

COUR D'APPEL CIVILE

Ordonnance du 12 août 2021

Composition : M. DE MONTVALLON, juge délégué
Greffière : Mme Bouchat

* * * * *

Art. 315 al. 4 let. b et al. 5 CPC

Statuant sur les requêtes présentées d'une part par **A.S.**_____ et d'autre part par **B.S.**_____ tendant à l'octroi de l'effet suspensif à leurs appels respectifs qu'ils ont interjeté contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 26 juillet 2021 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause les divisant, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait et en droit :

1. A.S._____ (ci-après : l'appelante), née le [...] 1969, originaire de Lausanne (VD), et B.S._____ (ci-après : l'appelant), né le [...] 1963, de nationalité italienne, se sont mariés le [...] 2004 à Lausanne (VD).

Trois enfants sont issus de cette union :

- [...], née le [...] 2005,
- [...], né le [...] 2007, et
- [...], né le [...] 2010.

2. Les parties connaissent des difficultés conjugales depuis 2012. B.S._____ a été expulsé du domicile conjugal le 24 mai 2018, après que A.S._____ a déposé une plainte pénale contre lui pour violences conjugales.

Dans ce contexte, les modalités de la garde des enfants ont été maintes fois modifiées. Ainsi, par convention du 1^{er} juillet 2018, les parties sont convenues d'une garde alternée, à raison d'une semaine chez chacun des parents (chiffre II).

Par convention du 26 juillet 2018, les parties ont modifié les modalités précitées et sont convenues que les enfants seraient chez chacun des parents à quinzaine (chiffre II).

Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 1^{er} juillet 2019, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président du tribunal) a notamment modifié les modalités de garde des enfants revenant à un système d'une semaine sur deux (chiffre IV). Il a également confié un mandat de curatelle selon l'art. 308 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) à la Direction générale de l'enfance et de la jeunesse (ci-après : la DGEJ) et mis

en œuvre une expertise pédopsychiatrique concernant [...] et [...], confiée [...], psychologue.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 26 mars 2020, la garde de l'enfant [...] a été attribuée à la mère et les relations personnelles avec son père ont été suspendues, le rapport de la DGEJ du 25 mars 2020 ayant fait état de violences commises par le père sur son fils, d'une dégradation de leur relation, d'une baisse du niveau scolaire de l'enfant et d'autres signaux alarmants.

Après avoir entendu les trois enfants le 1^{er} avril 2020, le président du tribunal a, par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 6 avril 2020, attribué la garde des enfants [...] et [...] à A.S._____ et prévu un libre et large droit de visite en faveur de B.S._____.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 17 avril 2020, la garde de [...] et [...] a été attribuée à la mère, tandis qu'une garde alternée a été instaurée s'agissant de [...], étant précisé que les relations personnelles entre B.S._____ et [...] ont été suspendues.

Ces modalités ont été confirmées par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 juin 2020. Dans cette même ordonnance, un mandat a été donné à la DGEJ afin de faire toute proposition utile en vue du rétablissement de l'exercice du droit de visite de B.S._____ à l'égard de [...].

Par convention des parties du 23 septembre 2020, la garde de [...] et [...] a été attribuée à A.S._____, celle de [...] à B.S._____, et un droit aux relations personnelles a été prévu pour les parents.

3. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juillet 2021, le président du tribunal a retiré à A.S._____ et B.S._____ le droit de déterminer le lieu de résidence de leurs enfants [...] et [...] et l'a confié provisoirement à la DGEJ (I), a dit que, pour le

surplus, l'autorité parentale sur les enfants [...] et [...] demeurait exercée conjointement par les deux parents (II), a confié un mandat de placement et de garde des enfants [...] et [...] à la DGEJ à charge pour celle-ci de procéder à leur placement au mieux de leurs intérêts, de définir les relations personnelles qu'ils entretiendraient avec chacun des parents et de déterminer la participation de chacun des parents à leur entretien (III), a maintenu la garde de [...] au domicile de A.S._____ et le droit de visite de B.S._____ actuellement en vigueur (IV), a dit que l'ordonnance était rendue sans frais judiciaires (V) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VI).

Le président du tribunal a en effet considéré que l'éloignement de [...] et [...] du conflit parental était devenu indispensable, dès lors qu'aucune autre mesure moins incisive ne permettait manifestement de les préserver. Selon lui, l'ampleur et la durée du conflit qui opposait les parties et l'absence de prise de conscience de celles-ci excluait toute possibilité d'attribution de la garde exclusive à l'un ou l'autre des parents. La garde exclusive ne permettait pas non plus de préserver le développement des enfants, actuellement compromis, dès lors que les parents devraient nécessairement continuer à communiquer entre eux pour l'exercice de l'autorité parentale et des relations personnelles du parent non gardien, ce qui n'était plus envisageable en l'état. Il a ainsi retenu que le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence des enfants était devenu nécessaire à la préservation du bien-être et du bon développement de ceux-ci, la garde sur [...] pouvant être maintenue au domicile de sa mère, la jeune fille ayant les capacités nécessaires de se distancer du conflit parental.

4. Par acte du 6 août 2021, A.S._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais judiciaires et dépens, principalement à la suppression des chiffres I et II du dispositif (IV) et à la réforme du chiffre III en ce sens que d'une part la garde des enfants [...] et [...] soit maintenue au domicile de A.S._____ et que le droit de visite de B.S._____ soit maintenu, et que d'autre part la garde de [...]

soit maintenue au domicile de B.S._____ et que le droit de visite de A.S._____ soit maintenu (V) et, subsidiairement aux chiffres III à V, à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants (VII). L'appelante a également requis l'effet suspensif concernant les chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance litigieuse ainsi que l'assistance judiciaire.

Le même jour, B.S._____ a également interjeté appel contre l'ordonnance précitée et a conclu, sous suite de frais judiciaires et dépens, principalement à son annulation et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants (V), et subsidiairement à sa réforme en ce sens que le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants [...] et [...] ne soit pas retiré aux parents, la garde de fait sur l'enfant [...] étant attribuée à ce dernier (VI). L'appelant a également requis l'effet suspensif ainsi que l'assistance judiciaire.

5.

5.1 A l'appui de sa requête d'effet suspensif, l'appelante soutient que dans la mesure où l'appel est formé au motif qu'il existerait des mesures moins incisives que le placement des enfants, celui-ci aurait pour conséquence de faire perdre toute opportunité aux mesures alternatives, ce qui serait propre à constituer un dommage difficilement réparable au sens de l'art. 315 al. 5 CPC.

L'appelant est en substance du même avis. Il soutient que la mesure ordonnée par le président du tribunal ne serait pas justifiée, dès lors que celui-ci se serait écarté des conclusions de l'expertise. Son analyse serait par ailleurs incomplète, l'intégralité des mesures de substitution n'ayant pas été examinées. Il ajoute que selon l'expert, il n'y aurait par ailleurs pas non plus d'urgence à mettre en œuvre le placement. Selon lui, si l'effet suspensif n'était pas accordé, la DGEJ pourrait à tout moment placer les enfants, ce qui serait susceptible de leur causer un dommage difficilement réparable.

5.2 Selon l'art. 315 al. 4 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), l'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur :

- a. le droit de réponse ;
- b. des mesures provisionnelles.

L'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC).

Le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle ; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès. Le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent (ATF 138 III 378 consid. 6.3 ; TF 5A_257/2016 du 6 juillet 2016 consid. 3.1). Saisie d'une demande d'effet suspensif, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels ; elle doit procéder à une pesée des intérêts en présence et dispose cependant d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 138 III 565 consid. 4.3.1, JdT 2015 II 408 ; TF 5A_336/2017 du 24 juillet 2017 consid. 4 ; TF 5A_131/2016 du 25 avril 2016 consid. 3.1 ; TF 5A_661/2015 du 2 décembre 2015 consid. 5.1 ; TF 5A_403/2015 du 28 août 2015 consid. 5, publié in RSPC 2015 p. 510 ; TF 5A_558/2013 du 11 septembre 2013 consid. 4.2.1).

En matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. En conséquence, lorsque la décision de mesures provisionnelles statue sur la garde, ou modifie celle-ci, de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prenait principalement soin de lui avant l'introduction de la procédure (parent de référence/Bezugsperson), le bien de l'enfant commande, dans la règle, de

maintenir les choses en l'état, et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence. Il n'y a lieu de rejeter la requête d'effet suspensif que lorsque l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé ou encore si le maintien de la situation antérieure met en péril le bien de l'enfant. Le refus d'effet suspensif ne peut être fondé sur le fait que la décision n'apparaît pas insoutenable (Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, 2018, n. 5.2.2.1 ad art. 315 CPC et les réf. cit.)

5.3 En l'espèce, les modalités de garde des enfants ont déjà été modifiées pas moins de sept fois en l'espace de deux ans. La garde de [...] et [...] est actuellement attribuée à l'appelante et celle de [...] à l'appelant, selon convention des parties du 23 septembre 2020. Dans la mesure où l'ordonnance litigieuse retire aux parties le droit de déterminer le lieu de résidence sur les enfants [...] et [...] et le confie provisoirement à la DGEJ, ceux-ci pourraient être placés à tout moment. Or, la jurisprudence précitée dispose que des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. A cela s'ajoute qu'aucune expertise pédopsychiatrique ni aucun rapport de la DGEJ ne fait état d'une situation urgente imposant un placement sans délai des deux enfants concernés (TF 5A_551/2012 du 11 septembre 2012 consid. 3.4 *a contrario* ; TF 5A_131/2016 du 25 avril 2016 consid. 3.3 *a contrario*, TF 5A_941/2018 23 janvier 2019 consid. 5.4 *a contrario*). En effet, les difficultés rencontrées par les deux enfants semblent à première vue se matérialiser principalement dans leur échec scolaire, ce qui n'impose pas une exécution immédiate de l'ordonnance en cause, un arrêt de cette scolarité n'apparaissant pas à l'ordre du jour. Partant, l'exécution peut être suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur les appels déposés.

6. En définitive, les requêtes d'effet suspensif doivent être admises en ce sens que l'exécution des chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance litigieuse est suspendue jusqu'à droit connu sur les appels déposés.

Il sera statué sur les frais judiciaires et les dépens dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir (cf. art. 104 al. 3 CPC).

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

- I. Les requêtes d'effet suspensif doivent être admises en ce sens que l'exécution des chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juillet 2021 est suspendue jusqu'à droit connu sur les appels déposés.

- II. Il sera statué sur les frais judiciaires et les dépens de la présente ordonnance dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

La présente ordonnance, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifiée à :

- Me Roxane Chauvet-Mingard pour A.S. _____,
- Me Christian Favre pour B.S. _____,
- [...], ORPM du Nord vaudois,
- [...] et [...], ORPM du Centre,

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

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

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

La greffière :