

# VD\_FINDINFO HC / 2020 / 54 vom 5. Februar 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-02-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2020\\_\\_\\_54](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2020___54)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2020 / 54 du 5 février 2020

IT: VD\_FINDINFO HC / 2020 / 54 del 5 febbraio 2020

## Regeste

VISITE, CONVENTION SUR LES RELATIONS PERSONNELLES CONCERNANT LES ENFANTS, MODIFICATION DES CIRCONSTANCES | 179 al. 1 CC, 273 al. 1 CC

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les affaires relevant du droit de la famille ne sont pas patrimoniales, sauf si l'appel ne porte que sur les aspects financiers d'un divorce (Jeandin, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd., Bâle 2019, n. 12 ad art. 308 CPC et les références citées). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire (art. 271 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel et le dépôt de la réponse 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 et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.021]).

### E. 1.2

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui dispose d'un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et afférent à une cause non patrimoniale, l'appel, écrit et motivé (art. 311 al. 1 CPC), est recevable.

### E. 2

et les références citées). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., in JdT 2010 III 115, spéc. p. 136).

### E. 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 l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid.

### E. 2.2

Aux termes de l'art. 271 let. a CPC, les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 à 179 CC) sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire. Le juge statue sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A\_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3), 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). Il n'y a pas de violation du droit à la preuve (art. 29 al. 2 Cst.) lorsque le juge parvient à se former une conviction de la vraisemblance des faits en se fondant sur les preuves administrées. Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles (TF 5A\_807/2015 du 7 mars 2016 consid. 2.2 ; TF 5A\_882/2015 du 27 novembre 2015 consid. 6.1 ; TF 5A\_565/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2.2). Le point de savoir si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 consid. 5 ; TF 5A\_508/2011 du 21 novembre 2011 consid. 1.3). L'art. 296 al. 1 CPC prévoit une maxime inquisitoire illimitée en ce qui concerne les questions relatives aux enfants (TF 5A\_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1, citant l'arrêt TF 5A\_2/2013 du 6 mars 2013 consid. 4.2 et les références citées, publié in FamPra.ch 2013 p. 769 ; Bohnet, Commentaire pratique, Droit matrimonial, fond et procédure, Bâle 2016, nn. 4 et 9 ad art. 272 CPC et les références citées, ainsi que nn. 28 ss ad art. 276 CPC). Selon la jurisprudence, le juge 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, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuves. Il n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par les parties. Le juge ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents. 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 128 III 411 consid. 3.2.1 ; Colombini, Condensé de jurisprudence fédérale et vaudoise, Lausanne 2018, n. 3.1.1 ad art. 296 CPC et la jurisprudence citée). En ce qui concerne les questions relatives aux enfants, l'art. 296 al. 3 CPC impose la maxime d'office (TF 5A\_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1 ; TF 5A\_194/2012 du 8 mai 2012 consid. 4.2 ; Juge délégué CACI 20 février 2015/136 consid. 3 ; Tappy, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd., Bâle 2019, n. 5 ad art. 272 CPC ; Bohnet, op. cit., nn. 29-30 ad art. 276 CPC) ; dans ce cadre, le juge ordonne les mesures nécessaires sans être lié par les conclusions des parties et même en l'absence de conclusions (ATF 128 III 411 consid. 3.1 et les références citées).

### **E. 3.1**

L'appelant fait grief au premier juge d'avoir considéré qu'il n'y avait pas de faits nouveaux justifiant d'entrer en matière sur sa requête de modification.

#### **E. 3.2.1**

Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (applicable directement pour les premières, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les secondes). Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1 re phrase, CC, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Cette disposition s'applique

également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A\_562/2013 du 24 octobre 2013 consid. 3.1 ; TF 5A\_502/2010 du 25 juillet 2011 consid. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1 ; ATF 129 III 60 consid. 2 ; TF 5A\_617/2017 du 28 septembre 2017 consid. 3.1 ; TF 5A\_842/2015 du 26 mai 2016 consid. 2.4.2, non publié à ATF 142 III 518 ; TF 5A\_811/2012 du 18 février 2013 consid. 3.2 et les références citées ; TF 5A\_720/2011 du 8 mars 2012 consid. 4.1.2 et les références citées). Cette soupape, rendue nécessaire par le caractère expédient de la procédure de mesures protectrices, constitue une sorte de révision facilitée. Une décision rendue alors que certains faits ont été intentionnellement cachés ou fondée sur des déclarations mensongères d'une partie doit être modifiée (Juge délégué CACI 24 septembre 2015/504 et les références citées). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes (TF 5A\_618/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2.2). Pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A\_15/2014 du 28 juillet 2014 consid. 3 ; TF 5A\_245/2013 du 24 septembre 2013 consid. 3.1 ; TF 5A\_153/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 ; TF 5A\_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1 et les références citées ; TF 5A\_324/2012 du 15 août 2012 consid. 5), car la procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (TF 5A\_329/2016 du 6 décembre 2016 consid. 3.1 ; TF 5A\_151/2016 du 27 avril 2016 consid. 3.1 ; TF 5A\_33/2015 du 28 avril 2015 consid. 4.1). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures protectrices (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; TF 5A\_1001/2017 du 22 mai 2018 consid. 3 ; TF 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 consid. 3.3.2, publié in FamPra.ch 2012 p. 1099).

### **E. 3.2.2**

Les possibilités de modifier des mesures protectrices ou provisionnelles reposant sur une convention sont limitées. Les mêmes restrictions que celles qui découlent de la jurisprudence en matière de convention de divorce sont applicables. Une adaptation ne peut être exigée que si les modifications notables concernent des éléments qui avaient été considérés comme établis au moment de la signature de la convention. Il n'y a pas d'adaptation concernant des éléments qui ont été définis conventionnellement pour surmonter une situation factuelle 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 possible – même s'ils étaient incertains – pour les parties à la convention (ATF 142 III 518 consid. 2.6.1 ; cf. de Weck-Immelé, Modification d'une convention entre époux en mesures protectrices et provisionnelles : cherchez l'erreur !, Newsletter Droit matrimonial, été 2016). De même la

modification d'une mesure provisionnelle au motif que les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont pas réalisés comme prévus est limitée lorsque la réglementation de l'entretien a été fixée par une convention par laquelle les parties ont voulu résoudre définitivement leur litige. Une modification n'entrera en ligne de compte dans cette hypothèse qu'en cas de vice de la volonté (erreur, dol ou crainte fondée), une erreur sur le caput controversum étant exclue (ATF 142 III 518 consid. 2.6.2 ; cf. de Weck-Immelé, *ibid.*).

### **E. 3.2.3**

Toute modification dans l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ainsi que dans l'exercice du droit de visite suppose que la nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. En d'autres termes, une nouvelle réglementation ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes ; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant (ATF 111 II 405 consid. 3 ; TF 5A\_781/2015 du 14 mars 2016 consid. 3.2.2 et les références citées).

### **E. 3.3**

En l'espèce, la réglementation du droit de visite dont l'appelant requiert la modification repose sur une convention conclue par les parties, assistées de leurs conseils, lors de l'audience du 21 juin 2019, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale. Cet accord est intervenu après que l'intimée, qui demandait la suspension, « dans un premier temps du moins », des relations personnelles entre les deux enfants et leur père au vu des antécédents pénaux de ce dernier, a déclaré, au cours de cette audience, qu'elle ne s'opposait pas, en attendant une nouvelle décision basée notamment sur une expertise, à ce que le droit de visite continue à se dérouler comme cela était le cas depuis le mois de mai 2019, avec la précision que les enfants ne passent pas la nuit au domicile de leur père. L'appelant fonde sa requête de modification de l'exercice du droit de visite sur les déclarations du psychologue C.\_\_\_\_\_ qu'il déclare avoir spontanément consulté à la suite de l'ordonnance du 16 juillet 2019. Or, force est de constater que l'appelant, qui a été adressé par son conseil auprès de ce psychologue, n'a pas suivi les injonctions du premier juge lui demandant de consulter non pas un psychologue mais un psychiatre. Le 6 août 2019 déjà, ce psychologue écrivait au conseil de l'appelant pour confirmer, comme l'expertise faite au cours de la procédure pénale ayant conduit à sa condamnation en 2018, que son patient souffrait d'une orientation sexuelle pédophile, était dans le déni et dans la minimisation de l'atteinte commise en septembre 2017 et ignorait ses propres pulsions pédophiles. Le psychologue relevait ensuite qu'une psychothérapie s'imposait et que l'appelant aurait « fait le choix d'entreprendre une telle démarche », sans que l'on sache de quelle psychothérapie il s'agissait, ni quand ou à quelle fréquence avaient lieu les entretiens, ni où en était l'appelant au moment du courrier du 6 août 2019. Ce n'est que lors de son audition comme témoin que le psychologue a précisé qu'avant ce courrier, il avait vu l'appelant une fois par semaine, sauf pendant les vacances. Dans ces conditions, la Cour de céans estime que conclure, le 6 août 2019, après seulement trois séances (comme l'a retenu le premier juge sans que ce point soit contesté en appel), qu'une personne condamnée par deux fois pour des atteintes récentes et graves à l'équilibre d'enfants – à savoir en 2014 pour avoir notamment téléchargé et mis à disposition d'autres utilisateurs plus de trois mille fichiers pédopornographiques, ainsi qu'en 2018 pour avoir commis des attouchements de nature sexuelle sur une jeune fille âgée de huit ans –, qui doit

entreprendre une psychothérapie pour cesser d'être dans le déni et la minimisation et apprendre à gérer les pulsions qu'il ignore, présente un risque de récurrence faible n'est pas sérieux. De telles conclusions semblent en outre contradictoires dès lors que d'un côté le psychologue constate le déni et les pulsions de l'appelant, tout en estimant qu'il n'y aurait pas de caractère compulsif. On relèvera de plus à cet égard que dans son écrit au conseil de l'appelant du 6 août 2019, le psychologue consulté mentionne uniquement les faits ayant conduit à la condamnation de ce dernier en 2018, ceux ayant donné lieu à la condamnation de 2014 n'étant évoqués qu'en référence à l'expertise de 2017. Il n'apparaît ainsi pas que ce psychologue ait aucunement abordé avec l'appelant, respectivement examiné son penchant pour la consommation massive de fichiers pédopornographiques, ni le risque possible qui pourrait en résulter pour l'équilibre de ses enfants. Dans ces conditions, le seul fait d'avoir consulté un psychologue, respectivement commencé une psychothérapie, dont on ne sait rien, ne suffit pas à constituer des faits nouveaux propres et suffisants à considérer que les circonstances de fait entourant le droit de visite se seraient modifiées de manière durable et suffisante pour justifier une modification des modalités du droit de visite convenues entre les parties le 21 juin 2019. L'audition protocolée du psychologue de l'appelant, le 28 octobre 2019, ne permet pas de modifier cette appréciation s'agissant des faits existant au moment de la requête, seuls pertinents. Au demeurant, même à admettre de prendre en compte l'évolution de l'appelant jusqu'à dite audition, celle-ci n'est pas suffisante pour remplir les conditions posées par l'art. 179 CC. On constate ainsi certes que l'appelant effectue un travail, ce qui est à saluer. Celui-ci apparaît toutefois uniquement au stade d'amener l'appelant à cesser de nier les faits, revirement qui permettra, selon le psychologue, « d'aller plus loin dans la compréhension de ce que ces pulsions ont comme effet sur lui ». Ce dernier n'est ainsi pas encore au stade où il aurait pris totalement conscience de ses pulsions et trouvé des moyens de gérer celles-ci. Que le psychologue du patient écarte tout risque d'inceste ne suffit pas dans ces conditions pour rassurer la Cour de céans sur le fait que malgré ses pulsions, que l'appelant nie encore, tout au moins n'a pas encore pu aborder de manière approfondie, il ne risque pas de porter atteinte à ses fils s'il les avait déjà aujourd'hui auprès de lui, outre plusieurs journées, également la nuit. Partant, force est de constater que les éléments avancés par l'appelant, bien que positifs pour lui comme ses enfants, ne constituent pas des éléments suffisants propres à conduire à la modification du droit de visite de l'appelant convenu par les parties et ratifié il y a quelques mois à peine. La requête de modification déposée par l'appelant sur ce point apparaît clairement prématurée. C'est donc à juste titre que le premier juge l'a rejetée. Le fait que le premier juge n'avait pas en sa possession le rapport d'expertise psychiatrique de 2017 n'est pas pertinent à cet égard, dès lors que celui-ci est antérieur à la convention du 21 juin 2019. Pour le surplus, on relèvera que ce rapport – d'à peine quatre pages (y compris la page de garde) et dont les conclusions tiennent sur quelques lignes –, rendu dans le cadre de la procédure pénale ayant conduit à la condamnation de l'appelant en 2018, se réfère certes aux « antécédents de condamnations pour téléchargement de vidéos pédophiles », mais constate à tort, vraisemblablement sur la base des explications – erronées – de l'expertisé, que cette condamnation a eu lieu « il y a six ans », soit en 2011, alors qu'elle est intervenue en 2014. Au vu de ce qui précède, la fixation de l'audience demandée de même que durant celle-ci l'audition du psychologue de l'appelant n'apparaissent pas nécessaires, de telles mesures étant impropres à renverser l'appréciation qui précède. En effet, on ne voit pas ce que l'audition requise pourrait amener de plus, s'agissant des faits ici pertinents, aux déclarations déjà protocolées faites en première instance. Pour le reste, l'appelant reproche

au premier juge d'avoir limité l'exercice de son droit de visite sur ses enfants à quelques jours par semaine, à l'exclusion de la nuit. Il oublie cependant que cette réglementation a été convenue entre les parties, assistées, lors de l'audience du 21 juin 2019, soit à une époque où il clamait son innocence s'agissant de l'agression sexuelle pour laquelle il avait été condamné (cf. procédé écrit du 17 juin 2019, détermination ad all. 5 et all. 66). Or, comme on l'a vu ci-avant, aucun élément ne permet de considérer, en l'état, qu'il faille revoir l'accord conclu, qui répond au principe de précaution dans l'intérêt des enfants. Le fait que l'appelant ait toujours été « impliqué pour ses enfants sans que la mère ou toute autre personne d'ailleurs ne puissent s'en plaindre » n'y change rien, ces éléments ayant déjà été pris en considération lors de la conclusion de l'accord en permettant de maintenir, malgré un certain risque – retenu à juste titre par le premier juge –, le système mis en place depuis la séparation. Enfin, la Cour de céans réitère ici encore l'injonction faite par le premier juge à l'appelant, au vu de ses condamnations graves passées et de l'intérêt de ses enfants, à entreprendre une psychothérapie sérieuse et approfondie auprès d'un psychiatre.

#### **E. 4**

Pour ces motifs, l'appel, manifestement mal fondé, doit être rejeté selon l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance attaquée 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; BLV 270.11.5), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel, il n'y a pas matière à l'allocation de dépens. Par ces motifs, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance du 29 novembre 2019 est confirmée. III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant B.K.\_\_\_\_\_. IV. 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 Robert Lei Ravello (pour B.K.\_\_\_\_\_), ■ Me Véronique Fontana (pour C.K.\_\_\_\_\_), 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). Le greffier :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.