

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 24 juillet 2012

---

Présidence de M. GIROUD, président  
Juges : M. Creux et Mme Kühnlein  
Greffière : Mme Egger Rochat

\*\*\*\*\*

**Art. 133 al. 1, 276 al. 2 et 285 al. 1 CC ; 240, 243 et 291 CPC-VD ;  
227 al. 1, 308, 317, 404 al. 1 et 405 al. 1 CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.Z.**\_\_\_\_\_, à [...], défendeur, contre le jugement rendu le 27 avril 2012 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **P.Z.**\_\_\_\_\_, à [...], demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 27 avril 2012, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a prononcé le divorce des époux A.Z. \_\_\_\_\_ et P.Z. \_\_\_\_\_, née [...] (I) ; confié l'autorité parentale et le droit de garde des enfants B.Z. \_\_\_\_\_, né le [...] 1996, et C.Z. \_\_\_\_\_, né le [...] 2001, à leur mère P.Z. \_\_\_\_\_, née [...] (II) ; dit que le défendeur A.Z. \_\_\_\_\_ jouira d'un libre droit de visite sur ses enfants B.Z. \_\_\_\_\_ et C.Z. \_\_\_\_\_, à exercer d'entente avec la mère et dit qu'à défaut d'entente, son droit de visite s'exercera du vendredi soir à 18h.00 au dimanche soir à 18h.00 ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël et Nouvel-An, Pâques et l'Ascension, Pentecôte et le Jeûne fédéral (III) ; dit que le défendeur A.Z. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de ses enfants par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le 1<sup>er</sup> jour de chaque mois en mains de la détentrice de l'autorité parentale, d'un montant s'élevant, pour chacun des enfants, allocations familiales en sus de : 1'500 fr. jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de quinze ans révolus et 1'600 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de l'enfant ou l'achèvement d'une formation appropriée dans les délais normaux et aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC (IV) ; dit que le défendeur contribuera à l'entretien de la demanderesse P.Z. \_\_\_\_\_, née [...], par le versement d'une pension mensuelle s'élevant à 500 fr. jusqu'à ce que l'enfant C.Z. \_\_\_\_\_, né le [...] 2001, ait atteint l'âge de 13 ans révolus, soit jusqu'au 30 avril 2014 (V) ; dit que les contributions prévues sous chiffres IV et V ci-dessus, correspondant à l'indice officiel suisse des prix à la consommation au jour du jugement définitif et exécutoire, seront indexées le premier janvier de chaque année, sur la base de l'indice au 30 novembre de l'année précédente, pour la première fois le 1<sup>er</sup> janvier 2013, pour autant que les revenus du débiteur suivent eux-mêmes l'évolution du coût de la vie, à charge pour lui d'établir que tel n'est pas le cas ou ne l'est que partiellement (VI) ; dit que A.Z. \_\_\_\_\_ versera à P.Z. \_\_\_\_\_, née [...], dès jugement définitif et exécutoire, la somme de 44'041 fr. 75 et déclare le régime matrimonial dissous et liquidé en l'état, chacune des parties étant reconnue seule

propriétaire des biens et objets en sa possession (VII) ; ordonné le partage, par moitié, des avoirs de prévoyance professionnelle des parties, calculés pour la durée du mariage (VIII) ; dit qu'après l'entrée en force du présent jugement, le dossier de la cause sera transféré d'office à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal pour l'exécution du partage ordonné sous chiffre VIII ci-dessus (IX) ; arrêté les frais de justice à 8'860 fr. pour la demanderesse et à 9'260 fr. pour le défendeur (X) ; dit que le défendeur doit la somme de 15'945 fr. à la demanderesse à titre de dépens (XI) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XII).

En droit, les premiers juges ont notamment considéré que séparer les enfants B.Z. \_\_\_\_\_ et C.Z. \_\_\_\_\_ de leur mère, P.Z. \_\_\_\_\_, et de leurs demi-frères ou sœurs serait bien plus préjudiciable à leur bon développement que le déménagement. Ils ont donc confié l'autorité parentale et le droit de garde sur les enfants à leur mère. Ils ont accordé au père, A.Z. \_\_\_\_\_, un libre droit de visite sur ses enfants, à exercer d'entente avec la mère, à défaut de quoi il pourrait avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi au dimanche, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires. Pour fixer la contribution d'entretien en faveur des enfants mineurs en vertu des art. 276 al. 2 et 285 al. 1 CC, les premiers juges se sont référés à la jurisprudence vaudoise et ont appliqué le pourcentage de 25% du revenu hypothétique de 11'974 fr. 10 imputé au défendeur. Concernant une contribution d'entretien en faveur de la demanderesse au regard de l'art. 125 CC, ils ont admis que le mariage avait eu un impact décisif sur la vie des époux, mais ont estimé qu'il était raisonnable d'exiger de la demanderesse qu'elle exerce une activité à 60% jusqu'aux treize ans de son fils cadet, soit jusqu'en avril 2014. A cette date, son fils aîné serait majeur et la demanderesse pourrait travailler à temps complet. Quant à déterminer la quotité de cette contribution d'entretien, les premiers juges se sont basés sur la méthode du minimum vital avec répartition des excédents. Pour ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial, ils se sont fondés sur le rapport de l'expert, dont ils ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter. En outre, les dépens alloués à la demanderesse ont été réduits d'un quart, dans la mesure où elle avait obtenu l'adjudication de ses

conclusions principales, mais perdu sur la question de la quotité et de la durée de la pension due en sa faveur.

**B.** Par acte du 30 mai 2012, le défendeur a interjeté appel contre ce jugement et conclu, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que, principalement, les chiffres II à VII et XI de son dispositif sont modifiés de façon à ce que l'autorité parentale sur les enfants B.Z. \_\_\_\_\_ et C.Z. \_\_\_\_\_ soit confiée conjointement aux parents, subsidiairement à leur père, et le droit de garde à ce dernier (II) ; la demanderesse jouisse d'un libre droit de visite sur ses enfants B.Z. \_\_\_\_\_ et C.Z. \_\_\_\_\_, à exercer d'entente avec le père, à défaut d'entente, son droit de visite s'exercera du vendredi soir à 18h.00 au dimanche soir à 18h.00, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël et Nouvel-An, Pâques et l'Ascension, Pentecôte et le Jeûne fédéral (III) ; la demanderesse contribue à l'entretien de ses enfants par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains du défendeur, d'un montant s'élevant, pour chacun des enfants, allocations familiales en sus de 200 fr. jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 15 ans révolus et de 250 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de l'enfant ou l'achèvement d'une formation appropriée dans les délais normaux et aux conditions de l'art. 277al. 2 CC (IV) ; le chiffre V soit supprimé (V) ; les contributions prévues sous chiffre IV ci-dessus, correspondant à l'indice officiel suisse des prix à la consommation au jour du jugement définitif et exécutoire, soient indexées le premier janvier de chaque année, sur la base de l'indice au 30 novembre de l'année précédente, pour la première fois le 1<sup>er</sup> janvier 2013, pour autant que les revenus de la demanderesse suivent eux-mêmes l'évolution du coût de la vie, à charge pour elle d'établir que tel n'est pas le cas ou ne l'est que partiellement (VI) ; P.Z. \_\_\_\_\_ verse à A.Z. \_\_\_\_\_, dès jugement définitif et exécutoire, la somme de 2'738 fr. 40 et le régime matrimonial soit déclaré dissous et liquidé en l'état, chacune des parties étant reconnue seule propriétaire des biens et objets en sa possession (VII) ; et P.Z. \_\_\_\_\_ doive de pleins dépens à A.Z. \_\_\_\_\_, arrêtés au montant que justice dira (XI).

Subsidiairement, le jugement est réformé aux chiffres II, IV, VII et XI de son dispositif en ce sens que l'autorité parentale sur les enfants B.Z.\_\_\_\_\_ et C.Z.\_\_\_\_\_ soit confiée conjointement aux parents et le droit de garde à leur mère (II) ; le défendeur A.Z.\_\_\_\_\_ contribue à l'entretien de ses enfants par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains de la demanderesse, d'un montant s'élevant, pour chacun des enfants, allocations familiales en sus de 1'350 fr. jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 15 ans révolus et de 1'450 fr. dès lors et jusqu'à la majorité de l'enfant ou l'achèvement d'une formation appropriée dans les délais normaux et aux conditions de l'art. 277al. 2 CC (IV) ; P.Z.\_\_\_\_\_ verse à A.Z.\_\_\_\_\_, dès jugement définitif et exécutoire, la somme de 2'738 fr. 40 et le régime matrimonial est déclaré dissous et liquidé en l'état, chacune des parties étant reconnue seule propriétaire des biens et objets en sa possession (VII) ; et P.Z.\_\_\_\_\_ doit des dépens à A.Z.\_\_\_\_\_, arrêtés au montant que justice dira (XI).

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement querellé, complété par les pièces du dossier :

1) Les parties se sont mariées le [...] 1996 à Viganello (Tessin), et ont eu deux enfants, B.Z.\_\_\_\_\_, né le [...] 1996, et C.Z.\_\_\_\_\_, né le [...] 2001.

P.Z.\_\_\_\_\_ est la mère d'un enfant, I.\_\_\_\_\_, né le [...] 1992 d'une précédente union. Au jour de l'audience de jugement, elle allait accoucher de jumeaux le mois suivant.

2) Confrontés à des difficultés conjugales, les parties se sont séparées une première fois en 1999. Malgré une réconciliation et la naissance de leur fils C.Z.\_\_\_\_\_, elles se sont séparées dans le courant de l'été 2006 et n'ont plus repris la vie commune.

Les parties sont en instance de divorce ouverte par demande unilatérale déposée le 12 août 2008 par P.Z.\_\_\_\_\_.

Cette dernière a notamment conclu, avec suite de frais et dépens, à la dissolution de leur mariage par le divorce (I) ; à l'attribution de l'autorité parentale (II) et de la garde sur ses enfants (III) en sa faveur, le père, A.Z.\_\_\_\_\_, jouissant d'un droit de visite sur les enfants à fixer d'entente avec la mère, selon un calendrier établi à l'avance les 1<sup>er</sup> janvier et 1<sup>er</sup> juillet de chaque année selon les modalités usuelles de deux week-ends par mois, la moitié des vacances scolaires et en alternance à Noël / Jour de l'an et Pâques / Pentecôte (IV) ; au versement d'une contribution d'entretien de la part du père en faveur de chaque enfant, allocations familiales en sus, de 1'600 fr. jusqu'à l'âge de dix ans révolus, de 1'800 fr. dès cet âge et jusqu'à l'âge de 16 ans révolus, et de 2'000 fr., dès lors et jusqu'à leur majorité, et au-delà, jusqu'à la fin de leur formation mais jusqu'à vingt-cinq ans au plus, et pour autant que les conditions de l'art. 277 CC soient réunies (VI) ; au versement d'une contribution d'entretien en sa faveur de la part de A.Z.\_\_\_\_\_ d'un montant mensuel de 3'800 fr., payable d'avance le premier de chaque mois pour une durée indéterminée (VII) ; subsidiairement au chiffre VII, au versement de ce montant mensuel en sa faveur au moins jusqu'à ce que C.Z.\_\_\_\_\_, le fils cadet des parties, atteigne l'âge de 15 ans révolus (VIII) ; au versement de la part de A.Z.\_\_\_\_\_ d'une contribution spéciale en cas de besoins extraordinaires imprévus des enfants, selon ce que justice dira (IX) ; à l'indexation des contributions visées aux chiffres VI à IX ci-dessus au début de l'année selon l'indice officiel suisse des prix à la consommation, sur la base de l'indice existant au 30 novembre de l'année précédente, l'indice pris en considération étant celui existant à la date du jugement définitif et exécutoire, la première fois le 1<sup>er</sup> janvier 2010 (X) ; au partage par moitié et au versement des prestations de sortie LPP de A.Z.\_\_\_\_\_ en sa faveur, selon les informations qui seront données dans le cours de la procédure (XI) ; et à la dissolution et liquidation du régime matrimonial selon les modalités devant encore être précisées en cours d'instance, un notaire étant d'ores et déjà désigné pour y procéder (XII).

Par réponse du 21 novembre 2008, dont les conclusions ont été modifiées par demande de réforme du 12 avril 2011, A.Z.\_\_\_\_\_, défendeur, a notamment conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la demanderesse et, reconventionnellement, à la dissolution de leur mariage par le divorce (I) ; à l'attribution en sa faveur de l'autorité parentale et de la garde sur ses enfants B.Z.\_\_\_\_\_ et C.Z.\_\_\_\_\_ (II) - alors que dans sa conclusion initiale avant réforme il avait conclu à l'attribution de l'autorité parentale et de la garde sur les enfants à la mère - ; à l'exercice d'un libre et large droit de visite sur les enfants, accordé à la mère, à fixer d'entente entre les parties, étant précisé qu'à défaut d'entente, elle pourra les avoir auprès d'elle un week-end sur deux selon les modalités usuelles, ainsi que la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël ou Nouvel-An, Pâques ou Pentecôte (III) ; au versement mensuel de la part de P.Z.\_\_\_\_\_ d'une contribution d'entretien pour chacun des enfants, allocations familiales non comprises, d'un montant fixé à dire de justice (IV).

Désigné par ordonnance sur preuves du 11 février 2009 pour procéder à la liquidation du régime matrimonial, le notaire Ryvier Charmey a déposé son rapport le 18 octobre 2010. Il en résulte qu'après partage par moitié du bénéfice de l'union conjugale, la demanderesse serait créancière du défendeur d'un montant de 44'041 fr. 75.

Par décision du 23 février 2011, la présidente du tribunal a refusé d'ordonner un complément d'expertise requis par le défendeur, pièces produites à l'appui, portant sur la question du prêt de 320'000 fr. que lui avait accordé sa mère. A ce sujet, l'expert a retenu que le montant invoqué par le défendeur à titre de prêt de la part de sa mère consistait en une distribution de revenus de biens propres, soit une distribution d'acquêts, et qu'il n'y avait pas lieu de faire figurer le montant de « ce prêt » au passif du défendeur dans la liquidation du régime matrimonial.

Par déterminations du 16 mai 2011, la demanderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des nouvelles conclusions II à IV après réforme du défendeur et au maintien de ses précédentes écritures.

Les parties, ainsi que quatre témoins, ont été entendus à l'audience de jugement du 19 mai 2011, laquelle a été suspendue en vue de l'audition des enfants B.Z. \_\_\_\_\_ et C.Z. \_\_\_\_\_.

Ces derniers ont été entendus individuellement et personnellement par la présidente du tribunal de première instance, le 25 mai 2011.

Lors de la reprise d'audience de jugement le 8 juin 2011, la demanderesse a précisé sa conclusion XII en ce sens que le défendeur soit reconnu débiteur de la demanderesse du montant calculé par l'expert de 44'041 fr. 75. Le défendeur a conclu au rejet de cette conclusion et, reconventionnellement, à la dissolution et liquidation du régime matrimonial des époux sans que l'un ne doive un quelconque montant à l'autre. La demanderesse a conclu au rejet de cette conclusion reconventionnelle.

Par ordonnance notifiée aux parties le 30 juin 2011, la requête de mesures provisionnelles déposée le 13 avril 2011 par A.Z. \_\_\_\_\_, tendant notamment à ce que le droit de garde de ses enfants B.Z. \_\_\_\_\_ et C.Z. \_\_\_\_\_ lui soit confié, a été rejetée, décision confirmée par arrêt sur appel du 10 août 2011.

3) a. Concernant la situation financière des parties, la demanderesse est au bénéfice d'une formation d'auxiliaire de santé, activité qu'elle n'a jamais exercée durant le mariage dès lors qu'elle s'est consacrée au ménage et à l'éducation des enfants.

Du mois d'août 2006 jusqu'au mois d'avril 2011, la demanderesse a exploité une onglerie, à temps partiel. Elle en a retiré un bénéfice de quelque 500 fr. par mois.

Durant le mariage, la demanderesse ne s'est pas constitué de prévoyance professionnelle.

Au jour de l'audience de jugement, la demanderesse vivait dans la maison familiale de [...] avec ses trois enfants, tout en ayant la perspective d'emménager avec son compagnon dans un appartement lui appartenant, à [...], d'un loyer mensuel de 4'000 francs.

Chaque mois, la demanderesse assume les cotisations d'assurance - maladie pour elle-même et ses deux enfants, B.Z. \_\_\_\_\_ et C.Z. \_\_\_\_\_, de 900 fr., ainsi que des frais de répétiteur pour les enfants de 360 francs.

b. Le défendeur est médecin. Au jour de l'audience de jugement, il travaillait en qualité d'adjoint médical à 90% pour l'Institution [...] et percevait un salaire mensuel net, sans indemnité forfaitaire de garde (de 1'500 fr.), de 9'947 fr. 70, payable treize fois l'an, allocations familiales non comprises. Né le [...]1947, il devait atteindre l'âge légal de la retraite au mois de juillet 2012.

Il exploitait également, dans les locaux de l'Institution [...], un cabinet privé, qui lui rapportait un revenu de quelques centaines de francs par année. Il entendait poursuivre cette activité indépendante lorsqu'il serait mis au bénéfice de la retraite et estimait pouvoir réaliser un revenu mensuel de quelque 8'000 à 10'000 francs. Selon ses déclarations, l'assurance perte d'exploitation du cabinet couvrait un gain assuré de 160'000 fr. par année.

Durant le mariage, la défendeur a acquis un avoir de prévoyance professionnelle qui, au 30 avril 2011, s'élevait à 134'009 fr. 45 auprès de la Fondation de prévoyance [...] et, au 1<sup>er</sup> mai 2011, à 47'756 fr. 35 auprès de la Fondation [...]. Il bénéficiait en outre d'un montant de 24'497 fr. 75 sur un compte de libre-passage ouvert auprès de la banque [...], qu'il a retiré au mois de novembre 2002, pour l'investir dans son cabinet médical.

Une fois le déménagement de la demanderesse effectué, le défendeur devait réintégrer la maison de [...]. Ses charges mensuelles se montent à 2'080 fr. de loyer, à 351 fr. de cotisations d'assurance-maladie, à 560 fr. de frais de leasing de voiture, à 230 fr. de frais de transport entre [...] et [...], à 150 fr. de frais de repas pris à l'extérieur, et 125 fr. de frais pour les activités sportives des enfants, prises en charge par lui-même selon un accord entre les parties.

4) Concernant la situation des enfants B.Z.\_\_\_\_\_ et C.Z.\_\_\_\_\_, il est ressorti de leur audition qu'ils ne voyaient aucun inconvénient à déménager à [...]. Cela ne les empêcherait pas de continuer à faire du sport et de voir leurs amis. Ils connaissaient l'appartement, s'y rendant parfois le week-end, et s'entendaient bien avec l'ami de leur mère, de même qu'entre eux. Ils se réjouissaient de la naissance de leurs petits frères ou sœurs.

Selon les témoignages, les enfants B.Z.\_\_\_\_\_ et C.Z.\_\_\_\_\_ sont des enfants bien élevés et polis, qui semblent heureux. La demanderesse est une mère totalement adéquate, qui se soucie du bien-être de ses enfants, notamment de leurs performances scolaires. Ils ne sont pas brillants à l'école, mais n'ont pas de difficultés scolaires. Le défendeur se soucie de ses enfants, se préoccupant notamment de leur parcours scolaire, et souhaiterait s'investir davantage dans leur éducation. Il aurait la possibilité de réduire son taux d'activité pour le cas où leur garde lui serait confiée.

### **En droit :**

**1.** Conformément à l'art. 404 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272), les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instruction. En revanche, les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux

parties, en vertu de l'art. 405 al. 1 CPC. La décision attaquée ayant été rendue et communiquée aux parties le 27 avril 2012, à l'issue d'une procédure en divorce ouverte en 2008, seules les voies de droit sont régies par le nouveau droit de procédure civile en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

**2.** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al.1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 126). S'agissant de prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle posée par l'art. 92 al. 2 CPC.

L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., le présent appel est formellement recevable.

**3.** a) 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. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance.

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient

être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC).

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou moyens de preuve nouveaux s'appliquent de même aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JT 2011 III 43).

En l'espèce, l'appelant n'invoque ni ne produit de faits et moyens de preuves nouveaux, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner si les conditions de l'art. 317 CPC sont réalisées.

c) Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, op. cit., JT 2010 III 140). Selon l'art. 227 al. 1 let. a et b CPC, la prétention nouvelle ou modifiée doit non seulement relever de la procédure applicable en appel mais encore – sauf renonciation de la partie adverse à cette autre condition – présenter un lien de connexité avec l'objet de l'appel (Jeandin, Code de procédure civile commenté, nn. 11 s. ad art. 317 CPC). Cette limitation ne vaut pas, lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz /Hilber, ZPO-Komm, n. 76 ad art. 317 CPC). Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties et instruit la cause d'office, lorsque les parties ont des enfants mineurs (art. 296 al. 1 et 3 CPC; art. 145 al. 1 aCC).

En l'espèce, la conclusion prise devant la Cour de céans par l'appelant, tendant au versement par l'intimée d'un certain montant au titre de la liquidation du régime matrimonial, doit être déclarée – à tout le moins partiellement – irrecevable. Il ressort en effet du procès-verbal de l'audience de jugement du 8 juin 2011 que le défendeur a conclu

reconventionnellement à la dissolution et à la liquidation du régime matrimonial des époux sans que l'un doive un quelconque montant à l'autre.

**4.** L'appelant reproche tout d'abord aux premiers juges d'avoir attribué l'autorité parentale et le droit de garde des deux enfants à leur mère uniquement, alors qu'il déclare revendiquer l'autorité parentale conjointe et le droit de garde sur ses deux fils. Selon lui, le tribunal n'aurait pas dû se contenter de faire référence à l'art. 133 al. 3 CC pour écarter la possibilité de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais il se devait d'examiner si une telle autorité parentale conjointe était possible dans l'intérêt des enfants. En ne le faisant pas, les premiers juges ont « violé l'art. 8 CEDH et versé dans l'arbitraire ». A défaut d'autorité parentale conjointe, l'appelant réclame que l'autorité parentale et la garde sur ses deux enfants lui soient confiées à lui.

a) Selon l'art. 133 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), le juge attribue l'autorité parentale à l'un des parents et fixe, d'après les dispositions régissant les effets de la filiation, les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent ainsi que la contribution d'entretien due par ce dernier. En outre, aux termes de l'al. 3 de cette disposition, sur requête commune des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et que les parents soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci.

En l'état actuel du droit, le maintien de l'autorité parentale conjointe des parents après divorce nécessite une requête conjointe de ceux-ci. Cette situation est en passe d'être modifiée (cf. Leuba/ Bastons Bulletti, CR CC I, n. 27 ss. et 46-47 ad art. 133 CC, pp. 975 ss.). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner si, nonobstant l'absence de requête commune, l'intérêt supérieur des enfants ne pouvait commander, dans certaines circonstances, le maintien de l'autorité parentale conjointe, sous

l'angle de l'art. 8 par. 2 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101). Il est arrivé à la conclusion, après examen de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (en particulier l'arrêt Zaunegger, publié in FamPra.ch 2010 p. 213), que celle-ci n'était pas transposable telle quelle à la situation de parents qui étaient précédemment mariés et qu'en l'état actuel du droit suisse, le père marié était sur pied d'égalité avec la mère quant à l'attribution de l'autorité parentale après divorce. La question de la conformité des conditions de l'art. 133 al. 3 CC avec l'art. 8 CEDH pouvait dès lors demeurer indéterminée (cf. TF 5A\_540/2011 du 30 mars 2012, c. 3 ; cf. également ATF 137 III 475 c. 4.4).

A défaut de requête commune pour le maintien de l'autorité parentale conjointe, le juge attribue l'autorité parentale et règle les relations personnelles en tenant compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant selon l'art. 133 al. 2 CC. La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, ainsi que leur aptitude à prendre soin des enfants personnellement et à s'en occuper ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer aux enfants la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (TF 5A\_793/2010 du 14 novembre 2011, c. 4.1).

b) En l'espèce, l'appelant a commencé par conclure à l'attribution de l'autorité parentale et de la garde sur les enfants à la mère, ainsi que le requérait la demanderesse dans ses propres conclusions. Ce n'est qu'ensuite d'une réforme, admise par la présidente, que le défendeur a conclu à ce que l'autorité parentale et le droit de garde lui soient confiés. Pour sa part, la demanderesse a conclu au rejet des nouvelles conclusions après réforme. Force est ainsi de constater que les parties n'ont pas présenté de requête commune au sens de l'art. 133 al. 3 CC, ce qui exclut d'emblée la solution de l'autorité parentale conjointe

préconisée par l'appelant. Pour le surplus, contrairement à ce qu'affirme ce dernier, le tribunal a instruit la question de l'attribution de l'autorité parentale et du droit de garde au regard de l'intérêt des enfants, en entendant plusieurs témoins à ce sujet lors de son audience du 19 mai 2011 et en procédant à l'audition, par la présidente, des deux enfants eux-mêmes le 25 mai 2011. Il est ainsi parvenu à la conclusion que le bien des enfants commandait que l'autorité parentale et le droit de garde soient confiés à leur mère, une séparation d'avec cette dernière et d'avec leurs demi-frères et soeurs étant bien plus préjudiciable à leur bon développement que le déménagement de [...] à [...], commune du nouveau domicile de la mère. Les griefs de l'appelant, que ce dernier avait déjà fait valoir sans succès au cours de la procédure de mesures provisionnelles, tirés de sa plus grande disponibilité et de la prétendue déstabilisation des enfants en cas de déménagement, doivent dès lors être rejetés.

c) Vu ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner les conclusions principales III à VI de l'appelant relatives au droit de visite de l'intimée et à la contribution de celle-ci à l'entretien des enfants.

**5.** A titre subsidiaire, l'appelant se plaint de ce que les premiers juges lui ont imputé un revenu hypothétique de 11'974 fr. 10, en considérant que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui qu'il exerce son activité à plein temps compte tenu de son âge, de son état de santé et de sa formation. Après avoir rappelé qu'il prendra sa retraite dans deux mois, l'appelant fait valoir que, du moment qu'il exploite - parallèlement à son activité pour l'Institution [...] - un cabinet médical indépendant, il exerce en réalité déjà une activité à plein temps. On ne saurait dès lors exiger de lui qu'il augmente encore son taux d'activité et l'on doit prendre en compte le revenu mensuel net de 10'777 fr. qu'il réalise.

a) Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur (cf. Bastons Bulletti, SJ 2007 II 80, spéc.

p. 82 s. ; Meier/ Stettler, Droit de la filiation, 4<sup>ème</sup> éd., n. 982 p. 571 s.). Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3, JT 2011 II 486) - dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A\_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177).

Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1).

Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit-là d'une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb; 126 III 10 c. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philipp Mühlhauser, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz, Zurich 2010; ATF 137 III 118 c. 3.2, JT 2011 II 486; TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 non publié aux ATF 137 III 604; TF 5A\_860/2011 du 11 juin 2012 c. 4.1).

En principe, on accorde à la partie à qui l'on veut imputer un revenu hypothétique un certain délai pour s'organiser à ces fins (ATF 129 III 417 c. 2.2; ATF 114 II 13 c. 5).

b) Le jugement attaqué retient, dans la partie « Faits », que le défendeur, âgé à l'époque du jugement de presque 64 ans, atteindra l'âge légal de la retraite en juillet 2012. Selon ses propres déclarations, l'intéressé entendait poursuivre à l'avenir son activité indépendante, à savoir l'exploitation du cabinet privé qu'il exploitait dans les locaux de l'institution qui l'employait. Il estimait que lorsqu'il serait mis à la retraite, il serait en mesure de retirer de cette activité un revenu mensuel de 8'000 à 10'000 fr. Au moment de l'audience de jugement, le salaire mensuel que réalisait l'appelant dans l'institution où il était employé s'élevait à 10'776 fr. ( $9'947 \times 13 : 12$ ). Représentant le revenu d'une activité à 90 %, il était justifié de lui imputer un revenu hypothétique à 100 %, d'autant plus qu'avec le revenu que retirait l'appelant de son activité indépendante, soit quelques centaines de francs, on obtenait un montant qui se situait dans l'ordre de grandeur de celui retenu par le tribunal. Quant à la situation de l'intéressé après l'âge de la retraite, il n'est pas établi que l'appelant gagnera moins. Le cas échéant, sa situation pourra faire l'objet d'un réexamen dans le cadre d'une action en modification du jugement de divorce (cf. ATF 117 II 359, JdT 1994 I 322 ; TF 5A\_685/2007, 26.2.08). Le recourant admet vouloir continuer son activité de médecin indépendant pour laquelle il escompte réaliser un revenu mensuel de 8'000 à 10'000 fr. et pour laquelle il ne conteste pas que la perte d'exploitation est assurée à hauteur de 160'000 fr. Dès lors, le revenu escompté par l'appelant dès l'âge de la retraite en tant qu'indépendant ne devrait pas, comme le constate le jugement attaqué, entraîner un changement notable de situation par rapport à celle qui est la sienne actuellement.

Pour le surplus, l'appelant ne conteste pas le pourcentage retenu par les premiers juges pour calculer le montant de la contribution due à ses deux enfants ni l'adaptation de celle-ci à partir de la quinzième année de chacun d'entre eux.

Le moyen, infondé, doit dès lors être rejeté.

**6.** Enfin, s'agissant de la liquidation du régime matrimonial, l'appelant reproche au tribunal d'avoir repris purement et simplement les conclusions de l'expert judiciaire et de l'avoir reconnu débiteur de l'intimée à hauteur de 44'041 fr. 75. Selon lui, il est erroné de ne pas tenir compte de la dette de 320'000 fr. qu'il a contractée envers sa mère. Il se réfère à ce propos aux pièces qu'il a produites à l'appui de sa requête en complément d'expertise. Si l'on tient compte d'un tel passif, c'est bien plus l'appelant lui-même qui peut, de l'avis de ce dernier, prétendre à un montant de 2'738 fr. 40 de la part de l'intimée.

a) Conformément à l'art. 291 CPC-VD (Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966, abrogé le 1<sup>er</sup> janvier 2011), disposition applicable en procédure accélérée (cf. CREC I 13.2.08/54, avec référence à Muller, in JdT 2002 III 110 ss., spéc. p. 141), le tribunal peut, avant et pendant les débats, ordonner l'administration de preuves régulièrement offertes que le juge instructeur avait refusé d'administrer.

Au regard de l'art. 240 CPC-VD, le juge est tenu de citer l'expert à l'audience de jugement si une partie le requiert dans le délai fixé pour le dépôt du mémoire de droit. Les déclarations de l'expert sont notées au procès-verbal si elles précisent, complètent ou infirment les conclusions du rapport. La partie qui a omis de requérir un complément ou l'audition de l'expert aux débats ne saurait invoquer le caractère incomplet du rapport d'expertise à l'appui d'un recours en nullité (Poudret/Haldy/ Tappy, Code de procédure civile vaudoise commenté, n. 3 ad art. 238 et n. 2 ad art. 240 CPC-VD).

Quant à l'appréciation des expertises, le juge en apprécie librement la valeur et la portée en vertu de l'art. 243 CPC-VD, mais s'il statue contrairement aux conclusions d'une expertise, il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction. Dans un arrêt

portant sur l'estimation d'un immeuble (ATF 120 III 79, JT 1996 II 199), le Tribunal fédéral avait confirmé sa jurisprudence selon laquelle, en matière technique, le juge ne doit s'écarter de l'avis d'un expert que pour de sérieux motifs (ATF 118 la 144 ; également arrêt TF 4D\_8/2008 du 31 mars 2008, c. 3.2.1).

b) La requête en complément d'expertise à laquelle se réfère l'appelant a été rejetée par la présidente du tribunal, par décision du 23 février 2011. Or, une telle requête devait être présentée à nouveau devant le tribunal en corps pour être prise en considération, conformément à l'art. 291 CPC-VD applicable également en procédure accélérée. A tout le moins, il appartenait à l'appelant de requérir l'audition de l'expert à l'audience de jugement. L'appelant n'a cependant pas réitéré sa requête de complément ni requis l'audition de l'expert, incombance qui était d'ailleurs relevée dans la décision de refus du 23 février 2011. Partant, il est forclos pour invoquer aujourd'hui des pièces qui eussent pu être soumises à l'expert en vue de provoquer ses déterminations. Au reste, la question de la nature du prêt consenti par sa mère à l'appelant a, comme le relève le jugement attaqué, été débattue devant l'expert, lequel a conclu soit qu'il ne s'agissait en réalité pas d'un prêt, soit qu'il ne fallait pas en tenir compte. En suivant les conclusions de l'expert sur ce point, et faute d'autres preuves recevables conformément aux règles de procédure applicables, les premiers juges ont procédé à une correcte appréciation des preuves.

Le moyen, infondé, ne peut dès lors qu'être rejeté et avec lui l'entier de l'appel.

**7.** Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en vertu de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement attaqué confirmé.

**8.** L'appelant, qui succombe, doit supporter les frais judiciaires de deuxième instance, par 1'200 fr. (art. 106 al. 1 CPC ; art. 63 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]).

L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.Z.\_\_\_\_\_.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 24 juillet 2012

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

La greffière :

Du

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

- Me Alain Vuithier (pour A.Z. \_\_\_\_\_),
- Me Colette Chable (pour P.Z. \_\_\_\_\_).

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

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

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

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

La greffière :