

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 12 janvier 2012

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué
Greffière : Mme Egger Rochat

**Art. 307 CC ; 276 al. 1, 308 al. 1 let. b, 308, 312 al. 1 et 405 al. 1
CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.A.**_____, à [...], intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 27 octobre 2011 par le Président du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.A.**_____, à [...], requérant, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 27 octobre 2011, notifiée le même jour aux parties, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a chargé Almut Schweikert d'accompagner la reprise des relations personnelles entre B.A._____ et son fils C.A._____.

Le premier juge a rendu la décision précitée en se fondant sur le rapport d'expertise déposé par Nicole Eugster le 1^{er} septembre 2011, sur les explications données par les parties à l'audience du 5 septembre 2011, sur la proposition de l'experte Nicole Eugster du 25 septembre 2011 et sur les déterminations des parties du 3 octobre 2011. En effet, la barrière linguistique faisait obstacle à l'intervention de Regula Maag, d'une part, et, à dire d'expert, Almut Schweikert était parfaitement à même d'assumer la mission pour laquelle elle était pressentie, d'autre part. En outre, A.A._____ ne faisait valoir aucun motif objectif de récusation à l'endroit d'Almut Schweikert.

B. Par acte du 7 novembre 2011, remis à la poste le même jour, A.A._____, représentée par l'avocate Cornelia Seeger Tappy, a interjeté appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal contre cette ordonnance de mesures provisionnelles, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et au renvoi de la cause au Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne pour ordonner l'exécution de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 5 septembre 2011.

L'appelante a présenté une requête d'effet suspensif, ainsi qu'une requête d'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure d'appel.

Par acte du 9 novembre 2011, l'intimé B.A._____ a déclaré s'opposer à la requête d'effet suspensif.

Par ordonnances séparées du 10 novembre 2011, le juge délégué de la Cour d'appel civile a, d'une part, rejeté la requête d'effet suspensif et, d'autre part, accordé à l'appelante le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel qui l'oppose à B.A._____.

Par lettre du 21 décembre 2011, le juge délégué a confirmé son refus de suspendre la procédure d'appel suite à la requête de l'appelante et a dit que l'instruction de l'appel suivrait son cours. L'intimé s'était opposé à cette requête de suspension, par courriers des 6, 7 et 19 décembre 2011.

Le conseil d'office de l'appelante n'a pas produit de liste d'opérations, bien qu'elle y ait été dûment invitée par courrier du 8 décembre 2011.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance querellée complétée par les pièces du dossier, notamment l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 14 juin 2011 par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne:

1) Séparées depuis le mois d'août 2005 et en instance de divorce depuis 2007, les parties ont eu un enfant issu de leur union : C.A._____, né le 23 avril 2003.

Dès la séparation des parties, l'intimée est partie vivre auprès de ses parents, en Thurgovie, avec l'enfant, conventionnellement confié à sa garde dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale. Les parties étaient convenues d'un large droit de visite du père sur son enfant.

2) Ce droit de visite a été suspendu successivement à de multiples reprises, à la suite de propos de l'enfant permettant de soupçonner des actes d'ordre sexuels commis par son père ; l'intimée a déposé plainte pénale contre le requérant en novembre 2007.

Dans un premier rapport d'expertise rendu le 30 juin 2008, complété le 25 février 2010, dans le cadre de la procédure de divorce des parties, les médecins ont conclu que les propos de l'enfant n'étaient pas crédibles et que, en substance, les relations personnelles avec le père devaient, dans l'intérêt de son fils, être reprises sans trop de précautions.

Un second rapport d'expertise de crédibilité de l'enfant, effectuée dans le cadre pénal, a été rendu le 27 novembre 2010 par la psychologue Nicole Eugster et le Professeur Philip D. Jaffé, Docteur en psychologie. Il conclut également à un seuil plutôt pauvre de crédibilité des allégations de l'enfant.

Par ordonnance de classement du 15 septembre 2011, confirmée par la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal le 19 octobre 2011 (CREP 452/19 octobre 2011), le Procureur de l'arrondissement de Lausanne a mis fin à la procédure pénale dirigée contre le requérant pour actes d'ordre sexuel avec des enfants et actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance.

3) Malgré la tentative des parties de s'accorder sur une solution de droit de visite dans un cadre protégé en Suisse alémanique, dans une structure similaire à celle de Point Rencontre, le droit de visite a été suspendu provisoirement en juin 2009, le père ne pouvant contacter son fils que par téléphone, deux fois par semaine.

Ainsi, par ordonnance du 10 janvier 2011, une nouvelle expertise pédopsychiatrique, relative aux modalités d'une reprise de l'exercice du droit de visite du père sur son enfant, a été mise en œuvre dans le cadre de l'action civile, auprès de la psychologue Nicole Eugster et du Professeur Philip D. Jaffé, malgré les réticences de l'intimée; celle-ci avait contesté les conclusions du premier rapport d'expertise de ces deux praticiens et vu sa requête de complément d'expertise rejetée.

Le 1^{er} septembre 2011, l'experte Nicole Eugster a rendu un rapport dans lequel elle a conclu, notamment, qu'il y avait lieu de mettre en oeuvre «un/e psychothérapeute neutre, situé/e en Suisse-allemande, spécialisé/e en thérapie avec les enfants, ayant de l'expérience dans ce type de situation complexe et ayant des connaissances en sus du suisse-allemand et de l'allemand, du français et de l'anglais», et qui soit «accepté par les parties». Elle a souligné que l'absence de relations personnelles entre le père et son fils depuis plus de deux ans n'était pas dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'enfant.

Entendue à l'audience de mesures provisionnelles du 5 septembre 2011, l'experte Nicole Eugster a confirmé les conclusions de son rapport. Aux fins d'accompagner la reprise du droit de visite du requérant avec son fils, elle a proposé tout d'abord de désigner le spécialiste reconnu Hans-Werner Reinfried. Celui-ci n'étant pas disponible, elle a suggéré que le droit de visite soit médiatisé par Regula Maag, psychologue à Uster.

Lors de cette audience, les parties se sont accordées par convention, ratifiée séance tenante par le Président pour valoir ordonnance de mesures provisoires, sur les modalités de la reprise des relations personnelles du requérant avec son fils. Elles sont notamment convenues que le requérant exercerait son droit de visite sur son fils en présence, dans un premier temps, d'un psychothérapeute neutre, en la personne de Regula Maag, à Uster, et que l'experte Nicole Eugster prendrait rendez-vous au nom des parties avec Regula Maag, pour que le droit de visite puisse s'exercer au plus vite, selon les disponibilités de cette dernière.

4) Postérieurement à cette audience, Regula Maag a informé Nicole Eugster que son tarif horaire était de 180 fr. et que son français et son anglais étaient rudimentaires, nécessitant que l'on parle lentement, ce qui aurait pour incidence qu'elle répondrait plutôt en allemand; elle se demandait si le requérant avait un niveau d'allemand suffisant.

Le requérant a informé Nicole Eugster qu'il considérait ne pas avoir un niveau d'allemand suffisant pour comprendre les recommandations que la thérapeute lui ferait et lui a demandé de trouver une autre personne étant soit du corps médical, soit une psychologue travaillant en délégation d'un médecin, afin que les coûts soient moins importants.

Par courriel du 16 septembre 2011 adressé à Nicole Eugster, l'appelante a refusé le changement de thérapeute que celle-là avait proposé et requis la fixation d'un rendez-vous avec Regula Maag.

Le 25 septembre 2011, Nicole Eugster a écrit au Président du Tribunal d'arrondissement pour proposer la désignation de Almut Schweikert, psychologue spécialiste en psychologie clinique FSP et psychologue spécialiste en psychologie légale FSP, qui travaillait en délégation d'un médecin psychiatre, parlait très bien le français et maîtrisait aussi très bien l'anglais.

Invitée à se déterminer, l'appelante a exposé en substance, par courrier du 3 octobre 2011, que seule Regula Maag correspondait au profil requis - si ce n'est que cette dernière admettait des faiblesses au niveau linguistique, surtout en français -, tandis qu'Almut Schweikert pour sa part connaissait les langues, mais ne correspondait pour le surplus pas au profil recherché. La première est «psychologue spécialiste en psychothérapie FSP», «psychologue spécialiste en psychologie de l'enfance et de l'adolescence FSP», et «psychologue spécialiste en psychologie légale FSP». Elle aurait pour domaines de pratique les psychothérapies individuelles pour enfants, adolescents et adultes, ainsi que les thérapies familiales et de couple ; elle ferait également des expertises en matière de droit de garde et de droit de visite, et procéderait à des auditions d'enfants. La seconde serait spécialisée dans le travail avec les adultes. Ses principaux domaines de pratique seraient le traitement de dépressions, attaques de panique, épuisement, troubles somatoformes, impulsivité, intolérance à la frustration, y compris l'hyperactivité chez les adolescents ; ses autres domaines, pour lesquels

elle a de l'expérience, toucheraient le traitement de comportements colériques, de sentiments de culpabilité, les comportements délinquants chez les adolescents et les jeunes adultes, le travail avec des victimes de violences, le conseil aux parents ayant des problèmes avec leurs enfants adolescents.

En droit :

1. La décision attaquée a été rendue le 27 octobre 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC ; TF 5A_320/2011 du 8 août 2011 c. 2.3, RSPC 2011, pp. 489 ss, note de Tappy).

2. L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales, le présent appel est recevable.

Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV).

3. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

4. a) L'appelante fait valoir qu'il n'y a pas lieu de modifier les mesures provisionnelles convenues entre les parties le 5 septembre 2011, ces mesures étant justifiées et les conditions de l'art. 268 al. 1 CPC n'étant ainsi pas réunies. Elle estime qu'il n'existe aucun problème de langue entre la thérapeute désignée et l'intimé et son fils ; l'affirmation de l'existence d'un tel problème repose sur un fait qui n'aurait pas été vérifié. Si une barrière linguistique devait exister, il n'est pas pour autant établi que le nouveau thérapeute désigné en la personne de Almut Schweikert aurait les qualifications professionnelles requises pour mener à bien la mission convenue entre les parties le 5 septembre 2011.

b) L'exercice de l'autorité parentale, comme du droit de garde qui en est une composante, doit poursuivre en toutes circonstances le bien de l'enfant (cf. art. 301 al. 1 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 , RS 210]). Si ce bien est menacé et que les parents n'y remédient pas d'eux-mêmes, ou s'ils sont hors d'état de le faire, l'autorité tutélaire – respectivement le juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant (cf. art. 315a al. 1 CC) – prend les dispositions adéquates pour la protection de l'enfant. Font partie de ces mesures, à l'échelon inférieur de la gradation en gravité, la mesure la plus faible, à savoir les indications ou instructions prévues par l'art. 307 al. 3 CC qui peuvent concerner tous les domaines de l'activité parentale tout en respectant les maximes de la subsidiarité, de la complémentarité et de la

proportionnalité. Les intérêts de l'enfant étant soumis à la maxime officielle, l'autorité de tutelle ou le juge saisi peut prendre d'office des mesures au sens des art. 307ss CC, mais cela se fait généralement sur requête de l'un des parents (ATF 136 III 353 c. 3).

Selon l'art. 276 al. 1 CPC, le tribunal saisi d'une action en divorce ordonne les mesures provisionnelles nécessaires pendant la durée du procès en divorce (cf. art. 137 al. 1 aCC). Bien que le CPC n'en fasse nulle part état, des conventions entre les parties aménageant leurs relations pendant la durée du procès en divorce sont en pratique courantes et demeurent possibles; elles sont en général ratifiées par le juge pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles (Tappy, CPC commenté, n. 18 ad art. 276 CPC). Selon la jurisprudence, une modification des mesures provisionnelles ordonnées pendant la procédure de divorce sur la base de l'art. 276 al. 1 CPC (cf. art. 137 al. 2 aCC) peut être demandée en tout temps, si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, ou si le juge, lorsqu'il a ordonné les mesures dont la modification est sollicitée, a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A_894/2010 du 15 avril 2011, c. 3.1; 5A_27/2009 du 2 octobre 2009, c. 4.1; Bohnet, CPC commenté, 2011, n. 5 et 6 ad art. 268 CPC).

c) En l'espèce, il est apparu postérieurement au prononcé du 5 septembre 2011 que, lors de la conclusion et de la ratification de la convention du 5 septembre 2011 par le premier juge, tant les parties que ce dernier avaient ignoré des éléments essentiels, tel le fait que la psychologue Regula Maag ne maîtrisait pas suffisamment bien le français ni l'anglais pour remplir la mission qui lui avait été confiée. Sur la base de ces nouveaux éléments, il se justifiait de nommer un autre psychologue, possédant les connaissances linguistiques nécessaires, afin de permettre, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, une reprise rapide de ses relations avec son père, selon les modalités prévues. La question n'est pas de savoir si Regula Maag était plus qualifiée au regard de sa spécialisation que Almut Schweikert pour une telle mission, dès lors qu'il est constant

que la première n'était pas à même de remplir cette mission pour des raisons linguistiques. De même, l'argumentation de l'appelante, selon laquelle «si vraiment il faut trouver une autre thérapeute que Mme Maag, des personnes plus adaptées que Mme Schweikert existent à coup sûr», tombe à faux. Dès lors que l'experte Nicole Eugster a elle-même proposé la désignation de Almut Schweikert, psychologue spécialiste en psychologie clinique FSP et psychologue spécialiste en psychologie légale FSP, en précisant que celle-ci parlait très bien le français et maîtrisait aussi très bien l'anglais, il y a lieu de retenir qu'Almut Schweikert possède toutes les qualifications nécessaires. Le premier juge a ainsi agi dans l'intérêt de l'enfant C.A._____, autant que dans celui des parties, en la désignant rapidement pour permettre sans plus attendre la nécessaire reprise des relations entre père et fils.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en vertu de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée confirmée.

6. a) Dès lors que l'appelante succombe, son conseil d'office sera rémunéré équitablement par l'Etat (art. 122 al. 1 let. a CPC) et les frais judiciaires de deuxième instance, qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

L'appelante versera à l'intimé des dépens à hauteur de 700 fr. pour les déterminations que celui-ci a été amené à déposer dans le cadre de la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. d CPC).

b) Sur la base d'une estimation des opérations nécessaires à la conduite de la procédure d'appel (art. 3 al. 2 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, RSV 211.02.3]), l'indemnité d'office de Me Seeger Tappy sera arrêtée à 1'000 fr., TVA et débours compris.

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

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, par 600 fr. (six cents francs) sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me Cornelia Seeger Tappy, conseil de l'appelante A.A._____, est arrêtée à 1'000 fr. (mille francs), TVA et débours compris.
- V.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI.** L'appelante A.A._____ versera à l'intimé B.A._____ la somme de 700 fr. (sept cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 16 janvier 2012

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

La greffière :

Du

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

- Me Cornelia Seeger Tappy (pour A.A. _____),
- Me Alain Dubuis (pour B.A. _____).

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la

contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF).
Ces recours

doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :