

# FR\_GERICHTE 101 2016 64 vom 10. Januar 2018

FR Kantonsgericht, 2018-01-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2016\\_64](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2016_64)

FR: FR\_GERICHTE 101 2016 64 du 10 janvier 2018

IT: FR\_GERICHTE 101 2016 64 del 10 gennaio 2018

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Abänderung des Scheidungsurteils (Kinder)

## Erwägungen

### E. 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.

#### E. 4.1

Selon le ch. 3 de l'arrêt du Tribunal fédéral (p. 7 ss), celui-ci précise que, s'agissant de l'attribution de l'autorité parentale, si les autorités suisses sont compétentes, 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. Rappelant que 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. 1 Tit. fin. CC), il constate qu'en l'espèce, sont litigieuses les questions de l'attribution de la garde et de l'autorité parentale et qu'elles doivent s'analyser à l'aune du nouveau droit entré en vigueur le 1er juillet 2014. Il souligne que l'autorité parentale conjointe est désormais la règle, indépendamment de l'état civil des parents et qu'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. Selon la jurisprudence fédérale citée dans l'arrêt de renvoi, 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 préexistante. 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. Suite à ces observations, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause aux fins d'établir les faits nécessaires pour statuer sur l'attribution de l'autorité parentale, tout en notant que la seule distance géographique entre les parents n'était pas en soi suffisante pour déroger au principe de l'autorité parentale conjointe.

#### E. 4.2

Dans sa détermination du 2 juin 2016 (p. 4, ch. 4), l'intimée a modifié ses conclusions et a conclu à l'attribution de l'autorité parentale conjointe. De son côté, l'appelant a déclaré à la séance

Tribunal cantonal TC Page 9 de 12 du 5 octobre 2017 (pv p. 2, 10e §) que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, notamment de l'absence de communication et du fait que rien n'était réglé par rapport aux poursuites [pénales] qui ont été entreprises, il ne voyait pas comment une telle autorité pourrait être exercée conjointement. Il a ajouté qu'il n'y a rien de concret de la part de son ex-femme depuis le moment où elle a proposé l'autorité parentale conjointe.

#### **E. 4.3.1**

Dans un arrêt récent (ATF 142 III 197/JdT 2017 II 179), le Tribunal fédéral maintient sa jurisprudence antérieure dont il ressort que l'autorité parentale a pour objet à la fois le droit et le devoir de prendre des décisions au sujet des intérêts les plus importants de l'enfant. Cela exige avant tout que le détenteur de l'autorité parentale ait accès aux informations actuelles concernant l'enfant. L'exercice raisonnable de l'autorité parentale dépend aussi étroitement, en règle générale, du contact personnel avec l'enfant; on concevrait mal qu'un détenteur de l'autorité parentale puisse prendre des décisions conformes au bien de l'enfant en l'absence de tout contact de quelque nature que ce soit, entre l'enfant et lui, pendant longtemps. Lorsque les parents sont titulaires, ou devraient l'être, de l'autorité parentale conjointe, on peut finalement exiger qu'ils fassent preuve d'un minimum d'entente en ce qui concerne les intérêts fondamentaux de l'enfant et qu'ils agissent au moins partiellement en accord. Si ce n'est pas le cas, l'autorité parentale commune se révèle presque obligatoirement un poids pour l'enfant, poids qui s'alourdit dès que l'enfant peut prendre conscience personnellement du manque d'entente entre ses parents. En outre, ce manque peut aussi représenter une menace de danger, par exemple un défaut de décisions importantes à propos d'un traitement médical nécessaire. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a retenu que la situation relativement atypique exigeait que la mère conserve l'autorité parentale exclusive. Il a relevé que celle-ci est compromise du fait du blocage imputable à la mère et où le refus systématique de cette dernière porte aussi atteinte aux intérêts de l'enfant. Cela étant, le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait cependant se contenter de cette situation insatisfaisante envers et contre tout, car, l'exercice d'une autorité parentale conjointe exposerait l'enfant à de continuelles interventions de l'autorité, ce qui serait à l'évidence nuisible à son bien (consid. 3.5). En l'espèce, il s'agit d'enfants de 15 et 12 ans qui n'ont pas vu leur père depuis l'été 2011 (not. pv de la séance du 05.10.2017, p. 3, 2e §). Toutefois, ceux-ci ont indiqué à de nombreuses reprises par l'entremise de leur curateur de représentation qu'ils viendront rendre visite à leur père en Suisse dès que la présente procédure sera terminée (lettres du curateur de représentation des 25.05.2016, 07.11.2016 et 25.08.2017 et pv de la séance du 05.10.2017, p. 6, 1er §). Par conséquent, si les contacts physiques sont pour le moment inexistant tel ne sera pas le cas dès que la présente cause sera close par une décision devenue définitive. De plus, tout au long de ces années, le père et les enfants ont pu s'entretenir par appels vidéos de l'Internet, ce qui a permis à leur relation de ne pas être interrompue de manière complète bien que cette façon de procéder ne remplace pas les contacts humains directs, tout particulièrement dans les relations parents-enfants. D'ailleurs, à la séance du 5 octobre 2017, l'appelant a déclaré que par la force des choses le contenu des communications était devenu superficiel et encore davantage avec son fils qui « se train[ait] pour cela ». Néanmoins, il a constaté que sa fille lui parlait

maintenant de ses projets et qu'elle lui envoyait des messages même à des moments auxquels cela n'était pas prévu. Il a relevé qu'il s'agissait sans doute d'une évolution due à son âge. L'appelant a également déclaré qu'il n'avait plus aucune communication avec l'intimée depuis son départ en ce qui concernait les enfants (séance du 05.10.2017, p. 7, 6e §). Comme déjà mentionné, l'on peut exiger des parents qui sont titulaires de l'autorité parentale conjointe qu'ils fassent preuve d'un minimum d'entente en ce qui concerne les intérêts des enfants ou au moins qu'ils agissent partiellement en accord. En

Tribunal cantonal TC Page 10 de 12 l'occurrence, les parents ne communiquent plus depuis des années. Toutefois, la situation est sensiblement différente de celle de l'arrêt fédéral confirmant l'autorité parentale exclusive. En effet, l'intimée, qui est à l'origine du grand éloignement géographique, a elle-même conclu à l'octroi de l'autorité parentale conjointe et les enfants du couple âgés de 15, respectivement de 12 ans, ont toujours eu un contact avec leur père. Ainsi, il ne serait pas dans leur intérêt de continuer à priver leur père de l'autorité parentale. A la vue de ce qui précède, il convient de modifier la décision de première instance en prononçant l'autorité parentale conjointe.

#### **E. 4.3.2**

La garde est une des composantes de l'autorité parentale. Jusqu'au 30 juin 2014, droit de garde au sens strict et garde de fait se confondaient largement dans la pratique: le titulaire du droit de garde était ainsi compétent pour déterminer le lieu de résidence de l'enfant et le mode d'encadrement de celui-ci. Dans le droit actuel, le droit de garde au sens strict a été supprimé au profit du droit de déterminer la résidence de l'enfant, qui est un élément spécifique de l'autorité parentale. La garde en tant que telle n'inclut désormais plus le droit de déterminer la résidence de l'enfant et se résume à une garde de fait ou garde light. Le parent non titulaire de la garde de fait mais détenteur de l'autorité parentale conjointe ne perd pas le droit de déterminer la résidence de l'enfant, sous réserve d'une décision contraire de l'autorité compétente. Que les parents détiennent ou non l'autorité parentale conjointe, le juge doit régler la question de la garde de fait ou de la résidence de l'enfant dans sa décision. Différentes possibilités s'offrent à lui: il peut ainsi confier la garde à l'un des parents exclusivement ou prévoir une garde conjointe ou alternée. Le juge devra retenir la solution conforme - ou la plus conforme en tous les cas - au bien de l'enfant (BOHNET/GUILLOD, Commentaire pratique - Droit matrimonial, Fond et procédure, 2016, art. 133 CC n. 50 ss). En l'occurrence, le père s'est opposé à l'attribution de la garde des enfants à la mère. Selon la législation applicable au moment du prononcé du jugement attaqué, celle-là englobait la garde de fait et le droit de déterminer la résidence des enfants. Or, désormais, ce droit est rattaché directement à l'autorité parentale. Vu que le père est mis au bénéfice de l'autorité parentale, cela implique qu'il a à nouveau le droit de décider du lieu de vie des enfants, sous réserve d'une décision contraire de l'autorité judiciaire. Compte tenu du fait que le père demande que les enfants vivent auprès de lui, en Suisse, et non à E. \_\_\_\_\_, il convient de statuer sur cette question qui a, d'ailleurs, déclenché l'ensemble des dernières procédures dont celle-ci. Comme cela ressort des écritures des parties ainsi que des déclarations faites en séance, la situation n'a pas changé depuis le prononcé de l'arrêt cantonal du 26 février 2015. Par conséquent, l'analyse qui y figure doit être reprise et cela d'autant plus que les enfants vivent à E. \_\_\_\_\_ depuis maintenant plus de sept ans alors qu'auparavant le cadet n'avait vécu en Suisse que durant les 5 premières années de sa vie et son aînée durant les 8 premières. La Cour avait retenu, après un examen qui n'a pas été remis en cause par l'arrêt de renvoi, que l'évolution de la situation ne

permettait pas d'ordonner un rétablissement de la situation initiale sans heurter l'intérêt supérieur des enfants auquel le juge doit veiller en tout temps (arrêt du 26.02.2015, p. 9, ch. 2, c) aa), 4e §). Il en est de même actuellement, à un degré encore accru de par l'écoulement du temps. Par conséquent, il convient de laisser la garde à la mère, soit la garde de fait et le droit de déterminer le lieu de vie des enfants selon le nouveau droit. 5.

## **E. 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 être recouverts, la Caisse du Tribunal fédéral versera au conseil du recourant une indemnité de 2'000 fr. à titre d'honoraires d'avocat d'office.

### **E. 5.1**

Selon l'art. 106 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante (al. 1). Selon l'art. 107 al. 1 CPC, le tribunal peut toutefois s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation dans les cas énumérés aux lettres a à e, soit en particulier lorsque le

Tribunal cantonal TC Page 11 de 12 litige relève du droit de la famille (let. c). En effet, dans de tels procès, la distinction de gain ou de perte du procès n'a pas cours (Message in FF 2006 6841/6909). En l'espèce, la cause a trait au droit de la famille. De surcroît, la question de la compétence relève d'un examen d'office et B. \_\_\_\_\_ a conclu à l'attribution de l'autorité parentale conjointe suite à l'arrêt de renvoi alors que l'appelant s'est montré très réservé. Dans ces conditions, il se justifie que, pour la présente procédure, chaque partie supporte ses propres dépens et la moitié des frais judiciaires, sous réserve de l'assistance judiciaire.

### **E. 5.2**

Aux termes de l'art. 95 al. 2 let. b et e CPC, les frais judiciaires comprennent, notamment, un émolument forfaitaire de décision, ainsi que les frais de représentation de l'enfant (art. 299 et 300 CPC). L'émolument dû à l'Etat pour la procédure d'appel est fixé forfaitairement (art. 95 al. 2 let. b CPC) à CHF 1'500.-. Le curateur a communiqué le 12 décembre 2017 sa liste de frais pour l'activité déployée depuis l'arrêt de renvoi. Cette liste indique un montant total de CHF 1'709.95, dont CHF 1'450.80 pour les honoraires, CHF 60.- pour les déplacements, CHF 72.50 pour les débours et CHF 126.65 pour le TVA. A l'instar de ce qui prévaut en matière de défense d'office, l'indemnité équitable est fixée compte tenu du travail requis, de l'importance et de la difficulté de l'affaire (art. 57 al. 1 du Règlement sur la justice [RJ]). Est déterminante l'activité que doit déployer un avocat moyennement expérimenté pour accomplir correctement son mandat, compte tenu de ce que seules les opérations nécessaires à la conduite du procès sont à prendre en considération (RFJ 1994, p. 83 consid. 3). En font aussi partie la correspondance et les conférences utiles et en relation directe avec un acte de la procédure (mémoires, séances), qui sortent d'une simple gestion administrative du dossier: la correspondance et les communications téléphoniques qui relèvent de la simple gestion administrative du dossier donnent exclusivement droit, selon la pratique qui applique par analogie ce qui est reçu en matière de dépens, à un paiement forfaitaire de CHF 500.- au maximum, voire exceptionnellement de CHF 700.- (art. 67 RJ). Le tarif horaire est de CHF 180.- (art. 57 al. 2 RJ). La TVA due par le défenseur d'office est remboursée en sus. En l'espèce, la rémunération fixée dans le premier arrêt n'a pas été remise en cause; elle sera ainsi reprise pour les opérations effectuées jusqu'alors. Depuis le

renvoi, le temps consacré par le curateur concerne principalement l'examen de l'arrêt de renvoi et des déterminations des parents, une détermination pour les enfants, deux comparutions et cinq entretiens avec les enfants; s'y ajoutera l'examen du présent arrêt et sa communication commentée aux enfants. Au vu des enjeux délicats auxquels il s'agissait de faire face, le temps de travail indiqué pour les opérations principales est justifié. Les autres opérations facturées, consistant en l'envoi de simples courriers de transmission, seront comprises dans le forfait correspondance. Ainsi, le temps à indemniser s'élève à près de 8 heures, si bien qu'après ajout de la correspondance, peu abondante, l'activité déployée justifie des honoraires à hauteur de CHF 1'400.- qui s'ajoutent aux honoraires précédents de CHF 850.-, d'où un total de CHF 2'250.-. L'indemnisation des déplacements en ville pour les comparutions s'élève à CHF 60.- et celle des débours ordinaires à CHF 70.-, ce qui s'ajoute aux débours antérieurs fixés à CHF 32.-, d'où un total de CHF 162.-. Partant, avec le remboursement de la TVA, par CHF 192.95, l'indemnité globale équitable allouée au curateur de représentation pour toute la durée de l'appel sera fixée à CHF 2'604.95.

Tribunal cantonal TC Page 12 de 12 la Cour arrête: I. L'appel est partiellement admis. Partant, le ch. II. 2, 1er § de la décision du Tribunal civil de la Sarine du 25 mars 2014 est modifié comme suit: "L'autorité parentale sur les enfants C. \_\_\_\_\_, née en 2001, et D. \_\_\_\_\_, né en 2005, est attribuée conjointement à B. \_\_\_\_\_ et A. \_\_\_\_\_. La garde et l'entretien des enfants sont confiés à B. \_\_\_\_\_." Cette décision est confirmée pour le surplus. II. L'indemnité équitable due à Me Philippe Leuba pour son mandat de curateur de représentation des enfants est fixée à CHF 2'604.95, TVA comprise. III. Sous réserve de l'assistance judiciaire accordée à l'intimée, chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais de justice dus à l'Etat, fixés à CHF 4'604.95 (émolument: CHF 2'000.-; frais de curatelle de représentation: CHF 2'604.95). IV. Notification. Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile, respectivement des recours constitutionnels s'agissant du montant de l'équitable indemnité; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77, respectivement 113 à 119, et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). Le recours motivé doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les trente jours qui suivent sa notification. Fribourg, le 10 janvier 2018/abj Le Vice-Président La Greffière

#### **E. 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.

#### **E. 7**

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

#### **E. 8**

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à Me Philippe Leuba, curateur des enfants et à la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg. » H. a) Avisé le 8 mars 2016 de la faculté de déposer des observations et ses éventuelles réquisitions de preuves, l'appelant y a donné suite par courrier de son mandataire du 29 avril 2016. Il y requiert l'audition des parties ainsi que de leurs enfants. Au surplus, il a renoncé à déposer des observations supplémentaires en estimant que le dossier était parfaitement connu de la Cour. Par décision du 21 avril 2016, la requête d'assistance judiciaire de l'appelant a été

rejetée. Dans sa détermination du 25 mai 2016, le curateur de représentation a renoncé à déposer des réquisitions de preuves et s'en est remis à justice s'agissant de celles formulées par l'appelant. Par mémoire de son mandataire du 2 juin 2016, l'intimée a relevé que le point de friction entre les parties se situerait uniquement au niveau de la garde et a décidé de conclure à l'attribution de l'autorité parentale conjointe (p. 4, ch. 4, let. c). Elle a précisé avoir repris dans ses conclusions la quasi intégralité du dispositif de la décision rendue le 25 mars 2014 par le Tribunal civil en adaptant la question de l'autorité parentale. Par mémoire séparé du même jour, elle a requis à être

Tribunal cantonal TC Page 6 de 12 mise au bénéfice de l'assistance judiciaire et à ce que Me Benoît Sansonnens lui soit désigné défenseur d'office. Faisant suite au courrier du 21 juin 2017 du Juge délégué, l'intimée a produit, le 12 juillet 2017, l'avis de droit de Me F. \_\_\_\_\_, avocat à la Cour d'appel de G. \_\_\_\_\_. Dans le délai imparti au 28 août 2017, le curateur de représentation et l'appelant ont renoncé à formuler des observations à ce sujet le 17, respectivement le 28 juillet 2017. Par courrier du 25 août 2017, le curateur de représentation a une nouvelle fois indiqué qu'il n'avait pas d'observations à formuler concernant le courrier de l'intimée du 12 juillet 2017 et a communiqué le contenu de sa dernière discussion avec les enfants des parties. b) Bien que régulièrement citée, l'intimée ne s'est pas présentée à l'audience du Juge délégué du 5 octobre 2017, lors de laquelle son mandataire a demandé à ce qu'elle soit dispensée de comparaître. L'appelant a conclu au rejet de cette requête et a requis, en fin de séance, à pouvoir plaider la cause. c) Lors de l'audience de la Cour du 6 décembre 2017, les mandataires des parties ont plaidé la cause. en droit 1. S'agissant de la requête de dispense de comparution formulée par B. \_\_\_\_\_, il convient de relever qu'en procédure de divorce (art. 278 CPC), les parties doivent comparaître personnellement pour la ratification de la convention sur les effets accessoires (art. 279 CPC) et pour la vérification de l'existence du motif de divorce (art. 291 CPC). Les conjoints sont également entendus personnellement pour régler le sort des enfants (art. 297 al. 1 CPC). En l'espèce, il s'agit toutefois d'un appel portant sur une décision de modification d'un jugement de divorce. Cette décision n'a pas été contestée par B. \_\_\_\_\_ qui est l'intimée à la procédure et qui s'est, en conséquence, ralliée au contenu de celle-ci. Qui plus est, le stade de l'appel est celui d'un renvoi après arrêt du Tribunal fédéral. A ce qui équivaldrait à tout le moins à une audience de débats principaux, s'il fallait retenir un défaut, la conséquence serait que la Cour devrait statuer sur la base des actes accomplis en se basant sur les actes de la partie comparante et du dossier (art. 234 CPC). Par ailleurs, l'intimée a pu se déterminer par le biais des écrits adressés par son mandataire. De même, le curateur de représentation des enfants s'est également déterminé sur le sort des enfants. Par conséquent, il n'apparaît pas que l'intimée devait obligatoirement être présente à la précitée séance. Il sera encore précisé que le Code ne prévoit pas la possibilité de mettre en œuvre la force publique pour faire amener à l'audience une partie récalcitrante à comparaître, notamment pour l'entendre sur le sort des enfants. Une telle atteinte à la liberté personnelle nécessiterait une base légale claire (art. 10 et 36 al. 1 Cst.), qui ne résulte pas simplement de l'art. 168 al. 2 CPC et du principe de libre choix de la preuve en ce qui concerne le sort des enfants (TAPPY, Les procédures de droit matrimonial, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 254 n. 35). La requête de dispense peut ainsi être considérée comme sans objet.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 12 2. 2.1 Lorsque le Tribunal fédéral annule une décision et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau, cette dernière est tenue

de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral; sa cognition est limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée, outre ce qui a déjà été tranché définitivement par le Tribunal fédéral, par les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui ou l'ont été sans succès (ATF 131 III 91 consid. 5.2 p. 94; cf. aussi arrêt TF 6B\_514/2014 du 30 septembre 2014 consid. 3.1). 2.2 En l'espèce, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants, d'une part sur la question de l'éventuelle saisine des autorités H.\_\_\_\_\_ et, partant, de la compétence des tribunaux suisses sur la base de l'art. 85 al. 3 LDIP (arrêt TF, p. 7, ch. 2.1.4, 2e §; cf. ch. 3 ci-dessous), et d'autre part sur l'attribution de l'autorité parentale conjointe (arrêt TF, p. 9, ch. 3, 1er §; cf. ch. 4 ci-dessous). Seules ces questions seront donc examinées, et non pas toutes les conditions mises à une modification d'un jugement de divorce. 2.3 Par ailleurs, faculté a été donnée aux parties ainsi qu'au curateur de représentation des enfants d'exercer leur droit à être entendus par écrit puis par oral. 3. 3.1 Selon le ch. 2 de l'arrêt du Tribunal fédéral, celui-ci a examiné d'office la question de la compétence des tribunaux suisses. Il a notamment retenu que l'art. 85 al. 3 LDIP permet aux autorités suisses de prendre des mesures à l'égard des enfants domiciliés à l'étranger qui ont besoin de protection, lorsque les autorités de l'Etat de leur résidence habituelle négligent de le faire. Tel est notamment le cas dans les causes tendant à la modification d'un jugement de divorce prononcé en Suisse, qui ne peut pas être obtenue à l'étranger. L'autorité suisse peut cependant renoncer à statuer lorsqu'elle constate que, dans l'Etat 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 (arrêt TF, p. 6, ch. 2.1.4). Si la compétence des autorités suisses est donnée, il conviendra d'appliquer le droit suisse (idem, p. 7, ch. 2.2). 3.2 Dans sa détermination du 2 juin 2016 (p. 4, ch. 3), l'intimée relève que les autorités judiciaires H.\_\_\_\_\_ ne se sont jamais intéressées à la présente affaire. Elle souligne qu'aucun dossier n'est actuellement pendant et que les autorités judiciaires ne comptent pas se saisir de l'affaire, même d'office. Invitée à fournir des précisions supplémentaires, l'intimée a produit le

## **E. 12**

juillet 2017 un avis de droit établi par Me F.\_\_\_\_\_, avocat à la Cour d'appel de G.\_\_\_\_\_, qui retient que selon le droit H.\_\_\_\_\_ les juridictions suisses demeurent compétentes en matière de modification du jugement de divorce. A l'appui de son exposé, celui-ci mentionne, notamment, l'art. 50 du Code de droit privé international H.\_\_\_\_\_ qui prescrit que la garde est soumise, soit à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi nationale de l'enfant ou de son domicile (al. 1). Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant (al. 2) (le texte de cette disposition est consultable sur [http://www.I.\\_\\_\\_\\_\\_](http://www.I._____)). Selon cet avis de droit (p. 2, 6e §), les tribunaux suisses seraient les seuls compétents pour modifier un jugement qu'ils ont prononcé. En effet, la modification du jugement de divorce ne peut être rendue que par la juridiction qui a prononcé le jugement de dissolution. L'avis de droit retient que la loi H.\_\_\_\_\_ peut être applicable si elle est plus favorable aux enfants. « En revanche et vu la priorité des Tribunal cantonal TC Page 8 de 12 conventions internationales et que la loi suisse renvoi[e] à la convention de La Haye 1996 qui nonobstant l'absence de ratification de cette convention par E.\_\_\_\_\_ cette dernière s'applique erga omnes; et selon son art. 15 al. 1 la compétence des tribunaux suisses [est] donnée sans aucune exception ». L'appelant tout

comme le curateur de représentation ont renoncé à se déterminer sur ce point. 3.3 Au vu de ce qui précède, il convient de retenir que les autorités H. \_\_\_\_\_ ne sont pas intervenues dans la présente cause et qu'il doit être considéré qu'elles ne vont pas le faire. En effet, il n'y a pas eu de décision ni même d'ouverture d'une procédure concernant les enfants alors qu'ils vivent et sont scolarisés dans ce pays depuis plus de sept ans. Par conséquent, le risque que des mesures soient prises à l'étranger et qu'elles rendent la compétence des autorités suisses inutile ou inopportune est très faible. Dans ces circonstances, il est nécessaire d'agir dans un but de protection des enfants qui n'ont pas vu leur père depuis des années et qui risquent de ne pas le voir tant qu'il n'y aura pas de décision statuant définitivement sur la question de la garde (not. pv de la séance du 05.10.2017, p. 6, 1er §). Ainsi, il convient de statuer en application de l'art. 85 al. 3 LDIP qui octroie, comme déjà évoqué, une compétence subsidiaire comparable au for de nécessité aux tribunaux suisses. Ceux-ci étant compétents, il conviendra d'appliquer le droit suisse comme cela a été retenu dans l'arrêt de renvoi (p. 7, ch. 2.2). 4.

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