

35

- frais médicaux non couverts (chaussures)	26 fr.
- prime LAMal et LCA	899 fr. 20
Total	4'474 fr. 55

Le premier juge a estimé que V._____ percevait de ses parents un montant mensuel qui s'élevait à tout le moins au montant

nécessaire à la couverture de l'entier de ses charges courantes mensuelles, soit à 4'474 fr. 55.

c) Les coûts directs de l'enfant Q. _____ ont été arrêtés comme suit :

- minimum vital	600 fr.
- part loyer (2'600 fr. x 15%)	390 fr.
- LAMal et LCA	80 fr.
- frais de transport (abonnement bus)	42 fr.
- frais d'études surveillées	31 fr.
- frais de repas de midi	49 fr.
- frais relatifs aux activités scolaires	14 fr.
- <u>cours de danse</u>	<u>75 fr.</u>
- <u>dont à déduire l'allocation de formation</u>	<u>250 fr.</u>
Total	1'031 francs

d) Les coûts directs de l'enfant Z. _____ ont été arrêtés comme suit :

- minimum vital	600 fr.
- part loyer (2'600 fr. x 15%)	390 fr.
- assurance maladie (LAMal et LCA)	70 fr.
- frais de transport (abonnement bus)	42 fr.
- frais de garde (APEMS)	284 fr.
- frais d'études surveillées	31 fr.
- <u>frais relatifs aux activités scolaires</u>	<u>11 fr.</u>
- <u>dont à déduire l'allocation de formation</u>	<u>250 fr.</u>
Total	1'178 francs

7. a) Par courriel du 16 août 2017, V. _____ a fait part à T. _____ du planning de garde dont il avait parlé avec les enfants du couple. Il expliquait que sa situation actuelle ne lui permettait pas de poursuivre les conditions de garde alternée mais que, d'ici la fin de

l'année civile, ils pourraient « reprendre les différents éléments en fonction de l'évolution globale de la situation ».

Par réponse du même jour, T. _____ a fait savoir à V. _____ qu'elle ne pouvait pas accepter les modifications unilatérales qu'il entendait lui imposer et qu'il lui fallait un peu de temps pour qu'elle puisse organiser la prise en charge des enfants.

Par courriel du même jour, V. _____ déclarait en particulier qu'il devait se « consacrer entièrement à [sa] santé pour tenter d'éviter de nouvelles interventions et voir avec des experts si [il pouvait] envisager la reprise d'une activité professionnelle » et qu'il n'était pas envisageable pour lui de « séjourner à [...] excepté pour raison médicale, professionnelle et pour les [week-ends] de garde annoncés dans le planning », de sorte qu'il confirmait le planning qu'il lui avait envoyé.

Ainsi, à compter du mois d'août 2017, la garde sur les enfants a été exercée par T. _____, V. _____ rendant visite aux enfants.

b) Par courriel du 5 décembre 2017, V. _____ a informé T. _____ que « les conditions de garde alternée [n'étaient] pas réunies et [qu'il n'était] pas en mesure d'accueillir les enfants davantage qu'un [week-end] sur deux du vendredi sortie de l'école au lundi reprise de l'école ».

c) Par courriel du 4 février 2018, T. _____ a proposé à V. _____ d'accueillir les enfants le lundi soir, ce qu'il a refusé.

d) Au mois de février 2018, T. _____ a eu un contact avec le rabbin de la Communauté juive libérale de Genève. Elle lui a notamment indiqué qu'elle entendait accueillir avec bienveillance le choix de Q. _____ de fêter sa Bat Mitzvah au sein de la communauté juive et lui permettre de suivre les cours du Talmud Torah. Elle déclarait être très heureuse que les enfants du couple puissent célébrer les fêtes religieuses juives avec leur père.

e) Dans un courriel du 3 mai 2018, la pédopsychiatre [...] a indiqué ce qui suit : « J'ai vu Z._____ et Q._____ à ma consultation le 24 avril 2018. Ils ont tous deux verbaliser (sic) qu'ils désiraient voir autant leur papa que leur maman (sous forme de garde partagée). Ils ont également dit qu'ils voulaient pouvoir poursuivre leur éducation religieuse afin de pouvoir se convertir au judaïsme ».

f) Par courriel du 8 juin 2018, V._____, sous la plume de son conseil, a informé le conseil de T._____ qu'il ne serait pas en mesure de prendre chez lui ses enfants le week-end du 8 au 10 juin 2018.

g) Par courriel du 11 juin 2018 adressé au conseil de T._____, le conseil de V._____ s'est exprimé en ces termes : « Veuillez noter que mon mandant est partie dans une procédure parallèle, procédure à laquelle il estime judicieux de ne pas confronter les enfants. Par conséquent, il m'a chargé de vous informer que, dans l'intérêt de ces derniers, il est préférable qu'il n'exerce plus son droit de visite, et ceci jusqu'à nouvel avis ».

Par courrier du 27 juin 2018, le conseil de V._____ a expliqué que cette décision était motivée par l'ouverture d'une procédure pénale à l'encontre de celui-ci dont il ignorait l'auteur et les motifs, V._____ ne souhaitant pas exposer ses enfants aux désagréments d'une telle procédure, l'avocat indiquant que son client avait été fouillé par la police dans les parties communes de son appartement.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité

inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant de prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle posée par l'art. 92 al. 2 CPC.

Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire (art. 248 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

1.2 En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte en particulier sur des contributions d'entretien qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs. L'appel est recevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC).

2.2 Le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3), 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).

S'agissant des questions relatives aux enfants, la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC) et, en sus, la maxime d'office (art. 296 al. 2 CPC) sont applicables. Les parties peuvent ainsi 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 (TF 5A_788/2017 du 2 juillet 2018 consid. 4.2.1). La maxime inquisitoire illimitée ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles, ce qui atténue considérablement la distinction entre la maxime inquisitoire sociale et la maxime inquisitoire pure ou illimitée (Dietschy, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, in RSPC 2011 p. 87).

Cela étant, les pièces produites par les parties sont recevables et ont été examinées dans la mesure utile.

3.

3.1 V._____ (ci-après : l'appelant) conclut à ce que la garde sur les enfants Q._____ et Z._____ soit exercée de façon conjointe et alternée entre les parents. Il estime être plus disponible que T._____ (ci-après : l'intimée) dès lors qu'il n'exerce plus d'activité professionnelle et considère que la « faible réduction de la prise en charge » depuis 2017 ne justifierait pas la révocation de la garde alternée. De plus, il relève que les enfants auraient eux-mêmes réclamé la mise en place d'une garde alternée et en veut pour preuve le rapport de la pédopsychiatre du 24 avril (*recte* : 3 mai) 2018.

De son côté, l'intimée relève que l'appelant indique paradoxalement ne pas pouvoir assumer une garde alternée, tout en requérant l'instauration d'une telle garde à l'appui de son appel. Elle rappelle que dans les faits, elle assume la charge exclusive des enfants depuis près d'une année et soutient que l'absence actuelle de communication entre les parents s'opposerait à la mise en place d'un système de garde alternée. S'agissant de l'avis des enfants, l'intimée affirme que le rapport pédopsychiatrique précité ne refléterait pas leur volonté éclairée. L'intimée relève encore que l'emploi du temps de l'appelant ne serait pas connu et que celui-ci aurait des difficultés à

exercer son droit de visite usuel, si bien qu'elle serait la seule à être en mesure d'offrir un espace de vie serein aux enfants.

3.2 Aux termes de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Cette réglementation porte notamment sur la garde de l'enfant, les relations personnelles, la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant et la contribution d'entretien (ATF 142 III 617 consid. 3.2.2).

Dans le nouveau droit de l'autorité parentale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014 (RO 2014 p. 364), la notion de « droit de garde » – qui se définissait auparavant comme la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement quotidien de l'enfant – a été remplacée par celle du « droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant », qui constitue désormais une composante à part entière de l'autorité parentale (cf. art. 301a al. 1 CC ; ATF 142 III 617 consid. 3.2.2). Le générique de « garde » se réduit désormais à la seule dimension de la « garde de fait », qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante (ATF 142 III 617 consid. 3.2.2 et les références citées).

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 concernant la révision du Code civil suisse [Entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013 [ci-après : Message], FF 2014 p. 545). Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation relative à l'autorité parentale conjointe, l'instauration de la garde alternée ne suppose plus nécessairement l'accord des deux parents, mais doit se révéler conforme au bien de l'enfant et à la capacité des parents à coopérer. Avec la modification du droit à l'entretien de l'enfant qui est entrée en vigueur le

1^{er} janvier 2017, le nouvel art. 298 al. 2^{ter} CC dispose expressément 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 (Burgat, Autorité parentale et prise en charge de l'enfant : état des lieux, in : Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Bohnet et Dupont (éd.), UNINE 2016, pp. 121 ss et les références citées). 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 (Message, p. 547).

Un parent ne peut pas déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant (TF 5A_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 4.2.2.1 ; TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.4.3). Invité à statuer à cet égard, le juge doit examiner, nonobstant et indépendamment d'un éventuel accord des parents, si la garde alternée est possible et compatible avec le bien de l'enfant (TF 5A_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 3.2.3 ; TF 5A_527/2015 du 6 octobre 2015 consid. 4). 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).

Au nombre des critères essentiels pour cet examen, 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 qu'autant que possible le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge (ATF 133 III 553 consid. 3 ; ATF 131 III 553 consid. 1.2.3).

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_34/2017 du 4 mai 2017 consid. 5.1 ; TF 5A 450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4.3.1 et les références citées).

Si le juge ne doit pas se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 117 II 353 consid. 3 ; TF 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 consid. 3.1. publié in FamPra.ch 2009 p. 238 ; TF 5A_497/2001 consid. 6.1). Pour ce qui est plus précisément de l'attribution de la garde d'enfants en âge de scolarité ou en passe de l'être et lorsque les parents offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée à celui qui s'avère le plus disponible pour les avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement (ATF 114 II 200 consid. 3).

Ainsi, à ce stade, le juge ne doit résoudre que la question de savoir si, pour la durée de la procédure de divorce, ou par analogie de la suspension de la vie commune, les enfants seront mieux élevés chez la mère ou chez le père et si cette attribution provisoire au père ou à la mère offre de meilleures garanties à l'enfant de demeurer, tant que durera la procédure, au sein du milieu dans lequel il a vécu jusqu'alors. Ainsi, le juge des mesures provisionnelles aura tendance à privilégier une solution évitant aux enfants des bouleversements dans leurs habitudes et dans

leur cadre de vie (ATF 111 II 223, JdT 1988 I 230 ; Micheli et al., Le nouveau droit du divorce, Lausanne 1999, p. 206 note marginale n° 960), l'intérêt de l'enfant étant le critère prépondérant. De la même manière, le juge maintiendra autant que possible une communauté de vie entre les membres d'une même fratrie, cette dernière considération n'étant toutefois à elle seule pas décisive.

Si le juge arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il devra alors déterminer auquel des deux parents il attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent (ATF 142 III 617 consid. 3.2.4).

3.3 En l'espèce, l'ordonnance du 28 avril 2014 avait instauré une garde conjointe et alternée sur les deux enfants des parties, ce qui a été confirmé par ordonnance de mesures provisionnelles du 15 juin 2015. Cependant, en août 2017, l'appelant a unilatéralement mis fin au système de garde alternée au motif qu'il devait se consacrer entièrement à sa santé et la garde a été exclusivement exercée par l'intimée depuis. On ne dispose toutefois d'aucune précision quant aux complications que l'appelant aurait subies et qui l'aurait empêché d'assumer la garde alternée. En décembre 2017, l'appelant a même confirmé qu'il n'était toujours pas en mesure d'accueillir les enfants davantage qu'un week-end sur deux. Il a ensuite décliné l'offre de l'intimée qui lui proposait en février 2018 de recevoir chez lui les enfants le lundi soir. Enfin, en juin 2018, l'appelant a indiqué, sous la plume de son conseil, qu'il estimait préférable de ne plus exercer son droit de visite.

Ce qui précède apparaît être en contradiction avec la conclusion de l'appelant tendant à l'instauration d'une garde alternée, celui-ci prétendant lui-même, encore récemment, ne pas être en mesure d'assumer une telle garde. Par ailleurs, l'appelant ne saurait être suivi dans ses déclarations lorsqu'il affirme s'occuper des enfants

dans une mesure « bien plus large que celle d'un simple droit de visite », puisqu'il ressort des actes de la cause qu'en juin 2018 il a décidé, de sa propre initiative, de limiter le droit de visite à lui octroyé, en estimant qu'il était préférable de ne plus l'exercer. Le motif invoqué, à savoir la conduite d'une procédure pénale parallèle, hormis qu'il ne peut pas à ce stade être vérifié, ne paraît pas justifier une cessation totale du droit de visite. L'appelant n'a pas non plus donné davantage de précisions sur son état de santé, de sorte qu'on ignore si les limitations qu'il invoquait à l'époque sont dorénavant résolues. Aucun élément au dossier ne permet de le dire, même sous l'angle de la vraisemblance, étant observé que la maxime inquisitoire illimitée ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure, de renseigner le juge sur les faits de la cause et d'indiquer les moyens de preuve disponibles. Sur cette base, il n'y a pas lieu d'inférer que la situation serait différente de celle qui a justifié l'interruption de la garde alternée en août 2017, interruption qui quoi qu'en dise l'appelant, ne saurait être qualifiée de « faible réduction de la prise en charge » des enfants.

A l'inverse, l'intimée exerce seule la garde sur les enfants depuis août 2017. Elle s'occupe d'eux à satisfaction et favorise les contacts avec leur père puisqu'elle lui a même proposé de les recevoir le lundi, ce qu'il a refusé. L'intimée paraît également disposée à permettre à sa fille d'entretenir son intérêt pour la religion juive par le biais des cours du Talmud Torah et des fêtes religieuses avec l'appelant.

L'appelant se réfère au rapport établi par la pédopsychiatre le 3 mai 2018 pour se prévaloir de la volonté exprimée par les enfants. La question de savoir si ce rapport est suffisamment probant s'agissant de la volonté exprimée par les enfants peut demeurer indéterminée. Il est en effet de jurisprudence que les souhaits exprimés par les enfants ne sont pas déterminants face à l'argument de leur bien fondé sur des faits matériels (TF 5A_801/2011 du 29 février 2012 consid. 4.2). Or, en l'état, on ne saurait dire que le bien des enfants serait assuré si une

garde alternée devait être à nouveau instaurée, du fait de l'absence de toute garantie donnée par l'appelant sur sa capacité actuelle et future à s'occuper de ses enfants dans le cadre d'une garde alternée, les faits de la cause plaidant en sens contraire. On rappellera que l'on se trouve au stade des mesures provisionnelles et qu'à ce stade, le juge doit éviter autant que possible de bouleverser les enfants dans leurs habitudes et dans leur cadre de vie.

Par conséquent, il convient de confirmer le raisonnement du premier juge et de privilégier, dans l'intérêt des enfants, leur stabilité en pérennisant la situation actuelle, les enfants demeurant dans les faits d'ores et déjà avec leur mère depuis le mois d'août 2017. On relèvera encore que l'absence de communication entre les parties relevée par l'intimée ne plaide pas en faveur d'une garde alternée à ce stade.

Il s'ensuit que, les conclusions de l'appelant tendant à la mise en place d'une garde alternée, respectivement à ce qu'il soit dit que le domicile administratif des enfants se trouve à son adresse, doivent être rejetées.

4.

4.1 L'appelant dénonce une constatation inexacte des faits et la violation du droit s'agissant de sa situation financière. Il reproche au premier juge d'avoir faussement constaté que ses parents contribuent à son entretien et d'avoir omis de prendre en compte les frais liés à son véhicule, alors qu'il en a besoin pour ses déplacements professionnels. En outre, il soutient que les rentes complémentaires qu'il perçoit pour ses enfants devraient lui être allouées en cas de garde alternée.

4.2

4.2.1 Lorsque le financement du train de vie du ménage, du temps de la vie commune, était effectivement déjà financé par des prélèvements

sur la fortune familiale ou par des libéralités de parents, l'époux qui en bénéficie doit se laisser imputer cette ressource effective, lorsqu'elle s'inscrit dans la continuité du train de vie antérieur et ne représente pas un secours ponctuel destiné à s'effacer devant une amélioration de sa situation ou devant la contribution du conjoint (Juge délégué CACI 17 juillet 2015/372 ; Juge délégué CACI 8 décembre 2015/659 ; cf. TF 5A_673/2011 du 11 avril 2012 consid. 2.3.1 ; TF 5A_440/2014 du 20 novembre 2014 consid. 2.2.2 ad Juge délégué CACI 14 février 2014/80). Dans l'arrêt TF 5A_673/2011 du 11 avril 2012 au consid. 2.3.1, Tribunal fédéral a notamment précisé ce qui suit : « il est sans pertinence que le niveau de vie de la famille ait été assuré, non seulement, par les revenus que le recourant retirait de sa société, mais aussi, notamment, par des prêts provenant d'une fondation de famille et par le paiement des frais d'études des enfants par sa mère, comme l'a constaté l'arrêt entrepris. En effet, le principe est que le standard de vie choisi d'un commun accord doit être maintenu, indépendamment des moyens qui étaient utilisés pour le financer : s'il n'est plus possible de conserver le niveau de vie antérieur, il en sera tenu compte dans la mesure où chaque époux aura droit au même train de vie (ATF 137 III 102 consid. 4.2.1.1) ». Dans un arrêt TF 5A_440/2014 du 20 novembre 2014, le Tribunal fédéral a confirmé, sous l'angle de l'arbitraire, l'arrêt du 14 février 2014/80 du Juge délégué CACI, lequel avait pris en compte, pour déterminer les ressources effectives du débirentier puis le montant de la contribution d'entretien mise à sa charge, d'importantes donations faites par la mère de l'intéressé, tirées du rendement de la fortune familiale (TF 5A_440/2014 du 20 novembre 2014 consid. 2.2.2).

4.2.2 Le premier juge a relevé que les parents de l'appelant réalisaient des revenus mensuels de plus de 14'000 fr., qu'ils étaient propriétaires de nombreux biens immobiliers ainsi qu'au bénéfice d'une fortune mobilière de plus de 121'000 fr. au 3 octobre 2017 et qu'ils n'avaient jamais cessé d'entretenir financièrement l'appelant depuis le début de la vie commune des parties en 2002. Il a retenu qu'il était rendu suffisamment vraisemblable, au stade des mesures provisionnelles, que les parents de l'appelant n'avaient jamais cessé

de l'entretenir financièrement en couvrant son minimum vital, voire davantage.

La motivation de l'ordonnance est suffisamment étayée s'agissant de ce point, laquelle motivation n'est d'ailleurs pas combattue dans le corps du grief, l'appelant se limitant à considérer que « le prononcé entrepris a constaté de manière inexacte que les parents de l'appelant contribuaient à son entretien ». Aussi, conformément à la jurisprudence qui précède, l'appelant doit se laisser imputer les montants obtenus de ses parents, qui s'inscrivent dans la continuité du train de vie antérieur et ne représentent pas un secours ponctuel.

4.3

4.3.1 Lorsque l'on s'en tient au minimum d'existence du droit des poursuites, les frais de véhicule ne peuvent être pris en considération que si celui-ci est indispensable au débiteur personnellement ou nécessaire à l'exercice de la profession (TF 5A_100/2012 du 30 août 2012 consid. 5.1 ; TF 5A_46/2009 du 22 mai 2009 consid. 6.3).

4.3.2 S'agissant des frais de déplacement nécessaires – de l'aveu même de l'appelant – pour « ses déplacements professionnels », on voit mal ce qui justifie d'en tenir compte puisque l'appelant a confirmé ne plus exercer d'activité lucrative et ne plus recevoir de salaire. Il est d'ailleurs toujours au bénéfice d'une rente entière de l'AI. En conséquence, faute d'en avoir besoin pour ses déplacements professionnels, les frais liés au véhicule de l'appelant ne doivent pas être pris en considération.

Au demeurant, la prise en compte de ces frais ne serait pas à même d'amener à un résultat différent, puisqu'il est établi que la participation financière de ses parents couvre le minimum vital de l'appelant, quel qu'il soit. En outre, la contribution d'entretien qui est ici en jeu correspond au montant versé par un organisme tiers, soit les

rentes complémentaires AI et LPP, qui ne dépendent pas de la quotité du minimum vital de l'appelant tel qu'établi par le juge civil.

4.4 Quant au grief de l'appelant relatif à l'attribution des rentes complémentaires AI qu'il perçoit pour ses enfants, il doit être rejeté, la garde exclusive à l'intimée étant maintenue par le présent arrêt (cf. *supra* consid. 3.3).

5.

5.1 En définitive, l'appel de V._____ doit être intégralement rejeté, et l'ordonnance confirmée.

5.2 Les frais judiciaires de deuxième instance arrêtés à 1'400 fr., y compris les frais relatifs à la requête d'effet suspensif par 200 fr. (art. 7, 60 et 65 al. 4 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant V._____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), et provisoirement laissés à la charge de l'Etat compte tenu de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC).

5.3 Me Maëlle Le Boudec, conseil d'office de V._____, doit être rémunérée pour les opérations réalisées dans le cadre de l'appel. Dans sa liste des opérations du 21 septembre 2018, l'avocate Maëlle Le Boudec indique avoir consacré 18 heures à la procédure de deuxième instance, dont 14 heures 25 à la rédaction de l'appel. Elle indique également des débours par 13 fr. 60.

Au vu de la connaissance du dossier de première instance, respectivement de la procédure de divorce pendante entre les parties, il se justifie de ramener la durée de rédaction de l'appel à 4 heures, ce qui est largement compté au vu du contenu de l'appel, en particulier de ses développements juridiques sur six pages seulement, le reste du mémoire étant consacré au rappel des faits sous forme d'allégués.

L'indemnité de Me Maëlle Le Boudec peut ainsi être arrêtée, pour la période du 15 mai au 22 août 2018, au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.3]), à 1'365 fr. (180 fr. x [18 h - 10 h 25]), montant auquel il faut ajouter 13 fr. 60 à titre de débours et la TVA de 7,7 % sur le tout, par 106 fr. 15, ce qui donne un total de 1'484 fr. 75.

5.4 Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire V._____ est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

5.5 Vu l'issue du litige, l'appelant V._____ devra verser à l'intimée T._____ des dépens qu'il convient d'arrêter à 1'800 fr. (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'400 fr. (mille quatre cents francs), sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat pour V._____.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Maëlle Le Boudec, conseil de l'appelant V._____, est arrêtée à 1'484 fr. 75 (mille quatre cent huitante-quatre francs et septante-cinq centimes), TVA et débours compris.
- V.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI.** V._____ doit verser à T._____ la somme de 1'800 fr. (mille huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VII.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du

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

- Me Maëlle Le Boudec (pour V. _____),
- Me Samuel Pahud (pour T. _____),

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

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

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

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :