

# NE\_GERICHTE CACIV.2017.34 vom 6. März 2018

NE Tribunal cantonal, 2018-03-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CACIV.2017.34](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2017.34)

FR: NE\_GERICHTE CACIV.2017.34 du 6 mars 2018

IT: NE\_GERICHTE CACIV.2017.34 del 6 marzo 2018

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté dans le délai légal, l'appel est recevable sur ce point.

### E. 2

a) Aux termes de l'article 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé. Selon la jurisprudence, il incombe à l'appelant de démontrer le caractère erroné de la motivation de la décision attaquée et son argumentation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision qu'il attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique ( ATF 138 III 374 cons. 4.3.1). Même si l'instance d'appel applique le droit d'office (art. 57 CPC), le procès se présente différemment en seconde instance, vu la décision déjà rendue. L'appelant doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée (...), ou si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'article 311 al. 1 CPC et l'instance d'appel ne peut entrer en matière» (arrêt du TF du 01.09.2014 [4A\_290/2014] cons. 3.1 et les références citées). b) En l'espèce, au sujet de la validité de la convention de divorce, le premier juge a considéré que les ex-époux y étaient convenus, en ce qui concerne la garde de A. \_\_\_\_\_ : « par conséquent, d'un commun accord entre les parents, la garde de leur fils A. \_\_\_\_\_ est confiée à Y. \_\_\_\_\_, qui en assume l'entretien. Toutefois, si X. \_\_\_\_\_ trouve un emploi qui soit compatible avec la garde de son fils A. \_\_\_\_\_, la question du droit de garde pourrait être réexaminée entre les parents » (convention article 2) ; que cette formulation était claire et non équivoque ; qu'elle signifiait que la garde de A. \_\_\_\_\_ était octroyée sans réserve au père qui devait en assumer l'entretien entièrement ; que pour le cas où l'ex-épouse devait trouver un emploi qui soit compatible avec la garde de son fils A. \_\_\_\_\_, ce n'était pas un transfert automatique de la garde à la mère qui était prévu, mais la possibilité d'un réexamen du droit de garde entre les parents ; que cette clause ne signifiait donc pas que la garde avait été confiée au père conditionnellement ; que les père et mère étaient simplement convenus de considérer le changement éventuel d'activité professionnelle de la mère comme une circonstance nouvelle susceptible de justifier le réexamen de la question de la garde ; que cette convention avait été ratifiée le 19 novembre 2012, après que les époux avaient été entendus séparément puis ensemble par le juge ; que les époux avaient ensuite,

librement et en toute connaissance de cause, confirmé leur accord avec cette convention ; qu'il n'y avait dès lors pas eu de vice du consentement ; que de toute manière, si tel avait été le cas, c'est la voie de l'appel qui aurait dû être suivie, et non celle de la procédure en modification du jugement de divorce, laquelle n'avait pas pour vocation de revoir le jugement initial, mais de l'adapter à des faits nouveaux importants et durables. Dans son grief relatif à la constatation de la nullité, respectivement à l'annulation la convention sur les effets accessoires du divorce du 3 octobre 2012, l'appelante se contente d'alléguer qu'elle aurait méconnu son droit de réclamer une contribution d'entretien pour elle et son enfant ; qu'on l'aurait trompée en lui disant «que si elle ne trouvait pas un emploi avec des horaires qui lui permettraient suffisamment de disponibilité elle n'avait pas le droit à la garde de l'enfant» ; qu'elle n'acceptait plus l'application de «cette convention immorale». Ce faisant, l'appelant n'expose pas en quoi le raisonnement du premier juge violerait le droit ou se fonderait sur une constatation inexacte des faits. À mesure qu'il ne satisfait pas aux exigences minimales de motivation posées à l'article 311 al. 1 CPC, l'appel est irrecevable sur ce point. c) La conclusion n° 8 tendant à la condamnation de l'intimé est quant à elle incompréhensible et la lecture du mémoire d'appel ne permet pas davantage de comprendre quelle condamnation X. \_\_\_\_\_ souhaite voir prononcée contre Y. \_\_\_\_\_. L'appel est également irrecevable sur ce point. d) Il ressort enfin du mémoire d'appel que l'appelante souhaite obtenir une contribution d'entretien en sa faveur si la garde de A. \_\_\_\_\_ devait ne pas lui être attribuée. Cette conclusion est irrecevable à plusieurs titres. Premièrement, elle n'est pas chiffrée ( ATF 137 III 617 cons. 4.2 et 4.3). Deuxièmement, elle ne repose pas sur des faits nouveaux, mais présuppose l'admission d'un grief (tendant à l'invalidation de la convention de divorce du 3 octobre 2012, au motif que l'appelante aurait signé ce texte sous la contrainte ) dont il a été dit plus haut qu'il était irrecevable. Troisièmement, le fait que l'appelante demande une contribution d'entretien pour elle-même uniquement pour le cas où elle n'obtiendrait pas la garde de son fils illustre le caractère essentiellement chicanier – et partant irrecevable – de cette conclusion. e) Pour le surplus, l'appel est recevable.

### **E. 3**

a) A la requête du père ou de la mère, de l'enfant ou de l'autorité tutélaire, l'attribution de l'autorité parentale doit être modifiée lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant (art. 134 al. 1 CC ). La modification de la prise en charge, de la garde ou des relations personnelles est, quant à elle, régie par l'article 134 al. 2 CC , qui renvoie aux dispositions relatives aux effets de la filiation. Il s'ensuit que toute modification sur ces derniers points doit être requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels ( Noémie Helle in Commentaire pratique, droit matrimonial, nos 46-49 ad art. 134 CC). Concrètement, une nouvelle réglementation de l'autorité parentale, respectivement de l'attribution de la garde de fait, ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes ; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant. Selon la jurisprudence, la modification ne peut être envisagée que si le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant et le menace sérieusement ; la nouvelle réglementation doit s'imposer impérativement, en ce sens que le mode de vie actuel nuit plus au bien de l'enfant que le changement de réglementation et la perte de continuité dans l'éducation et les conditions de vie qui en est consécutive (arrêt du TF du 14.03.2016 [5A\_781/2015] cons. 3.2.2 et les références citées). Dans la mesure où la décision modifie fondamentalement les conditions de vie de l'enfant, il convient de prendre en considération autant que possible son avis (art. 133 al. 2 CC). Le juge n'est toutefois pas

lié par l'avis de l'enfant, mais la volonté de celui-ci est un élément important. Le juge l'apprécie en tenant compte notamment de son âge et de son degré de maturité ( ATF 122 III 401 cons. 3b, JT 1997 I 638). L'article 133 al. 2 CC consacre la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle c'est l'intérêt de l'enfant qui est déterminant pour l'attribution, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Le juge doit tenir compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant (art. 133 al. 2 CC ; arrêt du TF du 01.06.2011 [5A\_63/2011] cons. 2.4.2). Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, ainsi que leur aptitude à prendre soin des enfants personnellement et à s'en occuper ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer aux enfants la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel ( ATF 117 II 353 cons. 3). b) L'appelante fait valoir qu'elle aurait autant de capacités éducatives que le père de A. \_\_\_\_\_. Elle soutient que le rapport d'enquête sociale ne démontrerait pas clairement que le père disposerait de meilleures capacités éducatives. Contrairement à l'avis de l'appelante et comme l'a relevé le premier juge, il ressort du rapport d'enquête sociale que suite aux difficultés scolaires et au comportement de son fils (trouble déficitaire de l'attention avec hyperactivité sévère), le père de A. \_\_\_\_\_ a su réagir et prendre des mesures adaptées à la situation en s'entourant de tiers et en consultant un médecin, alors que l'appelante a pour sa part mis les problèmes de comportement de A. \_\_\_\_\_ sur le compte de l'éducation donnée par le père. Elle s'oppose en outre à la médication prescrite par le pédiatre, laquelle semble pourtant faire ses preuves. La liste des effets indésirables des méthylphénidates énumérée à la page 5 du mémoire d'appel ne modifie en rien cette appréciation, tant il est notoire que la notice relative à nombre de médicaments renferme une longue liste d'effets secondaires possibles. Contrairement au médecin qui a prescrit ces médicaments à A. \_\_\_\_\_ et qui suit l'enfant dans le cadre de cette médication, X. \_\_\_\_\_ ne dispose d'aucune expertise en matière médicale. En tant que co-titulaire de l'autorité parentale, elle aurait pu consulter un deuxième pédiatre et solliciter un deuxième avis, mais rien n'indique qu'elle aurait effectué une telle démarche ; son opposition au traitement n'apparaît ainsi pas justifiée ; objectivement, l'appelante n'avait et n'a aucune raison de mettre en doute les avis du pédiatre. Au contraire, il apparaît que A. \_\_\_\_\_ évolue bien et qu'il ne souffre pas d'effets secondaires. De même, il ressort du rapport du 11 mars 2016 que la mère avait continué à nourrir A. \_\_\_\_\_ au biberon la nuit, malgré les avertissements du pédiatre – dès que l'enfant avait 2 ans – sur les risques que représentaient pour lui les «caries du biberon», avec pour conséquence une détérioration de l'état de ses dents de lait telle que l'enfant n'arrivait plus à manger correctement. Ce cas relève un deuxième exemple où la mère n'a, à tort, pas tenu compte de l'avis d'un médecin, sur une question concernant la santé de l'enfant. Il ressort également dudit rapport que l'appelante a de la peine à supporter le fait qu'elle ne puisse pas toujours atteindre son fils sur son téléphone portable et que dans ces cas, elle interpelle les autres membres de la famille au point de pratiquement les harceler, ce qu'elle ne nie pas. L'assistante sociale a relevé que la mère devrait comprendre que son fils n'est pas toujours joignable notamment lorsqu'il joue dehors ou suit des cours de gymnastique. Par son comportement, la mère démontre qu'elle laisse peu de liberté à son fils lorsqu'elle n'est pas présente et exerce un certain contrôle, qui ne paraît pas propice au développement de l'autonomie de l'enfant et à sa responsabilisation et ce, sans que cela ne se justifie par un risque objectif pour l'enfant qu'il faudrait circonvenir par une surveillance plus étroite que la norme. En outre, le rapport

d'enquête sociale mentionne que le père de A. \_\_\_\_\_ présente une certaine ouverture d'esprit en déclarant accepter un changement du droit de garde si le tribunal le jugeait dans l'intérêt de son fils. L'attitude de l'appelante se focalise par contre dans la critique de l'autre parent. Elle s'est notamment rendue sur le lieu de travail de son ex-mari pour lui reprocher d'avoir accepté la médication prescrite par le pédiatre. Dans son recours, elle lui reproche également de ne pas être présent pour son fils et de déléguer la prise en charge de A. \_\_\_\_\_ à ses grands-parents paternels au point que ce dernier ne souhaite pas s'éloigner de ceux-ci, alors que c'est la relation parent-enfant qui devrait être privilégiée au lieu de la relation grands-parents-petit-enfant. On ne saurait reprocher au père qui travaille à 100 % de confier A. \_\_\_\_\_ aux grands-parents ou à son épouse durant les plages horaires où il n'est pas lui-même disponible. La garde d'un enfant n'implique en effet pas que le parent gardien doive être disponible tout le jour et ne puisse faire appel à des tiers – au sein de la famille ou à l'extérieur de celle-ci – pour le seconder. S'agissant des week-ends, on ne dispose d'aucune information. On notera toutefois que A. \_\_\_\_\_ se rend un week-end sur deux chez sa mère et qu'il ne ressort pas du dossier qu'il ne soit jamais laissé seul. La mère tire argument du fait qu'elle ne travaille pas et qu'elle peut consacrer davantage de temps à son fils que le père. Il est vrai qu'actuellement, la mère, bien qu'elle soit en bonne santé, ne travaille pas, qu'elle vit grâce à l'aide sociale et qu'elle bénéficie de ce fait de davantage de temps libre que le père. Sous l'angle de l'exemplarité, l'attitude du père qui travaille paraît toutefois plus propice à inculquer à A. \_\_\_\_\_ les vertus du travail et à développer chez l'enfant l'envie et les capacités de devenir un adulte responsable et autonome. Si elle avait la garde de A. \_\_\_\_\_ et un travail, même à temps partiel, l'appelante serait également amenée à confier son fils à un tiers pour certaines périodes ou pour la journée entière. c) Selon l'appelante, il serait étrange de penser que le père présenterait une meilleure aptitude à coopérer avec l'autre parent, alors que ce dernier ne lui aurait jamais parlé du rendez-vous chez le pédiatre ni de la médication suivie par leur fils. Cet argument avancé par l'appelante n'a pas été contesté par l'intimé, lequel n'a pas déposé de réponse à l'appel, étant précisé que, contrairement à l'appelante, l'intimé n'est pas représenté par un avocat dans le cadre de la présente procédure. On ignore ce que les parties ont échangé à ce sujet. L'actualisation du rapport de l'Office de protection de l'enfant indique toutefois que le père semble plus souple que la mère et disposé à favoriser les contacts mère-fils ; qu'il paraît soucieux du bien-être de son fils et prêt à servir au mieux ses intérêts. Comme cela ressort de ce qui précède, les aptitudes de la mère sont moindres sur ce dernier point. Le dossier fait apparaître une meilleure aptitude du père à coopérer avec l'autre parent, notamment en raison du fait que ce dernier effectuait tous les transports de A. \_\_\_\_\_ pour que la mère puisse exercer son droit de visite. L'assistante sociale a encore souligné que l'appelante n'hésitait pas à user de «termes peu respectueux» pour qualifier l'épouse de Y. \_\_\_\_\_, y compris en entretien, et que A. \_\_\_\_\_ avait été le témoin d'une «violente altercation verbale entre sa maman et sa belle-mère». Au contraire, le père et son épouse «sont très clairs avec A. \_\_\_\_\_ sur le rôle de chacune», expliquant à l'enfant que la belle-mère ne remplace en rien la maman. S'il est indéniable qu'un conflit important existe entre les parents et que ce conflit affecte gravement l'enfant – on en veut pour preuve qu'une curatelle éducative a dû être instaurée en sa faveur – force est de constater que la mère semble attiser ce conflit et qu'elle n'hésite pas à y impliquer l'enfant, alors que le père et son épouse essaient de calmer les choses et de protéger A. \_\_\_\_\_. Dans ces conditions, même si le père devait avoir négligé de donner à la mère une information d'ordre médical ou scolaire concernant A. \_\_\_\_\_, cela ne justifierait en rien,

compte tenu de l'ensemble des circonstances, une modification du droit de garde.

#### **E. 4**

L'appelante avance enfin qu'il ne faut pas séparer la fratrie. Cet argument tombe à faux étant donné que A. \_\_\_\_\_ a, depuis septembre 2017, un demi-frère issu de l'union de son père et de sa belle-mère. On doit également considérer que A. \_\_\_\_\_ vit depuis plus cinq ans chez son père, où il se sent en sécurité, même s'il aime se rendre chez sa mère et retrouver sa demi-sœur. A. \_\_\_\_\_ a du plaisir à se rendre à son école, il y a des amis et une bonne relation avec son enseignante. Ses résultats scolaires sont satisfaisants et bien qu'il souffre toujours du conflit opposant ses parents, il n'entend «plus ses parents se disputer dans sa tête». Au vu de ces éléments, la stabilité et le bien de A. \_\_\_\_\_ commandent que le droit de garde soit maintenu au père. L'appel doit donc être rejeté.

#### **E. 5**

Vu l'issue de la cause, les frais judiciaires de deuxième instance seront mis à la charge de l'appelante, sous réserve des règles de l'assistance judiciaire. Il ne sera pas alloué de dépens, l'intimé ne s'étant pas déterminé dans la présente procédure.

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