

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 5 février 2020

Composition : Mme CHERPILLOD, juge déléguée
Greffier : M. Valentino

Art. 179 al. 1 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **B.K.**_____, à [...],
requérant, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union
conjugale rendue le 29 novembre 2019 par le Président du Tribunal civil
de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec
C.K._____, à [...], intimée, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du
Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 29 novembre 2019, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président ou le premier juge) a rejeté la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée le 29 août 2019 par B.K._____ contre C.K._____, née [...] (I), a exhorté B.K._____ à entreprendre sans attendre une démarche personnelle auprès d'un psychiatre, dans le sens des considérants (II), a dit que l'ordonnance était rendue sans frais judiciaires, ni dépens (III), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (V).

En droit, le premier juge a été saisi le 29 août 2019 par B.K._____ (ci-après : le requérant ou l'appelant) d'une requête de modification du chiffre III de la convention conclue par les parties le 21 juin 2019, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale, qui fixait les modalités du droit de visite du requérant sur ses enfants, lequel s'exercerait un mardi ou un jeudi en fin d'après-midi entre 18h00 environ et 20h00, le vendredi de 15h15 à 19h00 (20h00 durant les vacances scolaires) et une des deux journées du week-end entre 8h30 et 19h00, avec la précision que « les enfants ne passent [pas] la nuit au domicile de leur père ». Le magistrat a considéré en substance que cette requête - tendant à l'instauration d'un libre et large droit de visite de B.K._____ sur ses enfants, moyennant entente préalable avec leur mère, à défaut un droit de visite usuel - reposait uniquement sur le fait que le requérant avait, depuis l'audience du 21 juin 2019, consulté un « psychologue / psychanalyste », que celui-ci avait certes rendu son rapport le 6 août 2019, mais que le nombre de rencontres (trois) ne paraissait pas suffisant pour poser un diagnostic, et qu'au vu des circonstances d'espèce ainsi que de l'ordonnance du 16 juillet 2019 qui exhortait le requérant à consulter un psychiatre et non un psychologue, ni le rapport du 6 août 2019 ni le témoignage du psychologue ne constituaient des faits nouveaux justifiant de modifier le régime convenu le 21 juin 2019.

B. Par acte du 12 décembre 2019, B.K._____ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme des chiffres I et II de son dispositif en ce sens qu'il soit dit qu'il pourra dorénavant entretenir de libres et larges relations personnelles avec ses enfants Z._____, né le [...] 2009, et L._____, né le [...] 2011, moyennant entente préalable avec leur mère, et qu'à défaut d'entente il pourra les avoir auprès de lui une nuit par semaine (lundi soir), un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin, la moitié des vacances scolaires moyennant préavis donné deux mois à l'avance, ainsi qu'alternativement à Noël/Nouvel An, Pâques/Pentecôte, Ascension/Jeûne Fédéral. L'appelant a en outre requis la fixation d'une audience et l'audition, durant celle-ci, de C._____ en qualité de témoin expert.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

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

1. B.K._____, né le [...] 1978, et C.K._____, née [...] [...], se sont mariés le [...] 2009 à Lausanne.

Deux enfants sont issus de cette union :

- Z._____, né le [...] 2009 ;

- L._____, né le [...] 2011.

2. a) Le 26 février 2014, B.K._____ a été condamné par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne à une peine pécuniaire de 180 jours-amende à 100 fr., avec sursis durant trois ans, ainsi qu'à une amende de 1'200 fr., pour des faits de pornographie au sens des art. 197 ch. 3 et ch. 3^{bis} aCP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, dans sa version en vigueur jusqu'au 30 juin 2014 ; RS 311.0), à savoir le

téléchargement et la mise à disposition d'autres utilisateurs de plus de trois mille fichiers de pornographie infantine et un fichier d'urolagnie.

b) Le 16 mars 2018, B.K._____ a été condamné par le Tribunal Correctionnel de [...] (France) à un emprisonnement délictuel d'un an avec sursis pour avoir, en substance, commis des attouchements de nature sexuelle sur une jeune fille âgée de huit ans à l'époque des faits, soit en septembre 2017.

Dans le cadre de la procédure pénale ayant conduit à sa condamnation, B.K._____ a fait l'objet d'une expertise psychiatrique en décembre 2007. Dans son rapport du 29 décembre 2017, le Dr S._____, psychiatre, du Centre Hospitalier de [...] (France), a notamment fait état de ce qui suit :

« EVALUATION DES FONCTIONS COGNITIVES DE LA PERSONNALITE

(...) [B.K._____] ne présente aucun trouble cognitif. (...)
Il n'a pas de symptomatologie évoquant une pathologie névrotique.
(...)
Il dénie toute attirance érotique pour les jeunes enfants.

Cependant il y a six ans il a été condamné en Suisse à une amende pour téléchargement de fichiers à caractère pédophile. Il explique que cela était accidentel par téléchargement de masse de vidéos pornographiques adultes par le biais du logiciel [...]: des vidéos pédopornographiques auraient été mêlées avec ces vidéos d'adultes. Après cette condamnation, il a adopté une conduite d'évitement en n'utilisant un ordinateur que professionnellement et uniquement sur son lieu de travail.

POUR REpondre plus précisément aux questions de la MISSION QUI NOUS A ETE CONFIEE

- L'examen de Monsieur B.K._____ ne met pas en évidence d'affection mentale, ni psychotique ni névrotique.

- Au jour de l'examen, cette personne n'exprime pas de vécu délirant et ne présente pas de vécu hallucinatoire.

- Ce Monsieur ne présente pas, à ce jour, de dangerosité psychiatrique.

- En ce qui concerne l'agression sexuelle supposée, il est possible que l'état d'imprégnation éthylique ait pu faciliter une levée d'inhibition et favoriser le réveil de pulsions pédophiles habituellement refoulées. Les antécédents de condamnation pour téléchargement de vidéos pédophiles, au-delà des justifications invoquées, pourraient rendre crédible cette hypothèse.

- La dangerosité criminologique, au sens d'un risque de récidive, si les faits étaient confirmés par l'enquête, paraît faible.

- Il est accessible à une sanction pénale.

- Dans l'hypothèse où seraient confirmés les faits reprochés, une psychothérapie dans le cadre d'une obligation de soins serait à prévoir.

(...) ».

3. a) Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures superprovisionnelles du 28 mai 2019, C.K._____ a notamment pris les conclusions suivantes, sous suite de frais et dépens :

« **A titre de mesures superprovisionnelles :**

I. Constaté que Madame C.K._____ et Monsieur B.K._____ vivent séparés depuis le 1^{er} mai 2019 pour une durée indéterminée.

II. Attribuer à Madame C.K._____ la jouissance exclusive du logement anciennement conjugal sis au [...].

(...)

IV. Confier à Madame C.K._____ la garde exclusive des enfants Z._____ et L._____.

V. Suspendre les relations personnelles entre Monsieur B.K._____ et ses deux fils.

(...)

A titre de mesures protectrices de l'union conjugale :

XII. Constaté que Madame C.K._____ et Monsieur B.K._____ vivent séparés depuis le 1^{er} mai 2019 pour une durée indéterminée.

XIII. Attribuer à Madame C.K._____ la jouissance exclusive du logement anciennement conjugal sis au [...].

(...)

XV. Confier à Madame C.K._____ la garde exclusive des enfants Z._____ et L._____.

XVI. Suspendre, dans un premier temps du moins, les relations personnelles entre Monsieur B.K._____ et ses deux fils.

XVII. Ensuite, n'accorder un droit de visite à Monsieur B.K._____ qu'aux conditions suivantes :

- un psychiatre spécialisé dans la pédophilie émet un certificat médical clair et univoque attestant que Z._____ et Z._____ ne courent aucun danger si leur père exerce un droit de visite ;
- l'émission d'un tel certificat doit avoir été précédé d'au moins 10 séances de Monsieur B.K._____ chez ledit psychiatre ; et
- Monsieur B.K._____ transmet immédiatement à son épouse le certificat médical ainsi que la preuve du fait qu'il a participé à au moins 10 séances préalables.

XVIII. Puis, si un droit de visite est accordé à Monsieur B.K._____, ne maintenir ledit droit de visite qu'aux conditions suivantes :

- Monsieur B.K._____ continue de consulter son psychiatre spécialisé dans la pédophilie deux fois par mois au minimum ;
- Au moins une fois tous les deux mois, le psychiatre spécialisé émet un certificat médical clair et univoque attestant que L._____ et Z._____ ne courent aucun danger si leur père exerce un droit de visite ; et
- Monsieur B.K._____ transmet immédiatement à son épouse les certificats médicaux accompagnés de la preuve du fait qu'il participe à au moins deux séances par mois chez son psychiatre.

XIX. Si Monsieur B.K._____ satisfait à l'entier des conditions énumérées dans les conclusions XVII et XVIII ci-dessus, lui accorder le droit de visite suivant sur Z._____ et L._____, à défaut d'entente entre les parents :

- un week-end sur deux du samedi à 9h00 au dimanche à 18h00 ;
- chaque semaine, du mardi à la sortie de l'école au mercredi matin au début de l'école ;
- la moitié des vacances scolaires ;
- alternativement à Noël ou à Nouvel-An, à Pâques ou à Pentecôte, à l'Ascension ou au Jeûne fédéral ;
- à charge pour Monsieur B.K._____ de venir chercher ses fils où ils se trouveront et de les y ramener à la fin de chaque période de visite.

(...) »

b) Le 29 mai 2019, le président a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles précitée.

c) Dans un procédé écrit du 17 juin 2019, B.K._____ a notamment conclu au rejet de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 mai 2019 et a pris les conclusions reconventionnelles suivantes :

« (...)

VI. Dire que le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants Z._____, né le [...] 2009, et L._____ le [...] 2011, est attribué provisoirement à leur mère ;

VII. Dire que B.K._____ pourra entretenir de libres et larges relations personnelles avec ses enfants Z._____, né le [...] 2009, et L._____, né le [...] 2011, moyennant entente préalable avec leur mère ; à défaut d'entente, il pourra les avoir auprès de lui :

- Une nuit par semaine (lundi soir),
- Un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin,
- La moitié des vacances scolaires moyennant préavis donné deux mois à l'avance,
- Alternativement à Noël, Nouvel-An, Pâques, Pentecôtes, Ascension, Jeûne Fédéral,

A charge pour lui d'aller les chercher à leur domicile familial et de les y ramener à l'échéance de l'exercice de ses relations personnelles.

(...) »

d) Une audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 21 juin 2019, en présence des parties, assistées de leurs conseils respectifs.

Lors de cette audience, il a été protocolé que C.K._____ ne « s'oppos[ait] pas, en attendant une nouvelle décision, basée notamment sur une expertise, à ce que le droit de visite de B.K._____ sur ses deux enfants continue à se dérouler comme c'[était] actuellement le cas depuis le mois de mai 2019, soit un mardi ou un jeudi en fin d'après-midi entre 18h environ et 20h, le vendredi en fin de journée de 15h15 à 19h (20h durant les vacances scolaires), et une des deux journées du week-end entre 8h30 et 19h, soit également sans que les enfants ne passent la nuit au domicile du père ».

Les parties ont ensuite conclu la convention partielle suivante, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale :

« I. Les époux C.K._____ et B.K._____ conviennent de vivre séparés pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation effective est intervenue le 1^{er} mai 2019.

- II. Le lieu de résidence des enfants Z._____, né le [...] 2009, et L._____, né le [...] 2011, est fixé au domicile de la mère, qui en exerce la garde de fait.
- III. Le droit de visite, jusqu'à nouvel ordre, s'exercera ainsi :
 - un mardi ou un jeudi en fin d'après-midi entre 18h environ et 20h, le vendredi en fin de journée de 15h15 à 19h (20h durant les vacances scolaires), et une des deux journées du week-end entre 8h30 et 19h, soit également sans que les enfants ne passent la nuit au domicile de leur père ;
 - du 21 juillet au 4 août, à la journée de 7h45 à 21h, à l'exclusion de toute nuit.
- IV. La jouissance du domicile conjugal, sis [...], est attribuée à C.K._____, qui en assumera seule le loyer et les charges. »

4. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 16 juillet 2019, le président a statué sur les contributions dues par B.K._____ pour l'entretien de ses enfants et de son épouse.

Au considérant 9 de cette ordonnance, B.K._____ s'est vu enjoindre d'entreprendre urgemment une démarche personnelle auprès d'un psychiatre, sous la forme d'une expertise mais également d'un suivi thérapeutique, pour rassurer son épouse et les autorités. Si tel ne devait pas être le cas, le droit de visite prévu par la convention du 21 juin 2019 risquait d'être restreint, voire supprimé.

Par arrêt du 17 octobre 2019, la Cour de céans a partiellement admis l'appel - limité aux aspects financiers - interjeté par B.K._____ contre cette ordonnance et a statué à nouveau sur les contributions d'entretien dues par celui-ci.

5. Par courrier du 6 août 2019 adressé au conseil de B.K._____, C._____, psychologue et psychanalyste, a fait état de ce qui suit :

« Cher Maître,

A votre demande, j'ai reçu Monsieur B.K._____, en vue de procéder à l'évaluation de son status psychique en lien avec les faits pour lesquels vous intervenez comme défenseur dans le procès en divorce qui l'oppose à son épouse.

Sur la base des faits qui ont été précédemment avérés, pour lesquels il y a eu jugement et condamnation en 2017, l'hypothèse d'un TROUBLE PEDOPHILIE (F65.4 selon la classification des troubles mentaux DSM V) est évoquée dans le cadre de la procédure actuelle. L'une des conséquences, si le

trouble est avéré, est le maintien de la décision provisoire de restriction portant sur la garde des deux enfants du couple. A l'heure où nous le rencontrons, Monsieur B.K._____ est autorisé à recevoir ses enfants, seul, toutefois exclusivement en journée, pour les conduire, la nuit venue, chez leur mère. Cette mesure laisse donc également supposer l'hypothèse d'un TROUBLE PEDOPHILIE de type non exclusif (garçons et filles) qui s'étendrait à l'INCESTE.

En décembre 2017, ces questions ont donné lieu à une expertise psychiatrique, conduite dans un service de psychiatrie, par le docteur S._____, psychiatre. Ce praticien ne retient pas l'hypothèse d'un TROUBLE PEDOPHILIE, mais plutôt la possibilité que « l'imprégnation éthylique ait pu favoriser le réveil de pulsions pédophiles habituellement refoulées. » Le psychiatre ajoute que « les antécédents de condamnation pour téléchargement de vidéos pédophiles, au-delà des justifications invoquées (par l'expertisé), pourraient rendre crédible cette hypothèse. » Autrement dit, le praticien a retenu le diagnostic d'ORIENTATION SEXUELLE PEDOPHILE et non pas de TROUBLE PEDOPHILIE.

En effet, le TROUBLE PEDOPHILIE (*sic*), pour être retenu comme diagnostic, suppose des preuves de

- comportements récurrents attestés au cours des 6 derniers mois (Critère A). Ce critère souligne le caractère COMPULSIF et par conséquent l'impossibilité pour le sujet de réprimer la pulsion et
- que le sujet a mis en actes ses pulsions sexuelles ou a présenté des difficultés relationnelles à cause de son trouble (Critère B)

Notre évaluation va dans le même sens que celui du psychiatre d'une ORIENTATION SEXUELLE PEDOPHILE.

Nous avons pris soin d'informer Monsieur B.K._____ de nos conclusions, en attirant son attention sur le fait que ses dénégations ou minimisations quant aux faits qui lui ont été reprochés, témoignent de ceci, que ses pulsions sont ignorées de lui-même (« refoulées » propose le psychiatre) et que dans un tel contexte l'indication d'une psychothérapie doit être posée, à charge pour lui d'y souscrire ou non.

Monsieur B.K._____ a fait le choix d'entreprendre une telle démarche, alarmé qu'il est par le fait que les mécanismes de dénégation, de minimisation, ses appareils de défense actuels, ne sont que billevesées et qu'il lui appartient d'éclairer ce qui se trame en lui à son insu.

Toutefois, en l'absence des critères A et B qui permettraient de soutenir l'hypothèse d'un TROUBLE PEDOPHILIE (*sic*), il n'y a pas de risques de passages à l'acte compulsifs (absence de « dangerosité psychiatrique » note le psychiatre).

En d'autres termes, l'ORIENTATION SEXUELLE PEDOPHILE, sans la dimension COMPULSIVE fait que, comme le note également le psychiatre, « la dangerosité criminologique, au sens de récidive ... paraît faible ».

En restant à votre entière disposition pour tout complément d'information que vous pourriez souhaiter, je vous prie de croire, cher Maître, en l'expression de ma considération distinguée. »

6. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 29 août 2019, B.K._____ a pris les conclusions suivantes :

« I. Le chiffre III du dispositif de la convention passée le 21 janvier (sic) 2019 ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale est rapporté en ce sens que B.K._____ pourra entretenir de libre et large relation personnelle avec ses enfants Z._____, né le [...] 2009, et L._____, né le [...] 2011, moyennant entente préalable avec leur mère ; à défaut d'entente, il pourra les avoir auprès de lui :

- une nuit par semaine (lundi soir),
- un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin,
- la moitié des vacances scolaires moyennant préavis donné deux mois à l'avance,
- alternativement à Noël/Nouvel-An, Pentecôte, Ascension, Jeûne Fédéral.

A charge pour lui d'aller les chercher à leur domicile familial et de les y ramener à l'échéance de l'exercice de ses relations personnelles. »

Par procédé écrit du 23 octobre 2019, C.K._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de cette requête.

Lors de l'audience de mesures protectrices du 28 octobre 2019, qui s'est tenue en présence des parties, assistées de leurs conseils respectifs, C._____ a été entendu en qualité de témoin. Il a déclaré ce qui suit :

« Je suis B.K._____ depuis plusieurs mois. Je ne me rappelle pas quand c'était la première fois que je l'ai rencontré. J'ai mis en place un traitement psychanalytique avec un certain focus relatif à la question qu'il soulevait, à savoir la dérive qui a été présentée à lui, à savoir des pulsions qu'il ne peut pas toujours contrôler. Les faits ont établi que B.K._____ a touché une enfant sexuellement et il a également été établi qu'il avait un goût pour des activités considérées comme pédophiles par le visionnage de vidéos pornographiques. Je dis que les faits ont été établis car B.K._____ me l'a dit. Il admet les faits en relation avec la vidéo. S'agissant des attouchements, il m'a, dans un premier temps, indiqué qu'on l'accusait de cela. Par la suite, il m'a communiqué un rapport établi par un psychiatre en France et ce psychiatre faisait mention de ces faits. Par la suite, il a admis qu'en effet il pouvait y avoir eu son ADN sur cette enfant. Suite à mon intervention, il a finalement admis ces faits. Je vois B.K._____ depuis le mois de juillet 2019. Je le vois au moins une fois par semaine. C'est arrivé que je le voie plus qu'une fois par semaine. Je confirme le diagnostic que j'ai établi et qui ressort du courrier daté du 6 août 2019. A mon avis, on peut passer aujourd'hui à un droit de visite usuel de B.K._____ sur ses enfants, y compris la nuit. On doit distinguer les attouchements sur des enfants hors de la famille et la question de l'inceste. Ce sont deux comportements complètement différents qui n'ont rien à

voir. S'agissant d'un comportement incestueux, il n'y a aucun élément qui permet d'admettre un risque. Il est relativement aisé de pouvoir déterminer si le tabou de l'inceste peut être franchi ou pas chez quelqu'un. Cela fait environ quatre mois que je suis B.K._____ et je remarque une évolution par rapport aux entretiens préliminaires empreints de déni, de ce côté-là je peux dire qu'il y a une certaine évolution.

Pour répondre à Me Véronique FONTANA, la règle c'est que je rencontre B.K._____ une fois par semaine, sauf pendant les vacances. Il ne s'agit en l'espèce pas d'une question quantitative mais qualitative. S'agissant du revirement qui s'est opéré chez B.K._____, le mécanisme de déni était fondé sur un sentiment de honte qui avait la fonction de le préserver. Lorsqu'il s'est aperçu qu'il n'avait pas nécessairement besoin de cela pour continuer de vivre, il s'en est défait. Ce rapport du 6 août 2019 est un compte-rendu des rencontres que j'ai eues avec B.K._____. Je constate dans un premier temps qu'il dénie. Je lui fais remarquer que ce sont des stupidités et que s'il maintient ce type de dénégation, il ne pourra pas aller plus loin dans la compréhension de ce que ces pulsions ont comme effet sur lui. Quand je parle de son insu, je parle de son inconscient. Je dis également dans la lettre que je suis d'accord avec le psychiatre français et que mes conclusions sont qu'il n'a pas de compulsion. J'ai déjà réalisé des expertises pour des tribunaux, notamment s'agissant de la garde des enfants. J'ai rédigé ma thèse de doctorat sur la perversion et la pédophilie est une perversion.

Pour répondre à Me Robert LEI RAVELLO, B.K._____ souffre de l'absence de relation avec ses enfants et il a de la difficulté à trouver une façon de répondre à ses enfants lorsque ceux-ci lui demandent pourquoi ils ne peuvent pas rester avec lui le soir. Le maintien d'un droit de visite restreint serait néfaste à la bonne évolution des enfants dans la mesure où cela signifie que le père est disqualifié. J'ignore quel est le rythme des visites actuellement et ces questions quantitatives ne me paraissent pas essentielles. La qualité est plus importante. Je crois les enfants âgés de 5 et 8 ans. Le fait que les enfants s'interrogent sur la place de leur père, qui semble être disqualifié, nuit aux enfants. Ce que je dis des enfants m'est communiqué par leur père qui est mon patient. »

Il ressort en outre du procès-verbal de cette audience que C.K._____ a expliqué « qu'il est vrai qu'elle n'a pas vu de comportement inapproprié (ndr : chez B.K._____) entre le jugement français et le dépôt de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale car elle était tout le temps, selon son dire, avec les enfants ».

En droit :

1.

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]).

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.

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

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).

3.

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.

3.2

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).

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 par la suite 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.*).

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).

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.

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
p r o n o n c e :

- 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 :