Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 331/2015

Arrêt du 20 janvier 2016

IIe Cour de droit civil

Composition
MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Marazzi, Herrmann, Schöbi et Bovey.
Greffière : Mme Bonvin.

Participants à la procédure
A._____,
représenté par Me Hervé Bovet, avocat,
recourant,

contre

B._____,
représentée par Me Benoît Sansonnens, avocat,
intimée.

Objet
modification d'un jugement de divorce,

recours contre l'arrêt de la Ie Cour d'appel civil
du Tribunal cantonal du canton de Fribourg
du 26 février 2015.

Faits :

A.
Par jugement du 5 novembre 2007, le Tribunal civil de la Gruyère a prononcé le divorce des époux A._____ et B._____ et a ratifié leur convention sur les effets accessoires, qui attribuait à la mère l'autorité parentale et la garde des enfants C._____, née en 2002, et D._____, né en 2005, et fixait les pensions alimentaires mensuelles à 330 fr. par enfant jusqu'à 12 ans révolus, 430 fr. de 13 à 16 ans révolus, et 530 fr. dès la 17ème année, allocations familiales en sus.

A.a. La mère a ouvert action en modification du jugement de divorce le 4 novembre 2009.
Par jugement du 25 mars 2010, le Président du Tribunal civil de la Sarine a ratifié la convention conclue par les parties en audience, modifiant notamment le droit de visite du père, et prenant acte de l'engagement de la mère de ne pas changer le domicile des enfants hors des frontières cantonales sans en aviser le père au moins un mois à l'avance. Les pensions ont été modifiées. Le père a fait appel de ce jugement, alléguant que la mère lui avait appris qu'elle avait décidé de s'installer en Tunisie avec les enfants et son ami à partir du 1er août 2010, ce qu'il ignorait au moment où il avait accepté de transiger.
Durant le printemps 2010, mais au plus tard au mois d'août 2010, B._____ a effectivement quitté la Suisse

et s'est installée en Tunisie avec les enfants.
Statuant le 1er juillet 2011, la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a réformé le jugement de première instance du 25 mars 2010 et modifié le jugement de divorce du 5 novembre 2007, en ce sens que l'autorité parentale et la garde sont attribuées au père, sous réserve d'un droit de visite en faveur de la mère, le père devant subvenir seul à l'entretien des enfants. Elle a estimé que le départ définitif de la mère pour la Tunisie constituait un fait nouveau important et que le bien-être des enfants n'y était pas garanti. Les recours respectifs formés par chacune des parties au Tribunal fédéral ont été rejetés par arrêt du 31 octobre 2011 (5A 483/2011 et 5A 504/2011).

A.b. Donnant suite à des plaintes du père, par jugement du 19 février 2013, le Juge de police de la Sarine a reconnu la mère coupable d'enlèvement de mineurs et l'a notamment condamnée à une peine privative de liberté ferme de 170 jours. L'appel formé par la mère a été rejeté par arrêt du 4 décembre 2013 de la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal du canton de Fribourg.

A.c. La mère est restée en Tunisie avec les enfants. Elle a eu deux autres enfants, en 2011 et 2012.

B.

B.a. Le 1er mars 2012, la mère a déposé une nouvelle demande de modification du jugement de divorce, concluant en substance à ce que l'autorité parentale et la garde de C._____ et D._____ lui soient attribuées, un droit de visite étant réservé au père, celui-ci étant condamné à s'acquitter d'une contribution d'entretien mensuelle de 800 fr. par enfant, allocations familiales en sus.
Par décision du 21 décembre 2012, la requête de la mère tendant à ce qu'une enquête sociale soit ordonnée a été rejetée et Me Marc Butty a été désigné en qualité de curateur de représentation des enfants. Celui-ci a conclu, en substance, à ce que l'autorité parentale et la garde soient attribuées à la mère, sous réserve d'un droit de visite en faveur du père. Par décision du 25 octobre 2013, Me Butty a été relevé de ses fonctions de curateur, et remplacé à ce titre par Me Philippe Leuba.

B.b. Par jugement du 25 mars 2014, le Tribunal civil de la Sarine a modifié le jugement de divorce, en ce sens que l'autorité parentale et la garde de C._____ et D._____ sont attribuées à la mère, un droit de visite étant réservé au père, celui-ci étant condamné à verser une pension de 260 fr. par mois et par enfant jusqu'à 10 ans, et de 330 fr. par mois et par enfant de 10 ans révolus jusqu'à la majorité ou l'indépendance financière des enfants, aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC.

B.c. Statuant le 26 février 2015, la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a rejeté l'appel formé par le père contre cette décision.

C.
Par mémoire du 24 avril 2015, A._____ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut, en substance, à ce que la requête de modification du jugement de divorce du 1er mars 2012 soit rejetée, et requiert l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.
Invités à se déterminer, l'intimée et le curateur des enfants ont sollicité le rejet du recours. L'intimée a en outre requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale. La cour cantonale a indiqué qu'elle n'avait aucune observation à formuler.

Considérant en droit :

1.
Le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF), prise par un tribunal cantonal supérieur statuant sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF), dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF). Le litige porte sur l'attribution de la garde et de l'autorité parentale, de sorte qu'il s'agit d'une affaire non pécuniaire. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et en la forme prévue par la loi (art. 42 LTF), par une partie qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 let. a LTF) et a un intérêt digne de protection à l'annulation

ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 let. b LTF).

2.
La cause revêt un caractère international, puisque le recourant a son domicile en Suisse alors que l'intimée est domiciliée en Tunisie.

2.1. S'agissant d'une affaire de nature non patrimoniale, il y a lieu d'examiner d'office la question de la compétence des tribunaux suisses pour connaître de la présente action en modification du jugement de divorce (BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n°29 ad art. 106 LTF, a contrario).

2.1.1. La Tunisie n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96; RS 0.211.231.011). La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (CLaH61; RS 0.211.231.01) continue de s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont pas ratifié la CLaH96 (Message concernant la mise en oeuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en oeuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, FF 2007 2470 ch. 6.14), pour autant que ceux-ci soient parties à la CLaH61 ou l'aient ratifiée (arrêt 5A 809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.1), ce qui n'est pas le cas de la Tunisie. Aucune de ces deux conventions n'est donc applicables en l'espèce à titre de droit international, de sorte qu'il convient de se référer à la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291).

2.1.2. En vertu de l'art. 64 LDIP, les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en modification d'un jugement de divorce, notamment s'ils ont prononcé ce jugement. L'art. 85 LDIP est réservé concernant la protection des mineurs. Il constitue une lex specialis par rapport à l'art. 64 LDIP (ATF 124 III 176 consid. 4 p. 180; dans le même sens ANDREAS Bucher, in Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, 2011, n°46 ad art. 63 LDIP).

2.1.3. A teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses est régie, en matière de protection des mineurs, par la CLaH96. Il en résulte qu'elle s'applique, en tant que droit national, aux cas présentant un lien avec un État qui n'a ratifié ni la CLaH96, ni la CLaH61 (arrêt 5A 809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.1). Ayant pour objet les mesures tendant à la protection de la personne et des biens, cette convention régit notamment l'attribution de l'autorité parentale et le règlement de la garde et des relations personnelles (art. 3 let. a et b CLaH96; ATF 132 III 586 consid. 2.2.1). En l'espèce, la cause concerne précisément les questions de la garde et de l'autorité parentale. Il s'agit par conséquent d'examiner si l'une des dispositions de la CLaH96 permet de fonder une compétence des autorités suisses. L'art. 5 ch. 1 CLaH96 pose le principe selon lequel les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à sa protection. En l'espèce, la résidence habituelle des enfants, au sens de la CLaH96, se trouve en Tunisie (art. 7 al. 1 let. b et al. 2 CLaH96), de sorte qu'il n'est pas possible de fonder un for en Suisse sur la
base de cette disposition. L'art. 5 ch. 2 CLaH96 n'est pas applicable aux relations avec les États non contractants (arrêt 5A 202/2015 du 26 novembre 2015 consid. 2.1, destiné à la publication). L'art. 6 CLaH96 n'est pas pertinent pour le cas d'espèce, puisqu'il règle pour l'essentiel la situation d'enfants réfugiés. Les art. 8 et 9 CLaH96 ne sauraient trouver application dans un cas qui concerne un État non contractant, puisqu'ils requièrent la coopération des États (BASTIEN DUREL, Reconnaissance d'un droit de visite étranger - Régime de l'article 85 LDIP - intérêt de l'enfant; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A 90/2013 du 27 juin 2013, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2013, p. 7). Enfin, l'art. 10 CLaH96 ne permet pas non plus de fonder un for en Suisse concernant la présente action en modification du jugement de divorce, dès lors que la compétence résultant de cette disposition cesse dès que la décision portant sur le divorce est devenue définitive (art. 10 ch. 2 CLaH96; Paul Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants, in Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Dix-huitième session 1996, vol. 2, 1998, § 66). Quant aux art. 11 et 12
CLaH96, ils ne trouvent pas application puisqu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une situation que l'on peut quali-

fier d'urgente. Enfin, ni la CLaH96, ni la LDIP ne permettent de procéder à une élection de for concernant des questions de la garde et de l'autorité parentale (FF 1983 291: une élection de for peut concerner des affaires pécuniaires du droit de la famille; BUCHER, Commentaire Romand, op. cit., n°7 ad art. 5 LDIP), de sorte que l'on ne peut tirer aucune conséquence du fait qu'aucun des parents n'a contesté la compétence du juge suisse.

2.1.4. L'art. 85 al. 3 LDIP dispose que les autorités judiciaires ou administratives suisses sont en outre compétentes lorsque la protection d'une personne ou de ses biens l'exige (" wenn es für den Schutz einer Person oder von deren Vermögen unerlässlich ist "). Il s'agit d'une compétence subsidiaire, comparable au for de nécessité. Elle permet à l'autorité du lieu d'origine d'intervenir, en cas de besoin, pour protéger un ressortissant suisse établi à l'étranger, même si la mesure risque de ne pas être reconnue dans le pays de la résidence habituelle (IVO SCHWANDER, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, PJA 2014, p. 1363; BUCHER, Commentaire Romand, op. cit., n°145 ad art. 85 LDIP), y compris dans les situations ne présentant pas un caractère d'urgence (FLORENCE GUILLAUME, in Erwachsenenschutz, 2013, n°7 ad art. 85 LDIP). Cette disposition permet aux autorités suisses de prendre des mesures à l'égard d'enfants domiciliés à l'étranger qui ont besoin de protection, lorsque les autorités de l'État de leur résidence habituelle négligent de le faire. Il s'agit, au premier chef, de personnes qui ont leur résidence habituelle dans un État non contractant et sont de nationalité suisse (FF 2007 2470 ch. 6.14). La
lacune de protection à l'égard de mineurs dont la résidence habituelle ne se situerait pas dans un État contractant de la CLaH96 ou de la CLaH61 peut ainsi être résolue (SIMON OTHENIN-GIRARD, PJA 2013, p. 612). Tel est notamment le cas dans les causes tendant à la modification d'un jugement de divorce prononcé en Suisse, qui ne pourrait pas être obtenue à l'étranger (BUCHER, Commentaire Romand, op. cit., n°145 ad art. 85 LDIP). L'autorité suisse peut cependant renoncer à statuer lorsqu'elle constate que, dans l'État de la nouvelle résidence habituelle ou dans un autre pays dans lequel un besoin de protection s'est manifesté, les autorités ont pris les mesures nécessaires, ou envisagent d'en prendre, et que celles-ci rendent l'exercice d'une compétence suisse inutile ou inopportune (BUCHER, Commentaire Romand, op. cit., n°146 ad art. 85 LDIP).
En l'occurrence, il ressort du dossier que le jugement de divorce a été prononcé par les autorités suisses et que les enfants C._____ et D._____ sont de nationalité suisse. Cela étant, les faits ultérieurs nécessaires pour déterminer si la protection des enfants exige que les tribunaux suisses se considèrent comme compétents ne ressortent pas de l'arrêt entrepris. Il en résulte que la cause doit être renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle examine la question de l'éventuelle saisine des autorités tunisiennes et, partant, de la compétence des tribunaux suisses sur la base de l'art. 85 al. 3 LDIP.

2.2. Le Tribunal fédéral doit examiner d'office la question du droit applicable sur la base du droit international privé suisse en tant que lex fori (ATF 137 III 481 consid. 2.1 p. 483; 135 III 259 consid. 2.1 p. 261). A cet égard, il faut se référer aux dispositions de la CLaH96, nonobstant l'absence de ratification de cette convention par la Tunisie, puisque s'agissant du droit applicable, cette convention s'applique erga omnes (ANDREAS BUCHER, L'enfant en droit international privé, 2003, n°554 p. 189; BASTIEN DUREL, op. cit., p. 7). L'art. 64 al. 2 LDIP réserve d'ailleurs, en ce qui concerne le droit applicable, l'art. 85 LDIP relatif à la protection des mineurs, cette disposition renvoyant elle-même, à son alinéa 1, à la CLaH96. Selon l'art. 15 al. 1 CLaH96, les autorités appliquent leur loi dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions de cette convention, de sorte que le droit suisse serait applicable en l'espèce s'agissant de la garde, de l'autorité parentale et des relations personnelles des enfants, aucune exception au principe de l'art. 15 al. 1 CLaH96 n'étant réalisée. Pour autant que la compétence des autorités suisses soit donnée, ce qu'il appartiendra à l'autorité cantonale d'examiner
dans le cadre du renvoi (cf. supra consid. 2.1), il conviendra d'appliquer le droit suisse.

3.
Pour des motifs d'économie de procédure, il faut d'emblée préciser ce qui suit s'agissant de l'attribution de l'autorité parentale, dans l'hypothèse où les autorités suisses seraient compétentes et où, par ailleurs, il faudrait considérer que des faits nouveaux et durables au sens de l'art. 134 CC impliquent d'entrer en matière sur la requête de modification du jugement de divorce.
La modification d'un jugement de divorce rendu sous l'ancien droit est régie par l'ancien droit, sous réserve des dispositions relatives aux enfants et à la procédure (art. 7a al. 3 Tit. fin. CC). En espèce, sont litigieuses les

questions de l'attribution de la garde et de l'autorité parentale.
Les nouvelles dispositions du Code civil relatives à l'autorité parentale sont entrées en vigueur le 1er juillet 2014 (RO 2014 357). Selon l'art. 12 al. 1 Tit. fin. CC, elles sont d'application immédiate. Pour les procès en divorce pendants, l'art. 7b Tit. fin. CC prévoit toutefois que le nouveau droit n'est applicable que par les autorités cantonales (al. 1), alors que le Tribunal fédéral applique l'ancien droit lorsque la décision attaquée a été prononcée avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (al. 3); la modification de la loi concernant l'autorité parentale n'a pas d'effet anticipé (arrêt 5A 548/2015 du 15 octobre 2015 consid. 4.1 et les références). En l'espèce, la décision querellée a été rendue après l'entrée en vigueur du nouveau droit; la présente affaire devrait dès lors s'analyser à l'aune de celui-ci s'agissant de l'attribution de la garde et de l'autorité parentale.
L'autorité parentale conjointe est désormais la règle, indépendamment de l'état civil des parents (art. 296 al. 2, 298a al. 1, 298b al. 2 et 298d al. 1 CC; arrêt 5A 202/2015 du 26 novembre 2015 consid. 3.3, destiné à la publication). Il n'est qu'exceptionnellement dérogé à ce principe, lorsqu'il apparaît que l'attribution de l'autorité exclusive à l'un des parents est nécessaire pour le bien de l'enfant. Une telle exception est en particulier envisageable en présence d'un conflit important et durable entre les parents ou d'une incapacité durable pour ceux-ci à communiquer entre eux à propos de l'enfant, pour autant que cela exerce une influence négative sur celui-ci et que l'autorité parentale exclusive permette d'espérer une amélioration de la situation. De simples différends, tels qu'ils existent au sein de la plupart des familles, d'autant plus en cas de séparation ou de divorce, ne constituent pas un motif d'attribution de l'autorité parentale exclusive, respectivement de maintien d'une autorité parentale exclusive préexistante (arrêts 5A 202/2015 du 26 novembre 2015 consid. 3.3, destiné à la publication; 5A 923/2014 du 27 août 2015 consid. 4.3 et 4.7, destiné à la publication). Il n'en demeure pas moins que, lorsque le litige
porte sur l'attribution de l'autorité parentale, le juge doit examiner d'office si celle-ci doit être attribuée conjointement aux deux parents, même dans l'hypothèse où les conclusions prises par ceux-ci tendent à l'attribution de l'autorité parentale exclusive (art. 58 al. 2 et 296 al. 3 CPC).
En l'espèce, il s'agira le cas échéant pour l'autorité cantonale d'établir les faits nécessaires afin de statuer sur l'attribution de l'autorité parentale, étant relevé que la seule distance géographique entre les parents n'est pas en soi suffisante pour déroger au principe de l'autorité parentale conjointe (cf. arrêt 5A 202/2015 du 26 novembre 2015 consid. 3, destiné à la publication).

4.
Vu ce qui précède, le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité précédente pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants. Les frais judiciaires sont mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 66 al. 1 LTF), et qui versera en outre des dépens au recourant (68 al. 1 et 2 LTF). Dans la mesure où elle n'est pas sans objet, la requête d'assistance judiciaire du recourant est admise. La demande d'assistance judiciaire de l'intimée est admise (art. 64 al. 1 LTF). Les frais judiciaires lui incombant seront donc provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral (art. 84 al. 4 LTF); l'octroi de l'assistance judiciaire ne dispense cependant pas l'intimée du paiement de dépens (ATF 122 I 322 consid. 2c; arrêt 5C.5/2005 du 23 juin 2005 consid. 4 non publié in ATF 131 III 542). La Caisse du Tribunal fédéral versera une indemnité au curateur des enfants, qui a été invité à se déterminer. Il appartiendra à la cour cantonale de statuer à nouveau sur les frais et dépens de la procédure cantonale (art. 68 al. 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est admis, la décision attaquée est annulée et l'affaire est renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision.

2.
Autant qu'elle n'est pas sans objet, la requête d'assistance judiciaire du recourant est admise et Me Hervé Bovet lui est désigné comme avocat d'office.

3.
La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est admise et Me Benoît Sansonnens lui est désigné comme avo-

cat d'office.

4.
Les frais judiciaires, arrêtés à 3'500 fr., sont mis à la charge de l'intimée. Ils sont provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral.

5.
Une indemnité de 2'500 fr., à verser au recourant à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimée; au cas où les dépens ne pourraient pas être recouvrés, la Caisse du Tribunal fédéral versera au conseil du recourant une indemnité de 2'000 fr. à titre d'honoraires d'avocat d'office.

6.
Une indemnité de 2'000 fr., supportée par la Caisse du Tribunal fédéral, est allouée à Me Benoît Sansonnens à titre d'honoraires d'avocat d'office.

7.
La Caisse du Tribunal fédéral versera à Me Philippe Leuba, curateur des enfants, une indemnité de 1'500 fr.

8.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, à Me Philippe Leuba, curateur des enfants et à la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg.

Lausanne, le 20 janvier 2016

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : von Werdt

La Greffière : Bonvin