

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 22 novembre 2012

---

Présidence de M. COLOMBINI, président  
Juges : Mmes Favrod et Kühnlein  
Greffier : Mme Michod Pfister

\*\*\*\*\*

**Art. 114, 115 CC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **Z.**\_\_\_\_\_, à Echallens, demanderesse, contre le jugement rendu le 30 août 2012 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **L.**\_\_\_\_\_, à Echallens, défendeur, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par jugement dont les considérants écrits ont été adressés aux parties le 30 août 2012, le Tribunal d'arrondissement de Lausanne a rejeté l'action en divorce intentée par la demanderesse Z.\_\_\_\_\_, ouverte contre le défendeur L.\_\_\_\_\_ (I); fixé les frais (II) et dit que la demanderesse versera au défendeur la somme de 4'000 fr. à titre de dépens.

**B.** Par appel du 1er octobre 2012, Z.\_\_\_\_\_ a conclu avec suite de frais et dépens à la réforme du jugement en ce sens que l'action en divorce est admise et que la cause est renvoyée au Tribunal d'arrondissement de Lausanne pour liquidation du régime matrimonial et instruction et jugement des conclusions restantes.

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

Z.\_\_\_\_\_, le 17 juillet 1950, et L.\_\_\_\_\_, né le 15 août 1946, tous deux de nationalité espagnole, se sont mariés le 2 janvier 1971 en Espagne.

Trois enfants, aujourd'hui majeurs, sont issus de cette union :

- A.F.\_\_\_\_\_, née le 14 juin 1972,
- B.F.\_\_\_\_\_, née le 8 mars 1976,
- C.F.\_\_\_\_\_, née le 7 mars 1985.

Les parties se sont séparées en mars 2010. Le 9 février 2010, une audience de mesures protectrices de l'union conjugale s'est tenue au cours de laquelle les parties ont réglé les modalités de leur séparation en signant une convention ratifiée sur le siège pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale. Aux termes de cet accord, les

époux étaient autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), le logement conjugal était attribué à Z.\_\_\_\_\_ (II) et un délai au 31 mars 2010 avait été fixé à L.\_\_\_\_\_ pour quitter le logement conjugal (III).

Le 17 juin 2010, Z.\_\_\_\_\_ a déposé une requête de conciliation tendant au divorce auprès de la Justice de paix des districts de Lausanne et de l'Ouest lausannois. La conciliation, tentée lors d'une audience le 31 août 2010, a échoué, donnant lieu à la délivrance d'un acte de non-conciliation le 1<sup>er</sup> décembre 2010.

Par courrier du 28 septembre 2010, par l'intermédiaire de leur conseil respectif, le défendeur a informé la demanderesse qu'il entendait s'opposer au divorce, faute de l'écoulement de deux ans, ne serait-ce qu'au vu des prétentions de cette dernière.

La demanderesse a continué la procédure en déposant une demande unilatérale en divorce contre le défendeur, "résidant actuellement à Barcia-Melòn, à Ourense en Espagne", le 23 décembre 2010 devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, concluant au divorce (I), au paiement par le défendeur d'une indemnité équitable, fixée à dire de justice, avec intérêts à 5 % l'an dès le 28 mai 2009 (II), et à ce que le régime matrimonial soit dissous et liquidé selon des précisions qui seraient apportées en cours d'instance, après expertise (III).

Le 5 février 2011, L.\_\_\_\_\_ a annoncé son départ pour l'Espagne auprès du contrôle des habitants de la ville de Lausanne.

Par réponse du 22 février 2011, il a conclu au rejet de la demande unilatérale en divorce déposée par la demanderesse.

Le 12 avril 2011, Z.\_\_\_\_\_ a déposé ses déterminations, confirmant les conclusions prises dans sa demande du 23 décembre 2010.

Le 24 août 2011, une audience préliminaire et de conciliation s'est tenue en présence des parties. Le défendeur a maintenu son opposition quant au principe du divorce et a, par conséquent, requis que cette question fasse l'objet d'un jugement préjudiciel. La demanderesse a conclu au rejet et s'est opposée à ce qu'il soit statué séance tenante à la forme de l'art. 151 CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966).

En date du 28 septembre 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rendu une ordonnance sur la base des art. 285 et 286 CPC-VD, ordonnant la disjonction de l'instruction et du jugement sur la question du divorce fondé sur l'art. 115 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210).

L'audience préliminaire et de conciliation a été reprise le 16 février 2012, lors de laquelle la conciliation a échoué. Le même jour, une ordonnance sur preuves a été rendue.

Lors de l'audience de jugement du 5 juillet 2012, les trois filles des parties, soit C.F.\_\_\_\_\_, A.F.\_\_\_\_\_ et B.F.\_\_\_\_\_, ont été entendues en qualité de témoin. Elles ont toutes les trois déclaré en substance que la situation entre leurs parents était très tendue et qu'il y avait de nombreuses disputes violentes, verbales mais pas physiques. Elles ont également indiqué ne plus avoir de contact avec leur père, en tout cas depuis son départ en Espagne où il a refait sa vie. D'après C.F.\_\_\_\_\_, la séparation remonterait au mois de mai 2010.

### **En droit :**

**1. a)** Le jugement attaqué a été communiqué aux parties le 30 août 2012, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC ; ATF 137 III 127, JT 2011 II 226 ; ATF

137 III 130, JT 2011 II 228 ; Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 405 CPC).

**b)** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 19 ad art. 308 CPC).

Le litige portant sur le principe du divorce, soit une cause non patrimoniale, la voie de l'appel est par conséquent ouverte.

Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et dont les conclusions ne sont pas nouvelles (cf. art. 317 al. 2 CPC), l'appel est recevable à la forme.

**2.** 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. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

**3.** Le Tribunal a considéré que le droit suisse était applicable et que les conditions de l'art. 114 CC n'étaient pas réalisées. Ces points ne sont pas contestés en appel et il n'y a pas lieu d'y revenir.

**4.** **a)** Dans un premier moyen, l'appelante fait valoir que l'intimé s'est définitivement établi en Espagne et qu'elle ne sait rien de sa situation personnelle et financière. Elle dit ne pouvoir que présumer de

l'endroit où réside l'intimé, car il s'agit de la maison qu'ils ont fait construire en commun. Pour le surplus, l'intimé n'a aucune volonté de revenir un jour en Suisse et ne se préoccupe ni de l'appelante ni de ses enfants. Le maintien d'un lien juridique conjugal serait dès lors impossible pour l'appelante.

**b)** L'art. 115 CC autorise chaque époux à demander le divorce avant l'expiration du délai de deux ans lorsque des motifs sérieux qui ne lui sont pas imputables rendent la continuation du mariage insupportable.

Cette cause de divorce - subsidiaire à celle de l'art. 114 CC - permet de déroger à la règle du divorce sur demande unilatérale dans des cas où il serait excessivement rigoureux d'imposer au demandeur de patienter durant le délai légal de séparation (parmi plusieurs: ATF 126 III 404 c. 4c et les références; TF 5C.281/2001 du 6 décembre 2001 c. 2c, in SJ 2002 I p. 230). Il s'agit ainsi de déterminer si le maintien du lien légal peut raisonnablement être exigé sur le plan affectif et psychique, autrement dit si la réaction émotionnelle et spirituelle qui pousse le conjoint demandeur à ressentir comme insupportable la perpétuation de ce lien pendant deux ans est objectivement compréhensible (ATF 127 III 129 c. 3b; ATF 128 III 1 c. 3a/cc; ATF 129 III 1 c. 2.2), des réactions excessives, suscitées par une susceptibilité particulièrement vive, étant toutefois insuffisantes (notamment: ATF 127 III 129 c. 3b; TF 5C.262/2001 du 17 janvier 2002 c. 4a/bb; 5C.18/2002 du 14 mai 2002 c.2.2). Savoir si tel est le cas dépend des circonstances particulières de chaque espèce, de sorte qu'il n'est pas possible, ni souhaitable, d'établir des catégories fermes de motifs sérieux au sens de l'art. 115 CC, la formulation ouverte de cette disposition devant précisément permettre aux tribunaux de tenir compte des circonstances du cas particulier et d'appliquer ainsi les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 126 III 404 c. 4; ATF 127 III 129 c. 3b; 342 c. 3a; ATF 129 III 1 c. 2.2). Il est toutefois unanimement admis que les actes de violence mettant en péril la santé physique et psychique du conjoint demandeur peuvent constituer des motifs sérieux permettant de solliciter le divorce pour rupture du lien conjugal (notamment: ATF 126 III 404 c. 4h; TF 5C.227/2001 du 10 octobre 2001 c. 4a, in FamPra.ch 2002

p. 136;). Une infraction pénale grave contre le conjoint demandeur ou l'un de ses proches (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, n. 10 ad art. 115 CC), des abus sexuels démontrés contre les enfants communs ou issus d'un premier lit (Sutter/Freiburghaus, op. cit., n. 10 ad art. 115 CC; Rumo-Jungo, Die Scheidung auf Klage, in: Pratique juridique actuelle [PJA] 1999 1530 ss, 1536), un délit infamant (Sutter/Freiburghaus, op. cit., n. 10 ad art. 115 CC; Rumo-Jungo, op. cit., p. 1536; Steck, Basler Kommentar, ZGB I, 4e éd. 2010, n. 16 ad art. 115 CC) ou encore une maladie mentale grave (Sutter/Freiburghaus, op. cit., n. 11 ad art. 115 CC; Rumo-Jungo, op. cit., p. 1536; cf. ATF 128 III 1 c. 3; Steck, op. cit., n. 20 ad art. 115 CC) peuvent également constituer des motifs sérieux permettant de fonder la demande de divorce sur l'art. 115 CC (TF 5A\_177/2012 du 2 mai 2012 c. 2.1.). Ce qui importe n'est pas de savoir si l'on peut exiger de l'époux demandeur la reprise de la vie commune, mais si on peut lui imposer la continuation du mariage, en tant que lien légal, jusqu'à l'échéance du délai de l'art. 114 CC (TF 5C. 221/2001 du 20 février 2002 c. 4b).

Le caractère insupportable du mariage doit être interprété de manière encore plus stricte après le raccourcissement à deux ans du temps de suspension de la vie commune (Sandoz, Commentaire romand, n. 11 ad art. 115 CC et réf.).

Une partie de la doctrine considère que le départ définitif d'un époux sans aucune nouvelle et sans information sur le nouveau lieu de séjour rend la poursuite du mariage insupportable. Elle motive son opinion par le fait qu'un divorce sur requête commune est ainsi rendu impossible et souligne qu'avec le raccourcissement à deux ans du temps de suspension de la vie commune, le caractère insupportable du mariage devrait cependant n'être admis qu'avec retenue (Fankhauser, FamKomm. Scheidung, 2è éd., n. 9 ad art. 115 CC). La Chambre des recours a pour sa part considéré que le fait pour un époux de ne pas renseigner son conjoint sur les causes de son départ alors que rien ne laissait présager une telle décision ne rendait pas le mariage insupportable, de telles circonstances

ne se distinguant pas, de par leur gravité objective, des motifs communs de séparation (CREC II 22 février 2011/29).

**c)** En l'espèce, point n'est besoin de trancher si l'opinion doctrinale susmentionnée doit être suivie (sur la controverse doctrinale, certains auteurs considérant que le départ dans ces circonstances ne rend pas la poursuite du mariage insupportable: Steck, Basler Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd., n. 23 ad art. 115 CC et les réf.). En effet, dans tous les cas, l'appelante a été en mesure de procéder contre l'intimé. Un divorce sur requête commune n'était donc pas rendu impossible par le départ de l'intimé. Au demeurant, le fait qu'un époux n'entretienne plus de lien avec son conjoint voire ses enfants après qu'il a quitté le domicile conjugal ne se distingue pas par sa gravité objective des circonstances communes à de nombreux couples, peu importe à cet égard que l'un des époux ait déménagé en Suisse ou à l'étranger. Comme l'ont jugé à bon droit les premiers juges, le fait que l'intimé réside actuellement en Espagne et ne donne pas de nouvelles à l'appelante dont il est séparé n'empêche pas cette dernière, de manière préjudiciable à son bien-être psychique, de maintenir le lien conjugal pendant le court délai de l'art. 114 CC.

Le moyen est infondé.

**5. a)** Dans un second moyen, l'appelante soutient que l'intimé commet un abus de droit en s'opposant au divorce. Il fait valoir que l'intimé a retiré son avoir de prévoyance professionnelle pour un montant de 192'118 fr. et qu'il risque d'utiliser cet avoir à des fins exclusivement personnelles, sans avoir à fournir le moindre explicatif et justificatif.

**b)** Selon la jurisprudence, il n'est pas exclu, lorsque le délai de l'art. 114 CC n'est pas rempli et que l'époux demandeur ne parvient pas à établir l'existence de motifs sérieux au sens de l'art. 115 CC, que le conjoint défendeur puisse commettre un abus de droit en s'opposant au divorce. Tel pourrait être le cas si le défendeur ne souhaite en aucun cas poursuivre la vie commune et qu'il ne s'oppose au divorce que pour se

procurer un avantage qui n'a aucun rapport avec le but du mariage ou le délai de l'art. 114 CC (TF 5C.242/2001 publié in SJ 2002 I 221; TF 5C.46/2002 du 12 mars 2002, c. 3c).

Le Tribunal fédéral a considéré que le conjoint, au fait de la réglementation applicable au partage des prestations de sortie, qui, avec conscience et volonté, s'oppose au divorce après la séparation, se prévaut du délai instauré par l'art 114 CC, puis prolonge la procédure de divorce, dans le seul but de percevoir une somme plus importante dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle, commet un abus de droit en s'opposant au divorce. Il incombe à l'époux qui se prévaut de l'abus de droit d'en établir les circonstances de fait (TF 5A\_623/2007 du 4 février 2008 c. 5.3, in FamPra.ch 2008 p. 384).

**c)** En l'espèce, l'intimé a retiré son avoir de prévoyance professionnelle pour un montant de 192'118 fr. en 2009. L'appelante requiert que ce dernier lui verse à tout le moins la moitié des avoirs de prévoyance professionnelle qu'il a accumulés pendant le mariage, à titre d'indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC. Force est de constater, avec les premiers juges, que l'on voit mal comment le fait d'attendre l'échéance du délai de deux ans permettrait à l'intimé de s'opposer à une éventuelle application de l'art. 124 CC ni même, à tout le moins, à une réduction de l'indemnité due à l'appelante. Le fait que l'époux dépense ou ait dépensé, par hypothèse, le montant retiré pour ses besoins personnels restera sans influence sur le montant de l'indemnité équitable. Certes, s'il devait déboursier ce montant - hypothèse en l'état non établie - le paiement de la créance en indemnité équitable serait rendu plus difficile, mais cela n'est pas lié au refus du divorce. Si l'intimé avait en effet voulu dépenser l'avoir de prévoyance qu'il avait retiré en 2009, il avait tout loisir de le faire jusqu'ici, sans que l'appelante ne puisse s'y opposer. D'autre part, il existe d'autres actifs immobiliers, notamment une propriété en Espagne, sur lequel l'exécution forcée de la créance en indemnité équitable pourra porter.

Le moyen est infondé.

**6.** En conclusion, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et la décision 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, RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de l'appelant qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas matière à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) sont mis à la charge de l'appelante Z.\_\_\_\_\_.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 23 novembre 2012

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

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 Stéphane Ducret (pour Z. \_\_\_\_\_),
- Me Violaine Jaccottet Sherif (pour L. \_\_\_\_\_).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure 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), 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 :

- Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne

La greffière :