

VD_FINDINFO HC / 2018 / 563 vom 26. Juni 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-06-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2018___563

FR: VD_FINDINFO HC / 2018 / 563 du 26 juin 2018

IT: VD_FINDINFO HC / 2018 / 563 del 26 giugno 2018

Regeste

GARDE DE FAIT, DROIT DE GARDE, LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL
| 301a CC

Erwägungen

E. 1.1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) rendues dans les affaires non patrimoniales (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 19 ad art. 308 CPC). Les affaires relevant du droit de la famille ne sont pas patrimoniales, sauf si l'appel ne porte que sur les aspects financiers d'un divorce (Jeandin, op. cit., n. 12 ad art. 308 CPC et les références citées).

E. 1.2

En l'occurrence, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et dirigé contre un jugement de divorce réglant notamment la question de la garde d'enfants mineurs, l'appel est recevable. La réponse, déposée en temps utile (art. 312 al. 2 CPC), s'avère également recevable.

E. 2.1

L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2).

E. 2.2

En vertu de l'art. 296 al. 1 CPC, la maxime inquisitoire illimitée s'applique lorsque le juge est saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille – comme c'est le cas en l'espèce. Selon la jurisprudence, le juge a le devoir d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuves. Il n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par les parties; il ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents. Cette obligation du juge d'établir d'office les faits n'est cependant pas sans limite. La maxime inquisitoire ne dispense pas, en effet, les parties de collaborer

activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1 ; TF 5A_760/2016 du 5 septembre 2017 consid. 4.1 ; TF 5A_645/2016 du 18 mai 2017 consid. 3.2.3 ; TF 5A_565/2016 du 16 février 2017 consid. 4.1.2 ; TF 5A_877/2013 du 10 février 2014 consid. 4.1.2 ; TF 5A_229/2013 du 25 septembre 2013 consid. 4.1 ; TF 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 5.1 ; TF 5A_930/2012 du 16 mai 2013 consid. 3.3.2). La maxime d'office est applicable à l'attribution des enfants et aux questions qui y sont directement liées (ATF 120 II 229, JdT 1996 I 326). La contribution due à l'entretien d'un enfant est soumise à la maxime d'office (art. 296 al. 3 CPC ; ATF 129 III 417 c. 2.1.2 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2.2. et les références citées), ce qui a pour conséquence que le juge n'est pas lié par les conclusions des parents à cet égard (TF 5A_704/2013 du 15 mai 2014 consid. 3.4, non publié in ATF 140 III 231 ; TF 5A_420/2016 du 7 février 2017 consid. 2.2). Il en va de même pour la réglementation du droit aux relations personnelles (TF 5A_212/2017 du 22 décembre 2017 consid. 6.1).

E. 2.3.1

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 ; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115, spéc. p. 138). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JdT 2011 III 43 et les références citées). On distingue à cet effet vrais et faux novas. Les vrais novas sont des faits ou moyens de preuve qui ne sont nés qu'après la fin de l'audience de débats principaux de première instance ; ils sont recevables en appel lorsqu'ils sont invoqués sans retard après leur découverte. Les faux novas sont des faits ou moyens de preuve nouveaux qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux ; leur recevabilité en appel est exclue s'ils avaient pu être invoqués en première instance en faisant preuve de la diligence requise (Colombini, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise relative à l'appel et au recours en matière civile, in JdT 2013 III 131, spéc. p. 150, n. 40 et les références citées). La jurisprudence vaudoise (JdT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320, avec note approuvée de Tappy) considère qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire, même dans les causes soumises à la maxime inquisitoire (en ce sens Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115 ; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2 e éd., Berne 2010, p. 437, n. 2410). Le Tribunal fédéral a approuvé cette interprétation de la loi (ATF 138 III 625 consid. 2.2). Des novas peuvent toutefois être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JdT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415). Il n'est cependant pas insoutenable d'appliquer strictement l'art. 317 CPC dans tous les litiges auxquels s'applique la maxime inquisitoire, même concernant des contributions envers les enfants (TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 4.2, publié in RSPC 2014 p. 456, qui relève que la question de principe n'a pas encore été tranchée ; TF 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 consid. 4.1.2). Dans un arrêt plu récent (5A_541/2015 du 14 janvier 2016 consid. 5.4), le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas contraire au droit fédéral de déclarer irrecevable en appel des faux nova – il s'agissait de pièces certes postérieures au jugement, mais des documents similaires

existaient déjà auparavant relatives à la même question financière – dans une procédure de divorce, même s’agissant de la question de la contribution d’entretien de l’enfant.

E. 2.3.2

En l’espèce, l’appelant a produit des pièces à l’appui de son appel et se prévaut de faits nouveaux documentés par titres dans son écriture du 21 février 2018, dont il convient d’examiner la recevabilité à la lumière des conditions de l’art. 317 al. 1 CPC et des principes rappelés ci-dessus. Les pièces 1 à 4 sont des pièces de forme recevables. La pièce 6 est un prononcé de mesures protectrices de l’union conjugale rendu par le Président le 19 novembre 2015 dans le cadre de la procédure ayant divisé les parties préalablement à la présente procédure de divorce, rejetant leurs demandes de questions complémentaires, respectivement de rapport complémentaire, à l’égard du rapport d’expertise pédopsychiatrique du 28 juillet 2015. On peut admettre la recevabilité de cette pièce à titre de fait notoire dès lors qu’il s’agit de faits immédiatement connus du tribunal (« gerichtsnotorische Tatsachen ») ressortant d’une autre procédure entre les mêmes parties (TF 4A_180/2017 du 31 octobre 2017 consid. 4.3 ; TF 5A_610/2016 du 3 mai 2017 consid. 3.1 et les références citées, publié in RSPC 2017 p. 373). La pièce 5 est un courrier de l’appelant du 11 septembre 2015, par lequel il a requis du Président que des questions complémentaires soient posées aux experts pédopsychiatres. Dans la mesure où la pièce 6 précitée en fait mention dans son état de fait, on peut également admettre la recevabilité de ce titre. Les pièces 8 à 11 ont trait à la requête d’assistance judiciaire pour la procédure d’appel et sont recevables à ce titre. En ce qui concerne les faits nouveaux invoqués par l’appelant et les pièces 12 et 13 produites dans son écriture du 21 février 2018, il s’agit de vrais novae recevables dès lors qu’ils ont été invoqués sans retard après leur découverte. Partant, l’état de fait a été complété pour tenir compte de ces éléments.

E. 2.4.1

L’instance d’appel peut administrer les preuves (art. 316 al. 3 CPC), notamment lorsqu’elle estime opportun de renouveler l’administration d’une preuve ou d’administrer une preuve alors que l’instance inférieure s’y était refusée, de procéder à l’administration d’une preuve nouvelle ou d’instruire à raison de conclusions ou de faits nouveaux. Si l’instance d’appel doit procéder à l’administration d’une preuve nouvelle ou instruire à raison de faits nouveaux, son pouvoir sera limité par les restrictions de l’art. 317 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 et 9 ad art. 316 CPC). Dans les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de famille les maximes inquisitoires et d’office sont applicables (art. 296 CPC). Cela peut entraîner l’administration d’autres preuves, notamment une nouvelle audition ou une nouvelle expertise ; l’essentiel est de déterminer si un nouvel examen doit intervenir ou si l’instruction est toujours d’actualité. Si les circonstances n’ont pas évolué de manière significative, une nouvelle audition des enfants n’est pas nécessaire devant l’autorité d’appel pour trancher la question de l’attribution des enfants (TF 5A_138/2012 du 26 juin 2012 consid. 4).

E. 2.4.2

Les différentes mesures d’instruction requises par l’appelant, relatives à la question de l’attribution de la garde des enfants et à la situation financière de l’intimée, seront examinées ci-après (cf. infra consid. 5.3.2.3 et 5.3.3).

E. 3.1

Selon l'art. 241 CPC, la transaction consignée au procès-verbal et signée par les parties a les effets d'une décision entrée en force. Une transaction peut être partielle et met alors fin seulement à la partie du procès concerné (Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 9 ad art. 241 CPC). Une transaction ne peut toutefois porter que sur des droits dont les parties peuvent librement disposer. Dans des causes qui sont soustraites à la libre disposition des parties, une transaction à proprement parler n'est pas possible, d'éventuels accords entre les parties pouvant toutefois prendre la forme d'une convention soumise à une ratification par le tribunal et intégrée au dispositif d'une décision finale (Tappy, op. cit., nn. 8 et 10 ad art. 241 CPC). Tel est le cas notamment des conventions relatives aux effets du divorce. Le tribunal ratifie la convention sur les effets du divorce après s'être assuré que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable (art. 279 al. 1 CPC).

E. 3.2

En l'espèce, les parties, chacune assistée d'un conseil, ont conclu une transaction partielle lors de l'audience de conciliation du 18 avril 2018 selon laquelle l'appelant a retiré sa conclusion en réforme du chiffre VIBIS du dispositif du jugement entrepris, aux termes duquel les frais extraordinaires concernant les enfants seront partagés par moitié entre les parties. L'accord conclu, qui confirme le principe d'une répartition par moitié desdits frais, n'apparaît pas manifestement inéquitable au vu de la situation financière des parties (cf. TF 5A_760/2016 du 5 septembre 2017 consid. 6.3). La convention précitée peut ainsi être ratifiée par la Cour de céans pour valoir arrêt partiel sur appel.

E. 4

Compte tenu de la transaction partielle évoquée ci-dessus, seules restent litigieuses les questions relatives à l'attribution de la garde de fait des enfants – étant précisé que les modalités d'exercice détaillées du droit de visite du parent non gardien, qui correspondent d'ailleurs à celles instaurées depuis de nombreuses années, ne sont contestées par aucune des parties –, ainsi qu'à la liquidation du régime matrimonial.

E. 5.1

L'appelant revendique la garde de fait des enfants mineurs H. _____ et I. _____, attribuée à l'intimée par le jugement entrepris. Les premiers juges, après avoir défini la notion de garde de fait par rappel de la teneur de l'art. 301 al. 3 CC, ont retenu, à l'appui de la décision de confier celle-ci à l'intimée, qu'il ressortait du rapport d'expertise pédopsychiatrique du 28 juillet 2015 que celle-ci, contrairement à l'appelant, ne dénigrait pas l'autre parent, de sorte qu'elle paraissait plus à même, dans le cadre du conflit persistant entre les parties, de préserver les enfants du conflit et de maintenir un bon lien avec l'autre parent. Ils ont également retenu que sous l'angle du critère de la stabilité, la prise en charge exercée par la mère depuis la séparation des parties survenue en 2013 pouvait être maintenue, l'intéressée n'ayant pas failli à sa mission et les reproches de violence parentale formulés par l'appelant n'étant pas confirmés, ni par le SPJ, ni par l'expertise, laquelle concluait que les enfants résident auprès de leur mère. Les magistrats ont en outre relevé que le logement maternel était plus approprié que celui paternel et que l'intimée présentait une disponibilité suffisante – bien qu'inférieure à celle de l'appelant qui était rentier AI – dès lors que l'intimée avait diminué son taux d'activité et modifié son horaire de travail, ce qui lui permettait de se rendre disponible lorsque les enfants rentraient de l'école, à midi et après les devoirs surveillés. Les premiers juges ont relativisé la portée du contenu de

l'audition des enfants en relevant que les propos de ces derniers dénotaient une pression extérieure de la part du père et ont battu en brèche l'argument paternel de la fragilité maternelle en relevant, en substance, que l'appelant était également fragile. Enfin, ils ont retenu qu'en l'absence de communication parentale, une garde alternée était inenvisageable.

E. 5.2.1

Selon le nouveau droit en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2014, l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC). Les parents non mariés ou divorcés qui l'exercent conjointement doivent décider ensemble chez lequel d'entre eux l'enfant va habiter. En cas de désaccord, le choix du lieu de résidence de l'enfant, et partant l'attribution de la garde, se fait sur décision du juge (art. 301a al. 5 CC). Si ce n'est la compétence de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, le nouveau droit ne modifie ni le contenu, ni les règles d'attribution de la garde, de sorte que les critères dégagés par la jurisprudence restent applicables (TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.4.2). La règle fondamentale s'agissant de l'attribution de la garde 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 personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Si le juge ne peut 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 136 I 178 consid. 5.3 ; ATF 117 II 353 consid. 3 ; ATF 115 II 206 consid. 4a ; ATF 115 II 317 consid. 2 ; TF 5A_181/2008 du 25 avril 2008, publié in FamPra.ch 4/2008. n. 104 p. 98 ; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, publié in FamPra.ch 2006 n. 20 p. 193). Si la capacité éducative, critère d'attribution le plus important, est niée, les autres critères passent au second plan. Il ne peut pas être dans l'intérêt des enfants de les confier à la garde du parent dont la capacité éducative est mise en doute (TF 5A_157/2012 du 23 juillet 2012 consid. 3, publié in FamPra.ch 2012 p. 1094 ; Juge délégué CACI 22 janvier 2015/84 consid. 3.2.2). En cas de capacités équivalentes, la disponibilité des parents est déterminante, surtout chez les enfants en bas âge. En cas de disponibilité équivalente, la stabilité et les relations familiales sont à examiner. Selon les circonstances, la disponibilité peut cependant céder le pas à la stabilité. Enfin, en fonction de l'âge, il peut être tenu compte du désir de l'enfant. Ces critères peuvent être mis en balance avec d'autres, tels que la volonté d'un parent à coopérer avec l'autre ou la nécessité de ne pas séparer la fratrie (TF 5A_834/2012 du 26 février 2013 consid. 4.1). La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exerçant en commun l'autorité parentale se partagent la garde de l'enfant pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois (Message concernant la révision du code civil suisse [entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013, FF 2014 511 [ci-après : Message], 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 [édit.], Bâle 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).

E. 5.2.2

Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé. L'appelant doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée (TF 4A_97/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3) ou si elle ne contient que des critiques toutes générales et superficielles de la décision attaquée ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et l'instance d'appel ne peut entrer en matière (TF 4A_593/2015 du 13 décembre 2016 consid. 5.1 ; TF 4A_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2.1 ; TF 4A_61/2016 du 10 mai 2016 consid. 4 ; TF 4A_580/2015 du 11 avril 2016 consid. 2.2, non publié à l'ATF 142 III 271 ; TF 5A_488/2015 du 21 août 2015 consid. 3.2.1, publié in RSPC 2015 p. 512 ; TF 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 3.1, publié in RSPC 2015 p. 52 ; TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2).

E. 5.3.1

En l'espèce, l'appelant expose que les premiers juges n'auraient pas correctement apprécié le bien-être des enfants, ou, en d'autres termes, leur intérêt bien compris, en attribuant la garde de fait à l'intimée. Il se prévaut en particulier de leur volonté clairement affirmée à maintes reprises de vivre auprès de lui pour revendiquer leur garde de fait. Par ailleurs, il remet en cause l'expertise pédopsychiatrique du 28 juillet 2015, en particulier ses conclusions sur lesquelles les magistrats de première instance se sont appuyés, soulignant de nombreux traits ou circonstances négatives relevées par les experts quant à l'attitude ou aux capacités parentales maternelles, dont les experts n'auraient tenu aucun compte au moment de préconiser le statu quo, soit le maintien de la garde à l'intimée. Il considère que l'expertise serait ancienne et que les considérations sur lesquelles l'autorité précédente s'est fondée ne seraient plus d'actualité. Il relève encore que l'intimée persisterait à vouloir s'approprier les enfants en les appelants non par le premier de leurs prénoms, mais par le second, ce qui prouverait qu'elle ne serait pas réceptive aux observations des professionnels à ce sujet. Enfin, il relève que le maintien de la garde à la mère était préconisé par les experts sous réserve que certaines mesures thérapeutiques soient mises en œuvre et se prévaut de l'absence d'attestation formelle y relative au dossier de la cause. En conclusion, l'appelant expose que l'expertise comporterait des zones d'ombre et que les premiers juges ne pouvaient pas en reprendre les conclusions. Il sollicite une expertise complémentaire afin que les experts actualisent leurs conclusions et lèvent les zones d'ombre entachant selon lui le premier rapport. Ce faisant, l'appelant ne prend pas position de façon circonstanciée sur les différents éléments appréciés par les premiers juges, mais se limite à faire prévaloir sa

propre vision du dossier, contrairement au devoir de motivation qui lui incombe (cf. supra consid. 5.2.2). Ainsi, il ne dit pas en quoi l'appréciation du contenu de l'audition des enfants, que les magistrats de première instance ont fortement nuancée eu égard à la pression paternelle exercée sur eux, serait erronée ou contredite par d'autres éléments du dossier. S'agissant ensuite du contenu de l'expertise et de la réquisition d'une expertise complémentaire, il faut relever que l'appelant a allégué en procédure le contenu de l'expertise lui étant favorable (cf. all. 44 ss de la réponse du 24 octobre 2016), sans toutefois remettre en cause formellement les conclusions dudit rapport et, en particulier, sans solliciter de complément ou d'actualisation du rapport d'expertise. Il n'a pas davantage requis une telle mesure d'instruction à l'occasion de l'audience de premières plaidoiries du 24 mars 2017 et l'ordonnance rendue à la suite n'en fait pas état. Le fait que, comme en atteste le prononcé du 19 novembre 2015, l'appelant a sollicité un complément lors de la reddition du rapport, dans le cadre de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, n'est pas déterminant. En effet, le temps s'étant écoulé dans l'intervalle et le cadre procédural strict de la procédure contentieuse de divorce impliquaient qu'il renouvelle dans ce contexte, s'il le jugeait nécessaire, sa requête tendant à une actualisation de l'expertise, laquelle est à ce stade manifestement tardive. Pour le surplus, il faut constater, à l'instar des premiers juges, que le rapport d'expertise est complet, parfaitement compréhensible et exempt de contradictions ; en particulier, face à des parents connaissant tous deux des difficultés personnelles et présentant tous deux des capacités parentales amoindries, les experts ont apprécié la situation et préconisé le maintien de la garde à la mère pour autant qu'elle accepte les mesures préconisées pour les enfants et si possible pour elle-même. Là également, en tant que l'appelant liste les éléments de l'expertise défavorables à l'intimée sans prendre position sur les éléments défavorables le concernant retenus par les magistrats, il ne satisfait pas à son devoir de motivation circonstancié de l'appel.

E. 5.3.2.1

Nonobstant les aspects formels relevés ci-avant et compte tenu de la maxime inquisitoire illimitée applicable (art. 296 al. 1 CPC), il faut constater que l'appréciation des premiers juges est parfaitement justifiée. Il ressort effectivement de l'expertise que même si les compétences parentales de l'intimée n'ont pas été exemptées de critique par les experts, celles de l'appelant sont tout aussi limitées, bien que différemment. En particulier, les conclusions du SPJ relatives dans l'expertise révèlent que H. _____ avait fait part de l'importante pression subie de la part de son père pour qu'elle aille vivre chez lui. Les experts ont d'ailleurs souligné que le discours de cette enfant était plaqué et influencé par son père. Ils ont également relevé que lors des entretiens avec l'appelant, la majorité du temps était utilisée pour dénigrer les compétences maternelles et mettre en avant les difficultés des enfants. Il ressort en outre de l'analyse de la relation « père-enfants » que si la dépression paternelle, notamment en lien avec l'absence des enfants, était perçue par ceux-ci, l'appelant la maniait comme un secret de polichinelle et se positionnait alors face à ses enfants à la fois comme leur sauveur (de leur mère) et comme une victime (de leur mère), interchangeant ainsi les rôles avec ses enfants. Dans leurs conclusions, les experts ont d'ailleurs relevé que les enfants semblaient occuper une place d'objets antidépresseurs dans la vie de l'appelant, qui paraissait et restait encore fragile. Ils ont insisté sur le fait que les difficultés des enfants étaient assimilées par l'appelant à un manque de compétences éducatives de l'intimée, sans aucune remise en question de lui-même, que celui-ci avait fini par instrumentaliser les enfants et les utiliser dans le conflit qui l'opposait à l'intimée et qu'il transmettait une image maternelle négative sans aucun filtre aux enfants, alimentant ainsi le

conflit de loyauté, alors que l'intimée paraissait plus nuancée et distante du conflit conjugal. S'agissant enfin des compétences parentales de l'appelant, les experts ont souligné que les enfants avaient peu d'espace pour s'exprimer librement et pour être accueillis dans leur spontanéité ainsi que leur singularité et ont observé une certaine carence dans la stimulation intellectuelle, aussi bien dans le jeu qu'en matière d'apprentissages, ce qui compliquait l'encadrement scolaire. Partant, le choix des premiers juges de favoriser celui des parents le plus à même de préserver le lien avec l'autre parent, ainsi que de préserver une stabilité dans la prise en charge des enfants, qui vivent depuis 2013 avec leur mère, ne souffre d'aucune remise en question. Cela se justifie d'autant plus que, comme les magistrats l'ont relevé, les reproches faits à la mère n'ont pas été relayés par le SPJ, lequel suit les enfants depuis l'institution de la curatelle d'assistance éducative et de surveillance des relations personnelles, en 2015. Or le SPJ, qui assume toujours le suivi de la mesure précitée par l'intermédiaire de l'assistant social Q._____, n'a relevé aucun élément à l'intention des premiers juges qui pourrait faire douter de la permanence de l'attribution de la garde à la mère, ainsi que cela ressort du rapport du 28 juillet 2016 au dossier. Ledit rapport fait d'ailleurs état du suivi des enfants à la consultation Les Boréales, impliquant parfois les parents et parfois également le curateur, ce qui démontre que, contrairement à ce que prétend l'appelant, l'intimée a suivi les recommandations des experts psychiatres de 2015. La volonté exprimée par les enfants des parties lors de leur audition en cours de procédure ne suffit pas à renverser cette appréciation. Ainsi que l'autorité précédente l'a retenu, le contenu de cette audition doit être apprécié à la lumière du contexte de l'espèce, qui voit le père exercer une pression importante sur les enfants et dénigre les compétences maternelles, renforçant le conflit de loyauté dans lequel les enfants sont pris, selon ce qu'avaient constaté les experts psychiatres en 2015 déjà et qui se traduit à nouveau dans les déclarations des enfants, dont le jugement relève qu'elles dénotaient une pression extérieure de la part du père.

E. 5.3.2.2

L'appelant se prévaut des faits survenus le 30 janvier 2018 à son domicile, soit le fait que H._____ refusait de retourner chez sa mère en fin de journée, ce qui avait conduit l'appelant à appeler la police, du fait que lui-même n'en avait pas la garde. L'intéressé qualifie cet événement de fugue et estime qu'il témoigne du profond malaise des enfants et, en particulier, de la permanence de la volonté exprimée par H._____ de vivre auprès de son père et de la nécessité d'entendre enfin ce qu'elle a à dire. Il faut cependant relativiser cet incident, qui résulte d'un conflit entre la jeune H._____, 12 ans, et sa mère, ainsi que la première l'a exprimé aux policiers qui sont intervenus. Il ressort en effet du rapport d'intervention policière que H._____ a exposé qu'elle vivait une situation difficile au domicile maternel depuis la séparation de ses parents et aurait voulu rester chez son papa. Cela étant, il ressort également dudit rapport que les policiers ont effectué une médiation et que H._____ a regagné le domicile maternel, ce qui atténue d'emblée l'importance à donner à cet épisode. Au surplus, il convient de le replacer dans son contexte, soit celui d'une séparation parentale conflictuelle depuis plusieurs années, au milieu de laquelle l'enfant H._____ est soumise à un conflit de loyauté, outre que l'entrée dans l'adolescence la pousse vraisemblablement à jouer de toute la marge de manœuvre envisageable pour remettre en cause l'autorité parentale et plus particulièrement celle du parent qui en a la charge au quotidien, soit l'intimée.

E. 5.3.2.3

Au vu du résultat de l'instruction et des constatations qui précèdent, il ne se justifie pas d'entendre à nouveau les enfants des parties, ni de solliciter un complément d'expertise, la Cour de céans étant suffisamment renseignée. Au surplus, l'existence du conflit de loyauté entacherait vraisemblablement à nouveau la portée des déclarations des enfants, qui se trouveraient une fois de plus instrumentalisés, ce qu'il y a lieu d'éviter.

E. 5.3.3

En définitive, la conclusion de l'appelant tendant à ce que la garde de fait des enfants H._____ et I._____ lui soit attribuée doit être rejetée et le jugement confirmé à cet égard, ce qui implique qu'il n'y a pas lieu de réexaminer la situation sur le plan de l'entretien des enfants, ni de donner suite aux réquisitions de l'appelant portant sur la situation financière de l'intimée, dont on relèvera au surplus qu'elle ressort précisément du jugement entrepris, dont l'appelant a renoncé à contester l'état de fait.

E. 6.1

En ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial, l'appelant reproche à l'autorité précédente d'avoir écarté sa prétention en remboursement de parts de loyer versées, soit un tiers du loyer du mois de juin 2013 et l'entier de celui du mois de juillet 2013, pour un total de 1'033 fr. après compensation avec un montant de 115 fr. dû à l'intimée selon le jugement attaqué. Il soutient que dans la mesure où il s'est acquitté de ces parts de loyer alors que la séparation des parties était effective et où l'intimée avait obtenu la jouissance du logement conjugal, cette charge devrait être supportée par celle-ci. Les premiers juges ont retenu que chacune des parties soutenait avoir payé les parts de loyers correspondantes et que si l'appelant avait produit l'original des récépissés attestant du paiement, l'intimée en avait produit une copie, de sorte qu'il n'était pas possible de déterminer qui avait payé ces montants, si bien que la prétention devait être rejetée.

E. 6.2

L'appelant se prévaut du fait que les récépissés originaux étaient en sa possession et du fait qu'il avait quitté le domicile conjugal avant d'effectuer ledit paiement pour en déduire que n'ayant plus accès audit logement, la possession des quittances de paiement attesterait du fait qu'il en serait l'auteur. Ce faisant, l'appelant ne prend pas position sur le constat des magistrats de première instance selon lequel l'intimée disposait des copies des récépissés, ni sur la déduction qu'ils en ont tirée, à savoir que l'on ne pouvait pas déterminer, de ce fait, qui était à l'origine du paiement. Pour sa part, l'intimée se rallie au raisonnement des premiers juges, tout en maintenant avoir payé elle-même ces loyers et, pour le surplus, invoque la prescription annuelle de la prétention en application de l'art. 67 al. 1 CO.

E. 6.3

En l'espèce, il ressort des pièces au dossier que les bulletins de versement relatifs au paiement du loyer de l'appartement et du garage étaient libellés par la gérance immobilière au nom de l'appelant. Ce nonobstant, il ressort d'une comparaison des pièces produites, d'une part le 16 juin 2017 par l'intimée sous n° 153 et, d'autre part, par l'appelant à l'audience du 18 août 2017, que les récépissés correspondants ne portent pas la même date de paiement. En effet, les pièces produites par l'appelant se rapportent à des paiements effectués le 2 juillet 2013, tandis que celles produites en copie par l'intimée portent le timbre du 27 juillet suivant, ce qui laisse à penser que ce ne sont pas les mêmes parts de loyer qui sont concernées. Si le loyer est en principe payable par mois d'avance, en conformité avec les Règles et usages locatifs du canton de Vaud (RULV) auxquelles

renvoient le contrat de bail du logement conjugal, il faut constater que les pièces produites par l'une et l'autre partie se réfèrent à des loyers versés au-delà de l'échéance stipulée dans ce contrat et que l'on ignore tout de la marge de tolérance dont elles jouissaient à ce titre auprès de la gérance. Ainsi, faute de savoir quels loyers étaient dus au 2 juillet 2013, respectivement au 27 juillet suivant, il n'est pas possible de déterminer si l'appelant a bien réglé les loyers courants ou un arriéré, ni si les versements effectués par l'intimée le 27 juillet suivant ne portaient pas sur le loyer dû pour août 2013. Dans ces circonstances, le constat des premiers juges selon lequel on ignore l'identité de l'auteur du paiement reste valable. L'appelant supportant le fardeau de la prétention correspondante (art.

E. 8

CC), il faut constater qu'il échoue à l'établir et qu'elle doit être rejetée. A toutes fins utiles, on précisera, sous l'angle de la prescription invoquée par l'intimée, que celle-ci ne s'en est pas prévalu avant la fin de la clôture de l'instruction en première instance, de sorte que le moyen correspondant ne peut en tout état de cause plus être invoqué en appel. En effet, une exception de droit matériel ne peut être introduite en appel que si les conditions de l'art. 317 CPC sont remplies (TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.6 ; TF 4A_432/2013 du 14 janvier 2014 consid. 2.2, publié in RSPC 2014 p. 258 ; cf. TF 4A_305/2012 du 6 février 2013 consid. 3.3 concernant la prescription), ce qui n'est pas le cas ici. 7. 7.1 En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement confirmé. 7.2 L'appelant a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel. Une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 CPC). En l'occurrence, l'appelant remplit ces deux conditions cumulatives. Il y a dès lors lieu de lui accorder l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel avec effet au 7 décembre 2017, Me David Millet étant désigné en qualité de conseil d'office et l'intéressé étant astreint à payer une franchise mensuelle de 50 fr. à titre de participation aux frais de procès, dès et y compris le 1^{er} juillet 2018. 7.3 Vu l'issue de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelant (art. 106 al. 1 CPC). Toutefois, dès lors que celui-ci bénéficie de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, ces frais seront provisoirement assumés par l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). L'appelant versera en outre à l'intimée de plein dépens de deuxième instance, lesquels peuvent être arrêtés à 2'500 fr. (art. 7 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]) au vu du travail effectué pour la rédaction de la réponse et de la participation à l'audience de conciliation du 18 avril 2018. 7.4 7.4.1 Le conseil d'office a droit au remboursement de ses débours et à un défraiement équitable, qui est fixé en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps qu'il y a consacré ; le juge apprécie l'étendue des opérations nécessaires pour la conduite du procès et applique un tarif horaire de 180 fr. s'agissant d'un avocat, respectivement de 110 fr. pour un avocat-stagiaire (art. 2 al. 1 let. a RAJ [Règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]). 7.4.2 Me David Millet, conseil d'office de l'appelant, a produit une liste de ses opérations le 13 juin 2018, faisant état d'un temps consacré au dossier de 13 heures et 30 minutes, dont 10 minutes effectuées par un avocat stagiaire lors de la période du 7 décembre 2017 au 13 juin 2018, ainsi que de débours d'un montant de 209 fr. 50, comprenant notamment le forfait de vacation afférent à l'audience de conciliation du 18 avril 2018, TVA sur le tout à 8, respectivement 7,7 % en sus. Les postes « Copie[s] » facturés dans les débours pour un montant total de 20 fr. 40, se rapportent à des doubles

(des écritures et autres documents envoyés ou des pièces produites par le mandant) et non à la photocopie du dossier judiciaire en cours ; ils constituent dès lors des frais de photocopie compris dans les frais généraux couverts par le tarif horaire applicable et doivent par conséquent être exclus (cf. TF P 421/80 du 8 octobre 1980 consid. 4b ; CREC 14 novembre 2013/377). Il en va de même des autres postes de débours facturés à 30 ct. la page pour un total de 34 fr. 20, soit les coûts d'impression des différentes écritures ou de la correspondance. Pour le surplus, les opérations invoquées ne prêtent pas le flanc à la critique et peuvent être indemnisées telles quelles. En définitive, sous déduction des coûts de copie et d'impression susmentionnés, l'indemnité revenant à Me Millet doit être arrêtée à 2'418 fr. 35 à titre d'honoraires, à $(209.50 - 20.40 - 34.20)$ 154 fr. 90 à titre de débours y compris la vacation, TVA sur le tout (à 7,7 %, respectivement 8 %) en sus, par 205 fr. 90, soit un total de $(2'418.35 + 154.90 + 205.90)$ 2'779 fr. 15, montant arrondi à 2'780 francs.

7.4.3 Me Aurélien Michel, conseil d'office de l'intimée, a produit une liste de ses opérations le 11 juin 2018, faisant état d'un temps consacré au dossier de 14 heures et 20 minutes pour la période du 23 janvier 2018 au 11 juin 2018, ainsi que de débours d'un montant de 167 fr. 50 comprenant notamment le forfait de vacation afférent à l'audience de conciliation du 18 avril 2018 et incluant déjà la TVA, décomptée à 7,7 %. Ce décompte peut être admis, sous réserve des opérations liées à la transmission purement informative de courrier au client ou au conseil adverse, décomptées à hauteur de 5 minutes chacune, qui ne comprennent pas de travail intellectuel d'avocat mais sont assimilables à du travail de secrétariat inclus dans les frais généraux couverts par le tarif horaire (cf. CREC 11 mars 2016/89 ; CREC 3 août 2016/301 ; CREC 11 août 2017/294) : ce sont en l'espèce 8 envois (envois des 28.2.18 ; 14.3.18 ; 21.3.18 ; 29.3.18 ; 24.4.18 ; 25.4.18) totalisant 40 minutes qui doivent être retranchés à ce titre. En définitive, l'indemnité due à Me Michel comprend $(14h20 - 40' = 13h40' \times 180.-)$ 2'460 fr. d'honoraires, 157 fr. 50 de débours y compris la vacation, TVA à 8 % (et non à 7,7 %) sur le tout, par 209 fr. 40, soit un total de 2'826 fr. 90, montant arrondi à 2'830 francs.

7.5 Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.