

VD_GERICHTE ME18.042032 vom 9. November 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ME18.042032

FR: VD_GERICHTE ME18.042032 du 9 novembre 2018

IT: VD_GERICHTE ME18.042032 del 9 novembre 2018

Erwägungen

E. 4

septembre 2018, J. _____ s'était déplacé à la résidence de B. _____ afin de recueillir ses enfants, qu'il avait trouvé porte close, qu'il avait su quelques jours plus tard que la mère et les garçons étaient en Suisse, que la prénommée avait soutenu que A.D. _____ et B.D. _____ seraient de retour au Portugal le 12 septembre suivant afin d'attendre le début des cours, que les mineurs n'étaient pas retournés au Portugal, leur mère ayant écrit qu'elle désirait résider en Suisse pour travailler et que ses fils restent avec elle, mais que A.D. _____ souhaitait retourner au Portugal et vivre auprès de son père, si ce dernier était d'accord, ce que J. _____ n'avait pas voulu. En préambule à leur rapport du 22 octobre 2018, P. _____, cheffe de l'Unité évaluation et missions spécifiques, X. _____ et L. _____, assistantes sociales pour la protection des mineurs auprès du SPJ, ont noté qu'elles s'étaient notamment entretenues le 11 octobre 2018 avec B. _____ à son domicile et qu'elles avaient rencontré ce jour-là A.D. _____ et B.D. _____, avec lesquels elles s'étaient entretenues individuellement le 16 octobre 2018. Au terme de leur rapport, elles ont conclu qu'il n'était pas nécessaire de prendre quelque mesure de protection que ce soit à l'égard des enfants A.D. _____ et B.D. _____, les conditions matérielles, éducatives, affectives et sociales dans

- 12 - lesquelles vivaient les prénommés, qui n'étaient pas en danger dans le contexte actuel, étant adéquates. Selon le rapport, B. _____ a soutenu que du temps de la vie commune, le père des enfants travaillait beaucoup, cumulant deux emplois, et avait tendance à sortir avec des amis, qu'elle avait quitté son travail pour s'occuper des enfants et du ménage, que des disputes étaient apparues ainsi que des violences conjugales, dont deux épisodes particulièrement marquants en 2012 et 2015, en présence des enfants, et qu'elle avait déposé plainte pour la retirer ensuite. Elle a ajouté que J. _____ prenait les enfants à sa guise et avait plusieurs fois rendu l'exercice du droit de visite difficile, se montrant menaçant à son égard et ne tenant pas compte de la souffrance des enfants, utilisant la force au lieu de dialoguer et d'écouter ses fils. A.D. _____ et B.D. _____ avaient fait le choix de rester auprès d'elle en Suisse, mais elle avait prévu de les laisser retourner durant les périodes de vacances et les week-ends au Portugal et était prête à participer aux frais de voyage. Elle n'envisageait pas que ses fils vivent chez leur père étant donné qu'il s'en était peu occupé et que ces derniers s'y refusaient. Elle avait souhaité créer en Suisse une situation favorable pour elle d'un point de vue professionnel et vu les difficultés pour trouver un emploi à 45 ans au Portugal. Elle voulait offrir à ses enfants la possibilité de s'épanouir (elle avait tenté de créer des conditions favorables au Portugal, mais le père les mettait à mal) et d'accéder à des études. Elle soutenait qu'elle avait signalé à plusieurs reprises à J. _____ qu'elle cherchait à s'établir en Suisse et que ce dernier avait réagi en saisissant la justice et toutes les autorités possibles pour la dénoncer, ne parvenant pas à

écouter la demande de ses enfants qui voulaient rester en Suisse. B. _____ soutenait par ailleurs que les enfants étaient réticents à parler avec leur père et ne répondaient pas à ses sollicitations quotidiennes, que le père la « harcelait » par téléphone et avait menacé de venir à Lausanne pour chercher ses fils de force, que A.D. _____, qui voulait préalablement retourner au Portugal à cause de ses attaches amicales, refusait de rentrer auprès de son père car il trouvait l'attitude de ce dernier peu engageante et que B.D. _____, qui n'avait pas beaucoup de liens avec son père, voulait vivre avec elle. A.D. _____ a pour sa part indiqué au SPJ que ses parents étaient séparés depuis un certain temps et ne s'entendaient pas, que sa mère ne trouvait

- 13 - pas de travail, qu'elle avait exposé à son père qu'elle souhaitait venir en Suisse, mais que cette idée ne lui avait pas plu et que ni lui ni son frère ne voulaient rentrer au Portugal. A.D. _____ avait au Portugal une situation scolaire et amicale normale, malgré la séparation de ses parents. Jusqu'à leur arrivée en Suisse, son frère et lui faisaient de la natation. Son projet initial était de tenter de vivre chez son père jusqu'à la fin de l'année civile et d'envisager de rejoindre sa mère et B.D. _____ en Suisse si cela ne lui convenait pas. Son père ayant refusé cet essai car il voulait obtenir la garde, A.D. _____ avait préféré maintenir son lieu de vie auprès de sa mère et de son frère en Suisse. Il pensait que ses amis allaient beaucoup lui manquer, mais il conservait des liens quotidiens avec ses amis portugais via les réseaux sociaux et par téléphone, ce qui le contentait. Il estimait qu'il pouvait avoir un futur meilleur en Suisse et s'y sentait bien. Son père le contactait « à chaque heure et minute, il [était] embêtant » et avait demandé à deux de ses camarades d'école de le convaincre de rentrer au Portugal, son parrain et son oncle lui demandaient aussi d'y retourner, mais il se disait indifférent à ces pressions car il était clair pour lui que son avenir était ici. Il parlait quotidiennement de la situation avec sa mère avec qui il s'entendait bien ; il était protecteur envers son frère, mais savait qu'il allait bien. Le contexte était toutefois pesant au vu des nombreux professionnels intervenant, et ces événements avaient un peu endommagé sa relation avec son père, lui faisant répéter qu'il ne voulait pas rentrer au Portugal. A.D. _____ a enfin confié que son père n'avait pas donné suite aux sollicitations du Tribunal de Porto et que l'audition initialement prévue le 15 octobre 2018 au Consulat portugais de Genève avait été annulée. B.D. _____ avait semblé un peu inquiet de rencontrer le SPJ ; il pensait que sa mère lui avait parlé de l'intervention de ce service, mais il ne se souvenait pas clairement de ce qu'elle lui avait dit. Il n'avait aucun souvenir de la vie commune de ses parents au Portugal pas plus qu'il ne se souvenait de leur séparation ni de les avoir vu communiquer ou se disputer ; il avait vécu avec ses parents et son frère dans un appartement puis, avec son frère et sa mère dans une maison. Il n'appréciait pas de se rendre chez son père durant le droit de visite, mais n'avait pas d'éléments précis pour l'expliquer, mais il n'avait pas la même connexion avec son père qu'avec sa mère et ne se sentait pas à l'aise en

- 14 - sa présence. Lors du droit de visite, ils allaient rarement au cinéma, mais quelquefois au parc ; il ne se souvenait pas de l'appartement de son père. Il se sentait bien au Portugal, mais il préférerait rester en Suisse, où il se projetait, et voudrait aller au Portugal durant les vacances voir ses amis (il n'avait pas de liens avec ses grands-parents et ses cousins). B.D. _____ n'avait pas de contact avec son père depuis plus d'un mois et ne savait pas s'il avait envie d'en avoir, même par téléphone ; il se sentirait toutefois à l'aise de solliciter sa mère s'il venait à vouloir lui parler. B.D. _____ était content d'être en vacances en Suisse, mais ne pouvait pas se prononcer quant à l'école puisqu'il ne s'y était pas encore

rendu ; il était cependant confiant de sa future intégration en classe d'accueil. Il avait interrogé le SPJ sur le fait que sa mère avait la garde de fait, ce qui supposait qu'elle pouvait prendre la décision du départ seule. Par réponse du 22 octobre 2018, accompagnée des rapports d'audition des enfants A.D. _____ et B.D. _____, Me Olivier Boschetti, a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions du demandeur et, reconventionnellement, à ce que la Chambre des curatelles ordonne au Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne de reprendre la procédure référencée [...]. Procédant par ailleurs sur la requête de mesures de protection immédiate de J. _____, le curateur a admis la conclusion I de celle-ci et a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de toutes les autres conclusions. A l'appui de sa réponse, il notait que les enfants avaient suivi leur mère librement en Suisse, qu'ils avaient évoqué que la relation avec leur père était assez bonne, sans pour autant être parfaite, que J. _____ ne manquait pas aux enfants au point que ceux-ci veuillent retourner au Portugal, qu'ils n'entendaient pas être placés sous la garde de leur père et qu'il y avait lieu de prévoir un droit de visite pour celui-ci tenant compte du contexte actuel de la situation familiale. Par courrier de son conseil du 22 octobre 2018, J. _____ a précisé qu'il n'avait eu qu'un seul contact via Facebook avec son fils aîné depuis que celui-ci avait quitté le Portugal et qu'il lui semblait être dans l'intérêt des enfants qu'un droit de visite soit maintenu le temps de la procédure, par Skype par exemple. Dans un courriel à son conseil du 23

- 15 - octobre 2018, il s'est notamment étonné du fait qu'un enfant soit préoccupé par les problèmes liés à l'argent et à la situation économique ou change radicalement d'opinion sur son lieu de résidence en quelques jours. Par courrier du 29 octobre 2018, Me Olivier Boschetti a confirmé qu'il n'avait aucune remarque ni détermination à présenter au sujet du rapport du SPJ. Par courrier de son conseil du 30 octobre 2018, J. _____ s'est déterminé sur le rapport du SPJ du 22 octobre 2018. Par lettre du 2 novembre 2018, Me Matthieu Genillod a requis l'assistance judiciaire pour B. _____ et le report de l'audience, ce à quoi J. _____ s'est opposé par courriel du 5 novembre 2018 s'agissant d'une cause méritant une diligence toute particulière. Par lettre du 5 novembre 2018, la juge déléguée a rejeté la requête de renvoi d'audience de B. _____, rappelant que conformément à l'art. 11 ClaH80, les autorités judiciaires ou administratives de tout Etat contractant devaient procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant (al. 1) et en principe dans un délai de six semaines depuis leur saisine (al. 2). Dans des déterminations du 5 novembre 2018, accompagnées d'un bordereau de deux pièces, J. _____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de la conclusion prise par le curateur dans sa réponse du 22 octobre 2018, notant en particulier des contradictions dans les déclarations de A.D. _____ qui avait notamment soutenu au SPJ que l'idée de partir en Suisse n'avait pas plu à son père alors qu'il avait déclaré au curateur que le déplacement en Suisse avait été discuté avec la mère au préalable, mais pas avec le père. Par courrier du 7 novembre 2018, Me Olivier Boschetti s'est brièvement déterminé sur les déterminations du demandeur du 5 novembre 2018, notant que si les enfants ne voulaient pas retourner au Portugal et/ou auprès de leur père, c'était en raison du fait qu'ils se

- 16 - trouvaient bien en Suisse et qu'ils n'estimaient pas leur relation suffisamment bonne pour vivre avec lui. Par lettre du 8 novembre 2018, B. _____ a requis par son conseil Romain Deillon, l'assistance judiciaire, qui lui a été accordée par ordonnance du même jour avec effet au 6 novembre 2018. La prénommée se voyait en conséquence exonérée d'avance et de frais judiciaires, assistée du conseil d'office prénommé et astreinte à verser

au bureau compétent une franchise de 50 francs. Egalement le 8 novembre 2018, B._____ s'est déterminée sur la demande et sur les déterminations du demandeur du 5 novembre 2018. Elle a conclu, principalement et sur le fond, sous suite de frais et dépens, au rejet de la demande en retour d'enfants déplacés illicitement déposée par J._____ et, subsidiairement, à la suspension de la procédure pendante devant le Tribunal cantonal jusqu'à droit connu sur le procès ouvert auprès du Tribunal judiciaire de [...] Quant aux conclusions prises à titre de mesures provisionnelles, elle a admis la conclusion I et a conclu au rejet de toutes les autres conclusions.

E. 4.1

En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a, 3 et 12 al. 1 CLaH80), à moins qu'une exception prévue à l'art. 13 CLaH80 ne soit réalisée.

E. 4.2.1

L'intimée soutient que le requérant aurait adhéré à son projet de se rendre en Suisse.

- 25 -

E. 4.2.2

La première exception prévue à l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 prévoit que l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque le parent ravisseur qui s'oppose à ce retour établit que l'autre parent, qui avait le soin de l'enfant, n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non- retour. La CLaH80 ne prévoit pas de présomption relative à l'accord au déplacement des enfants, mais exige la preuve de ce consentement (art. 13 al. 1 CLaH80), laquelle doit répondre à des exigences particulièrement élevées (TF 5A_1003/2016 du 14 janvier 2016 consid. 5.1.1 ; TF 5A_705/2014 du 15 octobre 2014 consid. 3.1, avec les nombreuses références). Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui s'oppose au retour de l'enfant (TF 5A_705/2014 du 15 octobre 2014 consid. 3.1 ; TF 5A_285/2007 du 16 août 2007 consid. 4.1) ; il appartient ainsi au parent ravisseur de rendre objectivement vraisemblable (« objektiv glaubhaft zu machen »), en présentant des éléments précis, le motif de refus qu'il invoque (TF 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016 consid. 5.1.1). L'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 exige deux conditions en vue de l'établissement du consentement ou de l'acquiescement, à savoir la renonciation par le parent victime de son droit au retour immédiat de l'enfant et la croyance de l'autre parent à cette renonciation (affaire Family Application 042721/06 G.K. v. Y.K., Family Court Tel-Aviv, référence INCADAT HC/E/IL 939, consultable sur le site internet www.incadat.com). Le Tribunal fédéral suisse a estimé qu'il y avait consentement et acquiescement du parent victime si celui-ci avait accepté, expressément ou implicitement, un changement durable de la résidence de l'enfant. Il appartenait au parent ravisseur d'apporter des éléments de preuve factuels rendant plausible qu'il avait pu croire à ce consentement (TF 5P_380/2006 du 17 novembre 2006, également répertorié HC/E/CH 895 sur le site internet précité ; TF 5P_199/2006 du 13 juillet 2006, également répertorié HC/E/CH 896 sur le site internet précité ; TF 5P_367/2005

- 26 - du 15 novembre 2005, également répertorié HC/E/CH 841 sur le site internet précité). Il convient d'être strict dans cette preuve du consentement imposée au parent qui s'oppose au retour, la volonté de consentir devant se manifester clairement. Un tel consentement peut

cependant découler non seulement de propos ou d'écrits explicites, mais également de l'ensemble des circonstances (TF 5A_822/2013 du 28 novembre 2013 consid. 3.3 ; TF 5A_807/2013 du 28 novembre 2013 consid. 3.1). Le Tribunal fédéral pose des exigences élevées s'agissant de l'admission d'un acquiescement au sens de la disposition précitée, des déclarations conditionnelles étant en particulier insuffisantes. Un consentement donné ne peut pas non plus être retiré par la suite (TF 5A_807/2013 précité). L'acquiescement à un état de fait provisoire ne suffit pas à faire jouer l'exception et seul l'acquiescement à un changement durable de la résidence habituelle constitue une exception au retour au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 (affaire 50b17/08y, Oberster Gerichtshof, 1/4/2008, référence INCADAT HC/E/AT 981, consultable sur le site internet précité). Il y a une certaine réticence à constater un acquiescement lorsque le parent a d'abord essayé de parvenir à un retour volontaire de l'enfant ou à une réconciliation (voir par exemple l'affaire Re H. and Others [Minors] [Abduction: Acquiescence] [1998] AC 72, référence INCADAT HC/E/UKe 46, consultable sur le site internet précité). L'acquiescement se déduit de l'écoulement d'une période suffisante et de l'inaction conjuguée du parent séparé de l'enfant, ce qui démontre une acceptation implicite du changement de situation (affaire Re F. [A Minor] [Child Abduction] [1992] 1 FLR 548, [1992] Fam Law 195, référence INCADAT HC/E/UKe 40, consultable sur le site internet précité). Il n'est pas exigé que le parent agisse immédiatement, dès lors qu'il doit toujours y avoir un temps de réflexion, et il peut apparaître utile qu'une période assez longue s'écoule avant toute initiative, si le parent a pensé qu'une conciliation ou d'autres moyens pouvaient réussir avant d'entamer une procédure judiciaire (affaire H. v. H. [1995] 12 FRNZ 498, référence INCADAT HC/E/NZ 30, consultable sur le site internet précité). Dans une affaire où l'illicéité a été niée, il a été relevé que, si celle-ci avait été reconnue, l'inaction du parent

- 27 - durant environ onze mois aurait traduit un acquiescement au déplacement (affaire Re B. [Child Abduction : Habitual Residence] [1994] 2 FLR 915, [1995] Fam Law 60, référence INCADAT HC/E/UKe 42, consultable sur le site internet précité). Plus récemment, la Chambre des curatelles a déduit du comportement du père, notamment de ses tentatives pour rencontrer l'enfant et trouver un accord avec la mère avant de déposer une assignation en référé quinze jours plus tard, qu'il n'avait pas adhéré au déplacement de l'enfant (CCUR 29 août 2013/217). Savoir si ces éléments sont rendus objectivement vraisemblables est une question de fait ; en revanche, déterminer, sur la base de ceux-ci, s'il existe un motif de refus est une question de droit (TF 5A_520/2010 du 31 août 2010 consid. 3 et la jurisprudence citée ; TF 5P.380/2006 du 17 novembre 2006 consid. 3.2 ; TF P.199/2006 du 13 juillet 2006 consid. 4.1 ; TF 5P.367/2005 du 15 novembre 2005 consid. 7.1).

E. 4.2.3

En l'espèce, l'intimée n'établit pas l'existence d'un consentement quelconque du requérant. D'ailleurs, selon le rapport du curateur, les enfants auraient déclaré qu'ils avaient été préalablement informés du projet de leur mère de venir s'installer en Suisse, mais qu'ils n'ont pas voulu informer leur père de peur que celui-ci ne s'y oppose. Cet élément corrobore la version du requérant, selon laquelle il n'aurait pas été mis au courant des intentions de départ de l'intimée. Le moyen doit être rejeté.

E. 4.3.1

L'intimée a indiqué au SPJ qu'il y aurait eu deux épisodes de violence en présence des enfants et que c'est uniquement elle qui se serait occupée des enfants lorsqu'ils vivaient au Portugal.

E. 4.3.2

En vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que

- 28 - ce retour expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable. Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal (TF 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, in FamPra.ch 2011, p. 505; TF 5A_285/2007 du 16 août 2007 consid. 4.1, in FamPra.ch 2008, p. 213). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort des enfants, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui ; la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (TF 5A_936/2016 du 30 janvier 2017 consid. 6.3 ; TF 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016 consid. 5.1.2 ; TF 5A_930/2014 du 23 décembre 2014 consid. 6.1.2 ; TF 5A_705/2014 du 15 octobre 2014 consid. 4.1 ; ATF 133 III 146 consid. 2.4 ; 131 III 334 consid. 5.3). C'est au parent qui s'oppose au retour de rendre vraisemblable de manière circonstanciée les faits qui seraient constitutifs d'un grave danger pour le bien de l'enfant (TF 5A_537/2012 du 20 septembre 2012 consid. 5). Un tel risque grave est notamment réalisé en cas de retour dans une zone de guerre ou d'épidémie ou s'il y a lieu de craindre que l'enfant sera maltraité ou victime d'abus après son retour, sans que les autorités de l'Etat requérant n'agissent en temps utile (TF 5A_229/2015 du 30 avril 2015 consid. 6.1, FamPra.ch 2015 p. 751). A l'inverse, des difficultés linguistiques ou de réintégration à la suite du retour, plus ou moins inévitables à partir d'un certain âge, ne constituent pas un risque grave de danger psychique (TF 5A_576/2018 du 31 juillet 2018). L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, en clarifiant les cas dans lesquels le retour de l'enfant ne doit pas être imposé pour éviter de le placer dans une situation intolérable. Il s'agit notamment des cas dans lesquels les conditions cumulatives suivantes sont réunies : 1° le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (art. 5 let. a LF-EEA) ; 2° le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de

- 29 - prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui (art. 5 let. b LF-EEA) ; 3° le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (art. 5 let. c LF-EEA) (TF 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 c. 4, in SJ 2010 I 151 ; TF 5A_479/2012 précité c. 5.1 ; TF 5A_550/2012 précité c. 4.2). Les conditions posées à l'art. 5 LF-EEA n'ont pour objet que de clarifier les dispositions conventionnelles, et non pas de se substituer à elles (TF 5A_583/2009 précité). Le terme « notamment » signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention (TF 5A_637/2013 du 1er octobre 2013 consid. 5.1.2 ; TF 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 5.1.2). Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (TF 5A_930/2014 du 23 décembre 2014 consid. 6.1.2 et réf. ; TF

5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151 ; TF 5A_709/2016 du 30 novembre 2016 consid. 5.4.1). Le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même et non les parents, de sorte que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, qui ne constitue pas encore à elle seule une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3, JdT 2005 I 132 ; TF 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.6). Toutefois, il en va autrement pour les nourrissons ; dans ce cas, la séparation d'avec la mère constitue dans tous les cas une situation intolérable. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il en va de même pour un enfant âgé d'à peine 2 ans, qui avait été jusqu'alors pris en charge par la mère et avait à peine vu son père, raison pour laquelle le retour de l'enfant dépendait de celui de la mère (TF 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 6.2.2 ; TF 5A_913/2010 du 4 février 2011 consid. 5.1, publié in FamPra.ch 2011 p. 505 ; TF 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.3, publié in FamPra.ch 2009 p. 791). Néanmoins, quel que soit l'âge de l'enfant, si le placement de celui-ci auprès du parent requérant ne

- 30 - correspond pas à son intérêt (art. 5 let. a LF-EEA), il convient de vérifier s'il n'est pas possible d'imposer au parent ravisseur qu'il raccompagne lui-même l'enfant (art. 5 let. b LF-EEA), un placement auprès de tiers ne devant constituer qu'une ultima ratio, dans des situations extrêmes, si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier (art. 5 let. c LF-EEA) (TF 5A_637/2013 précité consid. 5.1.2 et les réf. citées ; TF 5A_936/2016 du 30 janvier 2017 consid. 6.3.1). Le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de la séparation de l'enfant et du parent de référence, que celui qui crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de raccompagner celui-ci, alors qu'on peut l'exiger de lui, ne peut pas invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour. Sinon, le parent ravisseur pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour (ATF 130 III 535 consid. 2 ; TF 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.4 et 3.8 in fine, publié in FamPra.ch 2009 p. 791). Un retour du parent ravisseur avec l'enfant, au sens de l'art. 5 let. b LF-EEA, ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s'expose à une mise en détention, ou s'il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s'agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu'il retourne dans le pays de dernière résidence de l'enfant aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (TF 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié in SJ 2010 I p. 151 ; TF 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 5.1.2, FamPra.ch 2014 p. 442 = SJ 2014 I 285 ; TF 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 6.2.2, critiqué par Bastien Durel, La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision de retour en cas d'enlèvement international : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2014 ; TF 5A_039/2016 du 30 janvier 2017 consid. 6.3.1). Les motifs de refus au retour doivent être interprétés de manière restrictive. Seuls les dangers réels doivent être pris en compte dans le cadre de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 (TF 5A_576/2018 du 31 juillet 2018 déjà cité).

- 31 -

E. 4.3.3

En l'espèce, l'intimée ne rend pas vraisemblable ses allégations pas plus qu'elle ne démontre en quoi un retour au Portugal des enfants, qui ne sont établis en Suisse que depuis quelques semaines, serait susceptible de les exposer à un danger physique ou psychique ou de les placer dans une situation intolérable. B.D. _____ a déclaré au SPJ qu'il ne se souvenait pas avoir jamais vu ses parents se disputer, A.D. _____ n'a jamais fait état de violence de la part de son père et les deux enfants ont déclaré au curateur que la relation avec leur père était assez bonne, sans pour autant être parfaite. Les enfants sont du reste toujours scolarisés au Portugal, l'aîné étant par ailleurs en dernière année d'école obligatoire et ayant, selon sa mère, de l'avance sur le programme romand. Ils ont conservé leurs amis, y ont de la famille et des activités parascolaires. Enfin, l'intimée n'a pas démontré qu'elle s'était occupée seule des enfants. Dès lors, les allégations de l'intimée, à supposer qu'elles aient été établies, ne sauraient suffire pour retenir un retour intolérable des enfants auprès de leur père au Portugal. Le moyen doit être rejeté. 5. 5.1 L'intimée soutient que les enfants ont manifesté au curateur et au SPJ une volonté claire et ferme de rester en Suisse. 5.2 5.2.1 Selon l'art. 13 al. 2 CLaH80, l'autorité judiciaire ou administrative peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. L'art. 9 al. LF-EEA va plus loin, en prévoyant explicitement que l'enfant doit être entendu d'office, sauf si de justes motifs ne s'y opposent. 5.2.2

- 32 - 5.2.2.1 Pour la manière de conduire l'audition de l'enfant, il y a lieu de s'en tenir à la pratique en relation avec les art. 144 aCC et 314 al. 1 CC. En vertu de l'art.

E. 6

A l'audience du 9 novembre 2018, J. _____ a précisé qu'il avait fait ajouter dans la convention du 28 janvier 2013 une clause tendant à interdire à chacun des parents de quitter le territoire portugais sans l'accord de l'autre dès lors que B. _____ l'avait menacé, après leur séparation, d'emmener les enfants. Reconnaisant qu'il avait accepté que la mère vienne en vacances en Suisse avec les enfants pour leur faire connaître un autre pays que le leur, il a maintenu qu'il n'avait jamais consenti à ce que A.D. _____ et B.D. _____ n'y demeurent. Depuis que ces derniers étaient en Suisse, il avait eu des contacts écrits via Facebook jusqu'au 13 septembre 2018 avec A.D. _____, qui lui avait demandé s'il pouvait lui acheter du matériel scolaire pour sa dernière année d'école obligatoire au Portugal. Il était conscient du fait que si les enfants devaient rentrer au Portugal, il devrait s'en occuper à plein temps, ce qu'il souhaitait parce qu'il avait toutes les conditions pour les avoir auprès de lui. Il avait un appartement suffisamment grand pour accueillir ses fils, à

- 17 - quelques 6 minutes de l'école des enfants, où ils y avaient chacun leur chambre, un travail stable et à plein temps dans la même entreprise depuis plus de 21 ans, un salaire de 2'000 euros et des petits travaux annexes qui lui rapportaient environ 500 euros, ce qui était un salaire acceptable au Portugal. Sa mère et ses trois frères pourraient s'occuper de B.D. _____ lorsqu'il n'était pas à l'école. Enfin les enfants avaient d'autres occupations à côté de l'école (musique et sport), qu'ils pourraient réintégrer sans difficulté. Notant que la cause du départ en Suisse de ses enfants était la sécurité matérielle de B. _____, il rappelait qu'il avait fait une démarche de médiation auprès du Service social international, mais que la prénommée avait refusé d'entrer en matière. Il avait l'impression que les enfants étaient manipulés par leur mère et ne comprenait pas pourquoi il n'était pas parvenu à communiquer avec eux pendant des jours, d'autant que, selon le curateur, sa relation avec eux était assez bonne. Il voulait donc que ses enfants rentrent au Portugal. B. _____ a

reconnu que lorsqu'elle était venue en Suisse pour s'y établir, elle n'avait rien demandé au juge du fait qu'au mois de mai 2018, J. _____ avait demandé la garde partagée que les enfants ne souhaitaient pas, mais a soutenu qu'elle avait informé le père que les enfants seraient en Suisse auprès d'elle et que ce dernier ne lui avait pas répondu. Elle en avait alors fait part au juge et une audience au Portugal avait été fixée le 15 octobre 2018 pour entendre les enfants, procédure qui était du reste toujours pendante dans ce pays. Elle aurait été d'accord d'entrer en matière pour une médiation, mais elle avait été contactée par le Service social international le lendemain du jour où la police était venue chez elle pour saisir les papiers des enfants à la suite des plaintes déposées par le père, ce qui l'avait énervée. Depuis qu'elle était en Suisse, elle avait autorisé les enfants à avoir des contacts avec leur père et ils avaient tous les moyens pour le faire. Elle avait décidé de rester en Suisse lorsque la [...] lui avait proposé, début octobre, de l'engager pour une durée indéterminée et qu'elle avait réalisé qu'elle avait un avenir en Suisse. Elle travaillait 8 à 9 heures par jour et quelques heures le samedi. Les enfants allaient commencer la natation et la personne à qui elle sous-louait son appartement les gardait après l'école pour qu'ils ne soient

- 18 - jamais seuls. Depuis le 3 octobre 2018, elle était inscrite avec ses enfants au Contrôle des habitants de la Commune de [...]. Elle avait obtenu, le 24 octobre 2018, un permis B l'autorisant à séjourner en Suisse jusqu'au 7 octobre 2023. Elle attendait le permis de séjour des enfants et pouvait désormais conclure un bail à loyer en son nom propre. Parlant très peu le français, les enfants avaient été inscrits dès le 28 octobre 2018 au Centre d'accueil pour élèves allophones (CREAL) de Lausanne, où ils étaient très bien, A.D. _____ étant même en avance sur le système suisse, notamment en anglais. Selon attestations de scolarité du 1er novembre 2018, A.D. _____ était scolarisé à l'Etablissement primaire et secondaire du [...] en classe [...] tandis que son frère B.D. _____ était scolarisé à l'Etablissement primaire et secondaire [...] en classe [...], pour l'année scolaire 2018-2019. Elle rappelait qu'elle était venue en Suisse pour des motifs économiques et personnels, J. _____ leur causant des problèmes au Portugal. Elle voulait y conserver sa maison, « dont son ex-compagnon avait demandé la saisie », pour s'y rendre une fois par mois afin que les enfants voient leur père. Elle y avait également ses parents. Me Olivier Boschetti a recontacté les enfants après l'écriture de J. _____ du 5 novembre 2018 et A.D. _____ a confié au curateur qu'il n'avait plus eu de contact via vidéo-conférence avec son père, qu'il recevait souvent des appels de celui-ci aux environs de 22 heures, qu'il ne lui répondait pas parce que c'était trop tard, mais qu'il était toutefois toujours prêt à avoir des contacts avec lui. X. _____ et L. _____ n'ont pas eu connaissance de la situation avant le 14 octobre 2018, date à laquelle elles se sont rendues au domicile de B. _____ pour y récupérer les pièces d'identité de la prénommée et des enfants. Elles n'ont plus eu de contacts avec A.D. _____ et B.D. _____ depuis leur audition du 16 octobre 2018. Les enfants avaient alors déclaré vouloir rester en Suisse avec leur mère, mais vouloir la suivre au Portugal en cas de retour dans leur pays d'origine.

- 19 - En droit : 1. 1.1 La question qui se pose est de savoir si le retour des enfants au Portugal doit être ordonné en application de la CLaH80. 1.2 1.2.1 Le Portugal comme la Suisse ont ratifié aussi bien la CLaH80 que la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96 ; RS 0.211.231.011). La première est entrée en vigueur respectivement le 1er décembre 1983 et le 1er janvier 1984, la seconde respectivement le 1er août 2011 et le 1er juillet 2009. En

vertu de l'art. 50 de la CLaH96, la CLaH96 n'affecte cependant pas la CLaH80 dans les relations entre les Etats parties aux deux conventions, de sorte que le retour des enfants peut être demandé sur la base de la CLaH80 (TF 5A_1003/2016 du 14 janvier 2016 consid. 4 et les références citées). A teneur de l'art. 4 CLaH80, la Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite (al. 1) ; l'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de seize ans (al. 2). En l'espèce, il n'est pas contesté que les enfants déplacés avaient leur résidence habituelle au Portugal, à savoir dans un pays qui a ratifié la CLaH80, avant que l'intimée ne quitte ce pays avec eux et ne s'installe en Suisse. Il s'ensuit que les dispositions de la CLaH80 sont applicables au cas d'espèce. 1.2.2 La Suisse a édicté une loi d'application, la LF-EEA, qui a été adoptée le 21 décembre 2007 et est entrée en vigueur le 1er juillet 2009. Selon l'art. 7 al. 1 LF-EEA, le tribunal supérieur du canton où l'enfant résidait au

- 20 - moment du dépôt de la demande connaît en instance unique des demandes portant sur le retour d'enfants et peut ordonner des mesures de protection. Dans le canton de Vaud, cette instance cantonale unique est la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal (art. 22 al. 1 bis ROTC [règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 ; RSV 173.31.1]). Elle doit procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant et statuer dans un délai de six semaines à partir de sa saisine (art. 11 CLaH80 ; cf. ATF 137 III 529 consid 2.2). 1.2.3 L'art. 24a LProMin prévoit que l'autorité judiciaire compétente en application de la législation fédérale sur l'enlèvement international d'enfants peut charger le service – c'est-à-dire le SPJ, en charge de la protection des mineurs (cf. art. 6 al. 1 LProMin et 3 RLProMin [Règlement du 2 février 2005 d'application de la loi du 4 mai 2004 sur la protection des mineurs, RSV 850.41.1]) – de : (a) l'exécution des mesures nécessaires à la protection de l'enfant (art. 6 LF-EEA) ; (b) l'audition de l'enfant (art. 9 LF-EEA) ; (c) l'exécution de la décision ordonnant et fixant les modalités de retour de l'enfant (art. 12 LF-EEA). 1.2.4 En l'espèce, il est constant que les enfants résidaient dans le canton de Vaud au moment du dépôt de la requête de retour formulée par leur père, de sorte que la Chambre de céans est compétente pour statuer en instance cantonale unique sur cette demande (art. 7 al. 1 LF-EEA). C'est également à bon droit que la Chambre de céans a chargé le SPJ d'évaluer la situation des deux enfants et de déposer un bref rapport à ce sujet (cf. art. 24a LProMin). 2. 2.1 Conformément à l'art. 8 LF-EEA, le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise

- 21 - volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait (al. 1) ; lorsque la voie de la conciliation ou de la médiation ne permet pas d'aboutir à un accord entraînant le retrait de la demande, le tribunal statue selon une procédure sommaire (al. 2). L'art. 9 LF-EEA prévoit que, dans la mesure du possible, le tribunal entend les parties en personne (al. 1) ; il entend l'enfant de manière appropriée ou charge un expert de cette audition, à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres justes motifs ne s'y opposent (al. 2) ; il ordonne la représentation de l'enfant et désigne en qualité de curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques, qui peut formuler des requêtes et déposer des recours (al. 3). 2.2 En l'espèce, la conciliation tentée à l'audience du 9 novembre 2018 a échoué. En outre la médiation n'a pas pu être ordonnée dans la mesure où les parties l'ont refusée. Force est ainsi de constater que les démarches entreprises pour faciliter une solution amiable ont échoué. S'agissant des conditions posées à l'art. 9 LF-EEA, celles-ci ont été respectées dès lors que les parties ont

été entendues ou représentées et que Me Olivier Boschetti, avocat à Lausanne, a été désigné en qualité de curateur pour sauvegarder les intérêts des enfants. Ceux-ci ont été entendus par le SPJ et par leur curateur, indépendamment l'un de l'autre. Les parents ont été entendus par la Chambre de céans à l'audience du 9 novembre 2018. Le droit d'être entendu des intéressés a donc été respecté. 3. 3.1 L'ordonnance de retour suppose que le déplacement soit illicite. 3.2 Selon l'art. 3 al. 1 CLaH80, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite (a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre

- 22 - organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et (b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non- retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. Le droit de garde visé à l'art. 3 al. 1 let. a CLaH80, qui peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État (art. 3 al. 2 CLaH80), comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 5 let. a CLaH80). Pour déterminer le ou les parents titulaires de ce droit, il y a lieu de se référer à l'ordre juridique de l'État de la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour (TF 5A 884/2013 du 19 décembre 2013 consid. 4.2.1 et les références citées), c'est-à-dire tout d'abord aux règles du droit international privé de cet Etat – y compris les conventions internationales – (ATF 136 III 353 consid. 3.5, JdT 2010 I 491), puis au droit matériel auquel il renvoie (TF 5A_550/2012 du 10 septembre 2012, in SJ 2013 125 ; TF 5A_479/2012 consid. 4.3 ; TF 5A_807/2013 du 28 novembre 2013 consid. 2.3.2). La première des sources à laquelle l'art. 3 CLaH80 fait allusion est la loi, quand il dit que la garde peut "résulter d'une attribution" de plein droit. La Convention prévoit ainsi son applicabilité à la protection des droits de garde exercés avant toute décision en la matière, et notamment les cas où l'enfant est déplacé avant qu'une décision concernant sa garde n'ait été prononcée (Rapport explicatif Pérez-Vera, § 68, p. 446, consultable sur le site Internet www.hcch.net, rubriques publications/actes et documents des sessions diplomatiques/actes et documents de la quatorzième session (1980) – enlèvement d'enfants). La doctrine suisse a encore précisé qu'il est incontestable que la Convention devait s'appliquer dans le cas d'une garde conjointe, même si le requérant tend essentiellement à protéger son droit de visite. La Convention ne fait en

- 23 - effet aucune distinction selon que ce droit est exercé par son titulaire seul ou conjointement. Ainsi, en cas de garde partagée, le départ à l'étranger de la mère et de l'enfant, sans l'accord du père ou de l'autorité judiciaire, représente une violation du droit de garde, constitutive d'un enlèvement illicite au regard de la Convention (Bucher, L'enfant en droit international privé, Bâle 2003, n. 478, p. 165 ; Alfieri, Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse, Berne 2016, p. 50). En vertu de l'art. 1906 du Code civil portugais, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. En l'espèce, les parents et enfants ont toujours vécu au Portugal. Une convention instituant l'autorité parentale conjointe a été signée par les parties le 28 janvier 2013, puis une seconde convention réglant l'exercice du droit de visite du père sur ses enfants a été signée le 23 mai 2018, toutes deux ratifiées par le Tribunal de Porto, pour valoir jugement de « Famille et Mineurs ». Le 28 janvier 2013, les parties sont notamment convenues que les responsabilités parentales relatives aux questions revêtant une importance particulière pour la vie des

mineurs sont exercées conjointement par les deux parents (clause 1.2) et que les parents déclarent ne pas s'autoriser à partir à l'étranger avec les enfants sans préavis et sans l'accord de l'autre parent, à condition de connaître à temps les dates de départ et la durée du voyage (clause 7.1). Le requérant a également produit un document adressé par le Ministère de la justice du gouvernement portugais à l'OFJ, confirmant que selon l'accord homologué le 28 janvier 2013, « les responsabilités parentales ont été réglées, demeurant l'exercice conjoint par les deux parents, les mineurs restant aux soins et à la garde de la mère. Plus tard, les responsabilités parentales ont été modifiées en ce qui concerne les visites et les vacances. Pour la loi portugaise, l'exercice conjoint des responsabilités parentales, veut dire que même habitant chez la mère et confiés à sa garde, un des parents ne peut pas décider sur la résidence habituelle, sans l'accord de l'autre ». Il s'agit de la situation dans laquelle,

- 24 - par l'attribution ou le maintien de l'autorité parentale commune le droit de garde n'est pas séparé de l'autorité parentale, les deux parents gardent en commun l'exercice du droit de garde et une simple garde de fait est attribuée au parent qui va vivre avec l'enfant, la liberté décisionnelle étant limitée aux décisions courantes de tous les jours (Alfieri, op. cit. p. 54). Il faut dès lors considérer que le déplacement des enfants, qui avaient leur résidence au Portugal, viole l'autorité parentale du père au sens de l'art. 5 CLaH80, qui comprend le droit de décider du lieu de résidence des enfants. Le déplacement doit en conséquence être considéré comme illicite au sens de l'art. 3 CLaH80. 3.3 Le retour de l'enfant ne peut être ordonné que si la demande a été introduite devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente de l'Etat contractant où se trouve l'enfant dans le délai d'un an depuis le jour du déplacement ou du non-retour (art. 12 al. 1 CLaH80), l'objectif de la convention étant d'assurer le retour au "statu quo ante". En l'espèce, les enfants ont été déplacés début septembre 2018. Le père a déposé sa requête en retour des enfants auprès de la cour de céans le 3 octobre 2018, de sorte que le délai susmentionné est respecté. 4.

E. 6.1

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'ordonner le retour de B.D._____ et de A.D._____ au Portugal. Un délai fixé au 22 décembre 2018 est imparti à la mère, respectivement au SPJ, afin d'organiser le retour d'une manière conforme à l'intérêt des enfants.

E. 6.2

Le SPJ sera chargé de l'exécution du retour de l'enfant, en tant qu'elle aura effet sur le territoire suisse (art. 11 al. 2 LF-EEA). Dans cette perspective, les passeports de B.D._____ et de A.D._____ déposés au greffe de la Chambre des curatelles du canton de Vaud sont tenus à disposition du SPJ, à charge pour ce service de les restituer au moment du départ des enfants. Conformément à l'art. 12 al. 2 LF-EEA, le SPJ s'efforcera d'obtenir l'exécution volontaire de la présente décision, à défaut de quoi il décidera qui accompagnera les enfants lors de leur retour, que ce soit l'un des parents ou un tiers, les mesures de protection prononcées le 4 octobre 2018, savoir le dépôt au greffe de la Chambre des curatelles, par B._____, de ses documents d'identité et ceux de B.D._____ et de A.D._____ ainsi que l'interdiction de quitter le territoire suisse sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 du Code pénal suisse, demeurant en vigueur jusqu'au retour effectif des enfants au Portugal et les documents d'identité étant tenus à disposition du SPJ en vue de l'exécution du retour. 7. 7.1 Selon l'art. 14 LF-EEA, l'art. 26 CLaH80 est applicable aux frais judiciaires et des procédures d'exécution menées

aux niveaux cantonal et fédéral. L'art. 26 al. 2 CLaH80 prévoit que l'autorité centrale et les autres services publics des Etats contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention ; notamment, ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais

- 37 - et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat. La présente décision doit donc être rendue sans frais. 7.2 7.2.1 Le requérant, qui obtient gain de cause et qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens destinés à couvrir les honoraires et les débours de son conseil, qu'il convient d'arrêter à 5'800 fr. et de les mettre à la charge de l'intimée (art. 26 al. 4 CLaH80 ; TF 5A_537/2012 du 20 septembre 2012 consid. 7 ; TF 5A_550/2012 du 10 septembre 2012 consid. 5.2), l'octroi de l'assistance judiciaire n'impliquant pas libération de la charge des dépens (art. 118 al. 3 CPC). 7.2.2 7.2.2.1 Le requérant J. _____ ayant été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, il convient de déterminer l'indemnité d'office à verser par l'Etat à Me Franck-Olivier Karlen pour le cas où les dépens ne pourraient pas être obtenus de la partie adverse (art. 4 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.03]). Dans la liste de ses opérations, le conseil allègue avoir consacré 33 heures à l'exécution de son mandat, qui peuvent être admises. Il allègue également des frais et débours d'un montant de 245 fr. 10, dont 309 photocopies. 7.2.2.2 Il n'y a un droit constitutionnel à l'indemnisation que dans la mesure où les opérations sont nécessaires à la défense des droits de la partie. Le droit à l'indemnisation se détermine selon ce critère aussi bien du point de vue quantitatif que qualitatif. Seules sont donc indemnifiables les opérations qui sont en relation de causalité avec la défense des droits de la partie, qui sont nécessaires et proportionnelles. Il y a lieu de laisser au conseil d'office une certaine marge de manœuvre, pour exercer son mandat de manière efficace (ATF 141 I 124 consid. 3.1, en matière pénale). Il ne suffit cependant pas que les heures annoncées soient soutenables, le législateur fédéral ayant sciemment renoncé, dans le

- 38 - champ d'application du CPC, à prévoir une pleine indemnisation, mais seulement une indemnisation équitable (TF 5A_157/2015 du 12 novembre 2015 consid. 3.1, RSPC 2016 p. 121 ; TF 5D_213/2015 du 8 mars 2016 consid. 7.1.1). Il incombe en premier lieu aux autorités cantonales d'apprécier le caractère raisonnable des démarches du défenseur d'office. Elles disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer les honoraires (ATF 141 I 124 consid. 3.2). Pour fixer la quotité de l'indemnité du conseil d'office, l'autorité cantonale doit s'inspirer des critères applicables à la modération des honoraires d'avocat (ATF 122 I 1 consid. 3a). Elle doit tenir compte de la nature et de l'importance de la cause, des difficultés spéciales qu'elle peut présenter en fait et en droit, du temps que l'avocat lui a consacré, de la qualité de son travail, du nombre de conférences, audiences et instances auxquelles il a pris part, du résultat obtenu et de la responsabilité qu'il a assumée (ATF 109 Ia 107 consid. 10.1). En matière civile, le défenseur d'office peut être amené à accomplir dans le cadre du procès des démarches qui ne sont pas déployées devant les tribunaux, telles que recueillir des déterminations de son client ou de la partie adverse ou encore rechercher une transaction. De telles opérations doivent également être prises en compte (ATF 122 I 1 consid. 3 précité ; ATF 117 Ia 22 consid. 4c et les références citées). Cependant, le temps consacré à la défense du client et les actes effectués ne peuvent être pris en considération sans distinction. Ainsi, le juge peut d'une part revoir le travail allégué par l'avocat, s'il l'estime exagéré en tenant compte des caractéristiques concrètes de l'affaire, et ne pas rétribuer ce qui ne s'inscrit pas raisonnablement dans le cadre de l'accomplissement de la

tâche du défenseur ; d'autre part, il peut également refuser d'indemniser le conseil pour des opérations qu'il estime inutiles ou superflues. L'avocat d'office ne saurait être rétribué pour des activités qui ne sont pas nécessaires à la défense des intérêts de l'assisté ou qui consistent en un soutien moral (TF 5P_462/2002 du 30 janvier 2002) ou encore qui relèvent de l'aide sociale (sur le tout : JdT 2013 III 35 et réf ; TF 5D_4/2016 du 26 février 2016 consid. 4.3.3). Il incombe ainsi au conseil d'office de se limiter aux opérations nécessaires à

- 39 - l'accomplissement du mandat officiel, sans endosser le rôle du mandataire privé appelé à résoudre toutes les questions que lui soumettrait son client sans que soient restreints de manière inadmissible les choix de stratégies procédurales ou de préparation de l'audience d'appel (TF 5D_4/2016 du 26 février 2016 consid. 4.4). L'avocat doit toutefois bénéficier d'une marge d'appréciation suffisante pour déterminer l'importance du travail qu'exige l'affaire (TF 5D_4/2016 du 26 février 2016 consid. 4.3.2 et 5.2). Dans le canton de Vaud, l'art. 2 al. 1 RAJ – qui renvoie à l'art. 122 al. 3 CPC – précise que le conseil juridique commis 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 consacré par le conseil juridique commis d'office. S'agissant des débours, ceux-ci doivent s'inscrire raisonnablement dans l'accomplissement de la tâche de l'avocat d'office, à l'exclusion de démarches inutiles et superflues. C'est ainsi que les frais de photocopies du dossier judiciaire de l'instance en cours doivent être intégralement pris en considération au titre de débours car indispensables pour exécuter le mandat. Toute autre solution que le remboursement total des débours effectifs occasionnés par l'accomplissement raisonnable de la mission de l'avocat d'office serait manifestement insoutenable, si elle mène à un résultat qui l'est aussi. Tel est le cas si l'activité de l'avocat mérite une rémunération excédant la différence entre les débours qui doivent être remboursés intégralement et le montant total alloué (TF 5A_4/2018 du 17 avril 2018 consid. 3.2.2.3 et les références citées ; TF 6B_304/2018 du 5 octobre 2018 ; TF 6B_310/2018 du 5 octobre 2018 consid. 1.3). 7.2.2.3 En l'espèce, il apparaît douteux que le mandat, qui ne saurait toutefois être qualifié de simple, ait nécessité autant d'« entretiens » avec le Tribunal d'arrondissement, le Tribunal cantonal, le SPJ, le curateur et le client (60 minutes), de courriels et d'exams de courriels (355 minutes), ces postes relevant plutôt d'échanges multiples à caractère social dont on

- 40 - ne discerne pas les motifs sous l'angle judiciaire et qui doivent être déduits du total d'heures indiqué. Les débours, dont les frais de copies, peuvent quant à eux être admis dans leur totalité. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité d'office de Me Franck-Olivier Karlen est arrêtée à 5'320 fr. 50, soit 4'695 fr. d'honoraires (25.45 x 180), 245 fr. 10 de débours et 380 fr. 38 de TVA sur le tout. 7.2.3 L'intimée ayant également été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, il convient de déterminer l'indemnité d'office à verser par l'Etat à Me Romain Deillon. Dans la liste de ses opérations, le conseil allègue avoir consacré 12 heures à l'exécution de son mandat, qui peuvent être admises. Il allègue également des frais et débours d'un montant de 131 fr., dont 120 fr. de déplacement, qui peuvent être admis. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité d'office de Me Romain Deillon est arrêtée à 2'467 fr. 40, soit 2'160 fr. d'honoraires (12 x 180), 131 fr. de débours et 176 fr. 40 de TVA sur le tout. 7.2.4 Le curateur de l'enfant, Me Olivier Boschetti, doit être indemnisé par l'Etat pour son intervention dans la procédure. Dans la liste de ses opérations, le conseil allègue avoir consacré 12 heures et 36 minutes à l'exécution de son mandat et des frais et débours par 220 fr., (déplacement à l'audience par

120 fr. et forfait RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire ; RS 211.02.3), qui peuvent être admis. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité d'office de Me Franck-Olivier Karlen est arrêtée à 2'679 fr. 50, soit 2'268 fr. d'honoraires (12.36 x 180), 220 de débours et 191 fr. 57 de TVA sur le tout (CCUR 204/2018). 7.2.5 Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement de l'indemnité de leur conseil d'office.

- 41 - Par ces motifs, la Chambre des curatelles du Tribunal cantonal, statuant à huis clos, prononce : I. Le retour au Portugal des enfants A.D._____, né le [...] 2003, et de B.D._____, né le [...] 2008 est ordonné. II. Ordre est donné à B._____, sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 du Code pénal suisse, de ramener les enfants A.D._____ et B.D._____ au Portugal dans un délai au 22 décembre 2018. III. Les mesures de protection prononcées le 4 octobre 2018, savoir le dépôt au greffe de la Chambre des curatelles, par B._____, de ses documents d'identité et de ceux de A.D._____ et de B.D._____ ainsi que l'interdiction de quitter le territoire suisse sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 du Code pénal suisse, demeurent en vigueur jusqu'au retour effectif des enfants au Portugal, les documents d'identité étant tenus à disposition du Service de protection de la jeunesse en vue de l'exécution du retour. IV. Le Service de protection de la jeunesse est chargé de l'exécution des chiffres II et III ci-dessus, le cas échéant avec le concours de la force publique, injonction étant d'ores et déjà faite aux agents de la force publique de concourir à l'exécution forcée s'ils en sont requis par le Service de protection de la jeunesse. V. L'indemnité d'office de Me Franck-Olivier Karlen, conseil de J._____, est arrêtée à 5'320 fr. 50 (cinq mille trois cents vingt francs et 50 centimes), TVA et débours compris.

- 42 - VI. L'indemnité d'office de Me Romain Deillon, conseil de B._____, est arrêtée à 2'467 fr. 40 (deux mille quatre cent soixante-sept francs et quarante centimes), TVA et débours compris. VII. L'indemnité de Me Olivier Boschetti, curateur des enfants A.D._____ et B.D._____, est arrêtée à 2'679 fr. 50 (deux mille six cent septante-neuf francs et cinquante centimes), débours compris. VIII. Le jugement est rendu sans frais. IX. L'intimée B._____ doit verser au requérant J._____ la somme de 5'800 fr. (cinq mille huit cents francs) à titre de dépens. X. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement de l'indemnité de leur conseil d'office. XI. Le jugement est exécutoire. Le président : Le greffier : Du

- 43 - L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à : - Me Franck-Olivier Karlen (pour J._____), - Me Romain Deillon (pour B._____), - Me Olivier Boschetti (pour A.D._____ et B.D._____), - SPJ – CLAH, Mmes [...]), et communiqué à : - SPJ – Unité d'appui juridique, - OFJ, par l'envoi de photocopies.

- 44 - 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. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les dix jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 2 let.c LTF). Le greffier :

E. 9

al. 2 LF-EEA, le tribunal n'est pas tenu de procéder lui-même à l'audition, mais peut la déléguer à un expert ; il arrive que le tribunal mandate un psychiatre ou les services de protection de l'enfance (Alfieri, op. cit., p. 135). En l'espèce, les enfants ont été entendu par

le SPJ et le curateur désigné par la Chambre de céans. 5.2.2.2 L'audition de l'enfant au sens de l'art. 9 al. 2 LF-EEA permet non seulement au juge de vérifier l'existence d'un éventuel motif de refus du retour, mais aussi à l'enfant de communiquer son opinion à propos de tous les points le concernant, comme prévu à l'art. 12 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107). Dans son rapport final du 6 décembre 2005, la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement avait prévu une disposition supplémentaire concernant la prise en considération de l'opinion de l'enfant, d'après laquelle, « au sens de l'art. 13 al. 2 de la Convention de La Haye de 1980, l'opinion de l'enfant est également déterminante si elle reflète les circonstances de l'enlèvement et les conditions d'accueil en Suisse, sous réserve toutefois de l'influence directe exercée par le parent qui s'oppose au retour ». Bien que cette proposition n'ait pas été reprise dans la loi, il est important que la volonté de l'enfant soit prise en considération dans le processus décisionnel, car dans le cas contraire, l'on viderait, en tout cas partiellement, la disposition de l'art. 13 al. 2 CLaH80 de son sens (Rapport final de la Commission d'experts, p. 33). D'après la jurisprudence, l'enfant doit être entendu et il y a lieu de retenir l'opposition à partir d'un âge de 11 à 12 ans, pour autant que la volonté soit exprimée avec une certaine constance, qu'elle soit fondée sur des raisons compréhensibles et qu'elle ne résulte pas d'une manipulation parentale (TF 5A_475/2018 du 9 juillet 2018 où il était question d'un retour au Mexique) ; en outre l'opposition doit reposer sur des motifs plausibles et se faire insistante (ATF 134 III 88). Dans un arrêt où il était question

- 33 - d'un retour au Brésil, il a été considéré que les critères d'âges pour se déterminer sur un retour n'étaient pas les mêmes que ceux pour se déterminer sur la garde et qu'il fallait que l'enfant ait 11-12 ans pour se forger une opinion autonome sur son retour, notamment du fait qu'il passe tout son temps avec le parent ravisseur (ATF 133 III 146 consid. 2.6). Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a retenu que le refus des enfants ne suffisait pas à fonder l'exception de l'art. 13 al. 2 CLaH80 lorsqu'il se fondait entre autres sur les causes et le déroulement de l'enlèvement et englobait les circonstances de leur accueil en Suisse, la prise en considération de l'opinion de l'enfant ne devant pas devenir une façon de contourner les dispositions et les buts de la CLaH80 (ATF 131 III 334). Dans une affaire grisonne, l'enfant, de 11 ans, a été expertisé et il a été considéré qu'à 11 ans, il arrivait à se forger un avis autonome sur son retour (Kantonsgericht von Graubünden, 6 mars 2000, texte non disponible résumé sous INCADAT HC/e/CH 435). Dans une affaire bernoise (OGer Be, 20 septembre 2011), confirmée par le Tribunal fédéral, le tribunal a renoncé à tenir compte de la volonté d'un enfant de 11 ans, un des motifs étant qu'il était « possible à probable » que la volonté de l'enfant de rester en Suisse, exprimée dans des lettres, ait été influencée par le père et son avocat ; en outre le tribunal supérieur dont il confirmait le jugement n'avait pas pu constater une opposition au retour dans l'Etat de résidence habituelle, mais plutôt une préférence pour la Suisse, estimant qu'il ressortait des circonstances du cas d'espèce que l'enfant n'avait ni âge ni maturité suffisants (TF 5A_674 du 31 octobre 2011 consid. 3.3). Dans la jurisprudence internationale, on retrouve les éléments suivants : lorsque l'on tient compte du point de vue des enfants, une préférence peut s'avérer suffisante pour remplir les exigences de l'exception au retour fondée sur l'objection des enfants (en l'occurrence âgés de 10 et 14 ans), à condition que cette préférence soit concrète (Affaire USA – Hong Kong 2015 HC/E/CNh 1360).

5.3 Selon le SPJ et le curateur, qui ont entendu les enfants cinq semaines environ après leur arrivée en Suisse, les deux enfants sont opposés au retour. Lors de son audition par le SPJ, B.D. _____ est apparu un peu inquiet et stressé, sa mère lui ayant parlé de l'intervention

du SPJ.

- 34 - Il ne se souvenait pas clairement de ce que sa mère lui avait dit et interrogeait les assistantes sociales sur le fait que sa mère ayant la garde de fait. Il supposait qu'elle pouvait prendre la décision du départ seule ; il n'avait par ailleurs aucun souvenir de la vie de ses parents au Portugal, commune ou séparée, ni même de les avoir vu communiquer ou se disputer. Il était content d'être en vacances en Suisse, mais ne pouvait pas se prononcer quant à l'école puisqu'il ne s'y était pas encore rendu ; il était toutefois confiant de sa future intégration. B.D._____ a déclaré au curateur, qui l'a également trouvé stressé, que son père était méchant parfois, mais il ne pouvait pas évoquer d'éléments particuliers à ce sujet. Il a néanmoins pu exprimer que sa mère lui avait expliqué que son père avait entrepris d'importantes démarches au Portugal et en Suisse à la suite de leur déplacement et qu'il étaient aujourd'hui « piégés » en Suisse à cause de lui. B.D._____ pouvait se projeter en Suisse, et dans le choix de vie de sa mère auprès de qui il souhaitait rester, parce que la qualité de vie ici lui semblait meilleure qu'au Portugal (il souhaitait par exemple essayer le ski), ajoutant que sa mère pourrait gagner beaucoup d'argent en Suisse, ce qui lui semblait ne pas être le cas au Portugal. Quant à A.D._____, il a déclaré au curateur que son père n'avait pas été informé au préalable de leur déplacement en Suisse car il s'y serait opposé, puis a dit au SPJ que sa mère avait exposé à son père qu'elle souhaitait venir en Suisse et que cette idée ne lui avait pas plus. Il avait tout d'abord envisagé de rejoindre sa mère et son frère en Suisse à la fin de l'année si cela lui convenait, priant son père de lui acheter le matériel scolaire pour la rentrée au Portugal, mais son père ayant refusé cet essai car il voulait obtenir la garde et le contactait par vidéo-conférence chaque jour et le sollicitant « à chaque heure et minute », il avait préféré maintenir son lieu de vie en Suisse auprès de son frère et de sa mère, à qui il parlait quotidiennement de la situation. Il estimait qu'il pouvait avoir un futur meilleur en Suisse, où il se sentait bien. Le déplacement lui avait paru difficile à vivre dans les premiers temps, mais tel n'était plus le cas et sa nouvelle vie lui plaisait, raison pour laquelle il souhaitait rester en Suisse auprès de sa mère.

- 35 - B.D._____ n'ayant que dix ans, on peine à croire qu'il parvienne à se rendre compte de lui-même, après un mois à peine, des conditions de vie meilleures que lui offrirait la Suisse, ni qu'il puisse les comparer avec celles qu'il aurait au Portugal, ni encore qu'il comprenne le sens de ses propos lorsqu'il déclare que son père les a « piégés » en Suisse et qu'il est « méchant parfois ». Quant à A.D._____, force est de constater qu'il se contredit tant sur les circonstances de leur déplacement en Suisse que sur ses intentions quant à son lieu de résidence et que ses déclarations au sujet du soi-disant harcèlement de son père qui le contacterait tous les jours depuis son arrivée en Suisse par vidéo-conférences sont démenties par la procédure. En outre, il apparaît que les deux enfants sont parfaitement au courant de la situation dont ils parlent quotidiennement et ouvertement avec leur mère et A.D._____ n'ignore pas, bien que cette question ne concerne pas la question du retour, que son père a requis l'attribution de la garde au Portugal. Enfin, les déclarations des enfants ne peuvent pas être considérées comme une véritable opposition au retour au Portugal, mais plutôt comme une préférence à rester auprès de leur mère, en Suisse, préférence qui a été exprimée de manière générale et abstraite sans que l'on puisse déceler des éléments concrets et tangibles. La préférence exprimée par le cadet semble résulter d'une absence de distinction entre les questions de garde et de retour, si bien que conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, il y a lieu de considérer que B.D._____ n'a pas la maturité suffisante pour qu'il soit tenu compte de son opposition.

S'agissant de A.D. _____, qui perçoit certes mieux les enjeux de la procédure, son opposition est récente et le fait qu'il ait changé d'avis après le déplacement, alors-même qu'il ne vit qu'avec le parent ravisseur, doit conduire la Chambre de céans à considérer que son opposition n'est pas qualifiée. Il s'ensuit qu'il n'est pas approprié de prendre en considération l'opinion des enfants, qui ont davantage exprimé le souhait de demeurer auprès de leur mère plus que de rester en Suisse et qui n'ont vraisemblablement pas fait la distinction entre, d'une part, « rester avec leur mère » et, d'autre part, « rester en Suisse », d'autant qu'ils n'ont aucune attache dans ce pays qu'ils connaissent à peine.

- 36 - Il en résulte qu'aucune exception au retour n'est en l'espèce réalisée. 6.

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