

CONCOURS ENM 2025

Droit civil – Procédure civile 3^{ème} concours

1/ Avantages et inconvénients du divorce sans juge (8 points)

Prévu à l'article 229-1 du Code civil issu de la loi du 18 novembre 2016, le « divorce sans juge » correspond au divorce par consentement mutuel entièrement contractuel : les époux, qui sont d'accord sur le principe du divorce comme sur ses effets, concluent un acte sous signature privée contresigné par avocats qui est ensuite déposé au rang des minutes d'un notaire afin d'obtenir force exécutoire.

Les principaux avantages de ce divorce sans juge sont la célérité, la liberté et, dans une moindre mesure, le coût réduit. Célérité d'abord, car ce divorce déjudiciarisé épargne les affres et les aléas d'un divorce contentieux tributaire des audiences, des expertises et contre-expertises et de l'exercice éventuel des voies de recours. Liberté ensuite, car il s'agit somme toute d'un *mutuus dissensus* en droit de la famille, comparable à celui du droit commun des contrats (article 1193 du Code civil) : deux adultes consentants s'entendent pour défaire à deux ce qu'ils avaient fait à deux (sans avoir à faire connaître les causes du divorce), ce qui accentue la dimension contractuelle du mariage au détriment de sa dimension institutionnelle. Comme contracter, c'est prévoir, les parties, futurs divorcés, seront libres d'inclure dans leur contrat toutes les clauses qui ne heurtent pas l'ordre public (article 1102 du Code civil), ce qui peut se révéler très intéressant notamment pour l'indexation des pensions alimentaires dues aux enfants ou de la prestation compensatoire. Moindre coût enfin, car les frais d'avocat seront en principe réduits par rapport à ceux d'un divorce contentieux, même si cet avantage est à relativiser doublement : d'une part, chacun doit avoir son avocat ; d'autre part, il se peut qu'en cas d'imprécisions contractuelles un contentieux surgisse au stade de l'exécution de la convention, ce qui supposera de solliciter de nouveau l'aide d'un avocat. C'est déjà évoquer les inconvénients de ce divorce sans juge.

Les inconvénients du divorce sans juge tiennent, d'abord, au risque de voir se nouer un contrat léonin, ne prenant pas suffisamment en compte les intérêts de chacun, et ceux des enfants. Le juge, gardien de ces intérêts et de l'équilibre contractuel, est ici en principe évincé, du moins tant que l'enfant mineur des époux ne demande pas à être auditionné. Au reste, ce divorce sans juge est totalement exclu, comme tout divorce par consentement mutuel, lorsque l'un des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique telle que la tutelle, la curatelle ou encore la sauvegarde de justice (article 229-2 du Code civil). Ce danger explique aussi le formalisme qui préside à ce contrat (et les nombreuses mentions obligatoires que doit revêtir l'acte à peine de nullité), et le délai de réflexion d'une durée de 15 jours à compter de la réception du projet de convention qui a été instauré, à l'instar des délais de réflexion du droit de la consommation. Le contrat ne pourra pas être signé avant l'expiration de ce délai à peine de nullité (article 229-4 du Code civil). Le notaire, officier public ministériel, n'accomplit pas un contrôle aussi approfondi que celui du juge : il se borne à contrôler les mentions obligatoires et le respect du délai de réflexion, sans vérifier qu'il y a bien un réel équilibre entre les intérêts des parties. Ensuite, rien ne dit qu'un contentieux ne puisse surgir ultérieurement, soit au regard de l'interprétation du contrat (articles 1188 à 1192 du Code civil), soit au sujet de la révision judiciaire de la prestation compensatoire et des modalités de l'exercice de l'autorité parentale, soit enfin en raison des vices qui pourraient affecter le contrat. En effet, l'homologation du

juge disparaissant, le contrat n'est plus purgé de ses éventuels vices et se trouve soumis au droit commun des contrats : il peut être remis en question sur le fondement des vices du consentement notamment, tandis que les tiers peuvent engager une action paulienne si le contrat de divorce est conclu en fraude de leurs droits (article 1341-2 du Code civil). Enfin, ce divorce présente un risque d'instrumentalisation de l'enfant doué de discernement pour orienter, ou non, vers le juge le divorce par consentement mutuel.

2/ La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur (8 points)

Fondée sur l'article 1242 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions cumulatives, étant précisé d'emblée que c'est la condition de cohabitation qui a suscité le plus de débats doctrinaux et jurisprudentiels, justifiant une intervention récente de l'Assemblée plénière afin d'harmoniser la compréhension de cette notion (Assemblée plénière 28 juin 2024).

S'agissant, en premier lieu des conditions de sa mise en œuvre, elle suppose, outre l'exigence d'un préjudice, un enfant mineur non émancipé sur lequel les parents exercent leur autorité parentale. Ensuite, le fait dommageable de l'enfant est analysé objectivement : non seulement son discernement est indifférent, mais encore son fait dommageable peut consister dans le rôle actif d'une chose dont l'enfant est gardien (Assemblée plénière 9 mai 1984 *Gabillet*). La jurisprudence admet même que, pour que la responsabilité des parents soit engagée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur : un simple fait causal suffit (Assemblée plénière 9 mai 1984 *Fullenwarth*, Civile 2^{ème} 10 mai 2001 *Levert*). Ainsi, les parents sont davantage responsables du fait d'autrui qu'ils ne le sont de leur fait personnel, puisqu'un simple fait causal ne saurait engager une responsabilité personnelle. L'enfant doit enfin cohabiter avec ses parents, c'est-à-dire résider habituellement au domicile de l'un d'eux, mais cette condition s'est progressivement désincarnée et objectivée : il s'agit d'une cohabitation juridique et non matérielle. En effet, la jurisprudence a considérablement réduit la portée de cette exigence. Dorénavant, lorsque des parents séparés exercent conjointement l'autorité parentale, ils sont tous deux responsables des dommages causés par leur enfant mineur, même si celui-ci ne réside que chez l'un de ses parents. En somme, la cohabitation doit être comprise comme une notion dépendante, et non plus autonome, de l'exercice de l'autorité parentale : la notion de cohabitation doit être interprétée « comme la conséquence de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ». Désincarnée, elle ne cesserait « que lorsque des décisions administratives ou judiciaires » confient le mineur à un tiers (Assemblée plénière 28 juin 2024).

S'agissant, en second lieu, des effets, il s'agit d'une responsabilité de plein droit du fait d'autrui (Civile 2^{ème}, 19 février 1997, *Bertrand*). Lorsque les conditions précitées sont remplies, les père et mère sont solidairement responsables du dommage causé par leur enfant. Les parents ne peuvent s'exonérer en rapportant la preuve que le dommage n'était pas dû à une faute de surveillance ou d'éducation : seule la force majeure ou la faute de la victime, appréciés par rapport au fait de l'enfant, peuvent exonérer les parents de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par leur enfant mineur. Autant d'évolutions jurisprudentielles qui tendent à favoriser l'indemnisation des victimes d'un enfant mineur, en leur garantissant des responsables solvables, dès lors qu'ils sont assurés.

3/ La proportionnalité du cautionnement en droit positif (4 points)

L'exigence de proportionnalité du cautionnement en droit positif figure désormais à l'article 2300 du Code civil issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021 : l'objectif de cette réforme a été de rationaliser cette limite à l'étendue du cautionnement qui avait été posée tant par le législateur depuis 1989 que par la jurisprudence. Le texte prévoit que si l'engagement de la caution personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date.

S'agissant de son domaine, la proportionnalité concerne, comme le devoir de mise en garde, le créancier professionnel et la caution personne physique. Les solutions sont les mêmes : le créancier professionnel doit s'entendre de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles et l'expression « caution personne physique » vise toute personne physique qui se porte caution, même s'il s'agit d'un dirigeant social.

S'agissant de son régime, l'appréciation de la disproportion (qui est la condition la plus délicate, en l'absence de seuil légal) suppose que soit pris en compte, au titre de l'actif, les biens et revenus de la caution, y compris les comptes courants d'associés, mais il n'y a pas à tenir compte des revenus attendus ou du succès escompté de l'opération principale. Quant au passif, il concerne l'endettement global de la caution au moment de la conclusion de la sûreté, mais sans tenir compte d'éventuels engagements postérieurs. La sanction du défaut de proportionnalité, qui variait avant 2021 (réduction de la sûreté disproportionnée en jurisprudence ; impossibilité pour le créancier de se prévaloir du cautionnement au regard de l'exigence légale) a été rationalisée : l'article 2300 du Code civil dispose que le cautionnement manifestement disproportionné doit être réduit au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager à la date de conclusion du contrat. Ainsi, le pouvoir d'appréciation du juge est double : il doit commencer par vérifier l'existence de la disproportion manifeste, puis il doit apprécier dans quelle mesure le montant du cautionnement doit être réduit, étant précisé qu'un éventuel retour à meilleure fortune de la caution n'a plus à être pris en considération.