

BIENS / PATRIMOINE

Renouveler le droit privé du patrimoine pour mieux accompagner les tribus d'aujourd'hui

GPL484i7

Analyse des propositions du 121^e congrès des notaires de France en matière de patrimoine

Sous la direction de
Quentin GUIGUET-
SCHIELÉ
Maître de conférences
à l'École de droit de
Toulouse, université
Toulouse Capitole

Chaque année, le congrès des notaires de France offre un observatoire privilégié de l'évolution du droit privé, notamment patrimonial. Partant des difficultés rencontrées par la pratique notariale pour développer une réflexion juridique globale dont les enseignements intéressent tous les praticiens du droit, avocats compris, ce congrès formule des propositions de réforme qui contribuent à nourrir le débat doctrinal et législatif. Le 121^e congrès, qui s'est tenu du 24 au 26 septembre 2025 à Montpellier

et avait pour thème « Famille et créativité notariale : accompagner les tribus d'aujourd'hui » (sur le congrès, v. le numéro hors-série du *Defrénois* : <https://lext.so/CmxdWf>), invite à repenser les équilibres du droit civil contemporain, élan que les observateurs sont invités à prolonger en commentant les diverses propositions adoptées. Tel est l'objet du présent dossier qui analyse douze propositions. Aurélien Molière ouvre le dossier par une analyse de la *libéralisation* et, conséquemment, de *l'affaiblissement de l'ordre public familial* qui s'infère de quatre propositions audacieuses : redéfinir la contribution aux charges du mariage en séparation de biens, supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant, supprimer les droits de retour légaux, et créer un pacte de famille de gel des valeurs. Quentin Monget s'attache ensuite aux *propositions à dimension processuelle*, en faveur d'une nouvelle simplification du changement de régime matrimonial et d'un assouplissement du partage judiciaire. Sylvain Bernard poursuit la réflexion en analysant les (timides) *propositions de modernisation des régimes patrimoniaux* « mal-aimés » : la participation aux acquêts et l'indivision dans le PACS. Sous un angle plus économique, Mélanie Jaoul examine les *propositions intéressant le droit patrimonial des associés* : fixer les prérogatives respectives de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les titres sociaux, et garantir un véritable droit aux dividendes aux héritiers en attente d'agrément. Enfin, Maryline Bruggeman clôt le dossier par l'étude de deux *propositions relatives aux mineurs* : la désignation anticipée d'un tuteur et la création d'une déclaration de beau-parentalité. La dimension critique de ces analyses ne doit pas effrayer, mais être perçue au contraire comme un hommage à la force créatrice du notariat et de la doctrine.

Libéraliser davantage le droit patrimonial de la famille

GPL484v4

L'essentiel

Le congrès annuel des notaires de France est un moment riche et les propositions qui en résultent, que l'on y souscrive ou non, ont toujours le mérite de pousser à la réflexion. Celles qui seront analysées dans les lignes qui suivent témoignent d'une volonté du notariat de libéraliser le droit patrimonial de la famille (supprimer la réserve du conjoint ; supprimer les droits de retour légaux ; créer un pacte de famille permettant le gel des valeurs pour les donations ordinaires), si l'on excepte la première (définir la contribution aux charges du mariage dans le régime de séparation de biens).

121^e congrès des notaires de France, propositions « Pour une définition de la contribution aux charges du mariage en séparation de biens », « Pour la suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant », « Pour une suppression des droits de retour légaux » et « Pour la création d'un pacte de famille de gel des valeurs » : Livret des propositions, p. 11, 25, 27 et 29 (consultable à l'adresse <https://lext.so/zQeSrO>)



Note par

Aurélien MOLIÈRE

Maître de conférences à l'université Jean Moulin (Lyon 3), membre de l'Équipe Louis Josserand (EA 3707), directeur du master Droit de la famille, directeur adjoint de l'IEJ, responsable de la préparation au concours de la magistrature

Certaines propositions issues du 121^e congrès des notaires de France s'inscrivent dans la continuité du mouvement de libéralisation et de contractualisation du droit de la famille. Ainsi, c'est une place plus importante que le notariat souhaiterait voir accordée à la volonté des époux dans l'organisation de leurs relations patrimoniales, et du *de cuius* dans la transmission de ses biens. Par un effet de vases communicants, le domaine de la loi et de l'ordre public serait appelé à reculer ou à se transformer. Plus de liberté, donc moins de contraintes : ainsi pourrait-on résumer

l'idée générale qui anime les propositions dont l'examen va suivre, à l'exception de la première qui s'inscrit curieusement à rebours de cette logique là où, pourtant, elle semblait naturellement trouver sa place.

1. Définir la contribution aux charges du mariage en séparation de biens. Dans plusieurs arrêts remarquables rendus à partir de 2019 ⁽¹⁾, la Cour de cassation a affirmé que « sauf convention matrimoniale contraire, l'apport en capital provenant de la vente de biens personnels, effectué par un époux séparé de biens (...) ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage ». Si le notariat approuve la solution dans son principe, il juge « flou » et « malvenu » ⁽²⁾ le critère sur lequel elle repose. Il est donc proposé de remplacer la nature du financement par l'origine des fonds, et de prévoir, dans un second alinéa de l'article 1537 du Code civil, que « sauf clause contraire, toutes les dépenses ayant une affectation familiale et qui sont financées par l'un des époux à l'aide de ses gains et salaires, économisés ou non, sont présumées participer de son obligation de contribuer aux charges du mariage ».

Sur le principe d'abord, une telle évolution paraît contestable pour deux raisons.

La première raison concerne les motivations. Il s'agirait de corriger à la marge la solution adoptée en 2019 ⁽³⁾. À en croire le Livret des propositions du congrès ⁽⁴⁾, l'origine de cette solution résiderait dans une tentative de la Cour de cassation d'atténuer « la rigueur de sa pétition de principe » consistant à neutraliser les demandes de remboursement d'un époux en lui opposant la contribution aux charges du mariage ⁽⁵⁾. Sa véritable raison d'être, en réalité, c'est la volonté de contourner – plutôt que d'annuler,

ce qui serait pourtant préférable – la clause de style dite « contributive », aux termes de laquelle les époux séparés de biens sont irréfragablement présumés avoir exécuté leur obligation de contribution, évacuant toute discussion et règlement de comptes entre eux ⁽⁶⁾. Ce choix – affaiblir plutôt qu'anéantir – a conduit la Cour de cassation à adopter une position *contra legem*, faisant dire à l'article 214 du Code civil l'inverse de ce qu'il dit ou plutôt ce qu'il ne dit pas. Elle persiste, en effet, à retenir que l'apport en capital n'est pas un mode de contribution, sauf convention matrimoniale contraire, là où la loi dit, tout à l'inverse, que c'est « sauf convention matrimoniale contraire, [que] les époux contribuent aux charges du mariage », sans qu'il leur soit prescrit ou proscribit de contribuer de telle ou telle façon. Ce silence éloquent signale donc que tous les modes de contribution sont admis par principe – *Ubi lex non distinguit* – mais qu'il est possible aux époux de procéder à des exclusions par convention. Nous persistons donc à penser que ce n'est pas à la jurisprudence d'en décider mais aux époux, éclairés par les conseils du notaire.

La seconde raison de contester la proposition réside dans le fait qu'elle vise à consacrer une règle spécifique de contribution pour les époux séparés de biens. Ce faisant, même si elle ne touche pas au principe de l'obligation, elle poursuit le démantèlement de l'article 214 du Code civil. Or, faut-il le rappeler, il s'agit là d'une disposition du régime primaire, donc d'une règle élémentaire censée s'appliquer de la même façon à tous les gens mariés, sans incidence du régime matrimonial choisi, à moins que ces derniers le stipulent expressément dans le contrat de mariage. Le notariat lui reproche de favoriser une mutualisation des richesses, donc une certaine communautarisation de la séparation de biens. C'est incontestable mais on pourrait en dire de même des articles 215 du Code civil pour les pouvoirs, et 220 du même code pour le passif. Pour autant, au risque de se répéter, c'est aux époux désireux d'atténuer cet effet qu'il incombe de stipuler des clauses en ce sens dans leur contrat de mariage, en organisant les modalités d'exécution de leur obligation. Pour le dire autrement, si cette proposition peut se défendre dans son principe, elle se trompe de moyen d'expression. Sa place n'est pas dans la loi mais dans les conventions matrimoniales. Au demeurant, il est contradictoire que le notariat critique la communautarisation de la séparation de biens par l'effet de l'article 214, alors que par ailleurs il l'aggrave en usant de la clause contributive qui empêche tout recours d'un époux contre l'autre en cas de contribution excessive. Si le but est d'éviter la dénaturation de ce régime, c'est par l'abandon de cette clause qu'il faut certainement débiter.

Sur le contenu de la proposition ensuite, il s'agirait de présumer que les dépenses ayant une destination familiale, dès lors qu'elles sont faites au moyen de gains et salaires, relèvent de la contribution aux charges du mariage. Rien n'est dit du caractère simple ou irréfragable de cette présomption ; on notera cependant que le texte ne réserve pas la possibilité d'apporter une preuve contraire. Il est difficile de dire s'il s'agit d'un oubli ou d'un indice de la

(1) Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-20.828 confirmé par Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2021, n° 19-21.463 – Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n° 20-14.272 – Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2022, n° 20-21.277 – Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2023, n° 21-22.296.

(2) 121^e congrès des notaires de France, Livret des propositions, p. 11, consultable à l'adresse <https://lext.so/zQeSrO>.

(3) Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-20.828.

(4) Livret consultable à l'adresse <https://lext.so/zQeSrO>.

(5) Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-26.933.

(6) A. Molière, « L'article 214 relu à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation : clarification ou dénaturation ? », D. 2020, p. 2362.

force de la présomption. Il est en revanche précisé qu'elle pourrait être écartée par le contrat de mariage.

Le choix opéré par les auteurs de la proposition se révèle assez curieux car si la volonté est d'affranchir la séparation de biens de la coloration communautaire que lui apporte l'article 214, il ne faudrait pas en reprendre la logique. Sans aller jusqu'à dire que les gains et salaires sont la richesse commune du couple, le texte présume qu'ils sont affectés à l'intérêt du ménage. Autrement dit, malgré la séparation de biens, leur mutualisation, non par nature comme dans la communauté mais par destination, à travers leur affectation aux charges du mariage, serait consacrée. Aussi, il est soutenu que « seuls les fonds considérés comme des biens propres dans un régime de communauté devraient justifier une reddition des comptes »⁽⁷⁾. Une telle analogie a de quoi laisser songeur... Elle est, au demeurant, incomplète car le texte proposé vise seulement les gains et salaires, alors même que les fruits et revenus des biens propres sont communs dans le régime de communauté. On ne peut donc que douter de la pertinence de la proposition.

Le texte proposé envisage également de remplacer le critère de la nature du financement, retenu en 2019, par celui de l'origine des fonds. Sur ce point, on ne peut que s'associer aux critiques formulées à l'encontre du critère actuel, tant on peine à comprendre pourquoi, pour une opération strictement identique, financée au moyen des mêmes deniers, l'article 214 serait inapplicable en cas d'apport en capital alors qu'il s'appliquerait au remboursement d'un emprunt. L'incompréhension est d'autant plus grande que l'époux qui réalise un tel apport a librement choisi de le faire parce qu'il en avait les moyens, sans que quiconque l'oblige à acquiescer le bien en indivision par moitié avec son conjoint. Le critère actuel est certes très discutable mais il ne l'est pas davantage que celui proposé pour le remplacer. À dire vrai, l'origine du financement importe peu et, pour le dire franchement, elle ne devrait avoir aucune incidence sur l'application de l'article 214 dès lors que la dépense porte sur un bien affecté à la famille. C'est là la condition déterminante et suffisante pour considérer qu'il s'agit d'une charge du mariage et que l'époux n'a fait qu'exécuter son obligation de contribution. On voit mal pourquoi il devrait en aller différemment selon que les fonds employés sont des revenus ou qu'ils proviennent par exemple d'une succession.

“ L'origine du financement importe peu et elle ne devrait avoir aucune incidence sur l'application de l'article 214 dès lors que la dépense porte sur un bien affecté à la famille ”

L'auteur de ces lignes exprime donc de sérieuses réticences quant à l'adoption d'une telle règle légale, mais il ne verrait aucun obstacle à la trouver stipulée dans un contrat de mariage. Signalons toutefois un point d'accord :

(7) 121^e congrès des notaires de France, Livret des propositions, p. 11, consultable à l'adresse <https://lexat.sozQeSrO>.

le critère de l'affectation familiale proposé par le notariat pour définir les charges du mariage est bien meilleur que celui retenu par la Cour de cassation ; à savoir, l'usage familial. Il est davantage respectueux de l'idée que l'on peut se faire de ces charges qui sont des dépenses faites dans un intérêt qui n'est pas l'intérêt égoïste d'un époux, mais *a minima* celui du ménage. Toutefois, si ce critère était retenu, il faudrait certainement que la Cour révise sa position de 2016⁽⁸⁾ car l'affectation familiale ne se limite pas à l'usage du bien acquis ou amélioré, elle englobe aussi la jouissance.

2. Supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant.

La proposition reprend celle adoptée dans le rapport, publié en 2019, d'un groupe de travail concernant la réserve héréditaire⁽⁹⁾. Elle s'en approprie également pour partie les arguments : son caractère subsidiaire, d'abord, qui la rend intermittente, selon que le couple a des enfants ou non ; sa réciprocité qui fait défaut, ensuite, lorsque ces enfants sont nés d'un seul conjoint, ce qui la rend – le mot est juridiquement mal choisi – « discriminante ». Il est ajouté qu'elle serait également illogique, une renonciation anticipée à agir en réduction étant nécessaire pour l'écarter, là où la suppression du droit viager au logement se contente d'un testament authentique. Curieux argument car il paraît au contraire tout à fait logique qu'un droit d'ordre public ne puisse être écarté au moyen d'un acte unilatéral, donc sans le consentement de son titulaire. Il est vrai, cependant, que cela peut paraître surprenant que la réserve « [soit] refusée au cofondateur de la famille et accordée à celui qui n'a pas donné de descendance au défunt », mais cela se rattache davantage à l'argument de la non-réciprocité. Enfin, le notariat critique le fait qu'en « cas de séparation de corps ou de divorce en cours, le conjoint survivant reste héritier sans possibilité d'y renoncer avec certitude par anticipation ». On ne peut qu'être d'accord, même si, plus radicalement, c'est en réalité le maintien du statut d'héritier du survivant qui interroge en pareilles circonstances. La suppression de sa réserve serait une première évolution satisfaisante et cohérente en présence d'un mort-mariage.

Un autre argument en faveur de la suppression aurait pu être avancé. Il tient dans le fait que la réserve du conjoint survivant n'en est pas vraiment une. Elle n'a rien de comparable avec celle des descendants car elle tient au mariage. Or, « on ne divorce pas de ses enfants »⁽¹⁰⁾ mais on peut divorcer de son conjoint. La réserve, dont l'objectif est de protéger l'héritier contre les humeurs, les aigreurs, les pulsions ou simplement les choix du *de cujus*, ne remplit pas pleinement sa mission en ce qu'elle dépend d'une condition (le mariage) en proie à la volonté du *de cujus*.

Sur le principe, la proposition ne soulève guère d'oppositions et ne devrait pas déclencher les passions, sinon chez les fervents défenseurs du mariage. On peut raisonnablement penser que les nombreux droits qui sont conférés au conjoint dans et sur la succession, auxquels peuvent s'ajouter des libéralités et des avantages matrimoniaux,

(8) Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 2016, n° 15-25.944.

(9) C. Pérès et P. Potentier (dir.), La réserve héréditaire, Rapport 2019, p. 128 et s., proposition n° 11.

(10) G. Champenois, annexes in C. Pérès et P. Potentier (dir.), La réserve héréditaire, Rapport 2019, p. 119.

suffiraient à le protéger. En ce sens, les notaires ont un véritable rôle à jouer et ils le jouent déjà. Il est vrai cependant que si l'on excepte les aliments (C. civ., art. 767) ainsi que le droit temporaire au logement (C. civ., art. 763), un simple testament authentique suffirait au *de cujus* à priver son conjoint survivant de tout droit dans sa succession. Cela pourrait sembler cruel mais, à bien y réfléchir et si l'on songe aux autres membres de la famille, spécialement les père et mère, cela ne le serait peut-être pas davantage. Au contraire, une telle possibilité d'exhérédation pourrait même être en adéquation avec les choix des époux ; par exemple, s'ils sont séparés de biens. Est-il normal, lorsqu'ils ont décidé de ne presque rien partager de leur vivant, que l'on impose un tel partage *post-mortem*, en privant le *de cujus* du droit de disposer efficacement d'un quart de ses biens ? À l'inverse, s'ils sont mariés sous le régime de la communauté – ce qui est la grande majorité des cas –, celui-ci assure déjà en partie la protection du survivant sans qu'il soit nécessaire de lui garantir une part successorale.

Par ailleurs, il est souvent avancé qu'en l'absence de descendants, il faut favoriser la philanthropie, ce qui implique de laisser une plus grande liberté de disposition⁽¹¹⁾. On objectera que le cœur des Hommes est ainsi fait que si l'on prive le conjoint survivant de la réserve, un *de cujus* inélegant pourrait en profiter pour consentir un legs universel à son amant. Aussi choquante soit-elle, pareille disposition ne le serait pas beaucoup plus que ce que le droit positif permet déjà, le *de cujus* ayant la possibilité de léguer à son amant(e) les trois quarts de ses biens, au risque de créer une indivision des plus malsaines.

La principale difficulté de cette suppression serait d'ordre psychologique. Il est toujours plus facile d'accorder un nouveau droit que de le retirer. Pour autant, il ne s'agit pas de déshabiller entièrement le conjoint, mais seulement de dépoliariser un droit des successions que les lois de 2001 et 2006 ont quelque peu déséquilibré, en œuvrant avec force pour sa promotion. Ce serait certes un nouveau recul de l'ordre public mais sans grand bouleversement, tant son expression, à travers cette réserve, est relativement timide en raison des caractéristiques qui ont été rappelées.

3. Supprimer les droits de retour légaux. On sait que les droits de retour conférés aux frère et sœur d'une part, aux père et mère d'autre part, sont des lots de consolation très imparfaits consécutifs à la promotion du conjoint survivant, qui aura conduit à l'exclusion des premiers lorsqu'ils sont en concours avec lui, et à la disparition de la réserve dont devaient bénéficier les seconds. Outre la justification de ces droits de retour, qui est indirecte, c'est leur régime et leur mise en œuvre qui sont parfois source de difficultés. Il n'est dès lors pas surprenant que leur suppression soit envisagée.

S'agissant du droit de retour des frère et sœur, il est rappelé que son étendue, à savoir la moitié des biens reçus par succession ou donation du *de cujus* (C. civ., art. 757-3), conduit à faire naître une indivision avec le conjoint survivant. Ainsi, la règle « n'est pas propre à simplifier les relations familiales et à faciliter le règlement

des successions », tout en « manquant son objectif de conservation des biens dans la famille »⁽¹²⁾. Sur un plan théorique, au demeurant, une telle indivision est difficilement concevable car elle naît entre deux successions, ordinaire d'un côté et anormale de l'autre, qui sont en principe distinctes et cloisonnées. À trop vouloir le compromis, on finit par compromettre. À rebours de ces arguments, on pourrait faire valoir que la condition permettant aux collatéraux privilégiés de prétendre à leur droit de retour, à savoir l'hypothèse d'un concours avec le conjoint survivant, correspond au cas dans lequel ils sont entièrement évincés de la succession. Leur retirer ce droit, ce serait donc les éliminer purement et simplement, et ne plus tenir compte du fait qu'ils ont partagé un temps la vie du *de cujus*. Rappelons, au demeurant, que le recours aux libéralités pour compenser ce sort qui leur serait réservé est des plus décevant en raison d'une fiscalité plutôt prohibitive. C'est donc un choix radical et fort qu'il s'agit d'opérer là. Le droit de retour des frère et sœur n'a peut-être plus qu'une portée symbolique, mais les symboles ont de l'importance.

S'agissant du droit de retour des père et mère, il vise à compenser la suppression de leur réserve au profit du conjoint. Or, la compensation n'y est pas, réserve et droit de retour n'ayant rien de comparable. Tandis que la première assure à l'héritier de recueillir une part de la succession, le second dépend de la générosité de son titulaire. Si les parents n'ont consenti aucune donation à leur enfant prédécédé, il n'y a donc rien à retourner et leur droit devient alors une coquille vide. Par ailleurs, les auteurs de la proposition insistent sur la délicate mise en œuvre du droit de retour en raison de la difficile interprétation de l'article 738-2 du Code civil. Ces difficultés bien connues sont rappelées : une assiette qui se limite au quart, dont on ne sait pas s'il s'applique aux biens donnés ou – c'est plus probable – à la succession tout entière ; une application dont on ignore si elle dépend de la présence ou non d'un conjoint survivant car le texte, qui est silencieux sur ce point, figure dans une section intitulée « Des droits des parents en l'absence de conjoint successeur ». Par ailleurs, autre vice inhérent à la recherche de compromis, ce droit de retour peut se réaliser en valeur. C'est alors la nature même de ce droit et sa dénomination qui sont en cause. L'on pourrait envisager de corriger ces défauts et de clarifier les textes pour lever les doutes, mais c'est bien sa suppression qui est proposée. L'idée avait déjà été soutenue lors du 106^e Congrès des notaires de France⁽¹³⁾, dans le Livre blanc des simplifications du droit⁽¹⁴⁾, ainsi que dans le rapport sur la réserve héréditaire de 2019⁽¹⁵⁾. Pour compenser cette suppression, il est proposé de corriger une lacune incompréhensible en reconnaissant un droit aux aliments aux ascendants privilégiés⁽¹⁶⁾. Ce serait une évolution des plus pertinente car

(11) C. Benner, annexes in C. Pérès et P. Potentier (dir.), La réserve héréditaire, Rapport 2019, p. 91.

(12) 121^e congrès des notaires de France, Livret des propositions, p. 27, consultable à l'adresse <https://ltext.so/zQeSrO>.

(13) 106^e congrès des notaires de France, Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux, 1^{re} proposition de la 4^e commission « Transmettre ».

(14) CSN, Livre blanc des simplifications du droit, 2014, proposition n° 7.

(15) C. Pérès et P. Potentier (dir.), La réserve héréditaire, Rapport 2019, p. 136 et s., proposition n° 14.

(16) C. Pérès et P. Potentier (dir.), La réserve héréditaire, Rapport 2019, p. 136 et s., proposition n° 15.

il est difficile de concevoir, en l'état actuel du droit, que seuls les ascendants ordinaires en soient investis. Si la proposition devait être consacrée, la rédaction de la règle mériterait cependant d'être revue, la formulation actuelle étant défectueuse sur le plan syntaxique.

La suppression du droit de retour des père et mère pourra faire regretter un nouveau recul de l'ordre public successoral et un nouvel affaiblissement de la famille lignagère. Sur ce second point, toutefois, il faut rappeler que le recours au droit de retour conventionnel est une pratique désormais bien éprouvée. Il y a fort à parier que la stipulation de cette clause résolutoire soit quasiment devenue de style dans les donations, notamment celles faites aux enfants. Aussi, l'ordre public ne reculerait pas véritablement mais changerait plutôt de visage, avec la consécration d'une solidarité alimentaire par voie successorale.

4. Créer un pacte de famille de gel des valeurs. L'un des principaux attraits de la donation-partage réside dans le gel des valeurs au jour de sa formation (C. civ., art. 1078), qui évite la réévaluation des biens partagés au jour du décès du donateur. Elle a le monopole de cet atout, qui fait donc défaut à la donation ordinaire. Or, avec l'allongement de la durée de la vie et des transmissions qui se veulent de plus en plus anticipées, le temps écoulé entre la donation et son traitement successoral peut être long. Le risque est alors que la valeur du bien, au jour de l'ouverture de la succession, soit très différente de celle qui était la sienne au jour de la donation. Une augmentation peut notamment créer, à tout le moins accroître, le risque qu'une indemnité de réduction soit due. Le gel des valeurs permettrait d'éviter cela.

Il est donc proposé d'étendre cette faculté à la donation ordinaire et de créer « un pacte de famille de gel des valeurs des biens donnés, tant pour le rapport successoral que pour le calcul de la réserve et les imputations ». Ce serait donner un pouvoir supplémentaire à la volonté dans la transmission du patrimoine. Cela passerait par l'ajout d'un alinéa 5 à l'article 860 du Code civil, qui serait rédigé comme suit : « Néanmoins à condition que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient été gratifiés et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent, il sera tenu compte de la seule valeur des biens donnés au jour de l'acte pour l'application de l'article 922 comme pour le rapport, si les parties en sont expressément convenues, soit dans l'acte de donation soit dans un acte postérieur dressé en la forme notariée ». Le texte est une reprise de celui proposé dans le rapport sur la réserve héréditaire⁽¹⁷⁾. Il a toutefois vocation à s'appliquer à toutes les donations ordinaires, là où la proposition de 2019 se limitait aux seules donations de biens indivis.

La référence aux héritiers réservataires et à l'ascendant semble indiquer que ce pacte de famille serait réservé aux seules donations réalisées en ligne descendante, ce qui

contiendrait la dérogation dans de raisonnables proportions. Plus délicate est l'interprétation de la formule « si les parties en sont expressément convenues, soit dans l'acte de donation soit dans un acte postérieur dressé en la forme notariée ». Le formalisme est évidemment bienvenu. Cependant, il n'est pas clair que l'ensemble des descendants soient compris dans l'expression « les parties ». La formule laisse à penser que le donateur pourrait agir seul avec l'un ou certains des donataires, sans l'indispensable consentement de tous les descendants. Si c'est bien là le sens de la proposition, deux questions se posent. D'abord, où serait le pacte *de famille* si c'est à deux, donc sans l'accord des cohéritiers, que l'on peut décider de geler la valeur de telle ou telle donation ? Un pacte de famille impliquerait que tous les descendants aient à consentir au gel des valeurs, quand bien même celui-ci ne profiterait pas à tous. Ensuite et dans le prolongement, si l'on raisonne encore en partant du principe que l'accord du donateur et du donataire est suffisant, peut-on vraiment ignorer l'avantage que ce dernier tirerait de la différence entre la valeur du bien donné au jour de l'acte, qui sera retenue, et celle au jour du décès, qui aurait normalement dû l'être ? Cela reviendrait à permettre au *de cujus* d'avantager certains héritiers par rapport aux autres. Certes, il le peut déjà au moyen de donations hors part ou de legs. La différence, majeure, est qu'il pourrait le faire sans qu'il en soit pleinement tenu compte lors de la succession.

Afin de clarifier les choses, si elles sont différentes de celles qui viennent d'être exposées sous forme de doutes et d'interrogations, il serait bon de réviser la formulation de la règle proposée, en insistant bien sur le fait que le gel des valeurs ne serait possible qu'à la condition qu'il soit applicable à tous les descendants ou, à tout le moins, décidé par tous. En ce sens, la rédaction proposée par le rapport de 2019 est bien meilleure. Il y est prévu que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés doivent avoir été gratifiés « dans le même acte de donation »⁽¹⁸⁾, et c'est bien dans cet acte ou dans un acte notarié postérieur qu'ils devront expressément consentir au gel de la valeur des biens donnés. Ce qui constitue un véritable pacte de famille.

Pour terminer, on peut s'interroger sur le but implicite de cette proposition. Même si elle vise toutes les donations ordinaires et non seulement celles qui portent sur des biens indivis, on ne peut se défaire de l'idée que l'objectif est de permettre ce qui ne l'est pas aujourd'hui, au grand dam d'une partie du notariat qui la pratique, à savoir la donation-partage de biens indivis. Peut-être est-ce là une tentative de contourner la jurisprudence de la Cour de cassation qui tient fermement et fort logiquement sa position en requalifiant ces donations-partages auxquelles il manque tout simplement l'essentiel, à savoir un partage⁽¹⁹⁾.

(18) C. Pérès et P. Potentier (dir.), La réserve héréditaire, Rapport 2019, p. 177.

(19) V. le commentaire, dans le présent numéro, de S. Deville sous l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2025, n° 23-16.329, GPL 9 déc. 2025, n° GPL484u2.

(17) C. Pérès et P. Potentier (dir.), La réserve héréditaire, Rapport 2019, p. 177.

RÉGIMES MATRIMONIAUX

Changement de régime matrimonial et partage judiciaire : analyse des propositions processuelles du 121^e congrès des notaires GPL484v6

L'essentiel

Le 121^e congrès des notaires, qui s'est tenu fin septembre 2025, a suggéré plusieurs réformes processuelles. La plus importante, qui concerne le changement de régime matrimonial, consisterait à supprimer la formalité de l'homologation judiciaire. En outre, il est question de perfectionner les règles applicables aux partages judiciaires.

121^e congrès des notaires de France, propositions « Pour une simplification de la procédure de changement de régime matrimonial » et « Surmonter les blocages rencontrés dans le partage judiciaire » : Livret des propositions, p. 15 et 23 (consultable à l'adresse <https://lext.so/zQeSrO>)



Note par
Quentin MONGET
Maître de conférences
à l'université de Rouen
Normandie

Parmi les propositions issues du 121^e congrès des notaires de France, deux sont résolument processuelles.

La première tend à simplifier la procédure de changement de régime matrimonial (I) : il s'agirait d'abolir la condition d'homologation judiciaire et quelques formalités afférentes. La seconde tend à accélérer et sécuriser les partages judiciaires (II) : il s'agirait de clarifier le statut et les pouvoirs du notaire

au cours de ces opérations. Chacune de ces propositions appelle quelques remarques.

I. LES PROPOSITIONS RELATIVES AU CHANGEMENT DE RÉGIME MATRIMONIAL

L'adoption d'un régime matrimonial s'exerce très librement avant la célébration du mariage : les futurs époux peuvent choisir un modèle proposé par la loi et l'assortir des clauses de leurs souhaits. Toutefois, une fois le mariage célébré, le droit positif se montre plus restrictif. Certes, il reste possible de changer de régime en cours d'union, mais l'opération est soumise à des conditions énoncées à l'article 1397 du Code civil. L'une d'elles est l'*homologation judiciaire*. En droit positif, le changement de régime ne peut prendre effet qu'au terme d'un contrôle préventif lorsqu'un tiers habilité a formé une opposition au changement ; c'est une exigence que le 121^e congrès des notaires propose de supprimer (A). En outre, il en est déduit qu'une autre mesure, actuellement destinée à informer certains tiers, devrait, elle aussi, être abandonnée (B).

A. La suppression de l'homologation judiciaire

Abolir la condition d'homologation irait, à n'en pas douter, dans le sens de l'histoire. Le contrôle judiciaire n'a jamais cessé de refluer au fil du temps. On sait que lorsque la faculté de changer de régime matrimonial a été consacrée

en 1965⁽¹⁾, le contrôle judiciaire était *systématique* : le législateur craignait les changements préjudiciables aux créanciers et aux enfants, que ce soit par fraude ou même de bonne foi. Aussi l'opération a-t-elle été soumise à des conditions de fond (le changement doit être conforme à l'intérêt de la famille et exempt de fraude⁽²⁾), ainsi qu'à des conditions de forme, dont celle d'homologation judiciaire qui est destinée à garantir un contrôle de ces conditions de validité.

Puis, à partir de 2006⁽³⁾, l'homologation n'a plus été requise que dans deux hypothèses : celle où les époux ont des enfants mineurs et celle où un tiers habilité a formé une opposition. Ensuite, une réforme de 2019⁽⁴⁾ – la dernière en date – a supprimé la première de ces hypothèses. Ainsi s'explique l'état du droit positif, aux termes duquel le contrôle judiciaire n'est plus requis qu'en cas d'opposition⁽⁵⁾. C'est donc un point final à cette transformation que le récent 121^e congrès des notaires propose d'apporter, en supprimant la dernière survivance de cette formalité.

Qu'en penser ? On peut regretter que soit encore avancé l'argument du faible nombre de refus d'homologation, discutable en ce qu'il néglige l'effet dissuasif de la mesure. Néanmoins, de bonnes raisons peuvent être invoquées au soutien de la proposition. À cet égard, la question se pose sous un jour différent suivant que l'on considère la situation des *créanciers* (1) ou celle des *enfants* (2).

1. Concernant les créanciers, la proposition peut être résolument approuvée. La faculté qu'ils ont de déclencher un contrôle judiciaire n'est pas justifiable, même lorsque le changement de régime porte atteinte à leurs intérêts. En effet, de deux choses l'une : soit le changement est commis sans fraude, soit il comporte une fraude.

Dans le premier cas, les créanciers n'ont aucune légitimité à empêcher le changement. Ils n'ont jamais eu de droit acquis à la permanence du régime matrimonial de leurs débiteurs – ni jurisprudence ni législateur n'ont d'ailleurs

(1) L. n° 65-570, 13 juill. 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux.

(2) La première condition apparaît expressément à l'article 1397, alinéa 1, du Code civil ; la seconde n'est pas mentionnée, mais résulte du droit commun.

(3) L. n° 2006-728, 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités.

(4) L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

(5) C. civ., art. 1397, al. 2 et 3.

posé de condition de « conformité du changement à l'intérêt des créanciers ». Cela s'explique aisément, la loi organisant d'ores et déjà la protection des tiers, par exemple en préservant leur droit de gage au cours de l'indivision post-communautaire ⁽⁶⁾.

Certes, reste le second cas, celui du changement frauduleux ; mais contre ce danger, le contrôle judiciaire n'offre pas de protection efficace. En effet, les fraudes les plus communes sont commises au stade du *partage*. Or, en droit positif, seuls la convention modificative et l'acte liquidatif sont présentés au juge. Déclencher le contrôle judiciaire est donc presque toujours inutile pour les créanciers : aucun juge, aussi diligent soit-il, ne peut déceler une fraude encore inexistante au jour où il statue. En outre, déclencher le contrôle judiciaire est même *préjudiciable* aux créanciers, car cela les empêche ultérieurement de se prévaloir de l'action paulienne, en raison d'une précision regrettable de l'article 1397 du Code civil ⁽⁷⁾. En définitive, les créanciers bien conseillés s'abstiennent de former opposition, se contentant des recours de droit commun (action paulienne, action en complément de part...) qui, au demeurant, les protègent beaucoup plus efficacement. Ainsi, le contrôle judiciaire à l'initiative des créanciers peut bel et bien être supprimé.

2. Concernant les enfants, en revanche, des réserves peuvent être émises. En effet, le droit positif ne se contente pas de les prémunir contre les fraudes. Il garantit aussi que les changements de régime, *même accomplis de bonne foi*, ne leur causent aucun préjudice excessif. Tel est le sens de la mystérieuse condition de conformité du changement à l'intérêt de la famille ⁽⁸⁾, qui permet d'empêcher certains changements inopportuns : ainsi de celui qui expose les enfants communs à un risque de dilapidation du patrimoine du prémourant, ou à un préjudice fiscal excessif. Certes, le congrès des notaires ne propose pas directement l'abolition de cette condition. Néanmoins, supprimer le contrôle judiciaire priverait les enfants concernés d'un atout précieux, celui de pouvoir être entendus par le juge de l'homologation après une simple opposition. À défaut, ils ne pourront plus exercer qu'une action en nullité, autrement coûteuse. La proposition n'est donc pas neutre – le congrès des notaires, au demeurant, ne s'en cache pas, indiquant son souhait de voir le changement de régime devenir « l'affaire exclusive des époux » ⁽⁹⁾.

En la matière, il est donc question d'un choix politique : faut-il continuer de sacrifier un peu de la liberté des époux pour offrir davantage de sécurité à leurs enfants ? Dans le sens d'une réponse négative, des arguments peuvent être avancés. Par exemple, le contrôle judiciaire peut *de facto* se transformer en véritable obstacle de fond : c'est l'hypothèse où des époux, moribonds, risquent de mourir avant l'homologation. En outre, la loi manque de cohérence : les contrats de mariage conclus avant la célébration ne sont pas soumis à une telle exigence, alors qu'ils exposent les enfants exactement aux mêmes dangers que les conventions modificatives. Néanmoins, dans le sens d'une réponse positive, des exemples paroxystiques peuvent

être rappelés, tel celui de l'adoption simple révoquée par le parent adoptif après le décès du parent biologique : le choix d'un régime de communauté universelle avec attribution intégrale au survivant aura abouti, dans ces circonstances, à priver l'adopté du moindre bien dont la succession de son auteur aurait dû être composée ⁽¹⁰⁾. Dans ces conditions, ne serait-il pas plus vertueux, plutôt que de supprimer cette protection, de l'*étendre* au contrat de mariage initial ⁽¹¹⁾ ? Quoi qu'on en pense, l'honnêteté commandera que la question soit posée en ces termes au législateur quand il se saisira du sujet.

B. La suppression d'une mesure d'information des tiers

La proposition de ce 121^e congrès des notaires comprend d'autres modifications. Tout d'abord, elle supprime entièrement la faculté d'opposition – ce qui est tout naturel car elle n'aurait plus d'objet si la procédure d'homologation était supprimée. En outre, elle modifie les *formalités d'information des tiers*.

À cet égard, rappelons qu'en droit positif, deux formalités doivent être accomplies. Certaines personnes doivent recevoir une *information personnelle* : ce sont les enfants (ou, le cas échéant, leurs représentants) et les parties au contrat initial. En outre, le changement doit faire l'objet d'un avis publié sur un *support d'annonces légales*, destiné à informer les créanciers. La proposition du congrès tend à supprimer la première de ces formalités, ne laissant subsister que la seconde.

Cette suggestion nous semble regrettable. D'abord, la seule mesure d'information qui subsisterait est celle qui, pourtant, est critiquée pour son inefficacité. À choisir, ne faudrait-il pas faire bénéficier les créanciers d'une information personnelle – qui, beaucoup plus performante, garantirait qu'ils soient effectivement avertis ? Ensuite, on peut amèrement regretter que les enfants soient ainsi privés de toute information. Quand bien même ils perdraient la faculté de déclencher un contrôle judiciaire, ils n'en gardent pas moins un intérêt à être informés : cela leur permet de s'assurer du respect de la condition de conformité à l'intérêt de la famille (dont la méconnaissance peut encore fonder une action en nullité) et de l'absence de fraude (au demeurant, la transparence ne tend-elle pas à chasser la fraude, en dissuadant les époux de procéder à des manœuvres auxquelles ils savent qu'une publicité sera donnée ?). Symboliquement, il serait d'ailleurs curieux que les créanciers soient les seuls à bénéficier d'une information. Peut-être le congrès manifeste-t-il ainsi une volonté de désengagement à l'endroit des enfants – ce qui se traduit aussi, dans la proposition, par la disparition de l'alinéa 5 de l'article 1397 du Code civil, qui rappelle le pouvoir d'alerte dont le notaire dispose en présence d'enfants mineurs ⁽¹²⁾. Mais cette orientation est-elle souhaitable ?

(6) C. civ., art. 1482 et s.

(7) C. civ., art. 1397, al. 9, *a contrario*.

(8) Pour de plus amples développements, voir nos observations : Q. Monget, *Les mutations du statut patrimonial des couples*, thèse, M. Grimaldi (dir.), 2024, Paris II, spéc. n° 209 et s. et n° 227 et s.

(9) Livret des propositions du 121^e Congrès des notaires, p. 15, consultable sur <https://lex.so/zQeStO>.

(10) Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2014, n° 13-19.013 : Bull. civ. I, n° 130 ; RTD civ. 2014, p. 870, note J. Hauser ; AJ fam. 2014, p. 510, obs. N. Levillain ; JCPN 2014, 1385, obs. R. Le Guidec ; Dr. famille 2014, comm. 143, obs. C. Neirinck ; Dr. famille, comm. 144, obs. B. Beignier et M. Nicod ; DEF 30 juin 2015, n° DEF120g5, obs. G. Champenois.

(11) Q. Monget, *Les mutations du statut patrimonial des couples*, thèse, M. Grimaldi (dir.), 2024, Paris II, n° 232 et s.

(12) Cette disposition, toutefois, est essentiellement symbolique, ne contenant qu'un rappel de la faculté qu'a toute personne de saisir le juge si elle connaît des faits de nature à compromettre gravement les intérêts patrimoniaux d'un mineur (C. civ., art. 387-3, al. 2).

On le voit, cet article 1397 n'est toujours pas arrivé à un état d'équilibre. C'est pourquoi bien des voix convergent quant à la nécessité d'une réforme. Mais laquelle ? Telle est la question qui, cette année, souffle sa soixantième bougie.

II. LES PROPOSITIONS RELATIVES AU PARTAGE JUDICIAIRE

Le congrès des notaires s'est aussi intéressé aux partages judiciaires. Si l'hypothèse envisagée est celle du couple qui, après la séparation, ne parvient pas à un accord, les propositions débordent largement le cadre conjugal et concerneraient l'intégralité des partages judiciaires, y compris successoraux.

Deux souhaits ont été exprimés : accélérer le partage judiciaire (A) et clarifier le statut du notaire commis (B).

A. L'accélération du partage judiciaire

Le congrès s'est inquiété de la lenteur des partages judiciaires (qui dureraient en moyenne 25,9 mois). Celle-ci est souvent aggravée par le manque de collaboration d'un indivisaire, ce qui se manifeste tantôt par la rétention de documents utiles (1), tantôt par des absences ou des silences persistants (2).

1. Une première proposition vise à renforcer le *devoir de loyauté* dans l'administration de la preuve. L'article 1365 du Code de procédure civile serait ainsi assorti d'un alinéa supplémentaire, selon lequel « les parties doivent communiquer au notaire commis tous renseignements et documents utiles ». Le dessein, assurément, est louable. Toutefois, on peut douter de l'utilité d'un tel ajout dans la mesure où l'alinéa premier de cet article offre déjà au notaire la faculté de « demande[r] la production de tout document utile à l'accomplissement de sa mission ». Sans doute faudrait-il n'y voir qu'une explicitation. Sauf à considérer que le texte nouveau imposerait de communiquer même des informations que le notaire n'aurait pas demandées, dès lors qu'elles seraient utiles.

En outre, l'alinéa nouveau indiquerait que « le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des indivisaires ». Sur ce point, il ne s'agirait, une fois de plus, que d'une explicitation, l'actuel deuxième alinéa prévoyant déjà que le notaire « peut solliciter [du juge] toute mesure » de nature à faciliter le déroulement de l'opération. Certes, le nouveau texte aurait le mérite de lever l'obstacle du secret professionnel : la fin de l'alinéa proposé exclut expressément que cet argument soit opposable au juge, ce qui représenterait le véritable apport du texte. Mais sous cette réserve, on peut douter que la proposition suffise à atteindre l'objectif poursuivi : elle ne modifie pas le droit positif, alors qu'il est déjà acquis que le notaire peut demander aux parties la communication de documents, et qu'en cas d'échec, le juge peut se prononcer par voie d'injonction ou d'astreinte ⁽¹³⁾.

2. Compte tenu de l'objectif de célérité allégué, on peut en outre s'étonner d'une autre proposition. En droit positif, les articles 837 (relatif au partage amiable) et 841-1 (relatif au partage judiciaire) du Code civil envisagent l'hypothèse de l'*inertie* d'un indivisaire. En vertu de ces textes, l'indivisaire

inactif peut être mis en demeure de se faire représenter dans un délai de trois mois ; ce pouvoir appartient à tout copartageant (en cas de partage amiable) ou au notaire (en cas de partage judiciaire). Puis, en cas d'inexécution, un tiers peut être judiciairement désigné pour représenter l'inerte jusqu'au terme du partage. À ce stade, les règles sont donc très proches. Mais dans le cadre d'un partage amiable, l'article 837 pose une exigence qui n'apparaît pas à l'article 841-1 : le représentant de l'inerte « ne peut consentir au partage qu'avec l'autorisation du juge ». La proposition du congrès des notaires consiste à *étendre cette exigence aux partages judiciaires*, en la faisant apparaître dans le second texte.

Même si, de prime abord, cette modification semble appelée à ralentir les partages judiciaires, elle serait probablement neutre. En effet, l'actuel silence de l'article 841-1 peut s'entendre : dans un partage judiciaire, les indivisaires n'ont *pas à consentir au partage*, de sorte qu'il n'est aucun consentement que le juge devrait approuver en la matière ⁽¹⁴⁾. Dès lors, pourquoi suggérer une telle réforme ? Sans doute le congrès des notaires songe-t-il à l'hypothèse où les parties parviennent à un accord au cours d'une procédure de partage judiciaire. Mais ne faut-il pas considérer que le partage prend alors une nature amiable, ce qui le soumet d'ores et déjà à l'article 837 ⁽¹⁵⁾ ?

B. La clarification du statut du notaire commis

Enfin, le congrès propose de lever certaines incertitudes qui, relatives à la mission du notaire commis, engendrent des disparités locales dans la pratique notariale. Pour y mettre fin, l'introduction dans le Code de procédure civile d'un nouvel article est recommandée.

Ce texte étendrait au notaire une partie des règles applicables aux *techniciens* sollicités en vue d'une mesure d'instruction. Toutes ne peuvent être citées en quelques lignes. Par exemple, le notaire serait soumis aux mêmes règles de récusation que les techniciens – c'est-à-dire celles applicables aux juges ⁽¹⁶⁾. En outre, serait consacrée la faculté pour lui de recueillir l'avis d'un autre technicien ou de se faire assister par une personne de son choix ⁽¹⁷⁾. Il aurait aussi le devoir de prendre en compte les remarques des parties, sauf à avoir préalablement fixé un délai pour les formuler ⁽¹⁸⁾. Enfin, lorsque la complexité de l'affaire le requiert, le notaire pourrait être autorisé à prélever un acompte sur les sommes consignées (et, en cas d'insuffisance de la provision, à faire consigner une provision complémentaire) ⁽¹⁹⁾.

En revanche, le congrès des notaires ne recommande pas l'extension de toutes les règles applicables aux techniciens – ainsi de l'article selon lequel la décision ordonnant l'expertise peut faire l'objet d'un appel indépendamment du jugement sur le fond s'il est justifié d'un motif « grave et légitime » ⁽²⁰⁾.

Sans doute un tel effort de clarification doit-il être approuvé, étant de nature à sécuriser le processus du partage judiciaire.

(13) V. not. M. Grimaldi, *Droit des successions*, 8^e éd., 2020, LexisNexis, n° 957 ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 5^e éd., 2024, Dalloz, n° 1136.

(14) M. Grimaldi, *Droit des successions*, 8^e éd., 2020, LexisNexis, n° 954.

(15) S'étant prononcé en ce sens, v. B. Jost, *Les distributions en droit privé*, 2024, LGDJ, préf. C. Pérès, n° 594, EAN : 9782275108599.

(16) CPC, art. 234.

(17) CPC, art. 278 – CPC, art. 278-1.

(18) CPC, art. 276.

(19) CPC, art. 280.

(20) CPC, art. 272.

RÉGIMES MATRIMONIAUX

Une timide proposition de modernisation des régimes conventionnels mal-aimés

GPL484v0

L'essentiel

Cette contribution présente une étude critique de deux propositions du 121^e congrès des notaires de France qui s'est tenu fin septembre 2025, propositions visant à moderniser la participation aux acquêts et à sécuriser l'indivision du pacs, deux régimes aussi techniques que sous-utilisés.

121^e congrès des notaires de France, propositions « Pour un réaménagement du régime de l'indivision dans le pacs » et « Moderniser la liquidation du régime de participation aux acquêts » : Livret des propositions, p. 7 et 18 : consultable à l'adresse sur <https://lext.so/zQeSrO>



Note par

Sylvain BERNARD
Docteur en droit, maître de conférences à la faculté de droit de Chambéry, membre du Centre de recherche en droit Antoine Favre (EA 4143), université Savoie Mont Blanc

La participation aux enrichissements réalisés pendant l'union ne passe pas nécessairement par la mise en place d'une communauté. Le législateur avait tenté, tant pour les époux que pour les partenaires de pacs, de proposer d'autres modèles. Mais force est de constater que ces régimes n'ont pas eu le succès escompté. Souvent considérés comme trop complexes ou comme n'apportant pas une sécurité juridique suffisante, ils semblent boudés par la pratique.

Le premier d'entre eux est la participation aux acquêts,

introduite dans le Code civil en 1965. Elle ne représente qu'environ 1 % des conventions matrimoniales. Pourtant, sur le papier, ce régime, présenté comme un hybride entre séparation de biens et communauté, semblait n'avoir que des avantages : permettre la participation à l'enrichissement réalisé pendant l'union, tout en offrant plus d'indépendance et de protection que le régime de communauté. Pour autant, la distribution en valeur des richesses qu'il opère n'a pas convaincu la pratique. La liquidation de la créance de participation est souvent considérée comme complexe. La difficulté ne tient pas tant à l'utilisation de mécanismes liquidatifs (qui sont en réalité du valorisme, tel qu'on le connaît en régime de communauté) qu'à la preuve de la consistance des patrimoines originaux et finaux. Envisagée comme le régime idoine pour le chef d'entreprise⁽¹⁾, la participation aux acquêts aurait pu prendre un nouvel envol. La jurisprudence le brisa en qualifiant la clause d'exclusion des biens professionnels d'« avantage matrimonial » qui ne prend effet qu'à la dissolution du régime⁽²⁾.

La version franco-allemande de ce régime, vouée à demeurer anecdotique, n'aura été qu'un soubresaut. Seule la Belgique semble s'y être intéressée récemment en s'en inspirant lors de la dernière réforme d'ampleur de son droit des régimes matrimoniaux⁽³⁾.

Pour autant, si le ciel de la participation aux acquêts semble assombri, le climat en faveur de ce régime n'est pas aussi mauvais que ces lignes pourraient le laisser penser. Le législateur est intervenu en réformant l'article 265 du Code civil pour que les époux puissent, dès leur convention de mariage, prévoir que les avantages matrimoniaux qui ne sortent leurs effets qu'à la dissolution du régime seront maintenus. Ce faisant, le législateur a libéré à nouveau l'ingénierie notariale. À cela s'ajoute un mouvement jurisprudentiel qui a conduit à essentialiser la participation aux acquêts en lui donnant son autonomie par rapport à la communauté⁽⁴⁾.

Il est désormais faux de dire que la participation aux acquêts ne serait qu'une communauté en valeur. Participer aux acquêts, c'est autre chose que partager en valeur les acquêts de communauté de l'article 1401 du Code civil. Le principe participatif diffère ainsi dans son étendue autant matérielle que temporelle. Cette autonomie du régime de participation aux acquêts repose en grande partie sur la notion d'« état des biens » qui joue un rôle central en ce qu'elle constitue la mesure de l'enrichissement. Elle regorge de subtilités que la jurisprudence tranche progressivement, donnant désormais des lignes de conduite plus claires pour le liquidateur. Le choix du régime de participation aux acquêts est dès lors, plus que jamais, un choix de conviction pour une participation, différente de celle de la communauté, aux enrichissements réalisés pendant l'union.

Le second régime boudé par la pratique est l'indivision du pacs. Ersatz imparfait de communauté, ce régime a connu deux versions : une première comme régime légal en 1999, une seconde comme régime optionnel depuis 2006. Nous concentrerons nos propos sur cette seconde version que

(1) J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts, le contrat du chef d'entreprise*, 3^e éd., 2014, LexisNexis.

(2) Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-26.337.

(3) V. not. : S. Bernard, « Aperçu de la réforme du droit belge des régimes matrimoniaux », JCP N 2019, 1142.

(4) V. not. : Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2023, n° 21-25.554 et Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2025, n° 25-70.009.

l'on dénomme le plus souvent « indivision des acquêts »^[5]. Complexe à appréhender par les praticiens, le régime de l'indivision des acquêts n'est que rarement recommandé. Le 121^e congrès des notaires fait le constat que ce régime est méconnu et regorge d'incertitudes qui n'ont, à ce jour, pas été tranchées du fait du très faible contentieux^[6]. Il est donc à craindre que ceux qui l'adoptent ne mesurent pas la portée de leur choix.

Si ces deux régimes sont mal-aimés de la pratique notariale actuelle, ils offrent néanmoins un certain espace pour l'ingénierie patrimoniale et juridique. Ce récent congrès a ainsi été source de propositions pour tenter de revigorer ces régimes^[7]. Il s'agit ainsi de moderniser la liquidation de la participation aux acquêts (I), et de réaménager l'indivision du pacs (II).

I. LA TENTATIVE DE MODERNISATION DE LA PARTICIPATION AUX ACQUÊTS

La modernisation de la liquidation du régime de la participation aux acquêts repose principalement sur deux propositions : la première touche à la temporalité du principe participatif en ce qu'elle préconise la modification des dates d'évaluation des biens ; la seconde vise à rallonger le délai de prescription.

Temporalité du principe participatif. La première proposition porte sur la temporalité du principe participatif. Actuellement, les biens qui forment les patrimoines originaux et finaux doivent être évalués à la date de la liquidation du régime matrimonial (C. civ., art. 1571 et 1574). Cette solution est directement inspirée des règles applicables à l'indivision postcommunautaire (C. civ., art. 829). Elle conduit à une survivance de l'association patrimoniale post-dissolution. Il est ainsi tenu compte des plus-values survenant dans l'intervalle entre la dissolution et la liquidation. Cette solution, jugée injuste, peut encourager des retards dans la liquidation. Il est donc proposé que les biens soient évalués à la date de la dissolution. L'objectif est d'éviter les effets dilatoires et d'affirmer l'autonomie du régime participatif. Il est à noter que le régime franco-allemand avait déjà retenu une position similaire pour l'évaluation du patrimoine final^[8].

La solution proposée paraît opportune. Les patrimoines, dans le régime de la participation aux acquêts, ne sont pas des masses de liquidation, mais uniquement des reconstitutions comptables. Le mimétisme avec le fonctionnement de l'indivision postcommunautaire ne s'impose dès lors pas. Il faut néanmoins être prudent. La règle d'évaluation adoptée ici vise à contrer les effets de l'inflation. Si elle venait à être modifiée, il faudrait dès lors parvenir à liquider promptement le régime.

Prescription de la créance de participation. La seconde proposition formulée lors du congrès des notaires concerne le rallongement de la prescription de l'action en liquidation de la créance de participation. Il est proposé d'adopter le délai de droit commun de cinq ans. À l'heure actuelle, ce délai n'est que de trois ans (C. civ., art. 1578, al. 4). Il court à partir de la date de la décision faisant définitivement cesser le régime matrimonial^[9], et s'applique également aux « créances entre époux, dont le règlement participe de la liquidation du régime matrimonial de participation aux acquêts »^[10]. Ce rallongement est-il opportun ? L'existence des relations familiales n'est pas neutre et induit des perturbations dans les règles relatives à la prescription. Comme l'énonce le professeur Grimaldi, « le temps en famille n'est pas le temps ordinaire »^[11]. En période de concorde familiale, l'existence d'un mariage ou d'un pacs suspend la prescription, mais en période de discorde, le législateur prévoit souvent des délais abrégés par rapport au droit commun. Il existe une prescription biennale (C. civ., art. 1427) ou triennale (C. civ., art. 1578, al. 4). Il s'agit alors de trancher au plus vite les litiges et de pousser à un règlement rapide des intérêts patrimoniaux. Pour la liquidation de la créance de participation, le « *clean break* » se double ainsi d'un « *quick break* ». Les situations dans lesquelles les époux se laisseraient piéger sont probablement rares. Au soutien de la proposition, il est cité l'exemple de l'appel interjeté sur les seules conséquences du divorce. Le second argument est, en revanche, plus convaincant. Il repose sur le fait que la prescription quinquennale s'applique par principe aux créances entre époux, notamment séparés de biens. L'harmonisation aurait le bénéfice de la clarté et de la simplicité, même si elle ne s'impose pas nécessairement.

Appréciation globale. Les deux propositions formulées par le congrès des notaires, si elles venaient à être consacrées, n'auraient qu'un impact limité sur le dynamisme de la participation aux acquêts. C'est en réalité la modification de l'article 265 du Code civil opérée par le législateur qui apparaît bien plus fondamentale. Elle réouvre le champ des possibles, permettant de substituer au prêt-à-porter du Code civil, une convention sur-mesure.

II. LE RÉAMÉNAGEMENT DE L'INDIVISION DU PACS

Ce dernier congrès des notaires a également été l'occasion de formuler plusieurs propositions dans le but de rendre le régime de l'indivision des acquêts plus attractif. La grande incertitude qui règne sur le fonctionnement et la liquidation de ce régime conduit généralement les praticiens du droit à préconiser de rester sous le régime séparatiste. Mais l'existence d'un modèle associatif est une nécessité. Ce régime « incarne une volonté de partage patrimonial, protège le partenaire le plus vulnérable et offre une certaine sécurité face aux créanciers »^[12]. La sécurisation du régime doit emprunter principalement

(5) Q. Guiguet-Schiélé, « Les mystères patrimoniaux du pacs », GPL 26 nov. 2019, n° GPL364k8.

(6) Rapport du 121^e congrès des notaires, n° 10357 et s., consultable sur <https://lexis.fr/PVQtf>.

(7) Livret des propositions, 121^e congrès des notaires de France, consultable sur <https://lexis.fr/zQeSrO>.

(8) Dans le régime franco-allemand, les biens du patrimoine final sont évalués au jour de la dissolution du régime matrimonial (accord du 4 février 2010, art. 11, § 1), tandis que les biens mobiliers formant le patrimoine originaire sont évalués à la date de la formation de l'union ou à la date de leur acquisition, tandis que les immeubles sont, quant à eux, évalués en principe à la date de la dissolution du régime (accord du 4 février 2010, art. 9, § 1 à 3).

(9) Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996, n° 94-11.338 : JCP N 1997, II, p. 391, note J.-F. Pillebout ; Défrénois 1996, art. 36387, obs. G. Champenois.

(10) Cass. 1^{re} civ., 21 déc. 2015, n° 14-25.756.

(11) M. Grimaldi, « La prescription et le droit patrimonial de la famille », RDC juin 2020, n° RDC116x0.

(12) Livret des propositions, 121^e congrès des notaires de France, consultable sur <https://lexis.fr/zQeSrO>.

deux voies : une première par la convention de pacs, une seconde par l'intervention législative.

“ L’indivision des acquêts demeure un modèle associatif nécessaire, mais fragilisé par des incertitudes textuelles ”

Liberté conventionnelle. La première proposition est de consacrer une certaine marge de manœuvre dans l'aménagement de la convention de pacs. Il est proposé de permettre aux partenaires de prévoir des clauses visant à réduire le champ de l'indivision. La question de la place laissée à la liberté conventionnelle, et donc à l'ingénierie patrimoniale, demeure discutée. À défaut de l'emploi de l'expression « sauf disposition contraire », on pourrait penser que l'article 515-1 du Code civil est impératif et ne laisse aucun autre choix aux partenaires. En ce sens, un certain nombre d'auteurs ⁽¹³⁾ et de praticiens ⁽¹⁴⁾ se sont prononcés en faveur d'un dirigisme contractuel. L'indivision des acquêts serait dès lors, en quelque sorte, un contrat d'adhésion. À l'inverse, pour d'autres auteurs, cette lecture est contraire à la liberté contractuelle qui semble irriguer le pacs. Ils admettent donc que les partenaires puissent s'éloigner des dispositions légales et aménager l'étendue de leur association patrimoniale ⁽¹⁵⁾.

Il n'en reste pas moins que la commission à l'origine de la proposition est restée prudente concernant la marge de manœuvre qu'il conviendrait de laisser aux partenaires. Il est proposé de permettre uniquement de restreindre la masse indivise, mais pas d'en augmenter le champ d'attraction. Cette position doit être approuvée tant que le législateur n'aura pas consacré l'existence d'avantages « pacsimoniaux », afin d'éviter que les enfants non communs ne soient lésés.

Une liberté, même réduite, serait néanmoins dangereuse au regard de la simplicité qui entoure l'élaboration et la modification de la convention de pacs. Il doit dès lors être conseillé aux partenaires de n'en faire usage qu'en présence d'un professionnel susceptible de les renseigner sur la portée des modifications qu'ils envisagent. Il serait même possible d'aller plus loin, comme le propose le présent congrès, en considérant que dès lors que les partenaires souhaitent opter pour le régime de l'indivision, le passage devant notaire est obligatoire. Les conséquences, souvent mal mesurées, de ce régime font qu'il n'est pas souhaitable qu'il puisse être choisi par la simple signature d'un CERFA. Le conseil juridique du notaire apparaît indispensable.

Clarification du statut de certains biens. La frilosité des praticiens envers le régime de l'indivision des acquêts repose en partie sur les maladroites de rédaction des textes qui en délimitent le champ d'application. Sauf à admettre, comme nous venons de l'étudier, la possibilité pour la convention de pacs de venir préciser l'étendue de l'association patrimoniale des partenaires, il semble nécessaire que le législateur intervienne. Le congrès propose que soient partiellement réécrits les articles 515-5-1 et 515-5-2 du Code civil. L'interprétation de ces dispositions est en effet discutée en doctrine et il n'est pas certain que l'on puisse raisonner par analogie avec le régime de la communauté. L'indivision du pacs semble présenter une véritable autonomie et une différence de nature par rapport à la communauté légale. Il s'agirait notamment de clarifier la qualification des revenus des biens indivis, en permettant leur perception par moitié par chacun des partenaires, ou encore de prévoir explicitement le emploi de fonds personnels. Ces précisions semblent globalement bienvenues mais elles ne régleraient pas tous les problèmes. En effet, la notion même d'« acquisition » mentionnée pour la qualification des deniers soulève de nombreuses difficultés d'interprétation en présence de placements financiers ⁽¹⁶⁾. La modification de la formulation de l'article 515-5-2 apparaît également nécessaire sur ce point.

(13) V. par ex : P. Murat, « Les régimes matrimoniaux et les régimes “pacsimoniaux” à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N 2011, 1206.

(14) Refusant tout aménagement augmentatif : 106^e congrès des notaires de France, Bordeaux, 30 mai-2 juin 2010, Couple, patrimoine, les défis de la vie à deux : rapport, n° 2378.

(15) P. Simler et P. Hilt, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », JCP G 2006, I, n° 161, spéc. n° 28.

(16) S. Gaudemet, « Pacs et principe participatif » in I. Dauriac, G. Grare-Didier et S. Gaudemet, *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, 2010, Dalloz, p. 95 ; S. Bernard, *Le droit patrimonial des couples et la liquidation des opérations non dénouées*, 2022, Defrénois, n° 79 et s.

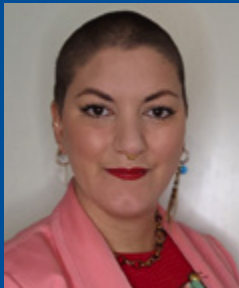
PERSONNES / FAMILLE

Le congrès des notaires, grand pacificateur des rapports familiaux face aux montages sociétaires ? GPL484v5

L'essentiel

L'équipe du 121^e congrès des notaires qui s'est tenu fin septembre 2025 s'est intéressée aux enjeux sociétaires que de plus en plus de familles affrontent sans avoir une réelle visibilité sur leurs conséquences juridiques et fiscales. Les deuxième et troisième commissions du congrès ont donc voulu apporter leur pierre à l'édifice en s'intéressant respectivement aux prérogatives de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les droits sociaux (2^e proposition de la commission « La vie de la famille ») et en se prononçant pour un droit aux dividendes des héritiers et des ayants droit en attente d'agrément par les associés du *de cujus* (5^e proposition de la commission « Le décès au sein de la famille »). Deux propositions sont ainsi formulées par deux commissions pour deux stratégies en apparence différentes.

121^e congrès des notaires de France, propositions « Fixer les prérogatives de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les droits sociaux » et « Pour un droit aux dividendes des héritiers et ayants droit en attente d'agrément » : Livret des propositions, p. 17 et 33 (consultable à l'adresse <https://lext.so/zQeSrO>)



Note par
Mélanie JAOU
Docteure en droit,
maîtresse de conférences,
directrice du master Droit
notarial à l'université de
Montpellier

L'équipe du congrès des notaires s'est donc penchée sur la question de l'interaction entre le droit des sociétés et le droit de la famille. Elle a consacré pas moins de deux propositions sur la thématique. La première de ces propositions s'inscrit dans une volonté de sécuriser l'ingénierie patrimoniale notariale en invitant le législateur à codifier les derniers mouvements jurisprudentiels en matière de démembrements de parts sociales. La seconde proposition, quant à elle, a pour objet de protéger les héritiers, en cas de stipulation statutaire prévoyant leur agrément, de l'avidité des associés du défunt.

Alors que la première proposition s'inscrit dans une volonté du notariat de sécuriser une situation qui touche de nombreuses familles eu égard au recours massif au mécanisme du démembrement de parts sociales, la seconde est plus marginale, même si elle n'en est pas moins problématique.

Dans les deux situations, un élément semble se dégager : la volonté de pacifier des situations à risque pour la famille, que ce soit au cours de la vie de celui qui a vocation à transmettre son patrimoine ou au terme de son existence... L'équipe de ce congrès semble donc avoir voulu se poser en grand pacificateur. L'ambition est belle et louable. Néanmoins le doute peut nous saisir. Les

propositions votées lors de cette 121^e édition sont-elles à même de remplir cet objectif ?

I. « FIXER LES PRÉROGATIVES DE L'USUFRUITIER ET DU NU-PROPRIÉTAIRE SUR LES DROITS SOCIAUX » (2^E PROPOSITION DE LA DEUXIÈME COMMISSION)

L'équipe du congrès aborde une question qui nous occupe depuis longtemps : celle du démembrement de propriété sur les droits sociaux.

Depuis le début des années 1990, praticiens et doctrine n'ont cessé de s'interroger sur les conséquences juridiques et fiscales du démembrement portant sur des parts de sociétés. La jurisprudence, par petites touches, a construit un régime juridique spécifique mais celui-ci est en constante évolution, ce qui crée des incertitudes difficilement compatibles avec le besoin d'anticipation qu'impliquent l'*affectio societatis* et « l'*affectio familiae* » (si cher aux organisateurs de ce congrès).

En effet, le rapport du 121^e congrès souligne qu'il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition spécifique relative aux démembrements de parts sociales. De fait, ceux-ci sont soumis au droit commun, c'est-à-dire aux dispositions du Code civil. Tout l'enjeu est alors de concilier ce régime avec les enjeux spécifiques du droit des sociétés liés à l'écran de la personnalité morale, à la date de naissance de la créance de dividendes, à la nature de cette dernière, à la répartition des pouvoirs au regard du droit d'usufruit et de nue-propriété, à la qualité d'associé avec ses enjeux politiques et économiques, etc.

C'est à la Cour de cassation qu'est revenue la tâche de répondre à ces questions. La haute juridiction a clairement

posé que l'associé est le propriétaire des parts sociales⁽¹⁾ et qu'en conséquence, dans le cadre d'un démembrement, cette qualité revient au nu-propriétaire (qui s'est départi temporairement de ses droits d'*usus* et de *fructus* mais demeure propriétaire). Autour de ces enjeux, la jurisprudence a, au gré de ses arrêts, répondu aux enjeux de pouvoirs et de vote, de contestation des décisions, de distribution de dividendes en fonction de leur origine, sans pour autant mettre fin aux débats doctrinaux ni emporter toujours l'adhésion unanime des commentateurs. La nature même de la construction de ce régime expose les praticiens à des revirements de jurisprudence et à l'adoption de textes fiscaux réduisant à néant leur travail d'anticipation. Le doute ne profite qu'à la Direction générale des finances publiques et on comprend le désir du notariat d'avoir des réponses claires à donner aux clients qui franchissent le seuil de leur étude avec le désir d'anticiper la transmission de leur patrimoine.

L'équipe du congrès invite le législateur à insérer un corps de règles destiné à réglementer les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire de droits sociaux au sein du titre IX du Livre 3 du Code civil intitulé « De la société ». Rien n'est dit sur ce que l'équipe estime nécessaire de prévoir dans ce corps de règles, si ce n'est sur les enjeux financiers du démembrement tels qu'ils ont émergé de la jurisprudence de la Cour de cassation... En effet, la proposition suggère que figurent « notamment », dans ce corpus, *trois points* : d'abord, que l'usufruitier dispose du droit d'appréhender les sommes placées en report à nouveau ; ensuite, que les sommes affectées en réserve reviennent à l'usufruitier sous la forme d'un quasi-usufruit légal, sauf convention contraire ; enfin, que l'appropriation du prix de vente d'un actif social suppose de distinguer la partie du prix constitutive d'un résultat de celle correspondant à une réduction de capital.

Ces trois points, pour le lecteur averti, sont un écho aux différentes affaires ayant agité la jurisprudence ces dernières années. En raison de son droit aux fruits, l'usufruitier se voit attribuer les dividendes sociaux dès que l'assemblée générale de la société en a décidé la distribution. C'est d'ailleurs à lui qu'échoit le droit de vote à l'assemblée générale concernant leur distribution, quand bien même il n'a pas la qualité d'associé. Si, sur le papier, les choses semblent simples, la dernière décennie a vu émerger une distinction selon l'origine des dividendes

sociaux, entre ceux pris sur les réserves⁽²⁾ et ceux pris sur l'exercice – qui lui reviennent de droit – mais aussi entre ceux qui sont pris sur le report à nouveau bénéficiaire ou sur le produit de la vente de l'actif de la société⁽³⁾. Le congrès tente de sécuriser et clarifier ces différentes situations.

Sur le report à nouveau d'abord, rappelons que cette notion correspond au montant soit des bénéfices de l'exercice antérieur qui n'ont pas été distribués ou affectés à un compte de réserves (report à nouveau *bénéficiaire*), soit des pertes qui n'ont pas été compensées par des prélèvements opérés sur les bénéfices, les réserves ou le capital (report à nouveau *déficitaire*). Si l'on se réfère aux prescriptions du Plan comptable, le report à nouveau bénéficiaire est distinct d'une réserve⁽⁴⁾ en raison de son caractère temporaire et doit être assimilé au bénéfice de l'exercice distribué. C'est d'ailleurs la solution retenue par la Cour de cassation⁽⁵⁾ qui a considéré qu'il résulte de la combinaison des articles L. 232-11, alinéa 1^{er}, et L. 232-12, alinéa 1^{er}, du Code de commerce que le report bénéficiaire d'un exercice est inclus dans le bénéfice distribuable de l'exercice suivant et que, par voie de conséquence, seule l'assemblée approuvant les comptes de cet exercice pourra décider de son affectation et, le cas échéant, de sa distribution. *De facto*, le report à nouveau ne saurait être considéré comme un produit mais comme un fruit, lequel appartient à l'usufruitier. La solution semble éminemment logique, tant d'un point de vue comptable que du point de vue du droit des biens.

Sur les distributions de réserves ensuite, l'équipe propose d'entériner la solution retenue en 2015 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, à laquelle elle confère une force supérieure du fait de son intégration au *Rapport annuel* de la haute juridiction.

Elle souhaite ainsi que soient confirmés deux points. Premièrement, que les dividendes pris sur les réserves sont des produits et non des fruits, revenant donc

(1) Cass. com., avis, 1^{er} déc. 2021, n° 20-15.164 ; Dalloz actualité, 11 janv. 2022, obs. M. Jaoul ; D. 2022, p. 223, note J.-J. Daigre ; Rev. sociétés 2022, p. 135, note L. Godon ; JCP E 2022, 1000, note R. Mortier et N. Jullian ; Dr. sociétés 2022, comm. 13, note R. Mortier ; BJS févr. 2022, n° BJS20000, note N. Borgia ; DEF 10 févr. 2022, n° DEF205w7, note L. Tranchant ; JCP E 2022, p. 237, note N. Kilgus ; GPL 15 mars 2022, n° GPL433m4, note C. Barrillon – Cass. 3^e civ., 16 févr. 2022, n° 20-15.164, B : D. 2022, p. 440, note N. Jullian ; AJDI 2022, p. 543, note S. Porcheron ; AJ fam. 2022, p. 220, note J. Casey ; Rev. sociétés 2022, p. 280, note L. Godon ; RTD com. 2022, p. 320, note A. Lecourt ; JCP G 2022, n° 288, note J. Laurent. V. également A. Viandier, *La notion d'associé*, 1978, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 156, préf. F. Terré ; J.-P. Chazal, « L'usufruitier et l'associé », Defrénois 30 juin 2000, n° 37191, p. 743 ; Rép. sociétés Dalloz, v° Usufruit des droits sociaux, F. Zenati, janv. 2003, spéc. n° 71 et s. ; RTD civ. 2007, p. 153, note T. Revet ; R. Mortier, « La jouissance de la qualité d'associé », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, 2017, Joly éditions, p. 223 et s., EAN : 9782306000793.

(2) Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16.246, PBR : JCP N 2015, p. 1177, note C. Blanchard ; JCP N 2015, n° 38, p. 43, note C. Orhlac et F. Fruleux ; JCP E 2015, p. 1354, note H. Hovasse ; JCP G 2015, 1279, note A. Tadros ; JCP E 2016, p. 1036, note F. Deboissy et G. Wicker ; Dr. sociétés 2015, p. 15, note R. Mortier ; RLDC 2015/130, n° 598, note M. Jaoul ; BJS sept. 2015, n° BJS113w9, note R. Mortier – Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17.788, PB : Rev. sociétés 2016, p. 691, note R. Vabres – Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2016, n° 15-19.471 : JCP G 2016, p. 1748, note J. Laurent ; JCP N 2016, n° 37, p. 49, note H. Hovasse ; Actes prat. ing. sociétaire 2016, n° 149, p. 5, note R. Mortier ; Actes prat. strat. patrimoniale 2016, n° 4, note C. Orhlac et F. Fruleux.

(3) Cass. 3^e civ., 19 sept. 2024, n° 22-18.687 et 22-18.733 : D. 2024, p. 1941, note J. Laurent ; D. 2025, p. 1394, note Y. Strickler ; AJDI 2025, p. 388, note S. Porcheron ; Rev. sociétés 2025, p. 55, note N. Jullian ; RTD com. 2024, p. 930, note A. Lecourt ; RLDC 2025, n° 18, note F. Julienne ; BJS nov. 2024, n° BJS20310, note E. Casimir ; Dr. sociétés 2025, n° 1, comm. 1, note R. Mortier ; JCP N 2025, 1058, note S. Le Normand-Caillère ; Ingénierie patrimoniale n° 3-2025, n° 3.1, note A. de Bissy. RLDC 2024-230, n° 7611, p. 28, note P. Pineau.

(4) Il est le résultat de la décision de reporter à une assemblée ultérieure l'affectation de montants non distribués et non affectés à un compte de réserves.

(5) Cass. com., 12 févr. 2025, n° 23-11.410, FS-B : Dalloz actualité, 5 mars 2025, obs. A. Reygrobellet ; Rev. sociétés 2025, p. 475, note A. Sotiropoulou ; D. 2025, p. 716, note D. Gallois-Cochet et C. Barrillon ; D. 2025, p. 693, note J.-J. Daigre ; RTD com. 2025, p. 147, note J. Moury ; BJS mars 2025, n° BJS203s4, note B. Dondero ; BJS mai 2025, n° BJS203v4, note B. Dondero.

naturellement au nu-propiétaire. Au-delà du fait que cette position nous apparaît problématique au regard du droit des biens ⁽⁶⁾, il nous semble qu'elle ne sera pas sans entraîner de nombreuses conséquences au long cours sur la gestion des flux dans la société et sur l'équilibre entre les héritiers ⁽⁷⁾.

“ Le choix du 121^e congrès est celui de la sécurité : sécuriser la solution jurisprudentielle par une codification pour se prémunir d'une remise en cause des montages proposés par les notaires depuis une décennie ”

Deuxièmement, l'équipe souhaite également confirmer que l'usufruitier dispose, sauf convention contraire, d'un quasi-usufruit « légal » sur les sommes distribuées. L'objectif est clair : sécuriser le montage en lui permettant de continuer d'échapper aux dispositions de l'article 774 bis du Code général des impôts qui neutralise la déduction des dettes de restitution résultant de la conclusion de quasi-usufruits conventionnels. Graver dans le marbre la nature légale de ce quasi-usufruit permettrait de s'assurer que l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale ⁽⁸⁾ en la matière soit pérennisée et que l'Administration fiscale ne puisse pas être tentée de revenir sur sa position ⁽⁹⁾.

Sur le sort du prix de vente d'un actif social enfin, il est proposé de distinguer la partie du prix constitutive d'un résultat de celle correspondant à une réduction de capital. Là encore, il s'agit d'une proposition en réaction à la jurisprudence de la Cour de cassation ⁽¹⁰⁾ qui a retenu que, sauf convention contraire entre le nu-propiétaire et l'usufruitier ⁽¹¹⁾,

lorsqu'une société civile immobilière distribue le résultat de la vente de la totalité de ses actifs immobiliers sous forme de dividendes, ces derniers reviennent au nu-propiétaire par principe, mais l'usufruitier, du fait de son droit de jouissance, bénéficie d'un quasi-usufruit sur la somme ainsi distribuée. Cette solution est fondée sur le fait qu'une telle distribution – qui semble s'identifier à la distribution d'un produit exceptionnel ⁽¹²⁾ – affecte la substance des parts sociales en compromettant la poursuite de l'objet social et l'accomplissement du but poursuivi par les associés. La Cour de cassation applique le critère de l'altération de la substance pour définir si une telle distribution constitue ou non un fruit. Ainsi, la substance des droits sociaux n'est plus assimilée à l'actif social mais à la poursuite de l'objet social et à l'accomplissement du but poursuivi par les associés ⁽¹³⁾. Cela est heureux sur le principe mais, en pratique, des doutes subsistent sur l'interprétation des deux critères posés dans cette décision pour retenir l'altération ⁽¹⁴⁾. C'est pour préciser ce point que l'équipe invite à une réflexion sur la qualification de « dividende » de cette distribution, qu'un certain nombre de commentateurs contestent. En effet, il est important de souligner que « lorsqu'une société cède un immeuble, elle constate un produit exceptionnel correspondant au prix de cession ainsi qu'une charge exceptionnelle constituée de la valeur nette comptable (VNC) de l'actif cédé (Mémento comptable n° 52195). Seule la plus-value de cession constitue un élément du résultat exceptionnel, et non la totalité du prix de vente. Or, en l'espèce, les associés avaient qualifié la distribution du prix de cession des immeubles en un dividende, ce qui se révèle inexact sur le plan comptable ⁽¹⁵⁾ ».

On peut se questionner sur la nécessité de créer des textes spécifiques au démembrement de parts sociales, de surcroît en se focalisant sur les seuls enjeux de la répartition des revenus de ces dernières et sans préciser les pouvoirs politiques de celui qui, sans avoir la qualité d'associé ⁽¹⁶⁾, jouit des parts sociales « dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance » (C. civ., art. 578). Si tant est qu'il faille envisager un corpus juridique, il semble que se focaliser sur les seules distributions s'avère un peu décevant... Une réflexion sur la répartition des pouvoirs et les modalités techniques de la jouissance et de ses aménagements dans un contexte sociétaire aurait probablement mérité plus d'attention...

(6) Sur ce point, la doctrine – à commencer par l'auteur de ces lignes – n'est pas unanime : M. Jaoul, *La notion de fruits : étude de droit privé*, 2018, Defrénois, Doctorat & Notariat, t. 57, préf. M.-L. Mathieu ; R. Mortier, « Pour la Cour de cassation aussi, mettre en réserve n'est pas donner », note ss Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.806 et Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21.807, Dr. sociétés 2009, comm. 71 ; C. Ducasse, C. Schwartz, N. Jullian et F. Douet, « Usufruit de droits sociaux et dividendes issus de réserves, des solutions controversées à sécuriser », Dr. & patr., juin 2024, p. 11.

(7) L'utilisation massive du mécanisme du démembrement de parts sociales dans le cadre familial tend à faire oublier que ce n'est pas le seul cadre où il est opéré... De fait, c'est aussi l'enjeu spécifique de l'espèce qui a conduit à une telle lecture, à savoir la volonté de réduire l'assiette des DMTG au profit des héritiers précédemment nus-propiétaires. Pour autant, hors du contexte familial, cette solution peut conduire à rendre malaisée une gestion fluide et rationnelle de la société avec une distribution automatique des dividendes, hors réserves légales, dès lors que l'usufruitier n'est pas l'héritier ou qu'il est en conflit avec le nu-propiétaire. Par ailleurs, elle risque d'entraîner un déséquilibre entre héritiers, notamment quand tous ne sont pas intégrés à la forme sociétaire et qu'il existe une donation-partage techniquement égalitaire, laquelle sera impossible à remettre en cause sur le plan successoral.

(8) Sur le sujet, F. Fruleux, « Article 774 bis du CGI : proposition d'interprétation raisonnée d'un texte obscur », JCP N 2004, p. 1053.

(9) Elle retient actuellement cette lecture : BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20, n° 270.

(10) Cass. 3^e civ., 19 sept. 2024, n° 22-18.687 et 22-18.733.

(11) P. Julien Saint-Amand et V. Antin, « Répartition des droits de vote et du résultat attachés aux parts sociales dont la propriété est démembrée - Focus et formules », RFP 2020, dossier 3.

(12) É. Casimir et É. Pomin, « Retour sur les droits financiers de l'usufruitier et du nu-propiétaire de droits sociaux », RFP 2022, n° 6, étude 16 ; A. Bouquemon, « Répartition des prérogatives financières entre l'usufruitier et le nu-propiétaire de titres sociaux », JCP N 2021, p. 1353.

(13) Ce qui ne semble pas tout à fait concordant avec le positionnement sur les dividendes pris sur les réserves...

(14) D'un point de vue technique, la vente d'un actif social et la distribution du résultat affectent la substance du patrimoine social certes, mais pas la substance des droits sociaux (droits politiques et financiers) qui demeurent inchangés même si leur valeur en est diminuée. V., en ce sens, Rev. sociétés 2025, p. 55, note N. Jullian.

(15) H. Leyrat et V. Streiff, note ss Cass. 3^e civ., 19 sept. 2024, n° 22-18.687 et 22-18.733, FS-B, SNH 38/24, inf. n° 12, p. 15.

(16) V., sur ce point, JCP E 2022, p. 237, note N. Kilgus.

II. « POUR UN DROIT AUX DIVIDENDES DES HÉRITIERS ET DES AYANTS DROIT EN ATTENTE D'AGRÈMENT » (5^E PROPOSITION DE LA TROISIÈME COMMISSION)

La seconde proposition en matière de droit des sociétés est le fruit des travaux de la troisième commission qui s'est intéressée au décès au sein de la famille. Cette commission propose de consacrer, dans les sociétés civiles et pour les héritiers en attente d'agrément par les associés de la société du *de cujus*, un droit aux dividendes distribués entre le décès de ce dernier et la date à laquelle il est statué sur leur agrément.

À l'origine de cette proposition, le constat est dressé qu'un certain nombre de statuts de sociétés civiles prévoient que la transmission des parts sociales par décès est soumise à l'agrément de l'héritier. Il résulte d'une telle stipulation que les héritiers de l'associé décédé ne bénéficient pas, au moment du décès de ce dernier, de la qualité d'associé et qu'ils ne pourront y prétendre qu'au jour de l'éventuel agrément par les associés de celui dont ils héritent. De fait, n'ayant pas la qualité d'associés, ils n'ont aucun droit sur les distributions qui seraient opérées par l'assemblée générale de la société durant la période courant entre la date d'ouverture de la succession et celle de leur agrément⁽¹⁷⁾, ce dernier n'ayant pas d'effet rétroactif.

Cette solution peut s'avérer problématique au regard du principe de la saisine héréditaire. En effet, le rapport du 121^e congrès souligne que dans le cas où les associés du défunt refuseraient l'agrément aux héritiers, il n'y a aucune atteinte aux droits de ces derniers puisque les associés devront leur verser une indemnité correspondant à la valeur des parts sociales de leur auteur, arrêlée à la date du décès en vertu de l'article 1870-1 du Code civil. *Ipso facto*, l'évaluation des parts prendra en compte l'ensemble des actifs présents dans la société au moment du décès et les distributions opérées dans l'intervalle. La situation est bien plus problématique si les associés agréent les héritiers du défunt après avoir voté, dans l'intervalle entre le décès et l'agrément, la distribution de dividendes sociaux. En l'état actuel, les associés peuvent procéder à des distributions de dividendes à leur seul profit, dont les héritiers de feu leur associé ne verront pas un cent. Pire, il semblerait que dès lors que les associés survivants disposent de la majorité nécessaire, ils peuvent décider de procéder à la vente d'un actif social et de s'en distribuer le prix. Là encore, faute d'être associés, les héritiers n'en verront rien et pourront même, au terme de l'opération, devenir associés « d'une coquille vide », comme le souligne le rapport.

C'est afin d'éviter ce risque que la proposition a été présentée au congrès avec un double objectif. D'une part, même s'il appartient aux associés en place de choisir les continuateurs du projet sociétaire, l'idée est de ne pas leur

donner un pouvoir exorbitant. D'autre part, comme la troisième commission le rappelle, il est fondamental d'éviter « qu'une distribution de dividendes qui serait décidée par les associés survivants avant de statuer sur l'agrément des héritiers de l'associé décédé puisse avoir pour objet ou pour effet de priver ces derniers de tout ou partie de la valeur patrimoniale attachée aux parts sociales de leur auteur ».

L'objectif est louable et la proposition permettrait probablement de réduire les risques, surtout quand le temps successoral s'étire ou que les associés se montrent réticents à trancher en faveur ou en défaveur de l'agrément (mais pas d'éventuelles distributions). Pour autant, il existe déjà des moyens à la disposition des héritiers dans ce cas de figure.

D'abord, en mobilisant la fraude car, tout de même, comment ne pas voir une fraude dans le comportement des associés survivants qui prennent le temps de procéder à la vente et à la distribution des actifs immobilisés de la société, tout en ne trouvant pas le temps de procéder à l'agrément des héritiers de leur associé décédé... D'aucuns préconiseraient également de se fonder sur l'enrichissement sans cause, quoique l'on soit tributaire de la lecture des statuts que les juges du fond feront...

Ensuite, il n'est même pas besoin de remettre en cause l'application de la clause statutaire et du droit des sociétés pour obtenir la prise en compte de telles distributions. Les héritiers agréés pourraient agir contre les associés indélégats en invoquant une atteinte à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. En effet, au moment du décès, les héritiers sont, du fait de la saisine successorale, propriétaires de parts sociales dont la substance est déterminée au moment du décès de leur auteur, et, par leur comportement, les associés ont porté atteinte à la substance du bien dépendant de la succession. De fait, les héritiers se trouvent dans une situation paradoxale : au moment de l'ouverture de la succession, ils héritent d'un actif qui a une valeur déterminée – servant de base de calcul aux droits de mutation à titre gratuit –, laquelle peut être transférée librement et sans contrepartie entre les mains des autres associés sans que l'on y voie une violation du droit de propriété. Au vu de l'appréciation large que la Cour européenne fait de la notion de « bien », il semble tout à fait envisageable de pouvoir demander une indemnisation en présence d'une telle atteinte aux biens des héritiers, sans pour autant remettre en cause la validité de la clause statutaire d'agrément, par les décisions de vente et de distribution dans le temps intercalaire entre le décès et l'agrément. Toutefois, si nous ne sommes pas totalement démunis face à une telle situation, la proposition du 121^e congrès a l'avantage de tuer dans l'œuf toutes velléités de la part d'associés bien empressés à s'enrichir au détriment des héritiers.

(17) Cass. 1^{re} civ., 2 sept. 2020, n° 19-14.604 : LPA 22 févr. 2021, p. 14, note A. Tardif.

PERSONNES / FAMILLE

Les parents, l'enfant et les tiers dans la famille :
focus sur deux propositions notariales GPL484v2

L'essentiel

Parmi les nombreuses propositions émises lors du 121^e congrès des notaires de France qui s'est tenu fin septembre 2025, celle visant à développer la désignation anticipée d'un tuteur pour son enfant et celle imaginant une déclaration de beau-parentalité se rejoignent : toutes deux intervenant dans le domaine délicat des rapports de parenté, elles invitent à repenser le rôle des tiers dans la famille. Sous des abords également attirants, elles se révèlent l'une et l'autre insuffisamment détaillées pour garantir dès aujourd'hui leur succès pratique à venir.

121^e congrès des notaires de France, propositions « Désigner un tuteur pour l'enfant mineur » et « Pour une déclaration de beau-parentalité » : Livret des propositions, p. 13 et 35 (consultable à l'adresse <https://lext.so/zQeSrO>)

Note par
Maryline BRUGGEMAN
Maître de conférences
HDR à l'université
Toulouse Capitole,
École de droit Toulouse-
Recherche (EDT-R),
département Institut de
droit privé

Le 121^e congrès des notaires de France, qui s'est tenu fin septembre 2025 à Montpellier ⁽¹⁾, a une nouvelle fois mis à l'honneur leur rôle de conseiller des familles. Plusieurs des propositions qui y ont été émises offrent de répondre

aux besoins nés des nouvelles formes de recomposition familiale et à la délicate question de la place à accorder aux tiers dans la famille. Déjà, le 95^e congrès, en 1999, s'était illustré par ses propositions originales visant la reconnaissance du « parent social » ⁽²⁾. S'inscrivant dans la même dynamique, l'édition 2025 a abouti à deux propositions ayant pour point commun d'offrir une portée toujours plus grande à la volonté individuelle dans le domaine sensible des rapports de parenté.

D'un côté, il est proposé par la commission « La naissance et la famille » d'offrir un regain d'intérêt à la tutelle dite « testamentaire » : par cet outil traditionnel, le Code civil permet de longue date ⁽³⁾ au dernier vivant des père et mère de désigner par anticipation un tuteur pour son enfant mineur. D'une étonnante modernité, s'inscrivant parfaitement dans le mouvement de conventionnalisation du droit de la famille, la tutelle testamentaire reste rare en pratique ⁽⁴⁾. Le dernier congrès des notaires propose d'en relancer l'usage en ouvrant son champ à des hypothèses plus fréquentes aujourd'hui que le décès des parents (I).

D'autre part, par une proposition commune unanimement adoptée, est suggérée la création d'une « déclaration de beau-parentalité », outil résolument nouveau ayant pour

ambition affichée la reconnaissance juridique du lien de fait unissant beau-parent et bel-enfant (II).

I. RENOUVELER UN OUTIL ANCIEN : ÉLARGIR LE CHAMP DE LA TUTELLE « TESTAMENTAIRE »

Le 121^e congrès des notaires propose de remédier au relatif insuccès de la tutelle testamentaire en étendant largement son domaine (A). Toutefois, les règles strictes gouvernant l'organisation de la tutelle des mineurs ⁽⁵⁾ demeurant inchangées, il subsiste un risque important que cette désignation anticipée ne soit pas suivie d'effet (B).

A. Une faculté plus large de désignation anticipée d'un tuteur

Un droit aujourd'hui réservé au « dernier vivant ». Aux termes de l'article 403, alinéa 1, du Code civil, « le droit individuel de choisir un tuteur, qu'il soit ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale ». L'hypothèse visée est celle de la tutelle de l'orphelin ⁽⁶⁾. Dans ce cas, l'article 390 du Code civil impose au juge l'organisation d'une tutelle sans lui laisser un quelconque pouvoir d'appréciation. Cette institution alternative à l'autorité parentale en prend nécessairement le relais lorsqu'il n'est plus de parent apte à assumer la protection de l'enfant, tant relativement à sa personne qu'à ses biens ; les organes de la tutelle – le tuteur au premier chef – endossent alors les missions en principe reconnues aux parents ⁽⁷⁾.

Toutefois, l'article 390 susvisé impose l'organisation d'une tutelle dès lors qu'aucun parent n'exerce plus l'autorité parentale, et ce même s'ils ne sont pas tous deux décédés. Ainsi, quand décède le parent exerçant seul l'autorité

(1) Sur ce congrès, v. le numéro du *Defrénois* qui lui est consacré : Defrénois, hors-série, août 2025, consultable sur <https://lext.so/sDFW3u>.

(2) 95^e congrès des notaires de France, *Demain la famille*, 1999, prop. n° 2.

(3) V. Code civil de 1804, art. 397, anc. – la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a déplacé le siège de ce droit à l'article 403 du Code civil.

(4) Aucune statistique officielle n'est disponible.

(5) JCl. Notarial Répertoire, fasc. 15, v° Tutelle, Y. Buffelan-Lanore et S. Mauclair.

(6) Ce champ d'application strict explique le qualificatif « testamentaire » ; pourtant, cette désignation a toujours pu également être effectuée par une déclaration spéciale devant notaire.

(7) C. civ., art. 408.

parentale et que le parent survivant a été privé de cet exercice, une tutelle doit en principe être mise en place. Cependant, en ce cas, l'article 403 du Code civil réservant « au dernier vivant des père et mère » le droit de choisir un tuteur ne peut s'appliquer. Ainsi, une tutelle ouverte alors qu'un des parents de l'enfant est toujours en vie, ne saurait être « testamentaire » ; elle est nécessairement « dative ». Cela signifie que c'est le conseil de famille qui choisit le tuteur parmi ses membres⁽⁸⁾ et que, si rien ne lui interdit de respecter la volonté éventuellement émise par le père ou la mère, il n'y est nullement tenu, faute d'intervenir dans le cadre posé par l'article 403. C'est cette limite que le congrès des notaires entend repousser.

Un droit à étendre à toutes les hypothèses où aucun parent n'exerce l'autorité sur l'enfant. La complexité des règles relatives à l'autorité parentale se ressent dans la rédaction, quelque peu complexe, proposée pour modifier l'article 403 du Code civil.

En premier lieu, est envisagée l'hypothèse d'exercice de l'autorité par un seul parent : l'article 403 lui offrirait toujours le droit de choisir le tuteur de son enfant s'il est le dernier vivant des parents, mais aussi lorsqu'il laisse à sa survivance un parent déjà privé de l'exercice de l'autorité parentale « par une décision judiciaire antérieure ». Cette expression englobe une grande variété de mesures sanctionnant un comportement parental défaillant et conduisant *a minima* à la privation de l'exercice de l'autorité parentale⁽⁹⁾. En principe, un parent, même privé de cet exercice, demeure titulaire du droit d'autorité qui est attaché à la filiation ; il conserve à ce titre sa vocation à retrouver le plein exercice de l'autorité parentale en cas de changement dans la situation et, en particulier lors du décès de l'autre parent. Ceci explique qu'autrefois, l'article 373-1 du Code civil prévoyait que si le parent qui exerçait l'autorité parentale venait à décéder, l'exercice de ladite autorité revenait automatiquement au survivant, même lorsque ce dernier en avait été privé en amont. Cette règle de retour automatique était vivement critiquée dans la mesure où elle conduisait à restituer l'exercice de l'autorité parentale à celui auquel un juge l'avait retiré en raison de ses négligences et défaillances. La loi dite *Taquet*⁽¹⁰⁾ y a remédié en modifiant l'article 373-1 du Code civil, ouvrant ainsi la voie à l'élargissement proposé par les notaires.

En deuxième lieu, la nouvelle formulation de l'article 403 du Code civil offrirait le droit de désigner un tuteur au parent exerçant seul l'autorité parentale et laissant à sa survivance l'autre parent privé de cet exercice « dans les cas de l'article 373 du Code civil ». Selon ce texte, « est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la

mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause ». Les hypothèses visées sont alors différentes : le parent est certes privé de l'exercice de l'autorité parentale mais en raison de circonstances de fait l'empêchant de faire usage de son pouvoir de direction et de contrôle sur l'enfant. À la différence des hypothèses précédentes, la situation ne peut lui être imputée. Toutefois, le besoin de protection de l'enfant justifie, ici aussi, que le parent concerné n'exerce plus ses prérogatives légales : ne pouvant plus manifester sa volonté, il ne peut, à l'évidence, prendre soin de la personne de l'enfant, ni gérer ses biens ou le représenter dans l'exercice de ses droits.

En dernier lieu, l'article 403 du Code civil proposé étendrait l'élargissement envisagé aux hypothèses de coparentalité : les deux parents exerçant en commun l'autorité parentale pourraient choisir ensemble la personne qui exercera la fonction de tuteur de leur enfant mineur pour le cas où ils perdraient concomitamment l'exercice de l'autorité parentale soit du fait de leur décès, soit en raison de leur impossibilité d'exprimer leur volonté⁽¹¹⁾.

L'élargissement de la faculté de choisir le tuteur de l'enfant, tel qu'envisagé ici, se révèle donc conséquent. Néanmoins, son effectivité demeurerait sous la dépendance des règles régissant la tutelle des mineurs.

B. Une désignation anticipée d'un tuteur à l'efficacité contingente

Il va sans dire que pour produire un quelconque effet, la désignation anticipée d'un tuteur devra d'abord être connue. Il n'est pas envisagé de changement quant à sa forme : soit testamentaire soit par déclaration spéciale⁽¹²⁾ devant notaire, celle-ci étant seule adaptée aux hypothèses où la tutelle est ouverte en raison de l'impossibilité pour le déclarant d'exprimer sa volonté. C'est donc, comme aujourd'hui, par la consultation du fichier des dernières volontés qu'elle pourra être connue des tiers. Peut-être serait-il opportun d'imaginer une publicité dédiée comparable à celle dont bénéficiera, au plus tard le 31 décembre 2026, la désignation anticipée du *protecteur* prévue à l'article 448 du Code civil⁽¹³⁾.

L'aléa de l'organisation d'une tutelle. Au-delà de cette première difficulté, le choix anticipé d'un tuteur n'aura évidemment d'efficacité que si une tutelle est organisée. L'article 390 du Code civil imposant l'ouverture d'une tutelle dans toutes les hypothèses où le droit de choisir un tuteur serait ouvert, cela ne devrait pas susciter de difficultés.

Deux bémols toutefois doivent être apportés à cette affirmation. D'abord, notons qu'en s'appuyant sur l'article 373 du Code civil, l'article 403 tel qu'il est proposé renvoie au fait d'« être hors d'état de manifester sa volonté », notion certes aujourd'hui fréquemment utilisée par la loi mais

(8) C. civ., art. 399, al. 3 – C. civ., art. 404 – C. civ., art. 405.

(9) Délégation de l'exercice de l'autorité parentale (C. civ., art. 377) ; retrait de l'exercice ou du droit d'autorité parentale (C. civ., art. 378 – C. civ., art. 378-1) ; déclaration judiciaire de délaissement parental (C. civ., art. 381-1 – C. civ., art. 381-2). Retrait et délaissement peuvent aboutir à l'admission du mineur en qualité de pupille de l'État, les parents perdant alors, en plus de l'exercice, le droit même d'autorité parentale. S'ajoute, depuis 2024, la suspension – par nature provisoire – de l'exercice de l'autorité parentale (C. civ., art. 378-2) ; M. Bruggeman, « Les rapports ambigus de la confiance et du droit de la famille : l'exemple de l'autorité parentale », in *La confiance en Droit privé*, 2024, PUT, Actes de colloque, p. 6.

(10) L. n° 2022-140, 7 févr. 2022, relative à la protection de l'enfant.

(11) Seul le parent qui exerce l'autorité parentale au jour de la désignation du tuteur et jusqu'à l'événement justifiant l'ouverture de la tutelle – le décès ou bien la perte de l'exercice de l'autorité parentale du fait de l'impossibilité de manifester sa volonté – pourrait procéder à la désignation anticipée du tuteur.

(12) Cette déclaration ne doit contenir aucune autre disposition que la nomination du tuteur.

(13) C. civ., art. 427-1, version à venir au 31 déc. 2026.

difficile à définir et à caractériser⁽¹⁴⁾. Les précisions fournies par l'article 373 quant aux causes de cet état – « en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause » – n'aident guère ; pas plus d'ailleurs que la jurisprudence accessible sur le sujet, qui paraît n'avoir eu à se prononcer que sur le cas de parents placés sous tutelle ou curatelle⁽¹⁵⁾. De facture ancienne, la rédaction de cet article peut donner l'impression trompeuse que lorsqu'un parent est « hors d'état de manifester sa volonté », la perte de l'exercice de l'autorité parentale est automatique. Pourtant un juge – le juge aux affaires familiales (JAF) – doit nécessairement être saisi pour constater cet état particulier et en déduire que le parent concerné a perdu l'exercice de l'autorité parentale.

Ensuite, notons que l'organisation d'une tutelle en application de l'article 390 du Code civil, pourtant dite « de droit », implique également qu'un juge – le juge des tutelles des mineurs – soit saisi et constate que les conditions en sont réunies. Le JAF officiant désormais en tant que juge des tutelles des mineurs, on peut espérer que la perte de l'exercice de l'autorité parentale et l'ouverture de la tutelle soient décidées concomitamment, mais les règles de compétence et de procédure, qui diffèrent selon le juge saisi, conduisent à en douter. Un autre frein pourrait venir du recours possible, en lieu et place de la tutelle, à une *délégation de l'exercice de l'autorité parentale*. Cette alternative est offerte depuis 2002 pour répondre à l'impossibilité d'un parent de manifester sa volonté⁽¹⁶⁾. Désormais concurrentes, tutelle et délégation diffèrent pourtant nettement : la tutelle des mineurs présente l'avantage d'offrir un cadre structuré à l'intervention du tiers auprès de l'enfant ; le conseil de famille et le subrogé tuteur s'assurent de la conformité aux intérêts du mineur des décisions prises et des actes accomplis par le tuteur ; le juge des tutelles et le procureur de la République assurent en outre une surveillance générale sur les tutelles de leur ressort... Certes, l'option consistant à ordonner la délégation de l'exercice de l'autorité parentale présente également certains atouts, au premier rang desquels la simplicité de son fonctionnement : le tiers délégataire exerce l'autorité parentale à l'instar d'un parent, sans avoir à en référer à quiconque. En revanche, le Code civil manque de précision quant aux effets de la délégation sur la gestion des biens du mineur et sa représentation juridique, ce qui paraît peu favorable à la sécurité juridique⁽¹⁷⁾. Il n'est donc pas aisé de savoir laquelle de ces options privilégier, et le tiers désigné pour assurer la tutelle, ayant qualité pour demander tant l'organisation de la tutelle (comme tout intéressé) qu'une délégation de l'autorité parentale (s'il a recueilli l'enfant ou s'il fait partie de la famille du mineur⁽¹⁸⁾), c'est à lui que pourrait revenir ce choix difficile...

L'aléa de l'organisation d'une tutelle de droit commun.

Autre aléa, le choix anticipé du tuteur ne peut être effectué que si est organisée une tutelle de droit commun, c'est-à-dire une tutelle « familiale » composée, en plus du tuteur, d'un conseil de famille et d'un subrogé tuteur⁽¹⁹⁾. Composer un conseil de famille est aujourd'hui chose *a priori* plus aisée qu'autrefois : il ne faut réunir, outre le tuteur, que trois personnes – membres de la famille ou tiers – choisies « en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de celui-ci, des liens affectifs qu'ils ont avec lui ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent »⁽²⁰⁾. Trouver des personnes disponibles et répondant aux exigences pour exercer les charges tutélaires⁽²¹⁾ n'est malgré tout pas garanti, en particulier lorsque l'enfant ne bénéficie pas d'un entourage familial ou amical important. Or à défaut, sauf possibilité d'enregistrer l'enfant en qualité de pupille de l'État, la tutelle sera déclarée vacante et déferée au département⁽²²⁾ et le président du conseil départemental assumera alors le rôle de tuteur, contrariant ainsi les prévisions parentales. Celui ou celle qui avait été pressenti(e) pour jouer le rôle de tuteur pourra certes se voir confier l'enfant par le président du conseil départemental, mais il n'obtiendra aucune prérogative sur la personne du mineur ou sur ses biens⁽²³⁾. Lors du 95^e congrès des notaires précédemment évoqué, il avait été proposé d'offrir la possibilité au juge des tutelles d'organiser une tutelle « testamentaire » sans conseil de famille ni subrogé tuteur⁽²⁴⁾, mais lors de la dernière réforme de la tutelle, d'autres modifications lui ont été préférées⁽²⁵⁾. Cette proposition pourrait aujourd'hui renforcer l'effectivité de celle consistant à élargir le domaine de la tutelle « testamentaire ».

L'aléa de la confirmation du tuteur choisi. Enfin, quand bien même une tutelle de droit commun est organisée, l'organe collégial de la tutelle conserve la possibilité de refuser de confier la mission de tuteur à la personne choisie, au motif que « l'intérêt du mineur commande de l'écarter »⁽²⁶⁾. À cela s'ajoute le risque que cette personne y renonce d'elle-même : autrefois réservé aux personnes extérieures à la famille⁽²⁷⁾, le droit de renoncer à sa désignation est aujourd'hui reconnu à tous, y compris aux membres de la famille⁽²⁸⁾. Ainsi, même s'il a été avisé par le parent de sa désignation et même s'il a donné un accord de principe, le tiers choisi par les parents conserve la possibilité de refuser cette lourde mission lorsqu'elle lui est effectivement confiée.

Ces divers aléas affectent également les autres désignations *in futurum* que permet le droit des personnes et de la

(14) I. Maria, « Être « hors d'état de manifester sa volonté » », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Murat*, 2025, Lefebvre Dalloz-LexisNexis, p. 253.

(15) TI Saint-Omer, 3 mai 1989 : JCP N 1990, II 89, note T. Fossier – CA Caen, 2 févr. 2006 : D. 2006, 2016, note G. Raoul-Cormeil.

(16) C. civ., art. 377, al. 2, 2°.

(17) Sauf à ce que le jugement précise qu'est transférée au délégataire l'administration légale, ce que les textes ne prévoient pas expressément (M. Bruggeman, « Retour sur l'administration légale... », in *Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, 2015, LexisNexis).

(18) C. civ., art. 377, al. 2.

(19) C. civ., art. 398.

(20) C. civ., art. 399.

(21) C. civ., art. 395.

(22) C. civ., art. 411.

(23) Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 1995 : RDSS 1996, p. 393, obs. F. Monégier.

(24) 95^e congrès des notaires de France, prop. n° 3.

(25) La loi n° 2007-308, 5 mars 2007 a supprimé la tutelle légale des ascendants et réduit le nombre minimal de membres composant le conseil de famille de 6 à 4.

(26) Précision ajoutée à l'article 403 du Code civil par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

(27) V. C. civ., art. 401 anc. – C. civ. de 1804, art. 432.

(28) C. civ., art. 403, dernier al.

famille ^[29]. Des solutions pratiques ont pu être imaginées pour pallier ces difficultés ^[30]. À l'évidence toutefois, il est à chaque fois primordial de faire preuve de prudence dans le choix de la personne que l'on entend distinguer. Dans le cas de la tutelle du mineur, qu'il s'agisse d'un parent, d'un allié ou d'un ami, primeront les liens tissés avec l'enfant et l'aptitude du tiers à assumer son éducation. Parce qu'il a partagé la vie de l'enfant, celui qu'on appelle le « parent social » ou le « beau-parent » pourrait paraître prédisposé. En parallèle le congrès a imaginé, spécialement à son intention, un nouvel outil original.

II. IMAGINER UN OUTIL NOUVEAU : LA DÉCLARATION DE BEAU-PARENTALITÉ

Le 121^e congrès des notaires invite à instaurer une « déclaration notariée de beau-parentalité ». L'expression suscite la curiosité mais aussi des questions... Formulée de manière assez générale, la proposition n'y répond qu'imparfaitement. Ce nouvel outil semble être pensé pour offrir une alternative aux dispositifs déjà proposés par le Code civil afin de donner une consistance juridique au lien unissant beau-parent et bel-enfant (A). À défaut de précisions quant aux conditions de sa mise en œuvre et à ses effets, la portée de l'introduction de cette déclaration de beau-parentalité en droit positif est aujourd'hui largement incertaine (B).

A. Un outil offrant une alternative aux dispositifs existants

Un choix aujourd'hui binaire. Celui ou celle qui partage la vie d'un parent a aujourd'hui plusieurs possibilités pour voir consacré le lien qu'il ou elle entretient avec l'enfant. Depuis 1966, l'adoption de l'enfant du conjoint – et aujourd'hui de l'enfant du partenaire et du concubin – est favorisée. Son prononcé, nécessairement judiciaire, permet d'élever le « beau-parent » au rang de parent de l'enfant. Le lien beau-parental devient alors *parenté*. En 2002, le législateur a ajouté à cette option la délégation dite « partage » de l'exercice de l'autorité parentale ^[31]. Le tiers – le « parent social » de l'enfant principalement – acquiert, sous le contrôle du JAF, des prérogatives d'autorité qu'il exercera en commun avec le ou les parents délégués. Le lien beau-parental devient alors *parentalité* ^[32].

L'encadrement juridique de ces deux outils – l'adoption et la délégation-partage – est souvent jugé trop contraignant : la nécessité de recourir au juge est parfois critiquée ; l'exigence de l'accord des deux parents exerçant l'autorité sur l'enfant est vue, dans certaines hypothèses, comme excessive ou injustifiée. Enfin, la pérennité du lien créé reste un point de clivage important : elle n'est assurée qu'en cas d'adoption, la délégation étant, quant à elle, susceptible d'être remise en cause, avec l'accord du juge, notamment

en cas de séparation du couple. La déclaration de beau-parentalité proposée entend offrir une voie alternative, même si elle ne semble pas parfaitement répondre aux critiques dont ces deux options font l'objet...

“ *Sans intervention judiciaire ni nécessité d'un accord parental, la déclaration de beau-parentalité répondrait aux souhaits de ceux qui ne peuvent ou veulent recourir aux outils existants* ”

Une possible troisième voie. À la différence des deux dispositifs existants, la déclaration de beau-parentalité s'effectuerait simplement sous une forme notariée, sans intervention du juge ni d'une quelconque autre autorité. Les conditions de conservation et de publicité devront être précisées pour lui garantir une efficacité.

Cette déclaration ne serait par ailleurs accessible qu'au conjoint ou partenaire du parent de l'enfant. En ne distinguant pas entre mariage et pacs, le texte prend acte de l'alignement, quasi-parfait aujourd'hui, des deux formes de conjugalité. En revanche, le dispositif ne serait pas ouvert aux concubins, ce qui peut étonner ; le concubinage demeure certes une union de fait et manque de formalisation, mais la proposition se montre ici plus restrictive que les outils actuellement disponibles quelle que soit la forme de conjugalité : la délégation-partage est ouverte à tout tiers, et l'adoption de l'enfant du « conjoint » est, depuis 2022, étendue aux partenaires et concubins...

Cette déclaration serait en outre strictement volontaire ; rien n'imposerait au « beau-parent » d'y recourir. Elle pourrait intervenir pendant la minorité de l'enfant ou après sa majorité. Par ailleurs, quel que soit le cas, ni l'accord ni l'intervention des parents ne seraient exigés. Le texte n'évoque pas davantage la participation ou l'association du mineur concerné, selon son degré de discernement, ce que paraît pourtant imposer l'article 12-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Cette mise à l'écart de l'enfant est à contre-courant de l'évolution du droit de l'enfance ; toutefois, ses conséquences seraient minimales dans la mesure où la déclaration de beau-parentalité est censée n'être que bénéfique à l'enfant ; de surcroît ce dernier devra confirmer la déclaration de beau-parentalité à sa majorité – lorsqu'elle est intervenue avant ses 18 ans – ou bien y consentir *ab initio* si elle intervient une fois l'enfant devenu majeur.

Tel qu'il est présenté, ce nouvel outil présente l'attrait de la simplicité : sans intervention judiciaire et sans nécessité d'un accord parental (forcément aléatoire), la déclaration de beau-parentalité paraît répondre aux souhaits de ceux qui ne peuvent ou ne veulent recourir aux outils existants. Sa portée demeure néanmoins encore imprécise.

B. Un outil à la portée incertaine

Un intérêt exclusivement patrimonial. Le texte adopté par le congrès n'est guère disert quant aux effets de la déclaration de beau-parentalité. Il est cependant acquis avec certitude que la déclaration de beau-parentalité n'aura

(29) V. not. le mandat de protection future pour soi ou pour autrui (C. civ., art. 477) et la désignation notariée anticipée de son protecteur ou de celui de son enfant majeur vulnérable (C. civ., art. 448 – CPC, art. 1255).

(30) Il est notamment suggéré de désigner dans le même acte plusieurs personnes susceptibles d'assumer la mission afin de se prémunir contre le risque que la personne choisie ne puisse pas assumer ce rôle au moment où cela lui est effectivement proposé...

(31) C. civ., art. 377.

(32) P. Neirinck, « Parenté et parentalité, aspects juridiques », in M. Delage et P. Pedrot (dir.), *Lien familial, lien social*, 2003, Presses universitaires de Grenoble, p. 59.

aucun effet d'ordre personnel. En particulier, intervenant à l'égard d'un enfant mineur, elle serait sans conséquence sur l'autorité parentale qui demeurerait exclusivement entre les mains du ou des parents de l'enfant, ce qui justifie l'exclusion de ceux-ci de la déclaration. La déclaration de beau-parentalité respecterait donc, comme annoncé, le principe d'indisponibilité de l'autorité parentale, et ne concurrencerait pas la délégation de l'exercice de l'autorité parentale.

L'effet recherché se situerait ainsi exclusivement sur le terrain patrimonial. La finalité fiscale du dispositif est en effet clairement affichée : ainsi que le relève M^e Véronique Dejean de La Batie, rapporteure de la proposition du congrès des notaires, « aujourd'hui, lorsqu'un beau-parent veut faire une donation à son bel-enfant, il est taxé à 60 %, comme s'il était une personne étrangère »^[33]. Et c'est pour remédier à cette situation, perçue comme un obstacle aux libéralités dans les familles recomposées, que la taxation serait alignée, en cas de déclaration de beau-parentalité, sur celle existant entre un parent et son enfant.

En contrepartie de l'allègement fiscal offert, une « obligation alimentaire du bel-enfant [majeur] vis-à-vis du beau-parent, comme c'est le cas pour les enfants vis-à-vis de leurs parents »^[34] serait instaurée, ainsi qu'un « devoir de respect et d'assistance »^[35], *a priori* réciproque, entre beau-parent et bel-enfant. Aucune précision supplémentaire n'est apportée quant à l'apparition de ces effets habituellement attachés à la parenté. À cet égard, le dispositif se présente comme une alternative à l'adoption, seule voie à même aujourd'hui de faire bénéficier le beau-parent des effets de l'appartenance à une même famille... Toutefois, les conditions exigées pour accéder à ces avantages ne sont pas suffisamment précisées pour permettre d'identifier le lien « beau-parental » dont il s'agit, *a priori*, de consacrer l'existence.

Un lien de « beau-parentalité » à définir. Rappelons en premier lieu que rien n'oblige un beau-parent à s'investir dans l'éducation ou le soin de son bel-enfant. S'il est parfois amené, par le jeu de la solidarité familiale, à y contribuer économiquement, il ne joue de rôle que celui qu'il veut bien assumer et que le ou les parents de l'enfant lui laissent assurer. Il y a autant de façons d'être avec son bel-enfant que de formes de vie de couple. C'est pourtant sur le fondement du lien de fait créé entre l'enfant et le beau-parent que seraient accordés – et éventuellement maintenus – les effets de la déclaration de beau-parentalité. Ainsi, M^e Dejean de La Batie précise que la fiscalité allégerait serait conditionnée au fait, pour le beau-parent, d'avoir pris soin de l'enfant mineur pendant au moins cinq ans. Pour un enfant majeur, ce lien devrait perdurer pendant au moins un an après la donation^[36].

Une première difficulté naît de l'expression choisie : si le droit l'utilise^[37], « prendre soin d'un enfant » n'est pas un concept juridique aux contours clairement tracés. Le beau-parent devra-t-il établir avoir financièrement contribué à l'éducation de l'enfant ? Avoir participé aux choix éducatifs le concernant ? Avoir assuré sa « garde » ? Pourra-t-il prétendre à ce nouvel outil s'il est resté à l'écart, laissant aux parents leur responsabilité éducative, tout en ayant à l'égard de l'enfant une réelle et profonde affection ? L'affection suppose-t-elle d'avoir pris soin de l'enfant ? Avoir pris soin de l'enfant implique-t-il nécessairement de ressentir de l'affection pour lui ?

Ainsi la déclaration paraît-elle assurer la reconnaissance – rétrospective – d'un lien créé avec l'enfant, un lien dont la consistance ainsi que la pérennité demeurent incertaines... Il est en effet précisé que « cette déclaration de beau-parentalité serait irrévocable pendant la minorité de l'enfant, sauf en cas de séparation »^[38]. Si la formule est ambiguë, elle implique toutefois la possibilité d'une révocation quel que soit l'âge de l'enfant en cas de séparation conjugale ; une révocation serait également possible à l'égard de l'enfant majeur, et ce même sans séparation du couple formé par le parent et le beau-parent... Ce dernier ne peut évidemment pas être tenu de conserver un lien, de si peu de portée soit-il, avec l'enfant de son ex-conjoint ou de son ex-partenaire. On peine toutefois à imaginer comment concilier cette évidence avec l'octroi d'avantages fiscaux conséquents et la création d'une obligation alimentaire et d'un devoir de respect et d'assistance...

Ni parenté ni parentalité, le lien beau-parental serait une voie nouvelle, une catégorie à construire, si tant est que cela soit réalisable. Le législateur s'est régulièrement confronté au casse-tête de la création d'un statut pour le beau-parent^[39] et a, à chaque fois, contourné l'obstacle. À l'heure où certains droits étrangers choisissent des voies plus radicales et consacrent la « pluriparenté »^[40], on peut se demander si reconnaître juridiquement la place du beau-parent n'est pas d'ores et déjà un combat d'arrière-garde. L'écho que le législateur donnera à cette initiative notariale nous le dira !

(33) V. Dejean de La Batie, entretien, Le Dauphiné libéré, 25 sept. 2025.

(34) V. Dejean de La Batie, entretien, Le Dauphiné libéré, 25 sept. 2025.

(35) V. Dejean de La Batie, entretien, Le Dauphiné libéré, 25 sept. 2025.

(36) V. Dejean de La Batie, entretien, Le Dauphiné libéré, 25 sept. 2025.

(37) Not. dans le droit de l'adoption (C. civ., art. 348-2), dans le droit des majeurs protégés (C. civ., art. 448) et dans la tutelle des mineurs (C. civ., art. 403).

(38) V. Dejean de La Batie, entretien, Le Dauphiné libéré, 25 sept. 2025.

(39) V. Défenseur des enfants, rapp. annuel, L'enfant au cœur des nouvelles parentalités, 2006 ; AN, rapp. n° 2832, 25 janv. 2006, Mission d'information sur la famille et les droits des enfants ; AJ fam. juill.-août 2007, Dossier spécial, « Familles recomposées ».

(40) Quatre provinces canadiennes ont déjà reconnu la pluriparenté. La Cour supérieure du Québec, en avril 2025, a imposé au gouvernement québécois d'adopter un régime de filiation qui ne comporterait plus la limite de deux liens de filiation ; un appel a été formé par le gouvernement.