

Recueil Dalloz 1994 p. 342

Le tribunal n'est pas tenu de recueillir l'avis des enfants sur le changement de régime matrimonial de leurs parents, même s'il s'agit d'enfants du premier lit, leur accord n'étant pas requis

Jean **Thierry**

Rapport de M. le conseiller Jean **Thierry** :

[1 et 2] *Sur les faits.* - Les époux Genève-Gros sont décédés, en laissant à leur succession deux enfants légitimes : Daniel et Edouard. Ce dernier était l'époux de Mme Marie-Thérèse Albarès, dont il avait adopté en 1971 les deux enfants du premier lit, Martine, épouse Bourgès-Maunoury, et Claudine, épouse Frank.

Par jugement du 1er oct. 1981, le Tribunal de grande instance de Dieppe a homologué le changement de régime matrimonial des époux Edouard Genève/Marie-Thérèse Albarès, consistant à substituer à leur régime initial de séparation de biens celui de la communauté universelle. Cette décision n'a pas été notifiée à Mmes Bourgès-Maunoury et Frank.

Le 18 juill. 1988, Edouard Genève a assigné son frère Daniel en partage judiciaire tant de la communauté ayant existé entre leurs parents que de leurs successions respectives. L'essentiel des biens était représenté par le « Domaine Saint-Martin » situé à Vence et qui comportait un hôtel-restaurant de luxe, domaine dont les deux frères étaient copropriétaires par moitié à la suite d'une donation-partage effectuée par leur mère.

Selon jugement du 8 nov. 1988, devenu irrévocable, le Tribunal de grande instance de Grasse a ordonné le partage judiciaire. Edouard Genève est décédé en cours de procédure, le 13 sept. 1989.

Par conclusions du 4 avr. 1990, Mme Albarès, veuve Edouard Genève, est intervenue volontairement dans la procédure pour reprendre l'instance.

Selon jugement du 1er mars 1991, le même tribunal a donné acte à Mme Albarès de cette intervention, débouté M. Daniel Genève de sa demande d'attribution préférentielle, et ordonné la licitation en un seul lot du Domaine Saint-Martin, avec son fonds de commerce d'hôtel-restaurant.

Sur appel de M. Daniel Genève, et par un premier arrêt du 9 sept. 1991, la Cour d'Aix-en-Provence a ordonné la mise en cause de Mmes Bourgès-Maunoury et Frank, enfants du premier lit adoptés par Edouard Genève. Cette mise en cause a été réalisée le 14 oct. 1991.

Dans leurs conclusions, ces dernières ont soutenu que l'acte unilatéral des 23 et 24 déc. 1980, par lequel elles avaient donné leur accord au changement de régime matrimonial des époux Edouard Genève/Marie-Thérèse Albarès, se trouvait vicié par un dol, et que la nullité de cet acte entraînait celle du jugement du 1er oct. 1981 homologuant ce changement de régime matrimonial.

L'arrêt attaqué (CA Aix-en-Provence, 29 oct. 1992), considérant que les conclusions de Mmes Bourgès-Maunoury et Frank devaient s'analyser comme une « tierce opposition incidente » au jugement du 1er oct. 1981, a annulé l'acte des 23 et 24 déc. 1980 ainsi que ce jugement, écarté la licitation, attribué préférentiellement à M. Daniel Genève le fonds de commerce d'hôtel-restaurant ainsi que les lots voisins nécessaires à son exploitation, dit que le restant du Domaine Saint-Martin reviendrait aux héritiers d'Edouard Genève, et accordé à ces

derniers une soulte de onze millions de francs.

Sur la structure du pourvoi. - La tierce opposition de droit commun est ouverte, à titre principal, pendant trente ans (art. 586 NCPC). Pour assurer la sécurité des transactions, l'art. 1397, al. 6, c. civ. a institué pour les créanciers, dont le débiteur a changé de régime matrimonial, une tierce opposition spéciale dont le délai d'exercice a été ramené à un an. La question se pose de savoir si cette tierce opposition spéciale, ou si la tierce opposition de droit commun, peuvent être utilisées par d'autres tiers, spécialement par les enfants légitimes, naturels ou adoptifs des époux, ou par les enfants du premier lit de l'un d'entre eux : c'est l'objet du premier moyen du pourvoi.

Certains auteurs soutiennent que les tiers disposeraient également d'une action en nullité pour vice du consentement ou pour fraude : le deuxième moyen est consacré à ce problème.

Le troisième moyen conteste que la nullité pour dol du consentement donné par les enfants du premier lit au changement de régime matrimonial de leurs parents, à supposer ce dol établi, puisse avoir pour conséquence d'entraîner la nullité de ce changement.

Enfin, le quatrième moyen reproche à la cour d'appel d'avoir fait droit à la demande de partage en nature formulée par M. Daniel Genève, alors que le jugement du 8 nov. 1988 du Tribunal de grande instance de Grasse, devenu irrévocable, n'avait pas exclu la licitation en un seul lot de la masse partageable.

En résumé, les trois premiers moyens portent sur le changement de régime matrimonial, et le dernier sur la question de savoir si le partage des biens devait ou non s'effectuer en nature.

Sur le premier moyen pris en sa première branche :

1° *Exposé du moyen.* - Les dispositions de l'art. 1397, dernier al., c. civ., qui dérogent à celles de l'art. 583, dernier al., NCPC et qui assurent une protection spéciale aux seuls créanciers en cas de changement de régime matrimonial, n'autorisent pas les enfants des époux à former tierce opposition au jugement qui homologue ce changement, après s'être livré à une appréciation d'ensemble de l'intérêt de la famille.

2° *Discussion juridique.* - 1. - L'art. 1397, dernier al., c. civ. dispose que « les créanciers, s'il a été fait fraude à leurs droits, pourront former tierce opposition contre le jugement d'homologation dans les conditions du code de procédure civile ». L'art. 1298 NCPC, applicable au changement de régime matrimonial en vertu de l'art. 1303 du même code, fixe le délai à un an (alors qu'il est de trente ans pour la tierce opposition de droit commun, art. 586 susvisé NCPC).

2. - La question s'est alors posée de savoir si la tierce opposition au jugement d'homologation de changement de régime matrimonial pouvait être formée par d'autres tiers, et en particulier par les enfants des époux.

Dans un arrêt solidement motivé, la Cour d'appel d'Amiens avait déjà répondu par la négative, aux motifs d'une part qu'il résultait du rapprochement des art. 1397, al. 6, c. civ. et 1303 NCPC que la tierce opposition au jugement d'homologation d'un changement de régime matrimonial n'était ouverte qu'aux seuls créanciers dans le délai d'un an, et d'autre part que le législateur avait voulu que la mutabilité judiciaire du régime matrimonial ne mette pas en cause la sécurité des transactions (CA Amiens, 1er févr. 1980, *JCP* 1980.IV.391 ; *Defrénois*1981.973, obs. Champenois).

3. - Ultérieurement, la Cour de cassation a tranché la question par deux arrêts de principe.

Dans un premier arrêt du 9 juill. 1991, elle a décidé que « les dispositions de l'art. 1397, dernier al., c. civ., qui assure une protection spéciale aux seuls créanciers au cas de changement du régime matrimonial de leur débiteur, n'autorisent pas les enfants des époux à former tierce opposition au jugement qui homologue le changement de régime matrimonial

après s'être livré à une appréciation d'ensemble de l'intérêt de la famille » (Cass. 1re civ., 9 juill. 1991, *Bull. civ. I*, n° 238 ; *D.* 1991. *IR.210* ; *Defrénois* 1991, art. 35151, n° 123, obs. Champenois).

Par un second arrêt du 22 oct. 1991, la Cour suprême a précisé, à l'occasion d'une tierce opposition d'un légataire particulier au jugement d'homologation d'un changement de régime matrimonial, « qu'il résulte de ce texte (art. 1298 NCPC) que la tierce opposition est réservée aux seuls créanciers, à l'exclusion de tous autres tiers » (Cass. 1re civ., 22 oct. 1991, *Bull. civ. I*, n° 279 ; *Defrénois* 1991, art. 35151, n° 124, obs. Champenois). Comme l'indique ce commentateur, « la Cour de cassation précise la solution donnée dans le précédent arrêt du 9 juill. 1991 en mettant les points sur les « i ». En effet, on aurait pu se demander si l'arrêt du 9 juillet ne visait pas à exclure essentiellement les enfants des époux. Désormais, il est clair que la fermeture de la tierce opposition, prévue par l'art. 1397, à tous les tiers autres que les créanciers est totale ».

4. - Cette solution a été en général approuvée, et ce pour trois raisons essentielles :

D'une part, les art. 1397, al. 6, c. civ. et 1298 NCPC ne visent que les créanciers.

D'autre part, il serait paradoxal que ces derniers, spécialement protégés par la loi, soient moins bien traités que les enfants qui pourraient utiliser la tierce opposition de droit commun (art. 583 NCPC) et qui disposeraient ainsi d'un délai de trente ans (art. 586 du même code) pour attaquer par cette voie le jugement d'homologation.

Enfin, comme l'a rappelé en 1980 la Cour d'Amiens, le législateur a voulu assurer la sécurité des transactions : ouvrir la tierce opposition de droit commun aux enfants leur permettrait, trente ans après le changement de régime matrimonial, de remettre en cause toutes les opérations juridiques, spécialement les ventes, consenties dans cet intervalle par les époux.

Sur le premier moyen pris en sa seconde branche :

1° *Exposé du moyen.* - En tout état de cause, l'art. 583 NCPC n'ouvre la voie de la tierce opposition de droit commun qu'« au tiers qui n'a été ni partie, ni représenté au jugement qu'il attaque ». Violent ce texte la cour d'appel qui admet que toute personne y ayant intérêt peut former tierce opposition, et manque de base légale au regard du même texte l'arrêt attaqué, qui n'établit même pas la qualité de tiers de Mmes Bourgès-Maunoury et Frank.

2° *Discussion juridique.* - 1. - Une cassation sur la première branche rendrait sans objet l'examen de la seconde.

2. - Néanmoins, pour faire reste de droit, on rappellera d'abord que la personne désirant former tierce opposition doit justifier d'un intérêt (art. 583, al. 1er, NCPC), ce qui est le cas en l'espèce.

Il faut ensuite qu'il s'agisse d'une personne, « qui n'a été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque ». Les enfants des époux répondent à cette définition dès lors qu'ils invoquent des moyens qui leur sont propres (l'atteinte à leur réserve), et que le jugement d'homologation ne leur a pas été notifié.

3. - Or, l'arrêt attaqué s'est borné à constater que la première condition (intérêt à agir) était remplie, sans rechercher si la seconde (qualité de tiers) l'était également, de telle sorte que la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'art. 583 NCPC.

Sur le deuxième moyen pris en ses deux branches :

1° *Exposé du moyen.* - L'homologation par le juge d'un changement conventionnel de régime matrimonial confère à ce contrat auquel ne sont parties que les époux un caractère judiciaire qui exclut qu'indépendamment de la tierce opposition prévue par l'art. 1397, dernier al., c. civ., une action en nullité de ce contrat pour dol à l'égard des futurs héritiers puisse être

intentée dans le délai de droit commun de l'art. 1304 du même code par les enfants des époux, dès lors que cette action en nullité tend exclusivement à contester l'opportunité à leur égard de la décision d'homologation, et à remettre en cause l'appréciation d'ensemble de l'intérêt de la famille à laquelle le juge s'est livré avant de rendre sa décision. En décidant le contraire, l'arrêt attaqué a violé tant la lettre que l'esprit de l'art. 1397 c. civ. (*première branche*).

S'agissant de l'acte unilatéral des 23 et 24 déc. 1980 par lequel les enfants du premier lit ont donné leur accord au changement de régime matrimonial de leurs parents, le dol ne se présume pas et un acte juridique ne saurait être annulé pour la seule raison que son auteur l'aurait accompli dans l'ignorance de ses conséquences légales. Dès lors, en l'espèce, n'est pas légalement justifié au regard de l'art. 1116 c. civ. l'arrêt attaqué qui ne caractérise aucunement le dol résultant des prétendues réticences et manoeuvres auxquelles se seraient livrés les époux Edouard Genève/Marie-Thérèse Albarès pour obtenir le consentement éclairé de leurs filles au changement de leur régime matrimonial (*seconde branche*).

2° *Discussion juridique*. - 1. - La question posée est la suivante : en dehors de la tierce opposition au jugement d'homologation de changement de régime matrimonial, un tiers pourrait-il exercer à l'encontre de ce changement une action en nullité pour vice du consentement (dol, par exemple) ou pour fraude ?

2. - Deux auteurs se sont prononcés en ce sens. Selon M. Ponsard, en cas de convention notariée de changement de régime matrimonial, « l'action en nullité peut également être exercée, sans condition particulière de délai, par les tiers autres que les créanciers aux droits desquels il aurait été fait fraude, par exemple les enfants du premier lit » (Aubry et Rau par Ponsard, *Droit civil français*, t. VII, n° 125, p. 231). M. Patarin se prononce en faveur de la même solution.

A l'appui de cette thèse, on peut citer deux arrêts de rejet approuvant les juges du fond d'avoir jugé mal fondées les demandes d'annulation de la convention notariée modificative formées l'une, pour dol, par le mari signataire (Cass. 1re civ., 2 nov. 1977, *JCP* 1978.IV.5 ; *Defrénois* 1978, art. 31653, n° 12, obs. Champenois), et l'autre, pour fraude, par la fille naturelle du mari (Cass. 1re civ., 6 nov. 1979, *D.* 1980.295, note Poisson-Drocourt ; *Defrénois* 1980.1289, n° 85, obs. Champenois). Selon les partisans de cette thèse, si la demande en nullité a été jugée mal fondée, c'est qu'elle était au préalable recevable en la forme. Mais cet argument n'emporte pas la conviction, car la question de la recevabilité de l'action en nullité n'avait pas été soumise à la Cour de cassation, qui n'avait donc pas eu à la trancher.

3. - En réalité, cette action en nullité ne saurait être admise pour différentes raisons.

Tout d'abord, selon l'art. 1301 NCPC, « l'homologation d'un changement de régime matrimonial relève de la matière gracieuse ». Le jugement d'homologation est donc un jugement gracieux, et non une mesure d'administration : il ne peut être attaqué que par la voie de la tierce opposition (art. 583, al. 3, et art. 1298 NCPC). Or, il est artificiel de prétendre dissocier la convention notariée du jugement qui l'homologue. La convention s'incorpore à ce jugement et ne peut plus être attaquée que par la seule voie de recours prévue : celle de la tierce opposition. En d'autres termes, la convention notariée modificative est « judiciarisée ».

Ensuite, une comparaison s'impose : celle du divorce sur requête conjointe. Il a été jugé, en effet, que le prononcé du divorce selon cette procédure et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause, de telle sorte que cette convention ne peut faire l'objet d'une action en rescision pour lésion (Cass. 2e civ., 6 mai 1987, *Bull. civ.* II, n° 103 ; *D.* 1987.358, note J.-C. Groslière). N'en est-il pas de même en l'espèce ? La convention notariée modificative et le jugement d'homologation ne sont-ils pas indissociables ?

Par ailleurs, admettre l'action en nullité de la convention notariée permettrait de tourner les récents arrêts de principe de la Cour de cassation, en date des 9 juill. et 22 oct. 1991, qui

interdisent aux enfants de remettre en cause, par la voie de la tierce opposition, le changement de régime matrimonial de leurs parents.

Enfin et surtout, on ne voit pas pour quelles raisons les créanciers n'auraient qu'un an pour former leur tierce opposition spéciale (art. 1397 c. civ. et 1298 NCPC), tandis que les enfants disposeraient d'un délai de cinq ans pour intenter une action en nullité pour vice de consentement, et même de trente ans pour diligenter une procédure pour fraude.

En dehors de MM. Ponsard et Patarin, tous les auteurs se prononcent pour l'exclusion de l'action en nullité et estiment que seule la tierce opposition peut être utilisée. C'est notamment l'opinion de M. Cornu, de M. Champenois et de Mme Poisson-Drocourt.

4. - Toutefois, en l'espèce, ce n'est pas la convention notariée modificative du 20 janv. 1981 qui a été attaquée, mais l'acte unilatéral des 23 et 24 déc. 1980 par lequel les enfants du premier lit ont donné leur accord au changement de régime matrimonial de leurs parents.

L'arrêt attaqué a prononcé la nullité de cet acte unilatéral, au motif que les enfants auraient été victimes des réticences de leurs parents sur les conséquences de la substitution de la communauté universelle à la séparation de biens, et n'auraient donné leur consentement au changement de régime matrimonial qu'en raison de ce dol.

Mais ce prétendu dol, à le supposer établi, avait-il une incidence sur le jugement d'homologation ? C'est ce que nous allons voir, en examinant le troisième moyen.

Sur le troisième moyen :

1° *Exposé du moyen.* - A la supposer établie, la nullité pour dol de l'accord des enfants Genève ne pouvait avoir pour effet d'entraîner l'annulation du changement de régime matrimonial de leurs parents, dès lors qu'en vertu de l'art. 1397 c. civ. le juge qui homologue un changement de cette nature n'a pas à recueillir le consentement des enfants, son seul critère se réduisant à une appréciation d'ensemble de l'intérêt de la famille, ce qui n'exclut donc pas que certains de ses membres puissent être lésés.

2° *Discussion juridique.* - Certaines juridictions recueillent l'avis des enfants majeurs sur le changement de régime matrimonial de leurs parents : cette pratique est d'ailleurs critiquée en doctrine (Mouly, L'avis des enfants sur le changement de régime matrimonial de leurs parents, *JCP* 1989.I.3379).

En tout état de cause, il ne peut s'agir que d'un avis purement consultatif, qui ne lie en aucune manière le tribunal, et qui ne constitue pas une condition de l'obtention de l'homologation de la convention notariée. Cette homologation peut être accordée, malgré l'avis contraire d'un enfant ou même de tous les enfants. Comme l'a énoncé le célèbre arrêt *Alessandri*, « le seul fait qu'un membre de la famille risquerait de se trouver lésé n'interdit pas nécessairement la modification ou le changement envisagé » (Cass. 1re civ., 6 janv. 1976, *Bull. civ.*I, n° 4, au rapport de M. Ponsard ; dans le même sens, Cass. 1re civ., 17 juin 1986, *ibid.* I, n° 174).

En l'espèce, par conséquent, même si les deux enfants du premier lit avaient refusé leur accord, le tribunal aurait pu homologuer le changement de régime matrimonial.

Dès lors, en déduisant la nullité du jugement du 1er oct. 1981, de la nullité pour dol de l'acte des 23 et 24 déc. 1980 par lequel les deux enfants adoptifs avaient donné leur « consentement » au changement de régime matrimonial de leurs parents, alors qu'un tel « consentement » n'était pas requis pour la validité d'un tel changement, la cour d'appel a violé l'art. 1397 c. civ., en lui ajoutant une condition qu'il ne comportait pas.

Sur le quatrième moyen :

1° *Exposé du moyen.* - Dans son dispositif, le jugement du 8 nov. 1988, devenu irrévocable,

s'était borné à ordonner une mesure d'expertise à l'effet de « préparer si cela est possible un projet de partage en nature ou sinon proposer une mise à prix », ce dont il ressortait que le Tribunal de grande instance de Grasse n'avait pas exclu une licitation en un seul lot de la masse partageable. En décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'art. 1351 c. civ., ensemble les art. 122 et 482 NCPC.

2° *Discussion juridique.* - 1. - On sait que l'art. 826 c. civ. pose le principe du partage en nature, et que l'art. 827 n'autorise la licitation que si les immeubles ne peuvent être commodément partagés. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour déterminer si les biens indivis sont commodément partageables (Cass. 1re civ., 4 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 267).

2. - Dans son dispositif, le jugement du 8 nov. 1988 ordonne le partage, mais préalablement à celui-ci commet un expert avec pour mission, notamment, de « préparer si cela est possible un projet de partage en nature ou sinon proposer une mise à prix ». Le tribunal ajoute : « Constate qu'Edouard Genève ne s'oppose pas à la demande d'attribution préférentielle formée par Daniel Genève ; surseoit à statuer sur les conditions de cette attribution préférentielle jusqu'au dépôt du rapport d'expertise ».

3. - Il résulte de ce jugement que le tribunal a préféré attendre le résultat de l'expertise pour déterminer s'il convenait d'ordonner le partage en nature ou de prescrire, au contraire, la licitation. Il s'est borné à constater que M. Edouard Genève ne s'opposait pas à la demande d'attribution préférentielle formée par son frère Daniel, mais n'a pas décidé expressément de faire droit à cette demande, et a également sursis à statuer jusqu'au dépôt du rapport pour se prononcer sur cette question.

Il semble donc que ce soit à tort que l'arrêt attaqué ait affirmé qu'il avait été définitivement jugé que le partage devait s'opérer en nature, et que toute licitation était exclue.

Mots clés :

COMMUNAUTÉ ENTRE EPOUX * Régime matrimonial * Changement * Tierce opposition *
Enfant * Exclusion * Intérêt de la famille * Appréciation * Enfant