

# PATRIMOINE DES PERSONNES PROTÉGÉES ET DU COUPLE

## Chronique d'actualité

**Isabelle DAURIAC,**  
Professeur à l'Université Paris Descartes



**Clothilde GRARE-DIDIER,**  
Professeur à l'Université Paris Descartes

### Questions générales

> La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice octroie plus d'autonomie aux majeurs protégés pour la conclusion d'un mariage, d'un PACS ou d'un divorce, en remplaçant l'autorisation préalable par une information préalable permettant à la personne chargée de la protection d'éventuellement s'opposer à l'opération (V. § 1).

### Patrimoine des personnes protégées

> La Cour de cassation juge, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit des obligations de 2016, qu'en cas d'annulation d'un contrat pour insanité d'esprit, le majeur devenu protégé doit restituer les sommes qu'il a perçues (V. § 3).

> La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice adapte la rédaction des articles 428 et 483 du code civil pour consacrer la primauté du mandat de protection future mis en place par une personne sur les régimes judiciaires de protection des incapables majeurs (V. § 7).

> La Cour de cassation juge que la révocation du mandat de protection future peut être prononcée par le juge des tutelles lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant et que le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique (V. § 16).

> La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice assouplit le régime de l'habilitation familiale en étendant notamment les pouvoirs conférés à la personne habilitée aux mesures d'assistance et en créant des passerelles avec les mesures de protection judiciaire (V. § 20).

> La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice étend la liste des actes qu'un tuteur peut réaliser sans autorisation préalable du juge des tutelles. Parmi ces actes se trouvent notamment l'ouverture et la modification des comptes bancaires au nom du majeur dans sa banque habituelle et les clôtures de comptes ouverts pendant la mesure (V. § 24).

### Patrimoine du couple

> **Régimes matrimoniaux** - La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice supprime le délai minimal de 2 ans qui séparait la célébration du mariage de la modification du régime matrimonial. En outre, elle simplifie la procédure de changement en présence d'enfants mineurs et clarifie les règles applicables en présence d'enfants majeurs protégés (V. § 26).

## Questions générales

**1. Majeurs protégés - Droits matrimoniaux** - La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice octroie plus d'autonomie aux majeurs protégés pour la conclusion d'un mariage, d'un PACS ou d'un divorce, en remplaçant l'autorisation préalable par une information préalable permettant à la personne chargée de la protection d'éventuellement s'opposer à l'opération.

**L. n° 2019-222, 23 mai 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 10 : JO 24 mars 2019 (V. annexe 1)**

**2.** La loi de programmation 2019-2022 pour la justice a, par touches ponctuelles, poursuivi la déjudiciarisation entamée avant elle du droit des personnes et de la famille.

> **Les unions** : concernant le mariage ou le PACS de la personne sous tutelle, la loi supprime l'autorisation du juge (art. 460 et 462 du code civil). En matière de mariage, à cette autorisation se substitue aujourd'hui une information de la personne chargée de la mesure de protection et de la possibilité pour elle de faire opposition et éventuellement de saisir le juge pour être autorisée à conclure seule un contrat de mariage (art. 1399, al. 3 du code civil). En matière de PACS, demeure sans modification la nécessité d'être assisté pour la signature de la convention.

> **Le divorce** : l'article 249 du code civil précise aujourd'hui que dans l'instance en divorce, le majeur en tutelle est représenté par son tuteur et le majeur en curatelle exerce l'action lui-même, avec l'assistance de son curateur. Il est ainsi mis fin notamment à la nécessité de demander l'autorisation du tuteur. En outre, est ouverte au majeur par le même texte la possibilité d'accepter seul le principe de la rupture du mariage. Au final, reste seulement maintenu par l'article 249-4 l'interdiction d'une demande en divorce par consentement mutuel.

Ces modifications, pour certaines inspirées du rapport de Mme Caron-Déglièze, s'inscrivent dans un **mouvement plus général initié depuis 2007**. Il n'est toutefois pas certain que l'ouvrage ne sera pas repris à l'occasion d'une réforme du droit des personnes vulnérables. Si tel est le cas, ce sera l'occasion peut-être de s'inquiéter des imperfections et interrogations soulevées par certains, comme par exemple l'interprétation de l'article 459 du code civil<sup>1</sup> ou encore l'absence de réglementation du divorce ou de la mission des protecteurs dans les mesures conventionnelles<sup>2</sup>.

À n'en pas douter **un professionnel va avoir un rôle accru en la matière : le notaire**. Ici comme ailleurs, la

1 N Péterka, Personnes vulnérables - La loi du 23 mars 2019 et la réforme du droit des personnes vulnérables : quelles conséquences pour la pratique notariale ? : JCPN 2019, n° 14, 1157, n° 3.

2 J. Combret et D. Noguero, « Personnes vulnérables, régimes matrimoniaux et statut personnel : réforme de la justice et prospective », Défrénois 4 avril 2019, n°147k8, p.28.

déjudiciarisation passe en réalité par l'identification de nouveaux acteurs de la protection, ceux qui joueront les « autorités d'alerte ». Il reste à savoir si cette mission sera confortable et pourra être exercée dans le seul souci de la protection des personnes vulnérables.

C. GRARE-DIDIER ■

## Patrimoine des personnes protégées

**3. Majeur protégé - Actes antérieurs à la protection - Nullité pour insanité d'esprit - Restitution** - La Cour de cassation juge, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit des obligations de 2016, qu'en cas d'annulation d'un contrat pour insanité d'esprit, le majeur devenu protégé doit restituer les sommes qu'il a perçues.

**Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 avr. 2019, n° 17-26.783 (V. annexe 2)**

**4.** L'ouverture d'une mesure de protection, ici la curatelle, est aussi l'occasion d'un audit rétrospectif des actes réalisés par le majeur avant qu'il ait été placé sous protection. Le cas échéant, ses actes datant de moins de deux ans peuvent être réduits, voire annulés s'ils sont préjudiciables au majeur, sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du contractant à l'époque de leur conclusion. Hormis cette hypothèse particulière prévue par l'article 464 du code civil, l'action commune en nullité du contrat pour insanité d'esprit de l'article 414-1 du code civil peut également être engagée. Dans l'affaire commentée, c'est très précisément l'action, qu'avec l'assistance de son curateur, le majeur sous tutelle avait entreprise pour obtenir la nullité de la vente en viager de son habitation réalisée presque 4 ans avant l'ouverture de la curatelle. Ayant prononcé la nullité de la vente, la Cour d'appel de Bordeaux ordonna la restitution des sommes perçues au titre du bouquet et des arrérages et rejeta la demande complémentaire de dommages et intérêts, aucune faute de l'acquéreur, du notaire et de l'agent immobilier n'étant établie. Sans surprise, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le majeur protégé avec l'assistance de son curateur.

Ainsi, la Cour de cassation réitère un enseignement connu - la nullité pour insanité d'esprit expose à restituer les sommes perçues au titre de l'acte annulé -, dont il faut se demander s'il est encore d'actualité après la réforme du droit des obligations opérée en 2016.

♦ **Le majeur sous curatelle exposé à devoir restituer les sommes perçues au titre de l'acte annulé**

**5.** La restitution des sommes versées est la conséquence légale de l'annulation du contrat. La solution ne doit pas

surprendre car la Cour de cassation a jugé à maintes reprises<sup>3</sup> que les restitutions sont un effet nécessaire et légal de la nullité comme de la résolution du contrat. Parce qu'elle emporte l'effacement rétroactif du contrat, la nullité a pour effet de remettre les parties dans la situation initiale, elle implique donc la restitution des sommes perçues. Cette automaticité milite pour l'autonomie de fondement des restitutions issues de la nullité, dont la source n'a pas à être recherchée ni dans la répétition de l'indu ni dans l'enrichissement sans cause. Aucun démenti n'est à attendre sur ce point de l'ordonnance de réforme des obligations car elle a paré les restitutions « *d'un régime légal se justifiant par lui-même* »<sup>4</sup>. Les restitutions sont, dans cette affaire, ce qu'il en coûte au majeur sous curatelle, pour avoir obtenu avec l'assistance de son curateur la nullité du contrat de vente à raison de son insanité d'esprit. La cause de la nullité n'influence guère ses effets, le principe demeure celui des restitutions *in integrum*, et rien en l'espèce ne permettait de l'atténuer. Pas même indirectement d'éventuels dommages et intérêts au titre d'une action en responsabilité, puisqu'en l'espèce aucune faute n'avait été établie à l'encontre ni du cocontractant, ni de l'agent immobilier ni du notaire. Pour ne pas être sans doute si fréquente, l'arrêt illustre néanmoins que l'hypothèse n'était pas d'école. Couronnée de succès, l'action en nullité pour laquelle le majeur protégé a bénéficié de l'assistance de son curateur l'oblige à restituer l'intégralité des sommes perçues, sans qu'il faille se soucier du point de savoir s'il les a conservées ou si elles ont tourné à son profit. En effet, à l'époque des faits, l'article 1312 ancien du code civil ne cantonnait les restitutions dues aux sommes dont il était établi qu'elles avaient tourné à leur profit que pour les mineurs et les majeurs sous tutelle, et à la condition encore que ces derniers les aient perçues pendant la minorité ou la tutelle. Ce texte n'était donc à l'époque d'aucun secours s'agissant d'un majeur sous curatelle ayant perçu avant l'ouverture de la mesure de protection les sommes à restituer. L'article 1312 du code civil n'a pas survécu à la réforme des obligations. Renuméroté et réécrit, c'est désormais l'article 1352-4 du code civil qui aménage les restitutions consécutives à la nullité pour les mineurs et les majeurs protégés. Le nouveau texte fort heureusement réduit considérablement l'exposition des majeurs protégés aux restitutions consécutives à la nullité du contrat.

#### ◆ L'exposition des majeurs protégés aux restitutions consécutives à la nullité désormais réduite

6. Frappé d'une erreur de rédaction dans sa première version issue de l'ordonnance de 2016<sup>5</sup>, l'article 1352-4 du code civil fait partie des textes corrigés à la faveur de la loi de ratification du 20 avril 2018, cette correction ayant un caractère

interprétatif<sup>6</sup>. Il dispose que « *Les restitutions dues par un mineur non émancipé ou par un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* ». Autrement dit, les majeurs protégés ne restituent par suite d'une nullité que les sommes ayant tourné à leur profit.

À considérer que là où la loi ne distingue pas il n'y a pas lieu de distinguer, cet aménagement légal des restitutions se voit doté d'un champ d'application sans commune mesure avec celui de l'ancien article 1312 du code civil. Ce texte, présenté au titre des simplifications opérées par le Gouvernement pour une meilleure accessibilité de la règle de droit, opère une véritable réforme. L'exception légale qu'il porte au principe de restitution intégrale connaît une extension de son domaine à plus d'un titre. **L'extension tient d'abord aux personnes concernées, elle tient aussi au silence gardé sur la chronologie de la perception des sommes restituables.**

L'article 1352-4 intéresse désormais les majeurs protégés et non plus seulement les mineurs et les tutélaires. Le nominalisme légal veut que la réduction des restitutions à hauteur des sommes qui leur ont profité bénéficie à **l'ensemble de ceux qui sont placés sous protection juridique ou judiciaire**. La catégorie est assurément accueillante puisqu'elle comprend tous ceux qui sont placés sous curatelle, habilitation familiale, mandat de protection future et sans doute aussi sous sauvegarde de justice<sup>7</sup>. En effet, la protection des majeurs ne se limite plus aux mesures affectant la capacité du contractant qu'elles soient substitutives ou d'assistance, de sorte que la réduction des restitutions profite aussi aux majeurs protégés capables.

De même ignorant toute restriction chronologique relative à la date de perception des sommes à restituer, l'article 1352-4 du code civil permet aussi le **cantonement des restitutions dues à raison de l'annulation pendant la mesure de protection d'actes conclus avant son ouverture**. S'il doit déployer ses effets sur le champ très étendu que lui promet son interprétation littérale, l'article 1352-4 est assurément une invitation à s'engager sur le terrain de l'action en nullité<sup>8</sup> des actes conclus par leur protégé faite à l'adresse de tous ceux qui se voient confier une mesure de protection.

Reste qu'ils devront veiller à ne pas ignorer le droit transitoire. L'article 1352-4 du code civil n'est applicable qu'aux **contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016** et dont la nullité serait obtenue. Pour les contrats plus anciens, les rigueurs de la décision du 4 avril 2019 demeurent d'actualité.

Enfin ils devront avoir conscience que **les voies menant à la nullité sont d'accès difficile**. La nullité pour insanité d'esprit suppose d'avoir surmonté d'importantes contraintes probatoires. Quant à la nullité à raison d'une incapacité de contracter, elle est subordonnée au caractère préjudiciable des

3 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 janv. 2003, n° 01-03.185 : JCP 2003, II, 10116, note Y. -M. Serinet. – Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mars 1987, n° 85-17.329.

4 O. Deshayes, Th. Génicon et Y. M.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats et du régime général et de la preuve des obligations commentaire article par article : Lexis Nexis 2016, Article 1352, p. 801.

5 S. Pellet, Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? : JCPG 2016, n° 24, p. 1170 et spéc. 1171. - S. Tétard, Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du Code civil (ou les risques de la simplification) : D. 2017, 777.

6 Art. 16-I, al. 3 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, portant ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016.

7 S. Pellet, *op. cit.*

8 La lettre de l'article 1352-4 du code civil limite la réduction des restitutions dues par la personne protégée à la seule hypothèse de la nullité. Ce qui exclurait les restitutions consécutives à la résolution d'un contrat ou à la mise en œuvre d'un quasi contrat tel que la répétition de l'indu ou l'enrichissement injustifié. Voir sur ce point les regrets formulés par S. Pellet, *op. cit.*

actes pour lesquels le majeur devait être assisté<sup>9</sup>. Et quoique prétendument « de droit<sup>10</sup> » pour les actes accomplis par un majeur qui aurait dû être représenté, il y sera fait obstacle par le cocontractant en établissant que l'acte n'a point préjudicié ou a profité au majeur protégé<sup>11</sup>.

#### I. DAURIAC ■

**7. Mandat de protection future - Primauté** - La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice adapte la rédaction des articles 428 et 483 du code civil pour consacrer la primauté du mandat de protection future mis en place par une personne sur les régimes judiciaires de protection des incapables majeurs.

**L. n° 2019-222, du 23 mai 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 29 : JO 24 mars 2019 (V. annexe 3)**

8. Le mandat de protection future, tel un « cheval de Troie contractuel », a fait son entrée au cœur de la protection des personnes vulnérables, à l'occasion de la loi du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Dans le même temps, les mesures de protection judiciaire se sont vues astreintes à un principe de subsidiarité, affirmé par l'article 428 du code civil. Dix ans plus tard, la loi du 23 mars 2019 réécrit les articles 428 et 483 du code civil.

#### Ces textes gagnent en intelligibilité et cohérence.

Le principe de subsidiarité ressort de la réforme parfaitement ordonné et sa mise en œuvre strictement assignée en amont de l'ouverture de toute mesure de protection judiciaire. Le mandat de protection future en retire une primauté réaffirmée à l'égard des mesures judiciaires de protection. Son régime s'affranchit aussi de toute considération tenant aux règles du droit commun de la représentation et de celles relatives aux droits et devoirs des époux et à leur régime matrimonial. Ainsi, les articles 428 et 483 nouveaux du code civil assument pleinement la primauté du mandat de protection future sur toutes autres mesures de protection judiciaire des personnes vulnérables, et renoncent à ce que sa révocation puisse être envisagée sur la seule foi des règles du droit commun de la représentation et des régimes matrimoniaux.

#### ◆ L'ouverture des mesures de protection judiciaire gouvernée par un principe de subsidiarité rationalisé

9. Pour être bien différentes sur le plan conceptuel, la liberté et la capacité connaissent d'importantes interactions en pratique, que l'on ne peut pas ignorer. Lorsque la protection des intérêts d'un majeur vulnérable justifie qu'il soit porté atteinte à sa capacité d'exercice, soit par une mesure judiciaire substitutive de représentation - telle que l'est la tutelle ou peut l'être l'habilitation familiale -, soit par une mesure d'assistance

- curatelle et désormais habilitation familiale<sup>12</sup> - la prise en charge de ses intérêts se réalise parfois au détriment de sa volonté et de ses préférences, en un mot de sa liberté.

Les principes de nécessité<sup>13</sup>, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation des mesures judiciaires de protection portés par l'article 428 du code civil depuis la loi de 2007 veulent précisément résoudre cette délicate équation entre liberté et intérêt de la personne vulnérable. À eux seuls, ces principes généraux et essentiels de notre droit de la protection ne permettent pas d'éviter toutes les critiques, en particulier celle formulée par le Défenseur des droits en 2016<sup>14</sup>. La cause en est que ces principes ne seraient pas suffisamment respectés en pratique. À raison de leur mise en œuvre « défailante », la plupart des majeurs protégés subissent une privation de capacité et le report escompté des tutelles et curatelles sur le mécanisme alternatif du mandat de protection future ne s'est produit que dans une trop faible mesure<sup>15</sup>. **Réécrire l'article 428 ne sera évidemment pas le remède miracle qui permettra à lui seul de réorienter la protection des personnes vers les solutions conventionnelles alternatives au système tutélaire. La remise en ordre de ce texte est néanmoins bienvenue en ce qu'elle a le mérite d'afficher, plus nettement encore, la primauté du mandat de protection future.**

La vocation légale de l'instrument contractuel de protection est très nettement officialisée par la reformulation opérée de l'article 428 du code civil. La protection conventionnelle doit endiguer le recours à la protection judiciaire, quelle que soit la forme de la mesure que celle-ci implique : sauvegarde, curatelle, tutelle, habilitation familiale. La subsidiarité externe imposée à la protection judiciaire suppose de préférer l'autonomie de la volonté à l'intervention judiciaire, la représentation conventionnelle sans dessaisissement du majeur protégé<sup>16</sup> aux aménagements judiciaires de sa capacité. La nouvelle version de l'article 428 a ainsi le mérite de **souligner de manière ordonnée l'inutilité de l'ouverture d'une mesure judiciaire, si sa condition de « mandant représenté » ou celle d'époux protégé déjà suffisamment le majeur vulnérable**. Depuis 1968, le législateur maintient l'ascendance du droit du mariage sur celui de la protection des majeurs<sup>17</sup>. En 2019, la priorité de la protection contractuelle du majeur sur sa protection judiciaire ouvre l'article 428<sup>18</sup>.

12 V. § 20.

13 Également l'article 415 du code civil.

14 Défenseur des droits, Protection juridique des majeurs vulnérables, oct. 2016, p. 16 et s.

15 C. comptes, La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante, sept. 2016. - A. Caron Déglise, L'évolution de la protection juridique des personnes, Reconnaître soutenir et protéger les personnes vulnérables : Rapport de mission interministérielle, 2018.

16 Art. 1159 du code civil : « l'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant. La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits »

17 G. Raoul-Cormeil, Le conjoint de la personne vulnérable : Defrénois 2008, n° 12, p. 1303.

18 L'article 494-2 du code civil énonce pour l'habilitation familiale le principe de subsidiarité externe, l'ordre de l'exposé retenu par la loi du 23 mars 2016 n'a toutefois pas été modifié en 2019.

9 Art. 465, 2<sup>e</sup> du code civil.

10 Art. 465, 3<sup>e</sup> du code civil.

11 Art. 1351, al. 1<sup>er</sup> du code civil.

En présence de procurations, en mariage ou sous mandat de protection future, les motifs et le besoin de quitter le régime de la pleine capacité juridique devraient être chaque fois moins pressants et surtout moins nombreux. Ces considérations viennent, en conséquence, contraindre le pouvoir du juge : il ne peut ordonner l'ouverture d'une mesure qu'à raison de l'insuffisance des garanties s'exprimant déjà au titre soit de l'instrument conventionnel de protection, soit du mariage, soit de simples procurations. L'ouverture d'une mesure judiciaire implique cette vérification préalable et scrupuleuse dont les motifs de la décision doivent rendre compte.

**Si néanmoins la nécessité d'une protection judiciaire est avérée, une subsidiarité interne impose alors de préférer parmi les différentes mesures judiciaires la moins contraignante pour le majeur compte tenu de sa situation.** S'agissant de la trilogie tutélaire, sans surprise l'article 440 orchestre cet ordre de subsidiarité de la manière suivante : sauvegarde, curatelle, et enfin tutelle. Assigner en son sein une place à l'habilitation familiale est chose plus délicate. Parce que cette mesure judiciaire se présente comme une mesure unique devant abriter une protection individualisée en fonction de la situation du majeur, elle est susceptible de lui imposer des contraintes à géométrie variable. Pour être une mesure de représentation judiciaire, elle dessaisit le protégé à la mesure des pouvoirs transférés à la personne habilitée<sup>19</sup>. Mesure d'assistance, elle le prive du pouvoir d'agir seul dans la limite de l'assistance qu'elle lui impose. Mesure unique à la carte, l'habilitation familiale résiste donc au jeu d'une subsidiarité abstraitement arrêtée par la loi. L'article 494-5 nouveau du code civil surmonte toutefois l'obstacle. Réitérant la consigne de subsidiarité à l'adresse du juge, il l'invite à une évaluation *in concreto* du caractère contraignant de chaque mesure envisagée selon la substance propre de l'habilitation familiale à considérer. **Le juge ne peut ordonner une mesure de sauvegarde, de curatelle ou de tutelle que si l'habilitation familiale sollicitée ne permet pas d'assurer une protection suffisante du majeur.** La méthode favorise la primauté de l'habilitation familiale sur les autres mesures de protection judiciaire, *in fine*.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Reformulées, ces règles ne sont pas nouvelles. La Cour de cassation a déjà manifesté la volonté politique de conforter la priorité du mandat<sup>20</sup>. Même déclenché tardivement, il peut encore utilement faire rempart à la curatelle<sup>21</sup>.

**Les mots de la loi changent au soutien d'une ambition réaffirmée : voir la protection des personnes vulnérables s'orienter davantage vers le contrat. L'impact qui peut en être attendu sur les pratiques est moins évident.** Tant que, saisi d'une demande de placement sous protection, le juge peut ignorer l'existence des mandats conclus et même

de ceux dont la protection est ouverte, dans les faits la réalisation du principe de subsidiarité restera aléatoire. En effet, les mandats ouverts et non rendus publics sont exposés à être révoqués par l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle.

**Pour favoriser le succès du mandat de protection future, il faut certainement davantage que des mots : il convient concrètement de remédier à son principal défaut originel : le défaut de publicité.** La prévention de la révocation fortuite des mandats ouverts passe par cette publicité.

Mieux encore que la réécriture de la loi, la publication d'un décret très attendu<sup>22</sup> devant régler les modalités et l'accès à la publicité des mandats œuvrera pour la primauté effective de la protection conventionnelle.

11. Comme la priorité est peu de chose sans la sécurité, la réécriture de l'article 483 du code civil doit également retenir notre attention.

#### ◆ Le silence du législateur pour cantonner la révocation du mandat de protection future

12. L'article 483 du code civil dresse la liste limitative des causes d'extinction des mandats mis à exécution<sup>23</sup>. Provisoire, la protection conventionnelle des majeurs vulnérables cesse dès lors qu'elle n'a plus d'objet, soit que sont constatés le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé ou son décès, soit qu'il ait été, sauf décision contraire du juge, placé sous tutelle ou curatelle<sup>24</sup>. Y mettent également fin le décès, le placement sous tutelle ou curatelle et la déconfiture du mandataire. Le juge peut également en prévoir la suspension, pour le temps d'une mesure de sauvegarde. **La réforme maintient les règles et solutions acquises dans ces différentes hypothèses. C'est donc davantage pour ce qu'elle omet de dire ou décide de taire que la nouvelle version de l'article 483 retient l'attention.**

13. Cet article omet d'abord d'envisager les **conséquences éventuelles de l'ouverture d'une habilitation familiale sur un mandat de protection en cours d'exécution.** Les raisons de ce silence persistant interrogent. Qu'elle soit mesure d'assistance ou de représentation, avec l'habilitation familiale le régime de pleine capacité du majeur protégé cesse en toute hypothèse. En ouvrant une incapacité, cette habilitation ne devrait-elle pas emporter extinction automatique du mandat de protection future mis à exécution ? Le parallèle avec la

19 Art. 494-8, al. 1<sup>er</sup> du code civil.

20 D. Noguero, Priorité du mandat de protection future et réflexion sur sa publicité, son homologation, sa validité et sa révocation ». [www.davidnoguero.com](http://www.davidnoguero.com) à propos Civ. 1 4 janvier 2017, n° 16-11.986 ; D. 2017, n° 14, p. 800-807.

21 Civ.1 4 janvier 2017, n° 16-11986

22 Le principe d'un registre spécial des mandats est acquis avec l'article 477-1 du code civil, issu de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement. Néanmoins, le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2018 publié par le Sénat relevait qu'un seul décret d'application de la loi du 28 décembre 2015 n'avait pas été publié : celui devant assurer l'inscription du mandat de protection future sur un registre spécial aux fins d'assurer sa publicité. Le retard pris tiendrait à l'ambition du ministère de la justice ayant fait en 2017 du plan de transformation numérique 2018-2022 l'une de ses priorités et ayant identifié le besoin d'un registre général des mesures de protection juridique des majeurs et des directives anticipées.

23 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 2017, n° 15-28.669. préc.

24 Sur ce point, l'article 483 du code civil fait écho à l'article 2003 du code civil, décidant que le mandat prend fin par la mise sous tutelle du mandant ou du mandataire.

tutelle et la curatelle militerait en ce sens. Envisagée subsidiairement au mandat lors de son ouverture, n'est-il pas dans l'ordre des choses qu'elle s'y substitue une fois ouverte, emportant ainsi extinction de la protection conventionnelle ?

Dans l'affirmative, cette solution aurait le mérite d'éviter toute superposition de ces mesures, prévenant ainsi des chevauchements ou distributions complexes de pouvoirs entre le mandataire et la personne habilitée, investie d'une mission de représentation ou de simple assistance. S'agit-il d'une occasion manquée ou d'un choix délibéré du législateur ? Difficile à dire, quand l'habilitation à assister ou représenter une personne vulnérable peut en outre être aussi bien générale que spéciale, pour certains actes seulement. Au moins, ce silence gardé permet-il de ne pas compromettre toute possibilité de combinaison fructueuse entre une incapacité d'exercice conçue « sur mesure » qui ne serait que spéciale et le maintien de la mission du mandataire à la protection contractuelle. Reste que, dans tous les cas à l'ouverture d'une habilitation familiale, **le silence de la loi impose la vigilance du juge** sur la question des mandats de protection future comme des simples procurations<sup>25</sup>, en cours d'exécution.

**14.** C'est dans la nouvelle version du 4<sup>e</sup> de l'article 483 que la rupture de rédaction est consommée. Disparaît un couper/coller malencontreux de **l'article 428 du code civil, qui assujettissait a posteriori le mandat de protection en cours d'exécution à une subsidiarité par rapport aux règles du droit commun de la représentation et des régimes matrimoniaux**. Un auteur a qualifié cette subsidiarité *a posteriori* de « stupide<sup>26</sup> » et elle l'était certainement, dans une certaine mesure.

Raisonné en termes de subsidiarité paraît en effet inadapté à plusieurs titres. L'obstacle tient d'abord à la nature de ce contrat de protection, il est structurel. Comme ce mandat est le contrat d'anticipation d'une vulnérabilité future, au stade de sa conclusion, évaluer à l'aune d'une vulnérabilité par essence non déclarée le caractère suffisant ou non des techniques de représentation conventionnelle et du statut matrimonial en place n'a aucun sens.

Quand ensuite la vulnérabilité avérée commande le déclenchement du mandat, l'obstacle devient politique (ou budgétaire ?). Exiger la subsidiarité du mandat aurait impliqué le contrôle d'un juge. Or c'est très précisément de la déjudiciarisation que la privatisation par voie contractuelle de la protection doit être un levier.

**15.** Enfin, pour en **provoquer la révocation en cours d'exécution**, il n'est sans doute effectivement plus temps de prétendre préférer au mandat les services même suffisants que pouvaient déjà rendre le statut d'époux ou de simples procurations.

25 L'article 2003 du code civil ne prévoit littéralement la révocation du mandat qu'en conséquence de l'ouverture d'une tutelle. Reste à établir si un raisonnement par analogie permet d'en étendre le jeu à l'habilitation familiale comme à la curatelle, étant par ailleurs acquis que l'habilitation familiale ouvre un régime d'incapacité à géométrie variable selon la mission confiée par le juge à la personne habilitée.

26 D. Noguero, préc.

De conditions de révocation, il est légitime d'attendre qu'elles dessinent les issues d'une protection devenue inutile ou contraire aux intérêts du majeur et non pas qu'elles énoncent des règles, le cas échéant légitimes, pour gouverner son déclenchement. En cela, effectivement devoir renoncer à une protection conventionnelle adaptée au prétexte par exemple que le statut d'époux pourrait suffire est certes décevant, au point même de pouvoir paraître « stupide ». De sorte qu'il peut sembler opportun de vouloir limiter la révocation du mandat de protection à l'hypothèse où son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant. C'est d'ailleurs l'orientation en partie prise par la version désormais en vigueur de l'article 483, 4<sup>e</sup>.

Néanmoins, la critique formulée hier était soit trop radicale soit incomplète. Dans tous les cas, elle a masqué l'origine du vice rédactionnel de l'article 483, 4<sup>e</sup>, avec pour conséquence que sa version actuelle génère des regrets.

C'était, en effet, oublier qu'à raison de l'économie faite d'un contrôle judiciaire lors de son déclenchement, le mandat ouvert peut certes porter atteinte aux intérêts du mandant à raison de son exécution (cause naturelle de révocation) mais qu'il peut aussi lui être préjudiciable parce que le contrôle formel du greffe n'a pas évité l'ouverture d'un mandat qui n'aurait pas dû s'ouvrir. Le vice dénoncé résultait de l'intégration, dans l'inventaire des causes d'extinction de la protection conventionnelle, d'une session de rattrapage aux fins d'y mettre un terme pour les cas où elle se serait ouverte à tort. Or, cette session de rattrapage n'a pas disparu du texte actuel. L'exécution du mandat contraire aux intérêts du mandant n'est toujours qu'une cause de révocation alternative au cas où il est rétrospectivement avéré que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies. C'est dire que c'est toujours pour le révoquer, et donc non sans une forme de rétrospection, que la loi rappelle que comme tout régime de protection juridique, la protection conventionnelle n'a pas lieu d'être ni donc de persister si la personne vulnérable n'est pas dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison de l'altération de ses facultés. Pour compenser l'absence de contrôle judiciaire *a priori*, le bien-fondé de la protection est vérifié *a posteriori* et ouvre le cas échéant une voie de possible extinction judiciaire.

Fort de cette observation, une question ne peut pas manquer de ressurgir. **La protection conventionnelle est-elle justifiée au point de devoir persister quand le cadre du mariage préserve l'intérêt de la famille et par là également les intérêts de l'époux vulnérable ?** À ne pas vouloir affronter cette question, pourtant cruciale, le législateur a dessiné un régime de l'anticipation conventionnelle de la vulnérabilité complètement oublieux de ce que les personnes concernées par une vulnérabilité présente ou à venir peuvent être aussi des époux.

Quelle ironie pour une réforme qui s'est par ailleurs souciée de la liberté matrimoniale des personnes vulnérables ! Quelle coupable faiblesse pour une loi qui prétend asseoir la primauté de la protection contractuelle de ne jamais penser aux époux ! Sont-ils si rares que l'articulation du mandat de protection future et du mariage soit à ce point ignorée ?

I. DAURIAC ■

**16. Mandat de protection future - Révocation** - La Cour de cassation juge que la révocation du mandat de protection future peut être prononcée par le juge des tutelles lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant et que le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique.

**Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 avr. 2019, n° 18-14.250 (V. annexe 4)**

**17. Cette décision illustre parfaitement comment, en pratique, la primauté du mandat de protection future peut céder facilement au profit d'une curatelle renforcée.**

Seconde union, le couple est visiblement uni par une confiance réciproque dans la vieillesse, au point qu'aucune juridiction - pas même la Cour de cassation - ne songe à desaisir l'épouse de la mission de protection de la personne de son conjoint vulnérable dont elle est investie par mandat de protection future. Le couple connaît manifestement une aisance patrimoniale : les seuls avoirs du mari s'établissent à 5 700 000 €. Marié sous la séparation de biens, l'époux n'a pas manqué de prévoir la gestion patrimoniale de ses avoirs. Au contrat de mariage plus récemment, s'était ajouté un mandat de protection future notarié désignant sa femme comme mandataire à la protection de ses intérêts patrimoniaux et personnels. La cohérence de la stratégie patrimoniale adoptée par le couple, avec le conseil du notaire, doit être saluée.

En présence d'une fille d'un premier lit avec laquelle le père considère avoir un conflit<sup>27</sup>, les époux unis avaient anticipé la vulnérabilité de l'un d'entre eux et, par le mandat confié à l'autre, tenté d'assurer pour l'avenir leur intimité conjugale au plan patrimonial. La stratégie était d'autant plus judicieuse que contrairement au régime de communauté, la séparation de biens implique la gestion exclusive par chaque époux de ses biens personnels et l'absence de fortune commune de sorte que le couple est plus exposé que sous les régimes communautaires à l'immixtion d'un tiers en cas de vulnérabilité de l'un des époux. Le secours des règles matrimoniales est en effet limité dans cette hypothèse, à celui de l'habilitation judiciaire de l'article 219 du code civil.

Confort patrimonial, vulnérabilité prévisible à court terme du mari, enfant d'un premier lit : tous les facteurs étaient réunis pour que la sérénité du couple et l'intérêt familial soient confrontés à une mesure judiciaire de protection dont l'initiative pourrait être prise par un descendant, héritier présomptif de l'époux âgé ou fragilisé. La **chronologie des faits dans cette affaire est tout à fait symptomatique** : la signature du mandat de protection future intervient le 22 mai 2013, son ouverture le 19 octobre 2015 et la fille de l'époux vulnérable n'attend pas 15 jours pour déposer, le 3 novembre 2015, une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de protection judiciaire. Déboutée en première instance, son initiative

aboutit néanmoins à ce que la curatelle renforcée de son père soit ouverte et confiée à l'UDAF par l'arrêt infirmatif de la Cour d'appel de Bordeaux rendu le 25 janvier 2018.

Ensemble, les époux ont formé un pourvoi en cassation contre cette décision. L'article 428 du code civil était le pivot essentiel de leur argumentation. Sur le fondement de ce texte et de l'article 12 de la CIDPH, ils espéraient que la Cour de cassation rappellerait la hiérarchie légale des mesures qui veut que celles qui affectent la capacité d'exercice respectent « *les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée et qu'un mandat de protection future ne peut être écarté qu'en présence d'une atteinte effective, prouvée, aux intérêts de la personne* ». Ils suggéraient à la Cour de mettre en œuvre le principe de subsidiarité, imposant « *qu'une mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut pas être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par le mandat de protection future conclu par l'intéressé* ». En d'autres termes, ils se prévalaient de la primauté du mandat sur la curatelle, conformément aux mots de la loi et à l'ambition politique du législateur. Leur entreprise ne connut aucun succès ; **la Cour de cassation préfère esquiver le jeu de l'article 428 du code civil. Dans l'enchaînement des étapes de la procédure ayant conduit devant la juridiction du droit, la circonstance de ce que le contentieux judiciaire était né d'une requête en ouverture de curatelle alors qu'un mandat de protection future est en cours d'exécution a été purement et simplement oublié.**

**18.** Le rejet du pourvoi s'inscrit dans une toute autre perspective. C'est de la révocation du mandat qu'il est en définitive exclusivement question, et cela malgré une terminologie flottante. La Cour décide qu'il résulte de l'article 483, 4<sup>e</sup> du code civil « *que la révocation du mandat de protection future peut être prononcée par le juge des tutelles lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant* ». Pour avoir relevé des manquements du mandataire : caractère lacunaire et tardif de l'inventaire, omission de déclaration de l'impôt sur la fortune, absence de justification de l'utilisation de certaines sommes, la Cour d'appel a pu en déduire « *souverainement que les intérêts patrimoniaux [de l'époux vulnérable] n'étaient pas suffisamment préservés* » et prononcer la révocation du mandat. De sorte que selon « *l'article 485 al. 1, le juge qui met fin au mandat peut ouvrir une mesure de protection juridique* ».

**19. Au plan du droit, la rédaction de cette décision apparaît d'abord d'une médiocre facture.** Le syllogisme judiciaire énonce, en majeure, les conditions de la révocation du mandat, à savoir une exécution de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant, et assure une qualification des faits, en mineure, qui emprunte au principe de subsidiarité de l'article 428 du code civil pour caractériser des intérêts du majeur vulnérable non suffisamment protégés. Après le législateur, c'est au tour de la haute juridiction d'entretenir la confusion entre les conditions de révocation du mandat de protection future et la subsidiarité qui commande l'ordre dans lequel peuvent s'ouvrir les mesures de protection. L'observation montre sans doute qu'à avoir déjudiciarisé l'ouverture de la protection conventionnelle, cette distinction est probablement trop

<sup>27</sup> Il reste désireux de la voir. La possibilité que cette relation filiale continue d'être entretenue fut d'ailleurs une constatation décisive de la Cour d'appel de Bordeaux pour que demeure confiée à son épouse la protection de la personne de l'époux vulnérable.

subtile pour être opérationnelle. **Le principe de subsidiarité, affirmé et réaffirmé, qui prétend garantir la primauté du mandat, se contourne par une simple habileté d'argumentation**, en trois étapes. Première étape : laisser dans l'ombre la question de l'ouverture de la curatelle, deuxième étape : se focaliser sur tout ce qui pourrait être reproché au mandataire en vue de solliciter la révocation du mandat, troisième étape : initier l'ouverture de la mesure judiciaire à raison de la révocation du mandat. La vitalité du mandat de protection future ne dépend pas seulement du volontarisme du notariat, elle est ensuite tributaire de l'habileté du barreau. Ne soyons pas dupe, le raisonnement judiciaire, ici retenu, trahit directement le schéma voulu par le législateur qui tient, lui, en deux temps seulement. D'abord, en présence d'un mandat ouvert, la subsidiarité s'impose à la curatelle (art. 428). Ensuite, si et seulement si la protection de la personne exige néanmoins une curatelle, l'ouverture de cette mesure emporte extinction automatique du mandat (art. 483, al. 1<sup>er</sup>). La loi du 23 mars 2019 n'a pas un mois d'existence et déjà la haute juridiction a explicité la voie argumentative de son contournement. La primauté de la protection conventionnelle sur le système tutélaire est le principe...sur le papier.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Au plan opérationnel, la consistance des faits reprochés, dans cette affaire, à l'épouse mandataire pour qu'elle soit, sur demande de sa belle-fille, démise de sa mission patrimoniale au profit d'une curatelle renforcée exercée par l'UDAF appelle deux observations.

> La première est inspirée par leur **chronologie**. La demande d'ouverture de curatelle est intervenue à peine 15 jours après le déclenchement du mandat. Dans ce temps court, la plupart des faits reprochés au mandataire n'avaient pas pu déjà se réaliser. C'est dire qu'en première instance, seule la subsidiarité de la curatelle pouvait être utilement discutée au fond, sur le fondement de l'article 428 du code civil. Ce n'est vraisemblablement qu'à raison du temps propre au déroulement de l'appel qu'il est devenu envisageable de nourrir au fond l'argumentaire de la révocation pour contrariété avérée aux intérêts du mandant. À l'aune de cette considération, la stratégie de l'avocat est à méditer eu égard à la chronologie des faits, sans ignorer par ailleurs les dernières avancées jurisprudentielles du principe de concentration des moyens<sup>28</sup>.

> La seconde tient à la **mise en perspective de la consistance et de la nature de ces faits avec la qualité du mandataire de protection future** : l'épouse du mandant, soit un mandataire ni tiers, ni rémunéré, ni professionnel. Sont reprochés à cette dernière : un inventaire tardif et lacunaire, des dépenses insuffisamment justifiées engagées à l'occasion de travaux dans le logement à venir du couple et le défaut de déclaration de l'impôt sur la fortune auquel elle est au titre du foyer fiscal obligée solidairement. Quel mandataire à la protection des personnes vulnérables autre que le conjoint est, par statut, solidaire de l'impôt sur le

revenu et de l'impôt sur la fortune immobilière<sup>29</sup> ? La vie conjugale s'adapte-t-elle si aisément après plusieurs années de confiance mutuelle aux contraintes de la comptabilité scrupuleuse qu'implique sans doute la gestion des intérêts et des biens d'autrui ? Le régime de l'habilitation conjugale de l'article 219 comme celui de l'habilitation familiale témoigne d'une tolérance législative, voire judiciaire, à l'égard des mandataires familiaux se traduisant dans l'allègement des obligations d'inventaire et de reddition de comptes. Il ne s'agit évidemment pas d'inviter le rédacteur d'acte à sacrifier aux exigences raisonnables de compétence et de contrôle des mandataires de protection future. Reste que ceux qui conseillent et prêtent leur concours à la rédaction de mandat de protection future pourront utilement avoir à l'esprit que, lorsque le mandat s'inscrit dans un contexte strictement conjugal, les obligations prévues à la charge du mandataire seront demain autant de failles ou de fragilité du mandat mis à exécution dont les héritiers présomptifs de l'époux vulnérable pourront le cas échéant vouloir poursuivre la révocation judiciaire. C'est finalement observer à l'épreuve des faits, que pour garantir l'intimité patrimoniale du couple uni dans la maladie comme dans la vieillesse, **les habilitations judiciaires matrimoniales et familiales pourraient s'avérer autrement plus performantes que le mandat de protection future entre époux.**

I. DAURIAC ■

**20. Habilitation familiale - Assouplissement du régime** - La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice assouplit le régime de l'habilitation familiale en étendant notamment les pouvoirs conférés à la personne habilitée aux mesures d'assistance et en créant des passerelles avec les mesures de protection judiciaire.

**L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 29 : JO 24 mars 2019 (V. annexe 5)**

**21.** Après la loi « *de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* » du 18 novembre 2016, la loi « *de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice* » apporte à son tour son lot de modifications à l'habilitation familiale, créée par l'ordonnance du 15 octobre 2015. Cette mesure judiciaire de protection simplifiée a été créée à destination des familles. Elle poursuit l'ambition de favoriser leur réinvestissement dans la prise en charge de la vulnérabilité des leurs. Depuis l'origine, l'objectif général de désengorgement de la justice n'est pas étranger à l'économie du régime de cette mesure. L'idée étant que, mise en œuvre dans un contexte familial apaisé<sup>30</sup>, elle doit être souple et

28 Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 avr. 2019, n° 17-31.785. - Nouvelle précision du principe de concentration des moyens : Dalloz. Actu, 14 mai 2019, G. Maugain.

29 En conjugalité, la solidarité fiscale ne doit toutefois pas faire oublier que l'impôt demeure, au titre de la contribution, une charge personnelle à chacun des membres du couples.

30 Art. 494-4, al. 2 du code civil.

bénéficiaire de contrôles allégés<sup>31</sup>. **L'expérience montre que cette mesure connaît un réel succès pratique**<sup>32</sup>. Alors que l'engouement pour cette mesure de protection est réel, la loi de programmation en redéfinit les contours. Bien plus qu'un simple toilettage des textes, **la réforme fait de l'habilitation familiale un terrain d'expérimentation de la « mesure de protection unique »**<sup>33</sup>, avant - **qui sait ? - une évolution plus ambitieuse de la protection des personnes**. L'habilitation familiale devient l'instrument d'une protection judiciaire « sur mesure » dans un menu légal à la carte. En même temps, les textes nouveaux œuvrent également à une meilleure intégration de ce dispositif de protection familial dans la hiérarchie des mesures juridiques de protection.

♦ **L'habilitation familiale : une protection établie « sur mesure » dans un menu légal à la carte**

22. Alors que la loi n'avait encore consacré que l'« habilitation représentation », elle invitait déjà le juge à déterminer le périmètre exacte de cette mesure substitutive familiale. Susceptible de n'être ouverte que pour un ou plusieurs actes spécialement identifiés, quand l'intérêt de la personne à protéger l'implique, l'habilitation délivrée par le juge peut être générale<sup>34</sup>. Avec la loi de 2019, l'étendue des possibilités ouvertes au juge s'accroît considérablement car c'est sur l'assistance dans les conditions prévues par l'article 467 du code civil que le juge peut arrêter son choix quant à la mission confiée à la personne habilitée. Ainsi la « mesure unique d'habilitation familiale » peut être générale ou spéciale quant aux actes qu'elle concerne, de représentation ou d'assistance quant à la nature de la technique de protection qu'elle met en œuvre. **Petite révolution dans le domaine de la protection, le législateur transforme la mesure familiale simplifiée en véritable mesure à géométrie variable**. Cette transfiguration de l'habilitation familiale nécessitait quelques adaptations de son régime, elle suscite également quelques interrogations.

**Les adaptations nécessaires des textes** - Parce que l'habilitation familiale se décline dorénavant en mesure d'assistance ou de représentation, l'article 494-1 du code civil a été corrigé. Ce texte ne vise plus les personnes « *hors d'état d'exprimer leur volonté* », expression originellement empruntée à l'article 219 du code civil qui avait inspiré la création de cette habilitation familiale pour un cercle familial dépassant les frontières du couple marié. Il reprend aujourd'hui à l'identique la formule de l'article 425 du code civil. Sont concernées par l'habilitation familiale, les personnes « *dans l'impossibilité de pouvoir seules à leurs intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée*

*soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté* ». Avec cohérence, en même temps qu'elle offre une gradation nouvelle de la protection, la mesure s'ouvre à d'autres que ceux qui sont dans l'impossibilité de manifester leur consentement<sup>35</sup>. L'intéressé se voit ainsi investi de la qualité pour saisir le juge en vue de l'ouverture (art. 494-3, al. 1<sup>er</sup> du code civil) comme de la révision (art. 494-11, 2<sup>o</sup> du code civil) de la mesure<sup>36</sup>.

Indifféremment mesure de représentation ou d'assistance, le champ d'application des articles 494-6, alinéa 2, 494-7 et 494-8 est à juste titre limité à la première hypothèse. **L'autorisation du juge est toujours requise pour que la personne habilitée puisse accomplir un acte de disposition, elle n'est en revanche en principe pas nécessaire pour les actes de l'article 427 du code civil**. Ces dispositions n'ont, à l'évidence, de sens qu'en matière de représentation. C'est encore le cas de l'article 494-8 dont l'objet consiste à délimiter le périmètre du dessaisissement de la personne protégée consécutive à une représentation judiciaire. L'assistance ne dessaisit pas puisque par nature elle suppose au contraire le concours de la personne vulnérable et de la personne habilitée.

Enfin, la question de la **sanction des actes passés seul par le protégé au mépris de l'assistance que lui imposait l'habilitation familiale** reçoit une réponse dans l'article 494 -9, alinéa 2. Comme en curatelle simple, la nullité de cet acte est subordonnée à la preuve du caractère préjudiciable de l'acte.

**Les questions pratiques suggérées** - Tout nouveau texte engendre des questions pratiques inédites. Pour ce qui est de cette réforme nous en formulons immédiatement deux.

> La première tient à la portée de la réforme opérée. Le législateur consacre une mesure d'habilitation unique qui peut être alternativement de représentation ou d'assistance. **Le juge peut-il explorer le champ des possibles jusqu'à ouvrir une habilitation familiale qui soit mixte ou hybride : une habilitation assistance, matinée d'une représentation spéciale sur le modèle de ce qu'est par exemple la curatelle renforcée ?** La lettre des textes n'explicite pas cette hypothèse. Leur esprit toutefois ne paraît pas devoir s'y opposer quand il fait de la très grande adaptabilité de la mesure familiale l'une de ses vertus recherchées.

> La seconde tient à la sécurité et la vitalité du commerce juridique. Pour être à géométrie variable, **la mesure que le juge a confiée à la personne habilitée ne risque-t-elle pas de troubler la confiance des tiers ?** À l'heure de consentir un acte juridique avec une personne vulnérable sous protection familiale, comment rassurer le tiers cocontractant s'agissant de l'exact périmètre des pouvoirs des uns et des autres ? La validité de l'acte à conclure est tributaire de ces règles de pouvoirs. Une pression sociale pourrait s'exercer sur la personne habilitée afin qu'elle représente la personne protégée, y compris pour des actes que le juge aurait laissés sous le régime de l'assistance, voire sous celui de la pleine capacité d'exercice

31 L'allègement tient, en particulier, à ce que la personne habilitée à représenter la personne vulnérable puisse être dispensée pour certains actes d'obtenir l'autorisation préalable du juge des tutelles (art. 494-6, al. 2 et 494-7 du code civil).

32 E. Pecqueur, Sort des majeurs protégés dans la réforme : AJ. Fam. 2019, p. 286, spéc. p. 287.

33 Comp. les préconisations du rapport A. Caron Déglise, L'évolution de la protection juridique des personnes, Reconnaître soutenir et protéger les personnes vulnérables, Rapport de mission interministérielle, 2018.

34 Art. 494-6 du code civil.

35 G. Raoul-Cormeil, L'habilitation familiale par assistance ou la nouvelle gradation des mesures : Essentiel Droit de la famille et des personnes, n° 4, p. 3.

36 E. Pecqueur, préc.

du majeur vulnérable. Le risque est alors, qu'à demeurer dans l'ignorance de la nature et de la portée de la protection familiale, les tiers enferment les personnes sous habilitation familiale dans une incapacité générale d'exercice de fait, à défaut d'être de droit. A moins qu'à l'inverse, leur ignorance légitime de la mesure ne vienne sacrifier la protection organisée au prétexte de l'apparence. À n'en pas douter, **une publicité opératoire est la condition sine qua non des performances de la mesure familiale unique**. De quoi s'étonner et regretter que le législateur n'y ait guère prêté attention. Le dernier alinéa de l'article 494-6 reste inchangé. Seuls les jugements accordant, modifiant, renouvelant, ou mettant fin à une habilitation générale font l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance dans les conditions de l'article 444 du code civil.

#### ◆ L'habilitation familiale, mieux intégrée dans la hiérarchie des mesures de protection juridique

**23.** L'habilitation familiale ajoute à la diversité des mesures de protection qui depuis 2009 se répartissent entre la protection conventionnelle du mandat et le triptyque hiérarchisé du système tutélaire. À cette diversité s'agrège la complexité d'une protection familiale dessinée sur mesure par le juge sous forme de représentation ou d'assistance, générale ou spéciale. Cette richesse impose d'ordonner le droit de la protection. Dans cet ordonnancement, l'ouverture de l'habilitation familiale obéit aux principes essentiels de nécessité et de subsidiarité issus de l'article 428 du code civil, et spécialement réitérés par l'article 494-2 du code civil, sans que le toilettage du premier article, donnant les honneurs de la primauté au mandat de protection future (V. § 7), n'ait eu pour conséquence celui du second.

L'apport de la loi de programmation est d'avoir prolongé ces principes par des passerelles procédurales<sup>37</sup> aux articles 494-3 et 494-5 du code civil, chacun de ces textes ayant été enrichi d'un alinéa supplémentaire.

Le juge a la faculté de désigner une personne habilitée plutôt que d'ouvrir ou de renouveler une mesure judiciaire de curatelle ou de tutelle. Ce **choix judiciaire en faveur de la protection familiale simplifiée peut intervenir à l'issue de l'instruction d'une requête aux fins d'ouverture d'une mesure, ou bien à tout moment dans les conditions de l'article 442, al. 3 pour la substituer à une curatelle ou une tutelle ouverte**. Ces voies de passage procédurales témoignent de la préférence du législateur pour l'habilitation familiale.

Elle consacre une subsidiarité concrète des mesures judiciaires de curatelle et de tutelle à l'égard de l'habilitation familiale confirmée à l'alinéa 2 de l'article 494-5 du code civil. Quand l'habilitation sollicitée est une protection insuffisante, le juge peut lui préférer curatelle ou tutelle. À l'évidence, le but poursuivi est de fluidifier le travail des juges en réduisant les désistements d'instance et requêtes multiples<sup>38</sup>.

#### I. DAURIAC ■

37 J. Combret, Personnes vulnérables, habilitation familiale et mandat de protection future : réforme de la justice et prospective : Defrénois 2019, n° 147s8, p. 25.

38 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 déc. 2017, n° 16-27507 : Defrénois 2018 n° 134u7, p. 29, obs. J. Combret ; D. 2018, p. 223, note D. Noguero.

**24. Tutelle - Actes passés au nom du majeur protégé - Contrôle du juge des tutelles** - La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice étend la liste des actes qu'un tuteur peut réaliser sans autorisation préalable du juge des tutelles. Parmi ces actes se trouvent notamment l'ouverture et la modification des comptes bancaires au nom du majeur dans sa banque habituelle et les clôtures de comptes ouverts pendant la mesure.

**L. n° 2019-222, 23 mai 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 9 : JO 24 mars 2019 (V. annexe 6)**

**25.** La loi de programmation 2018-2022 s'est donnée pour objectif de recentrer l'institution judiciaire sur ses missions juridictionnelles et sur les questions où la prudence requière l'autorité du juge. Elle n'épargne pas la protection des personnes vulnérables, où la déjudiciarisation se traduit par un allègement des autorisations préalables du juge jusqu'à présent requises pour certains actes. Le périmètre de l'allègement du contrôle judiciaire *a priori* doit être précisé, avant de s'inquiéter de certaines de ses conséquences sur la curatelle.

#### ◆ Les autorisations judiciaires préalables qui disparaissent

Depuis le 25 mars 2019, le tuteur peut faire seul, en représentation de la personne protégée, un certain nombre d'actes qui supposaient hier l'autorisation du conseil de famille ou à défaut l'autorisation du juge des tutelles. Cette nouvelle autonomie d'action du tuteur se rencontre pour des opérations diverses. Elles concernent les comptes du majeur protégé, les successions et partage auxquels il est appelé et les conventions d'obsèques.

**Les comptes bancaires du majeur sous tutelle** - Soucieux de mettre un terme aux pratiques discutables des comptes pivots et de préserver la domiciliation bancaire des majeurs vulnérables, l'article 427 du code civil issu de la loi de 2007 organise la protection de leurs comptes et livrets bancaires. Ce texte posait un principe commun impératif : l'autorisation préalable du juge des tutelles était requise pour toute ouverture, modification ou clôture de comptes ouverts au nom de la personne protégée. Le caractère général du principe applicable à toute mesure de protection juridique a été récemment conforté par un avis de la Cour de cassation du 6 décembre 2018<sup>39</sup>, au point que seule l'habilitation familiale s'en émancipe, sauf décision judiciaire contraire<sup>40</sup>.

Le texte réécrit réduit désormais cette exigence. L'autorisation du juge est supprimée lorsqu'il s'agit d'ouvrir un nouveau compte au nom du majeur dans son établissement bancaire habituel. À l'évidence respectueuse de la domiciliation

39 Cass., avis, 6 déc. 2018, n° 18-70.012 : IP 1-2019, n° 4, § 1, comm. I. Dauriac ; AJ Fam. 2019. 39, obs. G. Raoul-Cormeil ; D. 2019, 635, note N. Peterka.

40 Art. 494-7 du code civil.

bancaire établie du majeur, cet allègement s'inscrit sans le trahir dans l'esprit général du texte. Les choix passés du majeur, ses repères, ne sont pas directement mis en cause par ces opérations. On comprend ainsi que le **domaine de l'intervention préalable du juge se resserre aux opérations de clôture des comptes et livrets ouverts avant la mise sous protection et à l'ouverture quand son intérêt l'exige d'un compte auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Le pragmatisme inspirant cette modification peut être salué** d'autant que l'article 501 du code civil en prolonge les effets au quotidien considérant que le tuteur peut, sans autorisation, placer des fonds sur un compte nonobstant le seuil à partir duquel le juge l'astreint à employer les capitaux liquides et l'excédent des revenus.

**Quelques observations peuvent néanmoins être formulées.**

> D'abord les **comptes et livrets concernés par l'article 427 ne font l'objet d'aucune précision quant à leur nature.** Le caractère indifférencié de la catégorie est cohérent tant que le texte construit la protection judiciaire *a priori* des comptes destinés à accueillir l'intégralité des avoirs financiers du majeur ; il peut sembler moins opportun quand cette fois il assigne le périmètre du retrait judiciaire. La clôture d'un livret d'épargne et celle d'un compte titres ouverts durant la mesure n'engagent sans doute pas les mêmes conséquences patrimoniales.

> Ensuite, et dans la mesure où le décret du 22 décembre 2008 inclut, par renvoi à l'article 427, al. 1 et 2, les opérations sur comptes dans la **catégorie des actes devant être regardés comme des actes de disposition**, il n'est pas absolument exclu que, lorsque l'autorisation du juge n'est plus requise, cette nature puisse leur être disputée. L'impact de la réforme sur la catégorie des actes de disposition dont ce décret vient préciser le périmètre reste à mesurer.

**L'option successorale du majeur sous tutelle** - Lorsque l'héritier appelé à succéder était placé sous tutelle, jusqu'à présent, la seule option que le tuteur seul exerçait pour son compte était l'acceptation à concurrence de l'actif. L'autorisation du juge des tutelles était une démarche préalable à toute acceptation pure et simple d'une succession manifestement excédentaire comme elle l'est pour renoncer à une succession manifestement déficitaire.

La **loi de 2019 ne modifie le régime de l'option que sur un point : la faculté est reconnue au tuteur d'accepter purement et simplement la succession manifestement excédentaire pour laquelle le notaire en charge de son règlement aura dressé attestation que l'actif dépasse manifestement le passif.**

L'article 507-1 nouveau ne trahit pas une moindre vigilance du législateur. L'acceptation pure et simple est dangereuse ; elle oblige l'héritier aux dettes et charges de la succession *ultra vires successionis*, l'exposant donc à devoir régler sur ses actifs personnels le passif successoral à proportion de ses droits dans l'actif. Ce n'est que lorsque la succession est manifestement excédentaire que cette exposition au passif peut être de moindre acuité. Or, l'article 507-1 n'abandonne pas ce fait à l'appréciation du tuteur. Ce point doit être vérifié

et sa réalité établie en préalable, seulement si ce n'est pas par le juge ou le conseil de famille, cela devra être fait par le notaire en charge de la succession qui en dressera attestation. La **déjudiciarisation opère un simple déplacement du contrôle du juge vers le notaire.** Ce changement d'interlocuteur n'ira pas sans générer un coût nouveau que cependant le tarif propre à la profession devrait cantonner. Surtout, en cas d'erreur d'appréciation, la responsabilité professionnelle du notaire pourrait apparaître comme une garantie nouvelle non négligeable. Mais précisément, sera-t-il si facile en pratique au tuteur d'obtenir l'attestation notariale du caractère manifestement excédentaire de la succession ? L'avenir seul le dira.

**Le partage en présence d'un majeur sous tutelle<sup>41</sup>** - L'œuvre de déjudiciarisation de l'acte de partage se poursuit avec la réécriture de l'article 507 du code civil. La loi du 23 juin 2006 avait déjà œuvré à la simplification des procédures, le partage judiciaire n'était plus systématiquement requis à raison de l'incapacité d'exercice d'un copartageant, le partage amiable autorisé préalablement par le conseil de famille ou à défaut le juge des tutelles s'y substituait. L'article 507 **restreint l'exigence d'autorisation préalable au seul cas d'une opposition d'intérêts avec la personne chargée de la mesure de protection.** Il est à noter que cette dispense d'autorisation judiciaire ne vaut que pour le partage lui-même, c'est-à-dire pour l'acte d'allotissement permettant de remplir les copartageants de leurs droits respectifs dans la masse indivise. La liquidation de leur droit est en revanche toujours placée sous tutelle du juge, puisque « *dans tous les cas, l'état liquidatif est soumis à l'approbation du conseil de famille ou, à défaut, du juge* », par l'alinéa 2 de ce texte. Il faut ensuite s'inquiéter de ce que certains hésitent déjà sur une **difficulté de coordination nouvelle avec le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008** qui classe le partage dans les actes de disposition, ce qui implique qu'en tutelle le tuteur ne puisse agir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles<sup>42</sup>. Ce défaut de coordination est effectivement de nature à alimenter un contentieux, de sorte qu'il est probable que les tuteurs ne désertent pas si facilement en pratique le chemin qui les conduisait jusque-là à devoir solliciter systématiquement l'autorisation du juge.

**Convention d'obsèques** - L'inventaire s'achève avec les précisions dont s'enrichissent, respectivement, les articles L. 132-3 et L.132-4-1 du code des assurances et l'article L. 223-5 du code de la mutualité. Ces dispositions mettent un terme à une discussion ancienne. Comme l'article L. 132-3 du code des assurances prohibe la souscription d'une assurance décès sur la tête d'un majeur sous tutelle, la possibilité de souscrire sous cette forme un contrat d'obsèques était discutée. Le débat est clos : le tuteur peut conclure pour le compte du protégé, sans l'autorisation préalable du juge, une convention d'obsèques prévue à l'article L. 2223-33-1 du CGCT.

41 N. Petroni-Maudière, Recours au partage amiable et personnes vulnérables : LEFP mai 2019, n° 112b4, p. 6.

42 E. Pecqueur, Sort des majeurs protégés dans la réforme : AJ Fam. 2019, p. 266 et s.

#### ◇ Quand la déjudiciarisation de la tutelle emporte le retrait du curateur

La déjudiciarisation opérée de la tutelle engendre, par ricochet, des conséquences sur le régime des actes passés en curatelle : renoncer à l'autorisation préalable du juge et autoriser le tuteur à agir seul en représentation du protégé, conduit en effet à limiter l'inventaire des actes pour lesquels, en curatelle, la personne vulnérable doit agir avec l'assistance de son curateur.

L'article 467 du code civil prescrit que « la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ». *A contrario*, les actes pour lesquels cette autorisation n'est pas ou n'est plus requise, peuvent être faits par le majeur seul. Ce dernier retrouve par là une complète capacité d'exercice avec effet immédiat, compte tenu de l'entrée en vigueur de la loi de 2019 au 25 mars 2019<sup>43</sup>. **Pour avoir travaillé à fluidifier la mission de représentation du tuteur, le législateur provoque un possible recul de la mission d'assistance du curateur.**

À considérer - ce qui est concevable au titre de l'interprétation des textes et de leur portée respective - que la réécriture, en particulier des articles 427 et 507 et 507-1, opère un retranchement implicite des actes que jusque-là le décret du 22 décembre 2008 comprenait au sein des actes de disposition, il faudrait en conclure que sans l'assistance de son curateur, le majeur retrouve la faculté d'ouvrir un compte dans son établissement habituel et surtout de clôturer ceux ouverts pendant la mesure, d'accepter purement et simplement une succession manifestement excédentaire sur la foi de l'attestation notariée et d'intervenir à un partage amiable n'impliquant pas d'opposition d'intérêt avec son curateur. De quoi faire **douter que les conséquences sur la curatelle de la loi de 2019 aient été toutes assez réfléchies par le législateur.**

I. DAURIAC ■

## Patrimoine du couple

### Régimes matrimoniaux

**26. Changement de régime matrimonial - Délai - Homologation** - La loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice supprime le délai minimal de 2 ans qui séparait la célébration du mariage de la modification du régime matrimonial. En outre, elle simplifie la procédure de changement en présence d'enfants mineurs et clarifie les règles applicables en présence d'enfants majeurs protégés.

43 G. Raoul Corneil, Les dispositions transitoires de la loi du 23 mars 2019 relatives au droit des majeurs protégés : LEFP mai 2019, n° 112b2, p. 5.

#### L. n° 2019-222, 23 mai 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 8 : JO 24 mars 2019 (V. annexe 7)

27. Trois modifications sont introduites à l'article 1397 du code civil relatif au changement de régime matrimonial. D'abord, une prise en compte des modalités de l'opposition des enfants majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. Ensuite, la suppression du délai de deux ans préalable à tout changement. Enfin, la disparition de l'homologation obligatoire en présence d'enfant mineur. Les raisons avancées au soutien de chacune d'elles méritent sans doute un examen critique.

#### ◇ Les modalités de l'opposition des enfants majeurs faisant l'objet d'une mesure de protection

28. Si le texte reconnaissait aux enfants majeurs le droit d'être informé et de faire opposition, il ne s'embarrassait pas des modalités d'exercice de ce droit en présence d'une personne soumise à une mesure de protection juridique, ce qui avait été relevée en doctrine<sup>44</sup>. C'est aujourd'hui chose faite puisque l'alinéa 2 de l'article 1397 précise : « *En cas (...) d'enfant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, l'information est délivrée à son représentant, qui agit sans autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles* ». Après d'autres<sup>45</sup>, on peut remarquer deux choses :

> d'une part, **le texte est ambigu en évoquant tout à la fois des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection et de représentation**. Or, on le sait, toutes les mesures de protection ne donnent pas lieu à une mesure de représentation. Derrière la simplicité se camoufle en réalité une réelle difficulté, celle d'identifier les hypothèses où l'information doit être délivrée au majeur ou à une autre personne<sup>46</sup> ;

> d'autre part, **le législateur n'a pas envisagé les hypothèses de conflit d'intérêts entre le majeur protégé - enfant d'un des époux - et son représentant - un des époux**. Il relève de l'évidence que ce conflit devra être pris en considération.

#### ◇ La suppression du délai de deux ans d'application du régime

29. Ce délai issu de la loi de 1965 a été justifié comme nécessaire pour obliger les époux à expérimenter leur régime avant d'en changer et d'éviter les changements intempestifs. Il a été maintenu avec les mêmes justifications. Il était toutefois possible de penser qu'il devenait plus important encore dans le cadre d'un changement déjudiciarisé, où il devenait

44 J. Hauser et J.-M. Plazy, Changement de régime matrimonial et enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté : Defrénois 2007, n° 38591, p. 733. - B. Beignier, J. Combret et E. Frémont, Le changement de régime matrimonial depuis le 1er janvier 2007, Questions diverses. Éléments de réponses - loi du 23 juin 2006 réformée par la loi du 5 mars 2007 : Dr. famille 2007, étude 11.

45 J. Combret et D. Noguero, Personnes vulnérables, régimes matrimoniaux et statut personnel : réforme de la justice et prospective : Defrénois 2019, n° 147k8, p. 28.

46 Sur les différentes hypothèses, voir J. Combret et D. Noguero, préc.

finalement la seule condition de stabilité du régime. Il est aujourd'hui **supprimé, pour deux raisons**.

> La première tiendrait à la **nécessité de pouvoir adapter de façon plus rapide le régime matrimonial à l'évolution d'une situation professionnelle ou à l'anticipation d'une succession**. Si l'une comme l'autre des situations peut être la raison légitime d'une modification du régime, on peine néanmoins à croire que le délai de deux ans était véritablement un frein. En effet, il n'était de nature à l'entraver qu'en présence d'un mariage ou d'un précédent changement moins de deux ans auparavant, c'est-à-dire, en présence d'un couple dont la situation changeait de façon notable deux fois en moins de deux ans.

> La seconde raison venait de l'**articulation avec la réforme du divorce par consentement mutuel intervenue en 2016**. Il avait été relevé qu'un couple marié mettrait plus de temps à changer de régime qu'à divorcer et se remarier<sup>47</sup> ; partant, la logique devait nous conduire à admettre que la contrainte ne pouvait perdurer pour ceux qui n'entendaient pas rompre leur lien matrimonial quand elle ne s'imposait pas à ceux qui souhaitaient en sortir. On peut concevoir que le résultat de la comparaison avait *a priori* de quoi surprendre, notamment car elle permettait à un couple de changer son régime matrimonial en divorçant par consentement mutuel et en se remarquant sans respecter le délai de deux ans. Pour autant, ici encore on peut douter du fait qu'en pratique les couples ont usé ou auraient usé de ce stratagème bien lourd plutôt que d'attendre deux ans entre deux modifications. Bien que peu décisifs, ces arguments ont convaincu sans difficulté le Parlement, ce point ayant fait consensus.

#### ♦ La disparition de l'homologation obligatoire en présence d'un enfant mineur

**30.** Avec cette disparition, c'est le **recul du principe d'immutabilité** - si tant est qu'il puisse encore porter ce nom - qui s'accroît encore une fois. Ce principe, inscrit dans le code de 1804, a perdu son caractère absolu en 1965, date à laquelle le législateur a admis le changement de régime à la demande des époux mais par homologation judiciaire. En 2006, cette homologation judiciaire a perdu son caractère systématique, n'étant requise qu'en présence d'enfant mineur ou d'opposition d'un enfant majeur d'un ou des époux ou d'un créancier. En 2019, c'est la dernière hypothèse d'homologation obligatoire qui disparaît, celle qu'imposait la présence d'au moins un enfant mineur. À cette fin, l'article 8 de la loi du 23 mars 2019 modifie l'alinéa 5 de l'article 1397 du code civil qui aujourd'hui dispose : « *Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le 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* ». Par ailleurs et **dans le cas particulier où l'enfant mineur n'est pas sous l'administration légale mais sous tutelle, le législateur va par le même texte, mais dans son alinéa 2, ouvrir la faculté d'opposition à son représentant**.

47 Q. Guiguet-Schiélé, Du divorce sans juge à la mutabilité incontrôlée du régime matrimonial ? : Gaz. Pal. 18 avr. 2017, n° 292r0, p. 54 ; M. Nicod, Vers une mutabilité incontrôlée du régime matrimonial : Dr. famille 2018, repère 4.

On comprend que la situation bien particulière du changement de régime doit conduire, faute de recours systématique au juge, à traiter différemment les enfants sous administration légale de ceux sous tutelle. **Quelles sont les raisons ayant présidé à cet abandon ?** Elles sont diverses : le désengorgement des tribunaux, l'inutilité de la procédure à l'aune de la rareté des refus d'homologation<sup>48</sup>, l'admission du divorce par consentement mutuel sans juge ou encore la présomption de bonne gestion des biens du mineur par ses parents administrateurs légaux.

On a le sentiment qu'ici encore on a cédé un peu vite à la déjudiciarisation. L'unique obstacle à la volonté toute puissante des époux sera le notaire, « lanceur d'alerte » disposant de la possibilité de saisir le juge<sup>49</sup>. Placé dans une position plus qu'inconfortable, de nature à engager sa responsabilité, il devra trouver les clefs de ce droit d'alerter en présence d'enfant mineur, qu'il soit ou non issu du couple<sup>50</sup>. La convention matrimoniale perd encore un peu plus ce qui faisait sa particularité : une convention certes, mais dominée par un intérêt collectif, celui de la famille. Avec d'autres<sup>51</sup>, **on peut craindre que les conventions matrimoniales ne soient réduites au rang de contrats entre époux pour lesquels il convient seulement de s'assurer qu'ils ne contrarient pas un intérêt individuel, celui de l'enfant**.

**31.** De la modification substantielle de 2006 aux adaptations ponctuelles de 2019, il est permis de découvrir de plus en plus la **nouvelle image que dessine notre législateur de sa conception du régime matrimonial des époux**. Il ne s'inscrit plus par principe dans la durée et dans le collectif familial. Il est permis de le regretter et explique que certaines modifications peuvent à la réflexion ne pas convaincre.

C. GRARE-DIDIER ■

#### 32. À NOTER

> **Communauté de biens entre époux - Substitut de revenus** - La Cour de cassation rappelle par deux fois dans une même affaire que les gains et salaires et produits de l'industrie des époux, quelle que soit leur forme, font partie de la communauté.

**Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 avr. 2019, n° 18-15.486 (V. annexe 8)**

48 A. Tani, État des lieux jurisprudentiel du changement de régime matrimonial, ou la grande rareté des refus d'homologation : Dr. famille 2017, étude 15. L'argument peut ne pas convaincre. C'est trop négliger la dimension préventive de l'homologation qui sans doute joue à plein.

49 P. Hilt, Un pas de plus vers la libre mutabilité des conventions matrimoniales : AJ Famille 2019, p. 256. Comme le remarque cet auteur, « *Aujourd'hui, un enfant mineur peut provoquer l'homologation d'une convention de divorce mais non celle d'une convention portant changement du régime matrimonial de ses parents, alors que la seconde peut être autrement plus dangereuse pour ses intérêts que la première !* » ; la comparaison pourrait demain justifier une réforme de la procédure de divorce extrajudiciaire pour modifier en faisant disparaître la possibilité ouverte à l'enfant mineur par l'article 229-2 de demander son audition par le juge. La fuite en avant n'est peut-être pas finie.

50 Sur ce point, voir J.-J. Lemouland et D. Vigneau, Droit des couples : D. 2019, p. 910.

51 I. Dauriac, Repenser l'office des juridictions... : Defrénois 2019, n° 145k0, p. 1.

L'arrêt, qui doit être salué, est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler que la communauté a vocation à recevoir les acquêts de source, c'est-à-dire, les revenus du travail et produits de l'industrie des époux.

À l'occasion de la liquidation d'une communauté, plusieurs points opposent les époux. Deux d'entre eux donnent lieu à un contentieux finalement porté devant la Cour de cassation.

Un des époux, agent d'assurance, avait reçu pendant le mariage « des indemnités en réparation du préjudice résultant de la baisse du commissionnement fixé au titre des risques automobile, habitation et santé ». Cette **indemnisation venant compenser une perte de rémunération devait sans nul doute entrer dans la communauté** au titre de l'article 1401.

L'autre époux prétendait pouvoir obtenir une créance au titre de l'article 1371 du code civil, et donc de l'enrichissement sans cause, pour sa participation à l'activité professionnelle de son conjoint sans rémunération. Ici, la Cour de cassation censure la cour d'appel qui avait admis la créance. Le cabinet d'assurance, au sein duquel l'activité de l'épouse s'est déployée, était un bien propre de Monsieur. À l'occasion de la liquidation, une créance est demandée sur le fondement de l'enrichissement sans cause. En réalité, le fondement invoqué et retenu par la cour d'appel étonne. Soit l'activité déployée par l'épouse a conduit à permettre le versement de revenus à la communauté et le travail de cet époux a bien profité à la communauté. Soit on estime que cette activité déployée par un époux au bénéfice d'un bien propre de l'autre a conduit à en augmenter la valeur et le **débat aurait alors dû se situer sur le terrain du droit à récompense de la communauté** et non de l'enrichissement sans cause.

C. GRARE-DIDIER ■

## Divorce et séparations

### 33. À NOTER

> **Prestation compensatoire - Conversion de la rente en capital** - La Cour de cassation juge que quelle que soit la forme de la rente versée au titre d'une prestation compensatoire, le débiteur a toujours la faculté d'en demander la substitution.

### Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2019, n° 18-13.663 (V. annexe 9)

Une cour d'appel a rejeté la demande d'un débiteur de convertir en capital une rente due au titre d'une prestation compensatoire, au motif que la rente litigieuse n'était ni viagère, ni temporaire.

En l'espèce, la rente devait prendre fin au décès non pas du créancier mais du débiteur. C'est sur la foi de ce terme - incertain - que la cour d'appel rejette la demande, refusant à l'occasion à cette rente les qualifications de temporaire et de viagère.

Assez logiquement, la Cour de cassation censure la décision. En effet, ni l'article 276-4 du code civil, ni l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2004-1157 du 29 mars 2004, auquel le texte fait référence, ne font de distinction selon le terme fixé de la rente pour limiter l'application de ce texte et donc le droit pour le débiteur de demander une substitution. La technique de conversion est même donnée par l'article 1<sup>er</sup> du décret : « le capital alloué au créancier est égal à un montant équivalant à la valeur actuelle probable de l'ensemble des arrérages de la rente ». Comprendons donc, car c'était manifestement un des débats opposant les parties<sup>52</sup>, qu'il convient d'utiliser pour calculer ce capital la table de mortalité de celui dont le décès a été érigé en terme, c'est-à-dire ici l'ex-époux, et donc la table de mortalité des hommes.

Pour autant, la Cour de cassation ne tranche pas le débat de qualification qui s'est ouvert dans cette affaire sans que l'on soit bien convaincu qu'il soit pertinent. Une rente viagère ou temporaire est une rente avec un terme. Le décès d'une partie au contrat est un terme incertain. La qualification de rente viagère doit-elle être réservée à la rente dont le terme est le décès du créancier ? Rien n'est moins évident. Si la pratique est souvent en ce sens, la rente dont le terme dépend de la vie du débiteur est tout autant viagère au sens où elle dure pendant la vie d'une personne, d'une partie à l'obligation, en l'espèce le débiteur. Il était toutefois, compte tenu des textes, inutile d'entrer dans ce débat : là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer.

C. GRARE-DIDIER ■

<sup>52</sup> Il apparaît dans les moyens annexes de l'arrêt.

## Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

**Annexe 1** : L. n° 2019-222, 23 mai 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 10 : JO 24 mars 2019

**Annexe 2** : Cass. civ. 3e, 4 avr. 2019, n° 17-26.783

**Annexe 3** : L. n° 2019-222, du 23 mai 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 29 : JO 24 mars 2019

**Annexe 4** : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 avr. 2019, n° 18-14.250

**Annexe 5** : L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 29 : JO 24 mars 2019

**Annexe 7** : L. n° 2019-222, 23 mai 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, art. 8 : JO 24 mars 2019

**Annexe 8** : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 avr. 2019, n° 18-15.486

**Annexe 9** : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2019, n° 18-13.663