

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 16 juillet 2024

---

Composition : Mme GAURON-CARLIN, juge unique  
Greffière : Mme Barghouth

\*\*\*\*\*

**Art. 134, 179 et 298 al. 2<sup>ter</sup> CC ; art. 152 al. 2 CPC**

Statuant sur l'appel interjeté par **T.**\_\_\_\_\_, à [...], contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 8 mai 2024 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **I.**\_\_\_\_\_, à [...], la Juge unique de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 8 mai 2024, envoyée pour notification le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président ou le premier juge) a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 24 avril 2024 par T. \_\_\_\_\_ contre I. \_\_\_\_\_ (I.), a révoqué les mesures superprovisionnelles prononcées par ordonnances des 24 et 25 avril 2024 (II.), a dit qu'en conséquence les modalités de prise en charge de l'enfant U. \_\_\_\_\_, née le [...] 2014, seraient celles prévues par les parties au chiffre II/2 de la convention qui règle les effets de leur divorce, ratifiée par jugement du 28 mars 2024 (III.), a réglé le sort des frais et dépens (IV. à VII.) et a déclaré la décision immédiatement exécutoire, nonobstant appel ou recours (VIII.).

Le premier juge a relevé que l'épisode de violence domestique dont avait été victime I. \_\_\_\_\_ du fait de son compagnon était d'une violence loin d'être anodine, qu'il s'agisse de sa durée ou de son intensité. Il a considéré qu'I. \_\_\_\_\_ n'était cependant pas sous l'emprise de son ami, au-delà des sentiments qu'elle lui portait, et qu'elle n'avait pas cherché à cacher cet épisode, au point qu'elle ne serait plus en mesure de sauvegarder ses propres intérêts et, *a fortiori*, ceux de sa fille U. \_\_\_\_\_. Le président a dès lors retenu que le retrait du droit de garde qu'I. \_\_\_\_\_ partageait avec T. \_\_\_\_\_ sur leur fille U. \_\_\_\_\_ ne se justifiait pas, tout en soulignant que c'était ce mode de prise en charge qui avait prévalu à la satisfaction de tous depuis la séparation des parties en 2018 et que l'enfant avait manifesté une farouche opposition à l'idée qu'il pourrait en aller autrement à l'avenir. Enfin, le premier juge a considéré que l'enfant U. \_\_\_\_\_ n'était pas menacée - notamment dans son intégrité physique - d'un danger si concret qu'il se justifierait d'interdire à sa mère de la mettre en présence de son compagnon.

**B. a)** Par acte du 23 mai 2024, T. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'appelant) a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant principalement à sa

réforme en ce sens que la requête de mesures provisionnelles déposée le 24 avril 2024 soit admise. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise, au maintien de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 25 avril 2024 et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. Au préalable, il a requis la restitution de l'effet suspensif à son appel.

**b)** Par déterminations du 28 mai 2024, l. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'intimée) a conclu au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif.

Par ordonnance du 28 mai 2024, la Juge unique de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal (ci-après : la juge unique) a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif.

**c)** Par réponse du 20 juin 2024, l'intimée a conclu au rejet de l'appel. Elle a par ailleurs sollicité le retranchement d'enregistrements audio produits par l'appelant, à savoir les conversations téléphoniques entre l'intimée et sa fille R. \_\_\_\_\_ produites le 24 avril 2024 à l'appui de la requête du même jour ainsi celles entre l'intimée et l'enfant U. \_\_\_\_\_ produites à l'appui des déterminations du 29 avril 2024.

**d)** Une audience d'appel a été tenue le 26 juin 2024. La conciliation a été vainement tentée. Les parties ont été entendues à forme de l'art. 191 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272). Les conseils des parties ont plaidé et la cause a été gardée à juger.

Lors de cette audience, l'appelant a produit un témoignage écrit non daté de la fille aînée majeure des parties, domiciliée en Allemagne. L'intimée a sollicité le retranchement de cette pièce et produit de nouvelles pièces en lien avec celle-ci, pour le cas où elle ne serait pas retirée du dossier.

**e)** Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 11 juillet 2024, l'intimée a conclu à l'octroi d'une autorisation de voyager à l'étranger du 15 juillet au 1<sup>er</sup> août 2024 avec sa fille U.\_\_\_\_\_.

Par ordonnance du 12 juillet 2024, la juge unique a déclaré la requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 11 juillet 2024 irrecevable et a dit qu'il serait statué sur les frais judiciaires et les dépens de l'ordonnance dans le cadre de l'arrêt sur appel à intervenir.

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

**1.** L'appelant, né le [...] 1979 et l'intimée, née le [...] 1976, se sont mariés le [...] 2006 en France.

Deux enfants sont issues de cette union : E.\_\_\_\_\_, née le [...] 2004, majeure, et U.\_\_\_\_\_, née le [...] 2014.

L'intimée est également la mère de l'enfant R.\_\_\_\_\_, née le [...] 1996 d'une précédente union.

**2.** Les parties se sont séparées le 1<sup>er</sup> août 2018.

**3. a)** Les parties sont convenues d'une garde alternée sur l'enfant U.\_\_\_\_\_ selon des modalités réglées dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, puis de mesures provisionnelles réglant la séparation au cours de la procédure de divorce. Le 11 avril 2023, elles ont produit devant le président une convention complète sur les effets du divorce, laquelle a été confirmée lors d'une audience tenue le 5 octobre 2023. Il ressort de cette convention que le sort de l'enfant mineure U.\_\_\_\_\_ y est déterminé d'une manière conforme à son intérêt, sous forme d'une garde partagée, en ces termes :

« U. \_\_\_\_\_ sera chez son père du lundi matin, au début des cours, au mercredi à midi. Elle sera chez sa mère du mercredi à midi au vendredi à la sortie des cours.

Les week-ends se dérouleront en alternance chez son père et chez sa mère, du vendredi à la sortie des cours au lundi matin à la reprise des cours.

Chaque parent aura U. \_\_\_\_\_ auprès de lui durant la moitié des vacances scolaires, étant précisé que, durant ces périodes, U. \_\_\_\_\_ ne demeurera pas auprès de l'un de ses parents plus de 14 jours d'affilés. Quant aux jours fériés, ils seront répartis alternativement, une année sur deux, à Noël ou à Nouvel, à Pâques ou à l'Ascension, à Pentecôte ou au Jeûne fédéral.

Chaque partie a la faculté de recevoir U. \_\_\_\_\_ pour la pause et le repas de midi, une seule fois par semaine, moyennant préavis en temps utile à l'autre parent et à l'APEMS.

Les parties sont libres de modifier le planning d'entente entre elles, dans le respect du bien-être de l'enfant.

Le domicile de l'enfant est au domicile de la mère. Toutefois, en cas de changement de domicile de cette dernière dans un autre cercle scolaire, le domicile d'U. \_\_\_\_\_ sera déplacé chez celui du père, ce afin que l'enfant continue sa scolarité à Lausanne. Si les deux parents devaient déménager du cercle scolaire de Lausanne, ils décideront d'entente du domicile de l'enfant. A défaut d'entente et en dernier recours, ils feront appel à la Justice de paix ».

**b)** Par jugement du 28 mars 2024, le divorce des parties a été prononcé. Le jugement de divorce comprend la ratification de la convention susmentionnée à teneur de laquelle les parties se sont par ailleurs entendues pour maintenir conjointe l'autorité parentale sur l'enfant U. \_\_\_\_\_.

**4.** Le 7 avril 2024, hors du domicile de l'un d'eux et sans la présence de tiers, singulièrement des enfants, une violente dispute a éclaté entre l'intimée et son compagnon, V. \_\_\_\_\_, au cours de laquelle ce dernier a frappé l'intimée à plusieurs reprises. Il a notamment asséné un coup de pied au niveau du ventre de l'intimée, qui est tombée en arrière, sa tête venant heurter le cadre de la portière de la voiture. Dans la foulée, V. \_\_\_\_\_ a démarré la voiture de l'intimée, pilotant l'engin à une vitesse totalement inadaptée, avant de s'arrêter dans un bois et de frapper derechef sa compagne de ses mains.

**5. a)** Le 24 avril 2024, l'appelant a déposé auprès du président une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles contre l'intimée, tendant à ce que la garde exclusive de l'enfant U. \_\_\_\_\_ lui soit attribuée et à ce que le droit de visite de la mère soit suspendu. A l'appui

de sa requête, l'appelant a notamment produit une clé UBS avec des enregistrements audio.

**b)** Par ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 24 avril 2024 - et rectifiée sur des points de forme le lendemain - le premier juge a dit que le lieu de résidence de l'enfant U. \_\_\_\_\_ était fixé au domicile de son père, qui en assumerait par conséquent la garde de fait (I.) et que le droit de visite de la mère sur l'enfant U. \_\_\_\_\_ était provisoirement suspendu (II.).

**c)** L'intimée s'est déterminée les 24 et 26 avril 2024.

A l'appui de déterminations du 29 avril 2024, l'appelant a produit une nouvelle clé USB avec des enregistrements audio.

**d)** Le président a entendu l'enfant U. \_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> mai 2024.

**e)** Une audience a été tenue le 6 mai 2024.

**6.** Par acte du 12 juin 2024, l'appelant a formé appel contre le jugement de divorce du 28 mars 2024 en tant qu'il ratifie la convention des parties au sujet de la garde alternée sur l'enfant U. \_\_\_\_\_.

## **En droit :**

### **1.**

#### **1.1**

**1.1.1** Selon l'art. 308 CPC, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (al. 1 let. b) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (al. 2).

Les mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

**1.1.2** Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et le placement de celui-ci ne sauraient relever de la compétence d'un membre unique de l'autorité de protection, hormis lorsqu'ils sont prononcés à titre superprovisionnel, dès lors que de telles mesures s'inscrivent dans le domaine central du droit de la protection de l'enfant, partant elles portent généralement une atteinte grave à des droits fondamentaux de l'enfant, singulièrement au respect de la vie familiale, en sorte que l'examen de ces questions par une autorité collégiale s'impose afin que la décision prise intervienne dans le cadre d'une réflexion interdisciplinaire collégiale et qu'elle soit à même de sauvegarder au mieux les intérêts de toutes les personnes concernées (ATF 148 I 251 consid. 3).

**1.2** L'appel a été formé en temps utile, par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision de mesures provisionnelles portant sur des conclusions non patrimoniales (garde alternée).

L'intimée conteste la compétence de la juge unique au vu de la jurisprudence susmentionnée concernant le retrait du droit de garde. Elle a dénoncé en audience des conclusions peu précises, notamment dans l'imbrication des mesures provisionnelles et de la contestation du jugement de divorce. Or, il apparaît qu'à la lecture des écritures dans leur intégralité, l'on comprend aisément que l'appelant s'oppose désormais à la garde alternée d'U.\_\_\_\_\_, requérant la garde exclusive de l'enfant. Il ne s'agit ainsi pas, comme le croit l'intimée, d'une mesure de protection de l'enfant en retrait de la garde, fondée sur l'art. 310 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210), la question étant uniquement le système

de garde par la remise en cause de la garde alternée convenue par les parties et ratifiée par le juge du divorce, qui est instaurée depuis plusieurs années, eu égard à des faits nouveaux qui justifieraient le prononcé de mesures provisoires visant la sauvegarde d'intérêts de l'enfant en péril imminent. En l'état, il n'y a aucune mesure de retrait selon l'art. 310 CC de l'autorité parentale ou du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Ainsi, il n'y a pas de compétence collégiale imposée par la jurisprudence fédérale. Partant, la juge unique est compétente pour statuer dans la présente cause.

## **2.**

**2.1** L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que 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 (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A\_340/2021 du 16 novembre 2021 consid. 5.3.1 ; TF 4A215/2017 du 15 janvier 2019 consid. 3.4).

Sous réserve des vices manifestes, l'application du droit d'office ne signifie pas que l'autorité d'appel doive étendre son examen à des moyens qui n'ont pas été soulevés dans l'acte d'appel. Elle doit se limiter aux griefs motivés contenus dans cet acte et dirigés contre la décision de première instance ; l'acte d'appel fixe en principe le cadre des griefs auxquels l'autorité d'appel doit répondre eu égard au principe d'application du droit d'office. Il n'en va pas autrement lorsque la maxime d'office et inquisitoire (simple ou illimitée) s'applique (ATF 147 III 176 consid. 4.2 ; TF 5A\_891/2022 du 11 janvier 2024 consid. 4.3.1).

**2.2** Conformément à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), le juge saisi de questions relatives aux enfants mineurs dans les affaires de droit de la famille a le devoir d'éclaircir les faits et de prendre

en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant. Il n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par les parties ; il ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 et réf. cit.). Cette obligation du juge d'établir d'office les faits n'est cependant pas sans limite. La maxime inquisitoire ne dispense pas, en effet, les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses ; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 140 III 485 consid. 3.3 ; TF 5A\_784/2022 du 12 juillet 2023 consid. 5.2 ; TF 5A\_584/2022 du 18 janvier 2023 consid. 3.1.1).

Par ailleurs, s'agissant des questions relatives aux enfants mineurs, la maxime d'office s'applique et le tribunal n'est dès lors pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

## **2.3**

**2.3.1** Dans le cadre de la procédure d'appel, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (art. 317 al. 1 let. a CPC) et ne pouvaient pas être invoqués ou produits en première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 let. b CPC), ces deux conditions étant cumulatives (TF 5A\_451/2020 du 31 mars 2021 consid. 3.1.1 et réf. cit.). Toutefois, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des *nova* en appel même si les conditions de cette disposition ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 et réf. cit. ; TF 5A\_582/2020 du 7 octobre 2021 consid. 4.1.4).

**2.3.2** En l'espèce, l'appel concerne la garde d'une enfant mineure, de sorte que la maxime inquisitoire illimitée est applicable. Partant, les nouvelles pièces produites par les parties sont formellement recevables, indépendamment du point de savoir si leur production respecte les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC.

**3.** L'intimée requiert le retranchement de la procédure de plusieurs pièces produites par l'appelant, singulièrement les enregistrements audio des conversations téléphoniques entre celle-ci et, d'une part, sa fille R. \_\_\_\_\_ et, d'autre part, l'enfant U. \_\_\_\_\_.

**3.1** L'intimée soutient que les enregistrements audio produits en première instance les 24 et 29 avril 2024 par l'appelant, obtenus illicitement, auraient dû être retranchés du dossier.

**3.1.1**

**3.1.1.1** L'art. 179<sup>ter</sup> CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) prévoit que celui qui, sans le consentement des autres interlocuteurs, aura enregistré sur un porteur de son une conversation non publique à laquelle il prenait part, celui qui aura conservé un enregistrement qu'il savait ou devait présumer avoir été réalisé au moyen d'une infraction visée à l'al. 1, ou en aura tiré profit, ou l'aura rendu accessible à un tiers, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, n'importe quelle conversation non publique ne bénéficie pas encore de la protection pénale au sens de cette disposition. Il faut qu'elle touche au domaine privé. Il en est ainsi des communications de nature personnelle ou commerciale (ATF 146 IV 126 consid. 2.1).

**3.1.1.2** Aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Contrairement à la preuve irrégulière, recueillie en violation d'une règle de procédure, la preuve illicite est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause (ATF 140 III 6 consid. 3.1). La preuve est illicite, au sens de l'art. 152 al. 2 CPC, parce qu'elle a été obtenue par la commission d'un délit (TF 5A\_684/2023 du 6 mars 2024 consid. 4.1). Est notamment obtenu de manière illicite l'enregistrement de conversations privées (art. 179<sup>bis</sup> et 179<sup>ter</sup> CP ; Hohl, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2<sup>ème</sup> éd., Berne

2016, n. 2020 ; Schweizer, *in* : Commentaire romand, Code de procédure civile, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019, n. 14 *ad* art. 152 CPC).

La preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive. Le juge doit en particulier procéder à une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité (ATF 140 III 6 consid. 3.1). La maxime procédurale applicable dans le cas particulier peut jouer un rôle à ce dernier égard. On admettra plus facilement que l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte lorsque la maxime inquisitoire et/ou d'office est applicable que si la maxime des débats s'applique. Tel sera en particulier le cas lorsque la maxime inquisitoire illimitée est applicable, parce que le juge a l'obligation d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant. Quoiqu'il en soit l'utilisation de moyens de preuve obtenus à la suite d'une ingérence illicite dans la sphère privée ne doit être admise qu'avec une grande réserve (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 ; ATF 139 II 7 consid. 6.4.1 ; TF 5A\_684/2023 précité consid. 4.1).

**3.1.2** En l'occurrence, les clés USB produites par l'appelant contiennent des enregistrements de conversations privées opérés à l'insu de l'intimée alors qu'elle s'entretenait avec ses filles R.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_ sur sa vie privée voire intime. Ces enregistrements sont couverts par l'art. 179<sup>ter</sup> CP et constituent ainsi des preuves obtenues illicitement. Dans le contexte de mesures provisionnelles où le degré de la preuve est limité à la vraisemblance et alors que les autres moyens de preuve au dossier suffisent à l'établissement des faits de manière à rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, il ne se justifiait pas d'utiliser des preuves obtenues en violation d'une norme de droit matériel. Partant, l'art. 152 al. 2 CPC commande le retranchement de ces pièces.

**3.2** L'intimée sollicite par ailleurs le retranchement du témoignage écrit de l'enfant E.\_\_\_\_\_ produit par l'appelant à l'audience du 26 juin 2024.

**3.2.1** Selon l'art. 169 CPC, toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner sur des faits dont elle a eu une perception directe.

La déclaration écrite par laquelle un « témoin » communique hors procédure à une partie sa perception d'un événement pertinent auquel il prétend avoir assisté peut être qualifiée selon les cas comme une simple allégation de la partie qui la produit ou comme un titre à la valeur probante restreinte (Schweizer, *op. cit.*, n. 4 ad art. 177 CPC).

**3.2.2** La question de la recevabilité du témoignage écrit de l'enfant majeure E.\_\_\_\_\_ peut souffrir de demeurer indéterminée au vu de l'appréciation qu'il y a lieu de faire de ce moyen de preuve (art. 157 CPC). Il s'agit en effet d'une déclaration écrite, produite en remplacement d'une audition à forme de l'art. 169 CPC. E.\_\_\_\_\_ témoigne, à une date qui n'est pas précisée, de faits prétendument rapportés par sa petite sœur U.\_\_\_\_\_ et non de faits dont elle a eu une perception directe, ce d'autant qu'elle séjourne actuellement en Allemagne. Il ne sera ainsi pas tenu compte du témoignage écrit d'E.\_\_\_\_\_. Les pièces produites par l'intimée, visant à contre-carrer ledit témoignage écrit, deviennent en conséquence sans pertinence.

#### **4.**

**4.1** Au fond, l'appelant requiert l'attribution immédiate, à titre de mesure provisionnelle, de la garde exclusive de l'enfant mineure U.\_\_\_\_\_. Il dénonce l'épisode de violence domestique dont a été victime la mère de l'enfant le 7 avril 2024 de la part de son nouveau compagnon. A ce sujet, l'appelant évoque le fait que l'intimée a, malgré ce grave épisode, continué sa relation sentimentale, préférant laisser une chance à son couple que protéger sa fille. L'absence de rupture avec son compagnon violent ne donnerait ainsi pas la garantie que la mère est en mesure de protéger leur enfant de cette violence. Il a d'ailleurs confirmé en audience qu'il serait prêt à renoncer à sa procédure de mesures provisionnelles si la mère mettait un terme à sa relation amoureuse avec

V.\_\_\_\_\_. L'appelant mentionne en outre que le nouveau compagnon de la mère a fait l'objet par le passé d'une enquête pour acte d'ordre sexuel sur sa fille du même âge que la mineure U.\_\_\_\_\_.

Pour sa part, l'intimée soutient qu'elle a pris la mesure de l'acte de violence subi, en soulignant qu'elle a consulté son médecin traitant, qu'elle s'est adressée à un centre LAVI, qu'elle a eu avec son compagnon une consultation thérapeutique, laquelle ne justifiait toutefois pas la mise en place d'un suivi. L'intimée ajoute que la mineure n'a jamais été confrontée à cette violence, que les week-ends de garde se passent bien et que les accusations d'acte d'ordre sexuel dont faisait l'objet son ami ont été classées il y a plusieurs années et qu'il a d'ailleurs reçu une indemnité pour tort moral en raison de cette accusation infondée. Elle relève enfin que V.\_\_\_\_\_ partage aussi la garde de sa propre fille.

## **4.2**

**4.2.1** Dans le cadre d'une procédure de divorce ou d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale et lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande (art. 298 al. 2<sup>ter</sup> CC).

Le juge doit alors examiner, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est à même de préserver le bien de l'enfant, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents à cet égard (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; ATF 142 III 612 consid. 4.2). Le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux (ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; TF 5A\_49/2023 du 21 novembre 2023 consid. 3.1.1).

Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les capacités éducatives des parents, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration

d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. A cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui apparaît contraire à son intérêt (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3).

Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives, le juge doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde. Il faut alors tenir compte de la situation géographique et de la distance séparant les logements des deux parents, de la stabilité qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure, en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation, de la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, de l'âge de ce dernier et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social. Il faut également prendre en considération le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisses nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des

parents nécessite une plus grande organisation (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3).

Si le juge arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il devra alors déterminer auquel des deux parents il attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent (ATF 142 III 617 consid. 3.2.4 ; TF 5A\_49/2023 précité consid. 3.1.1).

**4.2.2** La décision concernant l'attribution de la garde peut être modifiée lorsque des faits nouveaux importants le commandent pour le bien de l'enfant (art. 134 CC pour des parents divorcés ; art. 179 CC après le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles dans la procédure de divorce [art. 276 al. 1 CPC]).

Les possibilités de modifier des mesures protectrices de l'union conjugale, des mesures provisionnelles dans la procédure de divorce ou un jugement de divorce reposant sur une convention sont toutefois limitées. Il est nécessaire que des modifications effectives importantes concernant des éléments de l'état de fait qui avaient été considérés comme établis au moment de la conclusion de la convention soient intervenues. Il n'y a en revanche pas lieu de procéder à une adaptation à la suite d'un changement allégué de la situation lorsqu'il s'agit de faits qui ont été réglés dans le cadre d'une transaction, afin de mettre fin à une situation incertaine (*caput controversum*), dans la mesure où il manque une valeur de référence permettant d'évaluer l'importance d'un éventuel changement. Restent réservés des faits nouveaux, qui se situent clairement en dehors du spectre des développements futurs, qui apparaissaient possibles — même s'ils étaient incertains — pour les parties à la convention (ATF 142 III 518 consid. 2.6.1 ; TF 5A\_779/2023 du 30 avril 2024 ; TF 5A\_127/2023 du 24 avril 2024 consid. 3.3 ; TF 5A\_276/2021 du 29 septembre 2021 consid. 4.1).

**4.2.3** Toute mesure provisionnelle présuppose la nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent menaçant ses droits (Bohnet, *in* : Commentaire romand, Code de procédure civile, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019, n. 10 *ad* art. 261 CPC).

**4.3** En l'espèce, les parties sont convenues d'une garde alternée sur leur fille U.\_\_\_\_\_ dans la convention qui règle les effets de leur divorce, ratifiée par jugement du 28 mars 2024, étant précisé qu'elles étaient déjà convenues d'une telle garde dans le cadre des procédures de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures provisionnelles, en sorte que ce système prévaut depuis 2018. Il s'agit ainsi de déterminer s'il existe un fait nouveau justifiant une modification de cet accord. En l'occurrence, ce n'est pas tant l'épisode - heureusement isolé - de violence domestique du 7 avril 2024 que le potentiel violent du nouveau compagnon de la mère et surtout la capacité corrélative de cette dernière à protéger et à mettre l'enfant en priorité qui constitue le fait nouveau allégué à l'appui de la requête du père tendant à une garde exclusive.

Il ressort des pièces au dossier que les sœurs aînées de U.\_\_\_\_\_ partagent la préoccupation de l'appelant et relatent divers épisodes de comportements étranges du concubin de leur mère, soulignant que U.\_\_\_\_\_ n'aimerait pas aller chez ce dernier les week-ends où elle se trouve sous la garde de sa mère, pour des raisons de règles de vie strictes et de langue parlée à la maison.

Lors de son audition le 1<sup>er</sup> mai 2024 par le président, la mineure U.\_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle souhaitait continuer à entretenir des relations avec ses deux parents, qu'elle n'avait pas peur du compagnon de sa mère et que la suspension de la garde alternée de manière subite l'avait déstabilisée et laissée dans l'incompréhension, mais qu'elle allait bien et avait de bons résultats scolaires.

Force est de constater que si l'épisode de violence domestique du 7 avril 2024 est certes grave et d'une importance significative, l'acte n'a pas impliqué l'enfant, même de manière médiate, et il ne saurait en

tant que tel être qualifié de changement durable et significatif des circonstances justifiant une modification de la convention *a fortiori* à titre provisionnel. Il convient en revanche d'examiner, en lien avec cet événement et l'hypothétique ambiance de violence chez l'ami de la mère, si celle-ci continue d'avoir les compétences et capacités éducatives nécessaires, singulièrement pour protéger son enfant.

L'appelant reproche à l'intimée de ne pas avoir mis fin à sa relation avec son ami, ni d'avoir déposé une plainte pénale, qui seraient les seules mesures aptes à écarter le danger. Or, il sied de relever que l'intimée a vu son médecin traitant, qu'elle a consulté un centre LAVI et s'est rendue à la police, même si elle n'a pas déposé plainte. Elle a aussi consulté un thérapeute en couple afin de comprendre ce débordement, mais le professionnel n'aurait pas jugé utile la mise en place d'un suivi. Il faut relever que la dispute a eu lieu dans l'intimité et qu'elle aurait pu taire les violences dont elle a été la victime, ce qu'elle n'a pas fait, démontrant de la sorte une prise de conscience. Il apparaît que l'intimée a pris des mesures afin d'éviter qu'un tel événement dramatique ne se reproduise. Si la réaction de l'intimée face aux événements ne correspond pas à ce qu'aurait souhaité l'appelant, on ne saurait lui reprocher sa passivité. En l'état, on doit admettre que l'intimée a eu un comportement responsable. On souligne en outre que les parties sont unanimes pour admettre que l'enfant U. \_\_\_\_\_ va bien, ce qu'elle-même a confié au président, et que ses résultats scolaires sont très bons. Les parties n'ont pas remis en cause les capacités parentales de l'autre parent de manière générale, sous réserve de la réaction insuffisante - pour l'appelant - de la mère aux violences domestiques exigeant une « tolérance zéro ».

Le prononcé de mesures provisionnelles suppose que les circonstances l'exigent de manière pressante et impérieuse. Or, les circonstances entourant ce cas, l'ambiance prétendument malsaine, les règles strictes chez le compagnon et le problème de la langue au domicile de ce dernier (le grec ou l'anglais mais non le français), invoqués par l'appelant, sont des éléments antérieurs à la convention sur les effets accessoires du divorce entre les parties puisque la mère entretenait déjà

cette relation amoureuse depuis l'automne 2023 et que l'enfant U. \_\_\_\_\_ passait déjà les week-ends de garde par sa mère au domicile de l'ami de celle-ci. A cet égard, la simple fréquentation de V. \_\_\_\_\_ et de sa fille n'est pas un fait nouveau, respectivement un fait nouveau justifiant une modification de la convention, à titre urgent.

Quant au potentiel danger que représente le compagnon de l'intimée, on doit certes admettre que ce paramètre est nouveau et significatif. Toutefois, l'intimée a – au stade de la vraisemblance prépondérante applicable en mesures provisionnelles – réagi et adapté son comportement, *a priori* de manière suffisante pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant à son bon développement. Dans la mesure où l'intimée demeure consciente du danger potentiel pour elle et sa fille et reste capable de prendre les décisions adéquates pour sauvegarder les intérêts supérieurs de sa fille lorsque celle-ci se trouve sous sa garde, il apparaît qu'aucune mesure provisionnelle ne se justifie à ce stade.

Ainsi qu'il a été constaté sur effet suspensif et à toute fins utiles, il sied de relever qu'en matière de garde, l'intérêt de l'enfant prime. Aussi, il sied d'admettre que s'il a été convenu une garde alternée qui a été ratifiée, cela signifie que le système semble le plus approprié pour sauvegarder les intérêts de la mineure U. \_\_\_\_\_. Certes, l'acte de violence dont sa mère a été la victime ne doit pas être banalisé et la situation examinée avec prudence, mais il faut relever que la mineure n'en a été ni la victime ni la spectatrice et qu'en conséquence il ne saurait être admis qu'il met immédiatement en péril l'ensemble de son bon développement de manière contraire à ses intérêts. Il n'y a donc pas matière à revenir à titre de mesure provisionnelle sur la convention de divorce, ce d'autant qu'elle est très récente et qu'elle entérine un système en vigueur depuis plusieurs années.

En définitive, il ne se justifie pas de modifier dans l'intervalle la situation actuelle, étant d'ailleurs relevé qu'un changement du système de garde à titre provisionnel est susceptible de perturber la mineure dans l'hypothèse où la garde ne serait finalement pas maintenue exclusivement

au père dans la procédure de divorce au fond, laquelle fait également l'objet d'un appel. A ce stade, les mesures provisionnelles requises ont donc été rejetées à bon droit par le premier juge.

## **5.**

**5.1** En conclusion, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance attaquée confirmée.

## **5.2**

**5.2.1** A teneur de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b).

**5.2.2** L'appelant a requis l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance. Même s'il succombe, sa cause n'était pas d'emblée dénuée de chances de succès. Les conditions de l'art. 117 CPC étant remplies, le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel doit lui être accordé, avec effet au 20 mai 2024, date des premières opérations effectuées par son conseil consécutives à la notification de l'appel. Me Myriam Bitschy est désignée en qualité de conseil d'office de l'appelant.

**5.3** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'000 fr., soit deux fois 200 fr. pour l'émolument relatif respectivement à la décision rendue sur la requête d'effet suspensif et à l'ordonnance de mesures superprovisionnelles et provisionnelles (art. 60 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5] par analogie) et 600 fr. pour l'émolument du présent arrêt (art. 65 al. 2 TFJC), doivent être mis à la charge de l'appelant à raison de 800 fr. puisqu'il a succombé tant s'agissant de l'effet suspensif que de la présente procédure d'appel (art. 106 al. 1 CPC), mais provisoirement supportés par l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC). L'intimée supportera les frais judiciaires à raison de 200 fr. ayant succombé dans sa requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

**5.4** L'appelant versera à l'intimée la somme de 3'500 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]) à titre de dépens de deuxième instance.

## **6.**

**6.1** Le conseil juridique commis d'office a droit au remboursement de ses débours et à un défraiement équitable (art. 122 al. 1 let. a CPC), qui est fixé en considération de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré au litige (art. 2 al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3]). Le juge apprécie l'étendue des opérations nécessaires pour la conduite du procès et applique un tarif horaire de 180 fr. s'agissant d'un avocat et de 110 fr. pour l'avocat-stagiaire (art. 2 al. 1 let. a et let. b RAJ). Les débours du conseil commis d'office sont fixés forfaitairement à 5 % du défraiement hors taxe en première instance judiciaire et à 2 % du défraiement hors taxe en deuxième instance judiciaire (art. 3<sup>bis</sup> al. 1 RAJ). Les vacations dans le canton de Vaud sont comptées forfaitairement à 120 fr. pour l'avocat breveté et à 80 fr. pour l'avocat stagiaire (art. 3<sup>bis</sup> al. 3 RAJ).

**6.2** Me Myriam Bitschy a produit le 27 juin 2024 une liste des opérations selon laquelle elle a consacré 16 h 30 à la procédure d'appel pour la période du 20 mai au 26 juin 2024.

On constate que les opérations relatives à la rédaction de l'appel (y compris l'examen du dossier et les recherches juridiques avant le dépôt de l'acte) totalisent 9 h 55, ce qui paraît excessif au vu de la nature du litige et de sa difficulté, ainsi que de la connaissance préalable du dossier par l'avocate, déjà désignée en première instance. Il y a ainsi lieu de ramener ce temps à 7 heures (- 2 h 55), ce qui porte le temps à indemniser à 13 h 35, auquel il faut ajouter le temps de rédaction des déterminations spontanées du 12 juillet 2024 sur la requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, que l'on peut fixer à 40 minutes. Il y a encore lieu de tenir compte d'une vacation pour l'audience d'appel. Il

s'ensuit que l'indemnité d'office de Me Myriam Bitschy doit être fixée à 3'000 fr. ([14 h 15 x 180 fr.] + 2 % de débours + 120 fr. de vacation + 8,1 % de TVA), étant précisé que le taux d'indemnisation des débours est de 2 % en deuxième instance.

**6.3** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office mises provisoirement à la charge de l'Etat, dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 CPC). Il incombe à la Direction du recouvrement de la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes de fixer le principe et les modalités de ce remboursement (art. 39a CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; BLV 121.02]).

Par ces motifs,  
la Juge unique  
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'assistance judiciaire déposée par l'appelant T.\_\_\_\_\_ est admise, avec effet au 20 mai 2024, Me Myriam Bitschy étant désignée en qualité de conseil d'office.
- IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'000 fr. (mille francs), sont mis à la charge de l'appelant T.\_\_\_\_\_ à hauteur de 800 fr. (huit cents francs), mais provisoirement supportés par l'Etat, et à la charge de l'intimée I.\_\_\_\_\_ par 200 fr. (deux cents francs).

**V.** L'appelant T.\_\_\_\_\_, doit verser à l'intimée I.\_\_\_\_\_ un montant de 3'500 fr. (trois mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**VI.** L'indemnité de Me Myriam Bitschy, conseil d'office de l'appelant T.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 3'000 fr. (trois mille francs), débours et TVA compris.

**VII.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office, provisoirement supportés par l'Etat.

**VIII.** L'arrêt est exécutoire.

La juge unique :

La greffière :

Du

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

- Me Myriam Bitschy (pour T.\_\_\_\_\_);
- Me Laurent Schuler (pour I.\_\_\_\_\_),

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

- M. 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).

La greffière :