



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

101 2019 203

## **Arrêt du 16 décembre 2019**

### **1<sup>e</sup> Cour d'appel civil**

#### **Composition**

Président : Jérôme Delabays  
Juges : Dina Beti, Sandra Wohlhauser  
Greffière-rapporteuse : Catherine Faller

#### **Parties**

**A. \_\_\_\_\_, défendeur et appellant**

contre

**B. \_\_\_\_\_, demanderesse et intimée**

#### **Objet**

Modification du jugement de divorce (autorité parentale et droit de garde) – compétence razione loci

Appel du 7 juillet 2019 contre la décision du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine du 7 juin 2019

## considérant en fait

A.

A.1 B. \_\_\_\_\_, née en 1975, et A. \_\_\_\_\_, né en 1982, se sont mariés en 2003. De leur union sont issus deux enfants : C. \_\_\_\_\_, né en 2008, et D. \_\_\_\_\_, né en 2011.

Par jugement du 19 novembre 2013, le Tribunal civil d'arrondissement de la Sarine (ci-après: le Tribunal civil) a prononcé le divorce des parties. Il a notamment attribué l'autorité parentale conjointe ainsi que la garde partagée des enfants à B. \_\_\_\_\_ et à A. \_\_\_\_\_.

A.2. Une première procédure de modification du jugement de divorce a été jugée par le Tribunal civil le 26 avril 2016. La garde alternée a été maintenue, le domicile légal des enfants étant celui de leur mère.

A.3. Le 8 juillet 2017, A. \_\_\_\_\_ est parti en Algérie avec les enfants. Ils ne sont jamais revenus en Suisse.

A.4. Le 28 juillet 2017, B. \_\_\_\_\_ a déposé plainte pénale pour enlèvement de mineurs. Par ordonnance pénale du 28 mai 2018, le Ministère public de l'Etat de Fribourg a condamné A. \_\_\_\_\_ à une peine privative de liberté de 120 jours sans sursis pour enlèvement de mineurs. Celui-ci a demandé la restitution du délai d'opposition à l'ordonnance pénale, qui lui a été refusée par décision du 17 octobre 2018 du Ministère public, décision confirmée par la Chambre pénale par arrêt du 7 février 2019. Sa condamnation est ainsi définitive.

B. Par requête de conciliation du 14 juin 2018, B. \_\_\_\_\_ a déposé auprès du Président du Tribunal civil une demande de modification du jugement de divorce, concluant à ce que l'autorité parentale ainsi que la garde et l'entretien de ses enfants lui soient attribués immédiatement, et à ce qu'un droit de visite au Point rencontre soit accordé au père. La conciliation n'ayant pas abouti, B. \_\_\_\_\_ a déposé sa demande au fond devant le Tribunal civil le 11 décembre 2018. Dans sa réponse du 20 février 2019, A. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la demande, à ce que l'autorité parentale, la garde et l'entretien de ses enfants lui soient attribués immédiatement, et à ce qu'un droit de visite en Algérie soit accordé à la mère. Une audience s'est tenue devant le Tribunal le 8 mai 2019, où le père ne s'est pas présenté, de même que les enfants que la Présidente du Tribunal souhaitait auditionner.

C. Par décision du 7 juin 2019, le Tribunal civil a attribué l'autorité parentale exclusive sur les enfants, leur garde ainsi que leur entretien à B. \_\_\_\_\_. En outre, il a réservé le droit de visite de A. \_\_\_\_\_, celui-ci devant s'exercer au Point rencontre fribourgeois. Il a condamné le père au paiement des frais de la procédure.

D. Par mémoire remis à l'Ambassade suisse en Algérie en date du 7 juillet 2019, A. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre la décision du 7 juin 2019, concluant à ce que le jugement attaqué soit modifié en ce sens que l'autorité parentale et la garde lui soient accordées, un droit de visite étant réservé à la mère.

Par décision du 24 septembre 2019, le Président de la 1<sup>e</sup> Cour d'appel civil a partiellement accordé à A. \_\_\_\_\_ l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Le 4 octobre 2019, B. \_\_\_\_\_ a déposé son mémoire de réponse ; elle a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation de la décision attaquée.

## en droit

1.

1.1. La contestation de l'attribution de l'autorité parentale et de la garde sur un enfant mineur n'ayant pas de valeur patrimoniale appréciable en argent, la voie de l'appel est ouverte (art. 308 al. 1 let. a CC).

1.2. Aux termes de l'art. 311 CPC, l'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 239 CPC). En l'espèce, la décision motivée a été notifiée le 11 juin 2019 à l'appelant de sorte que son appel remis à l'Ambassade suisse en Algérie le 7 juillet 2019 l'a été en temps utile. L'appel est dûment motivé et doté de conclusions.

1.3. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). S'agissant de questions relatives au sort d'enfants mineurs, le tribunal établit les faits d'office et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 1 et 3 CPC).

1.4. Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu que tous les documents nécessaires à son traitement figurent au dossier, il n'est par conséquent pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

2.

2.1. Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC). Ces conditions doivent être réunies au moment du jugement (ATF 140 III 259 consid. 4.2.4). En procédure d'appel, l'instance cantonale doit ainsi examiner la compétence matérielle de l'instance précédente, même sans grief à cet égard. Peu importe même qu'une exception d'incompétence ait été ou non soulevée (arrêt TF 4A\_488/2014 du 20 février 2015 consid. 3.1, non publié *in* ATF 141 III 137). Il en va de même en cas de compétence impérative à raison du lieu.

2.2. En l'espèce, la cause revêt un caractère international, puisque l'appelant vit avec ses enfants en Algérie alors que l'intimée est domiciliée en Suisse. Dès le moment où le recours est recevable, le droit international doit être appliqué d'office et entièrement et non en fonction de la teneur des écritures des parties (BUCHER, Commentaire romand LDIP/CL – mis à jour online sous [www.andreasbucher-law.ch](http://www.andreasbucher-law.ch), commentaire romand chapitre 5, art. 85 n. 36a). S'agissant d'une affaire de nature non-patrimoniale, il sied de contrôler d'office la compétence des tribunaux suisses ainsi que le droit applicable selon la loi du for, à savoir la loi sur le droit international privé (ATF 142 III 56 consid. 2.1; 137 III 481 consid. 2.1; 135 III 259 consid. 2.1; 133 III 37 consid. 2), sous réserve des traités internationaux (art. 1 al. 2 LDIP).

3.

3.1. Constatant l'absence de convention internationale applicable au cas d'espèce, le Tribunal civil a fondé sa compétence sur l'art. 64 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP ; RS 291), relevant qu'il s'agissait d'une demande de modification d'un jugement de divorce (décision querellée p. 5).

3.2. S'agissant de la réglementation du droit de garde et de l'autorité parentale, la Suisse a signé et ratifié la Convention 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,

conclue à La Haye le 19 octobre 1996 (CLaH96 ; RS 0.211.231.011; art. 1 al. 1 let. b et art. 15 à 22 CLaH96) ainsi que 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). Cette dernière continue de s'appliquer dans les relations entre la Suisse et les Etats qui n'ont pas ratifié la CLaH96 (Message du 28 février 2007 concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre 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 TF 5A\_809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.1)

L'Algérie n'a ni ratifié la CLaH96, ni la CLaH61. Partant, aucune de ces deux conventions n'est applicable en l'espèce à titre de droit international, de sorte qu'il convient de se référer à la LDIP.

3.3. En vertu de l'art. 64 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase 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. Le Tribunal civil a fondé sa compétence sur cette disposition, et a appliqué le droit suisse conformément à l'art. 64 al. 2 1<sup>ère</sup> phrase LDIP (décision p. 5). L'art. 64 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase LDIP réserve toutefois « les dispositions de la présente loi sur la protection des mineurs (art. 85) ». L'art. 64 al. 2 LDIP contient quant au droit applicable la même réserve s'agissant des effets de la filiation (art. 82 et 83) et de la protection des mineurs (art. 85). Le Tribunal civil n'a pas examiné la portée de ces réserves sur le cas d'espèce.

3.4. L'art. 85 LDIP constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 64 LDIP (ATF 142 III 56 consid. 2.1.2 et les références citées). Il dispose que 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 Etat qui n'a ratifié ni la CLaH96, ni la CLaH61 (ATF 142 III 56 consid. 2.1.3 et les références citées). 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 et présente un lien avec l'Algérie qui n'a ni ratifié la CLaH96, ni la CLaH61.

4.

Il s'agit maintenant d'examiner si la CLaH96 fonde la compétence des autorités suisses.

4.1.

4.1.1.A teneur de l'art. 5 CLaH96, les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (par. 1). En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH96 (par. 2). Le principe de la *perpetuatio fori* en vertu duquel lorsqu'un tribunal est localement compétent au moment de la création de la litispendance, il le reste même si les faits constitutifs de sa compétence changent par la suite, ne s'applique donc pas (arrêt TF 5A\_622/2010 du 27 juin 2011 consid. 3 et les références citées). Le principe d'éviter la *perpetuatio fori* sert à l'actualité des données sur l'enfant au regard des faits de sa vie actuelle. Il intervient parfois avec une certaine rigidité. La compétence initiale peut cesser alors que l'affaire est déjà arrivée au stade de l'appel, cependant uniquement dans la mesure où la cour d'appel dispose d'un

pouvoir de cognition entier, en fait et en droit (ATF 132 III 586 consid. 2.3), ce qui est le cas en l'espèce (consid. 1.3 *supra*). Cela étant, lorsque la nouvelle résidence habituelle de l'enfant se trouve dans un Etat non contractant, la compétence de l'autorité saisie peut être conservée dans le sens de la *perpetuatio fori*, mais seulement pour les procédures pendantes (ATF 143 III 237 consid. 2.3 ; 142 III 1 consid. 2.1 et les références citées).

Selon la définition qu'en donne la jurisprudence, la résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné ; la résidence habituelle de l'enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches (ATF 110 II 119 consid. 3 ; arrêt TF 5A\_427/2009 du 27 juillet 2009 consid. 3.2 publié *in* FamPra.ch 2009, p. 1088). En conséquence, outre la présence physique de l'enfant, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial ; sont notamment déterminants la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant (arrêts TF 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1 ; 5A\_889/2011 du 23 avril 2012 consid. 4.1.2). La résidence habituelle doit être définie pour chaque personne séparément ; cependant, celle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents, les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge étant en règle générale déterminantes (ATF 129 III 288 consid. 4.1 ; arrêts TF 5A\_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2 *in* SJ 2010 I, p. 193 et 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1). Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts (arrêts TF 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1 ; 5A\_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2 *in* SJ 2010 I p. 193 ; 5A\_220/2009 du 30 juin 2009 consid. 4.1.2 *in* SJ 2010 I, p. 169 ; 5A\_665/2010 du 2 décembre 2010 consid. 4.1 et les références citées).

4.1.2. En l'espèce, l'intimée a déposé une demande de modification du jugement de divorce le 14 juin 2018 (DO/1), soit près de 11 mois après le départ de l'appelant avec les enfants pour l'Algérie. Depuis leur arrivée en Algérie, son ex-époux et leurs enfants habitent dans un appartement de quatre pièces et demi à E. \_\_\_\_\_, où ceux-ci sont scolarisés. Leur relevé de note indique de bonnes connaissances en arabe. La directrice de l'école atteste également une bonne intégration à leur environnement (cf. not. documents joints à l'appel). Au regard, de l'ensemble de ces éléments, on ne peut contester que le centre effectif de leurs vies ainsi que leurs attaches se situent actuellement en Algérie, où ils vivent depuis plus de deux ans. Et tel était déjà le cas lors de la création de la litispendance le 14 juin 2018. Ainsi, en l'absence de résidence habituelle en Suisse au moment de la litispendance, la compétence des tribunaux suisses ne peut se fonder sur l'art. 5 par. 1 CLaH96.

4.2. L'art. 6 CLaH96 n'est pas pertinent pour le cas d'espèce, puisqu'il règle pour l'essentiel la situation d'enfants réfugiés.

4.3.

4.3.1 Dans l'hypothèse d'un déplacement illicite - défini à l'art. 7 par. 2 CLaH96 dans les mêmes termes qu'à l'art. 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80; RS 0.211.230.02) -, l'autorité de l'ancienne résidence habituelle conserve sa compétence pour prendre des mesures jusqu'au moment où

l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État et que, de surcroît, l'on ne peut plus s'attendre raisonnablement à un retour de l'enfant (arrêt TF 5A\_1010/2015 du 23 juin 2016 consid. 4.1. et les références citées), seconde condition que l'art. 7 al. 2 let. b CLaH96 illustre en prévoyant que l'enfant doit ainsi avoir résidé dans l'autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où il se trouvait, qu'aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen et que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (arrêt TF 5A\_21/2019 du 1<sup>er</sup> juillet 2019 consid. 5.1 et les références citées). En maintenant cette compétence, le texte ne présume pas que l'enfant a conservé, plus ou moins fictivement, sa résidence habituelle dans l'Etat d'où il a été illicitement déplacé ; il accepte au contraire l'éventualité d'une perte de résidence habituelle dans cet Etat, mais il veut éviter que, pendant la période de hiatus entre la perte de l'ancienne et l'acquisition de la nouvelle résidence habituelle, la compétence ne passe aux autorités de l'Etat sur le territoire duquel l'enfant serait simplement présent. Dans cette période d'instabilité pour l'enfant, il est en effet souhaitable d'éviter des changements trop fréquents de compétence (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, La Haye 1998, n. 47, disponible sur internet : <http://hcch.net>).

L'art. 7 CLaH96 est une disposition d'effet *erga omnes* qui s'applique même lorsque l'enfant est déplacé vers un Etat non-contractant (BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, [www.andreasbucher-law.ch](http://www.andreasbucher-law.ch), sous commentaire romand chapitre 5, art. 85 n. 2d ; 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 *in* Newsletter DroitMatrimonial.ch, été 2013, p. 7).

Le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite au sens de l'art. 7 par. 2 CLaH96 (comme de l'art. 3 CLaH80) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (let. a), et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour (let. b). En matière internationale, le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 3 let. b CLaH96; art. 5 let. a CLaH80). Pour déterminer le ou les parent (s) titulaire (s) du droit de garde, il y a lieu de se référer à l'ordre juridique de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le déplacement. Ce moment est également déterminant pour juger de l'illicéité du déplacement (arrêt TF 5A\_21/2019 et les références citées). En droit suisse, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant est rattaché à l'autorité parentale (art. 301a al. 1 CC ; ATF 142 III 481 consid. 2.3, 502 consid. 2.2, 612 consid. 4.2; 144 III 10 consid. 4). Le parent qui exerce seul l'autorité parentale peut donc déménager à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent (cf. art. 301a al. 2 let. a et ATF 144 III 10 consid. 4 a contrario), sous réserve toutefois de l'abus de droit (ATF 136 III 353 consid. 3; arrêts TF 5A\_456/2010 et 460/2010 du 21 février 2011 consid. 3.2; 5A\_1010/2015 du 23 juin 2016 consid. 4.3).

4.3.2. En l'espèce, B. \_\_\_\_\_ avait allégué dans sa demande que A. \_\_\_\_\_ avait décidé de partir en vacances en Algérie avec leurs enfants du 8 juillet 2017 jusqu'au 29 juillet 2017 comme il le faisait une à deux fois par année depuis la naissance des enfants. Elle a ajouté que le 26 juillet 2017, son ex-époux lui a annoncé qu'il s'établirait avec les enfants en Algérie pour une année au moins (DO/54). Elle a alors déposé une plainte pénale en date du 28 juillet 2017 pour enlèvement d'enfants. Le Tribunal civil pouvait dès lors retenir comme vraisemblable que la mère n'avait pas

donné son accord au déménagement de ses enfants en Algérie, de sorte que le déplacement pouvait être illicite, l'autorité parentale étant conjointe.

4.3.3. Cette circonstance ne suffit toutefois pas à fonder la compétence des premiers juges pour statuer sur les questions relatives à C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ le 7 juin 2019.

L'hypothèse d'un déplacement ou d'un non-retour illicite admise, la compétence des tribunaux suisses est en effet conservée à moins que les conditions cumulatives de l'art. 7 par. 1 let. b CLaH96 soient remplies, à savoir que l'enfant ait acquis une résidence habituelle dans un autre Etat, qu'il ait résidé dans l'autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où il se trouvait, qu'aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et qu'il s'est intégré dans son nouveau milieu. Si ces conditions sont remplies, la compétence des autorités suisses cesse au terme de délai d'un an, même en cas de déplacement illicite de l'enfant, puisqu'aucune prolongation du type "*perpetuatio fori*" n'est prévue pour le cas d'une procédure encore en cours, mais entamée avant ce moment décisif.

4.3.4. En l'occurrence, en ce qui concerne la résidence habituelle, cette dernière se situe en Algérie (consid. 4.1 *supra*). Par conséquent cette première condition est remplie.

4.3.5. L'intimée le sait depuis le 26 juillet 2017, date du téléphone par lequel l'appelant a averti l'intimée de son intention de rester avec leurs enfants en Algérie (DO/54). Force est alors de constater que leurs enfants y ont résidé plus d'un an depuis que l'intimée connaît le lieu où ils se trouvent. Ainsi la deuxième condition est remplie.

4.3.6. Constitue une demande de retour la demande faite dans le pays étranger où l'enfant a été amené et non la démarche entreprise à cette fin (BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, [www.andreasbucher-law.ch](http://www.andreasbucher-law.ch), sous commentaire romand chapitre 5 art. 85 n. 36 et 36a). La demande de retour a pour objectif le rétablissement de la situation antérieure à l'enlèvement ; elle n'a pas pour objectif de fixer ou modifier le droit de garde (PEREZ-VERA, Rapport explicatif sur la Convention de la Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, *in* : Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la quatorzième session 1980, vol. III, La Haye 1980, n. 9 disponible sur internet : <http://hcch.net>).

En l'occurrence, l'intimée a déposé une requête de conciliation dans le cadre de l'action en modification du jugement de divorce le 14 juin 2018 (DO/1). Cependant, cette requête de conciliation a été déposée devant les autorités suisses et vise à modifier le droit de garde et l'autorité parentale (DO/6). Or, une demande en justice dont le but est la modification du droit de garde et de l'autorité parentale n'équivaut pas à une demande de retour dont l'objectif est le rétablissement de la situation prévalant avant le déplacement ou le non-retour illicite. Dans ces conditions, aucune demande de retour de l'enfant devant les autorités algériennes n'a été déposée dans le délai prévu par l'art. 7 par. 1 let. b CLaH96, étant rappelé que l'Algérie n'est pas partie à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

4.3.7. Finalement, il sied de relever que les enfants vivent depuis leur arrivée dans un appartement à E. \_\_\_\_\_ et qu'ils sont scolarisés en Algérie. La directrice de leur école a par ailleurs attesté de l'intégration des enfants dans leur nouveau milieu. Au vu de ces éléments, les enfants semblent s'être intégrés à leur nouvel environnement.

4.3.8. Ainsi, les conditions de l'art. 7 par. 1 let. b CLaH96 étant remplies, les autorités suisses ont perdu leur compétence pour ordonner des mesures de protection de l'enfant, même à retenir que C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ ont été illicitement déplacés en Algérie.

4.4. Les art. 8 et 9 CLaH96 ne sauraient trouver application dans un cas qui concerne un Etat non contractant, puisqu'ils requièrent la coopération des Etats (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, *in* Newsletter DroitMatrimonial.ch, été 2013, p. 7).

4.5. 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 par. 2 CLaH96; LAGARDE, n. 66).

4.6. Quant aux art. 11 et 12 CLaH96, ils ne trouvent pas application puisque les enfants ne se trouvent pas sur le territoire d'un Etat co-contractant à la convention.

4.7. Ni la CLaH96, ni la LDIP ne permettent de procéder à une éléction de for concernant des questions de la garde et de l'autorité parentale (BUCHER, Commentaire romand LDIP/CL, 2011, art. 5 n. 7), de sorte que l'on ne peut tirer aucune conséquence du fait qu'aucun des parents n'a contesté pour les motifs qui précèdent la compétence du juge suisse dans la procédure devant la présente autorité.

4.8. Finalement, 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. 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 (SCHWANDER, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, PJA 2014 p. 1363; BUCHER, Commentaire romand LDIP/CL, art. 85 n. 145), y compris dans les situations ne présentant pas un caractère d'urgence (GUILLAUME, Erwachsenenschutz, 2013, art. 85 LDIP n. 7). 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'Etat de leur résidence habituelle négligent de le faire. Il s'agit, au premier chef, de personnes qui ont leur résidence habituelle dans un Etat 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 Etat contractant de la CLaH96 ou de la CLaH61 peut ainsi être résolue (OTHENIN-GIRARD, *in* 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 LDIP/CL, art. 85 n. 145). 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 (BUCHER, Commentaire romand LDIP/CL, art. 85 n. 146).

Dans le cas d'espèce, comme le relève l'intimée dans son mémoire de réponse (réponse p. 2), une procédure pendante concernant la garde des enfants C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ a été introduite par requête du 6 mai 2019 par A. \_\_\_\_\_ devant les autorités algériennes. Partant, une compétence exceptionnelle fondée sur l'art. 85 al. 3 LDIP ne peut pas être retenue.



4.9. Ainsi, il ressort de ces considérations que les tribunaux suisses ne sont pas compétents pour prendre des mesures de protection en ce qui concernent les enfants C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_. La décision du Tribunal civil ne peut être confirmée, étant en outre relevé qu'on ne perçoit concrètement pas quels auraient été ses effets réels sur la situation effective des enfants dès lors qu'ils vivent en Algérie, pays dont ils ont la nationalité, et qu'il n'existe pas de moyen contraignant pour garantir leur retour, même à supposer que l'autorité parentale devrait être octroyée à la mère seule alors que dans les faits, elle n'est pas à même de l'exercer.

Ainsi, l'appel doit être partiellement admis. La décision du Tribunal civil du 7 juin 2019 doit être modifiée en ce sens que la demande de modification du jugement de divorce doit être déclarée irrecevable, faute de compétence des autorités suisses.

5.

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 litige relève du droit de la famille (let. c).

En l'espèce, la cause a trait au droit de la famille. Il ne saurait être par ailleurs ignoré que le père a déplacé le lieu de vie des enfants sans avoir recueilli auparavant l'accord de la mère, également titulaire de l'autorité parentale ; pour tout le moins, cet accord n'est pas prouvé. De surcroît, la question de la compétence relève d'un examen d'office et l'appel a été partiellement admis pour un motif que l'appelant n'avait pas soulevé. L'équité s'oppose dès lors à ce que l'intimée supporte l'ensemble des frais de la procédure d'appel. Il se justifie par conséquent que chaque partie supporte la moitié des frais judiciaires fixés forfaitairement à CHF 1'000.-, sous réserve de l'assistance judiciaire accordée à A. \_\_\_\_\_. Les parties n'étant plus assistées par des avocats, il n'y a pas matière à dépens.

5.2 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). En l'espèce, la décision du 7 juin 2019 étant annulée et l'action en modification du jugement de divorce étant déclarée irrecevable, A. \_\_\_\_\_ ne saurait être astreint à supporter les dépens de l'intimée. Cela étant, pour les mêmes motifs que ceux exposés au considérant 5.1, chaque partie supportera ses propres dépens pour la procédure de première instance, de même que la moitié des frais judiciaires, fixés à CHF 800.- par les premiers juges de façon non critiquée, sous réserve de l'assistance judiciaire accordée à A. \_\_\_\_\_.

*(dispositif en page suivante)*

## la Cour arrête :

### I. L'appel est partiellement admis.

Partant, la décision du Tribunal civil d'arrondissement de la Sarine du 7 juin 2019 est modifiée et prend la teneur suivante :

1. La demande de modification du jugement de divorce déposée le 14 juin 2018 par B. \_\_\_\_\_ à l'encontre de A. \_\_\_\_\_ est déclarée irrecevable.
2. Sous réserve de l'assistance judiciaire accordée à A. \_\_\_\_\_, chaque partie supporte ses propres dépens et la moitié des frais judiciaires, fixés à CHF 800.-.

### II. Il n'est pas alloué de dépens.

Les frais de justice dus à l'Etat pour la procédure d'appel sont fixés à CHF 1'000.-. Ils seront supportés par moitié par chaque partie, sous réserve de l'assistance judiciaire accordée à A. \_\_\_\_\_.

### III. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). Il doit être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse.

*Fribourg, le 16 décembre 2019/mde*

Le Président :

La Greffière-rapporteure :