

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 2 septembre 2016

---

Composition : M. KRIEGER, juge délégué  
Greffier : M. Hersch

\*\*\*\*\*

**Art. 176 al. 3, 179 al. 1 et 276 al. 1 CC**

Statuant sur l'appel interjeté par **I.**\_\_\_\_\_, à Zollikon (ZH intimée, contre l'ordonnance rendue le 19 août 2016 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelante d'avec **K.**\_\_\_\_\_, à Commugny (VD), requérant, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 19 août 2016, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte (ci-après : la Présidente) a confié la garde sur les enfants N.\_\_\_\_\_, né le [...] 2004, P.\_\_\_\_\_, née le [...] 2005, et D.\_\_\_\_\_, née le [...] 2007, à leur père, K.\_\_\_\_\_ (I), dit qu'l.\_\_\_\_\_ pourra avoir ses enfants auprès d'elle un week-end sur deux du vendredi au dimanche et durant la moitié des vacances scolaires et jours fériés, le passage des enfants s'effectuant en gare de Zurich HB le vendredi soir, à charge pour K.\_\_\_\_\_ de les y accompagner, et en gare de Genève-Aéroport le dimanche soir, à charge d'l.\_\_\_\_\_ de les y accompagner (II), dit que K.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien d'l.\_\_\_\_\_ par le régulier versement d'une pension de 700 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains de cette dernière, dès et y compris le transfert effectif de la garde des enfants (III), dit qu'l.\_\_\_\_\_ versera, en faveur des enfants, en mains de K.\_\_\_\_\_, le montant des éventuelles allocations familiales qu'elle percevrait pour ces derniers, dès et y compris le transfert effectif de la garde des enfants (IV), mis les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 800 fr., à la charge de K.\_\_\_\_\_ par 200 fr. et à la charge d'l.\_\_\_\_\_ par 600 fr. et dit qu'l.\_\_\_\_\_ doit restituer à K.\_\_\_\_\_ l'avance de frais que celui-ci a fournie à concurrence de 200 fr. (V et VI), dit que les dépens sont compensés (VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

En droit, le premier juge, statuant sur une requête de K.\_\_\_\_\_ en modification des mesures provisionnelles ordonnées durant la procédure de divorce, a relevé, s'agissant de la question litigieuse de l'attribution de la garde, que le service vaudois de protection de la jeunesse préconisait que celle-ci soit confiée à K.\_\_\_\_\_, alors que son pendant zurichois, qui n'avait entendu que la mère et pas les enfants seuls, considérait les compétences éducatives d'l.\_\_\_\_\_ comme adéquates. Quant à l'expert, il considérait que tant le père que la mère offraient des conditions de vie adaptées aux enfants et présentaient des capacités parentales et éducatives suffisantes. Le rapport d'expertise

faisait certes état d'une certaine influence du père sur le discours des enfants et d'une réprobation sous-jacente de l'éducation donnée par la mère, mais l'expert jugeait lui-même que le désir exprimé par les enfants de vivre auprès de leur père était clair et authentique. Partant, l'intérêt des enfants commandait d'accéder à leur volonté unanime et de transférer la garde au père. Ainsi, la garde sur les trois enfants du couple devait être confiée à K.\_\_\_\_\_ et un droit de visite usuel devait être accordé à I.\_\_\_\_\_.

**B.** Par acte du 25 août 2016, I.\_\_\_\_\_ a formé appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que la garde sur les enfants lui soit confiée, K.\_\_\_\_\_ disposant d'un droit de visite un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, le passage des enfants se faisant en gare de Genève le vendredi soir et en gare de Zurich le dimanche soir, et à ce que K.\_\_\_\_\_ doive contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 4'400 fr., payable d'avance le 1<sup>er</sup> de chaque mois, dès et y compris le 1<sup>er</sup> août 2016, allocations familiales en sus.

I.\_\_\_\_\_ a requis l'effet suspensif. Invité à se déterminer sur la requête d'effet suspensif, K.\_\_\_\_\_ a conclu le 29 août 2016 au rejet de celle-ci, avec suite de frais et dépens.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écriture sur les conclusions au fond de l'appel.

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

**1.** K.\_\_\_\_\_, né le [...] 1975, et I.\_\_\_\_\_, née le [...] 1976, se sont mariés le 7 mai 2001 à Nyon. Trois enfants sont issus de cette union :

N.\_\_\_\_\_, né le [...] 2004, P.\_\_\_\_\_, née le [...] 2005 et D.\_\_\_\_\_, née le [...] 2007.

Les parties vivent séparées depuis le mois de novembre 2011, K.\_\_\_\_\_ ayant quitté le domicile conjugal de Commugny (VD) pour s'installer à Ornex, en France voisine. Dans un premier temps, les époux sont convenus d'une garde de fait alternée, les enfants étant scolarisés en France voisine.

K.\_\_\_\_\_ a ouvert action en divorce par demande unilatérale du 3 septembre 2012.

**2.** La vie séparée des époux a fait l'objet de plusieurs ordonnances de mesures provisionnelles. S'agissant du droit de garde sur les enfants, celui-ci a été attribué par ordonnance du 11 décembre 2012 à I.\_\_\_\_\_. En juillet 2013, I.\_\_\_\_\_ a déménagé avec les enfants à Zollikon, dans la région zurichoise, d'où elle est originaire. Par ordonnance du 2 septembre 2013, la Présidente a maintenu le droit de garde d'I.\_\_\_\_\_ sur les enfants. Cette ordonnance a été confirmée sur appel par arrêt du Juge délégué de la Cour d'appel civile de céans du 9 janvier 2014.

Les enfants sont scolarisés à Zollikon depuis la rentrée 2013-2014.

**3.** En cours d'instance de divorce, deux offices ont été mandatés pour évaluer les conditions de vie des enfants auprès de chacun des parents, soit le Centre d'aide à l'enfance et à la jeunesse du canton de Zurich (ci-après : Kjz Küsnacht), et le Service de protection de la jeunesse du canton de Vaud (ci-après : SPJ).

Le Kjz Küsnacht a procédé à une visite au domicile d'I.\_\_\_\_\_ sans effectuer d'entretiens personnels avec les enfants. Dans son rapport du 27 avril 2015, il a relevé que la mère faisait preuve d'empathie envers ses enfants, qu'elle leur offrait son affection et que les conditions de

logement étaient supérieures aux critères requis pour un lieu de résidence respectueux des droits des enfants. Le rapport faisait valoir qu'il n'existait aucun élément qui ne plaiderait pas en faveur de l'autorité parentale ou en faveur du droit de garde des enfants par la mère. S'agissant du conflit de loyauté présumé, il recommandait un contrôle et un règlement du droit de visite (heures et modalités), une consultation sous forme de médiation, en commun, ou d'un coaching, individuel, au cours de laquelle les parents apprendraient à reconnaître leur part de responsabilité dans le conflit et à y travailler. Il préconisait également la clôture de la procédure dans les meilleurs délais, afin de sécuriser les enfants quant à leur futur lieu de résidence.

Le SPJ a mené des entretiens personnels tant avec K. \_\_\_\_\_ qu'avec chacun des trois enfants. Dans son rapport du 7 juillet 2015, il a souligné les bonnes compétences éducatives de K. \_\_\_\_\_, qui savait poser un cadre et des règles que les enfants connaissaient, était à l'écoute des enfants et de leurs besoins, ne cédait pas à leurs caprices, et avait les ressources, l'énergie et les compétences pour organiser la prise en charge des trois enfants. Il a également relevé que les enfants vivaient mal ce que les assistants sociaux appelaient « un déracinement », en parlant du déménagement à Zurich. En conclusion, le SPJ proposait l'attribution de la garde des trois enfants à K. \_\_\_\_\_, et l'octroi, à défaut de meilleure entente entre les parents, d'un droit de visite usuel à I. \_\_\_\_\_. A l'instar du service zurichois, le SPJ a souligné que la question qui se posait dans cette famille n'était pas tant celle de l'attribution de la garde, mais plutôt de savoir de quelle manière les parents parviendraient à résoudre leurs conflits et à admettre la relation affective des enfants avec l'autre parent.

Une expertise familiale tendant à faire une évaluation globale de la situation et toutes propositions utiles en matière d'autorité parentale, de garde et de droit de visite a été confiée au Prof. C. \_\_\_\_\_, spécialiste en psychologie légale. Dans son rapport du 1<sup>er</sup> février 2016, celui-ci a notamment fait état de ce qui suit :

« (...) En résumé, M. K.\_\_\_\_\_ est un père séparé plutôt atypique dans la mesure où il tient à exercer ses fonctions parentales complètes et s'investit en conséquence durant le temps restreint qu'il a à disposition durant les visites bimensuelles. Les relations entre lui et les enfants sont excellentes. Il ressort des échanges que, même si M. K.\_\_\_\_\_ prend la peine de formuler qu'il ne met pas en cause les compétences parentales de Mme I.\_\_\_\_\_, dans les faits c'est ce qu'il réalise de manière quasi continue tant d'un point de vue fondamental en attribuant à Mme I.\_\_\_\_\_ la responsabilité de la détresse qu'il perçoit chez les enfants, qu'à travers une comparaison permanente de leurs styles éducatifs, le sien étant plutôt à admirer, celui de Mme I.\_\_\_\_\_ à disqualifier. Malgré ces opinions, il affirme que, lorsque les enfants auront regagné son domicile sous sa garde, il soutiendrait sans réserve des relations personnelles maximales avec Mme I.\_\_\_\_\_, dont aucune restriction dans la possibilité d'avoir des contacts téléphoniques.

(...) En résumé, les capacités éducatives de Mme I.\_\_\_\_\_ paraissent amplement adéquates pour la prise en charge des enfants N.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_. Durant les échanges, nous avons constaté qu'elle reconnaît à M. K.\_\_\_\_\_ son rôle de père impliqué et affectueux, soulignant tout de même que celui-ci exerce sa parentalité essentiellement le week-end quand l'accent est mis sur les loisirs. Mme I.\_\_\_\_\_ est convaincue qu'une large part de la dynamique des enfants vis-à-vis de leur père découle précisément du fait que les enfants sont conditionnés par M. K.\_\_\_\_\_ qui, depuis leur séparation, leur communique négativement à propos de leur mère et les encourage à promouvoir sa propre personne auprès des professionnels prenant part à leur existence. Elle exprime par moments être résignée à la possibilité que M. K.\_\_\_\_\_ ne change pas son attitude à son propos.

(...) En conclusion, les entretiens avec N.\_\_\_\_\_ reflètent essentiellement qu'il s'agit d'un enfant qui est bien dans la normalité du point de vue de son fonctionnement psychologique sauf pour le fait que sa vie est significativement impactée par le conflit important entre ses parents à son propos et celui du reste de sa fratrie. Il ressort clairement que ce jeune garçon est affecté par le conflit

parental et que celui-ci s'est installé douloureusement dans sa pensée et sa vie émotionnelle. Il nous apparaît que son sentiment de vouloir passer plus de temps avec son père est authentique et il aimerait pouvoir le faire, conflit de loyauté oblige, sans devoir le déclarer à sa mère. Nous détectons aussi que le point de vue de M. K.\_\_\_\_\_ s'imisce dans le discours de l'enfant.

(...) En conclusion, les entretiens avec P.\_\_\_\_\_ suggèrent qu'elle est également partagée entre ses deux parents et qu'elle formule une préférence pour vivre dans la sphère paternelle. Son plus jeune âge la freine dans la qualité de l'expression verbale de sentiments complexes. Dans les échanges, nous détectons l'influence de M. K.\_\_\_\_\_ et les mêmes remarques faites dans la section concernant N.\_\_\_\_\_ s'appliquent à l'effet des enregistrements audio sur la jeune P.\_\_\_\_\_.

(...) En fin d'entretien, alors que nous prenons congé et après que nous l'ayons remerciée pour l'entretien (à Zurich), la jeune D.\_\_\_\_\_ de manière abrupte demande : « C'est quand qu'on va savoir quand on retourne chez Papa ? ». Selon nos échanges et nos observations, nous considérons que la jeune D.\_\_\_\_\_ présente un fonctionnement cognitif et émotionnel dans la normalité. Par moments, l'attitude de D.\_\_\_\_\_ plutôt contrastée à l'égard de son père et de sa mère est presque caricaturale.

(...) Nous constatons que les deux parents offrent un contexte de vie adapté aux enfants et que, fondamentalement, l'un et l'autre ne s'affrontent pas vraiment sur le terrain des compétences parentales et éducatives qui sont amplement suffisantes, même si complémentaires, chez l'un comme chez l'autre.

Il convient de relever que les enfants expriment à l'unisson le souhait de passer plus de temps avec leur père, quand ce n'est pas de vivre avec lui dans une situation inversée à celle qui prévaut actuellement. Nous ne mettons pas complètement en doute l'authenticité du sentiment des enfants et cela serait tout à fait irrespectueux de leur participation à la mission d'expertise. Nous avons toutefois soulevé dans le corps du présent rapport que nous

détections, de-ci de-là, une influence paternelle sur leur propos, celle-ci étant à notre sens plutôt objectivée dans l'échantillon des séquences audio que nous avons écoutées.

Pour être parfaitement clair, nous ne considérons pas qu'il s'agisse d'une situation d'aliénation parentale pathologique (au sens strident d'un prétendu Syndrome d'aliénation parentale), mais plutôt d'un contexte d'alliance avec et d'éloignement de l'enfant sous l'influence d'un parent et de réactions en partie réalistes de l'enfant dans le contexte de l'implosion familiale subie. Ainsi, nous avons déjà mis en exergue le déménagement de Mme I. \_\_\_\_\_ quelque peu abrupt à Zurich, une action éventuellement insuffisamment métabolisée par les enfants. Il faudrait encore ajouter le fait que les réactions des enfants au désarroi profond et amplement exprimé de M. K. \_\_\_\_\_ alimentent - encore à l'heure actuelle - la sollicitude des enfants pour le bien-être de leur père... et qui pourrait leur reprocher ce sentiment !

En d'autres termes, sans questionner l'authenticité du ressenti profond de M. K. \_\_\_\_\_, nous suggérons que sa difficulté à endiguer ses émotions face à la perte de la proximité avec les enfants, et son expression plutôt constante de ce ressenti, nie aux enfants la possibilité de s'installer de manière sereine à Zurich. Après tout, rien n'indique, sinon la conviction de M. K. \_\_\_\_\_, qu'il doit être considéré comme un meilleur parent plus apte et complet que Mme I. \_\_\_\_\_, que s'il parvenait à modérer son besoin de sauver ses enfants pour leur bien, que ces derniers ne connaîtraient pas un développement harmonieux dans le long terme aussi bon que si Mme I. \_\_\_\_\_ en avait la garde.

Ainsi, l'expert soussigné est, de manière figurée, contraint d'abdiquer face à une situation familiale insoluble dans laquelle :

- les deux parents offrent chacun amplement les qualités nécessaires pour élever leurs enfants,
- les enfants sont objectivement à l'aise dans les deux contextes parentaux,

- les enfants expriment le souhait marqué de ne pas rester dans la configuration actuelle de garde et de relations personnelles avec le parent non gardien,
- leur parole est partiellement influencée par l'attitude du parent non gardien et reflète le fait que celui-ci leur manque réellement par rapport à la situation antérieure lorsque les parents vivaient à proximité l'un de l'autre et que le niveau de désarroi de M. K. \_\_\_\_\_ n'était pas aussi intense,
- les enfants expriment, et cela est bien compréhensible, leur difficulté à soutenir directement face à leur mère leur souhait de déplacer leur lieu de vie dans la sphère paternelle,
- les parents, pourtant intelligents et sans conteste aimants envers leurs enfants, sont incapables d'entamer une médiation sensée en laissant dehors les enfants,
- rien n'indique, quelle que soit la décision prise par l'autorité judiciaire, que cesseront les hostilités judiciaires qui émanent du conflit interparental.

Il se présente donc du point de vue de la garde, envisagée dans une perspective psychologique, deux options, son maintien et son changement. Au vu de ce que nous avons détaillé, aucune des options n'est meilleure que l'autre et nous ne sommes pas certain laquelle est la pire.

D'un côté, l'autorité judiciaire pourrait décider d'ordonner un changement de garde (et d'inverser les modalités de visite). Pareille décision serait respectueuse du souhait exprimé par les enfants et ceux-ci seraient alors pris en charge de manière certainement adéquate par M. K. \_\_\_\_\_. Il convient cependant de relever que pareil changement, au-delà du soulagement initial, entraîne la nécessité d'instaurer des réajustements très importants (mais pas insurmontables) dans la vie de M. K. \_\_\_\_\_ qui pour l'instant ne sont que virtuels malgré son assurance de pouvoir s'organiser autour de la gestion pleine des enfants.

Dans cette optique, il convient de ne pas minimiser le fait que les enfants devraient également absorber des changements importants, notamment sur le plan de la scolarité. Toutefois, fondamentalement,

les désagréments du droit de visite liés à l'éloignement des domiciles parentaux resteraient inchangés.

Enfin, nous sommes incertains quant au degré de l'effet potentiellement très négatif sur le lien que les enfants ont avec Mme I.\_\_\_\_\_. Un changement de garde pourrait être perçu ou ressenti par l'un ou l'autre enfant, ou collectivement par les trois enfants (et Mme I.\_\_\_\_\_ elle-même) comme une sanction ou du moins une disqualification du rôle de mère rempli jusqu'à présent.

D'un autre côté, l'autorité judiciaire pourrait décider de maintenir la configuration de la garde et des modalités de visite telle qu'elle existe actuellement. Nous sommes incertains quant à la manière dont les enfants réagiraient et rien n'indique que leur réaction serait identique. A tout le moins, comme ils sont des enfants et que la caractéristique des enfants est d'être plus égocentriques que les adultes matures que nous sommes, N.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ pourraient penser que leur voix ne compte pas ou du moins pas suffisamment. N.\_\_\_\_\_ a fait allusion à cette hypothèse en suggérant qu'il pourrait fuguer pour se rapprocher de son père. Une hypothèse plus improbable mais qui ne peut pas être complètement exclue, surtout dans le moyen terme, est que les enfants pourraient être aussi rassurés par une décision quelle qu'elle soit même si elle est contraire à leur souhait exprimé.

Dans ce cas de figure, il paraît certain que la déception de M. K.\_\_\_\_\_ serait intense, car il est convaincu qu'une décision juste doit pencher en faveur de sa position. Comment réagirait-il et comment parviendrait-il à absorber la désillusion qui en découlerait ? Parviendrait-il à contenir ses émotions ou celles-ci déborderaient-elles sur les enfants qui seraient ainsi cooptés à faire écho à sa détresse ? Nous ne sommes évidemment pas à même d'offrir des prédictions qui auraient la moindre valeur scientifique.

En conclusion :

- Dans l'idéal Mme I.\_\_\_\_\_ et M. K.\_\_\_\_\_ parviendraient à rendre étanche leur conflit, épargner toute éclaboussure sur l'existence des enfants et prendre le temps, peut-être le temps

même long, de communiquer et de se parler pour rétablir un niveau de confiance suffisant pour faire face ensemble aux vicissitudes qui seront inmanquablement générées dans peu d'années par l'évolution propre de leurs enfants.

- Les décisions prises par l'autorité judiciaire pourraient être directement transmises par elle aux enfants N.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, afin qu'ils reçoivent la considération qu'ils méritent et qu'ils en comprennent autant que possible les raisons.
- En cas de poursuite – à notre sens probable quel que soit le cas de figure décisionnel – des actions judiciaires affectant les enfants, il paraît approprié d'envisager la désignation d'un curateur pour représenter les enfants. »

Le Prof. C.\_\_\_\_\_ a encore déposé un complément d'expertise le 6 avril 2016, dans lequel il a rappelé que, globalement, le fonctionnement psychologique des enfants N.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ évoluait dans la normalité. A cet égard, il a relevé que la configuration de la garde était secondaire, au contraire de l'incapacité des parents de se désengager du conflit, qui attisait les réactions des enfants. Questionné sur l'attitude de K.\_\_\_\_\_ à l'égard des enfants, il a déclaré que le chantage affectif couvrait une partie de l'attitude de celui-ci, d'autres processus étant l'expression d'un dénigrement envers I.\_\_\_\_\_, le sentiment d'abandon ressenti et la carence affective que cela engendre ainsi que l'exploitation à des fins judiciaires des bonnes relations avec ses enfants.

**4.** Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 13 mai 2016, K.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que la garde des enfants N.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ lui soit attribuée, un droit de visite s'exerçant un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires et jours fériés étant accordé à I.\_\_\_\_\_, et à ce qu'aucune contribution d'entretien ne soit due entre les parties, sous réserve d'une éventuelle proposition d'I.\_\_\_\_\_ en faveur des enfants.

Dans sa réponse du 1<sup>er</sup> juin 2016, I.\_\_\_\_\_ a notamment conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de K.\_\_\_\_\_.

**5.** L'ordonnance de mesures provisionnelles a été rendue le 19 août 2016. A ce moment, les enfants passaient trois semaines de vacances avec leur père en Bretagne. I.\_\_\_\_\_ les a récupérés le dimanche soir 21 août 2016. Le 22 août 2016 a eu lieu un repas à Zollikon en présence du compagnon et des parents d'I.\_\_\_\_\_, au cours duquel les enfants ont exprimé un certain mécontentement face à leur mère. Les enfants ont été raccompagnés par leur mère à Genève dimanche 28 août 2016, dans le but que la rentrée scolaire du 1<sup>er</sup> septembre 2016 en France voisine puisse au moins être préparée, selon les affirmations de l'intimé dans sa dernière écriture.

### **En droit :**

**1.** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire conformément à l'art. 248 let. d CPC (cf. aussi, pour les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, le renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et donc notamment à l'art. 271 CPC qui prévoit l'application de la procédure sommaire), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), 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 [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

**2.** 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 la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références). Lorsque sont litigieuses des questions relatives au sort de l'enfant mineur, le tribunal établit les faits d'office (art. 296 al. 1 CPC) et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

### **3.**

**3.1** Les faits et moyens de preuves 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).

En l'espèce, les pièces 44 (courriel de l'intimé du 20 août 2016) et 45 (courrier de l'employeur de l'appelante du 23 août 2016) de l'appelante sont postérieures à l'ordonnance de première instance du 19 août 2016. Produites sans retard, elles sont recevables. Il en va de même des pièces 10 à 22 de l'intimé (extraits des journaux respectifs des enfants, déclarations du père d'un ami de N. \_\_\_\_\_ du 28 août 2016, déclarations de la sœur de l'intimé du 28 août 2016, déclarations de la compagne de l'intimé du 27 août 2016, certificats de scolarité des enfants et échange de courriels entre l'intimé et l'appelante), elles aussi postérieures à l'ordonnance de première instance du 19 août 2016 et produites sans retard. Quant aux autres pièces produites tant par l'appelante que par l'intimé, elles figurent toutes au dossier de première instance, de sorte qu'elles sont elles aussi recevables.

**3.2** L'appelante a requis l'audition de trois témoins, à savoir son père et sa mère [...] et [...], ainsi que son compagnon [...], tous trois ayant assisté au repas de famille du 22 août 2016 à Zollikon.

Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer les preuves, notamment si elle estime opportun d'administrer une preuve nouvelle (Jeandin, CPC annoté, 2011, n. 5 ad art. 316 CPC). La mesure requise doit toutefois apparaître propre, sous l'angle de l'appréciation anticipée des preuves, à fournir la preuve attendue. L'instance d'appel peut ainsi refuser une mesure probatoire lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (TF 5A\_906/2012 du 18 avril 2013 consid. 5.1.2 ; TF 5A\_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.1.1 ; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2).

En l'espèce, le témoignage des parents de l'appelante et du compagnon de celle-ci n'apparaissent pas pertinents pour trancher la question litigieuse de la garde des enfants, puisque les faits qu'ils sont censés éclairer, à savoir l'attitude des enfants vis-à-vis de leur mère lors du repas de famille du 22 août 2016 à Zollikon, soit quelques jours après le prononcé de l'ordonnance querellée, ne sont pas de nature à sceller la question de la garde, ni à prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés. A cet égard, il faut relever que la question de la garde a fait l'objet d'une instruction complète et détaillée en première instance, deux rapports émanant de deux services de la protection de la jeunesse ainsi qu'une expertise judiciaire ayant été administrés. Partant, il y a lieu, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, de rejeter la requête d'audition des trois témoins.

**4.**

**4.1** Une fois que des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC, applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC. Aux termes de l'art. 179 al. 1 1<sup>re</sup> phrase CC, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 consid. 2; TF 5A\_720/2011 du 8 mars 2012 consid. 4.1.2 et réf.; TF 5A\_811/2012 du 18 février 2013 consid. 3.2 et réf.).

**4.2** En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1, FamPra.ch 2012 p. 817).

Pour l'attribution de la garde, le bien de l'enfant prime la volonté des parents. L'examen porte alors en premier lieu sur les capacités éducatives des parents. 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). Il convient de 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. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. 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, FamPra.ch 2008 p. 98 ; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, FamPra.ch 2006 p. 193). Le juge appelé à se prononcer sur le fond qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant est amené à vivre, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 117 II 353 consid. 2; TF 5A.860/2009 du 26 mars 2010 consid. 3.1).

## **5.**

**5.1** L'appelante, se référant au rapport d'expertise rédigé par le Prof. C.\_\_\_\_\_ et à son complément, fait grief au premier juge d'en avoir méconnu le contenu et les conclusions. Le rapport serait accablant pour l'intimé. Il établirait le chantage affectif exercé par le père sur les enfants et l'influence prise par celui-ci sur les souhaits exprimés par ceux-là. En somme, le rapport du Prof. C.\_\_\_\_\_ préconiserait le maintien du *statu quo ante*, ce que le premier juge aurait ignoré en attribuant la garde à l'intimé. De plus, le premier juge aurait considéré à tort le contenu du rapport complémentaire du 6 avril 2016 comme non pertinent. L'appelante soutient encore que l'attribution de la garde à l'intimé accentuerait le phénomène de prise d'influence du père sur les enfants, ce qui conduirait à une disqualification de son propre rôle de mère et à un risque non négligeable d'atteinte au bon développement psychologique des enfants.

**5.2** En l'espèce, le premier juge, dans la partie en fait de l'ordonnance entreprise, a largement cité l'expertise en question, reprenant textuellement tous les passages pertinents et restant fidèle à toutes les nuances exprimées. Partant, on ne saurait lui reprocher, sous l'angle d'une constatation inexacte des faits, d'avoir mal établi le contenu de ladite expertise, ce d'autant plus que sa démarche, consistant à citer directement les considérations de l'expert, apparaît plus apte à en reproduire le contenu que celle de l'appelante, consistant à citer certains passages dans un ordre non chronologique, à en paraphraser certains et à en remanier d'autres. A l'instar du premier juge, il faut considérer que les considérations émises par l'expert dans le complément d'expertise du 6 avril 2016, relatives au bon état psychologique actuel des enfants, à l'influence exercée par l'intimé sur ceux-ci et à l'incapacité des parents de se désengager du conflit, se recourent largement dans leur substance avec les propos tenus dans le rapport principal, de sorte que l'on ne peut reprocher au premier juge d'en n'avoir pas tenu compte sous l'angle des faits.

S'agissant de l'appréciation de l'expertise par le premier juge, celui-ci n'a pas ignoré l'attitude influente du père mentionnée dans le rapport, mais il a également pris en compte les autres éléments figurant dans l'expertise, notamment le fait que les deux parents ont une capacité éducative égale et le désir authentique, clair et unanime des enfants de vivre auprès de leur père. Dès lors, on ne saurait reprocher au premier juge d'avoir mal apprécié les éléments à sa disposition.

Enfin, contrairement à ce que semble invoquer l'appelante, l'expert n'a pas conclu son rapport en préconisant le maintien du *statuo quo ante*, mais a déclaré « abdiquer », aucune option n'étant meilleure que l'autre et lui-même « n'étant pas certain laquelle est la pire », en décrivant de façon détaillée les avantages et les inconvénients de l'une ou l'autre solution. Au demeurant, l'expert a confirmé dans le complément d'expertise que la configuration de la garde était secondaire pour le bien-être psychique des enfants, au contraire de l'incapacité des parents à se désengager du conflit.

Partant, le premier juge ne s'est pas rendu coupable d'une violation du droit en faisant usage du large pouvoir d'appréciation qui lui est conféré et en motivant son choix de confier la garde à l'intimé de façon circonstanciée, notamment par le fait que les compétences parentales étaient égales mais que les enfants, bien que quelque peu influencés par leur père, avaient unanimement et authentiquement exprimé le souhait de vivre auprès de celui-ci. Cette appréciation, qui ne préjuge pas du sort réservé à cette question au terme de la procédure de divorce, apparaît justifiée au stade des mesures provisionnelles. Le grief est mal fondé.

## **6.**

**6.1** L'appelante fait également valoir qu'à la suite de l'ordonnance du 19 août 2016, les enfants auraient changé d'attitude vis-à-vis d'elle et de sa famille, adoptant un comportement froid et distant. Selon l'appelante, ce changement laisserait transparaître les intentions réelles de l'intimé, qui aurait fait miroiter aux enfants que s'il obtenait la garde, leur mère reviendrait vivre à Founex (ndr : domicile de l'appelante lorsque la garde était de facto alternée), et qui tenterait de la disqualifier auprès des enfants, posant les prémisses d'un syndrome d'aliénation parentale.

**6.2** D'emblée, il convient d'être prudent vis-à-vis de ces affirmations. Les faits décrits sont immédiatement postérieurs à l'ordonnance ordonnant le transfert de la garde à l'intimé. Au vu des changements drastiques qu'implique cette décision, il apparaît naturel que les enfants, affectés au premier plan par le conflit parental, aient exprimé un certain mécontentement. En conclure que ceux-ci seraient en train de développer un syndrome d'aliénation parentale paraît exagéré à ce stade, un tel diagnostic nécessitant plus de recul et d'éléments qu'une attitude peu agréable des enfants à leur retour de vacances. Il apparaît ainsi que les circonstances décrites ne sont pas à même de remettre en question l'appréciation du premier juge relativement à l'attribution de la garde. Ce grief est lui aussi mal fondé.

**7.** Il découle des considérants qui précèdent que l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance entreprise confirmée. La cause étant désormais tranchée, la requête d'effet suspensif déposée par l'appelante se révèle sans objet. Il est apparu expédient de statuer le plus rapidement possible sur l'appel, aux fins d'éviter aux enfants de subir les éventuels aléas de décisions judiciaires successives et potentiellement différentes.

Au vu de l'urgence de la cause, aucune avance de frais n'a été prélevée. Dès lors, il peut être statué sans frais judiciaires de deuxième instance (art. 11 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]). Il y a lieu d'accorder à l'intimé des dépens réduits à 900 fr. (art. 3 al. 4 et 9 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]), celui-ci ayant uniquement été invité à se déterminer sur la requête d'effet suspensif.

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** La requête d'effet suspensif n'a plus d'objet.
- IV.** L'arrêt est rendu sans frais judiciaires de deuxième instance.
- V.** L'appelante I.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimé K.\_\_\_\_\_ la somme de 900 fr. (neuf cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**VI. L'arrêt est exécutoire.**

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

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

- Me Sandra Genier Müller (pour I. \_\_\_\_\_),
- Me Laurent Winkelmann (pour K. \_\_\_\_\_),

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

- Madame la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

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

Le greffier :