

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 7 mars 2019

Composition : M. ABRECHT, président
Mme Kühnlein et M. Oulevey, juges
Greffière : Mme Gudit

Art. 298 al. 2ter CC ; 296 al. 1, 312 al. 1, 317 al. 1 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **A.N.**_____, à [...], contre le jugement de divorce rendu le 11 octobre 2018 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne sur requête commune de l'appelante et de **B.N.**_____, à [...], la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 11 octobre 2018, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le premier juge) a prononcé le divorce des époux B.N._____ (ci-après : l'intimé) et A.N._____ (ci-après : l'appelante) (I). Il a ratifié, pour valoir jugement, la convention sur les effets du divorce des 23 et 30 avril 2018, telle que rectifiée, par laquelle les parties sont notamment convenues de renoncer au versement d'une contribution d'entretien en leur faveur après le divorce (II.I), d'attribuer l'ancien domicile familial à B.N._____ (II.II et II.III), d'exercer une autorité parentale conjointe (II.IV) et une garde alternée sur les enfants H._____, U._____ et G._____ (II.V), d'arrêter le montant mensuel de l'entretien convenable des enfants à 714 fr. 20 pour H._____ et U._____ et à 644 fr. 50 pour G._____ (II.VI) et de renoncer à une contribution d'entretien en faveur des trois enfants, chaque parent assumant les frais d'entretien de ceux-ci lorsqu'il en aurait la garde et les dépenses exceptionnelles étant prises en charge par moitié par les deux parents (II.VII). Le premier juge a également arrêté les frais judiciaires de première instance (III) et a fixé l'indemnité du conseil d'office de A.N._____ (IV et V).

En droit, le premier juge a notamment considéré que les conditions des art. 111 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) et 279 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) étaient remplies, de sorte que le divorce devait être prononcé et la convention en réglant les effets ratifiée. Il a également estimé que le sort des enfants H._____, U._____ et G._____, plus particulièrement le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et la garde alternée, était déterminé d'une manière conforme à leur intérêt et que la répartition de leurs coûts d'entretien entre les parents était admissible, compte tenu du système de garde adopté par ces derniers.

B. Par acte du 12 novembre 2018, A.N._____ a interjeté appel contre le jugement précité, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que les chiffres II.V et II.VII de son dispositif soient supprimés (II et III) et que le dispositif soit complété par l'ajout d'un chiffre IIbis, prévoyant que le lieu de résidence des enfants soit fixé à son domicile, qu'elle exerce la garde de fait, que le père jouisse d'un libre et large droit de visite et qu'à défaut de meilleure entente, il puisse les avoir auprès de lui un week-end sur deux, du vendredi à 18 h 00 au dimanche à 18 h 00, ainsi que la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, à charge pour lui d'aller chercher les enfants chez la mère et de les y ramener (IV). A.N._____ a également conclu à ce que le dispositif du jugement entrepris soit complété par l'ajout d'un chiffre IIter, prévoyant que B.N._____ contribuerait aux frais d'éducation et d'entretien de ses enfants par le régulier versement en ses mains, d'avance le premier de chaque mois et jusqu'à la fin d'une formation professionnelle adéquate, allocations familiales en sus, d'une pension mensuelle de 500 fr. pour chacun des enfants H._____, U._____ et G._____, et que les frais extraordinaires au sens de l'art. 286 al. 3 CC soient partagés par moitié entre les parents, chaque partie s'engageant à requérir l'avis de l'autre avant d'engager des frais, en lui présentant, dans la mesure du possible, un devis, sauf cas d'urgence (V). A titre subsidiaire, A.N._____ a conclu au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision concernant l'exercice du droit de garde et les contributions d'entretien pour les enfants.

A l'appui de son appel, A.N._____ a produit un bordereau de neuf pièces, dont deux pièces de forme (1 et 2) et sept pièces non produites en première instance (3 à 9).

L'appelante a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par avis du 19 novembre 2018, la juge déléguée de céans a dispensé l'appelante de l'avance de frais et a réservé la décision définitive sur l'assistance judiciaire.

L'intimé n'a pas été invité à déposer de réponse sur l'appel.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. B.N._____, né le [...] 1993, de nationalité [...], et A.N._____, née [...] le [...] 1992, de nationalité [...], se sont mariés le [...] 2012 à [...].

Trois enfants sont issus de leur union :

- H._____, né le [...] 2011 ;
- U._____, né le [...] 2012 ;
- G._____, née le [...] 2013.

2. Les époux sont séparés depuis le 25 mars 2015.

Le 7 mai 2018, ils ont introduit une procédure de divorce sur requête commune avec accord complet devant le premier juge.

Le mari, non assisté, et l'épouse, assistée de son conseil d'office, ont été entendus à l'audience de jugement du 10 septembre 2018. A cette occasion, ils ont confirmé leur volonté de divorcer ainsi que les termes de la convention signée les 23 et 30 avril 2018, et ont renoncé à leur audition séparée. Avec l'accord des parties, le premier juge a également renoncé à l'audition des enfants, les parties indiquant à cet égard que ceux-ci se portaient bien.

3. a) Le mari, peintre en bâtiment, effectue actuellement une mission d'une durée indéterminée pour le compte de l'entreprise intérimaire [...]. Il réalise, à ce titre, un salaire mensuel net de l'ordre de 4'000 fr., part au treizième salaire comprise.

b) Depuis 2010, l'épouse est au bénéfice du Revenu d'insertion (RI) et perçoit, à ce titre, 4'795 fr. 25 par mois, loyer par 2'700 fr. compris.

En droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 309 CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit auprès de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dirigé contre une décision finale de première instance dans une affaire non visée par l'art. 309 CPC et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est en principe recevable.

1.2 La possibilité de recourir contre une transaction judiciaire, mettant fin au procès sans qu'une décision soit rendue, est controversée. Ce type d'accord présentant à la fois le caractère d'un acte de procédure – mettant fin au procès et jouissant de la force de chose jugée – et celui d'un acte contractuel – pouvant notamment être remis en cause pour vice du consentement – (Tappy, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd. 2019, n. 17 ad art. 241 CPC), il ne constituerait pas une décision et ne pourrait être contesté que par la voie de la révision de l'art. 328 al. 1 let. c CPC. La jurisprudence admet cependant que, lorsque la convention a été ratifiée par le juge pour valoir décision au fond, elle

perd son caractère contractuel et peut être contestée par la voie de l'appel (CACI 11 février 2015/76 consid. 1 et les réf. citées).

L'appel n'est ouvert contre la ratification d'une convention sur les effets accessoires du divorce que pour faire vérifier que les conditions de la ratification étaient réunies. Cela ne limite pas l'appelant au grief du vice du consentement, mais l'autorité d'appel ne saurait réexaminer et modifier les effets convenus selon sa propre appréciation. En effet, en cas d'admission de l'appel, la juridiction de seconde instance ne peut pas rendre une nouvelle décision sur le fond : elle doit constater que les conditions du divorce ne sont pas remplies, rejeter la requête commune en impartissant, conformément à l'art. 288 al. 3 CPC, un délai aux parties pour agir par demande unilatérale et renvoyer la cause à l'autorité inférieure pour que celle-ci ratifie le cas échéant une nouvelle convention sur les effets du divorce qui serait conclue entre les époux ou pour que, constatant l'absence d'accord complet, elle instruisse en contradictoire les effets du divorce qui ne seraient pas réglés par convention (CACI 5 février 2018/67 consid. 2.1 et les réf. citées).

L'appelante ayant pris, à titre subsidiaire, des conclusions en annulation de la décision entreprise et en renvoi de la cause, l'appel est recevable également à cet égard.

2. 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 (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

3.

3.1 A.N. _____ interjette appel contre le jugement de divorce du 11 octobre 2018 en ce qu'il ratifie la convention des parties sur les questions de la garde de fait et des contributions d'entretien dues pour les enfants et requiert que le droit aux relations personnelles soit fixé.

A l'appui de son acte, l'appelante ne fait pas valoir un vice du consentement mais des éléments nouveaux, survenus après la ratification de la convention, qui démontreraient que la garde alternée ne serait pas conforme à l'intérêt des trois enfants.

3.2 L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives. S'agissant des vrais nova (« echte Noven »), la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova (« unechte Noven »), il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 et les réf. citées).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), il convient de considérer que l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée. En effet, selon l'art. 296 al. 1 CPC, le juge d'appel doit rechercher lui-même les faits d'office (« von Amtes wegen erforschen ») et peut donc, pour ce faire, ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant. Dans cette mesure, il y a lieu d'admettre que, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les

conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 précité consid. 4.2.1).

3.3 En l'espèce, l'appelante fait valoir que les relations entre les parties se seraient fortement dégradées depuis la signature de la convention, au point que le régime de garde devrait être modifié dans l'intérêt des enfants. Dès lors que les pièces produites concernent des faits postérieurs à l'audience de jugement et conformément aux principes évoqués ci-dessus, ces nova sont recevables en appel, sous réserve des développements ci-dessous (cf. consid. 4).

4.

4.1 L'appelante fait valoir que depuis l'audience de divorce du 10 septembre 2018, la mésentente entre les parties se serait fortement intensifiée au sujet de la garde des enfants. L'intimé ne répondrait pas au téléphone et ne serait disposé à discuter avec elle que le dimanche soir, ce qu'elle ne supporterait plus. La communication serait ainsi rompue. L'intimé serait chicanier et blessant, ce dont souffrirait l'appelante. De plus, l'intimé ne conduirait pas son fils U. _____ chez le médecin et demanderait à l'appelante de le faire. Les enfants auraient d'ailleurs dit ne pas vouloir retourner la semaine entière chez leur père, celui-ci ne s'occupant pas d'eux. L'appelante produit les pièces 3 à 6 à l'appui de ses nouvelles allégations, soit des lots de SMS échangés entre les mois de septembre et octobre 2018.

4.2 Aux termes de l'art. 298 al. 2ter CC, 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.

Le législateur a ainsi souhaité ancrer dans la loi le principe de la garde alternée, laquelle consiste pour des parents vivant séparés et exerçant en commun l'autorité parentale à se partager la garde de l'enfant pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours

ou en semaines, voire en mois (Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse [Entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013, FF 2013 p. 511 ss [n. 1.6.2 p. 545] ; ci-après : Message). L'instauration d'une garde alternée s'inscrit toujours dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, mais, à la différence de ce qui prévalait sous l'empire de l'ancien droit, elle ne suppose plus nécessairement l'accord des deux parents. Par conséquent, en présence d'une autorité parentale exercée en commun, le juge peut examiner la possibilité d'organiser une garde alternée même lorsqu'un seul des parents le demande, en particulier dans les cas où les père et mère participaient les deux aux soins et à l'éducation de l'enfant déjà pendant la vie commune ou ont adopté le système de la garde alternée durant la vie séparée. Bien entendu, indépendamment des souhaits des père et mère et de l'existence d'un accord entre eux à cet égard, la question de la garde doit être appréciée au cas par cas, à l'aune du bien de l'enfant. Les critères développés par la jurisprudence à ce sujet demeurent applicables (Büchler/Clausen, in FamKommentar, Scheidung, Band I : ZGB, 3^e éd. 2017, n. 10 ad art. 298 CC ; Message, n. 1.6.2 p. 546 s.).

En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale (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 ; ATF 131 III 209 consid. 5). Le juge doit évaluer, 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 effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. A cette fin, le juge doit, en premier lieu, examiner si chacun des parents dispose de capacités éducatives, 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. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte la situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents, la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, la stabilité que peut apporter 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 –, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que 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. Les critères d'appréciation précités sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; TF 5A_450/2016 du 4 octobre 2016 consid. 4.3.1 et les réf. citées ; TF 5A_794/2017 du 7 février 2018 consid. 3.1).

4.3 En l'espèce, il ressort des pièces produites que les parties communiquent entre elles, même si le conflit est encore intense. Rien n'indique que les échanges de SMS, tels qu'ils sont présentés, aient été différents avant l'audience de jugement et qu'il s'agisse réellement de faits nouveaux. Par ailleurs, si les deux parents peinent manifestement à rester en contact de manière cordiale après la séparation, rien n'indique que le conflit soit tel qu'il faille renoncer à la garde alternée. Il semble au contraire important que les trois enfants puissent voir leur père autant que leur mère, dès lors que les propos que se tiennent réciproquement les parents sont pour le moins inadéquats. Si les enfants sentent le tabac en rentrant de chez leur père ou s'ils ne dînent pas avec lui en semaine, rien n'indique qu'il s'agisse d'éléments qui n'étaient pas connus, à tout le moins des parties, au moment où elles ont signé la convention. Ils ne

sauraient constituer un motif justifiant de modifier la garde alternée, pas plus que le fait que l'un des trois enfants ait déclaré à l'appelante ne pas vouloir passer une semaine entière chez son père. Faute d'éléments nouveaux particulièrement inquiétants, la ratification faite par le premier juge de la convention passée entre les parties n'a pas à être remise en cause par la Cour de céans. On peut en outre préciser qu'il conviendrait surtout que chaque partie mette tout en œuvre pour que la convention, qui favorise le maintien des liens avec les deux parents et qui est parfaitement conforme aux intérêts des trois enfants, soit respectée.

Pour ces motifs, le moyen est mal fondé.

5. L'appelante requiert le paiement d'une contribution d'entretien, ainsi que la fixation des relations personnelles entre le père et ses enfants. Ces modifications étant subordonnées à la modification de la garde de fait, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur ces moyens.

6.

6.1 Peuvent être considérés comme des appels manifestement infondés ceux qui ne contiennent visiblement aucun grief pertinent à l'encontre de la décision de première instance et ceux qui se révèlent déjà dépourvus de toute chance de succès lors de l'examen sommaire (ATF 143 III 153 consid. 4.6, SJ 2018 I 68 et les réf. citées).

Tel est le cas du présent appel, qui doit en définitive être rejeté selon l'art. 312 al. 1 *in fine* CPC, le jugement attaqué étant confirmé.

6.2 Dès lors que l'appel était d'emblée dépourvu de chances de succès, la demande d'assistance judiciaire de l'appelante doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

Par conséquent, l'appelante, qui succombe, supportera les frais judiciaires de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 600 fr. (art.

63 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]).

6.3 Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer sur l'acte d'appel.

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

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

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Laurence Cornu (pour A.N. _____),
- B.N. _____,

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

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

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

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 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 :