



HAL
open science

Contentieux familial 2018

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

| Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial 2018. Recueil Dalloz, 2019. hal-04015370

HAL Id: hal-04015370

<https://hal.science/hal-04015370>

Submitted on 5 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 2018 - décembre 2018

Mélina Douchy-Oudot, Professeur à l'Université de Toulon, UMR-CNRS DICE 7318, Avocat SELARL Prudens-Juris

Les jours de « justice morte » interrogent sur la pertinence d'une énième réforme de nos juridictions et procédures. L'amplitude du projet de loi **de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice**, tout comme la nature des propositions, traduisent, pour le contentieux familial, une volonté de sous-traitance du contentieux en dehors des murs des juridictions.

Aux juges de faire en sorte d'inviter les parties, et leurs conseils, à trouver des solutions alternatives à leur saisine, à demander à d'autres qu'eux-mêmes le sceau de la force exécutoire, à désempir leurs rôles en n'assumant plus leur rôle ou, pour d'autres, pour le mieux retrouver. Ici, l'extension du recours à la médiation ayant pour fin reconnue d'« *alléger l'activité des juridictions* », mais aussi est-il doctement ajouté de « *favoriser des modalités plus apaisées et plus rapides de règlement des différends pour les citoyens* » (PL, 1.2.4), là, à titre expérimental, l'élargissement du nombre de personnes susceptible de délivrer des titres exécutoires portant sur les modifications de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (PJ, art. 6), ailleurs, enfin, une nouvelle et sans doute non ultime *simplification* de procédure de divorce (PL, art. 12) supprimant la requête 251, fameuse ONC, au profit d'une demande directe en divorce où la question des mesures provisoires, évoquée à l'article 254 reformulé supposerait encore une audience initiale, mais où le divorce reviendrait au giron commun de la procédure civile.

La justice est malade d'un *droit au juge* hypertrophié ayant conduit à l'implosion d'une institution devenue simple *service public*, plus qu'activité régaliennne de l'Etat. Un Etat, au demeurant, qui peine à prendre ses marques dans un contexte où l'office du juge interroge, et dont la transformation révèle sans aucun doute de profondes mutations des sources du droit, et corrélativement de la souveraineté. La période ante-révolutionnaire résonne sous la plume des aînés qui n'hésitent pas à dénoncer le dévoiement de la fonction juridictionnelle, que l'on songe à l'actuel contrôle de proportionnalité en matière de filiation, imposé aux juges du fond : « *Préservez-nous de l'équité des Parlements ! Quand il écarte la loi générale et abstraite, corrélativement l'égalité des citoyens devant la loi, le juge laïc n'est pas plus légitime que les Parlements d'Ancien Régime récusant la loi positive du Roi : par eux jugée contraire à la loi divine dont ils auraient été dépositaires par délégation même de l'onction royale et divine. Pour refuser la loi positive, adoptée par l'autorité légitime, il faut un vrai motif* » (G. Bolard, « *L'office du juge en procédure civile* », *Revue d'Assas*, 2017, p. 81).

Cette transformation des sources du droit prend corps avec une forme de transfert de légitimité du Parlement français, lieu de la volonté nationale, au fief strasbourgeois des droits de l'homme, lorsque celle-ci n'est pas cherchée auprès d'autres experts (sur la filiation et la

maternité de substitution, rapport des experts réunis à La Haye : <https://assets.hcch.net/docs/e5e9932e-c4b3-4192-aff9-896430c5700b.pdf>). Le tout dernier protocole n° 16 n'en est-il pas la fidèle expression qui permet à la plus haute juridiction judiciaire de l'Etat de saisir la Cour européenne pour avis depuis le mois d'août 2018 (G. Payan, « La saisine pour avis de la CEDH : entrée en vigueur du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue Lamy Droit civil*, juillet-août 2018, p. 32-36 ; F. Sudre, « Ratification de la France et entrée en vigueur du protocole n° 16. Une embellie pour la Conv. EDH ? », *JCP G* 2018, 473 ; V. Berger, « Le protocole n°16 à la convention européenne des droits de l'homme ou l'institutionnalisation du dialogue des juges », *Gaz. Pal.* 27 juin 2015, n° 178, p. 8 ; A. Dorange, « La saisine pour avis de la CEDH, c'est pour bientôt ! », *Revue Lamy de droit civil*, 2018/159, n° 6436 ; P. Januel, « La France sur la voie de la ratification du Protocole 16 à la Convention européenne », *Dalloz actualité*, 9 février 2018). La demande d'avis relative à l'établissement de la filiation à l'égard du parent d'intention en présence d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger qui a été posée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 octobre 2018 en rend compte (*Notre étude* : « *Le dialogue ou les dés pipés du protocole n° 16 en gestation pour autrui pratiquée à l'étranger* », *Rev. gén. de droit médical* 2018, p. 216 s. ; *Ass. plén. 5 octobre 2018*, n° 10-19.053)

Le contentieux familial devient le lieu d'affrontement de transformation d'une société révélant la crise d'autorité de la règle dans un contexte de crise de l'*imperium* de ceux qui ont vocation à la faire appliquer. La concertation, la conciliation, la médiation sont autant d'expressions où, sous couvert de pacification, se jouent un bras de fer entre le peuple et ceux qui ont mission de gouverner, la règle et les institutions ayant sinon perdu, du moins vu amoindrie leur légitimité. L'affrontement juridique policé des questions relatives au contentieux a pour écho dans les rues l'affrontement ouvert des forces de police avec un horizon jaune, symbolisant tout à la fois le crépuscule d'un temps qui s'achève, et l'espérance d'une aube nouvelle. L'assentiment direct du peuple à la règle marque le tournant décisif d'une démocratie à l'agonie où la représentativité a vécu. Le contentieux s'en fait, à sa mesure, l'écho.

Le propos se limitera comme à chaque panorama au contenu technique de l'année précédant sa publication, 2018 l'année d'un cinquantenaire. Si les projets de lois sont massifs – projet de loi 2018-2022 sur la justice, projet de réforme de la justice des mineurs, projet réforme de la loi bioéthique avec ouverture discuté de la PMA au couple de femme (*sur le refus actuel* : *CE*, 28 sept. 2018, n° 421899, *AJ Famille* 2018, p. 687, A. Dionisi-Peyrusse) – les textes eux-mêmes pour le contentieux familial ont une part congrue en 2018. Ce panorama sera orienté sur les apports ou les rappels jurisprudentiels du contentieux familial, même si méritent d'être renvoyé en liminaire à la lecture des importants décrets (*D. n° 2018-655*, 24 juillet 2018 : *JO* 26 juill. 2018, texte 12 ; *D. n° 2018-656*, 24 juill. 2018 : *JO* 26 juillet 2018, texte 13) et arrêté (*A.*, 25 juin 2018 : *JO* 26 juill. 2018, texte 14) permettant la mise en application de l'article 41 de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 ayant confié aux CAF (ou MSA), en l'absence de décision de justice ou d'acte notarié antérieurs, la possibilité de délivrer des titres exécutoires aux accords relatifs à la contribution à l'entretien et à

l'éducation de l'enfant, passés entre parents ayant vécu en concubinage ou en pacs (*AJ Famille 2018 p.454, obs. V. Avena-Robardet ; Procédures 2018, comm. 289, C. Laporte et comm. 303, nos obs.*), ainsi qu'au décret n° 2018-1219 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures de procédure civile relatives à la reconnaissance transfrontalière des décisions en matière familiale, à la communication électronique et au rôle du ministère public en appel (*JO 26 déc. 2018 ; Procédures 2019, comm. 49, C. Nourissat*) ayant notamment modifié les articles 509-1 et suivants du code de procédure civile pour la mise en application des règlements européens *Régimes matrimoniaux (Règl. (UE) 2016/1103)* et *Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (Règl. (UE) 2016/1104)*. De façon plus indirecte, on n'ignorera pas, pour l'année écoulée, les répercussions de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (*AJ Famille 2018 p. 638, obs. V. Avena-Robardet*), celles de la loi n° 2018-84 du 13 février 2018 créant un dispositif de don de jours de repos non pris au bénéfice des proches aidants de personnes en perte d'autonomie ou présentant un handicap (*C. trav., art. L. 3142-25-1*), ou encore celles de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 dont, avec quelque inquiétude, un auteur relevait l'absence de précision relative aux obligations alimentaires s'agissant de leur compensation (*C. Rieubernet, «La compensation des obligations alimentaires : nouveautés et incertitudes », Dr. famille 2019, étude 3*).

I – Conjugalités

1 – Les statuts conjugaux

- **Un congé de paternité refusé à la partenaire de la mère (CEDH, 18 janv. 2018, n° 46386/10, Hallier et a. c/ France, D. 2018, 919, obs. D. R. ; Dr. famille 2018, comm. 81, S. Dumas-Lavenac ; comm. 93, H. Fulchiron)**

La discrimination n'a pas été établie en l'espèce dès lors que le principe s'appliquait à tous les PACS, entre personne de même sexe ou non. L'arrêt ne vaut que pour mémoire dès lors que l'actuel article L. 1225-35 C. trav. dispose en son alinéa premier : « *après la naissance de l'enfant et dans un délai déterminé par décret, le père salarié ainsi que, le cas échéant, le conjoint salarié de la mère ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficient d'un congé de paternité et d'accueil de l'enfant de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples* ».

- **La définition du concubinage rappelée à l'occasion d'un assurance décès (Civ. 1^{re}, 3 octobre 2018, n° n° 17-13.113, AJ Famille 2018, p. 608, M. Saulier)**

La preuve de la vie commune est nécessaire à l'établissement du concubinage au sens de l'article 515-8 CC : « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes qui vivent en couple ; (...) qu'après avoir énoncé que le versement du capital décès prévu au contrat souscrit par D Z impliquait que M. X établisse sa qualité de concubin au jour du décès, l'arrêt relève que la*

preuve de la vie commune à cette date n'est rapportée ni par les factures d'électricité ni par la mention des noms de M. X et M^{me} Z sur le bail locatif, celui-ci datant de 1996 et les avis d'échéances postérieurs ne faisant que reproduire son intitulé ; qu'il constate qu'en raison de leur imprécision, les attestations ne permettent pas de déterminer si M. X vivait avec elle au moment du sinistre ; qu'il ajoute que les avis d'imposition font apparaître une "M^{me} X", qui, n'ayant ni le même numéro fiscal ni la même date de naissance, ne peut être D Z ».

2 – La rupture du lien

- **L'attribution du logement familial appartenant à une SCI au moment du divorce (Civ. 1^{re}, 14 mars 2018, n° 17-16.482, Rev. sociétés 2019, 59, obs. E. Naudin ; RTD civ. 2018, 469, obs. B. Vareille)**

Au moment de la séparation, le lieu de résidence de la famille est essentiel pour celui chez lequel est fixée la résidence des enfants. Lorsque les époux ont constitué une SCI pour acquérir un bien pour loger la famille, laquelle est détenue à 99% des parts par l'un d'eux, il est impératif de prévoir pour l'autre et les enfants le droit d'occuper le bien, le cas échéant à la rupture la famille perd tout droit d'y demeurer.

II – Parentés

- **Action relative à la filiation et autorité parentale, articulation des compétences juridictionnelles (Civ. 1^{re}, 3 octobre 2018, n° 17-23627, AJ Famille 2018, p. 605, J. Houssier; Dr. Famille 2017, comm. 101, obs. H. Fulchiron)**

Une action en contestation de paternité est diligentée aux fins d'établissement de la paternité de l'amant de la mère, lequel, dans le même temps, demande l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant. Le demandeur doit-il être contraint à deux procédures, l'une devant le tribunal de grande instance pour la filiation, l'autre devant le juge aux affaires familiales pour l'autorité parentale ? L'article 331 CC énonce afin d'éviter les dissociations procédurales : « lorsqu'une action est exercée en application de la présente section, le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom ». Dans le même sens, l'article 337 CC dispose que « lorsqu'il accueille l'action en contestation, le tribunal peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait ». Il aurait été dès lors surprenant d'imposer une saisine ultérieure du juge aux affaires familiales à celui qui ayant contesté la filiation paternelle de l'enfant, et fait établir corrélativement sa propre filiation, demande l'exercice de l'autorité parentale. La solution de la Cour de cassation s'inscrit dans la volonté d'économie des procédures en permettant au tribunal saisi de l'action en contestation et en établissement de la paternité de statuer directement sur l'exercice de l'autorité parentale, nonobstant l'article 372, al. 3 CC.

- **Expertise biologique et référé 145 CPC (Civ. 1^{re}, 12 juin 2018, n° 17-16.793, AJ fam. 2018, 397, obs. J. Houssier ; RTD civ. 635, obs. A.-L. Leroyer ; Dr. famille 2018, comm.**

211 ; Procédures 2018, comm. 245, obs. Y. Strickler ; comm. 255, nos obs.)

L'article 16-11 CC interdit la recherche de vérité biologique par empreinte génétique indépendamment de l'action au fond relative à la filiation. La Cour de cassation étend la solution à l'analyse sanguine : « *dès lors que les expertises biologiques en matière de filiation poursuivent une même finalité et présentent, grâce aux évolutions scientifiques, une fiabilité similaire, cette jurisprudence doit être étendue aux examens comparés des sangs* » (pour les empreintes génétiques : Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n° 15-16.696). La Cour refuse encore de dissocier recherche du lien biologique et recherche de la filiation. On pourrait cependant s'interroger aujourd'hui en raison du principe immergé de contrôle de proportionnalité dans tout le droit de la famille notamment, sur l'actualité de la solution au vu du nouveau droit à l'identité des personnes. Dans un arrêt de 2016 relatif au recours cette fois aux empreintes génétiques en référé, la Cour de cassation avait pris soin de préciser à propos des dispositions de l'article 16-11, al. 5 CC : « *que ces dispositions, qui ne privent pas M. X... de son droit d'établir un lien de filiation avec l'enfant ni de contester une paternité qui pourrait lui-être imputée, ne portent pas atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale ; qu'elles ne méconnaissent pas davantage le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». Lorsque l'action au fond relative à la filiation est prescrite, la proportionnalité alléguée sera-t-elle toujours établie ?

- **Filiation et contrôle de proportionnalité (Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938, Procédures 2019, comm. 17, nos obs. et 21 nov. 2018, n° 17-21.095, JCP G 2019, 41, nos obs.)**

La prescription des actions relatives à la filiation a-t-elle pour effet de violer le droit à la vie privée et familiale des individus, en particulier le droit à l'ascendance génétique, encore désigné sous le vocable droit à l'identité (déjà : CEDH, 13 juill. 2006, n° 58757/00, aff. Jäggi c/ Suisse : Dr. famille 2008, étude 14 ; RTD civ. 2006, p. 727, obs. Marguénaud ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. J. Hauser ; Defrénois 2008, n° 5, p. 573, obs. J. Massip. – CEDH, 16 juin 2011, n° 19535/08, Pascaud c/ France). L'équilibre que doit apprécier le juge, selon les nouvelles tendances jurisprudentielles des juridictions, est celui des intérêts privés familiaux et celui des intérêts publics (déjà : Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 : JurisData n° 2015-013923 ; Dr. famille 2015, comm. 163, C. Neirinck ; D. 2015, p. 2365, note H. Fulchiron ; RTD civ. 2015, p. 596, obs. J. Hauser).

En l'occurrence, une dame avait été inscrite à l'état civil comme étant née de Paulette K. et Jacques Y., son époux, ultérieurement décédés. Par testament authentique reçu le 5 octobre 2010, Guy C. a déclaré la reconnaître comme étant sa fille, puis est décédé. Celle-ci a agi en contestation de la paternité de Jacques Y. et établissement de celle de Guy C. Ayant répondu aux questions relatives à la prescription, la Cour examine la question de la prescription à l'aune de l'article 8 de la Conv. EDH. étant précisé « *que ces dispositions sont applicables en l'espèce dès lors que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* ». Le contrôle de conventionnalité

est soigneusement opéré selon qu'il est désormais devenu d'usage :

« Attendu que, si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée, cette ingérence est, en droit interne, prévue par la loi, dès lors qu'elle résulte de l'application des textes précités du Code civil, qui définissent de manière claire et précise les conditions de prescription des actions relatives à la filiation ; que cette base légale est accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets ; Qu'elle poursuit un but légitime, au sens du second paragraphe de l'article 8 précité, en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique ; Que les délais de prescription des actions en contestation de paternité ainsi fixés par la loi, qui laissent subsister un délai raisonnable pour permettre à l'enfant d'agir après sa majorité, constituent des mesures nécessaires pour parvenir au but poursuivi et adéquates au regard de cet objectif ; Que, cependant, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces délais légaux de prescription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'intéressé, au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu ». La Cour conclut par la négative. Elle rejette le pourvoi. Les juges du fond ont concrètement vérifié la proportionnalité de l'atteinte par rapport au but poursuivi (sur ce mécanisme, déjà : G. Bolard, « Du formalisme pathologique au « contrôle de proportionnalité » » (D. 2017, p. 2192 ; et l'étude crit. Précitée « L'office du juge en procédure civile », Revue d'Assas, 2017, p. 81).

En l'espèce, la demanderesse avait tout loisir d'agir dans les délais, dont il est dit qu'ils étaient « très importants », pour que son action relative à la filiation soit recevable, que bien qu'ayant des liens affectifs avec Guy C. elle ne l'avait pas jugé utile. Il est souligné de façon allusive mais cependant claire que l'action en l'occurrence se révélait davantage comme action successorale que comme action relative à la filiation ou encore comme moyen d'accès à son identité : « elle a attendu son décès, le [...], et l'ouverture de sa succession pour exercer l'action ». Ceci permet à la Cour de cassation d'approuver les juges du fond ayant déduit que « le délai de prescription qui lui était opposé respectait un juste équilibre et qu'il ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale ». Par cet arrêt, il semble que l'on s'oriente vers un refus de la haute juridiction de faire imposer le droit des successions, en particulier les règles de dévolution ab intestat. L'action relative à la filiation ne doit pas simplement cacher une action successorale. Pour qu'il y ait atteinte à la vie privée, il semble nécessaire, mais seule la jurisprudence ultérieure le révélera, que l'atteinte ait été portée au droit à l'identité ou à l'ascendance génétique et non à des intérêts exclusivement patrimoniaux.

L'arrêt du 21 novembre 2018, quant à lui, va reprocher aux juges du fond, à propos de prescription opposée à une action relative à la filiation, d'avoir conclu à l'absence d'atteinte au droit à la vie privée et familiale du demandeur, « sans rechercher, comme elle y était invitée, si, concrètement, dans l'affaire qui lui était soumise, la mise en œuvre de ces délais légaux de prescription n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre était ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu » (et

aussi : CEDH, 5 avr. 2018, n° 15074/08, D. c/ Bulgarie, Dr. famille 2018, comm. 149, H. Fulchiron).

- **Avis négatif de la Cour de cassation à la demande d'acte de notoriété au profit d'un concubin de même sexe que le parent à l'égard duquel la filiation est établie (Cass. Avis, 7 mars 2018, n° 15.003, Dr. famille 2018, 1, rapport de Mme Le Cotty)**

Au visa des articles 317 et 320 CC, la question a été posée de l'attribution d'un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au profit d'un concubin de même sexe que le parent à l'égard duquel la filiation a été établie. La Cour est d'avis que le juge d'instance ne peut pas délivrer un tel acte, dès lors que le seul mode reconnu de filiation par la loi du 17 mai 2013, et conformément à l'article 6-1 CC, pour les personnes de même sexe à l'égard d'un même enfant est l'adoption.

- **Refus d'adoption plénière par l'ex concubine de la mère de l'enfant (Civ. 1^{re}, 28 fév. 2018, n° n° 17-11.069, AJ famille 2018, p. 226, M. Saulier)**

Le couple n'étant pas marié, l'adoption plénière a été refusée dès lors que les conditions de reconnaissance naturelle de la filiation n'étaient pas réunies. L'établissement d'un lien de filiation maternelle aurait conduit à la disparition du lien de filiation biologique de la mère.

- **Les batailles de la filiation autour de la GPA (CA Paris, 30 janv. 2018, AJ Famille 2018 p.171, A. Le Gouvello)**

Les questions relatives à la filiation en lien avec les gestations pour autrui pratiquées à l'étranger sont encore nombreuses. S'il est acquis que le lien de filiation, en France, doit être reconnu à l'égard du parent biologique, les interrogations demeurent relativement au parent d'intention (*Ass. plén. 5 octobre 2018, n° 10-19.053*).

Les juges du fond n'adoptent pas tous les mêmes solutions. C'est ainsi que par application des critères tirés de l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel de Paris n'ayant pas été suffisamment renseignée sur les conditions de naissance d'un enfant en Inde, en particulier sur l'intention de la mère à l'égard de celui-ci, a refusé l'adoption de celui-ci par le conjoint du père (*déjà : TGI Évry, 2 oct. 2017, n° 17/01775; A. Mirkovic, Adoption après GPA : le TGI d'Évry fait de la résistance, Éd. législatives, 23 nov. 2017 ; A. Cheynet de Beaupré, Le petit poucet d'Évry retrace le chemin en matière d'adoption post GPA, RJPf 2017-12*). Sur la même argumentation, la cour validera quelques mois plus tard des adoptions plénières pour lesquelles le consentement de la gestatrice était fourni (*CA Paris, 18 septembre 2018, n° 16/23402, AJ Famille 2018, p. 616, A. Dionisi-Peyrusse*).

Le TGI de Nantes, lui, a plus radicalement réglé la difficulté en opérant transcription de l'acte de naissance, y compris à l'égard de la mère d'intention (*TGI Nantes, 14 décembre 2017, n° 16/04096, AJ Famille 2018, p. 180, A. Dionisi-Peyrusse*). Quant à la Cour de cassation, elle rappelle que la réalité de l'article 47 du code civil s'agissant de la désignation de la mère est la réalité de l'accouchement (*Civ. 1^{re}, 14 mars 2018, n° 17-50.021, AJ Famille 2018, p. 198, A. Dionisi-Peyrusse*).

A défaut d'avoir pu obtenir gain de cause devant les juridictions françaises, la condamnation obtenue par la CEDH permet désormais le réexamen des décisions définitives (Cass. cour réexamen, 16 fév. 2018, n° 17-RDH-002, pour un réexamen du pourvoi).

- **Le secret des origines et la PMA (CE, 28 décembre 2017, n° 396571, AJ Famille 2018, 181, J. Houssier)**

Un enfant né de gamètes « anonymes » a demandé à avoir accès à l'identité de son géniteur. Le Conseil d'Etat confirme en contentieux l'avis négatif qu'il avait déjà donné (*CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981, AJ famille 2013, 405, A. Dionisi-Peyrusse ; D. 2014, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2013, 1626, obs. R. Grand*), concluant à la non-violation des articles 8 et 14 de la Conv. EDH. La solution est pour le moins surprenante qui refuse à l'enfant conçu *ab initio* sans lien avec l'un de ses parents la possibilité d'établir son ascendance génétique.

III – Conflits dans les familles

A – Conflits d'autorité dans les familles

1 – L'exercice de l'autorité parentale

- **L'autorité des parents cède devant celle des médecins lorsque leur opposition conduit à une obstination déraisonnable au sens du code de la santé publique (CE, 5 Janvier 2018 - n° 416689)**

L'arrêt des soins pour le maintien en vie d'une adolescente peut être décidée par l'équipe médicale contre l'avis des parents dans la mesure de l'article L.1110-5-1 CSP.

- **Le refus de délégation croisée d'autorité parentale opposé par la France est validé par la CEDH (CEDH, 6 fév. 2018, req. n° 6190/11, AJ Famille 2018 p.228, J. Houssier)**

Un couple de femmes a recours chacune successivement à cinq ans d'intervalle à une insémination en Belgique, chacune souhaitant que l'autre se voit attribuer une délégation d'autorité parentale sur son enfant par application de l'article 377 CC. Pour refuser, la Cour de cassation avait retenu que « *si l'art. 377, al. 1^{er}, c. civ. ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* » (*Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-12.623, AJ famille 2010, 394, F. Chénéde ; D. 2011, 1585, F. Granet-Lambrechts ; RDSS 2010, 1128, note C. Neirinck ; RTD civ. 2010 ; 547, obs. J. Hauser*). Invoquant devant la Cour européenne le fait que la solution française aurait été fondée seulement sur leur orientation sexuelle, les mères n'obtiennent pas gain de cause dès lors qu'elles « se trouvent dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel dans le cadre d'une famille recomposée, où le ou la partenaire du parent vit avec un enfant avec lequel il n'a pas de lien biologique et qu'il élève », rien ne justifiant au vu des circonstances la nécessité d'une délégation mutuelle.

2 – La résidence de l'enfant, le droit de visite et d'hébergement

- **L'application de Bruxelles II bis applicable au droit de visite des grands-parents (CJUE, 31 mai 2018, n° C-335/17, AJ famille 2018, p. 394, E. Viganotti)**

La notion de *droit de visite*, de l'art. 1^{er}, § 2, sous a), ainsi qu'à l'art. 2, points 7 et 10, du règlement (CE) n° 2201/2003, du 27 nov. 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale inclut celui des grands-parents.

- **La prise en considération des sentiments de l'enfant désireux de demeurer chez ses grands-parents maternels (CEDH, 18 déc. 2018, n° 76598/12, Khusnutdinov et X c/ Russie, Dr. famille 2019, comm. 29, C. Delmas)**

A la suite du décès de sa mère, un enfant de dix ans est placé chez ses grands-parents maternels pendant presque deux ans. Son père ayant demandé à ce que la résidence soit fixée chez lui, la cour européenne insiste sur l'importance de prendre en considération la volonté exprimée par la mineure ayant une maturité suffisante, celle-ci, âgée de 13 ans, avait indiqué vouloir rester avec ses grands-parents. Ceci n'a cependant pas exclu le contrôle de la Cour sur l'intérêt objectif et avéré en l'espèce à ce qu'elle demeure auprès d'eux. Le début de la même année, la Cour européenne avait rappelé que, même dans le contexte d'un enlèvement international d'enfant, la volonté des enfants doit être entendue (CEDH, 4^e sect., 30 janv. 2018, req. n° 51323/14, *Edina T. c/ Hongrie*).

B – Conflits patrimoniaux des familles

1 – Les contributions, pensions et prestations

- **La disparité dans les conditions de vie et la vie en concubinage pour décider l'octroi d'une prestation compensatoire (Civ. 1^{re}, 21 novembre 2018, n° 17-26947, Dr. famille 2019, comm. 26, J.-R. Binet)**
- Pour décider l'octroi d'une prestation compensatoire, les juges du fond doivent, l'exigence est classique, vérifier « si la situation de concubinage de l'épouse n'avait pas une incidence sur l'appréciation de la disparité que la rupture du mariage était susceptible de créer dans les conditions de vie respectives des époux ». En l'occurrence, les juges avaient retenu à tort « que le fait que l'épouse ait un concubin est indifférent, dès lors que la pérennité de ce concubinage n'est pas plus acquise que celle du célibat du mari ». La solution était déjà acquise s'agissant de l'octroi de la prestation ou de la révision du montant de la prestation compensatoire allouée (Civ. 1^{re}, 25 avril 2006, n° 05-15.706 et n° 05-16.345, *Dr. Famille 2006, comm. 130, V. Larribau-Terneyre*). Les juges par ailleurs pour calculer les charges devront également retenir le montant de la contribution à l'éducation des enfants versée par le débiteur (Civ. 1^{re}, 4 juillet 2018, n° 17-20.281, *S. Thouret*).

- **La disparité dans les conditions de vie et l'indifférence des situations pécuniaires respectives avant la célébration du mariage pour décider l'octroi d'une prestation compensatoire (Civ. 1^{re}, 11 avril 2018, n° 17-18.375, Dr. famille 2018, comm. 177, J.-R. Binet)**

Les circonstances antérieures au mariage, en particulier la différence de fortune des époux, sont indifférentes alors même que la disparité se serait maintenue en cours d'union. L'épouse était vendeuse, et avait par la suite continué à exercer cette profession, mais cette fois dans l'entreprise de son mari, bijoutier.

- **La non prise en compte des prestations familiales pour l'octroi d'une prestation compensatoire (Civ. 1^{re}, 7 novembre 2018, n° 17-28.432 ; 5 sept. 2018, n° 17.17.660)**

L'éducation passe par la répétition, l'unification de la jurisprudence également. La Cour rappelle régulièrement aux juges du fond « *les prestations familiales, destinées à l'entretien des enfants, ne constituent pas des revenus bénéficiant à un époux* » et sont donc indifférentes pour apprécier la rupture dans la disparité des conditions de vie des époux (*déjà : Civ. 1^{re}, 15 nov. 2017, n° 16-20.653, Dr. famille 2018, comm. 28, obs. A.-M. Caro*).

- **La non prise en compte du devoir de secours pour le calcul de la prestation compensatoire (Civ. 1^{re}, 28 février 2018, n° 16-29.101)**

Le versement d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours étant une obligation du mariage, les juges du fond n'ont pas à tenir compte de celle-ci au moment de statuer sur la seule prestation compensatoire (*déjà sur la distinction : Civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 16-26.726, Dr. famille 2018, comm. 61, J.-R. Binet*).

- **Le point de départ des intérêts dus au titre de la prestation compensatoire (Civ. 1^{re}, 7 fév. 2018, n° 17-14184)**

Ils « sont dus à compter de la date à laquelle la décision prononçant le divorce devient irrévocable ».

- **La loi applicable aux arriérés de pension alimentaire (CJUE, 7 juin 2018, aff. C-83/17, Dalloz actualité 19 juin 2018, obs. F. Mélin ; Dr. Famille 2018, comm. 291, M. Farge)**

Le changement de résidence habituelle entre deux Etats membres de l'union européenne entraîne changement de la loi du for en matière d'obligations alimentaires (*Règl. n° 4/2009 du 18 décembre 2008, et Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, art. 4 ; C. Nourissat, « La loi applicable », AJ famille 2009, 101*). Lorsque des arriérés de pension sont dus, quelle loi faut-il appliquer ? La CJUE répond clairement que « *dans une situation dans laquelle le créancier d'aliments, qui a changé de résidence habituelle, introduit devant les juridictions de l'État de sa nouvelle résidence habituelle une demande d'aliments contre le débiteur pour une période passée au cours de laquelle il résidait dans un autre État membre, la loi du for, qui est aussi la loi de l'État de sa nouvelle résidence habituelle, peut trouver à s'appliquer si les juridictions de*

l'État membre du for étaient compétentes pour connaître des litiges en matière d'aliments concernant ces parties et se rapportant à ladite période ».

2 - Les créances entre époux, les régimes matrimoniaux, leur liquidation

- **La compétence à titre incident du tribunal de grande instance pour statuer sur la composition de la communauté (Civ. 1^{re}, 19 déc. 2018, n° 17-27145, Procédures 2019, comm. 42, Y. Strickler)**

L'attribution de compétence n'exclut pas les compétences à titre incident du droit commun de la procédure civile des articles 49 et 51 CPC, sauf le cas de compétence exclusive. En l'espèce, dans le cadre d'une instance en divorce, l'épouse agit devant le tribunal de grande instance en nullité de la cession d'actions de société effectuée par l'époux. L'époux demande un sursis à statuer arguant de la compétence exclusive dévolue au juge aux affaires familiales par l'article L. 213-3 C. org. Judic. La Cour de cassation ne remet pas en cause le caractère exclusif du juge aux affaires familiales pour statuer sur la liquidation et le partage de la communauté, mais estime que celle-ci n'est pas opposable au tribunal de grande instance lorsqu'il s'agit à titre incident de statuer sur la composition de la communauté, en l'occurrence sur le caractère propre ou commun des actions cédées par l'époux.

3 – Les successions et libéralités

- **Office du juge et liquidation, le juge ne peut déléguer son pouvoir au notaire (Civ. 1^{re}, 12 juin 2018, n° 17-14.381, AJ famille 2018, p. 556, obs. N. Levillain)**

Appelé à déterminer le profit subsistant au sens de l'article 1469, al. 3 CC, une cour d'appel ne peut renvoyer les parties au notaire liquidateur. En l'espèce, les juges avait relevé que la succession Monsieur était débitrice, non pas de la dépense faite par Madame pour la construction de l'immeuble destiné au domicile conjugal constituant un bien de son époux, mais du profit subsistant au sens de l'article 1469 du code civil, il avait, à tort, conclu qu'il appartiendrait « au notaire commis de déterminer celui-ci, au besoin à l'aide d'un expert immobilier ». L'arrêt d'appel est cassé dès lors qu'en « *se dessaisissant et en déléguant ses pouvoirs au notaire liquidateur, alors qu'il lui incombait de trancher elle-même la contestation dont elle était saisie, la cour d'appel a méconnu son office* », violant l'article 4 CPC.

- **Action successorale et liquidation judiciaire de l'un des héritiers (Com. 21 nov. 2018, n°1712761, Dalloz actualité 10 déc. 2018, obs. X. Delpech ; Dr. Famille 2019, comm. 34, M. Nicod)**

Lorsqu'un successible est mis en liquidation judiciaire, la Cour de cassation donne une leçon en trois points : *primo*, « *lorsqu'est pendante, à la date du jugement d'ouverture de sa liquidation judiciaire, une instance relative aux opérations de compte, liquidation et partage d'une indivision successorale dans laquelle il a des droits à faire valoir en qualité d'héritier, le débiteur dispose d'un droit propre pour continuer à défendre seul dans cette instance et n'est donc pas dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens et de ses droits*

relativement à une telle action », secundo, il n'y a pas lieu à déclaration de la créance dès lors que « le rapport s'effectue en valeur, par voie d'imputation de la valeur de la libéralité rapportable sur la part de l'héritier gratifié, et qu'il résulte de l'article 826 du code civil que ce n'est qu'au moment du partage qu'est due l'éventuelle créance de soulte compensant l'inégalité des lots et dont le gratifié peut être débiteur envers ses cohéritiers ; qu'il s'ensuit que l'instance tendant au rapport à une succession par un débiteur mis en liquidation judiciaire ne s'analyse pas en une instance en cours au sens de l'article L. 622-22 du code de commerce ». Tertio, « le liquidateur n'en doit pas moins être mis en cause dans une telle instance, en raison de l'indivisibilité de son objet entre le débiteur et son liquidateur, dès lors qu'elle a une incidence patrimoniale ».