

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 5 octobre 2015

Composition : M. ABRECHT, juge délégué

Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 273 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.M.**_____, à Bussigny, intimé, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 6 juillet 2015 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.M.**_____, à Bussigny, requérante, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 6 juillet 2015, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rappelé la convention passée entre les parties à l'audience du 16 juin 2015, ratifiée sur le siège pour valoir prononcé partiel de mesures protectrices de l'union conjugale, dont la teneur était la suivante :

- « I. Les époux A.M._____ et B.M._____ conviennent de vivre séparés pour une durée indéterminée ;
- II. Le lieu de résidence de l'enfant C.M._____, née le [...] 2008, est fixé au domicile de la mère, qui en exerce la garde ;
- III. La jouissance du domicile conjugal, sis [...], à 1030 Bussigny-près-Lausanne, est attribuée à B.M._____, les frais et charges étant assumés par A.M._____ ;
- IV. A.M._____ s'engage à quitter ce logement au plus tard le 15 juillet 2015, en emportant ses effets personnels et de quoi se reloger sommairement ;
- V. Dès et y compris le 1^{er} août 2015, A.M._____ contribuera à l'entretien de sa famille par le régulier versement d'une pension mensuelle de Fr. 970.- (neuf cent septante francs), allocations familiales en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains d'B.M._____.

La contribution d'entretien arrêtée ci-dessus tient compte d'un loyer hypothétique de Fr. 1'700.- par mois. En cas de différence de plus de Fr. 200.- avec le loyer hypothétique, les parties se réservent de modifier dite contribution » (I),

confié au Service de Protection de la Jeunesse (ci-après : SPJ) un mandat de d'évaluation avec pour mission de faire des propositions relatives aux mesures de protection au sens des art. 307 ss CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) et de faire des propositions relatives à l'attribution de l'autorité parentale, la garde et l'exercice des relations personnelles concernant l'enfant C.M._____ (II), dit que A.M._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur sa fille

C.M._____, à exercer d'entente avec B.M._____, et uniquement en présence de la mère de A.M._____ et qu'à défaut d'entente, il pourra avoir sa fille auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir à 19 heures au dimanche soir à 19 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires, pour autant que sa mère soit présente (III), dit que les modalités du droit de visite sur l'enfant C.M._____ pourront être réévaluées à réception du rapport du SPJ, sur requête de l'une des parties (IV), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (V) et rendu la décision sans frais (VI).

En droit, le premier juge a retenu qu'B.M._____ faisait valoir qu'elle avait surpris son époux, en décembre 2014 dans le cadre d'un voyage au [...], en train de se masturber alors que leur fille se trouvait dans la pièce d'à côté et pouvait voir la scène du fait que la porte entre les deux pièces était en verre totalement transparent. Cela étant, il ne se justifiait pas de restreindre la fréquence du droit de visite du père, mais de subordonner son exercice à la présence de la grand-mère paternelle de l'enfant.

B. Par acte du 17 juillet 2015, A.M._____ a fait appel de cette ordonnance en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur sa fille C.M._____, à exercer d'entente avec B.M._____ et qu'à défaut d'entente, il pourra avoir sa fille auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi soir à 19 heures au dimanche soir à 19 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires.

Dans sa réponse du 3 septembre 2015, B.M._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

Par ordonnance du 12 août 2015, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a accordé à B.M._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 31 juillet 2015, dans la procédure d'appel qui l'oppose à A.M._____, sous forme d'exonération d'avances et des frais judiciaires et de l'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Romain Kramer,

et l'a astreinte à payer une franchise mensuelle de 50 fr. dès et y compris le 1^{er} septembre 2015, à verser auprès du Service juridique et législatif, case postale, 1014 Lausanne.

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

1. B.M._____, née [...] le [...] 1972, de nationalité [...], et A.M._____, né le [...] 1974, de nationalité [...], se sont mariés le [...] 2008 à Vevey. Une enfant est issue de cette union : C.M._____, née le [...] 2008.

B.M._____ est la mère de deux autres enfants nés d'un premier lit, [...], née le [...] 1994, et [...], née le [...] 1996.

2. B.M._____ a déposé une première requête de mesures protectrices de l'union conjugale le 30 mai 2012, qu'elle a retirée le 29 juin 2012.

B.M._____ a déposé une deuxième requête de mesures protectrices de l'union conjugale le 7 janvier 2013. Une ordonnance a été rendue le 26 février 2013, mais les époux ont repris la vie commune quelques mois plus tard.

3. Les époux sont partis en voyage au [...] en décembre 2014. Au cours de ce séjour, B.M._____ aurait surpris son époux dans les toilettes en train de se masturber alors que leur fille C.M._____ dormait dans la chambre d'à côté. Il est établi que la porte séparant les deux pièces était vitrée et complètement transparente et que l'enfant ne s'est pas réveillée durant l'incident présumé.

4. Le 2 avril 2015, B.M._____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale dont les conclusions étaient les suivantes :

« **Principalement :**

- I. Les époux sont autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée.
- II. La jouissance de l'appartement conjugal sis [...], à 1030 Bussigny-près-Lausanne, et du mobilier de ménage est attribuée à B.M._____, à charge pour l'intimé d'en payer l'entier des charges.
- III. Ordre est donné à A.M._____ de quitter le domicile conjugal au plus tard dans les trente jours qui suivent le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale à intervenir.
- IV. A.M._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une contribution d'entretien mensuelle, dont le montant sera précisé en cours d'instance, payable le 1^{er} de chaque mois, en mains de la requérante.
- V. La garde sur l'enfant C.M._____, née le [...] 2008, est attribuée à sa mère B.M._____.
- VI. L'intimé A.M._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur sa fille C.M._____ qui sera exercé d'entente avec la mère de l'enfant et uniquement en présence de la mère de l'intimé.

A défaut d'entente, il pourra avoir sa fille auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir à 19h au dimanche soir à 19h, ainsi que la moitié des vacances scolaires, pour autant que sa mère soit présente.

Subsidiairement à la conclusion VI.

- VII. Le droit de visite de A.M._____ sur sa fille C.M._____ s'exercera par l'intermédiaire du Point Rencontre ».

Dans sa réponse du 15 juin 2015, A.M._____ a pris les conclusions suivantes :

- « I. Les époux A.M._____ et B.M._____ sont autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée.

- II. La garde sur l'enfant C.M._____, née le [...] 2008, est attribuée à sa mère B.M._____.
- III. A.M._____ jouira d'un libre et large droit de visite sur l'enfant C.M._____, née le [...] 2008, à fixer d'entente avec B.M._____.

A défaut d'entente, il pourra avoir son enfant auprès de lui, à charge pour lui d'aller la chercher où elle se trouve et de l'y ramener :

- un jour par semaine, de 18h00 au lendemain au début de l'école,
- un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00,
- alternativement à Noël ou Nouvel An, Pâques ou Pentecôte, et
- la moitié des vacances scolaires.

- IV. La jouissance du logement familial, propriété de A.M._____, sis [...], 1030 Bussigny-près-Lausanne, est attribuée à A.M._____, à charge pour lui d'en assumer les intérêts hypothécaires et les charges.

B.M._____ quittera le logement familial lorsqu'elle aura trouvé un appartement lui permettant de se reloger avec l'enfant C.M._____, en emportant avec elle ses effets personnels.

- V. A.M._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, le premier de chaque mois, en mains d'B.M._____ d'un montant de Fr. 2'000.- (deux mille francs), allocations familiales en sus.

- VI. La requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée le 2 avril 2015 par B.M._____ est rejetée pour le surplus. »

5. Les époux ont signé une convention partielle au cours de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 16 juin 2015 (cf. supra, let. A).

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles sont assimilées aux mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) (Colombini, JdT 2013 III 131 n. 6a et les réf.), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur une question non patrimoniale, l'appel est recevable.

2. a) Selon l'art. 317 al. 1 CPC, un moyen de preuve nouveau n'est pris en compte au stade de l'appel que s'il est produit sans retard (let. a) et ne pouvait l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Pour les pseudo nova, soit les faits ou moyens de preuve qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (TF 5A_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1 ; TF 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2 ; TF 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1).

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 al. 1 CPC pour l'introduction de faits ou de moyens de preuve nouveaux s'appliquent même aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime

d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code procédure civile, JdT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JdT 2011 III 43 et réf. citées).

b) En l'espèce, dès lors que la cause porte sur la situation d'un enfant mineur, la pièce 101 produite par l'intimée (échange de sms entre elle et la sœur de l'appelant) est recevable. Elle n'est toutefois pas déterminante pour l'issue du présent litige.

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 (JdT 2011 III 43 c. 2 et les réf.).

4. a) L'appelant soutient qu'il n'a pas agi selon les dires de son épouse et que, même si tel avait été le cas, on ne pourrait en déduire qu'il existe des soupçons d'abus sexuels de sa part à l'encontre de sa fille ou que celle-ci serait en danger. Il expose que l'intimée n'a pas eu le comportement d'une mère craignant pour le bien-être de son enfant : elle a accepté qu'il continue comme par le passé à poursuivre des activités avec leur fille dès leur retour du [...], elle n'a saisi le juge des mesures protectrices de l'union conjugale qu'en date du 2 avril 2015, soit plus de trois mois après l'incident supposé et sans mesures d'extrême urgence, elle a accepté un report de l'audience initialement fixée au 7 mai 2015, elle a accepté qu'il parte en vacances d'été avec leur fille, ainsi que seul du 3 au 6 juillet 2015 et elle n'a fait valoir aucun changement de comportement de l'enfant ni entrepris aucune autre démarche auprès du pédiatre de l'enfant ou de tout autre professionnel de la santé.

L'intimée maintient sa version des faits selon laquelle son époux s'est masturbé alors que C.M._____ se trouvait dans la pièce d'à côté et requiert l'audition de sa fille [...] à laquelle elle a parlé de cet incident. Elle soutient qu'en décrivant avec détail la configuration des lieux où il s'est masturbé, son époux admet avoir eu le comportement qu'elle lui reproche. Elle fait valoir que, depuis leur retour du [...], l'appelant a toujours vu l'enfant soit en présence de tiers, soit à l'extérieur en public où elle n'a jamais envisagé qu'il puisse adopter un comportement inadéquat. Il est vrai qu'elle a accepté que sa fille parte en vacances avec l'enfant, mais uniquement parce que celles-ci se sont déroulées avec la grand-mère paternelle. Elle n'a pas pris de rendez-vous avec un pédiatre, car l'enfant ne n'est pas réveillée durant la masturbation de son époux et n'a donc pas été perturbée par cet événement.

b) Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci (cf. art. 273 al. 2 CC) ; il est cependant également considéré comme un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (ATF 127 III 295 consid. 4a ; ATF 123 III 445 consid. 3b). Le Tribunal fédéral relève à cet égard qu'il est unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant (ATF 127 III 295 consid. 4a ; ATF 123 III 445 consid. 3c). L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriées à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas ; le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 consid. 4a ; ATF 123 III 445 consid. 3b). L'établissement d'un droit de visite surveillé nécessite, comme le retrait ou le refus du droit aux relations personnelles selon l'art. 274 al. 2 CC, des indices concrets de

mise en danger du bien de l'enfant ; il ne suffit pas que ce dernier risque abstraitement de subir une mauvaise influence (ATF 122 III 404 consid. 3c ; TF 5C.20/2006 du 4 avril 2006 ; TF 5P.131/2006 du 25 août 2006 consid. 3, publié in FamPra 2007 p. 167).

c) En l'espèce, les versions des faits respectives des époux divergent intégralement : l'intimée prétend que l'appelant se serait masturbé alors que l'enfant C.M. _____ dormait dans une pièce attenante et l'appelant nie avoir eu un tel comportement.

Même à supposer qu'un tel incident se soit déroulé, il y aurait lieu de constater que l'intégrité physique et psychique de l'enfant n'a jamais été mise en danger. En effet, l'intimée admet elle-même que C.M. _____ dormait, que l'enfant ne s'est pas réveillée durant l'événement présumé et qu'elle n'a pas consulté de pédiatre ou tout autre professionnel de la santé dans la mesure où l'enfant n'a pas été perturbée. L'audition de la fille de l'intimée apparaît donc inutile puisqu'il s'agirait d'un témoignage indirect qui ne ferait au mieux que corroborer les allégations de la mère sur l'incident invoqué.

Supposé avéré, le comportement de l'appelant était certes inadéquat. Toutefois, il n'existe aucune raison concrète de craindre qu'un tel épisode se reproduise. En effet, on peut raisonnablement penser que l'appelant a pris conscience qu'il doit faire en sorte que sa fille ne puisse jamais risquer d'être confrontée à un acte de masturbation, puisqu'il s'agit là du seul comportement que l'intimée lui reproche en fin de compte, étant en outre relevé que la configuration des lieux en question était particulière en ce sens que la porte séparant les deux pièces était en verre totalement transparent.

De plus, dès lors que le SPJ a été chargé d'examiner les conditions de vie de C.M. _____ tant auprès de sa mère que lors de l'exercice du droit de visite chez son père en vue de faire toute proposition utile, notamment quant aux mesures de protection au sens des art. 307 ss CPC, la situation pourra être rapidement revue en cas d'indice concret de

mise en danger du bien-être de l'enfant. Dans ces circonstances, il ne se justifie pas d'instituer un droit de visite surveillé du père tel qu'institué par le premier juge.

5. a) Il résulte de ce qui précède que l'appel, fondé, doit être admis et l'ordonnance entreprise réformée au chiffre III de son dispositif en ce sens que A.M._____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur sa fille C.M._____, à exercer d'entente avec B.M._____ et qu'à défaut d'entente, il pourra avoir sa fille auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir à 19 heures au dimanche soir à 19 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires.

b) Les frais judiciaires, arrêtés à 600 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]) pour l'intimée qui succombe, sont laissés provisoirement à la charge de l'Etat, dès lors que celle-ci est au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC).

L'intimée versera à l'appelant une indemnité de 1'300 fr. à titre de dépens pour la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. d CPC).

En sa qualité de conseil d'office de l'intimée, Me Romain Kramer a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Il ne sera pas tenu compte des opérations antérieures au 31 juillet 2015, puisque l'assistance judiciaire n'a été accordée qu'à partir de cette date. Il sera par conséquent retenu 6 h 15 de travail au lieu de 7 heures. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]), l'indemnité sera arrêtée à 1'215 fr. (1'125 fr., plus 90 fr. de TVA au taux de 8 %), et les débours à 32 fr. 40, TVA comprise, soit au total 1'247 fr. 40.

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
p r o n o n c e :

- I. L'appel est admis.
- II. L'ordonnance est réformée au chiffre III de son dispositif en ce sens que A.M. _____ bénéficiera d'un libre et large droit de visite sur sa fille C.M. _____, à exercer d'entente avec B.M. _____ et qu'à défaut d'entente, il pourra avoir sa fille auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir à 19 heures au dimanche soir à 19 heures, ainsi que la moitié des vacances scolaires.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'intimée B.M. _____, sont laissés provisoirement à la charge de l'Etat.
- IV. L'intimée versera à l'appelant A.M. _____ la somme de 1'300 fr. (mille trois cents francs) à titre de dépens.
- V. L'indemnité de Me Romain Kramer, conseil d'office de l'intimée, est arrêtée à 1'247 fr. 40 (mille deux cent quarante-sept francs et quarante centimes), TVA et débours compris.
- VI. 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.
- VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 6 octobre 2015

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 Yan Schumacher (pour A.M. _____)
- Me Romain Kramer (pour B.M. _____)

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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

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

La greffière :