

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 22 décembre 2015

Composition : Mme GIROUD WALTHER, juge déléguée
Greffier : M. Hersch

Art. 176 al. 3, 179 al. 1 et 315b al. 1 ch. 3 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **P.**_____, à Chardonne, requérante, contre la décision rendue le 2 décembre 2015 par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **F.**_____, à Chailly-sur-Montreux, intimé, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par décision du 2 décembre 2015, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la Présidente) a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles et protectrices de l'union conjugale de P._____ du 5 novembre 2015, renouvelée le 1^{er} décembre 2015.

En droit, le premier juge, statuant sur une requête de P._____ en modification des mesures protectrices de l'union conjugale visant à lui attribuer à nouveau la garde sur l'enfant M._____, a considéré, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, que le certificat médical déposé à l'appui de la requête ne constituait pas un fait nouveau justifiant le réexamen de l'attribution de la garde. La requête de P._____ devait donc être rejetée.

B. Par acte du 14 décembre 2015, P._____ a formé appel contre la décision du 2 décembre 2015 en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce qu'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale soit agendée, à ce que les mesures d'instruction nécessaires soient ordonnées et à ce que sa requête de mesures superprovisionnelles et protectrices de l'union conjugale du 5 novembre 2015 soit réexaminée par la Présidente.

Le 28 décembre 2015, P._____ a déposé un courrier daté de « décembre 2015 » et émanant des époux A.H._____ et B.H._____. Ces derniers y expliquent avoir récemment accueilli P._____ et son fils M._____ pendant plusieurs semaines et témoignent de ses bonnes capacités éducatives. Ils font part de leur étonnement quant à l'attribution de la garde au père, estimant que les soupçons de maltraitance et les affirmations des voisins, émanant de personnes ayant partie liée avec le père, seraient peu fiables.

Le 6 janvier 2016, F._____ a déposé une réplique spontanée.

P._____ a requis l'assistance judiciaire. Le 12 janvier 2016, elle a été dispensée de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

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

1. P._____, née le [...] 1982, et F._____, né le [...] 1946, se sont mariés le 17 décembre 2009 à Vevey. Un enfant est issu de cette union : M._____, né le [...] 2011.

Les parties vivent officiellement séparées depuis octobre 2013, mais la séparation est effective depuis septembre 2014.

2. La vie séparée des époux est régie par plusieurs ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 octobre 2013, la Présidente a notamment attribué la jouissance du domicile conjugal, sis à Chardonne, à F._____, imparti un délai à P._____ pour quitter les lieux et attribué la garde sur l'enfant M._____ à P._____, F._____ se voyant attribuer un droit de visite usuel. Toutefois, de fait, la garde sur l'enfant M._____ a été exercée conjointement par les époux, jusqu'à la séparation effective survenue en septembre 2014.

Lors d'une audience du 11 novembre 2014, les parties ont signé une convention ratifiée sur le siège par la Présidente pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, par laquelle elles

sont notamment convenues d'attribuer la jouissance du domicile conjugal à P._____.

3. Le 25 novembre 2014, le Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) a rendu un rapport d'évaluation selon lequel l'enfant M._____ présentait « un risque pour son développement psychique et affectif ». Une curatelle d'assistance éducative a alors été instituée en faveur de l'enfant par ordonnance de la Présidente du 5 janvier 2015, [...] étant nommée en qualité de curatrice. Le 6 février 2015, le SPJ a rendu un nouveau rapport d'évaluation.

Le 11 mai 2015, F._____ a informé la Présidente de forts soupçons de maltraitance vis-à-vis de l'enfant M._____ de la part de P._____ et a requis que la garde lui soit accordée.

Le 22 mai 2015, le SPJ a préconisé, dans le cadre de la curatelle d'assistance éducative instituée, l'intervention d'un éducateur de l'AEMO (action éducative en milieu ouvert) auprès de M._____ et de sa mère, afin de renforcer les compétences parentales de P._____. Cette dernière s'est opposée à une telle mesure le 19 mai et le 18 juin 2015, pour finalement l'accepter au mois de juillet 2015.

Un audience de mesures protectrices de l'union conjugale a été tenue le 12 juin 2015, à l'occasion de laquelle les témoins [...] et [...], voisins de P._____ et de M._____, ont été entendus.

4. Par prononcé du 28 juillet 2015, la Présidente a notamment retiré à P._____ la garde sur l'enfant M._____ et l'a confiée à F._____, P._____ se voyant attribuer un droit de visite usuel, et a attribué la jouissance du domicile conjugal à F._____ dès qu'il aura la garde de l'enfant M._____, un délai de 72 heures étant alors imparti à P._____ pour quitter ce logement

Par arrêt du 16 septembre 2015, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a rejeté l'appel de P._____, confirmé

le prononcé du 28 juillet 2015 et imparti à P._____ un délai de quinze jours pour quitter le logement conjugal.

Le recours en matière civile interjeté contre cet arrêt par P._____ a été rejeté par le Tribunal fédéral par arrêt du 27 novembre 2015.

5. Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 5 novembre 2015, réitérée le 1^{er} décembre 2015, P._____ a conclu à ce que la garde sur l'enfant M._____ lui soit confiée et à ce que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée. Elle y a joint un certificat médical de la Dresse T._____ daté du 4 novembre 2015 et a requis l'audition de cette dernière lors de l'audience à intervenir.

Dans son certificat médical, la Dresse T._____, pédiatre, qui indique suivre M._____ depuis sa naissance, s'étonne des décisions prises relativement à la garde de ce dernier. Elle assure que les compétences parentales de P._____ sont bonnes et que la relation entre mère et fils est saine. Elle exprime son inquiétude quant aux répercussions psychologiques du changement de garde, à un âge où M._____ est en pleine construction du lien, et s'interroge sur la capacité de F._____ à s'occuper de son fils dans le futur, au vu de son âge déjà avancé. La Dresse T._____ est d'avis qu'il est dans l'intérêt du développement de M._____ que ce dernier passe au moins la moitié du temps auprès de sa mère.

En droit :

1. a) L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Les décisions portant sur des mesures protectrices de l'union conjugale étant rendues

en procédure sommaire (art. 271 CPC), 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, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), le présent appel est recevable à ce titre. 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]).

b) Vu la nature réformatoire de l'appel, l'appelant doit en principe prendre des conclusions au fond. Ses conclusions doivent être suffisamment précises pour qu'en cas d'admission de l'appel, elles puissent être reprises telles quelles dans le dispositif (ATF 137 III 617 consid. 4.3. et 6.1, JdT 2014 II 187; TF 4D_8/2013 du 15 février 2013 consid. 4.2; TF 4A_383/2013 du 2 décembre 2013 consid. 3.2.1, RSPC 2014 p. 221). Il est toutefois fait exception à cette règle lorsque l'appel est dirigé contre une décision de non-entrée en matière et que l'autorité d'appel ne pourra rendre une décision au fond, des conclusions en renvoi de la cause à l'autorité inférieure étant alors recevables (cf. TF 4A_241/2014 du 21 novembre 2014 consid. 1.2 ; TF 5A_936/2013 du 8 juillet 2014 consid. 2.1.3).

En l'espèce, l'appelante a conclu à ce qu'une audience soit agendée, à ce que les mesures d'instructions nécessaires soient ordonnées et, partant, à ce que le premier juge réexamine sa requête du 5 novembre 2015. Ce faisant, elle n'a pas pris de conclusions en réforme et s'est limitée à conclure au renvoi de la cause à l'autorité inférieure. Il s'avère toutefois que la décision de première instance est assimilable à une décision de non-entrée en matière, puisque le premier juge, qui a refusé d'instruire la requête de l'appelante, a relevé que cette dernière « n'allègue à l'appui de ses conclusions aucun fait nouveau justifiant un réexamen de la question de l'attribution de la garde de M. _____ ». Dès lors, nonobstant l'absence de conclusions en réforme, l'appel doit être déclaré recevable.

2. a) 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 (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références).

b) 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. L'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en appel, y compris lorsque la maxime inquisitoire est applicable, l'art. 229 al. 3 CPC ne s'appliquant qu'à la procédure de première instance (ATF 138 III 625 consid. 2.2, RSPC 2013 p. 32, note Bohnet; TF 4A_397/2013 du 11 février 2014 consid. 4.5.2, SJ 2014 I 413). La jurisprudence vaudoise admet cependant que des novae peuvent être librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JdT 2011 III 43).

En l'espèce, l'appelante a produit le 28 décembre 2015 un courrier émanant des époux A.H._____ et B.H._____ et daté de « décembre 2015 », attestant de ses bonnes capacités éducatives. Cette pièce relate des faits intervenus en décembre 2015, soit postérieurement à la requête du 5 novembre 2015, réitérée le 1^{er} décembre 2015, et constitue potentiellement un moyen de preuve nouveau, à priori recevable au vu de la jurisprudence vaudoise précitée. Quoi qu'il en soit, cette pièce constitue un témoignage écrit (et non des renseignements écrits au sens

de l'art. 190 CPC, à défaut de toute réquisition en ce sens), dont la force probante est dès lors toute relative (CREC 5 août 2015/279).

3. a) L'appelante reproche au premier juge de n'avoir retenu aucun fait nouveau justifiant un réexamen de l'attribution de la garde de son fils. Elle estime que les faits décrits dans le certificat médical de la Dresse T. _____ du 4 novembre 2015, de même que la mise en place de la mesure AEMO (action éducative en milieu ouvert) constituent des circonstances nouvelles qui justifient de réexaminer l'attribution de la garde.

b) Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 al. 1 1^{ère} phr. CC, aux termes duquel 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. Ainsi, les mesures ordonnées 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 ou 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 prévu (De Luze/Page/Stoudmann, Droit de la famille, Code annoté, 2013, n. 1.1 ad art. 179 CC). Lorsqu'une modification de l'attribution de la garde est demandée, la compétence du juge se fonde sur l'art. 315b al. 1 ch. 3 CC, mais les conditions matérielles de la modification sont toujours celles de l'art. 179 CC (Pellaton, in Bohnet/Guillod, Droit matrimonial : fond et procédure, 2016, nn. 11 et 13 ad art. 179 CC et les réf. cit.).

c) En l'espèce, quand bien même le certificat médical de la Dresse T. _____ du 4 novembre 2015 est formellement postérieur au prononcé de mesures provisionnelles du 28 juillet 2015, son contenu ne suffit pas à remettre en cause l'appréciation ayant conduit à l'attribution

de la garde sur l'enfant M. _____ à son père, intimé. Ce document, qui s'apparente davantage à un témoignage écrit rédigé pour les besoins de la cause (il se réfère à la procédure d'appel) qu'à un rapport médical objectif, fait certes état de certaines compétences maternelles, sans toutefois ni infirmer les soupçons de maltraitance dénoncés de façon crédible par les voisins, ni expliquer l'absence de collaboration - spontanée - de l'appelante avec les autorités de protection de l'enfant, ni encore remettre en question les capacités éducatives vraisemblablement supérieures du père et intimé, dont on ignore - l'appelante ne l'alléguant pas - ce qui rendrait son âge incompatible avec la prise en charge de son fils, alors que le SPJ a fait état d'une bonne capacité à cet égard.

Le même raisonnement peut être tenu s'agissant du courrier des époux A.H. _____, témoignage écrit qui échoue lui aussi à infirmer les soupçons de maltraitance mentionnés plus haut, à justifier le manque de collaboration de l'appelante et à remettre sérieusement en doute les capacités éducatives du père et intimé.

Enfin, il est vrai que la mise en place et l'acceptation par l'appelante de la mesure d'action éducative en milieu ouvert (AEMO) constitue une circonstance nouvelle. Toutefois, ce fait ne suffit pas à justifier un réexamen de l'attribution de la garde : les capacités éducatives du père - y compris sa capacité à coopérer et à communiquer avec la mère - apparaissent encore supérieures ; surtout, le caractère récent de l'acceptation de la mesure AEMO ne permet pas d'en tirer des conclusions durables sur une amélioration de la capacité éducative de l'appelante.

C'est donc à juste titre que le premier juge a nié l'existence de circonstances nouvelles justifiant le réexamen de l'attribution de la garde de l'enfant ; le grief de l'appelante est mal fondé.

4. Il découle des considérants qui précèdent que l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et la décision entreprise confirmée.

La cause de l'appelante apparaissant d'emblée dépourvue de toute chance de succès, sa requête d'assistance judiciaire doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

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), seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, dès lors que l'intimé n'a pas été invité à se déterminer sur l'appel.

Par ces motifs,
la Juge déléguée de la
Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** La décision est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante P._____.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

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 Anne-Rebecca Bula (pour P. _____),
- Me Mireille Lorocho (pour F. _____).

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 :

- Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :