

Modification d'un jugement de divorce dans un contexte international ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_331/2015

Aline Schmidt Noël, Dr en droit

I. Objet de l'arrêt

Le présent arrêt traite notamment de la compétence des autorités suisses dans le cadre d'une action en modification d'un jugement de divorce. Le Tribunal fédéral se penche sur les conditions d'application de l'article 85 LDIP, sur les dispositions de la Convention de La Haye de 1996 relatives à la compétence pour prendre des mesures de protection et sur le droit applicable conformément aux dispositions de la Convention précitée. Le Tribunal fédéral profite également de rappeler les principes régissant l'autorité parentale conjointe qui est désormais la règle.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 5 novembre 2007, le Tribunal civil de la Gruyère a prononcé le divorce d'un couple, parent de deux enfants, et a ratifié leur convention sur les effets accessoires du divorce. L'autorité parentale et la garde sur les deux enfants ont été attribuées à la mère. Les contributions d'entretien dues par le père ont été fixées à cette occasion. En 2009, la mère a ouvert action en modification du jugement de divorce. Les ex-époux ont conclu une convention en audience qui a été ratifiée par le président du Tribunal civil de la Sarine le 25 mars 2010. Le droit de visite du père et les pensions ont été modifiés. Dans le jugement, il a été pris acte de l'engagement de la mère à ne pas changer le domicile des enfants hors des frontières cantonales sans en aviser le père au moins un mois à l'avance. Le père a formé appel contre ce jugement alléguant avoir appris que la mère avait décidé de s'installer en Tunisie avec les enfants et son ami à partir du mois d'août 2010, ce qu'il ignorait au moment où il avait accepté la convention proposée. La mère a effectivement quitté la Suisse et s'est installée en Tunisie avec les enfants. Le 1^{er} juillet 2011, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a modifié le jugement de divorce susmentionné en ce sens que l'autorité parentale et la garde ont été attribuées au père, qu'un droit de visite a été fixé en faveur de la mère, le père devant subvenir seul à l'entretien des enfants.

Le 1^{er} mars 2012, la mère a déposé une nouvelle demande de modification du jugement de divorce concluant à ce que l'autorité parentale et la garde des deux enfants lui soient attribuées, à ce qu'un droit de visite soit accordé au père, celui-ci devant être condamné à s'acquitter de contributions d'entretien mensuelles en faveur des enfants. Le 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 sur les deux enfants du couple ont été attribuées à la mère, un droit de visite étant fixé en faveur du père et celui-ci étant condamné à verser des contributions d'entretien en faveur des enfants. Le 26 février 2015, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a rejeté l'appel formé par le père contre cette décision. Celui-ci a déposé un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

B. Le droit

La cause revêt un caractère international puisque le père des enfants a son domicile en Suisse alors que la mère de ces derniers est domiciliée en Tunisie. Dans le cadre d'une affaire de nature non patrimoniale, en l'occurrence d'une action en modification d'un jugement de divorce, le Tribunal fédéral examine d'office la compétence des tribunaux suisses. La Tunisie n'a ratifié ni 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 responsabilités parentales et de mesures de protection des enfants (CLaH96), ni 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). Il convient donc de se référer à la LDIP.

L'article 64 LDIP prévoit que les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en modification d'un jugement de divorce, notamment s'ils ont prononcé ce jugement. Toutefois, l'article 85 LDIP constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 64 LDIP.

L'article 85 al. 1 LDIP renvoie à la CLaH96 en matière de protection des mineurs. Cette convention s'applique en tant que droit national même aux Etats qui n'ont ni ratifié la CLaH96 ni la CLaH61. C'est le cas de la Tunisie. Le Tribunal fédéral examine successivement les différentes dispositions de cette convention qui pourraient fonder une compétence des tribunaux suisses dans le cas d'espèce. Aucune disposition de la CLaH96 ne permet de retenir une telle compétence. Un certain nombre de dispositions ne s'appliquent d'ailleurs qu'entre Etats contractants. Enfin, ni la CLaH96, ni la LDIP ne permettent de procéder à une éléction de for concernant des questions de garde et d'autorité parentale. Une telle possibilité n'existe que concernant des affaires pécuniaires du droit de la famille.

Le Tribunal fédéral relève que selon l'article 85 al. 3 LDIP, les autorités suisses sont en outre compétentes lorsque la protection des biens d'une personne ou de ses biens l'exige. Il s'agit d'une compétence subsidiaire comparable au for de nécessité, qui permet aux autorités du lieu d'origine, en l'occurrence la Suisse, d'intervenir pour protéger un de ses ressortissants établis à l'étranger. Cette disposition permet ainsi aux autorités suisses de prendre des mesures à l'égard d'enfants domiciliés à l'étranger qui ont besoin de protection lorsque les Etats de leur résidence habituelle négligent de le faire. Dans le cas particulier, le jugement de divorce a été prononcé par les autorités suisses et les deux enfants du couple sont de nationalité suisse. Toutefois, l'autorité cantonale n'a pas examiné s'il existe un besoin de protection des enfants en Tunisie, respectivement si les autorités tunisiennes sont

éventuellement saisies. La cause est donc renvoyée à la Cour cantonale pour complément d’instruction et cas échéant examen de la compétence des tribunaux suisses.

Le Tribunal fédéral examine également d’office la question du droit applicable. La CLaH96 s’applique *erga omnes* nonobstant l’absence de ratification de cette convention par la Tunisie. L’article 15 al. 1 CLaH 96 prévoit que l’autorité saisie applique sa propre loi. Ainsi, pour autant que la compétence des autorités suisses soit donnée, le droit suisse sera applicable.

Pour des motifs d’économie de procédure, le Tribunal fédéral rappelle également les principes relatifs à l’attribution de l’autorité parentale pour le cas où les autorités suisses seraient compétentes et pour le cas où il faudrait considérer que les conditions de l’article 134 CC sont réalisées (fait nouveau et durable). L’autorité parentale conjointe est désormais la règle indépendamment de l’état civil des parents. Il n’est qu’exceptionnellement dérogé à ce principe lorsqu’il apparaît qu’une attribution de l’autorité exclusive à l’un des parents est nécessaire pour le bien de l’enfant. Une telle exception existe 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. La seule distance géographique entre les parents n’est en soi pas suffisante pour déroger au principe de l’autorité parentale conjointe.

III. Analyse

Cet arrêt porte sur la compétence internationale en matière de protection des enfants, dans le cadre de la modification d’un jugement de divorce. Ce sera l’occasion ici de se pencher sur quelques aspects de l’article 85 LDIP. L’arrêt permet également d’aborder l’autorité parentale conjointe.

L’article 85 LDIP dans sa version actuelle est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009 suite à l’adoption par la Suisse des deux conventions de La Haye de 1996 et 2000 relatives à la protection des enfants et de l’adulte. Le but de cette disposition est de signaler l’applicabilité de ces deux instruments internationaux (CR-LDIP, Bucher Andreas, *ad* art. 85, no 1). Dans la présente affaire, le Tribunal fédéral a rappelé, concernant la compétence des autorités, que la CLaH96 s’applique en tant que droit national aux cas présentant un lien avec les Etats qui ne l’ont pas signée et qui n’ont pas non plus signé la CLaH61. Ce point avait déjà été clarifié dans un arrêt de l’année 2013 (TF, 5A_809/2012). Il s’agit par exemple d’Etats du Maghreb, d’Afrique, du Moyen-Orient, d’Amérique du Sud ou encore des Etats-Unis. L’article 85 LDIP ne mentionne pas d’exception, mais la CLaH96 réserve l’application de la CLaH61 dans les relations avec les Etats qui ont signé cette convention (art. 19 ss CLaH96, voir Simon Othenin-Girard, Portée de l’article 85 LDIP - Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (CLaH96) - Notion de résidence habituelle, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2013). Cette situation est celle de la Turquie par exemple ou encore de pays voisins comme la France, l’Italie, le Portugal ou l’Autriche. On comprend également de l’analyse effectuée par le Tribunal fédéral quant à la compétence des autorités suisses que les dispositions de la CLaH96 qui impliquent la coopération des Etats (en l’occurrence les articles 8 et 9), ne peuvent pas être appliquées à titre de droit national. La doctrine avait déjà précisé ce point (Durel Bastien, 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). Les réserves

mentionnées par le Tribunal fédéral démontrent combien il n'est pas chose aisée pour le praticien de « trouver son chemin » parmi les méandres de la LDIP et des conventions internationales en matière de protection de l'enfant.

L'article 85 al. 3 LDIP permet de fonder la compétence des autorités suisses là où aucune des deux conventions de La Haye n'entre en considération. Il s'agit, comme l'indique le Tribunal fédéral, d'une compétence subsidiaire, comparable au for de nécessité de l'article 3 LDIP. Le Tribunal fédéral a saisi ici l'occasion d'explicitier les conditions d'application de cette disposition qui n'a été que très peu examinée, tant par les tribunaux cantonaux que par la Haute Cour depuis l'entrée en vigueur de l'article 85 LDIP révisé. Cette disposition permet ainsi à l'autorité du lieu d'origine d'intervenir pour protéger un ressortissant suisse établi à l'étranger, lorsque les autorités de l'Etat de résidence habituelle négligent de le faire. Le Tribunal cantonal neuchâtelois a eu l'occasion de confirmer la compétence des autorités neuchâteloises fondée sur l'article 85 al. 3 LDIP, dans le sens de la « *perpetuatio fori* », s'agissant d'un enfant dont le lieu de résidence actuel est l'Ile Maurice qui n'est pas partie à CLaH96 (RJN 2012, p. 157) Cet arrêt ne donne toutefois aucune information sur les circonstances précises de l'affaire examinée.

Les nouvelles dispositions relatives à l'autorité parentale conjointe sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014. La doctrine et la pratique se sont très rapidement interrogées sur les motifs pouvant conduire à une attribution exclusive de l'autorité parentale (Voir Noémie Helle, Vers une prime au conflit parental? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2015). Dans une première décision du mois d'août 2015, le Tribunal fédéral a indiqué en substance que l'art. 298d CC (modification de l'autorité parentale en cas de faits nouveaux importants) constitue une clause générale, sujette à interprétation, et que d'autres raisons que celles prévues par l'art. 311 CC peuvent justifier une attribution exclusive de l'autorité parentale (TF, 5A_923/2014). La Haute Cour a ainsi posé les principes suivants. Un conflit important et durable ou une incapacité durable à communiquer des parents à propos de leur enfant peut conduire à une modification de l'attribution de l'autorité parentale pour autant que le bien de l'enfant s'en trouve menacé. Il est encore nécessaire que l'autorité parentale exclusive permette d'améliorer la situation, et qu'aucune autre mesure ne permette d'atteindre ce résultat. En revanche, l'attribution exclusive de l'autorité parentale n'est pas justifiée en cas de disputes ponctuelles ou de divergences d'opinions comme il en existe dans toutes les familles et qui peuvent notamment survenir en cas de séparation ou de divorce. Cette décision a été mal accueillie par les défenseurs de la mise en œuvre du nouveau droit.

Dans un arrêt du mois de novembre 2015, le Tribunal fédéral a complété ses réflexions sur les critères permettant de s'écarter du principe de l'autorité parentale conjointe (TF, 5A_202/2015). Il a précisé qu'il ne se justifie pas de refuser l'autorité parentale conjointe lorsqu'un parent se contente d'affirmer que cette solution risque d'accroître le conflit. Le législateur n'a pas souhaité qu'un parent puisse invoquer un conflit de manière abstraite et justifier ainsi l'octroi de l'autorité parentale exclusive (consid. 3.4). La Haute Cour a également eu l'occasion d'indiquer, dans le contexte des faits examinés, que le départ de la mère au Qatar n'apparaît à première vue pas constituer un motif suffisant pour refuser l'autorité parentale conjointe. Comme relevé dans la Newsletter Droit.Matrimonial.ch du mois de novembre 2015, le rapport relatif à l'avant-projet de révision du Code civil et du Code pénal de janvier 2009 mettait en évidence que certaines

situations étaient susceptibles de faire apparaître d'emblée une impossibilité d'exercer l'autorité parentale conjointe dans l'intérêt de l'enfant (Sabrina Burgat, Les exceptions permettant l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent : analyse de l'arrêt 5A_202/2015 du 26 novembre 2015, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2016). Parmi les exemples cités, figurait notamment le fait pour les parents de vivre très éloignés l'un de l'autre (rapport précité, p. 22). L'auteur de ce commentaire note également que cet exemple n'avait pas été repris par le Conseil fédéral dans son message du 16 novembre 2011 concernant la modification du Code civil suisse. Le Conseil fédéral semblait indiquer que les critères permettant de refuser l'autorité parentale devaient correspondre à ceux définis à l'art. 311 CC. Avec l'auteur de cet exposé, il faut saluer cette jurisprudence, même si dans son résultat, la décision d'octroyer l'autorité parentale conjointe semble difficile à mettre concrètement en œuvre en raison du domicile de la mère au Qatar (difficultés liées à la langue, à la connaissance du pays, difficultés financières, législation en vigueur dans le pays en question quant à l'autorité parentale). Il nous semble ainsi que dans ce deuxième arrêt de principe, les critères développés par le Tribunal fédéral ont été suffisamment nuancés et précisés pour ne pas remettre en question le nouveau droit de l'autorité parentale conjointe.

Dans l'arrêt faisant l'objet du présent commentaire, le Tribunal fédéral, se référant à l'affaire 5A_202/2015, affirme une nouvelle fois que la seule distance géographique entre les parents n'est pas en soi suffisante pour déroger au principe de l'autorité parentale conjointe. Au vu des considérations du Tribunal fédéral dans son arrêt 5A_202/2015, quant à l'autorité parentale, soit que celle-ci est un « droit-devoir » des parents, on devait nécessairement conclure que l'éloignement géographique entre les parents ne peut pas être considéré comme un obstacle à son maintien ou son octroi de manière conjointe, nonobstant les difficultés pratiques qui en découlent. Il était indispensable que ce principe soit clairement posé.