



**HAL**  
open science

## Contentieux familial janvier 2020 -décembre 2020

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial janvier 2020 -décembre 2020. Recueil Dalloz, 2021, pp.499. hal-04014007

**HAL Id: hal-04014007**

**<https://hal.science/hal-04014007v1>**

Submitted on 3 Mar 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Contentieux familial

janvier 2020 - décembre 2020

**Mélina Douchy-Oudot, Professeur à l'Université de Toulon, UMR-CNRS DICE 7318**

L'année 2019 s'était achevée sur la grève massivement suivie par les avocats contre la réforme des retraites. L'année 2020 n'a guère été plus réjouissante. La discipline du droit, et plus particulièrement celle du droit de la famille, a d'abord été endeuillée par le départ en 2020 des professeurs Philippe Malaurie, Jacqueline Rubellin-Devichi et Frédérique Granet. Ce panorama est l'occasion de les remercier pour cette belle liberté universitaire qu'ils ont su, chacun, incarner ouvrant aux plus jeunes des chemins divers, les invitant à s'y aventurer. Le monde, ensuite, a souffert d'une crise sanitaire sans précédent due au virus Covid-19 et, à son tour, a dû pleurer de nombreux morts. Des confinements ont alors été ordonnés par le gouvernement afin de réduire les risques liés à la pandémie. Et tout a paru s'arrêter pendant quatre mois. Ceux-ci ont eu des répercussions directes sur le fonctionnement des juridictions. Après l'été 2020, la situation était encore peu améliorée. L'état d'urgence sanitaire déclaré par le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 est, à ce jour, prorogé jusqu'au 16 février 2021. La loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire en tire des conséquences immédiates.

Dans ce panorama, les spécificités procédurales consécutives à ces situations successives d'arrêt ou de ralentissement des procédures ne seront pas étudiées à titre principal - elles l'ont été dans d'autres lieux (v. not. S. Thouret, « L'impact du Covid-19 sur la procédure de divorce », *AJ Fam.* 2020, 261 ; V. Avena-Robardet, « Actualité de la procédure familiale », *AJ Fam.* 2020, 265 ; F. Eudier, « Nouvelles dispositions relatives aux délais », *AJ Fam.* 2020, 264 ; « État d'urgence sanitaire : une nouvelle adaptation des règles régissant le procès civil », *AJ Fam.* 2020, 652 ; « Actualités de la justice familiale », *AJ fam.* 2020, 324 ; F. Capelier, « Actualité de la protection de l'enfance », *AJ Fam.* 2020, 326 ; *Autorité parentale et covid 19*, *Dr. fam.* 2020, dossier 18 ; V. Egéa, G. Sansone, « La fin des ordonnances Covid et ses incidences sur la procédure civile », *Dr. fam.* 2020, étude 22 ; A. Cappellari, « Coronavirus et modes d'accueil des jeunes enfants », *Dr. fam.* 2020, étude 23 ; M. Lamarche, « Dedans, dehors : le droit de la famille à l'épreuve du déconfinement », *Dr. fam.* 2020, alerte 40 ; C. Denoit-Benteux, « L'aménagement de l'autorité parentale en période de confinement », *Dr. fam.* 2020, étude 15) - elles ne le seront, qu'à titre incident, en raison des répercussions ponctuelles sur le contentieux familial étudié ci-après.

L'actualité législative du contentieux familial, au cours de l'année 2020, a été grassement nourrie de la mise en œuvre de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (V. Egéa, « La matière familiale à l'épreuve de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *Procédures* 2019, étude 14), alors que le cru jurisprudentiel 2020 est lui aussi abondant.

## I – L’actualité législative du contentieux familial

Les premiers décrets d’application de la loi de programmation pour la justice 2018-2022 intéressant le contentieux familial ont été adoptés au mois de décembre 2019.

**Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile**, d’abord, avec le fameux mécanisme de la prise de date, reporté une première fois par l’un des décrets d’application - D. n° 2020-950 du 30 juillet 2020 - de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d’autres mesures urgentes ainsi qu’au retrait du Royaume-Uni de l’Union européenne, puis, une seconde fois, par le décret n° 2020-1641 du 22 décembre 2020 reportant la date d’entrée en vigueur de l’assignation à date au 1er juillet 2021 pour toutes les procédures civiles, à l’exception de celles du divorce contentieux et de la séparation de corps judiciaire. **Le décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019** relatif à la procédure applicable aux divorces contentieux et à la séparation de corps ou au divorce sans intervention judiciaire a, enfin, pu recevoir application en ce début d’année. Cette application toute récente au 1er janvier 2021 a mis les juridictions en ébullition, le logiciel Winci chargé de gérer numériquement les demandes de prise de date n’étant pas encore fonctionnel pour celles-ci.

Outre cette difficulté pratique, un mois avant la mise en place du nouveau dispositif procédural applicable aux divorces contentieux, un nouveau décret était adopté - **décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020** portant diverses dispositions relatives notamment à la procédure civile et à la procédure d’indemnisation des victimes d’actes de terrorisme et d’autres infractions - venant modifier pour partie les règles procédurales fixées un peu moins d’un an auparavant, et non encore entrée en vigueur. Certaines n’ont pas été sans poser question ainsi le nouvel article 751 CPC, inséré dans la partie du code consacrée à la procédure devant le tribunal judiciaire, auquel renvoie l’article 1106 CPC pour l’application de la procédure écrite ordinaire aux divorces contentieux. La nouvelle rédaction de l’article 751 CPC prévoit que l’avocat doit, lors de la demande de prise de date, joindre le projet d’assignation. Fallait-il reporter l’exigence au 1er juillet 2021 ou l’appliquer directement au 1er janvier 2021 ? La lettre du décret du 27 novembre 2020 fixe le 1er janvier, mais l’absence de sécurisation du mode de transfert, à ce jour, fragilise la confidentialité des données transmises. La nouvelle audience d’orientation et de mesures provisoires soulève, elle aussi, de nombreuses interrogations, en particulier sur le mode de renonciation aux mesures provisoires, la pertinence qu’il y a à renoncer, et enfin la date des effets des mesures provisoires, le nouvel article 1117 CPC donnant mission au juge d’en préciser la date. Les équilibres et articulations de cette nouvelle disposition par la jurisprudence à venir avec notamment l’article 262-1 CC en matière de jouissance du domicile conjugal n’est pas sans intérêt pratique. Tout comme la nouvelle rédaction de l’article 1116 CPC en lumière de l’article 267 CC relance les débats sur les désaccords subsistants (sur les interrogations soulevées en divorce, on consultera avec profit le dossier de l’AJ Famille « Réforme de la procédure du divorce », 2021, en ses numéros de janvier et de février).

L'aspect le plus exceptionnel des réformes mises en œuvre en matière familiale tient peut-être à la procédure sans audience aboutissant à permettre au juge, notamment, de divorcer des personnes sans jamais les avoir vues, conformément à la liberté laissée aux parties par l'article 752 CPC. La solution ne laisse pas de surprendre au moment où l'on affirme avec force la nécessité de la signature en présence des avocats et des parties dans le divorce conventionnel par acte d'avocats enregistré par notaire (RIN, art. 7-2 ; CC, art. 1175). Issue de l'article 26 de la loi du 23 mars 2019, cette procédure figure désormais à l'article L. 212-5-1 COJ. Ayant pour aïeule la pratique du dépôt à l'audience par les avocats, cette procédure a connu un vif succès avec les mesures de restrictions d'aller et venir liées au virus Covid-19. L'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020 permettant au magistrat d'ordonner son recours, sauf opposition des parties dans la mesure fixée par le texte, fut jugé conforme à l'issue de l'examen d'une question de priorité de constitutionnalité (Décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020). Loin, cependant de constituer un pansement à une situation d'urgence, la généralisation de la procédure sans audience témoigne d'une transformation profonde de la procédure civile, déjà amorcée par l'insertion en 2010, des articles 446-1 et suivants du CPC aménageant le principe d'oralité. Cette généralisation, en matière familiale, résulte du décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020. C'est ainsi qu'il est possible d'y avoir recours devant le juge aux affaires familiales ou le tribunal judiciaire, dans la procédure de droit commun (CPC, art. 752 et art. 1140), le référé (CPC, art. 1073 et 836-1), la procédure accélérée au fond (CPC, art. 839), ou le jour fixe (CPC, art. 843, al. 4). Les parties peuvent y avoir recours à tout moment de la procédure. La seule limite tient à la volonté du magistrat pouvant exiger, au vu de l'affaire, la rencontre personnelle avec les parties.

Le pas suivant sera peut-être la délégation des contentieux de masse vers la mise en place de logiciels de traitement des données par application de solutions à base d'algorithmes. Si cet horizon ne semble pas se présenter à court terme, on ne peut ignorer le développement de la justice prédictive et les nouvelles formes de barémisation, spécialement dans la matière des pensions alimentaires ou prestations compensatoires. Déjà une réponse ministérielle du 12 décembre 2019 soulignait la nécessité pour le législateur d'adopter un cadre afin d'éviter une justice entièrement algorithmique, preuve de la présence croissante de ces mécanismes numériques. Toute la procédure, et sa structuration, obéissent déjà à des impératifs de numérisation ou de recours à des plateformes conçus comme réseaux privés d'échanges de données personnelles afin d'accélérer le traitement des contentieux. Le **décret n° 2020-356 du 27 mars 2020** va plus loin en créant un traitement automatisé de données à caractère personnel, pour une durée pour l'instant de deux ans, dénommé « DataJust » aux fins d'élaboration d'un algorithme « devant servir à : 1° La réalisation d'évaluations rétrospectives et prospectives des politiques publiques en matière de responsabilité civile ou administrative ; 2° L'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels ; 3° L'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges ; 4° L'information ou la documentation des juges appelés à statuer sur des demandes d'indemnisation des préjudices corporels. A ces fins, l'algorithme recense les montants

demandés et offerts par les parties, les évaluations proposées dans le cadre de procédures de règlement amiable des litiges et les montants alloués aux victimes pour chaque type de préjudice dont la teneur est détaillée au 3° de l'article 2, ainsi que les données et informations mentionnées à cet article ».

Au-delà de l'usage d'algorithme en justice, les réformes tendent à recentrer l'office du juge et à développer l'aide de tiers pour faciliter l'exécution des décisions rendues en matière familiale modifiant les contours de la justice familiale. Le dispositif relatif à l'intermédiation financière pour le recouvrement des pensions alimentaires prévu par l'article 72 de la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020 s'inscrit dans ce mouvement. Il modifie l'article 372-2-2 du Code civil pour permettre le versement des pensions alimentaires par l'intermédiaire d'un organisme débiteur de prestations familiales. Le **décret n° 2020-1201 du 30 septembre 2020 relatif à l'intermédiation financière des pensions alimentaires** prévue à l'article L. 582-1 du code de la sécurité sociale en a fixé les modalités pratiques, alors que le **décret n° 2020-1797 du 29 décembre 2020 relatif à la transmission d'informations concernant les cas de violence dans le cadre de l'intermédiation financière des pensions alimentaires** organise les modalités permettant d'informer les organismes intermédiaires que l'intermédiation a été ordonnée, dans le cas particulier de menaces ou violences exercées par le parent débiteur contre le créancier ou l'enfant, par une décision judiciaire. Lorsque l'intermédiation est ordonnée par une décision de justice, l'article 1074-4 CPC fixe les informations devant être fournies par le greffe à l'organisme intermédiaire.

Afin de recentrer l'office du juge, le législateur va jusqu'à exporter hors de la juridiction des fonctions traditionnellement dévolues au juge, comme la mise en état de l'affaire à être jugée. La place reconnue à la procédure participative de mise en état devant le tribunal judiciaire (CPC, art. 776), par extension en matière de divorce (CPC, art. 1106), laquelle doit être proposée aux parties par le juge lors de l'audience d'orientation, à supposer que les avocats s'en saisissent, pourrait donner un nouveau souffle aux juridictions, mais aussi aux avocats pouvant en bonne intelligence organiser leurs agendas procéduraux respectifs. Il reste que la nouvelle disposition étonne dès lors que l'on ne voit pas comment des avocats qui sont en capacité d'inciter leurs clients à signer une convention de procédure participative en matière de divorce pour mettre l'affaire en état d'être jugée, ne seraient pas à même de les inviter plus radicalement à une procédure sans juge, et à un divorce par acte d'avocat.

A défaut d'alléger complètement les rôles des juridictions par un développement des modes de résolution amiable, l'accélération du traitement des procédures devrait y aider. Le **décret n° 2019-1419 du 20 décembre 2019 relatif à la procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires** a mis fin à la procédure en la forme des référés de l'ancien article 492-1 CPC (Y. Strickler, « De la forme des référés à la procédure accélérée au fond », *JCP G* 2019, doctr. 928 ; « Les procédures rapides (procédure accélérée au fond, procédures d'urgence) », *Procédures* 2020, étude 7). Régie à l'article 481-1 CPC, cette nouvelle procédure veut cibler les situations méritant l'accélération de la justice, c'est ainsi qu'en contentieux familial, à ce jour, seul le déplacement illicite d'enfants en bénéficie (CPC, art. 1210-6). Pour

les autres situations d'urgence, l'article 1137, al. 2 CPC dispose « En cas d'urgence dûment justifiée, le juge aux affaires familiales, saisi par requête, peut permettre d'assigner à une date d'audience fixée à bref délai » (et en écho partiel pour le divorce l'article 1109 CPC).

La production législative courant 2020 en matière familiale s'est ensuite orientée vers la défense des victimes de violences au sein de la famille dont la recrudescence a pu être constatée lors des situations de confinement. Il s'agit prioritairement des réformes apportées à l'ordonnance de protection délivrée par le juge aux affaires familiales, même si les deux lois récentes - **L. n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille** et **L. n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales** - ne limite pas la question des violences à la seule procédure de protection pouvant être diligentée devant le juge aux affaires familiales. Les décrets adoptés ont eu pour fin d'assurer une procédure de protection plus rapide par l'institution de délais très courts, d'anticiper les conflits par le recours à des tiers de confiance pour les enfants, et de mettre en place des mesures nouvelles de protection, tel le dispositif mobile électronique anti-rapprochement, des moyens plus efficaces de lutte contre les violences, et des sanctions plus radicales des violences au sein du couple.

La procédure aux fins de mesures de protection des victimes de violences, régie par les articles 1136-3 à 1136-15 du CPC et les mesures de protection énumérées aux articles 515-9 à 515-13 du CC, connaît un élargissement de son domaine d'application par la double précision figurant à l'article 515-9 et 515-10 CC selon laquelle ni la cohabitation entre victime et auteur, ni une plainte préalable ne sont exigées pour saisir le juge aux affaires familiales. Pour autant, il s'agit d'une procédure limitée aux violences au sein du couple - « Lorsque les violences exercées au sein du couple (...) mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants (...) » (CC, art. 515-9) - et non de celles pratiquées exclusivement sur les enfants pour lesquelles il faudrait procéder à un signalement afin que soit mise en place un dispositif de protection dans l'urgence (sur le défaut dans la protection ayant entraîné la mort d'un enfant et la responsabilité de l'Etat : CEDH, 4 juin 2020, n° 15343/15 16806/15, *AJ Fam.* 2020, 431).

Les décrets **n° 2020-636 du 27 mai 2020 portant application des articles 2 et 4 de la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille** et **n° 2020-841 du 3 juillet 2020 modifiant les articles 1136-3 du code de procédure civile et R. 93 du code de procédure pénale** ont voulu donner au juge les moyens de réactivité face à la situation vraisemblable de violences par le triple délai instauré dans la procédure d'octroi de l'ordonnance de protection : le bref délai dans lequel le juge aux affaires familiales doit donner au demandeur une date d'audience, le délai de deux jours partant de celle-ci dans lequel la signification de la date d'audience doit être communiquée au défendeur, le délai de six jours donné au juge pour rendre son ordonnance (CPC, art. 1136-3, CC, art. 515-11, al. 1). Le pouvoir du juge a, par ailleurs, été étendu par l'augmentation des mesures susceptibles d'être prises afin d'établir une meilleure adéquation entre la situation et la réponse donnée par la justice (CC, art. 515-11), ainsi que le recours possible à un nouveau dispositif résultant

du **décret n° 2020-1161 du 23 septembre 2020 relatif à la mise en œuvre d'un dispositif électronique mobile anti-rapprochement** ayant institué au code de procédure civile une section II quater relative au dispositif électronique mobile anti-rapprochement aux fins de mesures de protection des victimes de violences, constituée des articles 1136-16 à 1136-23 (L. Mary, *AJ Fam.* 2020, 524). Seules cinq juridictions pilotes sont à ce jour concernées ( Aix-en-Provence, Angoulême, Bobigny, Douai et Pontoise : Circ. n° JUSD2025172C, 23 sept. 2020, relative à la politique pénale en matière de lutte contre les violences conjugales). Soumis dans sa mise en œuvre au consentement libre et éclairé des parties (CPC, art. 1136-16, al. 2), supposant la délivrance des informations visées à l'article 1136-19 du CPC. Le régime mis en place évoque le dispositif propre en matière pénale (CPP, art. R. 24-14 s).

Au-delà des mesures ordonnées dans le cadre d'une ordonnance de protection, dont il convient de rappeler qu'elle permet sous réserve de l'accord du juge un passerelle (un coupe file ?) vers une audience au fond en cas de refus de protection (CPC, art. 1136-15. - D. n° 2020-636, 27 mai 2020), le législateur sévit contre les différentes formes de violences intrafamiliales en instaurant des sanctions civiles propres à ces situations, en augmentant les peines encourues pour les délits correspondants et en assurant un meilleur signalement par le corps médical.

Sans être des sanctions, il convient de relever qu'en présence d'une ordonnance de protection, ou dans le cadre de violences constatées au plan pénal (CPén., art. 132-80), le **décret n° 2020-683 du 4 juin 2020 autorise le déblocage anticipé de l'épargne salariale** en cas de violences conjugales et anticipe la liquidation en présence de violences. Le nouvel article 378-2 CC instaure, ensuite aux fins de protection, une suspension de plein droit de l'exercice de l'autorité parentale et des droits de visite et d'hébergement du parent poursuivi ou condamné, même non définitivement, pour un crime commis sur la personne de l'autre parent « jusqu'à la décision du juge et pour une durée maximale de six mois, à charge pour le procureur de la République de saisir le juge aux affaires familiales dans un délai de huit jours », alors que l'article 377 CC permet à un tiers ayant recueilli l'enfant de demander une délégation de l'autorité parentale en cas de poursuites ou de condamnation « si un parent est poursuivi ou condamné pour un crime commis sur la personne de l'autre parent ayant entraîné la mort de celui-ci ». Au titre de ce qui s'apparente à l'idée de sanction civile, la modification de l'article 207 CC permet la déchéance de l'obligation alimentaire « en cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs » et celle de l'article 727 CC ajoute une cause supplémentaire d'indignité successorale : « 2° bis Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle ou correctionnelle pour avoir commis des tortures et actes de barbarie, des violences volontaires, un viol ou une agression sexuelle envers le défunt » (L. n° 2020-936 du 30 juillet 2020, art. 8).

En matière pénale, outre l'exclusion de la médiation pénale, lorsqu'une infraction est fondée sur l'article 132-80 CPén., résultant de l'article 2 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 ayant modifié le 5° de l'article 41-1 CPPén., le recours possible à la télé-protection au profit de la victime par application de l'article 41-3-1 CPPén., le législateur a aggravé les peines

applicables au délit de harcèlement au sein du couple lorsqu'il « a conduit la victime à se suicider ou à tenter de se suicider » (L. n° 2020-936 du 30 juillet 2020, art. 9) et celles au délit d'envoi de messages électroniques malveillants au sein du couple (L. n° 2020-936 du 30 juillet 2020, art. 20).

La mesure la plus efficace sera sans doute, si le corps médical s'en saisit, la levée du secret médical à fin de protection des victimes résultant de la modification de l'article 226-14 CPén. : « 3° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui porte à la connaissance du procureur de la République une information relative à des violences exercées au sein du couple relevant de l'article 132-80 du présent code, lorsqu'il estime en conscience que ces violences mettent la vie de la victime majeure en danger immédiat et que celle-ci n'est pas en mesure de se protéger en raison de la contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences. Le médecin ou le professionnel de santé doit s'efforcer d'obtenir l'accord de la victime majeure ; en cas d'impossibilité d'obtenir cet accord, il doit l'informer du signalement fait au procureur de la République » ([http://www.presse.justice.gouv.fr/art\\_pix/Egalite%20f-h\\_Vademecum%20secret%20medical\\_201005\\_V10\\_WEB.pdf](http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/Egalite%20f-h_Vademecum%20secret%20medical_201005_V10_WEB.pdf)).

## II – Les liens de famille devant les juridictions

Appréciés par les juges du fond, le respect par les juridictions des droits fondamentaux de la procédure a vocation à être suivi, et notamment celui de l'impartialité fonctionnelle. Le principe vient d'être rappelé par la Cour de cassation à propos d'un juge aux affaires familiales ayant prononcé le jugement déféré en appel, puis connu à nouveau l'affaire en qualité de conseiller à la cour d'appel (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1 octobre 2020, n° 19-17.922).

### A – Conjugalités

#### 1 – Les statuts conjugaux

(...)

#### 2 – La rupture du lien

- **Nullité du mariage contracté par procuration et loi applicable (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 2020, n° 19-11.573, Dalloz act., 5 mai 2020, obs. F. Mélin ; D. 2020, 822 ; AJ fam. 2020, 428, obs. A. Boiché ; JCP N 2020, comm. 1134, H. Péroz ; Dr. Fam. 2020, comm. 114, M. Farge ; RJPF 2020, p. 36, obs. T. Garé)**

Un époux demande la nullité de son mariage célébré au Maroc au motif que la présence des époux est requise par l'article 146-1 CC. Il soutient que la loi étrangère qui prévoit que le mariage peut être célébré en l'absence de l'épouse, sur le fondement d'une simple procuration donnée par celle-ci, est manifestement incompatible avec l'ordre public international français. L'article 4 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire permet au juge de refuser les mariages célébrés en violation de cet ordre public. L'interprétation faite de l'article 146-1 CC était en l'espèce obviée par le fait qu'en l'espèce le consentement donné par



correspondance n'était pas celle du français, mais celle de l'épouse marocaine. Or, l'article 202-1 CC, dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2014, dispose que les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle, la loi marocaine permettant le consentement par procuration. Il en résulte que « que la présence de l'épouse marocaine à son mariage, en tant qu'elle constitue une condition de fond du mariage, est régie par la loi marocaine. En l'absence de contestation touchant à l'intégrité du consentement, la disposition du droit marocain qui autorise le recueil du consentement d'une épouse par une procuration n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public, au sens de l'article 4 précité, dès lors que le droit français n'impose la présence de l'époux à son mariage qu'à l'égard de ses seuls ressortissants ».

- **Droits d'enregistrement du divorce et aide juridictionnelle (*Rép. ministérielle, n° 21216 du 31 déc. 2019*)**

L'exonération des droits d'enregistrement du divorce résulte de l'octroi de l'aide juridictionnelle en divorce conventionnel : « Aux termes de l'article 1090 A du Code général des impôts, les décisions rendues dans les instances, où l'une au moins des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle, sont exonérées des droits d'enregistrement, sauf lorsqu'elles portent mutation de propriété, d'usufruit ou de jouissance. Même si le nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ne suppose pas le recours à une instance juridictionnelle, il est admis, au regard de l'objet de cette exonération de droits d'enregistrement, qu'elle s'applique à ces divorces lorsque l'une des parties au moins bénéficie de l'aide juridictionnelle. Une précision en ce sens sera apportée à la doctrine administrative publiée. »

- **Premier recours juridictionnel à l'encontre d'un divorce conventionnel par acte d'avocat (Cour d'appel, Nîmes, 1re chambre civile, 14 Avril 2020 – n° 19/00887, Dr. fam. 2020, comm. 157, J.R. Binet ; aussi : J.-R. Binet, « Le divorce par consentement mutuel : retrait du juge ou déplacement du contentieux ? », dans C. Bahurel et R. Laher (ss dir.), *Le droit processuel de la famille*, Dalloz coll. *Thèmes et commentaires*, 2020)**

Une épouse divorcée par acte d'avocat enregistré par notaire forme un recours contre son avocat et l'avocat de son mari, ainsi qu'à l'encontre du notaire. En l'espèce, les deux avocats faisaient partie du même cabinet constitué en SELARL, ce dont les parties reconnaissent être informées, ainsi que de la possibilité de recourir à un avocat extérieur. Sans se prévaloir d'une insécurité d'esprit, l'épouse invoque l'absence de consentement libre et éclairé à l'acte au sens de l'article 1130 CC ouvrant la partie consacrée aux vices du consentement. Le droit des contrats, ici de la nullité, vient infecter le droit du divorce. Le jugement relève que Madame produit : « trois certificats médicaux produits, qu'elle souffre d'un trouble bipolaire traité depuis 2009 par un régulateur de l'humeur et ayant donné lieu à quatre consultations psychiatriques entre le 15 mai et le 7 août 2017 ainsi que d'un épithélio-mammaire faisant l'objet d'une hormonothérapie par inhibiteurs depuis la mi-août 2016 », cependant aucun ne fait état d'une altération des facultés intellectuelles de l'épouse. Les juges du fond vont se livrer à l'analyse du contrat reprenant tour à tour chacun des vices du consentement pour conclure, en l'espèce, à l'absence de nullité de la convention et donc du divorce. Le

déséquilibre des prestations pécuniaires ne sera pas non plus retenu comme cause d'invalidation du divorce enregistré, l'épouse invoquant l'absence de concessions réciproques requises dans une transaction, ce qui ne sera pas retenu. Les magistrats en appel retiennent que « la validité de la convention s'apprécie ensuite au regard de son économie générale, englobant tout ce qui en fait l'objet, soit, à l'occasion d'un divorce, l'intégralité des rapports patrimoniaux des époux, mais aussi leur volonté de parvenir à une rupture amiable et rapide du mariage », pour conclure : « L'examen de la convention ne révèle donc aucun désavantage manifeste entre les parties et reflète au contraire précisément l'équilibre qu'elles ont voulu dans le cadre d'une démarche réellement transactionnelle et pour en terminer au plus vite ». Cette solution n'est pas surprenante, dès lors que le divorce prononcé par les premiers juges peuvent faire l'objet d'un appel devant les conseillers d'appel, il n'y avait pas de raison que la convention de divorce par acte d'avocat enregistré par notaire ne puisse pas faire l'objet d'un recours devant les juridictions selon les règles propres qui lui sont applicables au regard du support conventionnel, le droit des obligations. Les avocats comme les notaires doivent avoir une particulière vigilance au moment de réaliser ce type de divorce. On sait que des controverses demeurent sur l'étendue du contrôle du notaire, qui s'il est fixé par l'article 229-1 CC au seul contrôle du « respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3 », pose la question du contrôle des dispositions qui pourraient apparaître contraire à l'ordre public en sa qualité d'officier public et ministériel. Le ministre J.-J. Urvoas, à l'époque, évoque dans un simple communiqué de presse, en date du 26 décembre 2016, l'alerte que devrait alors faire le notaire auprès des avocats (<http://www.presse.justice.gouv.fr/communiques-de-presse-10095/archives-des-communiques-de-2016-12818/reforme-divorce-par-consentement-mutuel-29565.html>). Peut-il aller jusqu'à refuser l'enregistrement de la convention ? Telle n'est pas, à notre avis, la logique juridique poursuivie par les articles 229-1 et suivants du code civil. Il reste que la question demeure ouverte et essentielle en termes de responsabilité civile professionnelle, au regard des missions dévolues au notaire en raison de la qualité évoquée.

## **B – Parentés**

- **Prescription de l'action relative à la filiation et identité personnelle (Cass. civ. 1re, Chambre civile 1, 14 octobre 2020, n° 19-15.783)**

La cause est entendue, les juges se livrent à un contrôle de proportionnalité chaque fois que la prescription est opposable à l'action relative à la filiation, mais c'est toujours pour reconnaître que l'atteinte disproportionnée n'est pas constituée. La Cour a cassé l'arrêt d'appel en termes explicites : « Mme X..., qui connaissait ses origines personnelles, n'était pas privée d'un élément essentiel de son identité, d'autre part, qu'T... X..., puis son héritier, M. G... X..., n'avaient jamais souhaité établir de lien, de fait ou de droit, avec elle, de sorte qu'au regard des intérêts de M. G... X..., de ceux de la famille adoptive et de l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de Mme X... que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de

paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

- **Refus de la filiation neutre par la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 septembre 2020, n°18-50.080 et n° 19-11.251)**

Après avoir constaté que la modification de la mention du sexe à l'état civil par application de l'article 61-5 CC ne fait pas perdre à l'intéressé sa faculté de procréer, la Cour de cassation souligne la carence du législateur : « Si l'article 61-8 prévoit que la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard des tiers ni sur les filiations établies avant cette modification, aucun texte ne règle le mode d'établissement de la filiation des enfants engendrés ultérieurement ». Une femme figurant comme tel à l'état-civil, ayant conservé des attributs génitaux masculins et procréé l'enfant après avoir été reconnue femme par l'état-civil, ne peut figurer comme père de l'enfant, mais elle ne le peut pas plus en tant que mère, la place étant déjà prise. La cour d'appel de Montpellier avait refusé de la faire inscrire comme « mère non gestatrice » pour opter pour un lien « biologique » de filiation, sans autre précision. La Cour casse relevant que la cour d'appel : « ne pouvait créer une nouvelle catégorie à l'état civil et que, loin d'imposer une telle mention sur l'acte de naissance de l'enfant, le droit au respect de la vie privée et familiale des intéressées y faisait obstacle ». La question à ce jour reste entière et il convient d'attendre la solution qui sera adoptée par la cour d'appel de Toulouse à laquelle l'affaire a été renvoyée.

- **Accouchement sous X et placement en vue de l'adoption (Déc. n° 2019-826 QPC du 7 février 2020 )**

La question de la parenté est délicate lorsqu'un enfant né dans l'anonymat et placé en vue de l'adoption est revendiqué par l'un des membres de la famille biologique. La question des délais devient cruciale, en particulier ceux des articles 351, al. 2 CC - « Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant » - et 352, al. 1 CC - « Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance » - raison pour laquelle le père d'un enfant né dans cette configuration a décidé de soulever leur inconstitutionnalité. Les arguments sont bien légitimes : *primo* le refus de reconnaissance du père serait une atteinte au droit de mener une vie familiale normale, dès lors « que le placement de l'enfant peut intervenir dès l'expiration d'un délai de deux mois après son recueil par le service de l'aide sociale à l'enfance, le père de naissance, lorsqu'il ignore les date et lieu de naissance de l'enfant, serait dans l'impossibilité de le reconnaître avant son placement en vue de l'adoption et donc d'en solliciter la restitution » ; *secundo*, « en s'opposant à toute reconnaissance de l'enfant dès son placement en vue de l'adoption, ces dispositions privilégieraient la filiation adoptive au détriment de la filiation biologique » ; *tertio*, il y aurait atteinte à l'égalité devant la loi au motif principal qu'« elles soumettent aux mêmes délais et procédure le père et la mère de naissance alors que seule cette dernière est informée des conséquences de l'accouchement secret ». Le Conseil constitutionnel conclura cependant à la constitutionnalité

des textes, après avoir refusé de se substituer au rôle du législateur dans la conciliation des droits en présence, l'atteinte à l'égalité face à la loi n'étant pas caractérisée.

- **GPA et adoption de l'enfant du conjoint (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2020, 19-50.042)**

La douloureuse saga des GPA semblent prendre fin. Cet énième arrêt admet l'adoption par le parent d'intention de l'enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger selon l'approbation donnée par la Cour de cassation : « 13. L'arrêt (d'appel) en déduit exactement que le droit français n'interdit pas le prononcé de l'adoption par l'époux du père de l'enfant né à l'étranger de cette procréation lorsque le droit étranger autorise la convention de gestation pour autrui et que l'acte de naissance de l'enfant, qui ne fait mention que d'un parent, a été dressé conformément à la législation étrangère, en l'absence de tout élément de fraude ». Il va de soi que pour l'instant la gestation pour autrui qui serait pratiquée en France reste prohibée et contraire à l'ordre public.

## **C – Conflits dans les familles**

### **1 – Conflits d'autorité dans les familles**

#### *a – L'exercice de l'autorité parentale*

- **Exercice conjoint de l'autorité parentale (Avis, Chambre civile 1, 23 septembre 2020, n° 20-70.002, Dr. fam. 2020, comm. 161, V. Egéa)**

Un double avis est donné par la Cour en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale ; d'une part « en présence d'une filiation établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant alors que la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, le mariage des parents, après la naissance de l'enfant, n'emporte pas de plein droit un exercice en commun de l'autorité parentale », d'autre part, « la compétence du directeur des services de greffe judiciaire pour recevoir une déclaration conjointe répondant au formalisme posé par l'article 1180-1 du code de procédure civile ne fait pas obstacle à celle du juge aux affaires familiales, qui, s'il est saisi sur le fondement de l'article 372, alinéa 3, du code civil, doit se prononcer sur un exercice en commun de l'autorité parentale, même lorsque la demande est formée conjointement par les parents ». La solution peut surprendre dans un contexte où un effort perceptible est fait pour décharger le juge de fonctions pouvant être assumées aussi bien par d'autres personnes. Le maintien de la concurrence des compétences est un avantage pour les parents auxquels le choix serait ainsi donné. Sur le premier point, les juges se révèlent à juste titre prudents par le refus d'automatisme lié à la célébration du mariage civil, afin de s'assurer de l'accord des deux parents, et de la bonne information de celui qui au titre de l'article 372 CC conserverait l'exercice unilatéral de cette autorité à défaut d'accord.

#### *b – La résidence de l'enfant, le droit de visite et d'hébergement*

- **La fixation d'office du droit de visite et d'hébergement à l'égard du parent qui n'a pas la résidence de l'enfant, une obligation du juge**

Le juge doit se prononcer sur les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement (déjà : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2019, n° 18-23.755), y compris lorsque la mère a obtenu du juge aux affaires familiales une ordonnance de protection (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 fév. 2020, n° 19-10.040). Libre au juge d'ailleurs de recourir à un tiers de confiance pour l'accompagnement de l'enfant conformément aux nouveaux articles 373-2-1 et 373-2-9 du code civil, modifiés par le décret du 28 juillet 2020 relatif à cette mesure. Mais le juge aux affaires familiales ne doit procéder à cette fixation que s'il estime que tel est l'intérêt de l'enfant (pour un refus motivé de droit de visite et d'hébergement au profit de l'ex-compagne de la mère : cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2020, n° 19-15.198 ; aussi : CEDH, Honner c./France, 12 novembre 2020, Req. n° 19511/16). Il est acquis, par application de l'article 371-5 CC, que « l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution ». Il s'ensuit que lorsque des enfants sont scolarisés dans des académies distinctes n'étant pas soumises aux mêmes dates de vacances scolaires, le partage des vacances d'été entre les parents pour recevoir les enfants doit nécessairement être pris en compte pour éviter de séparer la fratrie (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2020, n° 19-18.100). Le juge devra par ailleurs fixer les modalités d'exercice du droit de visite, ainsi lorsque le père est en détention, ne pouvant abandonner la question à une fixation amiable (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 2020, n° 19-13.594, *Dr. fam.* 2020, comm. 119, A. Molière). De deux choses l'une, soit les parents s'entendent, ils n'ont pas besoin du juge pour fixer leurs relations, même s'ils sont séparés, soit ils décident pour divers mobiles de saisir le juge, et la décision ne leur appartient plus.

#### c – L'assistance éducative

- **Droit de visite et d'hébergement à l'égard du mineur placé (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 janvier 2020, n° 18-25.313 et n° 18-25.894)**

Le juge des enfants qui décide de placer l'enfant au titre de l'assistance éducative, peut également décider que le droit de visite du parent s'exercera en présence d'un tiers (CC, art. 375-7, al. 4). L'article 1199-3 du CPC précise, à propos de ce droit de visite médiatisé, que « La fréquence du droit de visite en présence d'un tiers est fixée dans la décision judiciaire sauf à ce que, sous le contrôle du juge, les conditions d'exercice de ce droit soient laissées à une détermination conjointe entre le ou les parents et la personne, le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié ». Il doit en revanche fixer la fréquence avec laquelle s'exercera le droit.

#### d - Le droit aux relations personnelles avec un tiers

- **Le contrôle du respect de la vie familiale de l'enfant (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 2020, 19-24.474)**

Lorsque le juge octroie un droit de visite et d'hébergement à un tiers ayant noué des liens affectifs avec l'enfant depuis sa naissance, sur le fondement de l'article 371-4 CC, « il doit vérifier si le droit de visite ne porte pas une atteinte disproportionnée à la vie familiale de

l'enfant avec ses parents ». En l'espèce, les demandeurs au pourvoi faisaient valoir que l'enfant n'avait jamais résidé de manière stable avec le tiers, qu'il était âgé de cinq ans et vivait depuis sa naissance avec sa mère et son père, et qu' « un droit de visite et d'hébergement un week-end sur deux, y compris le week-end de la fête des pères, et la moitié des vacances scolaires à partager avec la mère sans aucune considération à l'égard du père qui vit avec elle et contribue à son entretien et à son éducation, ni à l'égard du lien affectif entretenu par l'enfant à l'égard de son père, ni à l'égard de la stabilité du cadre de vie familiale de l'enfant » entraînait une violation de l'article 8 CESDH.

## **2 – Conflits patrimoniaux des familles**

### *a – Les contributions, pensions et prestations*

- **Charges de la vie commune en concubinage en l'absence de convention entre concubins (Cass. civ. 1re, 2 septembre 2020, n° 19-10.477, Dr. fam. 2020, comm. 143, S. Ben Hadj Yahia ; « Le concubinage et le juge », dans *Le concubinage, entre droit et non-droit*, dir. S. Ben Hadj Yahia et G. Kessler, LexisNexis 2021)**

Le principe régulièrement repris en jurisprudence est ainsi formulé : « Après avoir énoncé à bon droit qu'aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de convention contraire, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées (...) ». A propos de charges locatives, la Cour de cassation juge, en l'absence de convention entre les concubins, que chacun est tenu des dépenses qu'il a engagé de son propre chef. Aussi à défaut d'être copreneurs d'un bail, le concubin qui paye l'intégralité des loyers ne peut ensuite se retourner contre l'autre (Cass. 1re civ., 8 juill 2020, n° 19-12.250, Dr. fam. 2020, comm. 132, M. Gayet). Pourtant, la participation au financement des travaux et de l'immeuble de sa compagne par un concubin doit être comprise au titre de sa contribution aux dépenses de la vie courante et non en qualité de tiers possesseur des travaux au sens de l'article 555 du code civil lorsqu'il bénéficie en contrepartie du logement gratuit. Il est jugé que les dépenses ainsi exposées restent à sa charge les juges du fond « ayant fait ressortir la volonté des parties » d'un ensemble d'énonciations et constatations ainsi reprises dans l'arrêt de la Cour de cassation : « d'une part, que l'immeuble litigieux a constitué le logement de la famille, d'autre part, que Mme E... et M. S..., dont les revenus représentaient respectivement 45 et 55 pour cent des revenus du couple, ont chacun participé au financement des travaux et au remboursement des emprunts y afférents. Il observe que M. S..., qui n'a pas eu à dépenser d'autres sommes pour se loger ou loger sa famille, y a ainsi investi une somme de l'ordre de 62 000 euros entre 1997 et 2002, soit environ 1 000 euros par mois ». Il y a donc des conventions tacites de concubinage pouvant être expirées par les juges (sur les conventions de concubinage : dossier « Conventions de concubinage », AJ Fam. 2020, 147 s.).

- **Déductibilité des charges du mariage (Déc. QPC, n° 2020-842, 28 mai 2020, AJ Fam.**

## **2020, 429, A. Boiché)**

Le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur l'article 156, II, 2° CGI prononce la non-conformité totale. Le texte prévoyait que la contribution aux charges du mariage pouvait être déduite du revenu de celui qui la verse en exécution d'une décision de justice lorsque les époux font l'objet d'une imposition distincte. Or, en l'espèce, le contribuable avait déduit la somme due au titre de la contribution aux charges du mariage qu'il versait en exécution de l'obligation légale à son épouse de laquelle il était séparée de fait, sans pour autant y avoir été contraint par une décision de justice. La différence de traitement était dès lors caractérisée.

- **Contribution aux charges du mariage et clause de non-recours (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2020, n° 19-11.444, *AJ fam.* 2020, 362, J. Casey ; *RJPF* 2020, 23, J. Dubarry et E. Fragu ; *Dr. fam.* 2020, comm. 120, S. Torricelli-Chrifi ; *Dr. fam.* 2020, chr. 4, n° 16, V. Egéa ; et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 2020, n° 19-15.353, *Dr. fam.* 2021, comm. 6, S. Torricelli-Chrifi)**

Dans la première affaire, une clause de non-recours insérée dans un contrat de séparation de biens disposait que « chacun [des époux] sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature ». La Cour affirme tout d'abord la nature de fin de non-recevoir de la clause au plan procédural, pour juger ensuite sur la seconde branche qu'elle n'était pas un obstacle à l'action de l'un d'entre eux, pendant le mariage, d'agir pour contraindre l'autre à remplir, pour l'avenir, son obligation de contribuer aux charges du mariage. A cet effet, la Cour relève que « les conventions conclues par les époux ne peuvent les dispenser de leur obligation d'ordre public de contribuer aux charges du mariage ». Dans la seconde affaire, la même Cour, au visa des articles 214 et 1537 CC, approuve les juges du fond d'avoir constaté le caractère irréfragable de la présomption de participation aux charges du mariage résultant d'une telle clause, concluant logiquement qu'« un époux ne peut, au soutien d'une demande de créance, être admis à prouver l'insuffisance de la participation de son conjoint aux charges du mariage pas plus que l'excès de sa propre contribution » (déjà : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-21.892 ; *contra* : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2019, n° 18-14.571, *AJ fam.* 2019, 348, J. Casey ; *RTD civ.* 2019, 638, obs. B. Vareille). Si le principe de contribution aux charges du mariage est d'ordre public, considérer que la présomption de participation aux charges du mariage a un caractère irréfragable ne revient-il pas faire du premier principe une fiction ?

- **Disparité dans les conditions de vie pour l'octroi d'une prestation compensatoire, non prise en compte de l'avantage de la jouissance du domicile conjugal au titre du devoir de secours (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 2020, n° 19-20.615 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 Septembre 2020, n° 19-19.114, *Dr. fam.* 2020, comm. 159, C. Berthier)**

La jurisprudence est très abondante sur les conditions d'octroi de la prestation compensatoire. On peut cependant douter aujourd'hui de la pertinence de l'outil juridique qui se comprenait à une époque où l'un des conjoints, le plus souvent l'épouse, restait à la maison pour élever les enfants et se dédiait à son foyer en sacrifiant son avenir professionnel. A une époque où les deux conjoints travaillent, le plus souvent, la disparité des salaires ou revenus justifie-t-elle au moment du divorce une sorte de rente de situation ? Peut-être le législateur devrait-il revisiter l'instrument ...En attendant, la Cour de cassation est régulièrement saisie déterminant les éléments à prendre en compte pour l'appréciation de la disparité ; les juges doivent ainsi apprécier l'incidence d'une situation de concubinage (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 2018, n° 17-26947), du versement d'une contribution à l'éducation et l'entretien de l'enfant (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2018, n° 17-20281, FS-P-B-I), en revanche la perception de prestations familiales est indifférente (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2018, n° 17-28.432 ; 6 novembre 2019, n° 18-23.734). Dans les arrêts du 18 novembre 2020 et du 2 décembre 2020, c'est la prise en compte de la jouissance du logement conjugal à titre gratuit au titre du devoir de secours qui a été sanctionnée par la Haute juridiction. Il convient d'approuver cette solution, dès lors que par définition la mesure provisoire prend fin lors du prononcé du divorce. Dans tous les cas, les juges doivent se tenir aux éléments de preuve apportés par les parties dans la fixation des revenus, et présentés dans les conclusions, à défaut il y aurait grief de dénaturation au visa de l'article 4 CCP (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 2020, n° 19-19.001).

- **Constitutionnalité des modalités de révision d'une prestation compensatoire fixée sous forme de rente et application dans le temps des nouveaux textes (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 octobre 2020, 20-14.584 ; Déc. n° 2020-871 QPC du 15 janvier 2021)**

La Cour de cassation a transmis une question au Conseil constitutionnel relativement aux modalités de révision, suspension, suppression d'une prestation compensatoire octroyée avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 non seulement en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties mais aussi lorsque la situation où le maintien de la prestation procurerait au créancier un avantage manifestement excessif au regard des critères posés à l'article 276 du code civil. Il était soutenu que cette faculté de suppression n'était pas ouverte au jour où la prestation a été fixée, et que pour les prestations octroyées après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 un changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties est exigé. L'inconstitutionnalité de l'article 33-VI de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce (dans sa rédaction résultant de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures) est alléguée pour méconnaissance des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel a rendu sa décision, le 15 janvier 2021, concluant à la conformité totale, le droit antérieur prévoyant déjà la révision de la prestation compensatoire, « les créanciers de rentes viagères fixées sous l'empire du droit antérieur à la loi du 30 juin 2000 ne pouvaient légitimement s'attendre à ce que ne s'appliquent pas à eux, pour l'avenir, les nouvelles règles de révision des prestations compensatoires destinées à



remédier à de tels déséquilibres ».

- **Régime fiscal de la prestation compensatoire (Déc. n° 2019-824 QPC du 31 janvier 2020 ; Dr. fam. 2020, comm. 59, F. Douet)**

Aux termes de cette décision : « Le paragraphe II de l'article 199 octodécies du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, est contraire à la Constitution ». La disposition refusait au débiteur d'une prestation compensatoire mixte (sous forme de rente et sous forme de versement d'un capital fractionné) de bénéficier de la réduction fiscale pour la partie correspondant au capital. Mais le texte ayant été entre temps abrogé, F. Douet soulignait justement que les effets de la décision ne s'appliquent pas au nouveau texte résultant de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

- **Contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 septembre 2020, n° 18-25.429, AJ Fam. 2020, 596, J. Houssier)**

Celui qui a versé une contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant dont la filiation est ultérieurement contestée peut agir en répétition des sommes versées indûment en agissant contre le *solvens* dans la mesure des règles relatives à la prescription applicables aux créances périodiques. La Cour de cassation a jugé au visa des articles 2224 et 1376 CC (dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) que « Ce délai, qui correspond à la prescription de droit commun, est applicable, à défaut de dispositions propres aux quasi contrats, à l'action en répétition des paiements effectués en exécution d'une contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant fondée sur l'effet déclaratif d'un jugement accueillant une action en contestation de paternité ».

#### *b - Les effets du divorce, les créances entre époux, les régimes matrimoniaux, leur liquidation*

- **Convention des époux réglant les effets du divorce, demande d'homologation (Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2020, n° 19-10.088, FS-P-B-I, AJ fam. 2020, 307, note J. Casey ; Dalloz act., 3 mars 2020, obs. A. Bolze ; RTD civ. 2020, 353, A.-M. Leroyer ; RJPF 2020, Th. Garé ; LEFP avr. 2020, p. 5, J.-J. Lemouland ; LEFP mars 2020, p. 5, note L. Mauger-Vielpeau ; Dr. fam. 2020, comm. 68, A. Boulanger)**

L'article 268 CC permet aux époux de régler conventionnellement, tout ou partie des effets de leur divorce par convention, et de demander, en cours d'instance, l'homologation de leur accord. En l'espèce, l'époux reprochait aux juges du fond d'avoir déclaré irrecevable sa demande d'homologation au motif qu'elle aurait été présentée unilatéralement, sans que l'épouse n'ait conclu sur celle-ci, alors que la convention était signée par les deux époux. La Cour fait droit au demandeur dès lors que si le juge ne peut statuer sur une demande d'homologation « qu'en présence de conclusions concordantes des époux en ce sens », cela ne signifie pas que la demande soit présentée conjointement par les époux. Il s'ensuit que « la demande d'homologation d'une convention réglant tout ou partie des conséquences du

divorce présentée par un époux seul est recevable » et qu'il appartient aux juges du fond « de tirer les conséquences de l'absence d'accord de l'autre époux sur cette demande ». En somme, il ne suffit pas que la convention ait été signée par les parties, il faut encore que les deux ne s'opposent pas à son contenu au jour de la demande d'homologation, laquelle confèrera si elle est acceptée, la force exécutoire à l'accord des parties. Sous l'angle procédural, la demande d'homologation est recevable même si elle est formée par un seul, sur le fond, l'accord des parties doit demeurer au moment où le juge statue.

- **Les avantages matrimoniaux en divorce, révocation de la clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts (Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 2019, 18-26.337, *Dalloz act.*, 23 janv. 2020, obs. Q. Guiguet-Schiélé ; *AJ fam.* 2020, 126, obs. N. Duchange ; *RTD civ.* 2020, 175 et 178, obs. B. Vareille ; *D.* 2020, 635, obs. Th. Le Bars et L. Mauger-Vielpeau ; *Defrénois* 2020, n° 9, p. 23, obs. F. Letellier ; *Defrénois* 2020, n° 22-23, p. 44, obs. I. Dauriac ; *RLDC* 2020-4/181, p. 13, obs. M. Touchais ; *RJPF* 2020, 35, obs. J. Dubarry et E. Fragu)**

Rappelant la teneur de l'article 265 CC, selon lequel, les profits que l'un ou l'autre des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts peut retirer des clauses aménageant le dispositif légal de liquidation de la créance de participation constituent des avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial, ceux-ci étant révoqués de plein droit par leur divorce, sauf volonté contraire de celui qui les a consentis exprimée au moment du divorce, la Cour de cassation a rendu une décision largement commentée et critiquée. Après avoir retenu qu'il résulte de ce texte « qu'une clause excluant du calcul de la créance de participation les biens professionnels des époux en cas de dissolution du régime matrimonial pour une autre cause que le décès, qui conduit à avantager celui d'entre eux ayant vu ses actifs nets professionnels croître de manière plus importante en diminuant la valeur de ses acquêts dans une proportion supérieure à celle de son conjoint, constitue un avantage matrimonial en cas de divorce », la Cour a cassé l'arrêt d'appel ayant refusé cette qualification en l'assimilant à un instrument de gestion en ces termes : « que les futurs époux, en excluant leurs biens professionnels, ont voulu se rapprocher partiellement du régime séparatiste, sans pour autant en tirer toutes les conséquences sur leurs biens non professionnels » et « qu'en adoptant un tel régime, dès lors que Mme E... était pharmacienne et M. M... directeur d'un laboratoire d'analyses, ils entendaient rester maîtres chacun de la gestion de leur outil de travail et de son développement futur tout en permettant à l'autre de profiter pendant le mariage des revenus tirés de l'activité, voire à le protéger si le bien professionnel était totalement déprécié » (lire le commentaire très riche de B. Beignier, voyant dans cet arrêt non un coup d'arrêt aux régimes de participation aux acquêts, mais un point de départ pour la pratique notariale, accentué par le rappel des règles de responsabilité notariale par un arrêt ultérieur en cas de manquement à son obligation de conseil par le notaire : B. Beignier, « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : critiquons le Code civil, pas la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2021, étude 5 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 fév. 2020, n° 18-25.115, *Dr. fam.* 2020, comm. 101, obs. S. Toricelli-Chrifi ; *JCP N* 2020, 1089, obs. M. Storck ;

LEFP 2020, n° 4, p. 6, obs. N. Peterka.).

- **Calcul du profit subsistant en cas d'aliénation partielle d'un bien au moment de la liquidation de la communauté (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2020, n° 19-13.702)**

En application de l'article 1469, al. 3 CC, la Cour pose pour méthode de calcul : « lorsque la valeur empruntée à la communauté a servi à acquérir un bien propre qui se retrouve partiellement, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur pour avoir été aliéné pour partie avant la liquidation, le profit subsistant, qui se détermine d'après la proportion dans laquelle les fonds empruntés à la communauté ont contribué au financement de l'acquisition du bien propre, est évalué en appliquant cette proportion, respectivement, au prix de vente de la portion du bien aliénée et à la valeur au jour de la liquidation de l'autre portion du bien .»