

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 6 décembre 2016

Composition : Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée
Greffier : M. Hersch

* * * * *

Art. 28b al. 1 ch. 1 et 2 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **B.**_____, à Chavannes-près-Renens, intimée, contre l'ordonnance rendue le 29 septembre 2016 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **ETAT DE VAUD (Service de protection de la jeunesse)**, requérant, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 29 septembre 2016, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le Président) a interdit à B._____ et à W._____, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP, de s'approcher à moins de cent mètres du foyer et de l'école de [...], sous réserve des présences autorisées (I et II), autorisé le requérant Etat de Vaud (Service de la protection de la jeunesse) à solliciter l'intervention de la police en vue de la bonne exécution des chiffres I et II précités sur simple présentation de la décision (III), imparti à l'Etat de Vaud (Service de la protection de la jeunesse) un délai de deux mois dès notification de l'ordonnance pour déposer une demande au fond (IV) et déclaré l'ordonnance, rendue sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire (V à VII).

En droit, le premier juge, statuant sur une requête du Service de la protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) visant à ce qu'il soit interdit à B._____ et à W._____ de s'approcher du foyer de [...] - où vivent leurs deux plus jeunes enfants - et de l'école attenante, a relevé que B._____ s'était par deux fois présentée devant le foyer de [...], sans y être autorisée, et que devant son attitude insistante, les éducateurs avaient dû faire appel à la police. Partant, au stade de la vraisemblance, il convenait, par souci de protection, d'interdire à B._____ et à W._____ de s'approcher de l'école et du foyer, sous réserve des présences autorisées, le SPJ étant d'ores et déjà autorisé à solliciter l'intervention de la police en vue de la bonne exécution de l'ordonnance.

B. Par acte du 13 octobre 2016, B._____ a formé appel contre l'ordonnance précitée en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la requête soit déclarée irrecevable, subsidiairement rejetée. Plus subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle instruction et nouvelle décision. Elle a requis

l'assistance judiciaire. Par ordonnance du 2 novembre 2016, l'assistance judiciaire lui a été accordée avec effet au 13 octobre 2016 dans la procédure d'appel, Me Cécile Maud Tirelli étant désignée en qualité de conseil d'office et B._____ étant astreinte à payer une franchise mensuelle de 50 fr., dès et y compris le 1^{er} décembre 2016.

Invité à se déterminer, l'Etat de Vaud, par le SPJ, a conclu le 14 novembre 2016 au rejet de l'appel. B._____ s'est à nouveau déterminée le 5 décembre 2016.

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

1. De l'union de B._____ et de W._____ sont issus trois enfants : O._____, né le [...] 2007, U._____, née le [...] 2012, et T._____, né le [...] 2013.

En juillet 2012, la garde sur les enfants O._____ et U._____ a été retirée aux époux en application de l'art. 310 CC et confiée au SPJ. En novembre 2013, il en est allé de même s'agissant de l'enfant T._____. Actuellement, O._____ est placé à la Fondation de [...], tandis qu'U._____ et T._____ sont placés au Foyer de [...].

Le 2 juillet 2014, une mesure de curatelle de gestion et de représentation a été instituée en faveur de B._____.

2. L'exercice du droit de visite des parents sur leurs enfants s'est révélé difficile. Les visites ont été médiatisées par l'intermédiaire d' [...], puis de [...], avant que ce dernier organisme suspende l'accueil dans ses locaux en mai 2015.

Dès le mois de juillet 2015, à la suite notamment de menaces de mort émises par W._____ à l'encontre du personnel du SPJ et d'entente avec la Dresse L._____, thérapeute de la famille, les visites

ont été fixées au Centre de consultation [...], en présence de la doctoresse précitée et d'un éducateur.

Le 2 novembre 2015, ensuite d'une dispute entre les époux intervenue au moment d'un appel téléphonique avec les enfants, au cours de laquelle W._____ a tiré la prise du téléphone, coupant net le contact avec les enfants, le SPJ a décidé de suspendre tout contact téléphonique entre les époux et leurs trois enfants.

Dans un rapport du 19 novembre 2015, la Dresse L._____ a relevé qu'au cours des visites de B._____, l'enfant U._____ manifestait une grande souffrance, tandis que l'enfant T._____ exprimait son sentiment d'être envahi par sa mère. Elle a estimé que confronter des enfants aussi jeunes au comportement de leur mère, qui se servait d'eux pour combler ses propres besoins, sans jamais leur manifester d'intérêt, était contraire à leur bon développement.

Le 21 décembre 2015, la Justice de Paix du district de l'Ouest lausannois a suspendu le droit de visite de B._____ sur ses deux plus jeunes enfants jusqu'à ce qu'une expertise pédopsychiatrique soit rendue. Le 30 mai 2016, cette même autorité a fixé un droit de visite de B._____ sur U._____ et T._____ à raison d'une heure par mois dans le cabinet de la Dresse L._____, en la présence de cette dernière.

En juin 2016, B._____ a menacé le SPJ de briser les lunettes de sa fille U._____ et a refusé de remettre à ce service les documents d'identité de l'enfant T._____ afin que ce dernier puisse passer des vacances en France avec sa famille d'accueil.

3. Le 29 juin 2016, B._____ s'est rendue au foyer de [...] pour remettre un sac de vêtements à ses enfants et les papiers d'identité de T._____, alors qu'il lui avait été dit de s'abstenir de toute visite. Malgré un échange téléphonique avec le SPJ, elle a refusé de quitter les lieux, de sorte que les éducateurs du foyer ont dû faire appel à la police.

Le 30 juin 2016, le SPJ a contacté B._____ par téléphone pour l'inviter à ne pas se rendre au foyer.

B._____ est revenue au foyer de [...] le 1^{er} juillet 2016 au matin, sur le chemin de l'école située à 100 m où elle avait rendez-vous avec la future enseignante d'U._____. Elle a demandé à voir ses enfants mais le foyer ne l'a pas autorisée à rentrer.

4. Dans un courrier du 8 juillet 2016, le SPJ, en accord avec la responsable du foyer de [...], a requis de la Justice de paix du district de l'Ouest lausannois qu'elle signifie à B._____ et à W._____ une interdiction de périmètre autour du foyer et de l'école de [...], ces deux institutions étant habilitées à solliciter l'intervention de la police en cas de présence non autorisée.

La Justice de paix ayant indiqué le 12 juillet 2016 qu'il lui semblait qu'une telle requête relevait de la compétence du Président du Tribunal d'arrondissement, le SPJ a réitéré sa requête auprès du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne le 28 juillet 2016. Le 4 août 2016, celui-ci a indiqué qu'il interprétait cette requête comme une requête de mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en protection de la personnalité au sens de l'art. 28b CC. Une audience a été tenue devant lui le 23 septembre 2016.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Les mesures provisionnelles ordonnées pendant la procédure de divorce étant rendues en procédure sommaire (cf. 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 à compter de la notification (art. 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, dirigé contre une ordonnance rendue en application de l'art. 276 CPC - selon mention du premier juge non contestée par l'appelante - et 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.

2.1 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, ce large pouvoir d'examen s'appliquant également lorsque la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références).

En mesures provisionnelles, le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 120 II 352 consid. 2b), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2 ; TF 5A_41/2011 du 10 août 2011 consid. 4.2 *in fine* ; TF 5A_4/2011 du 9 août 2011 consid. 3.2 ; TF 5A_720/2009 du 18 janvier 2010 consid. 5.3).

2.2 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve 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.

La jurisprudence vaudoise considère qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire, même dans les causes soumises à la maxime inquisitoire (JdT 2011 III 43 ; RSPC 2011, p. 320, note approuvée de Tappy). Le Tribunal fédéral a approuvé cette interprétation de la loi (ATF 138 III 625 consid 2.2). Des novas peuvent toutefois être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (JdT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, Procédure civile, tome II, 2^e éd., 2010, n. 2415). Il n'est cependant pas insoutenable d'appliquer strictement l'art. 317 CPC dans tous les litiges auxquels s'applique la maxime inquisitoire, même concernant des contributions envers les enfants (TF 5A_342/2013 du 27 septembre 2013 consid. 4.1.2 ; TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 4.2., RSPC 2014 p. 456, qui relève que la question de principe n'a pas encore été tranchée).

En l'espèce, les deux pièces produites en appel, soit l'extrait du Registre du commerce de la fondation en charge du Foyer de [...] et l'organigramme de cette institution, ne sont pas datées. L'appelante n'explique pas pourquoi ces pièces n'auraient pas pu être produites en première instance déjà, de sorte que celles-ci se révèlent irrecevables.

3. L'appelante soutient d'abord que le SPJ, auquel seul un mandat de détermination du lieu de résidence des enfants au sens de l'art. 310 CC a été confié, n'aurait pas le pouvoir de représenter ceux-ci. Partant, ce service n'aurait pas la légitimation active pour requérir des mesures de protection de la personnalité au sens de l'art. 28b al. 1 CC au nom des enfants et sa requête aurait dû être déclarée irrecevable.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, la légitimation active n'est pas une question de recevabilité, mais de fond, dont le défaut conduit au rejet et non à l'irrecevabilité de la demande (TF 5A_892/2011 du 21 juin 2012 consid. 4.3.1 ; ATF 126 III 59 consid. 1a). Quoi qu'il en soit, la question de la légitimation active du SPJ peut dans le cas d'espèce rester ouverte, l'appel devant de toute façon être admis, au vu des considérants qui suivent.

4.

4.1 L'appelante estime que l'interdiction de périmètre ordonnée par le premier juge serait contraire au principe de proportionnalité. Les contacts entre elle-même et le SPJ seraient empreints de malentendus et ce service se montrerait excessivement sévère à son égard, interprétant systématiquement son comportement de façon négative. Son attitude se serait améliorée ces derniers mois et les événements du début du mois de juillet 2016 seraient isolés. De plus, les événements en question ne constitueraient ni des menaces, ni du harcèlement, de sorte que les conditions de l'art. 28b al. 1 CC ne seraient pas remplies. Le SPJ l'aurait d'ailleurs lui-même implicitement reconnu, puisqu'en « s'interrogeant sur l'opportunité d'une interdiction de périmètre », il aurait admis que cette mesure n'était pas nécessaire.

Pour sa part, le SPJ justifie le caractère proportionné de la mesure requise par l'énumération d'une série de faits s'étant déroulés de mai 2015 à juillet 2016. L'appelante se serait rendue à deux reprises de façon inopinée au foyer où vivent ses deux plus jeunes enfants et son refus de quitter les lieux aurait nécessité l'intervention de la police. Citant un arrêt de la Chambre des curatelles du 30 juin 2016, le SPJ estime que l'attitude de l'appelante aurait des répercussions très négatives sur le développement de ses enfants cadets et constituerait peut-être même une violation du devoir d'assistance et d'éducation au sens de l'art. 219 CP.

4.2 L'art. 28b al. 1 CC, applicable par renvoi de l'art. 172 al. 3 2^e phr. CC, prévoit qu'en cas de violence, de menaces ou de harcèlement, le

demandeur peut en particulier requérir le juge d'interdire à l'auteur de l'atteinte de l'approcher ou d'accéder à un périmètre déterminé autour de son logement (ch. 1) ou de fréquenter certains lieux, notamment des rues, places ou quartiers (ch. 2). La violence s'entend comme une atteinte directe à l'intégrité physique, psychique, sexuelle ou sociale d'une personne. Les menaces doivent être sérieuses et susciter chez la victime une crainte légitime quant à son intégrité physique, psychique, sexuelle ou sociale ou à celle de personnes qui lui sont proches, à l'instar de ses enfants. Quant au harcèlement, il recouvre la notion anglaise de *stalking*, qui vise la poursuite obsessionnelle de la victime, par des comportements tels que l'espionnage, la recherche constante d'une proximité physique, la traque, le dérangement et la menace. Dans tous les cas, l'atteinte doit présenter un certain degré d'intensité (Jeandin/Peyrot, Commentaire romand CC I, 2010, nn. 12 à 14 ad art. 28b CC ; Meili, Basler Kommentar ZGB I, 5^e éd., 2014, n. 3 ad art. 28b CC).

Lorsqu'il ordonne des mesures de protection, le juge – qui dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu – doit tenir compte du principe de proportionnalité, étant donné que celles-ci sont susceptibles de heurter les droits fondamentaux de l'auteur de l'atteinte. Cela signifie que ces mesures doivent être adéquates, nécessaires et adaptées au cas concret. Le juge doit choisir une mesure suffisamment efficace pour protéger la victime, qui soit simultanément la moins incisive pour l'auteur de l'atteinte (TF 5A_377/2009 du 3 septembre 2009 consid. 5.3.2 ; Jeandin/Peyrot, op. cit., n. 17 ad art. 28b CC). Les mesures de protection selon l'art. 28b CC peuvent être prises sous la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP (Meili, op. cit., n. 6 ad art. 28b CC).

4.3 En l'espèce, le premier juge s'est fondé sur les événements du 30 juin et du 1^{er} juillet 2016 pour faire droit à la requête d'interdiction de périmètre déposée par le SPJ. Le 30 juin 2016, l'appelante s'est rendue de façon inopinée au foyer de [...] pour remettre des vêtements à ses enfants et les documents d'identité de son fils T._____. Elle a refusé de quitter les lieux, malgré un contact téléphonique avec le SPJ, de sorte que les

collaborateurs du foyer ont dû faire appel à la police. Le lendemain, l'appelante s'est à nouveau présentée devant le foyer, alors qu'elle était en route pour l'école située à 100 m, où elle avait rendez-vous avec la future enseignante de sa fille U._____. Elle n'a pas été autorisée à entrer dans le foyer. Ces comportements, bien que critiquables car contraires aux modalités du droit de visite fixées par la Justice de paix le 30 mai 2016 et aux instructions du SPJ, n'apparaissent pas suffisamment caractérisés pour justifier une interdiction de périmètre. Au cours de ces deux épisodes, l'appelante n'a pas été violente envers ses enfants et n'a pas adressé de menaces à leur égard. Son comportement ne peut pas non plus être qualifié de harcèlement, puisqu'il n'a été ni allégué, ni établi que les enfants auraient assisté aux épisodes en question. En l'absence de violence, de menaces ou de harcèlement à l'égard des enfants, l'art. 28b al. 1 CC n'était donc pas applicable.

Dans sa réponse à l'appel, le SPJ a énuméré une série d'autres évènements, qui se seraient produits entre mai 2015 et juillet 2016 : en raison du comportement inadéquat de l'appelante, le droit de visite de celle-ci aurait été progressivement réduit, jusqu'à sa suspension, puis limité à une heure par mois dans le cabinet de la Dresse L._____; le mari de l'appelante aurait tiré la prise lors d'un appel téléphonique avec les enfants ; l'appelante aurait menacé de casser les lunettes de sa fille U._____; elle aurait refusé de remettre au SPJ les documents d'identité de son fils T._____.

On peut se demander si ces évènements, plus graves, pourraient fonder l'application de l'art. 28b al. 1 CC. A cet égard, il faut toutefois relever que le SPJ n'a pas fondé sa requête de mesures provisionnelles sur ces évènements, mais sur les seuls épisodes du 30 juin et du 1^{er} juillet 2016. Il existe de plus une certaine distance temporelle entre les comportements décrits, qui remontent pour certains à mai 2015, et la requête formulée pour la première fois le 8 juillet 2016, ce qui relativise l'urgence et donc la nécessité de la mesure ordonnée. Enfin, la mesure en soi demeure discutable sous l'angle de l'aptitude. En effet, l'interdiction de périmètre ordonnée n'a pas d'incidence sur les

comportements incriminés : interdire à l'appelante de se rendre aux abords du foyer de [...] et de l'école attenante ne rendra pas son comportement plus adéquat lors du droit de visite qui s'exerce au cabinet de la Dresse L._____, n'aura pas d'incidence sur son attitude au téléphone - les contacts téléphoniques étant de toute façon interrompus -, et ne la rendra pas plus collaborative avec le SPJ. Il apparaît donc que la mesure ordonnée n'est pas efficace pour protéger les atteintes dont seraient victimes les enfants de l'appelante. Ainsi, même en présence d'un cas d'application de l'art. 28b al. 1 CC, la mesure ordonnée ne remplirait pas la condition de l'aptitude et ne se révélerait par conséquent pas proportionnée.

Quant à l'arrêt de la Chambre des curatelles du 30 juin 2016 invoqué par le SPJ, outre le fait qu'il porte sur une autre thématique, soit la fixation du droit de visite de l'appelante sur ses trois enfants, il a été rendu antérieurement aux événements ayant fondé la requête d'interdiction de périmètre, de sorte qu'il apparaît dénué de pertinence pour juger du caractère proportionné de la mesure ordonnée.

Les conditions de l'art. 28b al. 1 CC n'étant pas remplies et la mesure requise n'étant pas proportionnée, la requête du SPJ aurait dû être rejetée. L'appel étant admis pour ce motif déjà, il n'est pas nécessaire de se pencher sur le grief de l'appelante tiré du défaut de légitimité active du SPJ.

5. Il s'ensuit que l'appel doit être admis et l'ordonnance entreprise réformée en ce sens que le ch. I de son dispositif est annulé. Le ch. II du dispositif est maintenu, le père W._____ n'ayant pas fait appel de l'ordonnance. Le ch. III du dispositif est modifié en ce sens que le requérant est autorisé à solliciter l'intervention de la police en vue de la bonne exécution du chiffre II uniquement, le ch. I ayant été annulé. Pour le surplus, l'ordonnance entreprise doit être confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'intimé Etat de Vaud, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ce dernier versera à l'appelante la somme 800 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

En date du 12 octobre 2016, Me Cécile Maud Tirelli, conseil d'office de l'appelante, a produit une liste d'opérations mentionnant 3 heures et 12 minutes de travail et des débours par 7 fr. pour la période du 13 octobre au 5 décembre 2016. Au vu de la nature et de la difficulté de la cause, le temps allégué paraît approprié. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.3]), l'indemnité s'élève à 576 fr., montant auquel s'ajoutent les débours par 7 fr. et la TVA de 8 % sur le tout, ce qui porte l'indemnité d'office de Me Cécile Maud Tirelli à 629 fr. 65.

Conformément à l'art. 122 al. 2 CPC, le conseil d'office de l'appelante ne percevra l'indemnité d'office que si les dépens ne peuvent être obtenus de l'intimé.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement de l'indemnité à son conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

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

I. L'appel est admis.

II. L'ordonnance est réformée aux ch. I et III de son dispositif comme suit :

I. Annulé.

III. Dit que le requérant est d'ores et déjà autorisé à solliciter l'intervention de la police en vue de la bonne exécution du chiffre II ci-dessus sur simple présentation de la présente décision.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'intimé Etat de Vaud (Service de protection de la jeunesse).

IV. L'indemnité d'office de Me Cécile Maud Tirelli, conseil d'office de l'appelante B. _____, est fixée à 629 fr. 65 (six cent vingt-neuf francs et soixante-cinq centimes), TVA et débours compris.

V. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité d'office mise à la charge de l'Etat.

VI. L'intimé Etat de Vaud (Service de protection de la jeunesse) versera à l'appelante B. _____ la somme de 800 fr. (huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du

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

- Me Cécile Maud Tirelli (pour B. _____),
- Etat de Vaud (Service de protection de la jeunesse),

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

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

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 :