

plus protecteur du patrimoine du majeur que ne l'est l'habilitation familiale. Il est vrai que cette dernière présente le gage de la souplesse, la personne habilitée étant dispensée de l'obligation de rendre compte. Mais cette souplesse s'évanouit dès la fin de l'habilitation pour céder la place aux réclamations de la personne protégée ou de ses héritiers, bien avisés de se pré-

valoir du droit commun du mandat (C. civ., art. 1993 sur renvoi de C. civ., art. 494-1). Les avantages et les inconvénients de chaque mesure doivent donc être bien pesés.

Nathalie Peterka

Protection des mineurs

1238

Déjudiciarisation du changement de régime matrimonial : suite et fin !

En cas de changement de régime matrimonial par des époux ayant un ou plusieurs enfants mineurs, l'homologation judiciaire systématique est supprimée. Si l'enfant mineur est sous administration légale, il est substitué à l'autorisation du juge des tutelles, un mécanisme de saisine éventuelle du juge par le notaire. Si l'enfant mineur est sous tutelle, l'information de la modification du régime matrimonial doit être délivrée à son représentant qui peut alors former opposition sans autorisation du juge. Il en va de même en présence d'un enfant majeur sous tutelle.

L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 8, de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice ; J.C. 24 mars 2019, JCP N 2019, n° 11, act., 335 ; JCP N 2019, n° 14, 1157, obs. N. Peterka ; JCP G 2019, doctr. 437, N. Peterka ; JCP N 2019, n° 14, 1158, obs. S. Bottineau et S. Depasot ; N. Peterka, Le nouveau visage de l'habilitation familiale : Sol. Not. hebdo 2019, n° 15, p. 16 ; Dr. famille 2019, dossier 15, obs. J. Maris ; D. 2019, p. 827, obs. J.-J. Lemoulart ; Dalloz actualité, 2 avr. 2019, obs. V. Mikalef-Toudic ; Gaz. Pal., 21 mai 2019, p. 14, obs. S. Valory ; AJ fam. 2019, p. 266, obs. E. Pecqueur

NOTE

En supprimant l'intervention automatique du juge en présence d'un enfant mineur, la loi de programmation prolonge le mécanisme de « contractualisation » du mariage, initié par la loi du 23 juin 2006 supprimant l'homologation du changement de régime en l'absence d'enfant mineur, et poursuivi par la loi du 18 novembre 2016 instaurant le divorce par consentement mutuel sans juge.

Il est vrai que, depuis cette dernière loi, et en présence d'un enfant mineur, il était paradoxalement plus simple de divorcer que de changer de régime matrimonial. En effet, dans le divorce par consentement mutuel nouvelle formule, l'intervention du juge n'est requise que dans l'hypothèse (rare en pratique) où le mineur demande à être auditionné par le magistrat. Pour éviter la procédure judiciaire (et le délai en résultant), certains praticiens avaient même pu proposer de substituer au changement de régime matrimonial, un divorce par consentement mutuel suivi d'un remariage sous un nouveau régime...

• **Un devoir d'alerte pour le notaire ?** – Par cette nouvelle loi, le législateur réintroduit une certaine cohérence dans le dispositif législatif. La loi modifie donc l'article 1397 du Code civil, en supprimant l'homologation systématique du changement de régime matrimonial, en présence d'un enfant mineur. Le nouvel article 1397 du Code civil indique toutefois que lorsque l'un des époux a un enfant mineur soumis au régime de l'administration légale « le notaire peut saisir le juge des tutelles dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 387-3 ». L'utilisation du verbe « pouvoir » au lieu de « devoir » semble indiquer qu'il ne s'agit pas d'une obligation (N. Peterka, *La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables : quelles conséquences pour la pratique notariale ?* : JCP N 2019, n° 14, 1157). D'autre part le renvoi à l'article 387-3 du Code civil semble apparaître comme un rappel plus que comme une nouvelle mission puisque la saisine du juge est déjà possible par tout tiers (dont bien évidemment le notaire) qui « a connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci ».

La jurisprudence déterminera comment appliquer ces nouvelles dispositions. Il nous semble toutefois que deux cas de figure peuvent se présenter. Le premier est celui où le notaire a connaissance, à l'occasion du changement de régime, d'actes qui peuvent causer un préjudice à l'enfant mineur (par exemple appréhension de fonds appartenant au mineur par l'un des parents). Cette constatation peut intervenir à l'occasion de l'inventaire du patrimoine des parents (l'acte de changement de régime matrimonial doit le plus souvent contenir la liquidation du régime matrimonial). Une telle alerte entre assurément dans le cadre de l'article 387-3 et ne semble pas poser de difficultés particulières. Plus délicat est le second cas de figure où c'est le changement de régime matrimonial qui risque de compromettre les intérêts patrimoniaux du mineur. Le cas le plus manifeste est celui où les époux adoptent le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au profit du conjoint survivant (ou clause de préciput portant sur une grande partie du patrimoine). L'enfant mineur

risque d'être lésé puisqu'il sera privé de ses droits réservataires au premier décès. Le notaire doit-il dans ce cas saisir systématiquement le juge qui pourra alors ordonner une mesure de contrôle renforcé et soumettre le changement de régime à son autorisation ?

Une position rigoriste pourrait conduire à répondre par l'affirmative. Mais cela ne va-t-il pas à l'encontre même de la réforme qui consiste à limiter le recours au juge, surtout quand on sait qu'une très grande majorité des changements de régime concernent justement l'adoption de la communauté universelle (*L'homologation du changement de régime en 2002 : Infostat justice mars 2004 n° 73*) ? D'autre part si le législateur avait souhaité que le juge soit systématiquement saisi en présence d'une communauté universelle, il l'aurait expressément indiqué. Or, cela n'est pas le cas. C'est la raison pour laquelle, une position plus nuancée nous semble pouvoir être défendue. En effet, contrairement à une analyse un peu rapide les enfants ne sont pas forcément lésés dans tous les cas si les époux adoptent un régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale. Si l'on est en présence d'un enfant mineur non commun, il nous semble que celui-ci est protégé par le mécanisme de l'action en retranchement prévu par les dispositions de l'article 1525, alinéa 2 du Code civil qui dispose que « toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1, au titre "Des donations entre vifs et des testaments", sera sans effet pour tout l'excédent ». Telle semble être d'ailleurs la position de la jurisprudence qui homologue dans la plupart des cas les changements de régimes matrimoniaux qui lui sont soumis dans une telle situation (*CA Metz, 27 sept. 2016, n° 15/03357 : JurisData n° 2016-019529. – CA Paris, 26 avr. 2017, n° 16/16712 : JurisData n° 2017-008395. – CA Besançon, 3 juill. 2015, n° 15/00532, cités par A. Tani, État des lieux jurisprudentiel du changement de régime matrimonial, ou la grande rareté des refus d'homologation : Dr. famille 2017, étude 15*). En présence d'enfant commun, le mécanisme de l'action en retranchement n'existe pas. Toutefois, les enfants hériteront au deuxième décès de leur part réservataire de ce qui restera dans la succession du deuxième époux. Il convient également de prendre en compte les donations dont les enfants ont pu déjà bénéficier avant ou dont ils bénéficieront après le changement de régime matrimonial (ce qui est souvent le cas en pratique).

Si l'on adopte une position plus libérale, le juge devrait donc être peu souvent saisi car les autres cas de changement de régimes matrimoniaux semblent moins problématiques. Il n'en reste pas moins que la saisine du juge par le notaire est possible. En cas de doute sur les intérêts de l'enfant, le notaire peut demander au magistrat de trancher la question et donc de limiter ainsi assurément le risque de mise en cause de sa responsabilité professionnelle au titre de son devoir d'alerte et de conseil. Au-

delà de la préservation des intérêts des enfants mineurs, l'article 1397 rappelle que la modification du régime matrimonial se fait dans l'intérêt de la famille. La doctrine considère que le notaire ne remplace pas le juge dans l'appréciation de l'intérêt de la famille mais a un rôle d'alerte lorsque les époux sont animés d'une volonté ouvertement frauduleuse (*JCl. Notarial Formulaire, V° Changement de régime matrimonial, fasc. 20, n° 111, par M. Mathieu*).

Reste l'hypothèse de l'enfant mineur sous tutelle ou de l'enfant majeur sous mesure de protection. La réforme prévoit dans ce cas une information du représentant qui peut former opposition (comme un enfant majeur) dans le délai de 3 mois. Cette opposition ne nécessite pas une autorisation du juge ou du conseil de famille. On notera que la loi n'a pas prévu l'hypothèse d'un conflit d'intérêts éventuel lorsque le représentant est l'un des époux qui change de régime matrimonial (hypothèse qui peut arriver en pratique). Couplée à la suppression du délai de 2 ans après le mariage pour changer de régime matrimonial, la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial apparaît comme la manifestation éclatante de la disparition du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux.

• **Plus de souplesse et d'adaptabilité dans la gestion du patrimoine** – Pour le notaire, le changement de régime matrimonial devient un véritable outil de gestion de patrimoine dont l'utilisation sera plus aisée, moins onéreuse mais aussi plus fréquente en fonction des changements dans la vie et les objectifs des clients. Tel sera notamment le cas pour un créateur d'entreprise (qui, comme 90 % des Français, s'est marié sous le régime de la communauté légale) et qui réalise au moment de son projet entrepreneurial qu'il serait plus pertinent d'être marié sous la séparation. Alors qu'il lui fallait attendre au minimum 1 année pour obtenir l'homologation du changement de régime, la réforme est la bienvenue car elle va permettre aux jeunes chefs d'entreprise, parents d'enfants mineurs, de mettre en correspondance leur projet entrepreneurial et leur statut matrimonial. C'est un effet bénéfique de cette loi.

CONSEIL PRATIQUE

➔ Pour les époux qui souhaitent passer sous la communauté, la réduction des délais résultant de la réforme peut leur permettre d'effectuer le changement avant la fin de l'année 2019 puisque suite à la loi de finances pour 2019 (*C. civ., art. 122*), les actes portant changement de régime matrimonial en vue de l'adoption d'un régime communautaire seront soumis au droit fixe et à la TPF, à compter du 1^{er} janvier 2020.

L'article 1397 dans sa nouvelle rédaction s'applique aux changements de régime matrimonial en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

Paul-André Soreau