

2. Droit des personnes & de la famille

Chronique dirigée par **Éléonore CADOU**, Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion

2.2. DROIT DE LA FAMILLE

2.2.1. Filiations - Contentieux fonctionnel de la filiation

Divorce – Filiation – Preuve – Nouvelles technologies (NTIC)

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 28 septembre 2012, RG n° 11/01745

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 6 juin 2012, RG n° 11/01294

Éléonore CADOU

Le droit extrapatrimonial de la famille, qui est un droit des relations humaines, ne peut ignorer les nouvelles techniques de communication : courriels, SMS ou photographies circulant *via* un téléphone portable, sites de rencontres et réseaux sociaux s'invitent de plus en plus fréquemment dans le huis clos des juridictions familiales.

Ces nouvelles technologies, qui permettent une communication individualisée, préservent *a priori* l'intimité de celui qui en fait usage. Fini le temps où le mari infidèle devait chuchoter ses mots doux dans le téléphone fixe du salon familial, bannie l'époque où l'épouse adultère devait guetter le passage du facteur pour intercepter les lettres de son amant : désormais chacun possède un téléphone portable et une boîte à mails personnelle, et le secret des correspondances paraît ainsi bien gardé. Mais, à l'épreuve, cette discrétion numérique s'avère totalement illusoire. Parce qu'ils sont dotés de puces ou de disques durs engrangeant toutes les informations, ordinateurs et GSM procurent à qui sait s'en servir des preuves faciles d'accès, que l'article 259-1 du Code civil ne permettra d'écarter que s'il est démontré qu'elles ont été obtenues « *par violence ou par fraude*¹ ».

Ainsi, dans les instances en divorce, la preuve de la faute pourra résulter tantôt de courriels émis par le conjoint², tantôt de « minimessages » ou SMS

¹ On sait que la jurisprudence est particulièrement favorable au demandeur, puisqu'elle considère qu'il incombe à celui qui invoque la violence ou la fraude d'en rapporter la preuve (Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, *Bull.* n° 213) et que le seul fait de l'absence de remise volontaire ne saurait faire présumer la fraude (TGI Versailles, 18 dec. 2000, *Dr. Fam.* 2001, n° 57, note LECUYER).

² Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, préc.

reçus sur le téléphone portable professionnel de celui-ci³. Il a également été jugé que la faute pouvait être démontrée grâce à l'analyse du disque dur de l'ordinateur installé dans la chambre du conjoint, lequel avait quitté le domicile conjugal⁴.

Deux affaires réunionnaises donnent de nouvelles illustrations des facilités probatoires que les nouvelles technologies peuvent procurer en droit de la famille.

Dans la première espèce [RG n° 11/01294] un époux tentait de démontrer le comportement injurieux de sa femme, en rapportant qu'elle s'était inscrite sur un site internet de rencontres amoureuses. Toutes proportions gardées, cette histoire rappelle une récente affaire nîmoise, où le mari assignait son épouse aux fins d'annulation du mariage, en démontrant que celle-ci proposait des relations sexuelles tarifées, *via* un site internet d'*escort girls*⁵.

Dans la seconde espèce [RG n° 11/01745] le litige porté en appel ne concernait pas la faute cause de divorce, mais la fixation de la résidence principale des enfants communs après séparation des parents. La Cour d'appel relève quelques éléments démontrant l'instabilité de la mère, et conclut en estimant « *que les échanges sur Facebook (de la mère) avec sa fille sont également révélateurs de ce qu'elle préfère entretenir le conflit avec une adolescente plutôt que (...) se situer dans la résolution du conflit* ». En conséquence, la Cour décide non seulement de fixer la résidence principale des enfants chez leur père, mais elle impose en outre à la mère un cadre médiatisé pour l'exercice de son droit visite, aux jours et heures convenus avec l'Union départementale des associations familiales.

Où l'on voit qu'en droit de la famille comme ailleurs, les règles probatoires suivent de près l'évolution des modes de communication. Mieux vaut être conscient que l'apparence de confidentialité offerte par les nouvelles technologies n'est qu'un leurre, et peut facilement se retourner contre leurs utilisateurs.

³ Civ. 1^{re}, 17 juin 2009, *Bull.* n° 132 ; *JCP* 2010, 34, n° 5, obs. GOUTTENOIRE ; *Defrénois* 2010, 864, obs. MASSIP ; *Dr. Fam.* 2009, n° 124, obs. LARRIBEAU-TERNEYRE ; *RTDCiv.* 2009, 514, obs. HAUSER.

⁴ CA Aix-en-Provence, 6 mai 2010, *Dr. Fam.* 2010, n° 164, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁵ CA Nîmes, 8 février 2012, RG n° 10/05679.

Filiation – Fixation de la résidence principale de l'enfant en cas de séparation des parents – Départ d'un parent en métropole – C. civ., art. 373-2.

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 1^{er} aout 2012, RG n° 12/01204

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 8 aout 2012, RG n° 12/01205

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 8 aout 2012, RG n° 11/00090

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 10 aout 2012, RG n° 12/01392

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 14 aout 2012, RG n° 12/01205

Éléonore CADOU

L'article 373-2 du Code civil, qui fixe les règles d'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés, génère à La Réunion un contentieux particulièrement abondant. En raison de l'insularité et de l'éloignement de la métropole, les questions de la fixation ou du changement de la résidence principale de l'enfant peuvent s'avérer cruciales dès lors que l'un des parents décide de quitter le département. Les juges s'attachent généralement à vérifier la légitimité du changement de résidence (1), l'information de l'autre parent (2), ainsi bien sûr que l'intérêt de l'enfant (3). La fixation de la résidence de l'enfant emportera des conséquences en termes de compétence territoriale (4).

1- Légitimité du changement de résidence

Les raisons professionnelles sont fréquemment invoquées pour légitimer le changement de résidence de l'un des parents. La démarche pourra être validée si le parent justifie de vaines recherches d'emploi à La Réunion [RG n° 11/00090], et l'obtention d'un emploi ou d'une formation professionnelle en métropole [RG n° 12/01205]. Cela sera également le cas s'il s'avère que les époux étaient venus s'installer à La Réunion pour une période limitée de 3 ans, suite à la mutation de l'époux militaire [RG n° 12/01204]. Dans la même espèce, les juges ont été sensibles au fait que la mère exerce une profession facilement exportable, qu'elle n'aurait donc aucune difficulté pour retrouver un emploi dans son secteur d'activité, et que son choix de ne pas retourner vivre en métropole comme cela était prévu initialement entre les époux résulte de convenances purement personnelles.

2- Information de l'autre parent

L'article 373-2 dispose que tout changement de résidence de l'un des parents doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile, dès lors que ce changement modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En cas de désaccord, le parent le plus diligent doit saisir le juge pour qu'il statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant.

La loi ne prévoit pas de modalité particulière pour le respect de ce formalisme. La plainte est ainsi rejetée lorsqu'il apparaît que le parent, dûment prévenu par mail ou à l'occasion d'une précédente audience, ne rapporte pas la preuve d'avoir manifesté un quelconque désaccord, ni auprès de l'autre parent, ni par la saisine du juge [RG n° 11/0090 et RG n° 12/01205]. Il en sera de même s'il résulte des conclusions déposées lors de la requête en divorce que celui-ci a expressément donné son accord à un éventuel départ de la mère avec les trois enfants communs [RG n° 12/01392].

3- Intérêt de l'enfant

Conformément à l'article 373-2 al. 3 du Code civil, l'intérêt de l'enfant reste l'ultime et principal critère qui permettra au juge de départager les parents. Il est ainsi relevé que le caractère particulièrement vindicatif du père, et sa mauvaise foi exprimée dans son refus d'admettre le changement de résidence de la mère justifient la fixation de la résidence de l'enfant chez celle-ci [RG n° 11/0090]. *Idem* si l'enquête sociale révèle que le père se préoccupait peu de son enfant, n'exerçant pas son droit de visite et d'hébergement, préférant faire du sport, ou s'adonner à la boisson ou au cannabis [RG n° 12/01205].

Les attaches familiales de l'enfant seront également prises en compte : à capacités éducatives égales, le parent résidant en métropole sera préféré s'il s'avère que l'enfant est né en métropole et que toute la famille, tant du côté paternel que maternel, réside là-bas, *a fortiori* si c'est également le cas du reste de la fratrie [RG n° 12/01204].

L'avis de l'enfant, s'il est doué de discernement, sera également pris en considération [RG n° 12/01392].

4- Compétence territoriale du JAF

L'arrêt du 8 août 2012 [RG n° 12/01205] rappelle utilement que le lieu de résidence principale de l'enfant déterminera également la compétence territoriale du JAF. En l'espèce, la mère avait formé un contredit contre le jugement par lequel le TGI de Saint-Pierre s'était déclaré territorialement incompétent pour statuer sur l'autorité parentale. Elle arguait du fait que lorsqu'elle avait introduit l'instance, elle vivait avec l'enfant à La Réunion. Pour rejeter le contredit, la Cour d'appel rappelle d'abord que le JAF compétent est celui où se trouve la résidence familiale et, si les parents résident séparément, celui du lieu de résidence du parent avec lequel réside habituellement l'enfant mineur (art. 1070, CPC). La Cour constate ensuite que les parents de l'enfant sont titulaires d'un bail commun pour un logement en métropole, et que la mère a quitté le domicile familial avec l'enfant pour l'emmener à La Réunion, sans préalablement saisir le juge qui aurait statué sur le désaccord parental conformément à l'article 373-2 du Code civil. Estimant de ce fait que la résidence habituelle de l'enfant se situait en métropole, la Cour confirme la déclaration d'incompétence territoriale.

2.2.2. Filiations - Contentieux structurel de la filiation

Filiation - Action en établissement de paternité - Refus de se soumettre à la preuve scientifique - Présomption tirée du refus - Changement de nom de l'adolescent consécutif à l'établissement d'une nouvelle filiation.

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 24 octobre 2012, RG n° 12/00461

Éléonore CADOU

Le droit de la filiation est le royaume des présomptions. Pour pallier les difficultés probatoires inhérentes à l'établissement de la paternité (car « *les opérations de la nature dans le mystère de la génération sont impénétrables* »¹), le droit a mis en place des mécanismes permettant de tirer de faits connus les conséquences juridiques d'un fait inconnu, complexe, voire impossible à prouver.

Il en va ainsi des présomptions légales, telles celles relatives à la paternité du mari² ou à la date de conception (présomption relative à la période légale de conception et présomption *omni melleiore momento*)³, et celle résultant de la possession d'état⁴, qui permet de déduire le lien de filiation d'un ensemble d'indices concordants (généralement désignés par le triptyque *nomen, tractatus, fama*).

Parallèlement à ces présomptions légales, les juges usent librement de présomptions du fait de l'homme, qui ont également pour but d'alléger la tâche probatoire du demandeur, en déplaçant l'objet de la preuve, ou en inversant la charge de la preuve.

Toutes ces présomptions ont en commun⁵ de reposer sur le *plerumque fit*, ou principe de vraisemblance. Comme l'écrivait le Chancelier d'Aguesseau en 1695, « *personne (...) ne peut connaître son père, encore moins le prouver aux autres (...). Ce qui décide de la naissance des hommes n'est point le degré de certitude, mais le degré de vraisemblance* »⁶.

L'avènement de la preuve scientifique, décrite comme la « reine des preuves », permettant d'établir ou de réfuter une paternité avec un taux de certitude avoisinant les 100 %, a certainement raréfié le recours à ces

¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, p. 42.

² C. civ., art. 312.

³ C. civ., art. 311 al. 1 et 2.

⁴ C. civ., art. 311-1.

⁵ A l'exception de la présomption *Omni melleiore momento*, qui ne repose que sur la volonté de favoriser l'enfant.

⁶ H.-F. D'AGUESSEAU, *Œuvres complètes*, éd. Fantin, vol. 3 1695, p. 39.

présomptions. Mais, contre toute attente, elle n'a pas réduit le nombre de ces conjectures juridiques, et a même donné lieu à l'établissement de nouvelles présomptions du fait de l'homme. Il est en effet fréquent que les juges estiment que le refus de se soumettre à une expertise scientifique est illégitime, et en tirent des conséquences sur le bien-fondé de l'action. Ainsi, dans une action en établissement ou en contestation de paternité, le refus émanant du père supposé pourra être considéré comme la preuve de sa paternité, tandis que le refus de la mère vaudra présomption de non-paternité⁷.

La résistance d'une partie à une demande d'expertise biologique est généralement interprétée par les juges parmi d'autres indices concordants. Mais il est arrivé que ce refus soit l'unique fondement de la solution. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu considérer que le refus de se soumettre à une expertise sanguine pouvait constituer une présomption suffisante pour établir des relations intimes, et donc fonder à lui seul une action à fins de subsides⁸. Pour la Cour en effet, « *l'article 1353 du Code civil ne s'oppose pas à ce que les juges fondent leur conviction sur un fait unique si celui-ci leur paraît de nature à établir la preuve nécessaire* ».

Cette solution paraît acceptable dans le cadre d'une action à fins de subsides, qui se contente d'une paternité rendue *vraisemblable* par l'existence de relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de conception : il n'est pas abusif de considérer que le refus opposé par le défendeur équivaut à un aveu de relations intimes, et permettre de conclure à une possibilité de filiation. Ce raisonnement est beaucoup plus contestable dans l'hypothèse d'une action en recherche de paternité naturelle, qui requiert un plus haut degré de certitude et aboutit à l'établissement d'un lien de filiation.

Les inconvénients résultant de raccourcis trop abrupts en matière probatoire apparaissent dans cet arrêt, rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis le 24 octobre 2012 [RG n°12/00461]. En l'espèce une mère avait intenté une action en recherche de paternité au nom de son fils, alors âgé de 14 ans. Le défendeur s'étant à plusieurs reprises soustrait à la demande d'expertise génétique, le TGI avait relevé que la mère n'établissait ni l'existence de relations intimes avec le défendeur pendant la période légale de conception, ni le fait que ce dernier se soit comporté comme un père par des actes positifs. Faute d'indices concordants établissant la paternité avec un degré de vraisemblance satisfaisant, les premiers juges avaient donc logiquement rejeté la demande d'établissement de filiation.

⁷ CA Paris, 13 mars 1992, D. 1993, somm. p.43 - Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, D. 1996, 529, note Lemouland ; D. 1996, Somm. 381, obs. Granet ; *RTDCiv.* 96, 373, obs. Hauser - Civ. 1^{re}, 11 juillet 2006, Bull. n° 385.

⁸ Civ. 1^{re}, 5 février 1991, *RCDIP* 1991, p. 456, note MASSIP ; D. 1992, somm. 176, obs. GRANET-LAMBRECHTS.

La mère fit appel, et bien lui en pris puisque la Cour d'appel infirma le jugement, en se fondant exclusivement sur le refus du défendeur de se soumettre à l'examen comparé des sangs.

Convoquant l'article 11 du Code de procédure civile, la Cour d'appel rappelle en effet que chacun est tenu d'apporter son concours aux mesures d'instruction, et que le juge peut tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Rappelant ensuite que l'expertise génétique est « de droit » depuis l'arrêt du 28 mars 2000, la Cour d'appel constate que le défendeur ne s'est jamais expliqué sur son refus, refusant à chaque fois l'assignation, et qu'il n'a fait valoir aucun motif légitime à sa carence devant l'expert.

Selon la Cour, ce refus de se soumettre à l'examen comparatif des sangs « doit être analysé comme un aveu de l'intimé qui savait que le résultat de cette expertise lui serait défavorable et établirait le lien de filiation entre lui et l'enfant ».

Cette assertion nous paraît éminemment contestable. On sait en effet que l'aveu est la « reconnaissance par un plaideur de l'exactitude d'un fait allégué contre lui⁹ ». Or pour avouer, et reconnaître la vérité, encore faut-il que l'auteur de l'aveu *connaisse* cette vérité... On admet sans peine que le mutisme du défendeur permette de présumer l'existence de relations intimes avec la mère de l'enfant, car c'est un fait qui, s'il a eu lieu, ne peut avoir échappé à sa connaissance. Mais il en va autrement du mystère de la rencontre des gamètes, sur lesquels seule la mère peut, éventuellement, avoir quelque certitude.

Un tel « aveu » pourrait sans doute trouver sa place dans un faisceau d'indices concordants, mais il ne devrait pas fonder *à lui seul* l'établissement du lien de filiation, alors que la demanderesse, à qui incombait la charge de la preuve, avait justement échoué dans toutes ses démonstrations.

Il est donc permis d'émettre des réserves sur la solution retenue par la Cour d'appel de Saint-Denis, en ce qu'elle étend démesurément les implications de la présomption du fait de l'homme tirée du refus de se soumettre à l'expertise sanguine.

On peut *in fine* remarquer que, si l'expertise scientifique est de droit, elle ne devrait pas pouvoir neutraliser totalement le principe fondamental de l'intangibilité du corps humain. On prétend souvent que, même après l'arrêt du 28 mars 2000, le défendeur à une action en recherche de paternité n'est pas contraint sous astreinte de s'y soumettre, et qu'il reste libre de se soustraire à ces mesures d'instruction. Mais il est permis de se demander ce que devient une liberté si à son exercice est attachée une conséquence aussi grave que la

⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.

déclaration de filiation, avec les suites qui en découlent plus ou moins automatiquement.

En l'espèce le défendeur est condamné à payer une contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, rétroactive au jour de l'introduction de l'instance. Plus surprenant, la Cour fait droit à la demande maternelle de changement de nom, et déclare que l'enfant, déjà âgé de 14 ans, portera désormais le nom de son père. On sait que le consentement de l'enfant de plus de 13 ans n'est pas obligatoire lorsque le changement de nom est la conséquence de l'établissement du lien de filiation (C. civ. art. 61-3). Mais il nous semble qu'il n'aurait pas été superflu de recueillir l'avis du mineur avant de lui imposer de changer de nom, au beau milieu de son adolescence, pour porter celui d'un homme qui ne s'est jamais occupé de lui, et ne semble pas avoir l'intention de le faire à l'avenir.

Filiation – Action en contestation de paternité – Responsabilité civile de la mère à l'égard du demandeur – Préjudice résultant d'une « affection donnée à tort » à l'enfant

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 6 juin 2012, RG n° 10/02345

Éléonore CADOU

Cet arrêt est le pendant du précédent [RG n° 12/00461], en ce qu'il suppose acquises des certitudes là où souvent plane le doute. Cette fois, c'est la mère qui en fait les frais.

Un homme avait agi en contestation de sa propre paternité à l'égard d'un garçon âgé d'une dizaine d'années. Débouté en première instance, le père avait interjeté appel. Les juges d'appel, avant dire droit, ordonnèrent une expertise biologique, qui conclut à l'exclusion d'un lien de filiation entre l'homme et l'enfant. La cour déclara en conséquence que le demandeur n'était pas le père du garçon, et ordonna la mention de ce fait en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Outre l'anéantissement du lien de filiation, le demandeur sollicitait des dommages et intérêts, en réparation du préjudice causé par le fait que la mère lui avait fait croire à sa paternité. La mère contestait cette allégation, et déniait tout préjudice puisque le demandeur n'avait de toute façon jamais contribué à l'entretien de l'enfant.

Pour condamner la mère au paiement de la somme de 4.000 € de dommages et intérêts, la Cour relève d'abord que, durant toute la procédure et jusqu'au résultat de l'expertise génétique, la mère avait soutenu que le demandeur était le père de l'enfant. L'arrêt poursuit en considérant qu' « *est ainsi rapportée la preuve qu'elle a fait croire (...) à une paternité imaginaire* ». Et

pour les juges d'appel, ce comportement est générateur de responsabilité, car il « *constitue une faute en soit* ».

Le raisonnement nous paraît un peu court, pour deux raisons. Il nous semble d'abord que le fait pour la mère de défendre à l'action en contestation ne prouve pas nécessairement qu'elle ait depuis l'origine menti au demandeur, celui-ci ayant parfaitement pu se convaincre seul de sa paternité à l'égard de l'enfant. Ensuite, et surtout, le raisonnement tenu par la cour occulte l'hypothèse selon laquelle la mère aurait elle-même sincèrement cru en cette paternité, ou l'aurait au minimum supposée. Or une telle hypothèse, qui est parfaitement envisageable, désamorcerait le mécanisme de la responsabilité civile. La notion d'imputabilité contenue dans l'article 1382 du Code civil suppose en effet que le responsable ait eu connaissance de l'information dissimulée. Or, si la maternité est certaine, la paternité ne l'est pas toujours, y compris pour celle qui a enfanté. La caractérisation de la faute nous semble donc ici sujette à discussion, car elle tient pour certaine une omniscience de la mère qui ne se vérifie pas dans tous les cas, et aurait donc mérité d'être démontrée en l'espèce.

Pour justifier la condamnation de la mère à des dommages et intérêts, la Cour s'attache *in fine* à déterminer le préjudice, dans des termes qui appellent également quelques réserves.

L'arrêt affirme en effet que « *la découverte de sa non-paternité outre l'affection donnée à tort constitue un préjudice, en dehors de toute contribution financière* ». Si l'on comprend bien que l'annonce d'une paternité chimérique puisse générer un préjudice moral, on a plus de difficulté à admettre l'idée d'un dommage résultant de « *l'affection donnée à tort* ».

L'amour comme l'affection ne sont pas des denrées qui s'épuisent lorsque l'on s'en sert. On peut même avoir la faiblesse de considérer que ce sont des sentiments positifs, qui grandissent le cœur et l'âme de celui qui les exprime. L'idée que l'on puisse perdre quelque chose à aimer quelqu'un nous semble assez pénible à soutenir, sauf à ouvrir à tous les époux divorcés une possible indemnisation de ce chef.

En outre, le fait de considérer que l'affection a ici été donnée « à tort » postule que l'amour paternel reposait exclusivement sur l'existence d'un lien de sang, indépendamment des qualités humaines intrinsèques à l'enfant. La démonstration de la cour nous paraît, dans cette mesure, bien peu délicate à l'égard de l'enfant concerné.