

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 1^{er} mars 2018

Composition : M. KRIEGER, juge délégué
Greffière : Mme Spitz

Art. 176 al. 3 et 298 al. 2 CC ; 298 al. 1 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **B.T.**_____, à Lutry, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 4 décembre 2017 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.T.**_____, à Pully, requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 4 décembre 2017, notifié le lendemain, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis la requête de mesures provisionnelles introduite par A.T. _____ à l'encontre de B.T. _____ le 13 avril 2017 (I), a dit que A.T. _____ et B.T. _____ exerceront une garde alternée de manière libre (II), a fixé la garde à défaut d'entente (III), a maintenu la convention de mesures protectrices du 15 janvier 2013 pour le surplus (IV), a fixé les frais et la charge des honoraires de la curatrice (V), les frais suivant le sort de la cause et l'ordonnance étant immédiatement exécutoire (VII).

B.

1. Par appel motivé du 7 décembre 2017, B.T. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'admission de l'appel, à ce que la garde des enfants reste confiée à la mère et à ce que le régime mis en place par l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 mars 2015, respectivement le prononcé partiel du 15 janvier 2013 soit maintenu. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation.

2. Par mémoire d'appel ampliatif du 15 décembre 2017, encore déposé dans le délai de 10 jours de l'art. 314 CPC, donc recevable, l'appelante B.T. _____ a confirmé ses conclusions.

Par mémoire du 21 décembre 2017, la curatrice des enfants C.T. _____ et D.T. _____, Me Gonzalez Pennec, a déclaré s'en remettre à justice, avec suite de frais et dépens.

Par réponse du 22 décembre 2017, l'intimé A.T. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

3. Par ordonnance du 13 décembre 2017, le juge délégué de la Cour d'appel a admis la requête d'effet suspensif et a réservé la décision sur les frais et dépens.

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

1. A.T._____ et B.T._____, se sont mariés le [...] 2005 devant l'Officier de l'état civil de Lausanne.

Deux enfants sont issus de cette union :

- C.T._____, né le [...] 2007,
- D.T._____, née le [...] 2010.

2. Rencontrant depuis plusieurs années d'importantes difficultés conjugales, les parties vivent séparément depuis le 8 septembre 2012. Leur séparation a fait l'objet de diverses décisions et conventions de mesures protectrices de l'union conjugale, conventions traitant principalement de l'attribution de la garde et du droit de visite sur les enfants C.T._____ et D.T._____, autour desquelles se cristallise le conflit conjugal.

3. A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale tenue le 15 janvier 2013 devant la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la Présidente), les parties ont signé une convention par laquelle elles ont notamment convenu de vivre séparées pour une durée indéterminée, d'attribuer la garde des enfants à B.T._____, étant précisé que la situation pourrait être revue durant l'été 2013, que A.T._____ exercerait son droit de visite tous les jeudis dès 16h30 à la sortie de l'UAPE [...] à Lutry pour C.T._____, puis directement auprès de la maman de jour pour D.T._____, jusqu'au vendredi à 18h00, à charge pour lui de les ramener auprès de leur mère un vendredi sur deux quand elle exerce son droit de visite le week-end, un week-end sur

deux du vendredi à 18h00 au lundi matin, à charge pour lui d'amener C.T. _____ à l'UAPE et D.T. _____ chez la maman de jour, la moitié des vacances scolaires moyennant préavis de deux mois à l'avance et alternativement à Noël et Nouvel An, à Pâques et Pentecôte, à l'Ascension et au Jeûne fédéral.

Ladite convention a été ratifiée séance tenante par la Présidente pour valoir prononcé partiel de mesures protectrices de l'union conjugale.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 30 janvier 2013, la Présidente a notamment rappelé la convention partielle du 15 janvier 2013.

4. Le 26 août 2013, la Fondation X. _____ ([...]) a été mise en œuvre pour procéder à une expertise pédopsychiatrique, conformément à la requête commune des parties, avec pour mission de décrire les relations des enfants avec chacun de leur parent, de déterminer le régime du droit de visite et du droit de garde favorisant au mieux les enfants avec toutes les indications quant à des modalités particulières d'exercices de ces droits, ainsi que de faire toutes propositions utiles ou toutes autres remarques pertinentes.

La Dresse P. _____, qui exerce auprès de la Fondation X. _____, a rendu un premier rapport le 28 mai 2014. Au pied de celui-ci, elle a conclu en substance que chacun des parents était capable de reconnaître les besoins des enfants et avait sa façon de pouvoir y répondre mais que, dans cette situation conflictuelle et en raison du jeune âge des enfants, la garde ne pouvait pas être partagée. Le médecin a ajouté que le père était une figure de référence pour les enfants et que le maintien et la consolidation de leurs liens devaient être assurés par le maintien de l'exercice du droit de visite, tenant compte du développement et des besoins différents des deux enfants. A titre d'exemple, elle a indiqué qu'C.T. _____, qui était plus âgé, pourrait aller plus longtemps

chez son père, alors qu'D.T._____, en raison de son jeune âge et de sa perception de la temporalité, avait encore besoin d'entretenir une relation régulière avec son père mais peut être d'une durée plus courte.

5. A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 17 septembre 2014, la Présidente a notamment procédé à l'audition de la Dresse P._____. A cette occasion, cette dernière a notamment confirmé les conclusions de son rapport d'expertise et indiqué que les parents étaient incapables de mettre leur conflit de couple de côté pour voir l'intérêt de leurs enfants, notamment en cas d'incident. Elle a également déclaré qu'elle ne préconisait pas de restriction au droit de visite du père.

Lors de cette audience, les parties ont en outre signé une convention par laquelle elles se sont engagées à entreprendre individuellement une thérapie et, le cas échéant, d'entente avec leurs thérapeutes respectifs et avec le SPJ pour les enfants, une thérapie familiale. Elles ont également convenu que le droit de visite de A.T._____ s'exercerait selon la convention du 15 janvier 2013 jusqu'à ce que la situation soit réexaminée par le SPJ lors de l'audience suivante. Cette convention a été ratifiée séance tenante par la Présidente pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale.

Dès septembre 2014, les parties ont entamé une thérapie familiale auprès de l'Unité des Boréales du Département de psychiatrie du CHUV (ci-après : Boréales).

6. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 mars 2015, la Présidente a rejeté les conclusions de B.T._____ tendant à réduire le droit de visite du père, ainsi que les conclusions reconventionnelles de ce dernier tendant à ce que le droit de garde des enfants lui soit attribué. Elle a ainsi maintenu le *statu quo* s'agissant des questions de la garde et du droit de visite, lesquelles demeuraient par conséquent régies par la convention du 15 janvier 2013.

7. Par courrier du 22 mai 2017, le SPJ a informé la Présidente que l'évolution de la famille se poursuivait de manière positive et que les parents avaient désormais une bonne communication, se relayaient adéquatement les informations concernant leurs enfants et parvenaient à s'entendre lorsqu'il s'agissait d'organiser le droit de visite. Rencontrés le 12 mai 2017, A.T._____ et B.T._____ avaient informé le SPJ avoir interrompu le suivi aux Boréales. Le SPJ a relevé que les parties savaient relever les compétences parentales de l'autre parent et qu'ils participaient ensemble aux rendez-vous chez le pédiatre ou à l'école des enfants.

Par courrier du 30 juin 2017, le SPJ a confirmé la teneur de son courrier du 22 mai 2017 et a déclaré qu'il n'était pas en mesure de se prononcer d'avantage sur la question d'une garde alternée, laissant à la Présidente le soin de se déterminer à ce sujet.

8. Le 13 avril 2017, A.T._____ a déposé une requête de mesures provisionnelles tendant à l'instauration d'une garde alternée.

B.T._____ a conclu à son rejet par procédé écrit du 24 mai 2017.

9. Par courrier du 14 juin 2017, la Présidente a confié à la Fondation X._____ le mandat de réévaluer la situation des enfants C.T._____ et D.T._____, en particulier de se prononcer sur les compétences parentales de chacun des parents, sur la possibilité de maintenir l'autorité parentale conjointe après divorce, sur la mise en œuvre d'une garde alternée au regard de l'intérêt des enfants, le cas échéant sur l'attribution de la garde à l'un des parents et l'exercice du droit de visite de l'autre parent et de faire part de toute remarque ou proposition.

La Fondation X._____ ayant accepté le mandat par courrier du 23 juin 2017, un délai au 13 avril 2018 lui a été imparti pour déposer son rapport d'expertise.

10. Par courrier du 22 août 2017, la Présidente a accordé aux parties un délai pour produire, si elles le souhaitent, un mémoire de droit relatif à la requête de mesures provisionnelles du 13 avril 2017. B.T._____ a déposé un mémoire de droit le 15 septembre 2017 et Me Gonzalez Penneec, en sa qualité de curatrice des enfants, le 28 septembre 2017. A.T._____ n'a pas procédé dans le délai imparti.

11. Par courrier du 2 octobre 2017, Me Gonzalez Penneec a produit sa liste des opérations relative à la période du 3 mai au 28 septembre 2017.

12. Le 10 novembre 2017, A.T._____ a produit trois certificats médicaux établis le 30 octobre 2017 par la Dresse [...], en faveur, respectivement de lui-même et de chacun des enfants.

Par courrier du 22 novembre 2017, la Présidente a informé les parties du fait que les pièces produites par A.T._____ l'avaient été après le délai pour déposer des mémoires sur les mesures provisionnelles et que la décision était en cours de rédaction, de sorte que lesdites pièces ne seraient pas prises en considération à ce stade. Elle a ajouté que la question de leur retranchement serait examinée ultérieurement dans la procédure au fond.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles et les mesures protectrices de l'union conjugale et doit être déposé dans les dix jours (art. 314 al. 1 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

1.2 S'agissant d'une décision portant sur des conclusions non patrimoniales et formé en temps utile par des parties qui y ont intérêt, le présent 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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. En application de l'art. 318 al. 1 CPC, l'instance d'appel pourra confirmer la décision attaquée (let. a), statuer à nouveau (let. b) ou renvoyer la cause à la première instance si un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé (let. c ch. 1) ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (let. c ch. 2).

2.2 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). 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, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO Kommentar], 2^e édition, n. 76 ad art. 317 CPC).

2.3 En l'espèce, les conclusions ne sont pas nouvelles, et le juge instruit de toute manière la cause d'office s'agissant de questions relevant du sort des enfants mineurs (art. 296 al. 1 et 3 CPC).

La requête d'appel répond aux réquisits légaux.

3.

3.1 A titre de mesures d'instruction, l'appelante a requis tout d'abord la tenue d'une audience. Sur ce point, l'art. 316 al. 1 CPC prévoit que l'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. Il s'agit d'une possibilité que le juge reste libre d'ordonner. En l'espèce, des débats ne paraissent pas nécessaires, le dossier comportant déjà tous les éléments nécessaires à l'appui d'une prise de décision, les écritures des parties étant au surplus très complètes.

3.2

3.2.1 L'appelante requiert également que les enfants C.T. _____ et D.T. _____ soient entendus par une autorité.

3.2.2 Selon l'art. 298 al. 1 CPC, les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

L'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de celui-ci à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits. Ainsi, même si les parties n'ont requis

l'audition de l'enfant ni en première instance, ni en appel, le juge d'appel doit d'office se poser la question d'une telle audition lorsque l'enfant a plus de 6 ans (TF 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 5; ATF 133 III 553 consid. 2 non publié). Dans le cadre des procédures relatives aux enfants, la maxime inquisitoire et la maxime d'office trouvent application, conformément à l'art. 296 CPC. Le juge est dès lors tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose. Le tribunal ne peut dès lors pas rejeter une telle requête en se basant sur une appréciation anticipée des preuves (TF 5A_821/2013 du 16 juin 2014 consid. 4 ; TF 5A_2/2016 du 28 avril 2016 consid. 2.3, *in* FamPra.ch 2016 p. 804).

L'audition de l'enfant découle aussi directement de l'art. 12 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE; RS 0.107; ATF 124 II 90 consid. 3a). Cette norme conventionnelle ne consacre toutefois pas de prérogatives plus larges que celles résultant de l'art. 298 CPC (ATF 131 III 553 et les références; TF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008 consid. 2.1, publié *in* FamPra.ch 2008 p. 449; TF 5A_744/2013 du 31 janvier 2014 consid. 3.2.1, *in* FamPra.ch 2014 p. 438). L'art. 12 CDE garantit à chaque enfant le droit d'exprimer son avis dans toute procédure le concernant, dans la mesure où il est capable de se forger une opinion propre, ce qui correspond à la notion de discernement au sens de l'art. 16 CC (ATF 131 III 553 consid. 1.1 et les références; TF 5A_557/2013 du 23 décembre 2013 consid. 2.1). L'art. 12 CDE garantit donc à l'enfant le droit d'exprimer son opinion dans le litige le concernant, mais ne lui confère nullement le droit de prendre des conclusions propres en qualité de partie à la procédure, ni même le droit d'être représenté dans le cadre de la cause (TF 5A_744/2013 du 31 janvier 2014 consid. 3.3, *in* FamPra.ch 2014 p. 438; TF 5A_869/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1.1, RSPC 2014 p. 342).

De justes motifs de renoncer à l'audition de l'enfant peuvent être réalisés en cas de refus de l'enfant de s'exprimer, de craintes

justifiées de représailles, de séjour durable à l'étranger ou de craintes pour la santé de l'enfant ou en cas d'urgence de la décision à prendre. En revanche, le conflit de loyauté ou le risque d'une possible surcharge de l'enfant non établi concrètement ne suffisent pas à renoncer à son audition (ATF 131 III 553 consid. 1.3.1 ; TF 5A_2/2016 du 28 avril 2016 consid. 2.3, *in* FamPra.ch 2016 p. 804).

Il convient dans tous les cas d'éviter de procéder à une audition pour la forme. Une multiplication des auditions doit en particulier être évitée si elle constitue une charge excessive pour l'enfant, ce qui peut notamment être le cas lors de graves conflits de loyauté, et lorsqu'il n'y a pas lieu de s'attendre à de nouvelles informations ou lorsque le bénéfice attendu n'est pas proportionnel à la charge que représenterait la nouvelle audition. Si l'enfant a été entendu à plusieurs reprises lors d'une expertise, il peut être renoncé à une nouvelle audition pour le bien de l'enfant, en tenant compte des circonstances du cas particulier pour autant que l'enfant ait été entendu sur les éléments pertinents pour la décision et que les résultats de l'audition demeurent actuels (ATF 133 III 553 consid. 4; TF 5A_911/2012 du 18 février 2013 consid. 7.2.2, *in* FamPra.ch 2013 p. 531; TF 5A_869/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.2, RSPC 2014 p. 342).

3.2.3 En l'espèce, il ressort du dossier que, d'une part, les enfants sont pourvus d'une curatrice de représentation au sens de l'art. 299 al. 1 CPC et disposent ainsi de la possibilité de faire valoir leur point de vue, et d'autre part, et surtout, qu'ils ont déjà été soumis à deux expertises, dont l'une toujours en cours, que le SPJ est également chargé d'une évaluation, qu'une thérapie familiale a été précédemment mise en œuvre et qu'il paraît impératif de ne pas impliquer encore plus les enfants dans le conflit parental. Quoi qu'il en soit, le dossier comporte suffisamment d'éléments quant à leur position pour permettre de trancher le point soumis au juge d'appel, de sorte qu'une nouvelle audition des enfants par celui-ci serait excessive et contraire à leur intérêt, soit à leur besoin de protection.

3.3 Ensuite, l'appelante requiert que la procédure d'appel soit suspendue jusqu'au dépôt du rapport d'expertise, selon décisions des 13 juin et 13 juillet 2017. La curatrice de représentation a adhéré à cette proposition.

Il apparaît que la procédure est loin d'être terminée. Elle devra offrir la possibilité de se déterminer sur le rapport et impliquera une nouvelle analyse complète de la situation, avant qu'une décision au fond ne puisse être prise. Dès lors, suspendre la procédure d'appel jusqu'au dépôt du rapport ne ferait que retarder la procédure au fond, qui, faut-il le rappeler, doit se dérouler devant le juge de première instance pour permettre aux parties de bénéficier de la double instance. A ce stade de la procédure, les conclusions du rapport attendu ne sont pas nécessaires pour l'examen de la situation provisionnelle, telle qu'elle est soumise au juge de l'appel.

Il ne sera donc pas fait droit à cette requête.

3.4 Enfin, l'appelante requiert le retranchement des certificats médicaux établis par la Dresse [...] et produits par l'intimé en annexe à son courrier du 10 novembre 2017. Il ressort toutefois du courrier adressé par la Présidente aux parties le 22 novembre 2017 que ces pièces n'ont pas été prises en compte dans le cadre de la décision attaquée et que la question de leur retranchement serait examinée dans le cadre de la procédure au fond.

S'agissant de la procédure d'appel, lesdites pièces sont recevables au vu de la maxime inquisitoire illimitée et du fait qu'il s'agit donc de *nova*. De plus, comme le relève à juste titre l'intimé, il s'agit de certificats médicaux attestant d'une part que les enfants vont bien, et d'autre part que les compétences parentales de l'intimé sont bonnes. A partir du moment où ce dernier bénéficie de l'autorité parentale conjointe, et qu'il s'agit d'éléments qui ne concernent que lui-même ou

les enfants, d'ailleurs sous une forme on ne peut plus lacunaire, on ne voit pas pour quel motif ces pièces ne pourraient pas être produites dans la procédure d'appel et retenues pour autant que de besoin.

Sur ce point également, la requête de l'appelante doit être rejetée.

4.

4.1 L'appelante conteste le passage de la garde à la mère à une garde alternée.

4.2 Aux termes de l'art. 176 al. 3 CC, 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 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 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, étant précisé que l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus (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 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).

4.3 En l'espèce, il apparaît que le couple parental est séparé depuis 2012. De nombreuses décisions, portant principalement sur l'attribution de la garde et du droit de visite, ont été rendues depuis lors. Le premier juge affirme d'ailleurs que le conflit conjugal se cristallise autour des deux enfants.

Un premier rapport d'expertise a été déposé par la Fondation X. _____ le 28 mai 2014. Il était notamment relevé que la garde ne pouvait pas être partagée en raison d'une part du conflit parental et d'autre part du jeune âge des enfants. Diverses thérapies et suivis ont eu lieu depuis lors. En mai 2017, le SPJ a avisé le premier juge que l'évolution de la famille se poursuivait de manière positive et qu'une certaine entente était alors possible entre les parents. Il a toutefois indiqué ne pas pouvoir se déterminer sur une garde alternée.

Par courrier du 14 juin 2017, la Présidente a mandaté la Fondation X. _____ pour une expertise tendant à réévaluer la situation des enfants. Un délai au 13 avril 2018 lui est imparti pour le dépôt du rapport.

Le premier juge a considéré que, depuis le rapport d'expertise de 2014, plus de trois ans s'étaient écoulés, soit une très longue période pour des enfants en bas âge qui n'avaient alors que 3 et 6 ans, désormais âgés de respectivement 6 et 10 ans. Il a également relevé que, dans la mesure où les enfants allaient bien, que les parents disposaient tous les deux de compétences parentales et que ces derniers paraissaient s'entendre s'agissant des questions qui concernaient les enfants, il était dans l'intérêt des enfants, notamment de l'aîné, de voir plus leur père. Enfin, il a estimé que la mise en place d'une garde alternée déjà à ce stade présentait l'avantage de permettre à l'expert de se prononcer concrètement sur un tel mode de prise en charge des enfants.

L'appelante soutient qu'aucun élément nouveau depuis le rapport d'expertise du 28 mai 2014 ne justifiait de modifier l'attribution de la garde des enfants, que le premier juge avait lui-même considéré la

nécessité d'une nouvelle évaluation de la situation dans l'optique d'une éventuelle garde alternée, de sorte qu'il ne pouvait s'estimer suffisamment renseigné sur l'intérêt des enfants avant d'avoir obtenu ledit rapport, que le courrier du SPJ sur lequel il fonde sa décision ne traitait pas de la question de la garde alternée et que le mémoire de droit de la curatrice des enfants ne donnait pas d'information s'agissant du régime qui serait conforme au bien des enfants, la curatrice s'en étant remise à justice sur les conclusions de la requête du 13 avril 2017, de sorte qu'elle estime que le premier juge a pris cette décision en l'absence d'éléments factuels probants et de manière contraire au devoir d'établir matériellement les faits en ce qui concerne le sort des enfants.

L'appelante invoque encore que les compétences parentales ne seraient pas les seuls critères permettant de justifier l'instauration d'une garde alternée, mais uniquement la prémisse pour une entrée en matière sur ce point et qu'il faudrait également prendre en compte la situation géographique, le cercle social, la stabilité du maintien de la situation antérieure, le souhait de l'enfant et les possibilités organisationnelles des parents. Elle soutient que ces autres aspects n'auraient pas été pris en considération, que, selon le courrier du 29 septembre 2017 de la curatrice, les enfants n'auraient pas exprimé le souhait de voir plus leur père, que la question des activités extra-scolaires des enfants n'aurait pas été abordée, que le père n'aurait pas apporté la preuve du fait qu'il disposerait d'horaires de travail flexibles et donc que le premier juge aurait dû se pencher de manière plus intense sur la situation concrète des enfants et sur la faisabilité d'une garde alternée avant d'énoncer qu'elle était conforme à leur intérêt. Enfin, elle considère que cette décision serait contraire aux objectifs de stabilité des enfants puisque, selon le résultat de l'expertise, elle pourrait nécessiter de changer une nouvelle fois le mode de prise en charge des enfants et qu'aucune urgence ne justifierait un tel changement avant d'avoir obtenu l'avis de l'expert.

La curatrice des enfants a quant à elle relevé l'importance d'éviter de multiplier les changements de système et qu'il était dans

l'intérêt des enfants de les protéger et de ne pas prendre le risque de « jouer au ping-pong ». Elle a toutefois indiqué que les enfants se portaient bien et que la situation actuelle leur convenait mais qu'ils s'adaptent facilement et que rien ne s'opposait à une garde alternée. Elle s'en est dès lors remise à justice sur ce point.

Enfin, l'intimé considère que ce serait à raison que le premier juge a prononcé la garde partagée puisque l'on savait qu'elle ne constituait pas un danger pour les enfants et qu'elle paraissait, pour tous les intervenants, à ce stade, souhaitable afin que les experts puissent se prononcer sur une situation mise en œuvre et non sur une hypothèse de travail.

Il y a lieu de constater, avec le premier juge, que la situation des enfants a évolué favorablement, sans toutefois que des nécessités de changement n'apparaissent. Si l'intimé a requis une garde alternée, il ressort des éléments disponibles à ce jour que les enfants ne souhaitent pas voir plus leur père, mais ne s'opposent pas non plus à ce que ce soit le cas. Le premier juge en a donc tiré l'argument qu'une garde alternée se justifiait, non seulement en raison du fait que plus de trois ans s'étaient écoulés depuis l'expertise qui avait émis un avis négatif, que les enfants étaient maintenant âgés de 6 et 10 ans, que les compétences parentales étaient suffisantes et que ce changement de garde aurait pour avantage de permettre à l'expert de se prononcer concrètement sur cette solution.

On ne saurait partager cet avis. En effet, il faut relever plusieurs éléments. D'abord, si les enfants ont grandi depuis la première expertise, ils sont encore jeunes, 6 et 10 ans. Ensuite, à cet âge-là, la stabilité reste un critère déterminant. Si la situation parentale s'est partiellement apaisée, c'est notamment en raison de cette stabilité et de cette prévisibilité, qui sont importantes pour rassurer les enfants, leur bien passant avant toute autre considération. Ensuite, il paraît peu opportun de modifier un système qui a justement permis cette stabilité et prendre le risque de mettre à néant le résultat des nombreuses démarches qui ont été effectuées par les parties depuis 2012. Enfin, l'argument consistant à

changer la garde pour permettre à l'expert de se prononcer concrètement sur ce point ne serait un avantage que si la garde alternée devait se révéler positive. Toutefois, dans le cas contraire, soit si l'expertise va en sens contraire, cela aurait pour conséquence d'imposer un retour à un système d'attribution de garde à l'un ou l'autre parent, avec pour conséquence une grande déstabilisation dans un environnement particulièrement fragile. Un tel changement ne peut donc intervenir qu'après le dépôt du rapport d'expertise, et non avant celui-ci, à titre expérimental.

Il apparaît donc nécessaire d'obtenir les résultats de l'expertise en cours et de les mettre en relief avec les autres éléments du dossier et ainsi de pouvoir apprécier l'ensemble des circonstances et arguments des parties avant de se prononcer sur le mode de garde préconisé par l'intérêt prépondérant des enfants. En modifiant d'ores et déjà la garde le premier juge a procédé de manière prématurée.

Le moyen est dès lors bien fondé.

5. L'appel doit ainsi être admis, l'ordonnance réformée en ce sens que la requête de mesures provisionnelles du 13 avril 2017 est rejetée, la garde restant attribuée à l'appelante avec le droit de visite tel que mis en place par convention du 15 janvier 2013, ratifié séance tenante par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour valoir prononcé partiel de mesures protectrices de l'union conjugale.

Les frais judiciaires de deuxième instance seront supportés par l'intimé qui succombe (art. 106 al. 1 CPC) et comprennent l'indemnité due à la curatrice (art. 95 al. 2 let. e CPC; Tappy et Jeandin, CPC commenté, nn. 20 ad art. 95 et 9 ad art. 300 CPC ; 5 RCur [Règlement sur la rémunération des curateurs du 18 décembre 2012 ; RSV 211.255.2]). Les frais mis à la charge de l'intimé s'élèvent ainsi à 3'729 fr. 80, soit 950 fr. d'émolument judiciaire (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), y compris

les frais relatifs à la requête d'effet suspensif par 350 fr., et 2'779 fr. 80, débours par 9 fr. compris, d'indemnité due à la curatrice.

Des dépens à hauteur de 2'500 fr. seront en outre alloués à l'appelante, auxquels s'ajoute la restitution de l'avance de frais de 950 fr. fournie par cette dernière (art. 111 al. 2 CPC), de sorte que l'intimé lui versera la somme de totale de 3'450 fr. à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

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

I. L'appel est admis.

II. L'ordonnance rendue le 4 décembre 2017 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois est réformée comme il suit :

I. rejette la requête de mesures provisionnelles introduite par A.T._____ à l'encontre de B.T._____ le 13 avril 2017 ;

II. et III. supprimés

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 3'729 fr. 80 (trois mille sept cent vingt-neuf francs et huitante centimes), y compris l'indemnité allouée à Me Lise-Marie Gonzalez Pennec, curatrice de représentation des enfants C.T._____ et D.T._____, par 2'779 fr. 80 (deux mille sept cent septante-neuf francs et huitante centimes), sont mis à la charge de l'intimé A.T._____.

IV. L'intimé A.T._____ doit verser à l'appelante B.T._____ la somme de 3'450 fr. (trois mille quatre cent cinquante francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

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

- Me Robert Lei Ravello (pour B.T. _____),
- Me Christian Bettex (pour A.T. _____),
- Me Lise-Marie Gonzalez Pennec (curatrice des enfants C.T. _____ et D.T. _____)

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

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

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

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