

UNIVERSITÉ PARIS II PANTHEON – ASSAS (PARIS II)
Droit – Economie – Sciences sociales

LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

Thèse pour le Doctorat en droit privé
(Arrêté du 30 mars 1992 modifié par l'arrêté du 25 avril 2002)

présentée et soutenue publiquement
le 13 avril 2012 à 13 heures

par

Christophe VERNIERES

Directeur de thèse : Monsieur Michel GRIMALDI
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : Madame Isabelle DAURIAC
Professeur à l'Université Paris-Descartes (Paris V)

Madame Sophie GAUDEMET
Professeur à l'Université Paris-Sud (XI)

Monsieur Yves LEQUETTE
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Bernard VAREILLE
Professeur à l'Université de Limoges

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – Economie – Sciences sociales n'entend donner aucune approbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devant être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|----------------------------|---|
| <i>adde</i> | : Ajouter |
| al. | : alinéa |
| <i>APD</i> | : Archives de philosophie du droit |
| aff. | : affaire |
| art. | : article |
| Ass. | : Assemblée |
| Ass. Plén | : Assemblée Plénière |
| <i>Bull. civ.</i> | : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles |
| <i>Bull. crim.</i> | : Bulletin de la Cour de cassation, chambre criminelle |
| <i>Bull. Joly sociétés</i> | : Bulletin Joly sociétés |
| c./. | : contre |
| C. civ. | : Code civil |
| C. com. | : Code de commerce |
| CE | : arrêt du Conseil d'Etat |
| CEDH | : Cour européenne des droits de l'homme |
| Cass. avis | : avis de la Cour de cassation |
| Cass. com. | : arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation |
| Cass. ch. mixte | : arrêt de la chambre mixte de la Cour de Cassation |
| Cass. ch. réun. | : arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de Cassation. |
| Cass. req | : arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation |
| Cass. soc. | : arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation |
| Cass. civ. 1 ^{re} | : arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. civ. 2 ^e | : arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. civ. 3 ^e | : arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation |
| <i>chron.</i> | : chronique |
| coll. | : collection |
| concl. | : conclusion |
| <i>Cont. conc. conso.</i> | : Contrats concurrence consommation |
| <i>Contra</i> | : Contraire |
| Comp. | : comparer |
| <i>D.</i> | : Dalloz |
| DC | : Décision du Conseil constitutionnel |
| <i>D.H.</i> | : Dalloz hebdomadaire |
| Doctr. | : doctrine |
| <i>Dr. et patr.</i> | : Droit et patrimoine |
| <i>Dr. fam.</i> | : Droit de la famille |
| <i>Dr. fiscal</i> | : Droit fiscal |
| <i>Dr. sociétés</i> | : Droit des sociétés |
| éd. | : édition |
| et a. | : et autre(s) |
| et s. | : et suivants (es) |
| <i>GAJC</i> | : Grands arrêts de la Jurisprudence civile |
| <i>Gaz. Pal.</i> | : Gazette du Palais |
| <i>Ibid.</i> | : <i>ibidem</i> , au même endroit |
| <i>Infra</i> | : ci-dessous |
| <i>JCP éd. E.</i> | : Juris-Classeur périodique, édition entreprise |
| <i>JCP éd. G.</i> | : Juris-Classeur périodique, édition générale |
| <i>JCP éd N.</i> | : Juris-Classeur périodique, édition notariale |
| <i>JO</i> | : Journal officiel |
| <i>JCl</i> | : Juris-Classeur |
| <i>Journ. Not.</i> | : Journal des notaires et des avocats |
| L. | : Loi |
| LGDJ | : Librairie générale de droit et de jurisprudence |

| | |
|-------------------------------|--|
| lég. | : législation |
| <i>Loc. cit.</i> | : <i>loco citato</i> , passage précité d'un article ou d'un ouvrage |
| <i>Op. cit.</i> | : <i>opere citato</i> , cité précédemment |
| Ord. | : Ordonnance |
| p. ex. | : par exemple |
| préc. | : précité |
| PUAM | : Presses universitaires d'Aix-Marseille |
| PUF | : Presses universitaires de France |
| RCDIP | : Revue critique de droit international privé |
| RDC | : Revue des contrats |
| RDI | : Revue de droit immobilier |
| RDP | : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger |
| RIDC | : Revue internationale de droit comparé |
| RJF | : Revue de jurisprudence fiscale |
| RRJ | : Revue de recherche juridique et de droit prospectif |
| RTD <i>civ.</i> | : Revue trimestrielle de droit civil |
| RTD <i>com.</i> | : Revue trimestrielle de droit commercial |
| <i>rappr.</i> | : rapprocher |
| <i>Rec. Lebon</i> | : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon) |
| rééd. | : réédition |
| Rép. Min. | : Réponse ministérielle |
| <i>Rev. dr. banc. et fin.</i> | : Revue de droit bancaire et financier |
| <i>Rev. hist. dr.</i> | : Revue historique du droit français et étranger |
| <i>Rev. lamy conc.</i> | : Revue lamy de la concurrence |
| RLDC | : Revue lamy droit civil |
| RLDA | : Revue lamy droit des affaires |
| <i>Rev. sociétés</i> | : Revue des sociétés |
| S. | : Recueil Sirey |
| somm. comm. | : sommaires commentés |
| spéc. | : spécialement |
| ss. direct. | : sous la direction |
| <i>supra</i> | : plus haut, précédemment |
| T. com. | : Tribunal de commerce |
| TGI | : Tribunal de grande instance |
| trad. | : traduction |
| Univ. sc. soc. | : Université des sciences sociales |
| V ^o | : verbo, mot |
| v. | : voir |

SOMMAIRE

PARTIE I – L'IDENTIFICATION DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

TITRE I – LA STRUCTURE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

Chapitre I – L'économie des libéralités à trois personnes

Chapitre II – Les techniques de réalisation des libéralités à trois personnes

TITRE II – LA SITUATION DE L'INTERMEDIAIRE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

Chapitre I – Les prérogatives de l'intermédiaire

Chapitre II – Le titre d'acquisition de l'intermédiaire

PARTIE II – LA DUALITE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

TITRE I – LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES REALISANT UNE DOUBLE LIBERALITE

Chapitre I – La typologie des doubles libéralités

Chapitre II – Le régime juridique des doubles libéralités

TITRE II – LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES REALISANT UNE SEULE LIBERALITE

Chapitre I – L'intermédiaire-propriétaire

Chapitre II – L'intermédiaire-représentant

A Stéphane, Jules et Gabriel

Introduction

1. Le chiffre trois. « *Vous trouverez ce nombre trois en toute chose humaine, il domine les religions, les sciences et les lois* »¹, rapportait Balzac qui a sans doute mieux que quiconque décrit l'univers du droit dans ses romans². L'auteur soulignait ainsi l'importance du chiffre trois dans le droit. Ce chiffre est en effet au fondement même des institutions politiques, lesquelles s'ordonnent autour de trois organes, pour que les pouvoirs des uns limitent les pouvoirs des autres³. C'est encore autour d'un triptyque, composé cette fois de deux personnes aux intérêts opposés et d'un tiers, d'un troisième personnage « *supérieur et impartial* »⁴, censé les départager que le droit, par la voix du juge, pourrait être identifié selon le critère de la « *justiciabilité* » cher au doyen Carbonnier.

Sous cet aspect, le chiffre trois se présente comme un chiffre clé, l'un des « *nombre sacrés* »⁵ de la science juridique. Mais trois n'est pas seulement un chiffre de base pour le droit, il est aussi le chiffre des rapports juridiques complexes, celui des situations juridiques à trois personnes. René Rodière l'avait particulièrement bien exprimé, relevant qu'à partir de trois, les difficultés juridiques se multiplient. Selon un phrase devenue célèbre, l'éminent auteur soulignait que « *dès qu'un troisième personnage apparaît dans une situation juridique, les difficultés se multiplient. Passer de deux à trois ce n'est pas, comme en arithmétique, multiplier par 1,5 ; c'est décupler les difficultés* »⁶.

2. Libéralités et trois personnes. – Le chiffre trois pourrait-il avoir une importance en droit des libéralités ? A la lecture de l'article 893 du Code civil, on n'en jurerait pas : « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament* ». Point de relation

¹ H. de Balzac, *La recherche de l'absolu*, Folio, 1976, p. 114.

² Ainsi, et parmi d'autres romans, soulignons que le droit des successions et l'univers notarial est particulièrement bien décrit dans *Le Colonel Chabert*, que le droit des régimes matrimoniaux est illustré dans *Eugénie Grandet* ou encore que *La peau de chagrin* rend compte de différents instruments du droit commercial. Devant ces rapprochements, un colloque a été organisé à la Maison de Balzac à Paris, le 16 juin 2011, intitulé Balzac, romancier du droit ?

³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI.

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, PUF, Quadrige, 2004, n° 17, p. 41. Voir sur cette théorie, A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard.

⁵ P.-Y. Gautier, « Les nombres sacrés », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 163, spéc. p. 164.

⁶ R. Rodière, préface à la thèse de A. Utudjian, *La location de véhicules pour le transfert routier de marchandises*, Librairies techniques, 1964, p. 6.

à trois mais une relation bilatérale qui unit le donateur ou le testateur à un gratifié. Que désigne-t-on alors sous l'expression de « libéralité à trois personnes » ? Quelle peut-être la spécificité de cette opération par rapport à une « libéralité à deux personnes » ?

Suivant une première approche, serait une libéralité à trois personnes celle à laquelle participent trois personnes. La présence de deux disposants et d'un gratifié ou, inversement, d'un disposant et de deux gratifiés suffirait à constituer une libéralité à trois personnes. D'évidence, cette conception ne saurait être retenue. Ce n'est pas parce que plusieurs individus partagent la même qualité que l'opération se singularise par rapport à une « libéralité à deux personnes ». Tout au plus pourrait-on dire qu'il s'agit là d'une libéralité « multilatérale »¹, en ce sens qu'il y a une cotitularité quant à la qualité de disposant ou à celle de gratifié.

Aussi bien pourrait-on plus sérieusement considérer que les libéralités à trois personnes sont des opérations juridiques triangulaires générant une libéralité. Dans la thèse de doctorat qu'il lui a consacrée, M. Larroumet a défini l'opération juridique à trois personnes comme « *la convention qui, soit conclue entre trois personnes, soit conclue entre deux personnes agissant en leur propre nom, a pour effet d'entraîner la création, soit d'un lien de droit entre deux des trois participants ou entre un des deux participants et la personne qui n'a pas participé à la conclusion de l'opération, soit d'un double rapport de droit entre l'un des trois participants et les deux autres, chacun étant alors titulaire d'un rapport différent et indépendant de l'autre, ou entre les deux participants, d'une part, et l'un des participants et la personne qui n'a pas participé à la conclusion de l'opération, d'autre part* »². Autrement dit, l'opération juridique triangulaire procède d'une

¹ Le terme est emprunté à M. Larroumet qui définit « *le contrat multilatéral* » est comme « *celui qui, intervenant entre trois parties au moins, a pour effet de les placer, soit toutes les trois dans une situation juridique dérivant du contrat, qui leur est commune, avec notamment les mêmes droits et les mêmes obligations, comme dans la société ou le partage, soit deux d'entre elles dans une situation juridique commune envers la troisième, comme dans la vente d'un bien indivis par deux co-indivisaires* » (in *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Bordeaux, 1968, n°3, p. 3). Voir également du même auteur, *Droit civil*, t. III, *Les obligations – Le contrat*, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n°76 p. 67.

² Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, préc., n°11 p. 22 ; du même auteur, *Les obligations – Le contrat*, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, préc., n°78 et s., p. 68 et s. Cette définition a été adoptée par d'autres auteurs. C'est ainsi que M. François, dans sa thèse consacrée aux opérations juridiques triangulaires attributives, les définit comme les « *opérations contractuelles [qui] mettent en cause trois personnes, chacune d'entre elles étant appelée à se trouver placée, par rapport aux deux autres, dans une situation différente de la leur* » (in *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui, délégation de créances)*, thèse Paris II, 1994, n°1, p. 4). De même, M. Lachièze, dans sa thèse consacrée à l'étude du régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes, entend l'opération juridique à trois personnes comme « *une convention ayant pour effet de substituer une personne à une autre dans une relation juridique bilatérale, par le transfert du lien de droit existant ou par la formation d'un lien de droit nouveau* » (in *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, préf. J. Hauser, coll. Doctorat et Notariat, Ed. La Mouette, 2002, n°6 p. 7). Mais d'autres auteurs ont retenu une acception plus large de l'expression. M^{me} Legros, dans sa thèse relative à l'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes, comprend celles-ci comme « *toute situation juridique mettant en cause trois personnes et qui crée des rapports juridiques distincts entre ces trois personnes* » (in *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Rouen, 1999, n°5 p. 7). De leur côté, M.M. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck considèrent que « *l'expression d' "opération juridique à trois personnes" désigne des situations dans lesquelles un rapport de droit se noue entre trois personnes au moins ; ce qui est fréquent et appelle une distinction. Ou bien l'opération est dès l'origine à trois personnes, le contrat impliquant la participation de plusieurs acteurs dont le rôle est spécifique ; ainsi, le transport de marchandises met en relations l'expéditeur, le transporteur et le destinataire ; le cocontrat unit l'une des parties à plusieurs autres ; la stipulation pour autrui tisse des liens entre promettant, stipulant et tiers bénéficiaire ; de même, la solidarité active ou passive. Ou bien, un rapport juridique bilatéral fait l'objet d'une opération à trois personnes au cours de son existence : l'une des parties a recours à un tiers pour le charger*

convention unique, exclusive de toute représentation, qui a pour effet d'entraîner un enchevêtrement des relations juridiques entre les trois intéressés. Ainsi comprises, les libéralités à trois personnes seraient d'une grande variété, car toutes les opérations triangulaires peuvent pratiquement réaliser une libéralité. On songe naturellement à la stipulation pour autrui, l'article 1121 du Code civil admettant expressément la possibilité de stipuler au profit d'un tiers « *lorsque telle est la condition [...] d'une donation que l'on fait à un autre* ». On songe également à la cession de créance, laquelle peut évidemment être consentie à titre gratuit. Semblablement, la délégation peut être la source d'une libéralité du délégant envers le délégataire, par le biais de l'engagement obtenu du tiers délégué¹. De même, les mécanismes cambiaires peuvent être l'instrument d'une libéralité : par exemple, en émettant une lettre de change, le tireur peut donner l'ordre à son débiteur, le tiré, de s'engager au profit d'un bénéficiaire, qui se retrouve ainsi donataire². De même encore, si l'on adopte une compréhension *lato sensu* des opérations triangulaires, l'opération de cautionnement réalise une libéralité, lorsque la caution paie la dette du débiteur alors qu'il a renoncé à son recours subrogatoire³.

Pour autant, si la notion d'opération juridique triangulaire est précieuse en droit des obligations, en ce qu'elle met en relief l'enchevêtrement de relations juridiques entre les trois personnes, elle s'avère nettement moins intéressante en droit des libéralités. Car, en notre matière, il importe peu de savoir qui est créancier et qui est débiteur. Ce qui est essentiel, c'est de déceler l'existence d'une libéralité et de déterminer les règles applicables. Et, de ce point de vue, on ne perçoit guère la singularité d'une libéralité procédant d'une opération triangulaire par rapport à une libéralité classique, c'est-à-dire une libéralité résultant d'un rapport bilatéral. Mise à part la

d'exécuter tout ou partie de son obligation (sous-contrat, délégation, reprise de dette...) ; ou bien, elle transmet à un tiers son droit (cession de créance) ou même l'ensemble de sa position contractuelle (cession de contrat). Le rapport principal demeure bilatéral ; mais un autre rapport se greffe sur lui, de sorte que l'obligation produit désormais des effets sur trois personnes, ou davantage. Dans le premier cas, l'obligation est née de trois personnes. Dans le second cas, elle devient, au cours de son existence, l'objet d'une relation triangulaire » (Les obligations, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°1385 p. 735).

¹ Cass. req., 19 déc. 1923, S. 1924. 1. 111 ; RTD civ. 1925. 122, obs. R. Demogue. Sur cette hypothèse voir A Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse Dijon, Sirey, 1946, p. 162 et s. ; M. Billiau, *La délégation de créance*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1989, n°17, p. 25 ; J. François, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui, délégation de créances)*, préc., n°210, p. 156 ; R. Libchaber, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000. 1409 et s., spéc. n°13. Adde F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°1445, p. 1423.

² Cass. civ., 29 déc. 1890, S. 1894. 1. 442.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1982, *Bull. civ. I*, n°173 ; D. 1983. 320, note J. Mestre ; JCP 1983. II. 20060, note C. Aubertin ; *Defrénois* 1983. 394, obs. J.-L. Aubert ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1987, *Bull. civ. I*, n°297, D. 1988. Somm. 275, obs. L. Aynès ; *Defrénois* 1988, art. 34275, n°63, obs. L. Aynès ; *ibid.* 1251, obs. G. Champenois ; Paris, 15 févr. 1985, *DS* 1987. somm. 120, obs. D. Martin ; Bordeaux, 26 févr. 2002, *JCP* 2002. I. 162, n°1, obs. Ph. Simler ; *Dr. fam.* 2003. comm. 17, note B. Beignier ; RTD civ. 2003. 64, obs. J. Hauser ; Dijon, 28 mai 2002, *Dr. fam.* 2003. comm. 16, note B. Beignier. Sur l'ensemble de la question voir notamment J.-F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1989, n°232 et s. ; p. 136 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n°228, p. 90 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Litec, 2010, n°58 et s., p. 50 et s. ; Ph. Simler, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, 4^{ème} éd., Litec, 2008, n°58 et s., p. 67 et s. ; F.-X. Testu, « Le cautionnement-libéralité », *JCP* 1989. I. 3377.

libéralité faite par le vecteur de la stipulation pour autrui, il n'est en effet pas de l'essence même de ces libéralités de mettre en scène trois personnes. La présence de la troisième personne, celle qui n'est ni disposant ni gratifiée, est seulement contingente ; elle n'exerce aucune influence sur l'économie propre de la libéralité. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que la libéralité aurait pu tout aussi bien être consentie sans son intervention : le disposant aurait pu donner directement les deniers au gratifié plutôt que de payer sa dette, lui céder une créance ou encore demander à son débiteur de s'engager à payer le gratifié. Dans ces hypothèses, on le voit, le troisième personnage de l'opération ne joue qu'un rôle passif à la réalisation de la libéralité. Et ce serait à peine forcer le trait que de dire qu'il est plus l'objet de la libéralité que l'un de ses sujets. Ne dira-t-on pas d'ailleurs que le débiteur cédé est le débiteur donné au gratifié ?

Aussi bien ne saurait-on parler de libéralité à trois personnes du seul fait que trois personnes interviennent dans la réalisation de l'opération.

3. Libéralités à trois personnes. – En effet, l'originalité de la libéralité à trois personnes ne tient pas à la participation de trois personnes à une opération, qu'elle soit triangulaire ou non. Ce qui la singularise, c'est qu'il est de l'essence même de la libéralité de réunir les trois personnes. Autrement dit, il faut que l'intervention de la troisième personne soit, non pas contingente, mais consubstantielle à la libéralité. Le troisième individu va donc jouer un rôle prépondérant dans l'économie propre de la libéralité, en ce qu'il va être le trait d'union nécessaire entre le disposant et le gratifié. Plus précisément, pivot de l'opération, il est celui par lequel l'objet de la libéralité chemine du disposant au gratifié.

Là gît la spécificité de l'opération : la libéralité à trois personnes est celle qui procède du concours d'un *intermédiaire de transmission*¹. Au fond, à l'image du droit intermédiaire², qui fut une

¹ Ainsi que l'enseigne l'étymologie, le vocable « intermédiaire » dérive du latin *inter* (entre) *medius* (milieu). Est intermédiaire, « ce qui est placé entre deux termes, qui occupe une situation moyenne ; ce qui établit un lien, une jonction » (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. I : A-M, 5^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 1999, V^o Intermédiaire) ; c'est la « personne qui intervient entre deux autres pour leur servir de lien, pour les mettre en rapport » (*Grand Larousse de la langue française*, éd. Larousse, 1971, V^o Intermédiaire).

² L'histoire du droit français oppose en effet deux périodes, l'une forgée par le temps, principalement au gré des coutumes, c'est l'Ancien droit, l'autre brève, c'est le droit intermédiaire, qui en l'espace de cinq ans de 1789 à 1804 a établi de nombreux principes dits révolutionnaires. Et, soucieux de faire œuvre de transaction, les rédacteurs du Code civil ont tenté de concilier les traditions opposées de l'Ancien régime avec l'héritage révolutionnaire. Surtout, il est remarquable de constater que l'époque révolutionnaire a constitué une période nécessaire à la préparation du Code civil. Comme l'a décrit de manière pénétrante le doyen Carbonnier, « on trouve dans le Code civil une matière venue de l'Ancien Droit, toute une masse de dispositions empruntées au droit romain ou aux coutumes, il y a toujours dans un droit civil, des habitudes et des techniques qui ne se réinventent pas chaque fois qu'une nation change de régime politique. Mais il faut voir d'où vient le souffle, l'esprit, qui anime la matière, c'est de la Révolution. Le Code civil tient de là les traits essentiels de son idéologie » (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, préc., spéc. n^o 74, p. 124). Autrement dit, le droit intermédiaire, loin d'être une simple « parenthèse » a été « une étape [...] essentielle de l'évolution » (J-Ph. Levy, « La Révolution française et le droit civil », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 87 et s., spéc. p. 105). *Addé*, sur le droit intermédiaire, voir J. Poumarède, « La législation successorale de la Révolution entre l'idéologie et la pratique », in *La famille, la loi, l'Etat : de la Révolution au Code civil*, Actes du séminaire organisé par le

période charnière de l'évolution de notre droit, un lien essentiel entre l'Ancien droit et le Code civil, l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes assure le passage de l'objet de la libéralité du disposant au bénéficiaire. Pour le dire autrement, il est la cheville ouvrière de l'opération libérale.

4. Besoins pratiques. – A cet égard, l'intervention d'un intermédiaire de transmission répond à des besoins pratiques évidents. Il en est ainsi lorsque le disposant souhaite différer l'entrée en jouissance du gratifié. Il est en effet presque naturel que le gratifiant s'intéresse à l'utilisation que le gratifié fera des biens donnés ou légués. Et cet intérêt devient une véritable inquiétude lorsque le gratifié se montre prodigue ou inexpérimenté. Aussi, afin de parer les éventuelles imprudences de celui-ci, le disposant peut-il solliciter le concours d'une troisième personne, laquelle aura, pendant un temps, la maîtrise des biens de la libéralité. Semblablement, le disposant peut vouloir que le gratifié ne perçoive pas un capital, mais des revenus, sous la forme d'une rente. Ici encore, les biens seront confiés à un troisième individu, et c'est grâce à la gestion de celui-ci que le gratifié percevra la rente.

Dans une autre optique, le disposant peut ambitionner de fixer la destination de ses biens, en prolongeant au-delà de sa mort sa « *juridiction de propriétaire* »¹. Cette « *petite immortalité* »² peut être orchestrée de différentes manières : soit en organisant une transmission successive des biens à deux individus appelés à jouir l'un à après l'autre des biens de la libéralité, le premier devant, pendant sa jouissance, tenir compte de la vocation certaine ou éventuelle du second ; soit en procédant à une affectation perpétuelle par le biais d'une transmission des biens à une personne morale œuvrant au profit d'une cause d'intérêt général qui lui est chère.

5. Les termes d'une définition. – De là s'évincent les termes d'une définition de la libéralité à trois personnes. Si le disposant s'adresse à un intermédiaire, c'est aux fins tout à la fois qu'il ait la *maîtrise* des biens de la libéralité et qu'il en *favorise* la transmission future au gratifié. Par les mots « maîtrise » et « favoriser », qui de prime abord peuvent apparaître assez vagues, on veut insister sur le fait que le rôle de l'intermédiaire n'est pas figé dans un cadre restreint. En investissant l'intermédiaire de la maîtrise des biens de la libéralité, le disposant peut ainsi lui conférer des prérogatives juridiques plus ou moins étendues, allant de simples pouvoirs d'un détenteur précaire jusqu'à ceux d'un propriétaire. Semblablement, en lui demandant de favoriser la transmission des biens au gratifié, le disposant peut lui laisser une plus ou moins grande liberté

Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson et la cellule Histoire et société du Centre Georges Pompidou, textes réunis par I. Théry et Ch. Biet, introduction J. Carbonnier, éd. Imp. nat., 1989, p. 167 et s. ; X. Martin, « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », *RTD. civ.* 2006, p. 239.

¹ R.-Th. Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. I, 3^{ème} éd., 1872, préface, p. 2.

² Ph. Rémy, note sous TGI Paris, 9 nov. 1981, *JCP* 1983. II. 20071.

d'action, en ce sens que l'intensité de la contrainte peut aller d'une véritable obligation jusqu'à un simple devoir moral.

De ces variations, il résulte trois séries de conséquences : d'abord, l'intermédiaire peut être contraint à transmettre soit les mêmes biens, soit d'autres biens qui en sont la représentation, soit encore simplement la richesse représentative de ceux-ci ; ensuite, son statut peut alterner entre celui de gratifié, celui de prestataire de services ou celui d'acquéreur à titre onéreux ; enfin, la vocation du gratifié final à bénéficier des biens de la libéralité peut être certaine ou éventuelle.

Sous le bénéfice de ces précisions, on peut définir la libéralité à trois personnes comme *l'acte juridique en vertu duquel Primus – le disposant – confère, à titre gratuit ou à titre onéreux, à Secundus – l'intermédiaire – des prérogatives juridiques sur un bien, celles-ci étant limitées par une série de charges ou de devoirs dont l'objet est de favoriser la transmission de ce bien, ou d'un autre bien qui en sera la représentation, ou encore de la richesse représentative de celui-ci, à Tertius – le bénéficiaire final.*

6. Diversité des libéralités à trois personnes. – Partant, de nombreuses opérations, mettant en scène trois personnes, confèrent à l'intermédiaire un rôle de pivot dans le processus libéral.

Certaines sont des figures très anciennes du droit des libéralités. L'on songe aux libéralités reposant sur des techniques connues du droit des biens et du droit des obligations. Tel est le cas de la *double libéralité en usufruit et en nue-propriété* qui, reposant sur le démembrement de la propriété, organise la jouissance successive des biens, l'usufruitier pouvant en jouir pendant la durée de son droit à charge pour lui de tenir compte des intérêts du nu-propriétaire, lequel pourra entrer en jouissance à l'extinction de l'usufruit¹. Tel est également le cas des libéralités recourant aux techniques de la charge et de la condition, qui constituent l'une et l'autre des modalités de l'acte juridique. Lorsque la charge est stipulée dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire, comme le permet l'article 1121 du Code civil, la *libéralité avec charge* apparaît ainsi comme une libéralité à trois personnes, le premier gratifié, qui peut être une personne physique ou une personne morale, jouant alors le rôle d'intermédiaire de la libéralité que le disposant consent au bénéficiaire de la charge². Procédant également du mécanisme de la stipulation pour autrui, l'*attribution à titre gratuit*

¹ C. civ., art. 899. Voir J. Carbonnier, « Distinction de la substitution prohibée et du double legs en usufruit et nue-propriété », *Deffrénois* 1946, art. 26421 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n°501, p. 326 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n°660, p. 493 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1997, n°576, p. 465 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, 5^{ème} éd., Montchrestien, 1999, n°1437, p. 628 ; M. Grimaldi, *Successions*, 6^{ème} éd., Litec, 2001, n°378, p. 378 ; Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, 4^{ème} éd., Deffrénois, 2010, n°790, p. 381.

² Voir parmi d'autres H. Simmonet, « Le legs avec charge, catégorie juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 128 et s. ; R. Cassin, *Des libéralités avec charge et des fondations en droit français*, DES de droit privé, 1938-1939, les Cours de droit ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*,

du bénéfice d'une assurance sur la vie réalise une libéralité à trois personnes : le souscripteur-assuré verse une somme d'argent à l'assureur lequel, en tant qu'intermédiaire, va gérer les fonds et remettre le capital assuré au tiers bénéficiaire si le contrat se dénoue par le décès du souscripteur-assuré¹. Dans un ordre voisin, la *double libéralité conditionnelle*, encore dénommée libéralité alternative, permet de gratifier deux personnes sous une condition inverse². Dans ce cas, si l'évènement érigé en condition se réalise, c'est bien par l'entremise du gratifié sous condition résolutoire que les biens parviennent au gratifié sous condition suspensive. Faisant appel cette fois à l'obligation naturelle, la *libéralité précativ*e, que l'on trouve plus volontiers dans le cadre des dispositions à cause de mort, réalise une libéralité à trois personnes en ce sens que le gratifiant dispose de ses biens au profit de l'intermédiaire en exprimant le souhait que celui-ci les transmette à son décès à un troisième individu³. Outre les modalités de l'obligation, le disposant peut prendre appui sur la technique de la représentation. On songe naturellement au mandat de droit commun, en vertu duquel le disposant peut confier à un mandataire des pouvoirs de gestion sur les biens pour le compte du gratifié. On songe encore aux cas classiques de représentation du droit des libéralités : *l'administration des biens donnés ou légués au mineur*, qui, depuis 1910, permet au disposant qui gratifie un mineur de soustraire les biens de la libéralité à l'administration légale de ses parents pour en confier la gestion à un tiers dont il définit les pouvoirs⁴ ; *l'exécution testamentaire*

préf. G. Marty, Sirey, 1947 ; ; H. Souleau, *L'acte de fondation en droit privé*, thèse Paris, 1969 ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Deffrénois* 1954, art. 27291, p. 257 et s.

¹ Voir notamment A. Wahl, « L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses », *RTD civ.* 1902. 24 et s. ; L. Balleydier et H. Capitant, « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence », in *Livre du centenaire du Code civil*, 1904, p. 517 et s. ; H. Simonnet, *L'assurance sur la vie au profit de tiers d'après la jurisprudence civile et la loi du 13 juillet 1930*, thèse Nancy, 1932 ; Th. Milcamps et F. Berdot, « Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités », in *Etudes offertes à A. Besson*, LGDJ, 1976, p. 235 et s. ; H. Le Roy, *L'assurance et le droit pécuniaire de la famille*, avant-propos P. Esteva, préf. D. Martin, LGDJ, 1985 ; V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. Héron, LGDJ, 1996 ; C. Béguin, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 2011 ; M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841 ; du même auteur, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, art. 37726 ; F. Sauvage, « L'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *RGDA* 1997. 13 ; H. Lécuyer, « Assurance vie, libéralité et droit des successions », *Dr. famille* 1998. chron. 7.

² A. Tissier, « Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées », *RTD civ.* 1903. 743 ; P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, thèse Rennes, 1931 ; L. Bélanger, *La condition de survie et l'acte juridique*, avant-propos J.-P. Laborde, préf. Ph. Delmas Saint-Hilaire, LGDJ, 2007, n°356 et s., p. 247 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, n°502, p. 327 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les successions et les libéralités*, préc., n°661, p. 493 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°576, p. 466 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1438, p. 628 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, n°366, p. 366 et s. ; Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°794, p. 381.

³ J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, n°498, p. 324 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les successions et les libéralités*, préc., n°658, p. 492 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°575, p. 464 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1434, p. 626 ; M. Grimaldi, *Successions*, n°372, p. 374 et s. ; Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°793, p. 381.

⁴ Voir notamment D. Boulanger, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion et de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP éd. N* 1994. 363 ; J. Hauser, « L'administration aux biens légués ou donnés », *Deffrénois* 2009. 25.

qui, prenant ses racines dans le droit médiéval, permet au testateur de désigner une personne de confiance, l'exécuteur, aux fins d'assurer la bonne exécution de ses dernières volontés¹.

Plus récemment, s'inspirant notamment de l'*Offre de loi* rédigée par le doyen Carbonnier, Pierre Catala, Jean de Saint Affrique et Georges Morin², la loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités³, est venue renouveler le droit des libéralités à trois personnes⁴.

En atteste l'accroissement des pouvoirs susceptibles d'être conférés à l'exécuteur testamentaire⁵.

En témoigne également la reviviscence des substitutions fidéicommissaires, désormais dénommées *libéralités graduelles*. Hier prohibées ailleurs qu'en lignes descendante et collatérale privilégiée, elles sont aujourd'hui toutes permises. Dans le même ordre d'idées, la réforme dote le

¹ R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, thèse Lyon, 1901 ; C. Mantel, *Des exécuteurs testamentaires*, thèse Paris, 1901 ; J.-F. Thery, *Des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire*, thèse Paris, 1905 ; G. Monier, *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire suivant le Code civil et dans la jurisprudence*, thèse Paris, 1927 ; F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, Defrénois, Doctorat & Notariat, 2004, avant-propos M. Grimaldi, préf. B. Beignier.

² J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités – Une offre de loi*, préf. J. Carbonnier, Defrénois, 2003.

³ Est ainsi mis à fin à une longue attente, durant laquelle la réforme fut plusieurs fois annoncée et chaque fois abandonnée (Projet de loi n°511, AN, présenté par P. Arpaillange le 21 décembre 1988 ; projet de loi n°2530, AN, présenté par M. Sapin le 23 décembre 1991 ; projet de loi n°1941, AN, présenté par P. Méhaignerie le 8 février 1995 ; proposition de loi n°309, Sénat, présentée par J.-J. Hyest et N. About le 22 mai 2002).

Sans doute, dès la loi du 3 décembre 2001, la voie avait-elle été initiée, mais cette loi s'était attachée principalement à rénover la dévolution successorale, en accordant au conjoint une exceptionnelle promotion et à l'enfant naturel un statut d'égalité parfaite avec les autres enfants. Sur cette loi, voir F. Bellivier et J. Rochfeld, « Droit successoral – Conjoint survivant – Enfant adultérin », *chron. lég. RTD civ.* 2002. 156 ; S. Piedelièvre, « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002. doctr. 576 ; Y. Flour, « La loi du 3 décembre 2001 : présentation », *Gaz. Pal.* 2002. doctr. 1412 ; B. Beignier, « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques : Le droit des successions, entre Droits de l'Homme et droit civil », *Dr. fam.* 2001. étude 4. ; du même auteur, « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002 », *Dr. et patrimoine* mai 2003. 83 ; M. Grimaldi, « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ fam.* 2002. 48.

Pour une présentation générale de la loi du 23 juin 2006, voir notamment P. Catala, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006. étude 43 ; du même auteur, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP éd. N* 2007. 1206 ; M. Grimaldi, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006. 2551 ; S. Piedelièvre et F. Guerschon, « La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006 », *Gaz. Pal.* 2006. doctr. 2421 ; A.-M. Leroyer, « Réforme des successions et des libéralités », *chron. lég. RTD civ.* 2006. 612 ; Ph. Malaurie, « La réforme des successions et des libéralités », *Defrénois* 2006. 1719 ; N. Peterka, « Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Gaz. Pal.* 8-9 nov. 2006, p.4 et s. ; M. Nicod, « Le nouveau droit des libéralités : une modernisation en douceur », *AJ fam.* 2006. 346 ; R. Le Guidec, « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique », *JCP* 2006. I. 160.

⁴ Parmi les innovations importantes de la loi du 23 juin 2006, l'on doit mentionner la consécration de la donation-partage transgénérationnelle, laquelle permet à un ascendant de gratifier par donation-partage ses petits-enfants plutôt que ses enfants. Pour ce faire, les enfants doivent consentir dans l'acte de donation-partage à ce que leurs propres descendants soient allotis en leur lieu et place (C. civ., art. 1078-4, al. 1^{er}). On ne saurait voir dans cette nouvelle institution une libéralité à trois personnes. Certes, trois individus participent à l'opération ; mais la génération « intermédiaire » (les enfants du disposant) consent à l'acte pour « s'effacer » au profit de la génération suivante (les petits-enfants). Sur la donation-partage transgénérationnelle, voir M. Grimaldi, « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP éd. N* 2006. 1320 ; R. Le Guidec, « Les libéralités-partages », *D.* 2006. 2584 ; du même auteur, « La donation-partage transgénérationnelle : pour une nouvelle solidarité familiale », *RLDC* nov. 2006. 42.

⁵ A. Chamoulaud-Trapiers, « Les exécuteurs testamentaires », *D.* 2006. 2577 ; F. Letellier, « La réforme de l'exécution testamentaire, A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006. étude 47 ; S. Mazeaud-Levener, « L'exécuteur testamentaire », *Dr. et patrimoine* sept. 2007. 58.

legs *de residuo*, en même temps que la donation *de residuo*, d'un corps de règles rassemblées sous un même nom : les *libéralités résiduelles*. A l'instar de la libéralité graduelle, la libéralité résiduelle permet au disposant de donner ou léguer des biens à deux gratifiés qui en jouiront successivement, le second à la mort du premier ; mais elle s'en distingue par l'intensité des obligations imposées au premier gratifié : si la libéralité graduelle prescrit au premier gratifié la double charge de conserver les biens et de les transmettre, à sa mort, au second gratifié, la libéralité résiduelle ne lui ordonne de transmettre au second gratifié que le résidu, c'est-à-dire les seuls biens de la libéralité qu'il laissera à sa mort¹.

Enfin, l'on doit à la réforme du 23 juin 2006 un dernier instrument susceptible de réaliser une libéralité à trois personnes. Il s'agit de la figure inédite du *mandat à effet posthume*, d'après lequel un tiers mandataire, désigné par le *de cuius*, va gérer tout ou partie des biens successoraux pour le compte et dans l'intérêt de tous les héritiers ou de certains d'entre eux². Innovation remarquable, en ce qu'il déroge au principe de la saisine successorale, le mandat à effet posthume peut naturellement être associé à une libéralité à cause de mort et permettre ainsi au disposant de léguer ses biens à un gratifié tout en s'assurant que ceux-ci seront gérés, pendant un certain temps, par un intermédiaire, le mandataire posthume.

7. Paradoxes du droit positif. – C'est dire que sous l'action conjuguée d'institutions anciennes et nouvelles, le droit des libéralités connaît plusieurs types de libéralités à trois personnes. Ce mélange d'innovations et de retours à un lointain passé est-il d'une parfaite cohérence ?

¹ N. Peterka, « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.* 2006. 2580 ; Ph. Malaurie, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Deffrénois* 2006. 1801 ; M. Clermon et P. Cenac, « Libéralités graduelles et résiduelles », *JCP éd. N* 2006. 1304 ; M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP éd. N* 2006. 1387 ; M. Nicod, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil », *Dr. fam.* 2006. étude 45 ; B. Savouré, « Les nouvelles donations : place aux libéralités graduelles et résiduelles », *Rev. Lamy dr. civ.* 2006. 2342 ; G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. et patrimoine* mars 2007. 74 ; N. Levillain, « Donation graduelle et abandon anticipé de l'usufruit » (formule), *Dr. fam.* nov. 2006. 50 ; J.-F. Sagaut, « Les donations graduelles et résiduelles (C. civ., art. 1048 à 1061), formules commentées », *JCP éd. N* 2006. 1388 ; M. Nicod, *JCl. Civil code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10 et 20, 2007 ; Art. 1057 à 1061, fasc. 10, 2009.

² C. Brenner, « La gestion de la succession », *D.* 2006. 2559, spéc. 2561 ; P. Catala, « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *Les Petites Aff.* 28 juin 2007, p. 3, spéc. n° 10 ; L. Chambaz, « Le mandat posthume, le trust et la fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* déc. 2006. 2339 ; A. Delfosse et J.-F. Peniguel, « Le mandat posthume », *JCP éd. N* 2006. 1371 ; J.-C. Gourgues, « Le mandat posthume ou le trust à la française », *Dr. sociétés* 2007. Alerte 34 ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, art. 38509 ; du même auteur, « Préciser le nouveau dispositif de mandat posthume », in *Quatre-vingts ans de la Semaine Juridique*, LexisNexis, 2007, p. 37 ; E. Mallet, « Mandat à effet posthume. Formule », *JCP éd. N* 2006. 1372 ; J.-F. Sagaut, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Dr. et patrimoine* sept. 2007. 62 ; L. Taudin, « Formules de mandat posthume », *Rev. Lamy dr. civ. déc.* 2006. 2344 ; B. Vareille, « Le mandat à effet posthume », *Les Petites Aff.* 28 juin 2007, p. 16 ; G. Wicker, *JCl. Civil code*, Art. 812 à 812-7, 2008.

Sans doute un tel foisonnement d'instruments juridiques peut-il s'analyser comme le signe d'un droit performant, d'un droit raffiné saisissant les situations les plus spéciales, d'un droit s'adaptant au renouvellement des besoins sociaux. Tout cela est bien connu : du lien étroit entre le juridique et le social, il résulte que si le champ social se complexifie, le droit, par ricochet, devient lui aussi plus complexe¹. Montesquieu l'avait du reste déjà mis en lumière en soulignant qu'un code de lois plus étendu est nécessaire pour un peuple qui s'attache au commerce et à la mer qu'à celui qui se contente de cultiver ses terres². Portalis soulignait également l'évidence de cette connexion entre le droit et le social dans son Discours préliminaire : « *un grand Etat comme la France qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industries, ne saurait comporter des lois aussi simples que celle d'une société pauvre ou plus réduite* »³. Telle serait donc la justification des diverses manifestations des libéralités à trois personnes : sous couvert d'une technicité minutieuse et détaillée, chacune d'entre elles répondrait aux attentes de notre vie moderne.

Il reste que la multiplication des libéralités à trois personnes peut confiner à la confusion, alors même que chacune connaît un régime juridique qui lui est propre. Qui voudrait distinguer une libéralité graduelle d'une double libéralité conditionnelle ou d'une double libéralité en usufruit et en nue-propriété serait bien en peine de le faire à la seule lecture des articles du Code civil qui réglementent de chacune d'elles. Celui qui veut léguer ses biens à ses enfants mineurs tout en confiant la gestion à un tiers administrateur peut-il aisément saisir les différences juridiques qui existent entre l'administrateur aux biens légués, le mandataire à effet posthume et l'exécuteur testamentaire ?

Le législateur entretient du reste la confusion entre les différentes libéralités à trois personnes, en refusant de consacrer la « *fiducie-libéralité* »⁴ au motif qu'il existerait d'autres instruments susceptibles d'assurer la même fonction. Ainsi, dans l'exposé des motifs de la loi du 23 juin 2006,

¹ Voir parmi d'autres J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994, spéc. p. 18 et s. ; L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996 ; A.-J. Arnaud, « Le droit trahi par la sociologie », *Droit et société* n°4, LGDJ, 1998, p. 113 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, préc., n°65 et s., p. 111 et s. ; F. Terré, *Introduction générale*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2009, n°1, p. 1. C'est sans doute chez Durkheim, à la fin du XIX^{ème} siècle, que le lien entre le droit et le social est le plus clairement décrit (voir *La division du travail social*, 1893 et *Les règles de la pensée sociologique*, PUF, Quadrige, rééd. 1997). Pour une analyse de la pensée de Durkheim, voir R. Aron, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, 1967, p. 317 et s. ; H. Batiffol, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993, p. 31 et s. ; S. Villeneuve, « Durkheim, réflexions sur la méthode et le droit », in *Le droit et la crise universitaire*, APD, t. XIV, Sirey, 1969, p. 237.

² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XVIII, chap. VIII.

³ J.-M. Portalis, « Discours préliminaire », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par P. A. Fenet, t. I, Paris, Vidcoq, 1836, p. 469.

⁴ L'expression a été employée la première fois dans les *Travaux de la semaine internationale de droit* de 1937 consacrés à « La fiducie en droit moderne ». Voir notamment R. Demogue, « Rapport général », p. 2 ; R. Savatier, « La fiducie en droit français », p. 47. L'expression a ensuite été systématisée par C. Witz, in *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1980, spéc. n°57 et s., p. 56 et s. Voir également M. Grimaldi, « Réflexions sur la fiducie et l'avant-projet qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35085 et 35094.

le Garde des Sceaux a considéré que « *le mandat posthume pourra répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale* »¹. De même, lors des travaux parlementaires de la loi du 19 février 2007, instituant la fiducie, il a été souligné que l'adoption de la fiducie-libéralité « *pourrait désormais présenter moins d'intérêt en droit français compte tenu de la consécration récente du mandat à effet posthume, ainsi que des libéralités graduelles et résiduelles* »². A dire vrai, aucune de ces libéralités à trois personnes ne correspond aux caractères de la fiducie-libéralité, selon lesquels l'intermédiaire-fiduciaire est investi de la propriété des biens sans être pour autant un gratifié. Dans les libéralités graduelles et résiduelles, l'intermédiaire est à la fois propriétaire et gratifié, tandis que, dans le mandat à effet posthume, le mandataire n'est ni propriétaire ni gratifié. C'est dire que, faute d'une structure d'accueil bien déterminée, la condition de l'intermédiaire-fiduciaire se trouve livrée à la plus grande incertitude.

Par où l'on voit que, dans les libéralités à trois personnes, les zones d'ombre restent innombrables, et ce tant au regard de la question des qualifications que de celle des règles applicables. Dès lors, il s'agira avant tout d'envisager les libéralités à trois personnes dans une perspective de clarification.

8. Enseignements de l'histoire. – De ce point de vue, sans entrer dans des descriptions d'ordre technique³, l'histoire peut nous apporter quelques éclairages précieux.

Deux institutions du droit romain, la *fiducia* et le *fideicommiss*, étaient susceptibles de réaliser une libéralité grâce à l'intervention d'un intermédiaire de transmission. La *fiducia* était un pacte adjoint à un transfert de propriété par lequel l'acquéreur s'engageait auprès de l'aliénateur à rendre la propriété à celui qui le lui avait transférée ou, parfois, à une autre personne⁴. L'opération de fiducie était ce faisant un transfert de propriété à charge de restitution, l'acquéreur n'étant qu'un

¹ Projet de loi n°2427 portant réforme des successions et des libéralités, p. 12.

² H. de Richemont, *Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, n°343, 2007, spéc. p. 15. Voir dans le même sens X. de Roux, *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale*, 1^{ère} lecture, n°3655, spéc. p. 11.

³ Il ne saurait être question de dresser un tableau de l'histoire des différentes institutions des libéralités à trois personnes dont on aura l'occasion d'examiner ultérieurement, à l'occasion des développements relatifs au droit positif, les aspects les plus utiles pour la compréhension du droit français actuel.

⁴ Le terme *fiducia* dérive des verbes *fidere* (avoir confiance, se fier à) et *fidare* (confier). Sur la fiducie en droit romain, voir notamment F. Gény, *Etude sur la fiducie*, thèse Nancy 1885 ; R. Nouel, *De l'aliénation fiduciaire*, thèse Paris, 1890 ; R. Jacquelin, *De la fiducie*, thèse Paris, 1891 ; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., spéc. n°20 et s., p. 21 et s. ; J.-Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire : donner pour reprendre. Analyse historique et comparatiste de la fiducie gestion*, préf. B. Schmidlin, Faculté de droit de Genève, 2000, spéc. p. 77 et s. *Addé* J. Macqueron, *Histoire des obligations. Le droit romain*, 2^{ème} éd., Publication du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, Aix-en-Provence, 1975, spéc. p. 84 et s. ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., revue et mise à jour par F. Senn, éd. A. Rousseau, 1929, rééd. Dalloz, 2003, présentée par J.-Ph. Lévy, p. 552 et s. ; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I., 6^{ème} éd., Domat Montchrestien, 1947, n°96 et s., p. 121 et s. ; A.-E. Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1976, n°137 et s., p. 87 et s. ; J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2009, p. 268 et s. ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2010, n°476, p. 739 et s.

propriétaire temporaire. Simplement, l'aliénateur se dépouillait de la propriété en procédant à la mancipation. Aussi, si le bien ne lui était pas restitué comme il était convenu, ne pouvait-il exercer la revendication pour le réclamer. L'obligation de restitution était donc sanctionnée par une action *in personam*, l'action *fiduciae*¹. Vraisemblablement apparue dans le courant du V^{ème} siècle avant Jésus-Christ, la *fiducia* s'est développée pendant toute l'époque républicaine pour satisfaire peu à peu les fins les plus diverses², avant de disparaître sous Justinien³. S'agissant précisément du droit successoral, elle apparaît dans le cadre de la *mancipatio familiae* ou du testament *per aes et libram* : un individu « mancipait » ses biens à une personne de confiance, le *familiae emptor*, qui se chargeait de les transmettre à certaines personnes. Seulement, le rôle du *familiae emptor* est, selon Gaius, passé successivement par deux phases⁴. Dans la première, le testateur, le plus souvent en imminent danger de mort, transférait par *mancipatio*, pour un prix symbolique, ses biens au *familiae emptor*. Comme en vertu de toute mancipation, le disposant transférait de son vivant les biens à l'*emptor familiae* et s'en remettait à sa probité pour qu'il les remette aux divers bénéficiaires désignés. L'*emptor* n'était donc qu'un propriétaire de passage, sa propriété était adaptée à la réalisation d'une fin déterminée, à savoir l'affectation des biens du *de cuius* selon les instructions reçues. En ce sens, cet intermédiaire était *loco heredis*, *heredis locum obtinebat*, celui qui joue le rôle d'héritier, de sorte qu'il n'était pas un continuateur de la personne, mais seulement un successeur aux biens. Dans une seconde période, le procédé de la *mancipatio familiae* a subi des transformations importantes et a pris le caractère d'un véritable testament, le testament *per aes et libram* dont l'usage a subsisté jusqu'à la fin de l'époque classique⁵. Après avoir inscrit ses dernières volontés sur des tablettes de cire, le testateur « mancipe » ses biens à l'*emptor*. Toutefois, celui-ci ne déclare pas acquérir la propriété, comme dans une mancipation ordinaire, mais seulement

¹ Plus précisément, le bien était abandonné à la *fides* du fiduciaire. Avec l'évolution de la notion de *fides*, la fiducia imposa au fiduciaire des devoirs plus précis. Simple devoir moral sanctionné seulement par l'opinion publique (il était déshonorant d'abuser de la confiance de l'aliénateur), l'obligation du fiduciaire est prise en considération par le jus civile, dès l'époque de Q. Mucius Scaevola. C'est l'action *fiduciae* : une action infamante dirigée contre le fiduciaire qui garde le bien au lieu d'en faire l'usage prescrit, ou de le restituer. Voir notamment J. Macqueron, *op. cit.*, spéc. p. 89 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°476, p. 736.

² En droit des personnes, elle était utilisée dans le cas de mancipation d'un esclave (un *alieni juris*) à un acquéreur qui s'engageait à l'affranchir. En droit patrimonial, on distingue deux séries d'application : la *fiducia cum amico*, qui permettait de mettre la propriété d'un bien en sécurité juridique en la confiant à un ami ; la *fiducia cum creditore*, qui était une façon d'offrir une sûreté réelle à son créancier en lui transférant la propriété. Sur l'ensemble de ces applications, voir J. Macqueron, *op. cit.*, spéc. p. 86 ; P. F. Girard, *op. cit.*, p. 554 ; R. Monier, *op. cit.*, n°98, p. 123 ; A.-E. Giffard et R. Villers, *op. cit.*, n°141 et s., p. 89 et s. ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°476, p. 736 et n°756, p. 1104 et s.

³ On attribue cette disparition au fait que la mancipation, par laquelle se faisait la *fiducia*, n'était pas utilisée par les Orientaux. Justinien aurait donc fait disparaître la *fiducia*, comme il fit disparaître toute allusion à la mancipation. Voir sur ce point P. Collinet, *Etudes historiques sur le droit Justinien*, t. I, *Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris, 1922, p. 223 et s. ; J. Macqueron, *op. cit.*, spéc. p. 91 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°476, p. 740.

⁴ Gaius, *Institutes*, 2. 102 et 103. Voir P. F. Girard, *op. cit.*, p. 856 et s. ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°875 et s., p. 1240 et s.

⁵ R. Monier, *op. cit.*, spéc. p. 459 ; P. F. Girard, *op. cit.*, spéc. p. 859.

avoir les biens sous sa garde, tout en précisant que ceux-ci demeurent sous la puissance du *mancipio dans*, le testateur. Ainsi, contrairement à la situation prévalant dans la *mancipatio familiae*, l'*emptor* se limite ici à jouer le rôle d'acquéreur, pour la forme. Il est en effet dépouillé de tout pouvoir effectif sur les biens du testateur, lequel ne fait que passer entre ses mains pour être distribués aux héritiers nommés dans le testament. En témoignent les paroles que l'*emptor* prononce lors de la *mancipatio* : « Je dis que ton patrimoine est en ton mandat et ma garde, et afin que tu puisse faire ton testament selon la loi publique, qu'il soit acquis par moi par ce morceau d'airan et cette balance d'airan »¹. Comme on l'a souligné, « il n'est question que de mandat et de garde, et non pas d'un véritable transfert de propriété »². Autrement dit, dans le testament *per aes et libram*, l'acquisition de la propriété par l'*emptor* paraît douteuse ; il semble bien plus se comporter comme un exécuteur testamentaire, chargé d'assurer la bonne exécution des dernières volontés du *de cuius*, notamment en distribuant les biens aux héritiers selon les instructions reçues.

Quoi qu'il en soit, l'*emptor familiae* n'était jamais un gratifié du *de cuius*. Simple fiduciaire, il intervenait pour favoriser la bonne exécution de la volonté posthume de celui-ci. Telle ne fut pas toujours la situation de celui qui recevait à titre de *fideicommiss*³. Dans l'ancien droit romain, la seule libéralité à cause de mort était le legs (*legatum*), qui devait être stipulé dans le testament à la charge de l'héritier institué. Mais une seconde forme, le *fideicommiss*, apparut⁴. Nettement plus souple que le legs, en ce qu'il n'avait pas besoin de respecter les règles de forme et de fond qui gouvernaient l'institution d'héritier, le *fideicommiss* permettait au *de cuius* de mettre à la charge de quiconque recevait ses biens de transmettre tout ou partie de ceux-ci à un tiers gratifié⁵. L'étendue de la charge de rendre était variable : le *fideicommiss* pouvait être conditionnel, à terme, ou encore *de eo quod superit*, c'est-à-dire sur les seuls biens qui subsistaient à la mort du grevé.

On peut sans doute observer une certaine proximité de situation entre le *fideicommiss* et la *fiducia*. Comme le fiduciaire, le grevé de fidéicommiss était tenu d'une obligation de restitution dont l'intensité a évolué de façon quasiment identique⁶. Mais, à la différence du fiduciaire, le

¹ Formule reproduite par J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°876, 1241.

² *Ibid.*

³ Sur le fidéicommiss, voir notamment P. F. Girard, *op. cit.*, p. 967 et s. ; R. Monier, *op. cit.*, n°377 et s., p. 523 et s. ; P. C. Timbal, *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux – Successions – Libéralités*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1975, n°244 et s., p. 131 et s. ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°922 et s., p. 1297 et s.

⁴ P. Lemerrier, « Quelques remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique », *RHD* 1935. 432 et s. et 623 et s. ; E. Genzmer, « La genèse du fidéicommiss comme institution juridique », *RHD* 1962. 319.

⁵ Initialement distincts l'un de l'autre, le legs et le fidéicommiss ont progressivement été rapprochés pour être finalement confondus par Justinien. Sur ce point, voir R. Monier, *op. cit.*, n°378, p. 524-525 ; P. C. Timbal, *op. cit.*, n°244, p. 131 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, spéc. n°923, p. 1298.

⁶ Fondés sur la *fides*, les fidéicommiss étaient originellement dépourvus de sanctions juridiques. Ils n'étaient qu'une simple prière faite au grevé. Ils entrèrent dans la sphère juridique sous le règne d'Auguste qui confia aux consuls, remplacés sous Claude par les prêteurs fidéicommissaires, la mission d'assurer le respect du fidéicommiss. Voir R. Monier, *op. cit.*, n°377, p. 523 ;

grevé de fidéicommiss pouvait avoir vocation à conserver certains biens du *de cuius*¹. Et, par là, le grevé était certainement un gratifié du *de cuius*, ce que n'était pas le fiduciaire.

Au demeurant, l'institution du fidéicommiss romain fut adoptée par l'Ancien droit français dont les premières applications apparaissent en pays de droit écrit à la fin du X^{ème} siècle². C'est alors que le fidéicommiss reçut le nom de substitution fidéicommissaire³. Comme on l'a justement expliqué, cette dénomination « vient de ce qu'elle est, à la fois, une substitution et un fidéicommiss. Elle est une substitution, en ce sens qu'un héritier en second est substitué au premier, et un fidéicommiss, car le grevé doit rendre les biens à un bénéficiaire final, l'appelé ou le substitué »⁴. En ce sens, comme la libéralité graduelle de notre droit positif, la substitution fidéicommissaire imposait au grevé la double charge de conserver les biens et de les transmettre à sa mort à l'appelé, lequel était généralement le fils aîné du grevé.

Mais la substitution fidéicommissaire n'était pas la seule libéralité procédant du concours d'un intermédiaire de transmission. Etaient également pratiqués le fidéicommiss primitif du droit romain, c'est-à-dire le fidéicommiss précatif⁵, mais aussi le fidéicommiss avec défense de tester⁶, qui n'est autre que l'ancêtre de la libéralité résiduelle de notre droit positif.

Pareillement, le testateur pouvait solliciter l'intervention d'un intermédiaire non gratifié. Telle était la fonction de l'exécuteur testamentaire dont le rôle fut prédominant du IX^{ème} au XIII^{ème} siècle, au point d'être « la clef de voute »⁷ de la succession. Sous l'influence du droit canonique et du droit coutumier, l'exécuteur testamentaire était, à cette époque, le continuateur de la personne du défunt. Il était à ce titre investi de la propriété des biens entrant dans l'exécution de la libéralité, mais cette propriété était temporaire, en ce sens qu'il était chargé de la retransmettre aux gratifiés désignés par le *de cuius*⁸. Il reste que ces qualités de propriétaire et de continuateur de la personne du défunt s'effacèrent devant le développement de l'institution d'héritier et du legs universel, au XIV^{ème} siècle dans les pays de droit écrit et au XVI^{ème} dans les pays de coutumes, pour devenir un simple mandat dont l'objet était de veiller à la bonne exécution des dernières volontés du *de cuius*⁹. Dans la même optique, ce n'est pas la notion de propriété à laquelle il était fait référence pour

¹ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°922, p. 1297.

² M. Petitjean, *Essai sur l'histoire des substitutions*, préf. J. Bart, Centre de recherches historiques de l'université de Dijon, 1975, p. 35 et s. Voir également du même auteur, « L'acte à cause de mort dans la France coutumière du Moyen Age à l'époque moderne », *Rec. de la soc. J. Bodin*, t. LIX, 1992, p. 85 et s., spéc. p. 118.

³ C.-F. Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, éd. A. Giard, 1888, n°26 et s., p. 10 et s.

⁴ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, spéc. n°928, p. 1303.

⁵ C.-F. Thévenot d'Essaule de Savigny, *op. cit.*, n°236 et s., p. 88 et s.

⁶ *Ibid.* n°233 et s., p. 85 et s. ; J.-J. Rolland de Villargues, *Des caractères auxquelles on doit reconnaître les substitutions prohibées par le Code civil*, Paris, 1820, p. 291 et s.

⁷ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°937, p. 1311.

⁸ R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, thèse Lyon, 1901, n°118 et s., p. 336 et s.

⁹ P. C. Timbal, *op. cit.*, n°344, p. 176 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°941 et s., p. 1314 et s.

qualifier l'héritier *fiduciaire*, mais celles du mandat et du dépôt. S'inspirant du testament *per aes et libram* du droit romain, les auteurs de l'Ancien droit voyaient en effet un simple « *ministre* » dans l'héritier institué aux seules fins d'administrer la succession jusqu'au moment où il devait la remettre au véritable héritier : « *L'héritier fiduciaire, enseignait Merlin, n'est héritier que de nom ; il n'est pas saisi de la succession ; ce n'est pas sur sa tête que repose la propriété des biens du défunt ; il n'en est qu'un administrateur* »¹.

De ce bref exposé de l'histoire des libéralités à trois personnes, il résulte un double constat. D'une part, c'est essentiellement dans le cadre des transmissions *mortis causa* qu'un intermédiaire de transmission était sollicité. D'autre part, une distinction plus ou moins nette peut être faite entre l'« intermédiaire gratifié » auquel le *de cuius* transmet la propriété des biens de la succession, et l'« intermédiaire non gratifié », qui n'est qu'un tiers administrateur aux pouvoirs plus ou moins étendus sans être investi de la qualité de propriétaire.

9. Enseignements du droit comparé. – Une approche comparatiste pourrait également nous permettre de mieux saisir les libéralités à trois personnes en droit français.

Mais, disons-le d'emblée, il nous paraît difficile de tirer des enseignements des solutions en vigueur dans les pays de *Common law*. D'une part, le règlement successoral s'ordonne autour de principes différents de ceux de notre droit, et plus généralement des pays de droit civil. Ainsi, pour s'en tenir au droit anglais, le système de la succession aux biens s'oppose à notre théorie de la succession à la personne. Alors qu'en droit français, les successeurs acquièrent les biens, actions et dettes du défunt au moment même du décès, c'est, en droit anglais, un administrateur (*personal representative*) qui va gérer à titre fiduciaire l'hérédité pour le compte des héritiers, lesquels n'acquerront que l'actif net du patrimoine héréditaire². D'autre part, c'est la technique du *trust* qui, bien qu'elle exerce une indéniable séduction en raison de sa souplesse³, paraît

¹ Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^{ème} éd., 1812, t. V, V^o Fiduciaire, § 1. Voir également du même auteur V^o Héritier ; C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et pratique*, t. I, 1779, V^o Héritier fiduciaire ; J.-M. Ricard, *Traité des substitutions directes et fidéicommissaires*, in *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, t. II, 1783, chap. IX, sect. II, part. I, § 674, p. 389 ; Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. VII, 1784, V^o Fiduciaire ; C.-F. Thévenot d'Essaule de Savigny, *op. cit.*, n^o538 et s., p. 162 et s.

² Sur la fonction du *personal representative* et plus généralement sur le principe de la succession aux biens de droit anglais, voir notamment H. Petitjean, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais. Etude de droit comparé et de droit international privé*, LGDJ, 1959, n^o61 et s. p. 37 et s. ; M.-F. Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, av-propos C. Witz, préf. G. Samuel, LGDJ, 2004, n^o392 et s. p. 240 et s.

³ Voir par exemple P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932, p. 12 : « Si l'on se demande à quoi sert le trust, on peut presque répondre : "à tout" ! Il est plus indispensable que le thé à la vie anglaise et le base-ball à la vie américaine. Veut-on protéger un prodigue contre sa générosité ? On lègue les biens qu'on lui destine à un trustee à charge de lui remettre les revenus. Veut-on constituer une dot inaliénable. On procède de même. Veut-on constituer un cartel ? On transfère la majorité des actions de plusieurs sociétés à un comité de trustees qui assure l'unité de direction sans conserver les dividendes. Veut-on donner l'équivalent d'un usufruit ou faire une substitution ? On transfère les biens à X en trust pour A pendant sa vie, les biens devant être remis à B en pleine propriété au décès de A. Veut-on remplacer les règles parfois rigides des faillites par un système plus souple, plus businesslike ? On oblige le débiteur à transférer son fonds de commerce à un trustee qui devra le vendre ou

difficilement transposable dans notre droit sans menacer la structure de certaines de nos institutions¹. En témoignent les ténébreuses difficultés que pose la dualité de propriété du *trust* lorsque celui-ci doit être articulé avec les règles successorales françaises².

A mi-chemin entre la *Common law* et le droit continental, le droit québécois peut en revanche nous fournir certaines clefs d'analyse. Outre que plusieurs libéralités successives similaires à celles du droit français sont l'objet d'une réglementation précise³, on peut observer que le Code civil du Québec s'est doté, en 1991, d'un corps de règles ayant vocation à régir toutes les hypothèses où une personne est chargée « de l'administration du bien d'autrui »⁴. A cet égard, il est intéressant de relever que la notion d'administration du bien d'autrui dépasse la distinction classique des droits personnels et des droits réels au profit de celle des droits subjectifs et des pouvoirs⁵. En ce sens, peu importe de savoir si l'administrateur exerce un droit réel, tel qu'un droit de propriété. Ce qui fédère l'ensemble des hypothèses de l'administration du bien d'autrui, c'est que l'administrateur est titulaire d'un pouvoir, et non pas d'un droit subjectif⁶.

l'administrer au profit des créanciers. Veut-on constituer une société sans se soumettre aux lois qui régissent cette matière ? Les associés cèdent l'actif qu'ils mettent en commun à des trustees, en trust pour eux-mêmes ou pour les porteurs des titres qu'ils émettent. Veut-on protéger les porteurs d'obligations et les garantir par une hypothèque dès le jour de l'émission ? Le trust remplacera avantageusement nos sociétés civiles. Veut-on simplement se décharger de l'administration de ses biens ? Le trust atteindra ce but beaucoup mieux que le mandat ».

¹ Sur la littérature abondante relative au *trust*, voir notamment A. Clostre, *Les trusts. Comparaison avec le régime français des libéralités et des successions*, thèse Paris I, 1972 ; J. Héron, *Recherches sur le morcellement des successions internationales*, préf. P. Mayer, Economica, 1986, spéc. n°187 et s. ; L. Maerten, *Le trust patrimonial anglo-américain en droit privé français*, thèse Paris II, 1990 ; F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. Grimaldi, Litec, 2004, spéc. n°126 et s., p. 100 et s. ; M.-F. Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, avant-propos C. Witz, préf. G. Samuel, LGDJ ? 2004, spéc. n°593 et s., p. 409 et s. ; J.-P. Beraudo et J.-M. Tirard, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, préf. P. Matthews et D. Waters, éd. Académie & Finance, 2007 ; P. Lepaulle, *op. cit.* ; H. Motulsky, « De l'impossibilité juridique de constituer un *trust* anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP* 1948. 451 ; B. A. Wortley, « Le *trust* et ses applications modernes en droit anglais », *RID comp.* 1962. 699 ; A. Dyer et H. Van Loon, « Rapport sur les *trusts* et institutions analogues », Actes et documents de la Quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé, 1984, t. II, p. 10 et s. ; R. David et X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, 9^{ème} éd., PUF, 2001, p. 108 et s. ; R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2002, n°258 et s., p. 258 et s.

² Voir par exemple la célèbre affaire *Zieseniss* : Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1996, *JCP* 1996. II. 22647, note M. Béhar-Touchais ; *D.* 1996. 390, chron. Y. Lequette ; *Rev. crit. DIP* 1996. 692, note G. A.-L. Droz ; *RTD civ.* 1996. 454, obs. J. Patarin ; *Deffrénois* 1997. 26, note Th. Vignal, qui casse Paris, 28 sept. 1993, *RTD civ.* 1994. 401, obs. J. Patarin. Sur renvoi, Paris, 7 avr. 1999, *D.* 1999. 683 et *erratum* p. 723, note Y. Lequette ; *Rev. crit. DIP* 1999. 693, note M. Goré ; *RTD civ.* 1999. 682, obs. J. Patarin ; *Dr. fam.* 1999, comm. 30, note B. Beignier. *Adde* M. Goré, *L'administration des successions en droit international privé*, préf. Y. Lequette, Economica, 1994 ; S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. Lequette, éd. Panthéon-Assas, 2004.

³ On vise ici les substitutions (C. civil Québec, art. 1218) équivalentes aux libéralités graduelles, les substitutions de *residuo* (C. civil Québec, art. 1220) comparables aux libéralités résiduelles.

⁴ C. civ. Québec, art. 1299 et s. Sur ce point voir M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, éd. Y. Blais, 2000.

⁵ M. Cantin Cumyn, *op. cit.*, n°82 et s., p. 71 et s.

⁶ Sur cette distinction en droit français, voir notamment L. Josserand, *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1939, rééd. Dalloz 2006, préf. J. Deroussin, spéc. n°305 et s., p. 414 et s. ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. Dalloz 2008, préf. Ch. Atias, spéc. p. 248 et s. ; P. Roubier, *Droit subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, 2005, préf. D. Deroussin, spéc. p. 190 et s. ; E. Gaillard, *La notion de pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985, spéc. n°20 et s., p. 21 et s.

Enfin, s'agissant des pays du droit continental, une comparaison avec les droits allemand et suisse s'avère utile. Plus précisément, c'est la fonction de l'exécuteur testamentaire qui peut être une source d'enseignements. Agissant en son nom propre et pour le compte de l'hérédité, l'exécuteur testamentaire du droit allemand et du droit suisse bénéficie d'une exclusivité de gestion, qui lui permet d'administrer seul les biens de la succession, voire même d'en disposer à titre onéreux, sans être pour autant assimilé à un propriétaire¹. Où l'on voit que cet exécuteur testamentaire exerce des prérogatives que le droit français attribue à deux individus distincts : l'exécuteur testamentaire et le mandataire à effet posthume.

De ce panorama sommaire du droit comparé, s'évince une règle d'évidence : pas plus qu'en droit français, les libéralités à trois personnes ne sont l'objet d'un traitement unitaire au-delà de nos frontières. Simplement, certaines références aux droits étrangers seront susceptibles de contribuer « à une meilleure connaissance ou à une amélioration »² de l'analyse des libéralités à trois personnes en droit français.

10. Démarche. – Dès lors, comment clarifier la matière des libéralités à trois personnes ?

Pour y parvenir, il convient d'abord de s'attacher à l'identification des éléments qui fédèrent toutes les libéralités à trois personnes. A ce titre, l'analyse structurelle des libéralités à trois personnes mettra en exergue la situation particulière de l'intermédiaire. Pivot de l'opération, il est celui sans lequel la volonté libérale du disposant ne peut s'accomplir. Mais le concours de l'intermédiaire, s'il est indispensable, peut emprunter diverses figures juridiques. Il peut être détenteur précaire ou propriétaire, gratifié ou non. Partant, c'est par l'analyse conjuguée de la nature des prérogatives de l'intermédiaire et de la nature de son titre d'acquisition que l'on pourra identifier la spécificité des libéralités à trois personnes.

L'identification des libéralités à trois personnes établie, il sera alors possible de les ordonner. Compte tenu du rôle essentiel de l'intermédiaire, la clef de répartition reposera naturellement sur la situation de ce dernier. Plus précisément, il existe une *summa divisio* des libéralités à trois personnes selon qu'elles réalisent une ou deux libéralités.

¹ Sur le droit allemand, voir BGB, art. 2197 et s., spéc. art. 2205 : « L'exécuteur testamentaire doit administrer la succession. Il peut en particulier prendre possession de celle-ci et faire des actes de disposition sur les objets qui la composent » ; art. 2211, al. 1^{er} : « L'héritier ne peut faire d'acte de disposition sur un objet de la succession soumis à l'administration de l'exécuteur testamentaire » (traduction par G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon et C. Witz, in *Code civil allemand*, Juriscope et Dalloz, 2009). Sur l'exécuteur testamentaire en droit allemand, voir H.-W. Kornicker et A. Marit Mann, *JCl. Droit comparé*, V^o Allemagne, fasc. 25, 2011, spéc. n°88 et s.

Quant au droit suisse, le Code civil suisse ne comporte que deux articles (art. 517 et 518) dont la rédaction est lacunaire. La jurisprudence, relayée par la doctrine, a fait œuvre créatrice, afin de conférer à l'exécuteur testamentaire des pouvoirs élargis. Voir sur ce point P.-H. Steinauer, *Le droit des successions*, éd. Stämpfli, 2006, n°1158 et s., p. 539 et s. ; J. Guinand, O. Guilod et N. Feuz, *JCl. Droit comparé*, V^o Suisse, fasc. 3, 2000, spéc. n°236 et s.

² R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, 1950, p. 37.

11. Plan. – C'est donc après avoir procédé à *l'identification des libéralités à trois personnes* (Première partie) que l'on pourra mettre en avant *la dualité des libéralités à trois personnes* (Seconde partie).

PARTIE I

L'IDENTIFICATION DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

12. Pluralité de libéralités à trois personnes. – La libéralité à trois personnes est *l'acte juridique en vertu duquel Primus – le disposant – confère, à titre gratuit ou à titre onéreux, à Secundus – l'intermédiaire – des prérogatives juridiques sur un bien, celles-ci étant limitées par une série de charges ou de devoirs dont l'objet est de favoriser la transmission à Tertius – le bénéficiaire final – soit de ce même bien, soit d'un autre bien qui en sera la représentation, soit encore de la richesse représentative de celui-ci.*

De là s'évince un constat : de nombreuses figures sont susceptibles d'être rattachées à la notion des libéralités à trois personnes. Sans prétendre à l'exhaustivité, il en est notamment ainsi de la *libéralité avec charges* qui emporte l'obligation pour le gratifié de transmettre, à une date déterminée, tout ou partie de l'émolument reçu à un tiers bénéficiaire ; de *l'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie* ; de la *libéralité graduelle* qui comporte l'obligation pour le gratifié de conserver le bien et de le laisser à son décès à un second gratifié ; de la *libéralité résiduelle* qui renferme l'obligation pour le gratifié de laisser à sa mort à un second gratifié ce qui subsistera de la libéralité ; de la *double libéralité en usufruit et en nue-propriété*, qui impose au gratifié en usufruit une série d'obligations en vue de garantir, à l'extinction de son droit, la transmission du bien au nu-propriétaire ; de la *double libéralité conditionnelle*, dont un même événement est érigé en condition résolutoire de l'une et suspensive de l'autre ; de la libéralité réalisée par l'intermédiaire d'un *administrateur des biens donnés ou légués à un mineur*, d'un *exécuteur testamentaire* ou d'un *mandataire à effet posthume*.

13. Ordre de travail – Partant, identifier les libéralités à trois personnes, c'est se demander si, sous cette diversité, une unité peut être trouvée. Aussi faut-il consacrer nos développements à la recherche des éléments qui constituent le fond commun des libéralités à trois personnes.

Sous un angle de vue global, il s'agit de rechercher la manière dont s'agencent les relations entre les protagonistes mais aussi les techniques à l'œuvre pour réaliser le processus libéral. Mais cette approche, indispensable, ne permet pas à elle seule de comprendre ce qui fait la singularité des libéralités à trois personnes. Les libéralités à trois personnes ont ceci de commun qu'elles résident dans le concours d'un intermédiaire qui est le pivot, la cheville ouvrière, de l'opération. Pour le dire autrement, c'est grâce à l'intervention de l'intermédiaire que la volonté libérale du

disposant peut s'accomplir. Dès lors, c'est sur la situation de l'intermédiaire qu'il faut braquer le projecteur. Et il en ressort que la prépondérance de l'intermédiaire dans le processus libéral est de nature à perturber les qualifications classiques. Car s'il lui est attribué des prérogatives sur l'objet de la libéralité, il n'en demeure pas moins que leur exercice est plus ou moins limité par une série de charges ou de devoirs dont la finalité est de favoriser la transmission future bénéficiaire final. Aussi bien peut-on s'interroger tant sur la nature des prérogatives de l'intermédiaire – est-il un simple détenteur précaire ou un propriétaire – que sur le titre d'acquisition de l'intermédiaire – est-il ou non un gratifié ? Identifier les libéralités à trois personnes, c'est analyser la condition juridique de l'intermédiaire.

14. Plan. – Détermination de la structure des libéralités à trois personnes (Titre I) et analyse de la situation de l'intermédiaire dans les libéralités à trois personnes (Titre II) constituent ainsi les deux axes de l'identification des libéralités à trois personnes.

Titre I : La structure des libéralités à trois personnes

Titre II : La situation de l'intermédiaire dans les libéralités à trois personnes

TITRE I

LA STRUCTURE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

15. Double niveau. – Selon le sens commun, la structure désigne « *l'agencement, entre eux, des éléments constitutifs d'un ensemble, qui fait de cet ensemble un tout cohérent et lui donne son aspect spécifique* »¹. Les libéralités à trois personnes s'articulent-elles autour d'un ensemble cohérent ? Derrière la pluralité d'opérations que rassemblent les libéralités à trois personnes, peut-on déceler une unité de structure ? La définition donnée de la libéralité à trois personnes commande une réponse positive. En tant qu'elle est l'acte qui confère, à titre gratuit ou à titre onéreux, à un intermédiaire des prérogatives juridiques sur un bien dont l'objet est de favoriser la transmission de ce bien à un bénéficiaire final, la libéralité à trois personnes obéit à des constantes. Une constante d'abord dans le rôle que chacune des trois personnes va jouer à l'opération ; une constante également dans le fait que l'objet de la libéralité passe systématiquement par les mains de l'intermédiaire.

Ce constat d'une unité d'économie des libéralités à trois personnes a un prolongement dans les moyens utilisées pour les réaliser. Car, en dépit de leur pluralité, elles sont clairement identifiées et s'articulent autour d'un triptyque : la représentation, la charge et les modalités de l'obligation. De ces traits communs aux libéralités à trois personnes, il ressort que l'on peut établir les contours d'une structure générale des libéralités à trois personnes.

16. Plan. – Partant, étudier la structure des libéralités à trois personnes suppose d'en déterminer l'économie générale (Chapitre I), ainsi que les techniques propres à leur conférer une certaine permanence (Chapitre II).

Chapitre I : L'économie des libéralités à trois personnes

Chapitre II : Les techniques de réalisation des libéralités à trois personnes

¹ *Grand Larousse de la langue française*, préc., V^o Structure.

CHAPITRE I

L'ECONOMIE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

17. Eléments invariants. – Lorsqu'elle est pure et simple, la libéralité est une opération élémentaire : le transfert d'un bien sans contrepartie du disposant au profit du gratifié. Autrement dit, tant la situation respective des sujets à l'opération que l'objet de la transmission ne posent guère de difficultés.

La situation est nettement plus complexe lorsqu'il s'agit d'une libéralité à trois personnes. En ce cas, l'exécution de la volonté libérale du disposant procède du concours de l'intermédiaire, lequel intervient aux fins de favoriser la transmission de l'objet de la libéralité au bénéficiaire final. Aussi bien la singularité de l'opération réside-t-elle à la fois dans la position respective de chacune des trois personnes que dans l'objet de la libéralité.

18. Plan. – Etudier l'économie des libéralités à trois personnes commande donc d'analyser les sujets (Section I), puis l'objet de la libéralité (Section II).

Section I : Les sujets

Section II : L'objet

SECTION I : LES SUJETS

19. Rôle des trois protagonistes. – Telle une pièce de théâtre, les libéralités à trois personnes mettent en scène trois personnages et leur exécution se déroule en trois actes. Premier acte, *Primus* – le disposant – sollicite le concours de *Secundus* – l’intermédiaire – aux fins de libéralité. Pour cela, des prérogatives lui sont conférées sur le bien qui forme l’objet de la libéralité. Remarquons à cet égard que cet acte met en scène *Primus* et *Secundus*, mais pas nécessairement *Tertius* – le bénéficiaire final. Deuxième acte, le temps de l’exercice de ses prérogatives par *Secundus*, lequel agira selon les directives prescrites par *Primus*. Ces prescriptions peuvent être de nature diverses, de sorte que la liberté d’action de *Secundus* sera plus ou moins étendue et la transmission à *Tertius* plus ou moins assurée. Troisième acte, le dénouement : soit la libéralité consentie à *Tertius* reçoit exécution, soit elle est atteinte d’une cause d’inefficacité.

Partant, chaque agent joue un rôle bien précis dans l’économie de l’opération. C’est bien évidemment l’intermédiaire – *Secundus* – qui tient le rôle principal. La libéralité que consent *Primus* à *Tertius*, si elle doit se faire, repose sur l’activité de *Secundus*. C’est donc naturellement à la situation juridique de *Secundus* qu’il convient de consacrer nos développements. Il ne faut cependant pas éluder la situation juridique des deux autres agents. A la différence de *Secundus*, *Primus* et *Tertius* sont dans une position nettement plus passive : ils sont pour l’essentiel dans l’attente de l’activité de *Secundus*. Leur situation juridique n’est pas pour autant aisée à décrypter. En tant qu’instigateur, *Primus* est celui qui fixe le processus de la libéralité. L’issue de l’opération dépend ce faisant de la nature des prérogatives qu’il confère à *Secundus*, desquelles résultent corrélativement la situation juridique de *Primus*. En tant que bénéficiaire final, *Tertius* est celui par lequel le processus de l’opération est censé s’achever. Mais, on l’a dit, il est des cas de figure où *Tertius* ne recevra rien. C’est dire que la situation de *Tertius* peut être ambivalente, il peut être un gratifié certain d’entrer dans ses droits, mais encore un gratifié éventuel.

20. Plan – Complexe, la situation juridique de chaque agent doit être analysée. L’exposé de la situation des sujets passifs – *Primus* et *Tertius* - (§ 1) précèdera l’examen de celle du sujet actif - *Secundus* (§ 2).

§ 1 - LES SUJETS PASSIFS

21. Les sujets passifs se situent aux deux extrémités de l’opération : le disposant (A) et le bénéficiaire final (B).

A. *Primus*, le disposant

22. Dessaisissement d'un bien – Le disposant est celui par lequel le processus libéral est initié. Il sollicite le concours d'un intermédiaire aux fins de réalisation d'une libéralité. Pour ce faire, il se dessaisit d'un bien au profit de l'intermédiaire.

Deux précisions méritent d'être apportées. Il faut, en premier lieu, s'entendre sur la signification exacte et précise du terme dessaisissement. Dans le langage courant, le dessaisissement est « *l'action de se dessaisir* »¹. Quant au verbe, il signifie « *céder à un autre ce qu'on avait en sa possession ; transporter un droit ou y renoncer* »² et, de manière plus générale, « *remettre à un tiers ce qu'on tient* »³. En droit, le dessaisissement est le « *fait de se dessaisir ; d'abandonner soi-même la détention matérielle d'une chose, en en faisant volontairement la remise effective entre les mains d'un tiers* »⁴. C'est dire, à première vue, que seules les choses corporelles sont susceptibles d'être l'objet d'un dessaisissement. Il faut, en réalité, faire abstraction de la nature corporelle ou incorporelle de la chose. En effet, l'abandon volontaire de la détention dont il est question dans le dessaisissement n'est autre que le *corpus*, lequel est notamment l'un des éléments constitutifs de la possession⁵. Or, si le *corpus* impliquait traditionnellement un contact physique avec la chose, ce qui n'est concevable qu'avec les choses corporelles, il se caractérise aujourd'hui par la maîtrise « *d'une chose ou d'un droit* »⁶. Dans cette optique, le *corpus* n'est pas la mainmise matérielle sur une chose consistant à accomplir sur celle-ci divers actes, mais bien plus l'exercice effectif d'une puissance sur une chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle. Ainsi s'explique que la possession puisse porter sur des choses incorporelles⁷. Appliquée au dessaisissement, cette acception du *corpus* permet de n'opérer aucune discrimination entre les choses corporelles et incorporelles. De là il résulte que *le dessaisissement doit être compris comme l'acte par lequel il est conféré volontairement à un tiers la maîtrise effective d'une chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle*.

¹ Littré, *V°* Dessaisissement.

² Littré, *V°* Se dessaisir.

³ *Ibid.*

⁴ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., spéc., *V°* Dessaisissement 1° b/.

⁵ Voir à cet égard l'une des définitions de la détention proposée par le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant : « *le pouvoir de fait sur une chose, le fait d'en avoir la maîtrise effective, le corpus (on parle volontiers de détention matérielle), que ce pouvoir soit exercé par le propriétaire de la chose, un possesseur ou un détenteur* ». En ce sens, si le dessaisissement est l'abandon la détention matérielle d'une chose, c'est en raison du fait que le *corpus* est analysé comme la détention matérielle d'une chose.

⁶ C. civ., art. 2276, al. 1^{er}.

⁷ A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001 ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibl. Inst. André-Tunc, 2008. *Adde* Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 4^e éd., 2010, n°488, p. 145 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc., n°441, p. 647.

En second lieu, les libéralités à trois personnes pouvant être consenties entre vifs ou à cause de mort, l'acte de dessaisissement peut être accompli soit par le disposant lui-même, soit par ses ayants cause universels, lesquels sont tenus, en vertu de l'article 1122 du Code civil, d'exécuter les obligations de leur auteur.

23. Conséquences du dessaisissement – Une fois le dessaisissement opéré, le disposant ne conserve plus de prérogatives sur le bien. En effet, l'acte entraîne le dépouillement de la propriété du bien au profit soit de l'intermédiaire, soit du bénéficiaire. Simplement, dans la mesure où il a pu imposer des obligations à l'intermédiaire, le disposant se trouve créancier de celui-ci.

B. Tertius, le bénéficiaire final

24. Un sujet de droit. – Les charges ou devoirs qui grèvent les prérogatives de l'intermédiaire lui sont imposés au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. Sous cet aspect, il importe peu que le ou les bénéficiaires soient des personnes physiques ou des personnes morales ; ce qui est essentiel, c'est qu'ils soient des sujets de droit¹.

25. Option du bénéficiaire final. – En tant que gratifié, le bénéficiaire final dispose d'une option qui ne dépend que de sa volonté, et nul ne peut l'obliger à opter dans tel sens plutôt que dans tel autre. Il peut exercer son choix librement, soit dans le sens de l'acceptation soit dans celui de la répudiation². Mais, tant qu'il ne s'est prononcé, le bénéficiaire final n'est que le bénéficiaire d'une offre de libéralité, laquelle peut être librement révoquée.

¹ Ainsi, susceptible d'appropriation, l'animal peut être l'objet d'une libéralité, mais ne saurait en être le bénéficiaire. Voir en ce sens l'affaire du chien « Costaud » : Trib. civ. Saint-Etienne, 8 juill. 1957, *D.* 1958. 143, note Nerson ; Lyon, 20 oct. 1958, *D.* 1959. 111, note R. Nerson. *Adde* M.-J. Garnot, *Les animaux bénéficiaires de libéralités*, thèse Rennes, 1934, spéc. p. 44 et s. Se fondant sur un arrêt de la Cour de Colmar (1833), certains auteurs considèrent toutefois qu'une personne ne pourrait affecter un legs à l'entretien ou l'embellissement d'un bien meuble ou immeuble que dans la mesure où l'existence de ces biens présente un intérêt pour un tiers ou une collectivité. En revanche, la charge serait nulle si le testateur n'avait en vue que la seule utilité de la chose inanimée et ne se souciait aucunement de l'intérêt qu'elle pût avoir pour des êtres humains survivants. Voir sur cette question J.-P. Marguénaud, *L'animal en droit privé*, PUF, 1992, p. 448 et s.

En revanche, une charge grevant une libéralité faite à un sujet de droit peut être stipulée au profit d'une chose : Cass. civ. 1^{ère}, 8 oct. 1980, *D.* 1981. 361. Déjà, en 1855, Troplong écrivait : « *On a vu des testateurs faire des legs à des animaux, à des chevaux, à des chiens ; ces dispositions sont bizarres pour la forme, mais raisonnables quant au fond. Ce sont tout simplement des charges imposées aux héritiers ou légataires pour la conservation de ces animaux, que le défunt a voulu traiter avec humanité* » (R. Th. Troplong, *Le droit civil expliqué – Donations entre vifs et testaments*, t. II, 3^{ème} éd., Charles Hingray, Paris, 1855, n°561, p. 149).

² Sur le droit d'option, voir I. Najjar, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n°28 et s., p. 31 et s. ; S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. Najjar, préf. J. Mestre, PUAM, 1999, n°31 et s., p. 41 et s.

Une fois l'acceptation du bénéficiaire final exprimée, le disposant ne peut plus révoquer l'offre de libéralité qu'il a consentie à son endroit. Il reste que le bénéficiaire final n'est pas nécessairement assuré d'exercer ses droits. L'acte de volonté du disposant peut en effet conférer au bénéficiaire final un droit dont la nature lui assure, avec plus ou moins de certitude, l'exercice de ses droits. Sous cet aspect, plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

26. Certitude des droits du bénéficiaire final. – *Primo*, l'acte du disposant peut donner au bénéficiaire final la certitude d'entrer dans ses droits. Il peut s'agir, d'abord, d'un droit réel lui conférant une vocation certaine de jouir de la plénitude des prérogatives sur la chose, au terme de la détention de l'intermédiaire¹. Telle est la situation juridique du nu-proprétaire, lequel est certain de pouvoir exercer son droit de jouissance à l'extinction de l'usufruit. Telle est encore la situation du gratifié pendant la mission qu'accomplissent l'exécuteur testamentaire, le mandataire à effet posthume, ou l'administrateur des biens donnés ou légués au mineur. Dans toutes ces occurrences, la situation du gratifié est identique : il est investi de la propriété par le disposant², mais il doit supporter les pouvoirs de l'intermédiaire le temps de sa mission.

L'acte du disposant peut, ensuite, attribuer au bénéficiaire final un droit personnel lui conférant la certitude d'entrer dans ses droits. En ce sens, s'il n'est pas d'ores et déjà investi de la propriété, l'évènement qui affecte le transfert de propriété à son endroit est inéluctable³.

¹ D'aucuns ont pu considérer qu'il pouvait y avoir un droit réel « *sans aucune chose existant actuellement sur laquelle il porte* » (R. Demogue, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906. 231 et s., spéc. p. 263). On aboutit alors à admettre un droit réel sur des choses futures, phénomène juridique impossible, parce que contraire à l'essence même du droit réel. Un droit réel suppose en effet un pouvoir actuel sur la chose. Ce droit n'apparaît qu'avec la chose elle-même. En réalité, l'admission d'un droit réel éventuel aboutit à confondre la notion de droit réel avec celle de droit de créance. Comme on a pu le montrer : « *Le droit de créance est acquis ; ce qui ne l'est pas, c'est la chose due, et elle ne peut l'être jamais. Ce qu'on veut dire, en établissant cette différence, c'est que le propriétaire a déjà un droit réel, tandis que le créancier aura peut-être un droit réel, plus tard* » (B. Minei, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse Paris, 1912, p. 365).

² Sous réserve, bien entendu, des règles du rapport et de la réduction.

³ Sans doute la jurisprudence n'est-elle pas toujours aussi précise. Ainsi la clause de réversibilité d'usufruit est analysée comme « *une donation à terme de bien présent, le droit d'usufruit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis dès le jour de l'acte ; que seul l'exercice de ce droit d'usufruit s'en trouve différé au décès du donateur* » (Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *Bull. civ.* I, n°291 ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, *Bull. civ.* III, n°220 ; Cass. mixte, 8 juin 2007, n°05-10727 ; *Dr. fam.* 2007, comm. n°151, obs. B. Beignier ; *JCP* 2007. II. 10130, obs. G. Goubeaux). Cette approche s'avère néanmoins trompeuse en ce qu'elle fait du terme un évènement qui diffère l'exercice d'un droit. Ainsi, appliquée à la donation à terme d'un droit de propriété, elle signifierait que le droit de propriété du donataire lui est définitivement acquis dès le jour de l'acte et que seul son exercice s'en trouve différé jusqu'à l'échéance du terme. Pour le dire autrement, le donataire serait investi immédiatement de la propriété, dont seul l'exercice serait différé. Or, il n'en est rien. Le donataire à terme ne devient pas propriétaire dès le jour de l'acte, il est seulement créancier d'une obligation de transférer la propriété dont l'exécution se trouve différée jusqu'à l'échéance du terme. Le terme est en effet un évènement qui diffère l'effet de l'acte juridique, et non pas l'exercice d'un droit. Voir en ce sens M. Grimaldi, *Les donations à terme*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 421 et s., spéc. n°3, p. 423, qui considère que « *le donataire à terme est, dès la donation conclue, créancier d'une obligation de dare – de transférer la propriété – dont seule l'exécution se trouve différée, et dont l'existence suffit à priver le donateur du droit de disposer derechef de la chose donnée* ».

Précisément, l'exigibilité du transfert de propriété au bénéficiaire final est affectée d'un terme, d'un évènement dont la réalisation est future et certaine¹.

27. Incertitude des droits du bénéficiaire final. – *Secundo*, l'acte du disposant peut conférer au bénéficiaire une vocation éventuelle d'entrer dans ses droits². Par là, on songe naturellement à la condition suspensive.

Mais l'incertitude peut également affecter un élément essentiel de l'acte juridique. Or, le droit positif se refuse à confondre la condition suspensive avec les éléments légalement requis pour la formation de l'acte³. Aussi aux côtés des droits conditionnels existe-t-il d'autres droits en cours de formation, les droits éventuels⁴, lesquels se distinguent des simples expectatives, qui correspondent à des situations de fait plutôt qu'à des situations juridiques. Sans doute la définition des droits éventuels divise-t-elle la doctrine. Ainsi, Demogue, qui fut le premier à s'attacher à circonscrire les droits éventuels, les définit par opposition aux droits conditionnels : la condition est une modalité qui ne suspend que l'exécution du droit, alors que l'éventualité est une modalité qui suspend la naissance même de ce droit⁵. Si cette conception marqua durablement la doctrine, elle fut néanmoins contestée par M. Verdier dans sa thèse de doctorat. Selon cet auteur, le droit conditionnel ne serait qu'une variété du droit éventuel, lequel s'analyserait en « *un droit futur dont l'acquisition est d'ores et déjà protégée, voire organisée par l'octroi d'un droit présent dont il constitue la*

¹ C. civ., art. 1185.

² Pothier, *Traité des obligations*, t. 2, 2^{ème} éd., par Bugnet, 1861, n°202. Voir aussi G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 2, 1957, n°1342, p. 508.

³ J.-J. Tassin, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977, n°211 et s. ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009, n°17 et s., p. 19 et s. Adde G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. I, n°611 et t. II, n°1342 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Les obligations*, t. 2, 2^{ème} éd., Sirey, 1989, n°70, p. 63 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°1219, p. 1204.

Certains auteurs ont cependant soutenu que l'évènement conditionnel était nécessaire à la formation du contrat. Voir en ce sens A. Leloutre, *De la non-rétroactivité de la condition accomplie dans l'acte et le fait juridique*, thèse Caen, 1904 ; « Etude sur la rétroactivité de la condition », *RTD civ.* 1907. 753 et s. ; « Des cas d'inexistence et des effets de la condition », *Rev. crit. de lég. et de jurispr.* 1912. 232 et s., 291 et s., 362 et s. ; L. Bernard, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs, essai d'une théorie de la non-rétroactivité*, thèse Aix-Marseille, 1909 ; H. Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922.

⁴ Sur cette notion, voir R. Demogue, « Les droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905. 723 et s. ; du même auteur, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906. 231 et s. ; I. Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907 ; R. Girard, *Les actes de disposition relatifs aux situations juridiques futures en droit français et en droit allemand. Les droits éventuels*, thèse Lyon, 1939 ; J.-M. Verdier, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1955. Adde P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc., n°50, p. 417 ; L. Josserand, *Cours de droit civil français*, t. I, 1938, n°113, p. 90 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1972, 2^{ème} éd., n°165, p. 298.

⁵ R. Demogue, « Les droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », préc., spéc. p. 726 et s. Dans un sens voisin, Girard considéra que le droit éventuel serait un droit futur, situation juridique intermédiaire entre l'expectative et le droit conditionnel, que l'on pourrait définir comme « *celui dont la naissance dépendant de l'arrivée d'un ou de plusieurs éléments exigés comme tels par la loi, trouve cependant sa base dans une situation juridique personnelle préexistante, qui lui confère sa valeur patrimoniale* » (*op. cit.*, p. 81 et s., spéc. p. 95).

finalité »¹. Devant cette absence de consensus, d'aucuns ont pu douter de l'existence même des droits éventuels². Un tel scepticisme est certainement excessif, tant il est difficile de ne pas admettre que la catégorie des droits en cours de formation ne s'épuise pas dans le droit conditionnel. Au-delà, on peut observer que l'opposition entre Demogue et M. Verdier n'est pas aussi franche qu'elle n'y paraît. D'une part, sur le plan conceptuel, si M. Verdier s'écarte de Demogue en voulant démontrer que la condition et l'éventualité sont tous deux des éléments essentiels au droit, il semble néanmoins renouer avec celui-ci en distinguant la condition, simple modalité de l'acte, et l'éventualité, élément constitutif de l'acte³. D'autre part et surtout, ces deux conceptions s'accordent sur le régime juridique de la condition et de l'éventualité, notamment en ce qu'elles admettent la possibilité d'accomplir des actes conservatoires tant que la condition et l'éventualité ne sont pas accomplies⁴. Aussi bien faut-il convenir que, à la différence des droits conditionnels qui réunissent déjà toutes les conditions qui pourraient les rendre parfaits, mais auxquels a été ajouté un élément accidentel et extérieur, les droits éventuels sont ceux auxquels manque l'un des éléments essentiels et constitutifs, en dehors desquels leur existence serait inconcevable⁵. Pour le dire autrement, au cas de droit éventuel, l'acte définitif n'est pas encore constitué : « *il demeure "éventuel" par opposition à l'acte conditionnel qui réunit déjà tous les éléments légalement nécessaires à sa formation* »⁶.

Sous le bénéfice de cette distinction, on peut observer que le bénéficiaire final d'une libéralité à trois personnes, dont la vocation d'entrer dans ses droits est éventuelle, peut être placé dans l'une ou l'autre situation.

En premier lieu, le transfert des droits au bénéficiaire peut être affecté d'une condition suspensive, laquelle présente un caractère adventice. Dans cette optique, la libéralité consentie au bénéficiaire final est formée, mais son efficacité est paralysée : la condition suspensive l'empêche

¹ J.-M. Verdier, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préc., spéc. n°220, p. 184.

² G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997, spéc. n°151, p. 146, qui considère que cette notion n'est « *pas représentative d'un concept ayant valeur explicative ou opératoire* » ; O. Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2001, qui doute que « *son champ d'application soit aujourd'hui bien défini et surtout que son utilité soit de la même façon vraiment reconnue* » (n°250, p. 89) ; D. Bonnet, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. de Vareilles-Sommières, LGDJ, 2005, qui constate que « *le terme "éventuel" revient trop souvent* » et qu'« *utilisé partout il n'est nulle part* » (n°542, p. 292, note 1).

³ J.-M. Verdier, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préc., spéc. n°355, p. 283.

⁴ *Ibid.*, n°306 et s., p. 249 et s.

⁵ Voir en ce sens, Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1968, n°41, p. 37 et s. ; J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°253, p. 355 ; E. Putman, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987, n°399, p. 398 ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ, 1996, spéc. n°446, p. 229-230. *Adde*, P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. n°50, p. 417 ; L. Josserand, *Cours de droit civil français*, t. I, 1938, n°113, p. 90 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1972, 2^{ème} éd., n°165, p. 298.

⁶ J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°253, p. 355.

de produire son principal effet¹. Par exemple, il en est ainsi lorsque l'effet de la libéralité est subordonnée à ce que le gratifié atteigne l'âge de la majorité, ou qu'il survive à un autre individu, qui pourra être lui-même un gratifié sous condition inverse.

En second lieu, l'évènement futur et incertain peut affecter un élément essentiel de la libéralité, légalement nécessaire à sa formation. Ainsi, aux termes de l'article 1108 du Code civil, la libéralité doit remplir les quatre conditions « *essentielles pour la validité d'une convention* »², à savoir un consentement réel et non vicié, la capacité de disposer et recevoir à titre gratuit, un objet certain et une clause licite. A cet égard, il est des libéralités à trois personnes dont la capacité du bénéficiaire final est érigée en un évènement futur et incertain. Tel est le cas des legs aux fondations à créer³ et, plus généralement, des libéralités avec charge dont le bénéficiaire est une personne future ou incertaine au jour du décès du disposant. Dans toutes ces hypothèses, l'évènement futur et incertain affecte, non pas l'obligation de transférer ses droits au bénéficiaire final, mais l'acte lui-même, c'est-à-dire la libéralité. En d'autres termes, la libéralité consentie au bénéficiaire final n'est pas conditionnelle, mais éventuelle. Au-delà des conditions légales communes à la formation de tous les actes juridiques, la loi érige parfois d'autres évènements futurs et incertains en éléments nécessaires à la constitution d'un acte. Là encore, il n'y a pas de condition au sens technique du terme, mais une éventualité⁴. Telle est ainsi l'exigence légale de l'ordre des décès du premier et du second gratifié posée à propos des libéralités graduelles et des libéralités résiduelles, lesquelles ont de commun de constituer une double libéralité successive : le disposant donne ou lègue des biens à deux gratifiés qui en jouiront successivement, le second à la mort du premier, et qui, tous deux, tiendront leurs droits directement de lui⁵. Sous cet aspect, on le voit, la condition de survie du second gratifié au premier gratifié n'est pas un évènement extérieur à la double libéralité, mais bien un évènement qui est intrinsèquement nécessaire à sa constitution⁶. Autrement dit, le droit du second gratifié est, non pas un droit conditionnel, mais

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 1955, *D.* 1956. somm. 40 : « *c'est à bon droit qu'après avoir relevé que la vente d'un immeuble sous condition suspensive était parfaite au moment où elle a été conclue, par l'effet de l'accord des parties sur la chose et sur le prix [...]* » ; Cass. com., 10 juill. 1984, *Bull. civ.* IV, n°226 : « *Mais attendu que si la vente ne pouvait être exécutée aussi longtemps que ne serait pas satisfaite la condition suspensive, cette vente n'en était pas moins parfaite dans sa conclusion [...]* ».

² Il est évident que ces conditions sont requises pour la validité de tous les actes juridiques, et non pas seulement les conventions. Voir en ce sens notamment J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. II, PUF, Quadrige, 2004, n°938, p. 1959.

³ L. n°87-571 du 23 juill. 1987, art. 18-2, al. 1 et 3, mod. L. n°90-559 du 4 juill. 1990.

⁴ Sans doute pourra-t-on objecter que de tels évènements sont bien souvent qualifiés de conditions. Ainsi, une jurisprudence classique qualifie de condition suspensive l'obtention d'une autorisation administrative à laquelle une vente est subordonnée. L'objection, néanmoins, pourrait bien être prise à revers. C'est bien souvent le moment de formation du contrat qui est retardé. Dès lors, n'est-ce pas admettre implicitement que jusque-là le contrat n'est pas parfait ? N'est-ce pas considérer que jusque-là c'est le contrat qui demeure éventuel (Voir en ce sens E. Putman, *La formation des créances*, préc., spéc., n°399, p. 397).

⁵ C. civ., art. 1051 pour les libéralités graduelles et 1061 pour les libéralités résiduelles.

⁶ Voir en ce sens J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., spéc., n°355, spéc. p. 494 et s. ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°456 et s., p. 235 et s.

un droit éventuel, car son sort dépend d'un évènement intéressant l'un des éléments constitutifs du mécanisme graduel ou résiduel.

De cette distinction entre la condition et l'éventualité, existe-t-il une différence de régime juridique ? S'il y a une certaine identité de régime tant que l'incertitude est pendante¹, l'éventualité se distingue clairement de la condition lors de la dissipation de l'incertitude. En effet, dans la mesure où la condition ne fait que suspendre certaines obligations de l'acte, lequel réunit dès sa conclusion toutes les composantes légales nécessaires à son existence, il suit que la survenance de l'évènement opère rétroactivement². Cette analyse s'inspire du reste des déclarations de Bigot de Préameneu lors des travaux préparatoires du Code civil : « *un contrat, pour être subordonné à une condition, n'en est pas moins un engagement dont la condition n'est qu'une modification. Il est donc juste que son effet remonte au jour où il a été contracté* »³. A l'inverse, la rétroactivité de l'éventualité « *ne trouverait aucune prise puisque les conditions nécessaires à l'existence même de l'acte n'étaient point réunies* »⁴. L'incertitude frappant un élément requis par l'ordre juridique pour l'existence d'une situation juridique, l'accomplissement de l'éventualité ne peut opérer que pour l'avenir.

§ 2 - LE SUJET ACTIF

28. Sens du rôle actif de *Secundus*. – Une libéralité à trois personnes est une libéralité dont l'économie suppose le concours d'un troisième individu. Intermédiaire de transmission, entre le disposant et le bénéficiaire final, il est le pivot de l'opération. Il apparaît comme un catalyseur favorisant l'exécution de la volonté libérale du disposant.

Ainsi entendu, l'intermédiaire ne saurait être un relais superflu à des libéralités qui pourraient tout aussi bien se réaliser sans lui. Ne sont donc pas des libéralités à trois personnes les opérations dans lesquelles un individu intervient *malgré lui* à l'opération. Dans ces cas de figure, le troisième agent est non pas un élément *consubstantiel* à la libéralité, mais seulement élément

¹ R. Demogue, « De la nature et des effets du droit éventuel », préc., spéc. p. 282 et s. ; J.-M. Verdier, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préc., spéc., n°226 et s., p. 190 et s. ; E. Putman, *La formation des créances*, préc., spéc., n°403 et s. ; Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préc., n°41 et s., p. 37 et s. ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°483 et s., p. 250 et s. Adde L. Josserand, *Cours de droit civil français*, t. I, préc., spéc., n°113, p. 91 ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., spéc. n°165, p. 298.

² C. civ., art 1179.

³ P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1827, p. 242. Adde H. Capitant, *De la cause des obligations*, n°18 : « L'évènement prévu survenant, le contrat produit ses effets au moment même où il a été conclu, ce qui logiquement se comprend très bien, puisque tous les éléments nécessaires à sa formation étaient dès ce moment réunis, et que ses effets étaient simplement subordonnés à l'arrivée d'un évènement futur et incertain ».

⁴ L. Josserand, *Cours de droit civil français*, préc., t. I, n°113, p. 91. Voir également R. Demogue, « De la nature et des effets du droit éventuel », préc., spéc. p. 242 et s. ; J.-M. Verdier, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préc., spéc. n°348 et s., p. 278 et s. ; J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°302 et s., p. 418 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., spéc., n°165, p. 298.

contingent : le disposant et le gratifié prennent appui sur lui sans qu'il joue un rôle actif dans l'économie de la libéralité. Pratiquement, ce sont des hypothèses dans lesquelles un tiers intervient comme créancier du gratifié ou débiteur du disposant¹. Tel est le cas lorsque le disposant éteint la dette du gratifié auprès d'un tiers, ou lorsqu'il garantit la dette du gratifié en s'engageant de ne pas exercer de recours contre le débiteur au cas où il serait amené à payer la dette². Tel est encore le cas lorsque le disposant demande à son débiteur de payer sa dette au gratifié³. Au fond, dans ces hypothèses, si un troisième individu intervient à la libéralité, ce n'est que l'espace d'un instant, sans exercer une quelconque influence sur l'économie de la libéralité.

29. Maîtrise de l'objet de la libéralité à *Tertius*. – Voulue par *Primus*, l'intervention de *Secundus* n'est nullement accidentelle, mais, au contraire, essentielle à la structure de la libéralité. Pour ce faire, l'objet de la libéralité consentie à *Tertius* chemine par l'intermédiaire de cet individu, qui en a la maîtrise. Traduite juridiquement, la maîtrise signifie que l'intermédiaire est investi de prérogatives juridiques sur l'objet de la libéralité qui lui permettent d'être « *en possession* » du bien dont le disposant s'est dessaisi.

Mais l'étendue de cette maîtrise, autrement dit la nature de ses prérogatives, peut être plus ou moins étendue. Ainsi peut-il être investi de la maîtrise absolue et complète de la chose, la propriété, ou d'une maîtrise plus limitée, telle qu'un droit d'usufruit, d'un droit personnel, ou encore de simples prérogatives de représentation des intérêts d'autrui. Pourtant, au-delà de ces variations, il est une donnée qui ne varie pas. En effet, il ne faut pas omettre que *Secundus* n'est qu'un intermédiaire dans le processus libéral. Il doit donc se conformer aux « *intentions* » de son auteur, *Primus*. A cet égard, le terme « *intention* » peut désigner soit une obligation juridique, soit un devoir, soit encore une simple recommandation, un vœu. Aussi bien peut-on observer que le dénominateur commun réside dans l'exercice des prérogatives de *Secundus*, à savoir tenir compte des intérêts de *Tertius*. En ce sens, *les prérogatives de l'intermédiaire sont grevées d'une série de charges ou de*

¹ Les raisons qui justifient le recours à ces procédés peuvent être variées. Le disposant peut agir ainsi soit en raison de la simplicité de l'opération – le disposant préférant, par exemple, payer le créancier du gratifié ou céder gratuitement sa créance plutôt que de remettre directement à son gratifié l'émolument de la libéralité – soit, au contraire, parce qu'il ne souhaite pas révéler la nature libérale de son action – le disposant demandera à son débiteur de s'engager envers le gratifié (par le biais d'une délégation de créance ou de la souscription d'un effet de commerce), plutôt que céder sa créance directement à son gratifié.

² L'hypothèse la plus courante est celle du cautionnement-libéralité. Sur cette notion voir J.-F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, préc., n°232 et s. ; p. 136 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, préc., n°228, p. 90 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, préc., n°58 et s., p. 50 et s. ; Ph. Simler, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, préc., n°58 et s., p. 67 et s. ; F.-X. Testu, « Le cautionnement-libéralité », *JCP* 1989. I. 3377.

³ Les mécanismes employés sont divers. Il peut s'agir d'une cession de créance – le disposant cédant gratuitement sa créance au gratifié –, d'une délégation de débiteur – le disposant-déléguant demandant à son débiteur-délégué de s'engager auprès d'un tiers, le gratifié-déléguataire –, ou encore de la souscription d'effets de commerce – le disposant-tireur donnant l'ordre son débiteur-tiré de s'engager au profit du bénéficiaire. Sur ces hypothèses, voir R. Libchaber, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », préc., n°12 et s.

devoirs dont l'objet est de favoriser la transmission du bien lui-même, d'un autre bien qui en serait la représentation, ou encore la richesse représentative de celui-ci au bénéficiaire final.

30. Incidence de la contrainte pesant sur *Secundus* sur l'émolument de *Tertius*. – De là il résulte que la variabilité de l'intensité de la contrainte qui pèse sur *Secundus* exerce inéluctablement une influence sur l'émolument de *Tertius*. En ce sens, il participe directement à la constitution de l'enrichissement de celui-ci et contribue à en définir les contours exacts. Tout dépend en effet de la nature de la contrainte que *Secundus* doit subir. Est-elle purement morale, précative, sa maîtrise sera telle qu'il présidera au sort de la libéralité que *Primus* souhaite consentir à *Tertius*. Au contraire, est-elle sanctionnée juridiquement, telle une charge de transmettre, son pouvoir sur l'efficacité de la libéralité sera réduit. Mais il ne sera pas anéanti pour autant. Car, même dans un tel cas de figure, le temps de la détention de l'intermédiaire ne sera pas sans incidence sur l'émolument réellement procuré à *Tertius*.

* * *

31. Conclusion de la Section. – Les libéralités à trois personnes mettent en scène trois individus dont le rôle de chacun diffère de celui des deux autres.

En tant qu'instigateur de l'opération, le disposant est celui qui fixe le processus de l'opération. Pour ce faire, il confère à l'intermédiaire des prérogatives sur l'objet de la libéralité, afin de lui permettre d'en avoir la maîtrise. Placé entre le disposant et le bénéficiaire final, l'intermédiaire apparaît donc comme le pivot de l'opération, celui grâce au moyen duquel le disposant peut réaliser sa volonté libérale. A cet égard, en attribuant à l'intermédiaire la maîtrise des biens de la libéralité, le disposant peut lui conférer des prérogatives plus ou moins étendues, allant de simples pouvoirs de détenteur précaire jusqu'à ceux d'un véritable propriétaire. Où l'on voit, en contrepoint, que la vocation du bénéficiaire final à recueillir l'objet de la libéralité peut être certaine ou simplement éventuelle.

Dans la même optique, l'intensité de la contrainte qui pèse sur l'intermédiaire peut lui permettre d'exercer une influence sur l'objet même de la libéralité.

SECTION II : L'OBJET

32. Nature et détermination de l'objet de la libéralité. – Lorsqu'elle est pure et simple, la libéralité a pour objet le transfert d'un bien sans contrepartie. La situation est plus complexe en matière de libéralité à trois personnes. En effet, l'objet même de la libéralité que *Primus* consent à *Tertius* chemine par *Secundus*. Plus précisément, *Secundus*, l'intermédiaire, a, pendant un temps, la maîtrise de cet objet. Ce faisant, l'objet de la libéralité faite à *Tertius* s'entend, non pas du bien dont *Primus* se dessaisit au profit de *Secundus*, mais du bénéfice réellement procuré à *Tertius*. Sans doute, ce bénéfice sera le plus souvent le bien lui-même. Mais il n'en sera pas toujours ainsi : il pourra s'agir seulement des fruits et produits générés par ce bien, voire même parfois d'un autre bien.

Partant, l'objet de la libéralité que consent *Primus* peut être soit le bien dont il se dessaisit au profit de l'intermédiaire (§ 1), soit la valeur représentative de celui-ci ou la richesse qu'il peut produire (§ 2).

§ 1 - UN BIEN

33. Déterminer la nature du bien transféré impose au préalable de s'interroger sur la notion même de bien. Le Code civil ne définit nulle part ce qu'est un bien et l'ambiguïté terminologique des termes « *bien* », « *droit* » et « *chose* » explique à cet égard les différentes conceptions de la notion de bien¹. Il ne s'agit point pour nous d'énoncer une *vérité* en tranchant entre ces différentes définitions², mais plutôt de prendre conscience de leur diversité et d'éviter simplement d'utiliser indistinctement ces termes dans des sens contradictoires.

Après avoir défini la notion de bien (A), nous exposerons la nature du bien dont se dessaisit le disposant d'une libéralité à trois personnes (B).

¹ On a justement évoqué « *l'impossible définition* » du bien au sens juridique du terme : C. Grzegorzcyk, « La conception du bien juridique : l'impossible définition ? », in *APD* t. 24, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 259. On souligne que ces confusions sont sociologiquement fondées sur l'interdépendance entre les personnes et les choses. Voir sur ce point F. Terré, « Esquisse d'une sociologie du droit de propriété », *Annales faculté de Lille*, 1966, in *Etudes E. Giraud*, Lille, 1967, p. 417 et s., spéc. p. 433 : « Normalement, le droit n'envisage les biens qu'en considération de l'activité humaine, qui, par eux, s'exerce et peut s'exercer. D'où l'inclusion des droits dans la catégorie juridique des biens. L'étonnant, c'est plutôt que le droit traite les choses comme les biens, à côté des droits. Le juriste explique cette singularité en invoquant l'histoire et la confusion traditionnelle du droit de propriété et des choses matérielles qu'il atteint. Anomalie pour le juriste, cette désignation est peut-être le signe d'une réalité sociologique plus profonde et d'un rapport plus immédiat entre l'être humain et les choses matérielles ».

² Voir en ce sens M.-L. Mathieu-Izorche, *Droit civil, Les biens*, Sirey, 2^e éd., 2010, n°26 p. 8 : « Toutes ces définitions sont acceptables, car en la matière, il n'y a pas place pour des vérités, mais seulement pour des propositions ».

A. La notion de bien

34. Diversité de définitions. – La confusion terminologique entretenue par le Code civil, qui n'est point le fruit d'un travail législatif conscient¹, a offert à la doctrine un terrain d'analyses suffisamment vaste pour rendre chacune des définitions défendues parfaitement acceptables. Le Livre II du Code civil relatif aux biens et aux différentes modifications de la propriété débute par un Titre premier consacré à « *la distinction des biens* ». « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* », dispose l'article 516. A première vue, le Code civil paraît admettre que les biens sont des choses « *au sens de la corporéité* »². La lecture des articles suivants nous enseigne que la catégorie des biens est en réalité plus étendue. En procédant à un classement des meubles et des immeubles, le Code civil nous livre un catalogue des différents éléments susceptibles d'être qualifiés de biens mobiliers ou immobiliers. Sont ainsi des biens, les *choses matérielles*³ que sont les fonds de terre, moulins, récoltes, animaux, ustensiles aratoires et autres bateaux, mais aussi les *droits*⁴, tels que l'usufruit, les actions en justice, les rentes, obligations et actions. L'article 526 du Code civil révèle à cet égard l'existence de ce dualisme en réputant *biens* les « *immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent ; l'usufruit des choses immobilières ; la servitude ou services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* »⁵.

Il en résulte logiquement que les choses et les droits constituent indistinctement des biens. La lecture d'autres articles du Code civil vient toutefois troubler cette harmonie. Le Titre II du Livre II, intitulé « *De la propriété* », débute par le célèbre article 544 : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »⁶. De façon identique, l'article 578 du Code précise que l'usufruit est « *le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété* »⁷. La propriété et l'usufruit ne portent plus ici sur tous les biens, mais uniquement sur l'une de ses espèces, les choses⁸. Est-ce la portée qu'il convient d'accorder à ces textes ? A l'évidence non, puisque l'article 581 énonce que l'usufruit peut être établi sur « *toute espèce de biens meubles ou immeubles* », c'est-à-dire, si l'on suit la dichotomie légale des biens, sur des choses et sur des droits.

¹ Voir sur ce point l'analyse des Travaux préparatoires par E. Sabathié, *La chose en droit civil*, thèse dactyl. Paris II, 2004, dir. D. Mazeaud, n°77-84 p. 64 et s.

² H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *APD* t. 24, 1979, p. 9, spéc. p. 10.

³ C. civ., art. 518 et s., 531 et s.

⁴ C. civ., art. 526, 529, 530.

⁵ (nous soulignons).

⁶ (nous soulignons).

⁷ (nous soulignons).

⁸ La confusion était déjà manifeste dans l'article 537 du Code civil : « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* ». Le droit de propriété ou tout autre droit de jouissance ne pouvant être assimilés à un bien sauf à prétendre à l'existence d'un bien (c'est-à-dire un droit) sur un bien (c'est-à-dire une chose).

Au demeurant, cette confusion terminologique est entretenue par le législateur contemporain. Que l'on lise pour s'en convaincre l'article 724 du Code civil, modifié par la loi du 3 décembre 2001, suivant lequel « *les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt* »¹, ou encore l'article 893, modifié par la loi du 23 juin 2006, d'après lequel « *la libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* »². En distinguant des biens, les droits et les actions, ces deux articles semblent suggérer qu'ils ne sont pas des biens !

35. La notion de bien entendue comme choses et droits. – En réalité, il convient de considérer que sont des biens tant les droits que les choses. En effet, si l'analyse historique³ révèle la polysémie du terme « *bien* », il faut surtout relever qu'un bien est ce qui est *utile* à l'homme et *susceptible d'appropriation*⁴.

L'*utilité* repose sur l'idée de *valeur*⁵. Le *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant définit le patrimoine comme « *l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne* »⁶, les premiers formant l'actif, les secondes constituant le passif. La première caractéristique de la composition du patrimoine est de se limiter à des valeurs économiques. Echappent ainsi au patrimoine toutes les valeurs qui ne peuvent participer à la circulation des richesses, ce qui exclut les droits qui ne peuvent être monnayés. L'*appropriabilité* exprime l'idée de ce que l'on peut avoir, de ce qu'il est permis de tenir en son pouvoir. En ce sens, l'appropriation renvoie à l'idée d'*exclusion d'autrui* : un élément est approprié lorsqu'il est soustrait à un usage collectif.

La conjonction de ces deux éléments fait que tant les choses que les droits⁷ peuvent revêtir la qualification de bien¹. Mais une telle consécration de la notion de bien peut paraître paradoxale.

¹ (nous soulignons).

² (nous soulignons).

³ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Droit fondamental, 1989, n°84.

⁴ Ch. Atias, *Les biens*, 11^{ème} éd., Litec, 2011, n°1 p. 1 ; J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., spéc., n°707, p. 1595 ; G. Cornu, *Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2007, n°1 et s., p. 1 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°8 p. 6 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°2 p. 19 ; R. Libchaber, *V° Biens*, *Rép. civ.* Dalloz, 2009, n°4 et s. Voir déjà en ce sens G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, 1^{ère} éd. 1896, n°10 p. 10 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, 2^{ème} éd., par H. Picard, 1952, n°51 p. 58.

⁵ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, 3^{ème} série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, n°494 et s. p. 166 et s. ; A. Piédelièvre, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges de Juglart*, LGDJ-Montchrestien, 1986, p. 55 et s. ; E. Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 nov. 1989, Ed. Thémis, Litec, 1991, p. 217 et s. ; J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 279 ; J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s.

⁶ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., *V° Patrimoine*.

⁷ Les droits constituent des moyens d'approprier certaines utilités d'une chose. L'assertion est évidente pour le droit réel : il permet à son titulaire d'accéder directement aux utilités de la chose. Elle l'est moins pour le droit personnel. L'on dit qu'il permet indirectement de jouir des utilités de la chose en ce qu'il offre à son titulaire la

Elle paraît en effet difficilement conciliable avec l'analyse du droit de propriété. Le droit de propriété absorbant toutes les utilités de la chose, l'on aboutit à une « *non-dissociation avec son support* »², c'est-à-dire à une confusion du droit et de la chose. D'où la contradiction judicieusement dénoncée par M^{me} Mathieu-Izorche : « *est, dit-on, un bien, une chose susceptible de propriété, la propriété étant le type même du droit réel, droit exercé sur une chose sans l'intermédiaire de quiconque. Mais la catégorie des biens comprend aussi...les droits réels. D'où l'on devrait conclure que la propriété, comme droit réel, est un bien, donc une chose susceptible de...propriété !* »³.

En réalité, l'affirmation, suivant laquelle les biens sont les choses et les droits, ne peut être comprise que si l'on accède à une nouvelle acception de la propriété. Dans cette optique, M. Zenati-Castaing⁴, s'appuyant sur les travaux de Villey⁵ et de Ginossar⁶, estime que le droit de propriété ne peut être considéré comme un droit subjectif patrimonial, il est « *ce qui permet aux choses d'être des biens* »⁷. En d'autres termes, la propriété doit être définie comme le rapport d'appartenance entre une personne et une chose. En ce qu'elle offre tous les pouvoirs à son titulaire, elle est en effet le seul qui lui permette de s'assurer l'*appropriation* d'une chose ou d'un droit, à savoir l'exclusivité de toutes les utilités de la chose ou du droit. Ainsi compris, la propriété

possibilité de poursuivre l'exécution de son droit contre le patrimoine du débiteur (R. Libchaber, *V° Biens, Rép. civ. Dalloz*, préc., n°46 et s.).

¹ Ch. Atias, *Les biens*, préc., spéc. n°27 et s. ; J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., spéc. n°709 et s., p. 1598 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°8 p. 6 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc. n°2 p. 19 ; R. Libchaber, *V° Biens*, préc., n°13 et s.

Voir également en ce sens l'article 520 de l'avant-projet du Livre II du Code civil relatif aux biens, préparé sous l'égide de l'Association Henri Capitant « *Sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523* ».

² A. Piédelièvre, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », préc., spéc. p. 56. Sur ce constat, voir également J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., spéc. n°708, p. 1596 : « *le droit de propriété lui-même, lequel, absorbant toutes les utilités de la chose, paraît se confondre avec celle-ci* ».

³ *Les biens*, préc., spéc. n°33 p. 11.

⁴ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, thèse dactyl. Lyon III, 1981, spéc. n°548 et s. Voir également l'exposé, plus condensé, de la pensée de l'auteur : « Sur la constitution de la propriété », *D.* 1985, chron. XXX, p. 171 ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305 ; « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006. 445 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc. n°2 et s. p. 18 et s., n°164 et s. p. 259 et s.

⁵ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 167 et s. et 221 et s. Pour l'exposé détaillé de ces thèses : « L'idée de droit subjectif et le système romain », *RHD* 1947. 201 ; « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », in *Mélanges F. de Visser* II, p. 417 ; « Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne », *Publ. Institut de droit romain*, Paris, 1950, p. 187.

⁶ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960. Pour un compte-rendu critique de la thèse, voir J. Chevalier, *RTD civ.* 1960. 600 ; J. Dabin, « Pour une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962. 20 ; en réponse, S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962. 573 ; L. Rigaux, « A propos d'une renaissance du » F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc., n°3 p. 21.

⁷ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc., n°3 p. 21.

n'est pas un composant du patrimoine du sujet¹ ; seuls les éléments objets de propriété y figurent, à savoir les *choses*, les *droits réels* et les *droits personnels*.

B. La détermination du bien transmis

36. Les biens peuvent être considérés, dans leur individualité propre, comme formant un objet particulier ou, au contraire, comme formant un ensemble, une collection, une universalité. Partant, le disposant peut se dessaisir soit d'un bien précis, individualisé (1), soit d'une universalité (2).

1. Un bien individualisé

37. Un élément perceptible par l'homme. – La tradition juridique a considéré la conception de la propriété du Code civil comme nécessairement entée sur la matérialité des choses². Dans cette vue, une chose est dotée d'une réalité physique, elle est nécessairement un objet matériel. Les choses immatérielles sont insusceptibles de propriété parce qu'il est impossible de les appréhender matériellement. Cette objection procède du postulat que la propriété repose sur la possession³.

Elle doit cependant être dépassée. La notion de chose, loin de se limiter à la sphère matérielle, peut intégrer des valeurs immatérielles qui ne se conçoivent qu'en esprit. D'une part, l'article 544 du Code civil utilise le terme « *choses* » sans opérer de distinction en fonction d'un critère matériel ou immatérielle. Dès lors, pourquoi distinguer là où la loi ne distingue pas⁴ ? Il apparaît plus logique de considérer que l'absence de *corpus* importe peu en matière de propriété et que « *toutes espèces d'entités constituent des choses, n'auraient-elles aucune existence physique : les choses ne s'arrêtent pas au monde tangible* »⁵. D'autre part et surtout, ce n'est pas la *matérialité* de la chose qui fonde son appropriation par le droit de propriété, mais sa *réalité*. Une chose existe en dehors de son appréhension par le droit ; elle est avant tout une réalité perceptible. Demolombe estimait ainsi que « *le mot chose, dans la flexibilité indéfinie de ses acceptions, comprend tout ce qui existe, non seulement les*

¹ *Ibid* : « il n'est guère concevable que la propriété soit un bien, car il serait tautologique et absurde de s'approprier le rapport d'appropriation. Le droit de propriété ne peut être un bien parce qu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens. Ce sont les objets de propriété qui sont des biens, non pas la propriété elle-même ».

² *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o chose (1) : « *Objet matériel considéré sous le rapport du Droit ou comme objet de droits ; espèce de bien parfois nommé plus spécialement chose corporelle (mobilier ou immobilière)* ».

³ Sur la remise en cause de cette conception, voir notamment F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », préc..

⁴ La célèbre maxime *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* trouve ici un nouveau terrain d'élection. Voir notamment C. Caron et H. Lécuyer, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2004, p. 44.

⁵ F. Zenati et Th. Revet, *Les biens*, 2^{ème} éd., PUF, coll. Dr. fondamental, 1997, n^o1 p. 13.

objets qui peuvent devenir la propriété de l'homme, mais même tout ce qui, dans la nature, échappe à cette appropriation exclusive : l'air, la mer, le soleil... Aussi tous les biens sont-ils des choses, quoique toutes les choses ne soient pas des biens »¹. L'on remarque ce faisant que la caractéristique essentielle d'une chose est sa *faculté d'être perceptible par l'homme*. Précisément, la notion de chose incorpore tout ce qui est perceptible par l'un des cinq sens de l'homme – le goût, l'odorat, l'ouïe, le toucher et la vue².

Une telle acception du terme « chose » permet de considérer que les *fonds incorporels*³ – les fonds d'exploitation (fonds de commerce, fonds agricole, artisanal, libéral) et les fonds de spéculation (fonds communs de placement, fonds communs de créance)⁴ – et les *propriétés dites intellectuelles* peuvent être des choses appropriables. Mais elle exclut alors de son domaine des « valeurs totalement imperceptibles par les sens »⁵ – les droits – que le Code civil ne commande pas.

38. Un élément doté d'une consistance juridique. – Circonscrire la notion de bien aux seuls éléments perceptibles par l'un des sens de l'être humain aboutit à nier qu'un droit – élément doté d'une consistance purement juridique – puisse être l'objet d'un bien. L'on observe pourtant que les *droits patrimoniaux* peuvent être également l'objet d'un droit réel.

Il est vrai que la classification traditionnelle des droits réels et des droits personnels semble imposer une telle exclusion. Il peut paraître paradoxal, en effet, de prétendre à l'existence de cette *summa divisio* des droits patrimoniaux et soutenir qu'un droit réel puisse avoir pour objet un droit de créance, voire un autre droit réel. A l'analyse, ces deux prétentions n'ont pourtant rien d'incompatible. Si le droit de créance est assurément personnel du côté du débiteur, il ne l'est pas nécessairement du côté du créancier. Ce dernier peut en effet considérer sa créance comme un objet, une chose. La créance présente alors une nature *ambivalente* : elle est à la fois un engagement personnel du débiteur envers le créancier *et* une chose objet de propriété pour le créancier. Ainsi s'exprime Pierre Raynaud dans son cours de doctorat : « *Aujourd'hui la conception dualiste de*

¹ Ch. Demolombe, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, Cours de Code Napoléon, Ed. Durand, 1870, t. IX, n°9 p. 5. L'éminent auteur définissait les biens comme « *les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir objet de propriété* ».

² G. Cornu, *Les biens*, préc., n°131, p. 342 : il faut et il suffit, « *pour que l'œuvre existe, que, sous une forme ou une autre, la conception s'extériorise, qu'elle prenne corps hors l'esprit de son auteur, qu'elle existe en dehors de lui* ». Rappr. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Dr. fondamental, 2007, n°40 et s., p. 58 et s.

Adde. N. Binctin, *Le capital intellectuel*, préf. G. Bonnet et M. Germain, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, 2007, n°18 et s., p. 27 et s., spéc. n°32 et s. p. 40 et s. : « *Un bien intellectuel est une chose issue de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créative susceptible d'appropriation indépendamment de tout support* ».

Sur l'assimilation du courant électrique à une chose, voir Cass. crim., 3 août 1912, DP 1913. 1. 439 ; RTD. civ. 1904. 19, obs. Pilon ; P. Catala, « La matière et l'énergie », in *L'avenir du droit – Mélanges Terré*, PUF – Dalloz – Juris-Classeur, 1999, p. 557.

³ Précisons que ces fonds sont qualifiés d'universalité de fait. Sur ce point, voir *infra* n°41.

⁴ Les termes « *fonds d'exploitation* » et « *fonds de spéculation* » sont empruntés à MM. Zenati-Castaing et Revet (*Les biens*, préc., spéc., n°53 et s., p. 99 et s.).

⁵ D. Gutman, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les sources du langage juridique », APD 1999, p. 65, spéc. p. 66.

*l'obligation est unanimement admise ; l'obligation est non seulement un lien personnel, en ce qu'elle suppose un créancier et un débiteur, mais encore un bien, une valeur qui est susceptible de faire l'objet d'un commerce »*¹. La créance peut être ainsi l'objet d'une mutation parce qu'elle est envisagée par le créancier comme une chose objet de propriété².

Il apparaît donc clairement que la créance présente un double caractère : un *droit personnel* dans les rapports entre le créancier et le débiteur, un *objet de droit réel* dans les relations du créancier avec les tiers³. Il faut dès lors admettre qu'un droit de créance puisse être l'objet d'un droit réel⁴.

Dans la même optique, un droit réel peut avoir pour objet un autre droit réel. Il est ainsi enseigné qu'un droit d'usufruit peut porter sur un droit réel, tel qu'une servitude ou un droit d'usufruit⁵. L'assertion se recommande d'ailleurs de l'article 384 du Code civil, suivant lequel le

¹ P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Cours DEA, Les cours du droit, 1977-1978, p. 20. Relevons que deux auteurs (A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., spéc., n°211 et s., p. 736 et s. ; J. François, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations, régime général*, préc., spéc., n°335 et s., p. 279 et s.) adoptent clairement ce dualisme dans leurs ouvrages respectifs de droit des obligations. Adde le commentaire de M. Lequette à propos de l'ouvrage de M. François (RTD civ. 2000. 954) : « Prenant appui sur la double nature de l'obligation, lien personnel et valeur économique, l'auteur envisage successivement l'obligation comme lien puis comme bien. En dépit de son évidence, cette distinction n'avait jusqu'à présent été utilisée que par M. Alain Sériaux, sans doute parce qu'elle est délicate à mettre en œuvre du fait du caractère hybride de certaines institutions qui constituent des points de passage obligés de l'étude du régime général de l'obligation : subrogation qui tient du paiement et du transfert de créance, délégation aux facettes et fonctions multiples... L'équilibre des développements auxquels il est parvenu, leur progression laissent à penser que la présentation retenue devrait faire école ».

² Précisément, le droit de propriété sur une créance ne porte pas directement sur le bénéfice ou l'émolument, mais sur le bénéfice futur de la prestation, sur la prestation attendue du débiteur. En d'autres termes, il porte sur le droit à prestation, sur le droit à obtenir le paiement d'une somme d'argent. Ce droit à prestation est une prérogative appartenant à une personne déterminée, le créancier, et devient objet de propriété. Voir en ce sens Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, préc., spéc., n°21 p. 29 : « Seule une conception objective de l'obligation, considérée comme une valeur pécuniaire dans un patrimoine, permet d'expliquer la cession de créance » ; P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, préc., spéc., p. 20 : « C'est parce que celle-ci [l'obligation] est un bien qu'elle peut être transmise que ce soit par le jeu de la cession de créance ou par celui de la subrogation ».

³ Voir en ce sens R. Libchaber, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », RTD civ. 1997. 615, spéc. p. 627 : « On peut admettre que la propriété d'une créance soit une chose bien différente de sa titularité, quoique les deux qualités se cumulent sur une même tête : le créancier est pris dans une relation juridique qui le relie à son débiteur, tandis que le propriétaire contemple sa créance comme étant un tout dont il dispose à sa guise, qui esquive la relation au débiteur pour embrasser d'un seul coup d'œil l'objet, l'anticipation qu'il en a, et les destinées qu'il lui attribue » ; F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica, 2007, n°219 et s., p. 243 et s. L'auteur conclut : « La créance est donc à la fois un lien personnel et un objet de propriété selon la relation dans laquelle on se place. C'est un droit à une prestation, valeur appropriée, que l'on peut revendiquer à l'égard des tiers et c'est un lien personnel entre le créancier et le débiteur en vertu duquel on peut exiger de ce dernier l'exécution de la prestation ».

⁴ Sur l'usufruit des créances, voir notamment A. Françon, « L'usufruit des créances », RTD civ. 1957. 1 et s. ; R. Libchaber, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », préc.

D'aucuns pourraient alors nous objecter que l'on renie la classification traditionnelle des droits réels et des droits personnels. En un mot, que l'on adopte une approche réifiée des droits personnels. Assurément, non. C'est bien l'aspect *personnel* du droit qui justifie le droit du créancier d'exiger de son débiteur d'exécuter son obligation. Il est de l'essence du droit de créance d'être un droit personnel ; il peut seulement être l'objet d'un droit réel par le créancier. Relevons au surplus que telle a été la position du Conseil constitutionnel à propos des droits sociaux. La haute juridiction a affirmé en effet le caractère constitutionnel du droit de propriété à propos des nationalisations du capital de plusieurs sociétés commerciales (Dec. Cons. Const. n°81-132 du 16 janv. 1982, *AJDA* 1982. 377, note J. Rivéro ; *Rev. dr. publ.* 1982. 377, note L. Favoreu ; *Gaz. Pal.* 1982. 1. 67, note S. Piédelièvre et J. Dupichot ; *D.* 1983. 169, note Hamon. La Cour européenne des droits de l'homme a, de même, fait application de l'article 1^{er} du protocole n°1 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à propos de la propriété des actions composant le capital d'entreprises nationalisées : CEDH, 9 juill. 1986, *JCP éd. E* 1987. II. 14894, note Jeantet ; F. Sudre, *D.* 1988. chron. 71).

⁵ M. Duranton, *Cours de droit civil français*, t. IV, 2^{nde} éd., 1828, n°480 p. 423 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil*, t. II, 6^{ème} éd., 1935, par E. Bartin, § 226 p. 632 ; R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, par

droit de jouissance légale des parents, qui porte sur les biens de leur enfant – notamment les droits d’usufruit reçus à titre gratuit –, est qualifié de droit d’usufruit¹. Elle mérite néanmoins d’être précisée. Le bénéficiaire de l’usufruit n’est pas titulaire de l’usufruit objet de son droit. Il n’a que l’exercice effectif des prérogatives attachées à ce droit. Autrement dit, « *l’usufruitier de la chose et l’usufruitier de l’usufruit, au fond, se “partagent” l’usufruit, non pas par une répartition des attributs, mais par une ventilation des dimensions du droit : l’un a le titre, l’autre l’émolument* »².

2. Une universalité

39. Diversité d’universalités. – Le disposant peut vouloir transmettre une universalité. Les biens ne sont pas considérés isolément dans leur individualité, mais en tant que formant un ensemble distinct des éléments qui le composent. L’expression d’« universalité » recouvre deux réalités différentes. La première est celle d’universalité de *droit*, la seconde est celle d’universalité de *fait*. La différence essentielle entre les deux notions provient de ce que l’universalité de fait n’est qu’un ensemble de *choses*, alors que l’universalité de droit est un groupement composé de *biens* et de *dettes*.

40. Universalité de droit. – L’universalité est dite *de droit* en ce qu’elle est composée seulement de rapports juridiques. Précisément, elle est un ensemble de biens *et* de dettes à l’intérieur duquel existe une corrélation entre l’actif – les biens – et le passif – les dettes³. Le patrimoine est présenté comme étant l’universalité de droit par excellence. Hormis certains actes

P. Voirin, t. IV, 1938, 2nde éd., n°420 p. 461 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, par M. Picard, 1952, n°814 p. 802 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les biens*, par P. Jourdain, Dalloz, 1995, n°64 p. 106 ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, spéc. n°788 p. 696 ; M.-L. Mathieu-Izorche, *Les biens*, préc., spéc., n°533 p. 214 ; F. Barbier, *La nature juridique de l’usufruit*, thèse Lyon, 1987, p. 197 et s. ; F. Zenati, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *RTD civ.* 1998. 414 ; M. Iwanenko, « Usufruit d’usufruit et usufruits successifs. Variations autour du démembrement de propriété », in *Qu’en est-il de la propriété ? L’appropriation en débat*, Colloque Toulouse, 27-28 oct. 2005, *Dr. et ville* n°61/2006, p. 299 et s. Précisons que la constitution d’un droit d’usufruit sur un usufruit se distingue de la cession par le titulaire de son droit d’usufruit. Dans le premier cas, le bénéficiaire est titulaire d’un véritable usufruit susceptible de s’éteindre par sa propre mort ou par l’arrivée du terme fixé, mais aussi par la mort du premier usufruitier. Dans le second cas, le droit du cessionnaire ne s’éteint pas par sa propre mort, mais seulement par la mort du cédant.

¹ La qualification d’usufruit du droit de jouissance légale apparaît également incidemment dans les articles 385 et 601. Cette qualification est approuvée par les auteurs : J. Carbonnier, *La famille, l’enfant, le couple*, préc., spéc. n°442, p. 919 ; F. Terré et D. Fenouillet, *La famille*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2011, n°987, p. 1003 ; P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, n°860 p. 459.

² Fr. Zénati, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *RTD civ.* 1998. 414 et s., spéc. p. 415.

³ R. Libchaber, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Deffrénois* 1997, art. 36464, n°4 : « L’universalité de droit va au-delà de ce regroupement factuel [l’universalité de fait], pour établir une véritable entité juridique : le passif des divers éléments contenus dans l’enveloppe est regroupé en un passif global, qui ne doit être réglé qu’au moyen de l’actif de l’enveloppe, ce qui entraîne une véritable autonomie de la masse patrimoniale ainsi constituée ».

du droit des sociétés¹, la libéralité est le seul acte juridique qui permette à une personne de disposer de tout ou partie de son patrimoine. Tel peut être l'objet d'un legs² ou d'une institution contractuelle³.

41. Une universalité de fait. – L'évolution de notre droit positif conduit à constater l'essor de la technique de l'universalité de fait⁴. La récente promotion au rang d'universalité de fait du portefeuille de valeurs mobilières l'illustre parfaitement⁵. S'il n'est pas douteux que l'universalité

¹ L'on vise les fusions, scissions et apports partiels d'actif. Sur cette question voir notamment M.-L. Coquelet, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994 ; A.-S. Barthez, *La transmission universelle des obligations. Etude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2000.

² C. civ., art. 1002, al. 1^{er} : « *Les dispositions testamentaires sont universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier* » (nous soulignons).

³ Qu'il s'agisse de l'institution par contrat de mariage faite par un tiers (C. civ., art. 1082, al. 1^{er} : « *Les pères et mères, et les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour du décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire* ») (nous soulignons) ; de l'institution par contrat de mariage faite entre époux (C. civ., art. 1093 : « *La donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers ; sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur* ») ; de l'institution entre époux pendant le mariage (C. civ., art. 1094 : « *L'époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pourra, pour le cas où il ne laisserait point d'enfant ni de descendant, disposer en faveur de l'autre époux en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger* »).

⁴ Cette technique n'est pas méconnue du Code civil. Il est ainsi fait référence au troupeau (art. 616 et 1800 C. civ) et à la collection de tableaux (art. 534, al. 2, C. civ). L'universalité de fait ne fait pas toutefois l'objet d'une définition. Comp. l'article 816 du Code civil italien qui définit l'universalité de meubles comme « *la pluralité de choses qui appartiennent à la même personne et qui ont une destination unitaire* ».

⁵ Cass. civ 1^{ère}, 12 nov. 1998, *D.* 1999. 167, note L. Aynès ; *GAJC*, t. I, préc., n°77, p. 479 et s. ; *RTD civ.* 1999.422, obs. F. Zénati ; *RTD com.* 1999. 459, obs. M. Storck ; *JCP* 1999. II. 10027, note S. Piédelièvre et 1999. I. 120, n°29, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP éd. N* 1999. 351, note H. Hovasse ; *JCP éd. E* 1999. II. 426, note E. Rouxel. L'idée a été défendue tout d'abord par deux auteurs : M. P. Didier sous Cass. com., 5 févr. 1991, *Rev. soc.* 1991. 737 et M. D. R. Martin, dans un article légèrement postérieur, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *La vie judiciaire* 1992, n°2392, p. 3. De nombreux auteurs l'ont approuvée : F. Zenati, obs sous Cass. com., 12 juill. 1993, *RTD civ.* 1994. 381 ; H. Hovasse, sous l'arrêt préc., *Defrénois*1993, art. 35674, n°5, p. 1463 ; D. R. Martin, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *D.* 1993. 613 ; J.-P. Couturier, note sous l'arrêt préc., *JCP* 1994. II. 22206 ; P. Buffeteau, note sous l'arrêt préc., *Defrénois*1993, p. 1274 ; J. Patarin, obs sous l'arrêt préc., *RTD civ.* 1994. 149 ; F. Zenati, obs sous l'arrêt préc., *RTD civ.* 1995. 395 ; H. Hovasse, obs. sous l'arrêt préc., *Dr. sociétés*, janv. 1994, n°17, p. 18 ; M. Grimaldi et J.-F. Roux, « La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit », *Defrénois*1994, art. 35677, p. 3 ; H. Hovasse, « Incapacités et valeurs mobilières », *Defrénois*1995, art. 36036, p. 369 ; D. Fiorina, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD civ.* 1995. 43 ; M. Storck, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à P. Catala*, préc., spéc. p. 695 ; E. Naudin, Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille, préf. A. Tisserand-Martin, *Defrénois*, coll. Doctorat et Notariat, 2006, n°514 et s., p. 242 et s. D'autres auteurs sont plus circonspects : R. Libchaber, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Defrénois*1997, art. 36463, p. 65 ; L. Aynès, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998 ; B. Bosgiraud, L. Noël et B. Poiraud, « Donner un portefeuille de valeurs mobilières », *Gaz. Pal.* 2000. doct. 374 ; H. Lécuyer, « Usufruit et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et Patrimoine* mai 2005, p. 57 ; F.-G. Trébulle, « Propos dissidents sur l'arrêt Baylet », in *Mélanges AEDBF France*, t. III, Banque éditeur 2001, p. 369, spéc. n°4 ; F. Nizard, *Les titres négociables*, préf. H. Synvet, av.-propos J.-P. Dumas, *Economica*, 2003, n°752 p. 354 ; P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Etude sur la qualification juridique des biens*, préf. Ph. Delebecque, LGDJ, *Bibl. de l'Institut A. Tunc*, t. 4, n°54 et s. p. 67 et s. ; R. Boffa, *La destination de la chose*, préc., spéc., n°571 p. 421 et s.

de fait puisse être l'objet d'un droit réel, ses éléments d'identification demeurent cependant difficiles à cerner¹.

L'étude du droit romain peut être à cet égard éclairante. Le droit romain classait les choses en trois catégories² : les choses *simples* qui constituent par elles-mêmes une unité naturelle, les choses *composées* qui résultent d'une pluralité de choses assemblées en une seule et dont aucune d'entre elles ne constitue une unité naturelle, et les *universalités* de choses qui correspondent à des choses matériellement séparées mais unies par « *la communauté de désignation verbale* »³. Les romanistes médiévaux reprirent cette notion et élaborèrent une classification des *universitas*. Ils distinguèrent l'*universitas personarum*, réunion d'individus, de l'*universitas rerum*, agrégat de plusieurs choses, comprenant elle-même deux sous-ensembles : l'*universitas juris* et l'*universitas facti*. Précisément, les *universitates rerum* désignaient des groupements distincts des éléments les composant et se distinguaient en fonction de leur origine : l'*universitas juris* résultant de la loi, l'*universitas facti* reposant sur la volonté⁴.

Ainsi entendue, l'universalité de fait apparaît essentiellement comme un phénomène volontaire⁵. C'est la volonté de l'homme qui permet d'appréhender des éléments distincts en un ensemble autonome. Mais, à l'analyse, l'aspect volitif n'est pas suffisant. Il ne suffit pas d'un regroupement volontaire de choses pour conclure à une universalité de fait ; il faut en outre que cet amalgame de choses distinctes soit tendu vers un même *but*, une même *destination*⁶. C'est donc

¹ Voir notamment les études doctrinales récentes : C. Kuhn, *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité*, thèse Paris I, 2003 ; E. Naudin, *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, préf. A. Tisserand-Martin, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2006, spéc. n°509 p. 234 et s. ; A. Denizot, *L'universalité de fait*, préf. R. Libchaber, Fondation Varenne, 2008, spéc. n°100 et s., p. 29 et s. Voir déjà R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, préf. J. Bonnet, Sirey, 1932, spéc. p. 120 et s.

² A. Vaugeois, *De la distinction des biens en droit romain et en droit français*, thèse Caen, 1860, n°119 et s., p. 105 et s. ; R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, préc., spéc., p. 125 et s. ; E. Naudin, *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, préc., spéc. p. 234 et s. ; Adde P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 269 ; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, préc., n°253.

³ R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, préc., spéc., p. 127. L'expression puise sa source dans la définition de Pomponius (Digeste 41, 3, 30 pr.) : « *corpora plura [non] soluta, sed uni nomini subjecta* ». Il faudrait procéder, cependant, à la correction du texte, admise par tous les romanistes, en supprimant la négation. Il s'agirait là d'un cas de « *négation intrusive* ». Voir C. Appleton, « Les négations intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes florentines, NRH 1915-1916, p. 33.

Précisons que le texte de Pomponius est le fruit d'une influence de la philosophie grecque, précisément stoïcienne. Voir en ce sens P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 269 ; P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der Klassischen Jurisprudenz und in der modernen Gesetzgebung*, Halle, 1902, dont le compte-rendu a été réalisé en langue française par G. Cornil, *Rev. de droit international et de législation comparée*, 1907. 382 ; R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, préc., spéc. p. 127 et s.

⁴ G. Plastara, *La notion juridique de patrimoine*, thèse Paris, 1903, p. 38 et s. ; P. Cazelles, *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Paris, 1905, p. 378 et s. ; H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Paris, 1910, p. 255 et s. ; R. Gary, *ibid.*

⁵ Sur la critique de ce phénomène, voir G. Plastara, *La notion juridique de patrimoine*, préc., spéc. p. 42 ; H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, préc., spéc. p. 257.

⁶ Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *De la distinction des biens, de la propriété*, éd. A. Durand, 1852, n°65 p. 33 : les universalités de fait sont définies comme « *certaines collections ou agrégations de biens qui ont été réunis ensemble par le propriétaire, pour servir à une destination commune, ou pour tout autre motif* ». Dans le même sens, C. Aubry et C. Rau, *Cours*

une cohérence *fonctionnelle* entre ces diverses choses qui identifie l'universalité de fait. L'existence de l'universalité de fait n'est pas commandée, ce faisant, par la nature des choses regroupées. Elle peut comprendre des éléments particuliers *homogènes*, tels les livres d'une bibliothèque, les animaux d'un troupeau, les valeurs mobilières d'un portefeuille, ou *hétérogènes*, tels les éléments d'un fonds de commerce.

Reste que cette idée de cohérence fonctionnelle des choses est susceptible de connaître plusieurs approches. L'une *objective*, la destination commune des choses découle de la nomenclature intrinsèque du regroupement ; l'autre *subjective*, la commune affectation des choses rassemblées dépend de l'intention de leur détenteur. En qualifiant le portefeuille de valeurs mobilières d'universalité de fait, la jurisprudence a adopté clairement la seconde¹. Il suffit en effet que « le portefeuille présente une cohésion et que dans l'esprit de son titulaire, l'utilité des valeurs mobilières tien[ne] à l'ensemble qu'elles forment »². Dans cette perspective, l'universalité de fait peut être définie comme « un groupement de biens, même hétérogènes, que relie une cohérence significative – économique, utilitaire ou simplement patrimoniale – justifiant qu'ils soient traités juridiquement comme un ensemble indissociable, sous le double rapport de leur appartenance et des opérations dont ils sont susceptibles »³. L'adoption d'une conception teintée d'une forte dose de subjectivité n'est pas à l'abri de tout reproche⁴. Elle pose notamment le problème de l'analyse d'une volonté bien délicate à pénétrer. Que l'on songe par exemple au conjoint survivant recueillant l'usufruit de valeurs mobilières. Comment déceler l'existence d'une « communauté de gestion »⁵, d'une stratégie patrimoniale, justifiant de voir passer ces valeurs mobilières de « parties à un tout »⁶ ? L'objection, néanmoins, pourrait bien être prise à revers. L'existence d'une cohérence d'ensemble est suffisamment démontrée par la perspective de placement qui entoure ces titres financiers. On a relevé à juste titre que ces valeurs mobilières sont détenues, non pas dans la perspective des pouvoirs qu'elles peuvent conférer, mais pour leur

de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. II, 4^{ème} éd., 1869, § 162 p. 3 : « collections d'objets réunis par le propriétaire à l'effet de servir à une destination ou à un usage commun ».

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, préc.

² S. Piédelièvre, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998.

³ D. R. Martin, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *Vie judiciaire* 1992, n°2392, p. 3. Suivant la conception de la notion de bien précédemment adoptée (voir *supra* n°34 et s.), on prendra soin de substituer le mot « chose » au mot « bien ».

⁴ Voir notamment les doutes de plusieurs auteurs au sujet de la qualification du portefeuille de valeurs mobilières comme universalité de fait : R. Libchaber, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », art. préc. ; L. Aynès, note préc. ; B. Bosgiraud, L. Noël et B. Poiraud, « Donner un portefeuille de valeurs mobilières », préc. ; H. Lécuyer, « Usufruit et portefeuille de valeurs mobilières », préc. ; F.-G. Trébulle, « Propos dissidents sur l'arrêt Baylet », préc. ; F. Nizard, *Les titres négociables*, préc., spéc. n°752 p. 354 ; P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Etude sur la qualification juridique des biens*, préc., spéc. n°54 et s. p. 67 et s. ; R. Boffa, *La destination de la chose*, préc., spéc. n°571 p. 421 et s.

⁵ F. Zenati, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, spéc. p. 427. Voir également F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc., n°136 p. 209.

⁶ L. Aynès, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, spéc. n°12 p. 169.

valeur¹. Autrement dit, elles sont appréhendées dans une finalité commune, celle d'un placement, de telle sorte que leur réunion en une masse poursuit bien un objectif de valorisation de chacune d'elles en un ensemble qui est supérieur à leur simple addition.

En définitive, l'universalité de fait se caractérise par l'affectation d'une pluralité de choses à un même but. Une telle qualification est importante. Elle permet en effet de traiter la réunion d'une pluralité de choses, non pas comme la juxtaposition de choses autonomes, mais comme une chose unique. L'individualité de chaque chose s'efface ainsi pour laisser place à cette chose nouvelle qu'est l'universalité. Sous cet aspect, le droit dont se dépouille le disposant porte directement sur cette masse appréhendée qu'est l'universalité de fait, abstraction faite des mouvements que connaissent ses composants².

§ 2 - LA VALEUR ET LA RICHESSE REPRESENTATIVES D'UN BIEN

42. La valeur représentative du bien. – En raison de la maîtrise du bien que le disposant lui confie, l'intermédiaire peut avoir un pouvoir plus ou moins étendu sur l'objet de la libéralité. Il participe ainsi à la constitution de l'enrichissement du bénéficiaire final et contribue à en définir les contours exacts.

Il est des hypothèses où la considération de la nature du bien dont le disposant se dessaisit au profit de l'intermédiaire est secondaire. Dans ce cas de figure, le disposant n'a en vue que la valeur représentative du bien. Que le bien soit aliéné par l'intermédiaire lui importe peu, pourvu qu'un nouveau bien le remplace. Aussi, afin d'assurer l'effectivité des droits du bénéficiaire final, l'intermédiaire se trouve-t-il dans l'obligation de trouver un bien en contre-valeur de l'objet aliéné. Emprunt est ici fait à la technique subrogatoire dont la vertu est de pérenniser l'objet de la libéralité en dépit de son aliénation³. D'aucuns pourraient y voir une évocation de la qualification

¹ D. Fiorina, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. préc., spéc. n°42 ; M. Storck, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », préc. ; H. Hovasse, « Valeurs mobilières et époux », *Dr. et patrimoine* avril 2002, p. 42 ; E. Naudin, *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, préc., spéc. n°525 p. 249 et s. ; S. Arnaud, *L'usufruit des valeurs mobilières, variations sur les notions de propriété et d'associé*, thèse Nice, 2002, n°48 et s., p. 39 et s.

² L'universalité de fait offre, ce faisant, une souplesse de gestion à son détenteur, puisque sa pérennité est assurée malgré la modification de ses composantes. Elle permet ainsi au détenteur précaire, notamment l'usufruitier, de disposer librement des éléments qui la composent.

³ Sur l'idée que le droit réel porte sur la valeur dans la subrogation réelle, voir notamment R. Saleilles, notes sous Dijon, 30 juin 1893, *S.* 1894. 2. 185 et Cass. civ., 29 avr. 1901, *S.* 1903. 1. 312 ; R. Demogue, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. crit. leg. et jurisp.* 1901. 236 et s. et 346 et s. ; M. Planiol, note sous Cass. civ., 29 avr. 1901, *D.* 1902. 1. 33 ; H. Capitant, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.* 1919. 385, spéc. § 2 ; V. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse Nancy, 1913. Sur la critique de cette idée, voir M. Lauriol, *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1954, n°412 et s. ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. Ph. Malaurie, LGDJ, 1985, p. 66 et s. Sur l'ensemble de la question, voir ; G. Baudy-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, supplément par J. Bonnet, t. III, Sirey, 1926, n° 345 et s. p. 688 et s. ; G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à*

d'universalité de fait¹. Les composants de l'ensemble pouvant être aliénés librement par leur détenteur, seul comptant la valeur de l'universalité. Pour autant, l'universalité ne se confond pas avec la subrogation réelle qui est ici à l'œuvre. On souligne judicieusement que la subrogation n'opère pas nécessairement au sein de l'universalité² : une chose peut être aliénée sans être automatiquement remplacée par sa contre-valeur, elle ne le sera que par une chose équivalente³. Telle n'est pas l'affectation voulue par le disposant qui appréhende le bien dont il se dessaisit par la valeur qu'il représente. Il importe seulement pour lui que le bénéficiaire final puisse exercer ses droits sur une chose de valeur identique à celle transmise à l'intermédiaire. Cet objectif explique qu'en cas de disparition de la chose – aliénation ou destruction –, l'objet qui apparaît en échange et qui constitue sa contre-valeur doive, en principe, recevoir la même affectation.

43. La richesse productive du bien. – Dans une autre optique, le disposant peut n'avoir en vue que de transmettre au bénéficiaire final la richesse productive du bien dont il se dessaisit au profit de l'intermédiaire, c'est-à-dire les fruits et produits du bien. Le disposant opère ce faisant une dissociation entre le titulaire du bien et son bénéficiaire économique. L'intermédiaire exerce ainsi des prérogatives juridiques sur un actif au profit économique du bénéficiaire final.

* * *

44. Conclusion de la Section. – L'une des singularités des libéralités à trois personnes réside dans l'exercice par l'intermédiaire de prérogatives sur l'objet de la libéralité que le disposant souhaite consentir au bénéficiaire final. Simplement, en lui demandant de favoriser cette transmission, le disposant peut lui laisser une plus ou moins grande latitude sur la maîtrise de l'objet de la libéralité. Ainsi peut-il être contraint à transmettre soit le même bien dont le disposant s'est dessaisi à son profit, soit un autre bien qui en est la représentation, soit encore la richesse que peut produire celui-ci.

l'analyse de l'acte juridique, préc., n°348 et s., p. 327 et s. ; E. Savaux, *V° Subrogation réelle*, Rép. civ. Dalloz, 1998, n°17 et s.

¹ Sur la notion d'universalité de fait, voir *supra* n°41.

² A. Cerban, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle, *RTD civ.* 1939. 47 et s., spéc. p. 61-62 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc. n°158 p. 248.

³ Par où l'on voit que la technique de l'universalité repose avant tout sur le mécanisme de la fongibilité. Voir *supra* n°39 et s.

Conclusion du Chapitre I

45. L'économie des libéralités à trois personnes réside dans le concours d'un intermédiaire de transmission au processus libéral. Précisément, si le disposant sollicite le concours de l'intermédiaire, c'est aux fins tout à la fois qu'il ait la maîtrise des biens de la libéralité et qu'il en favorise la transmission future au gratifié. Par là, on peut observer que l'intermédiaire est le pivot de l'opération, car c'est grâce à son intervention que la volonté libérale du disposant peut s'accomplir.

Simplement, la liberté d'action de l'intermédiaire n'est pas enfermée dans un cadre étroit. En tant qu'instigateur de l'opération, le disposant peut en effet fixer l'étendue des prérogatives de l'intermédiaire sur l'objet de la libéralité en lui imposant des contraintes dont l'intensité peut aller d'un simple devoir moral jusqu'à une véritable obligation. Aussi bien la vocation du bénéficiaire final est-elle intimement liée à celle du niveau de contrainte qui pèse sur l'intermédiaire : plus la contrainte qui s'exercera sur l'intermédiaire sera forte, plus le bénéficiaire sera assuré de recueillir les biens de la libéralité ; moins cette contrainte sera forte, moins la vocation du bénéficiaire sera certaine et présentera un caractère éventuel. Semblablement l'intensité de la contrainte que le disposant impose à l'intermédiaire peut obliger celui-ci à transmettre soit le bien qu'il a reçu du disposant, soit un autre bien qui en sera la représentation, soit seulement la richesse produite par ce bien.

Mais il ne suffit pas que l'économie des libéralités à trois personnes soit connue pour en déterminer la structure générale. Encore faut-il trouver les techniques qui permettent de donner à cet ensemble, que forment les libéralités à trois personnes, un tout cohérent et lui donne son aspect spécifique.

CHAPITRE II

LES TECHNIQUES DE REALISATION DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

46. Définition des techniques juridiques. – Le doyen Gény a exprimé avec force le trait dominant de la technique : « *J'entends par là cet effort qui, inhérent à la formation et à l'élaboration internes du Droit positif, demeure l'oeuvre propre du juriconsulte ; il se traduit en ces mille involutions de l'interprétation juridique (lato sensu) qui tendent à assigner aux institutions des formes appropriées à leur objectif pratique [...] »*¹. La technique se présente ainsi comme un instrument formel destiné à faire pénétrer une volonté sur le plan juridique. Cependant, on le sait, l'éminent auteur s'est attaché à la technique fondamentale, « *c'est-à-dire à celle qui tend à faire pénétrer le fond des préceptes dans le courant extérieur de la vie de l'Humanité et à procurer la plus pure réalisation du Droit en conformité de la nature des hommes et des choses »*². Mais, ainsi envisagée, la technique juridique se rattache à une méthode générale du Droit. C'est un sens nettement plus concret que nous voulons ici retenir. Ainsi, selon le dictionnaire Lalande, le substantif technique désigne « *un ensemble de procédés bien définis destinés à produire certains résultats utiles »*³. Par là nous rejoignons la définition proposée par Roger Perrot dans sa thèse de doctorat : la technique est « *le procédé de mise en oeuvre destiné à atteindre le but recherché par la volonté en la faisant pénétrer sur le plan juridique »*⁴. Ainsi, la technique a pour rôle d'extérioriser la volonté du disposant, de la faire pénétrer sur le plan juridique. Elle est l'instrument par lequel le disposant réalise sa volonté.

47. Lien entre les techniques et le rôle de l'intermédiaire. – Identifier les techniques des libéralités à trois personnes, c'est donc déterminer les procédés juridiques susceptibles de les réaliser. Pour cela, il convient de partir de la définition d'une libéralité à trois personnes : c'est *l'acte juridique en vertu duquel le disposant confère à l'intermédiaire des prérogatives juridiques sur un bien, celles-ci étant limitées par une série de charges ou de devoirs dont l'objet est de contribuer à la transmission au bénéficiaire final soit de ce même bien, soit de la valeur ou de la richesse représentative de ce bien*. Naturellement, c'est le

¹ *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Sirey, 1921, p. 30.

² *Ibid*, p. 31.

³ *Dictionnaire philosophique Lalande*, t. II, p. 868.

⁴ R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. Le Balle, Sirey, 1953, p. 13.

rôle joué par l'intermédiaire qui va guider notre recherche. Intermédiaire, en ce que l'objet de la libéralité que le disposant consent au bénéficiaire transite par lui, son rôle ne se borne cependant pas à celui d'un intermédiaire passif ; il doit nécessairement jouer, en ce qui concerne la libéralité, un rôle actif.

48. Techniques retenues et techniques exclues. – De là il suit que les procédés des libéralités à trois personnes sont très variés. Mais, sous cette diversité, il est des constantes irréductibles : les devoirs et obligations qui grèvent les prérogatives de l'intermédiaire ont une finalité identique, à savoir contribuer à la réalisation de la libéralité que le disposant souhaite consentir au bénéficiaire. Aussi est-ce à l'aune de cette finalité que l'on pourra définir les procédés aptes à accomplir une libéralité à trois personnes ainsi que ceux qui sont insusceptibles de réaliser une libéralité à trois personnes.

49. Plan. – Déterminer les techniques capables de réaliser une libéralité à trois personnes (Section I) et celles qui sont insusceptibles de le faire (Section II) constituent ainsi les deux axes de cette recherche.

Section I : Les techniques retenues

Section II : Les techniques exclues

SECTION I : LES TECHNIQUES RETENUES

50. Recensement des procédés. – Afin de permettre la réalisation d'une libéralité à trois personnes, le procédé employé par le disposant doit avoir pour effet d'investir l'intermédiaire de la maîtrise effective du bien. A cet égard, l'on songe naturellement au mécanisme de la représentation¹. Comme tout représentant, l'intermédiaire intervient pour faciliter une relation juridique, précisément afin d'assurer la bonne exécution de la volonté libérale du disposant en représentant, pendant un temps, les intérêts des gratifiés. Le procédé de la charge peut également être utilisé par le disposant : l'intermédiaire, gratifié ou non, détient le bien, mais il est tenu d'accomplir une ou plusieurs charges qui permettent d'assurer l'exécution de la libéralité au bénéficiaire final. Enfin, ce sont les modalités de l'obligation qui peuvent être utilisées pour accomplir une libéralité à trois personnes.

51. Plan. – Autrement dit, trois types de procédés peuvent être employés par le disposant pour accomplir une libéralité à trois personnes : la représentation (§ 1), la charge (§ 2), ou les modalités de l'obligation (§ 3).

§ 1 - LA REPRESENTATION

52. Définition de la représentation. – Selon Capitant, il y a représentation « *lorsqu'un acte juridique est accompli par une personne, pour le compte d'une autre, dans des conditions telles que les effets se produisent directement et immédiatement, sur la tête du représenté, comme si lui-même avait accompli l'acte* »². En dépit des travaux qui lui ont été consacrés, la représentation demeure une notion difficilement explicable. Elle est un mécanisme qui paraît contraire à la logique juridique, et cela est si vrai que les Romains ne l'ont jamais admise. Mais il n'est pas dans notre dessein de rouvrir ce débat que quelques lignes ne suffiraient pas à clore³. Aussi, qu'il nous soit permis de nous approprier les

¹ Où l'on voit que les libéralités à trois personnes ne se résument pas aux opérations juridiques à trois personnes ; les auteurs s'accordant en effet pour exclure le mécanisme de la représentation des opérations triangulaires : Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, préc., spéc. n°9 p. 16 ; C. Legros, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, préc., spéc. n°5 p. 7 ; C. Legros, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, préc., spéc. n°5 p. 7 ; Ch. Lachièze, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, préc., spéc. n°6 p. 7.

² H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit*, 3^{ème} éd., 1912, p. 365.

³ Voir ainsi E. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897, p. 140-141 : « *Peu importe que la représentation soit une monstruosité logique si elle est une nécessité pratique imposée par les besoins de la vie. Le droit se dégage des faits, non de la logique : chaque jour, l'édifice puissant des institutions juridiques se craque de tous côtés et se désagrège sous la poussée continuelle de la vie ; et c'est une vérité devenue banale à force d'être répétée, que le droit a longtemps vécu avant d'être écrit*

arguments de la doctrine majoritaire pour constater que la conception la plus large est sans doute la plus appropriée.

53. Dualité de formes. – On connaît l’hyperbole de Tarrible relative au mandat : « *la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction* »¹. La représentation est ainsi décrite comme un mécanisme fondé sur la transparence du représentant. Car, en définitive, le représentant s’efface pour ne laisser que le représenté. Cependant, cette technique de rapatriement des effets de l’acte juridique passé par autrui qu’est la théorie de la représentation n’opère pas toujours de façon identique. Au vrai, deux hypothèses peuvent être envisagées. Soit le représentant agit au nom *et* pour le compte du représenté, et la représentation est *parfaite*². Soit le représentant agit en son nom *mais* pour le compte du représenté, et la représentation est *imparfaite*³.

La représentation est parfaite lorsque le représentant révèle sa qualité au tiers avec lequel il contracte et ne le fait pas dans son propre intérêt, mais pour le compte du représenté⁴. Elle suppose la réunion de trois conditions. D’abord, le représentant doit être investi d’un pouvoir de représentation⁵. Ensuite, il est nécessaire qu’existe une intention de représenter, celle-ci devant être partagée par le représentant et les tiers-contractants. Cela suppose que le représentant révèle sa qualité et que les tiers-contractants acceptent de s’engager *contemplatio domini*, c’est-à-dire en considération de la personne du représenté. La mise en œuvre de la représentation parfaite suppose, enfin, que le représentant exprime une volonté exempte de vices. S’opère alors une substitution de la volonté du représentant à la volonté du représenté⁶, telle que l’envisage l’article 1984 du Code civil à propos du contrat de mandat. Précisément, la représentation parfaite est une

dans les codes. Le principe de la représentation a aboli et remplacé le principe romain de la non-représentation, il n’y a qu’à enregistrer ce résultat sans le faire passer par le crible de la logique ».

¹ P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., t. XIV, p. 596.

² Certains auteurs préfèrent employer les termes « *immédiat* » (J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens. Les obligations, t. II*, préc., spéc. n°1033 p. 2127) ou « *direct* » (H. Nicolaneo, *De la représentation indirecte*, thèse Paris, 1912)

³ Certains auteurs recourent aux termes « *médiat* » (J. Carbonnier, préc.), « *indirect* » (H. Nicolaneo, *De la représentation indirecte*, préc.), ou « *optionnel* » (J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°937 et s. p. 1010 et s.), voire de « *mandat sans représentation* » (A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^e éd., 2011, n°984 et s. p. 478 et s. ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n°660 p. 551 ; M.-L. Izorche, « A propos du “mandat sans représentation” », *D.* 1999. Chron. 369).

⁴ A. Rouast, *Rapport français sur « la représentation dans les actes juridiques »*, *Travaux de l’Association Henri Capitant*, 1949, p. 110 et s. ; M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, 1982, n°130 et s. p. 97 et s. ; Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2000, n°103 et s. p. 68 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens. Les obligations, t. II*, préc., n°1033 p. 2127 et s. ; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, préc., spéc. n°936 p. 1009 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., spéc. n°804 p. 423 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°175 et s. p. 179 et s.

⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°177 p. 179.

⁶ E. Pilon, *Essai d’une théorie de la représentation dans les obligations*, préc., n°31 et s.

technique d'« *effacement* »¹ en ce sens que la personne du représentant s'efface pour ne laisser place qu'à celle du représenté. En somme, tout se passe comme si le représenté était partie à l'opération depuis le départ, et qu'au contraire, le représentant n'y a jamais été partie. Partant, l'acte accompli par le représentant avec autrui produit son effet créateur de droits et d'obligations directement dans le patrimoine du représenté. L'activité juridique du représentant se confond ainsi avec celle du représenté.

La représentation est imparfaite lorsque le représentant a le pouvoir d'accomplir en son nom propre des actes juridiques ou matériels pour le compte du représenté². Il y a représentation, non pas de la *volonté* d'autrui, mais seulement de ses *intérêts*³. Telle est la situation créée par le contrat de prête-nom⁴, suivant lequel l'un agit pour le compte d'un autre en dissimulant sous sa propre personnalité le véritable intéressé à l'opération ; de la déclaration de command⁵, en vertu de laquelle l'acquéreur d'un bien déclare qu'il traite pour autrui, mais n'indique pas au vendeur l'identité du candidat à l'acquisition ; du contrat de commission⁶ que l'article L. 132-1 du Code de commerce définit comme le contrat par lequel une personne – le commettant – donne à une autre personne – le commissionnaire – le pouvoir d'accomplir un acte en son propre nom pour le compte du commettant. On ne retrouve pas la *transparence* caractéristique de la représentation parfaite. Au contraire, le représentant fait ici *écran* entre les tiers et le représenté. En ce sens, la représentation imparfaite se caractérise par une réalisation en deux temps. D'abord, le

¹ A. Sériaux, *Contrats civils*, PUF coll. Droit fondamental, 2001, p. 333 et s.

² J. Carbonnier, *op. cit.* ; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *op. cit.* ; J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°31127 et s. p. 1083 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*. Pour une critique de cette conception, voir Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, préc., spéc., n°118 et s. p. 80 et s. L'auteur considère notamment que le terme représentation « imparfaite » entraînerait une certaine confusion en raison de son utilisation au début du siècle dernier dans un sens différent. La représentation imparfaite n'était qu'une représentation *in utilibus*, de sorte qu'elle ne jouait que si le représenté y trouvait un avantage (voir notamment M. Oudinot, *De la représentation imparfaite en droit français*, thèse Paris, 1909, p. 133 et s.). L'ambiguïté paraît néanmoins levée si l'on en juge les analyses convergentes des auteurs contemporains.

³ Sur cette distinction, voir G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, préc., spéc. n°206 et s. p. 87 et s.

⁴ P. Lerebours-Pigeonnière, *Du prête-nom*, thèse Caen, 1898 ; F. Leduc, « Réflexions sur la convention de prête-nom », RTD civ. 1999. 283 ; D. L'Hôte, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne, de l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse Nancy, 2002.

⁵ E. Foucault, *De la vente avec élection de command*, thèse Paris, 1893, p. 6 et s. ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., spéc. n°985 p. 482 et s. ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n°662, p. 577 ; J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., spéc. n°31126 p. 1082 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, préc., spéc. n°535 p. 287.

⁶ F. Derrida, « Les obligations du commissionnaire », in *Le contrat de commission, Etudes de droit commercial*, sous la dir. de J. Hamel, Dalloz, 1949. ; A. Ponsard, « Le contrat de commission dans le Code de commerce », *études préc.*, p. 55 et s. ; B. Starck, « Les rapports du commettant et du commissionnaire », *études préc.*, p. 148 et s. ; M.-P. Dumont, *L'opération de commission*, préf. J.-M. Mousseron, Litec, Bibl. dr. entr., 2000 ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, 17^{ème} éd., par. Ph. Delebecque et M. Germain, 2004, n°2632 et s. p. 660 et s. ; A. Bénabent, *Les contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n°986 p. 479 ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n°663 et s. p. 553 et s. ; J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., spéc. n°31128 et s. p. 1083 et s. Sur le principe que le commissionnaire agit en son nom, voir Cass. Com, 21 nov. 1956, *Bull. civ.*, III, n°303 ; 19 mars 1958, *Bull. civ.*, III, n°130 ; 6 juill. 1960, *Bull. civ.*, III, n°279 ; 15 juill. 1963, *Bull. civ.*, III, n°378 ; 3 mai 1965, *Bull. civ.*, III, n°280 ; 10 févr. 1970, *D.* 1970. 392.

représentant imparfait traite avec le tiers, puis il transfère à son représenté le bénéfice du contrat. C'est donc en la personne du représentant que naissent les droits et obligations. Dans cette perspective, l'acte accompli par le représenté a pour effet de le rendre titulaire de droits et obligations. C'est ainsi qu'il est le seul garant¹ des actes réalisés pour le représenté et qu'il est en droit d'exercer contre les tiers contractants toutes les actions issues du contrat qu'il a conclu. Mais s'il n'y a pas représentation quant aux effets *personnels* des actes accomplis par le représentant, il en est autrement du point de vue de leurs effets *réels*². Les droits réels acquis ou cédés pour le compte du représenté ne transitent nullement dans le patrimoine du représentant³. Ils sont transmis directement de la tête du tiers à celle du représenté (cas de représentation pour l'acquisition) ou de la tête du représenté à celle du tiers (cas de représentation pour la cession). Il y a bien là un effet de la représentation en ce sens que le représentant s'efface pour que les effets réels de son acte se développent directement dans le patrimoine du représenté.

54. Rôle de l'intermédiaire-représentant. – Le rôle de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes ne se borne pas, on l'a dit, à celle d'un intermédiaire passif ; il doit nécessairement jouer, en ce qui concerne la libéralité que le disposant consent au bénéficiaire, un rôle actif. Aussi, n'est pas une libéralité à trois personnes celle à la conclusion de laquelle intervient un représentant soit du disposant soit du gratifié. L'intermédiaire n'est en effet nullement le pivot de l'opération, le catalyseur de la libéralité. Sans doute sa présence peut-elle être parfois très utile.

¹ Voir en ce sens les obligations de délivrance et de garantie des vices dont est tenu le commissionnaire : Cass. com., 7 mai 1962, *Bull. civ.*, III, n°240 ; 15 juill. 1963, *Bull. civ.*, n°378.

² La distinction est souvent présentée pour expliquer le contrat de commission, voir notamment M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préc., spéc., n°316 et s. p. 234 et s. ; Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, préc., spéc., n°116 et s. p. 78 et s. ; M.-P. Dumont, *L'opération de commission*, préc., spéc., n°623 et s. p. 479 et s. ; du même auteur, *JCl. Contrats-Distribution*, fasc. 830, 2004, n°86 et s. Relevons néanmoins que cette distinction n'est pas appropriée pour décrire les effets de la déclaration de command. Si le nom du command est révélé dans le délai imposé, alors seul celui-ci se trouve engagé ; si en revanche tel n'est pas le cas, le commandé demeure seul tenu de tous les effets du contrat. Plutôt qu'une représentation imparfaite, il est donc préférable de voir dans ce mécanisme une représentation *conditionnelle* (M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préc., spéc. n°295 et s. p. 220 et s. ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, 1980, par M. de Juglart, n°1429 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., spéc. n°985 p. 479) ou *optionnelle* (J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, préc., spéc. n°955 p. 1026). S'agissant de la convention de prête-nom, d'aucuns pourraient contester cette distinction au motif que le tiers de bonne foi dispose d'une option : soit il méconnaît l'acte secret, et le prête-nom, sans pouvoir lui en opposer le contenu, est seul engagé envers lui ; soit il se prévaut de cet acte, et c'est le maître qui est directement lié par l'acte conclu par le prête-nom. Il faut en réalité combiner notre distinction et la théorie de la simulation. Ce n'est qu'en vertu de cette dernière que le tiers de bonne foi dispose de cette option. Autrement dit, la mise en œuvre de la théorie de la simulation a pour effet d'atténuer la distinction entre les effets *personnels* et *réels* de l'acte ostensible, nullement de la remettre en cause.

³ Voir ainsi pour le contrat de commission : Cass. crim., 18 nov. 1882, *D.* 1883. 1. 230 ; Cass. civ., 26 mai 1913, *DP* 1914. 1. 305 ; Cass. com., 7 mars 2000, *Bull. civ.*, IV, n°46 ; M.-P. Dumont, *L'opération de commission*, préc., spéc. n°276 et s. p. 229 et s. Plus généralement, voir F. Auckenthaler, « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant », *D.* 1998. chron. 53. Pour la convention de prête-nom : Cass. Civ., 20 avr. 1959, *JCP* 1959. II. 11146, note E. Becqué ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 1984, *Bull. civ.*, I, n°205 ; Cass. Com., 21 févr. 1995, n°93-12786 ; Paris, 11 juill. 1990, *D.* 1991. 33, note Ch. Larroumet. Comp. toutefois Cass. Req., 10 févr. 1936, *DP* 1937. 1. 92, rapport E. Pilon.

L'intervention d'un représentant peut ainsi permettre la conclusion d'une donation alors même que l'une des parties ne peut être corporellement présente¹, ou encore lorsque l'objet de la donation est dématérialisée². Mais ce ne sont là que des contingences matérielles. Autrement dit, le représentant qui intervient pour favoriser la conclusion de la libéralité ne joue aucun rôle dans l'économie propre de la libéralité.

Il en est tout autrement au moment de l'exécution de la libéralité. A ce stade, l'intermédiaire-représentant peut en effet jouer un rôle actif dans l'économie de la libéralité. Cela correspond à l'hypothèse d'une libéralité adressée directement au gratifié, mais dont la mise en oeuvre procède du concours d'un tiers, lequel agit alors en qualité de représentant. Ce faisant, l'intermédiaire apparaît comme un gestionnaire de biens pour le compte du gratifié.

55. Figures des libéralités à trois personnes dans lesquelles l'intermédiaire est représentant. – Ainsi entendue, la représentation permet au disposant de solliciter le concours d'un intermédiaire-représentant aux fins d'assurer la bonne exécution de sa volonté libérale en représentant, pendant un temps, les intérêts du gratifié.

On peut ainsi identifier trois figures. La première, bien connue, est propre aux legs : c'est l'exécution testamentaire³. L'exécuteur testamentaire n'acquiert nullement les droits dont se dépouille le disposant ; ils sont directement transmis au légataire. Mais l'exécuteur en a, notamment avec les pouvoirs élargis qui lui ont été conférés par le testateur, la maîtrise dans la mesure nécessaire à l'exécution du legs. La deuxième, plus récente, est également propre aux dispositions à cause de mort. : c'est le mandat à effet posthume⁴. Le disposant confie à un tiers, pour une durée limitée, la gestion des biens dont il dispose à cause de mort. La troisième figure a trait aux libéralités consenties à un enfant mineur. Il s'agit de la faculté offerte au gratifiant d'écarter l'administrateur légal de la gestion des biens dont il dispose au profit du mineur en désignant lui-même un administrateur *ad hoc*⁵.

¹ Au cas de donation notariée, la procuration de donner ou d'accepter doit satisfaire au formalisme requis de la donation, notamment être reçue par un notaire (C. civ., art. 933 pour le mandat donné par le donataire). D'après les auteurs, il n'est pas nécessaire que la procuration soit reçue en minute bien que l'article 933 vise une « *expédition* » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, 2^{ème} éd., par A. Trasbot et Y. Loussouarn, 1957, n°364).

La tradition matérielle de l'objet du don manuel peut également se réaliser par l'intermédiaire d'un mandataire soit du donateur, soit du donataire.

² Telle est l'hypothèse du virement où l'établissement bancaire teneur de compte du donateur et/ou du donataire joue le rôle de représentant de l'une ou des deux parties. Sur l'analyse de cette opération, voir *infra* n°644.

³ C. civ., art. 1025 et s. Voir *infra* n°698 et s.

⁴ C. civ., art. 812 et s. Voir *infra* n°671 et s.

⁵ C. civ., art. 389-3, al. 3. Voir *infra* n°659 et s.

56. Particularités de la relation entre l'intermédiaire et le gratifié. – L'intention de créer des droits ou des obligations au profit ou à la charge du représenté ne peut être efficace qu'autant que la volonté du représentant dispose du moyen de surmonter l'obstacle que dresse le principe de l'indépendance des personnes : ce moyen est le pouvoir de représenter. En l'occurrence, le pouvoir de l'intermédiaire-représentant résulte de la volonté du disposant. Mais, paradoxalement, ce pouvoir de représentation doit être exercé, non pas pour le compte du disposant, mais dans l'intérêt du gratifié. Singulière figure qu'est donc la représentation dans les libéralités à trois personnes, puisque le représentant n'agit pas pour le compte de la personne qui l'a nommé. On observe ainsi une sorte de représentation à trois personnes, par laquelle une personne – le représenté – est évincée de l'exercice de ses droits, alors même qu'elle n'y a pas consenti¹.

§ 2 - LA CHARGE

57. Définition de la charge d'une libéralité à trois personnes. – C'est généralement à propos de l'opération dite de libéralité avec charge que l'on évoque la notion de charge². Ainsi entendue, la charge est définie comme « *toute obligation imposée au gratifié par le disposant* »³. Mais, appliquée aux libéralités à trois personnes, une telle définition se révèle à la fois trop étroite et trop large. Trop étroite, d'abord, parce qu'elle ne couvre pas toutes les hypothèses dans lesquelles le procédé de la charge peut être mis en oeuvre. En effet, la charge n'est pas nécessairement une obligation prescrite à un gratifié. Le disposant d'une libéralité à trois personnes peut imposer une charge à l'intermédiaire sans que celui-ci ne soit son ayant cause à titre gratuit. En outre, la charge stipulée dans le cadre d'une libéralité à trois personnes n'est pas nécessairement liée à une disposition principale, elle peut être indépendante de toute disposition. Trop large, ensuite, parce que la charge d'une libéralité à trois personnes connaît certaines spécificités. Ainsi, si la charge peut classiquement être érigée dans l'intérêt du disposant, de l'*accipiens* lui-même, ou d'un tiers bénéficiaire, la charge utilisée dans une libéralité à trois personnes l'est au profit du bénéficiaire final de l'opération. Surtout, l'objet de la charge d'une libéralité à trois personnes est strictement délimité, à savoir assurer la transmission de l'objet de la libéralité au bénéficiaire final. Aussi bien

¹ Certes, la figure n'est pas inédite dans la loi. En témoigne le droit des personnes protégées, mineurs et majeurs, pour le compte desquelles un représentant légal s'impose à elles. Toutefois, si ce représentant peut agir, c'est parce que les représentés n'ont pas de capacité « d'exercice ». Or, si tel est le cas de l'administration aux biens donnés ou légués au mineur, il en est autrement pour l'exécution testamentaire et le mandat à effet posthume. En ces occurrences, la personne représentée est parfaitement capable d'exercer ses droits. Et c'est par la volonté d'un tiers, le disposant, que cet exercice leur est retiré.

² Il s'agit ici d'étudier les charges auxquelles un ayant cause du disposant a pu *s'engager*, et non pas celles dont il est tenu de *plein droit*, telles que l'obligation de ne pas être ingrat envers le disposant (C. civ., art. 953).

³ M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., p. 48. *Addé Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Charge 5^o (libéralité avec) : « *Libéralité dont le bénéfice est subordonné comme une condition, par le disposant, à l'exécution par le gratifié d'une certaine prestation (créer une oeuvre, nourrir une personne, entretenir un bien)* ».

la charge d'une libéralité à trois personnes n'est-elle, au fond, qu'une charge relative à un bien, autrement dit une charge d'affectation.

Partant, en tant que procédé d'une libéralité à trois personnes, la charge doit être comprise comme une prestation imposée à l'intermédiaire qui peut être accessoire ou autonome au lien de droit qui unit le disposant et l'intermédiaire, et qui présente la double particularité d'être au profit du bénéficiaire final de l'opération et d'être relative au bien sur lequel l'intermédiaire exerce le droit réel que le disposant lui a transmis.

58. Deux types de charges. – On peut dès lors distinguer deux types de charges : la charge personnelle, qui consiste en une prestation due par une personne à une autre personne ; la charge réelle, qui est une contrainte pesant, non sur un débiteur personnellement, mais sur un titulaire d'un droit réel principal. Naturellement, ces différents types de charges ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, de sorte que le disposant peut, au sein d'une même disposition, stipuler une charge personnelle et une charge réelle¹.

Si chacune de ces charges présente des caractères qui leur sont propres, elles ont également des éléments qui les rassemblent. Etudions donc, en premier lieu, les caractères communs aux charges des libéralités à trois personnes (A) et, en second lieu, les caractères propres à chacune d'entre elles (B).

A. Les caractères communs aux charges des libéralités à trois personnes

59. Les charges des libéralités à trois personnes sont des charges d'affectation au profit du bénéficiaire final de l'opération. Elles présentent ainsi deux traits caractéristiques : elles sont relatives au bien dont le disposant se dessaisit (1) et sont conçues au profit du bénéficiaire final de l'opération (2).

1. L'objet de la charge : une charge d'affectation

60. Notion d'affectation. – Au sens général, au sens courant, l'affectation est définie comme « *la destination à usage déterminé* »². On comprend ainsi que l'affectation tourne autour de l'idée de but. Précisément, l'affectation réside dans cette idée qu'elle consiste à exercer un choix entre plusieurs utilisations possibles d'un bien. Cette perception se renforce encore quand on

¹ Par exemple, les charges imposées à une fondation peuvent revêtir cette double nature : la charge concernant l'utilisation des biens eux-mêmes, c'est-à-dire leur affectation, est une charge réelle tandis que la charge relative au fonctionnement de la fondation présente un caractère personnel.

² *Le Grand Robert*, V^o Affectation.

examine la définition juridique de la notion d'affectation. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant la définit comme « *la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé* »¹. On rejoint ici la conception forgée par M. Guinchard, selon lequel affecter un bien, c'est le soumettre à un usage déterminé². Ainsi conçue, l'affectation porte en elle, de façon intrinsèque, une charge³. Car faire un choix parmi plusieurs usages possibles d'un bien, c'est aussi obliger son détenteur à en respecter l'affectation.

A cet égard, les charges stipulées dans les libéralités à trois personnes réalisent, à n'en pas douter, une affectation⁴. Rappelons, en effet, que leur finalité est toujours identique, à savoir contribuer à la transmission d'un bien ou de sa richesse représentative au bénéficiaire final. De sorte qu'en stipulant une charge à l'intermédiaire, le disposant détermine ainsi l'utilisation du bien dont il se dessaisit afin de protéger le bénéficiaire final. L'intermédiaire, en acceptant d'acquiescer le droit réel, s'oblige donc à se conformer à l'affectation voulue par le disposant, et ce au profit du bénéficiaire final.

61. Utilités du procédé de la charge. – De là il suit que le procédé de la charge est susceptible d'offrir au disposant plusieurs utilités.

Il est, tout d'abord, un moyen de transmission d'un bien. Le procédé de la charge peut permettre au disposant de transmettre la jouissance successive d'un bien à deux personnes, la première étant tenue d'accomplir une ou plusieurs charges au profit de la seconde⁵. Sous cet aspect, il est permis de gratifier des personnes alors que l'incapacité qui les frappe leur interdit de recevoir directement. Sans doute, le procédé ne doit pas servir à éluder certaines incapacités de recevoir à titre gratuit. A ce titre, nul ne conteste que le législateur, en réglementant la capacité de recevoir de certaines personnes, ait entendu proscrire d'une manière absolue toute libéralité qui pourrait leur être faite. Il en est ainsi des incapacités fondées sur une présomption de captation qu'édicte les articles 907 et 909 du Code civil ou encore l'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles. On conçoit que toute libéralité faite à l'incapable au mépris de cette prohibition, qu'elle soit directe ou indirecte, tombe nécessairement sous le coup d'une nullité absolue.

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V° Affectation.

² S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1976, spéc. n°15, p. 15 et n°20 et s., p. 21 et s.

³ *Ibid.* n°369, p. 317 et s.

⁴ *Ibid.* n°117 et s., p. 108 et s.

⁵ On peut citer, par exemple, la double charge de conserver et de transmettre à son décès, s'agissant d'une libéralité graduelle (C. civ., art. 1048 et s.) ; la charge de transmettre à son décès ce dont elle n'aura pas disposé de son vivant, s'agissant d'une libéralité résiduelle (C. civ., art. 1057 et s.) ; la charge de conserver la substance du bien, s'agissant d'une double libéralité en usufruit et en nue-propriété (C. civ., art. 578 et s.).

En revanche, il est des incapacités qui s'expliquent par l'existence d'un obstacle de fait empêchant ces personnes d'être gratifiées directement. Tel est le cas de l'exigence posée par l'article 906 du Code civil, selon lequel le bénéficiaire doit être conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur. Tel est également le cas de l'incapacité qui frappe les personnes incertaines¹. L'interdiction des libéralités aux personnes futures ou incertaines n'est pas en effet la conséquence d'une prohibition légale, mais un effet nécessaire de leur propre nature. L'« *incapacité* »² des personnes future ou incertaines n'est qu'une incapacité de fait, parce qu'il leur est impossible d'invoquer et d'exercer un droit propre. Or, cette impossibilité disparaît dès lors que le disposant a rendu la libéralité réalisable en désignant une personne réelle chargée d'exécuter ses intentions. Aussi bien la libéralité avec charge au profit de bénéficiaires qu'il eût été impossible de gratifier par voie de disposition directe est-elle licite, pourvu qu'il s'agisse seulement de remédier au vice d'une simple impossibilité matérielle, et nullement de faire parvenir à des incapables de droit le profit de la libéralité. Edouard Lambert l'avait du reste remarquablement démontré : « *L'article 906 se réfère aux dispositions directes et non point aux charges apposées aux legs ou donations [...] ; le bénéficiaire de la charge reçoit non pas par l'acte, mais en vertu de l'acte et il y a une différence capitale entre les deux situations* »³. Et l'on ne s'étonnera pas que cette analyse ait reçu l'approbation tant de la jurisprudence⁴ que de la doctrine⁵. Par où l'on voit que la charge est un procédé qui permet au disposant de transmettre la jouissance successive d'un bien, encore que le second bénéficiaire soit une personne future ou incertaine au jour de l'acte de disposition.

¹ Les personnes incertaines s'entendent ici des personnes indéterminées, « *celles qui, à raison de leur indétermination, ne peuvent figurer dans un rapport juridique dont la formation suppose des sujets définis* » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, 2^{ème} éd., par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°171). Bien qu'aucun texte ne l'exprime, la nullité de la libéralité consentie à une personne incertaine est unanimement admise. Cette sanction se justifie par la vacance de la titularité des droits qu'entraînerait une telle libéralité. Voir en jurisprudence : Cass. civ., 13 juill. 1859, *D.* 1859. 1. 322 ; 28 mars 1859, *D.* 1859. 1. 442 ; Cass. req., 30 nov. 1869, *D.* 1870. 1. 202 ; Cass. civ., 21 févr. 1898, *D.* 1898. 1. 456 ; Cass. req. 14 janv. 1941, *DA* 1941. II. 1699, 1^{re} espèce, note. P. Voirin ; *RTD* civ. 1941. 475, obs. R. Savatier ; en doctrine : J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°296 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°285 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1119 et s., p. 102 et s.

² A la vérité, le terme d'incapacité est inadapté. S'interroger sur la capacité d'une personne, c'est s'intéresser à son état, sa personnalité juridique. Tel n'est pas le cas d'une personne incertaine dont on ne peut connaître l'état. Voir en ce sens, J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc. n°292 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n°281 p. 230 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc. n°1114 p. 97.

³ E. Lambert, *La stipulation pour autrui. De la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, A. Giard et E. Brière, 1893, p. 193. Dans le même sens, voir E. Champeau, *La stipulation pour autrui*, thèse Paris, 1893, p. 36 : « *l'article 906 s'applique aux donations directes et legs directs adressés aux non conçus et non aux libéralités indirectes résultant d'une charge, aux charges apposées à un legs ou même à un contrat à titre onéreux* ».

⁴ Voir notamment Cass. req., 14 janv. 1941, *JCP* 1941. II. 1699, note P. Voirin « *si l'on ne peut instituer directement légataires des personnes incertaines, rien ne s'oppose à ce que, comme en la cause, le légataire, à savoir la commune, étant certain et déterminé, ne recueille le legs qu'avec la charge d'en faire profiter des personnes inconnues du disposant ; que si un legs avec faculté d'élire est entaché de nullité, il en est autrement quand le légataire a reçu mission d'affecter la charge dont est grevé un legs à certains bénéficiaires* ». Voir déjà Angers, 22 juin 1887, *D.P.* 1889. 2. 4.

⁵ Labbé, note sous Douai, 1^{er} mai 1894, *S.* 1895. 2. 1 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc. n°292 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, préc., spéc. n°281 p. 230 ; H. L. et L. Mazeaud, *Successions-Libéralités*, préc., spéc. n°1407, p. 601 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc. n°1114 p. 97 ; Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n°520 p. 280.

Le procédé de la charge est, également, un moyen d'assurer une gestion efficace du bien au profit du bénéficiaire final¹. Tout individu souhaitant consentir une libéralité est naturellement porté à se préoccuper de l'utilisation que le gratifié fera des biens donnés ou légués, et ce d'autant plus lorsque celui-ci se montre prodigue ou inexpérimenté. Grâce au procédé de la charge, le disposant peut investir l'intermédiaire de moyens aptes à assurer la conservation et l'essor des biens donnés ou légués.

Le disposant peut ainsi transférer à l'intermédiaire la propriété des biens et lui imposer une série de charges relatives à leur gestion. L'intermédiaire, en acquérant la pleine propriété des biens composant la libéralité, peut ce faisant accomplir tous les actes d'administration et de disposition qu'une gestion dynamique impose, et ce jusqu'au transfert définitif des biens au bénéficiaire final.

Semblablement, le disposant peut recourir au démembrement de la propriété en attribuant l'usufruit à l'intermédiaire et la nue-propriété au gratifié. Le démembrement de la propriété permet ainsi d'organiser la double transmission de la jouissance d'un bien et d'en assurer la mise en valeur rationnelle à long terme, grâce notamment aux obligations à la charge de l'usufruitier. Peuvent dès lors être évités les risques de dilapidation et de dépérissement des biens objet de la libéralité.

2. Le bénéficiaire de la charge : le bénéficiaire final

62. Prise en compte de la charge prescrite dans l'intérêt d'un tiers et exclusion de la charge stipulée dans l'intérêt du disposant. – Le second trait caractéristique des charges des libéralités à trois personnes tient aux personnes susceptibles d'en être les bénéficiaires. Le droit transmis à l'intermédiaire est, on l'a dit, soumis à un usage déterminé dans l'intérêt du bénéficiaire final. Si l'on reprend la classification classique selon laquelle une charge peut être stipulée dans l'intérêt du disposant, de l'*accipiens* ou d'un tiers bénéficiaire, seule cette dernière devrait être considérée comme un procédé permettant de réaliser une libéralité à trois personnes. Car, seule celle-ci semble pouvoir contribuer à la formation ou à l'exécution de la libéralité que le disposant consent au bénéficiaire final. L'affirmation est cependant excessive. Sans doute faut-il exclure les charges stipulées dans l'intérêt du disposant puisque le procédé ne permet assurément pas de gratifier un tiers bénéficiaire.

Mais faut-il raisonner ainsi en présence de charges stipulées dans l'intérêt de l'*accipiens* ? Rien n'est moins sûr.

¹ Bien entendu, la transmission et la gestion ne sont pas deux finalités exclusives l'une de l'autre. Au sein d'une même opération, le procédé de la charge réalise le plus souvent ces deux finalités.

63. Discussion concernant la charge conçue dans l'intérêt de l'accipiens. – La charge est réputée conçue dans l'intérêt de l'accipiens lorsque c'est l'accipiens lui-même qui doit profiter de l'exécution de la charge, laquelle consiste généralement en une clause d'affectation des biens qui lui sont transmis¹. A cet égard, il est vrai qu'on peine à envisager une hypothèse dans laquelle la charge profiterait à un tiers bénéficiaire lorsque l'accipiens est une personne physique. En témoignent, par exemple, les libéralités de sommes d'argent consenties à un individu à charge d'employer les fonds au financement de ses études. Mais il en est certainement différemment lorsque l'accipiens est une personne morale. Il est, en effet, assurément des hypothèses dans lesquelles un tiers profite également de la charge, exprimée pourtant dans l'intérêt de l'accipiens. Qu'il nous suffise de songer aux personnes morales à but philanthropique, telles que les fondations. Les biens, qui leur sont transmis, sont affectés à la réalisation de leur objet social, lequel est d'assurer la satisfaction d'une catégorie de personnes (les pauvres, les étudiants de l'université, par exemple) ou de l'intérêt général (la recherche scientifique, la protection de l'environnement, par exemple). Or, sous couvert d'une cause qui dépasse certains intérêts

¹ On ne saurait nier que l'affectation stipulée dans l'intérêt de l'accipiens n'en demeure pas moins une charge. Sans doute, certains auteurs ont cru devoir réserver la qualification de charge aux seules hypothèses dans lesquelles le bénéficiaire est le disposant ou un tiers ; il n'y aurait pas à proprement parler de charge lorsqu'elle est stipulée dans l'intérêt de l'accipiens, il ne pourrait s'agir que d'une affectation spéciale (G. Ripert, « Etude critique de la notion de libéralité », Cours de doctorat, Paris, 1931, p. 313 et s. ; L. Josserand, « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », in *Evolutions et actualités*, 1936, p. 149 et s. Voir également du même auteur, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, 1928, n°265, note 1. Adde M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, 2^{me} éd., par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°332, p. 453 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. IV, n°3664, p. 1168 et n°3688 et s., p. 1174 et s. Pour une application jurisprudentielle, voir Lyon 20 oct. 1958, D. 1959. 111, note critique R. Nerson.). La prémisse de la proposition tient au fait qu'il n'y aurait pas d'obligation. L'obligation étant définie comme un lien en vertu duquel une personne est tenue à l'égard d'une autre d'exécuter une certaine prestation, il n'y aurait nulle obligation dès lors que le bénéficiaire de la charge est également le débiteur lui-même. Etre son propre débiteur paraît, il est vrai, surprenant. Mais une telle analyse emprunte certains raccourcis contestables de raisonnement. En effet, bien que profitant au débiteur lui-même, la charge n'en demeure pas moins une obligation que le disposant lui impose et dont il est le créancier. Cela n'est pas douteux en cas d'actes entre vifs. Chacune des parties s'étant obligée en vue de l'exécution de l'obligation de l'autre partie, le contrat est synallagmatique. Aussi, quand bien même la charge serait-elle stipulée dans l'intérêt de son débiteur, le disposant peut toujours en exiger le respect. Au demeurant, une analyse identique doit être menée en cas legs. Sans doute, le legs avec charge n'est pas synallagmatique puisque c'est seulement au décès du testateur que la charge imposée au légataire devient exigible. Mais le légataire, en acceptant l'offre du testateur de recevoir le legs moyennant l'exécution d'une charge, s'oblige comme le donataire d'une pareille libéralité. C'est ce que Bartin nomme « le quasi-contrat d'acceptation » (E. Bartin, *op. cit.*, p. 100). Au demeurant, tant la doctrine que la jurisprudence reconnaissent aux héritiers le droit d'agir en exécution de la charge (En doctrine : M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°161, p. 284 et s. ; H. Souleau, *L'acte de fondation en droit privé*, préc., n°51 et s., p. 97 et s. ; S. Guinchart, *L'affectation des biens en droit privé français*, préc., n°126 et s., p. 112 et s. ; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., n°285, p. 275 et s. ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, préc., t. XIV, n°248 ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. II, par P.-E. Esmein, préc., § 715, p. 453 et s. ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, préc., t. XXII, n°268 et s. En jurisprudence : Grenoble, 16 mai 1842, S. 1843. 2. 279 ; Caen, 27 juin 1868, S. 1869. 2. 140.). Autrement dit, le légataire, en acceptant le legs, s'engage à exécuter les obligations mises à sa charge et tout se passe comme si un contrat s'était formé entre le légataire grevé et les représentants du défunt. Il en résulte que la clause d'affectation au profit du grevé lui-même constitue une obligation, donc une charge, dont le créancier peut être le disposant ou ses héritiers.

particuliers, ce sont naturellement les intérêts d'autres personnes que la personne morale elle-même qui sont satisfaits.

Peut-être nous objectera-t-on qu'il n'y a, dans ces occurrences, pas de véritables charges. Non pas parce qu'il n'y a pas lieu de la qualifier ainsi, mais parce que, le plus souvent, l'acte de disposition en faveur de l'*accipiens* ne contient pas expressément une charge d'affectation¹. Toutefois, d'une part, c'est omettre que le disposant a bien plus en vue les activités philanthropiques de la personne morale – donc indirectement les bénéficiaires de ces activités – que la personne morale elle-même. Dans la pensée du disposant, la personne morale n'est, en effet, qu'un instrument, un intermédiaire de transmission entre lui et les bénéficiaires de ses actions qu'il ne peut pas gratifier directement. D'autre part et surtout, c'est oublier que la charge est inhérente à l'affectation². En recherchant le but pour lequel la personne morale agit, le disposant affecte les biens qu'il lui transmet au service d'une fin. De sorte que transmettre un bien à une personne morale, dont l'objet social est la satisfaction de l'intérêt général, est nécessairement un acte d'affectation, lequel comporte intrinsèquement une charge. Aussi bien peut-on observer que l'exécution de cette charge, qui n'est au fond que le respect de l'affectation voulue par le disposant, peut à la fois profiter à l'*accipiens*, c'est-à-dire la personne morale, mais aussi à des tiers³. Par où l'on voit que certaines charges dans l'intérêt de l'*accipiens* profitent, en réalité, à des tiers bénéficiaires.

¹ Sur ce point, voir *supra* note précédente.

² Voir *supra* n°60 et s.

³ Trois questions méritent d'être posées :

Faut-il analyser l'opération en une stipulation pour autrui ? De prime abord, les bénéficiaires de l'activité de la personne morale sont créanciers de l'établissement et sont titulaires d'un droit direct contre elle. Mais c'est là une analyse trop abstraite. D'abord, les bénéficiaires ne sont pas déterminés. Qui plus est, leur détermination incombe généralement à la personne morale gratifiée elle-même. Nul ne peut donc se présenter comme créancier. En outre, le disposant n'a pas entendu, le plus souvent, accorder une action aux bénéficiaires, mais laisser toute latitude de choix à la personne morale. Ce n'est pas dire que la personne morale soit libre d'exécuter ou non. Mais, si elle est tenue de le faire, c'est seulement dans ses rapports avec le disposant. Sous cet aspect, la charge est bien obligatoire.

Comment analyser l'opération dite de fondation indirecte, qui consiste à transmettre les biens à une personne capable sous la charge de constituer la fondation ? Sans doute l'opération est une stipulation pour autrui dans laquelle le disposant est le stipulant, l'intermédiaire, le promettant, et le bénéficiaire, la fondation. Mais est-ce à dire que le disposant ou ses héritiers n'aient aucune action contre la fondation ? A première vue, la négative paraît s'imposer. Entre le disposant et la personne morale, il n'existe aucun lien juridique direct ; l'intervention de l'intermédiaire forme écran puisque c'est de celui-ci que celle-là tient ses droits. Un tel constat devrait suffire à interdire toute possibilité de révoquer la libéralité consentie à la fondation au cas où elle ne remplit pas sa mission. Il est permis néanmoins d'en douter. Rien n'interdit d'imposer une charge au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. La jurisprudence admet du reste que le bénéficiaire soit tenu d'obligations dans le cas où il les aurait acceptées en même temps que le droit stipulé à son profit (Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, *D.* 1980. 309, note Carreau ; *JCP* 1980. II. 19315, note R. Rodière ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *D.* 1988. IR. 3 ; *RTD civ.* 1988. 532, obs. J. Mestre ; *D.* 1989. 233, note J.-L. Aubert). Ainsi, l'intérêt de la personne morale peut être d'assumer des obligations de façon à profiter du droit créé en sa faveur.

Faut-il nier l'existence d'une charge en cas de fondation par création d'une personne morale ? Certains l'ont soutenu (J. Flour, *Cours de droit civil*, Licence 4^{ème} année, 1962-1963, Les Cours de droit, p. 402 et s.). La personne morale ne serait grevée d'aucune charge car ce sont ses statuts mêmes qui lui imposent d'affecter les biens qu'elle a reçus à un service déterminé. L'assertion est grave car toute possibilité de révocation pour inexécution des charges serait exclue au cas où l'affectation ne serait pas respectée. Elle demeure cependant fortement contestable. Car il n'y

Partant, plutôt que de tenter de distinguer les charges selon qu'elles sont conçues soit dans l'intérêt du disposant, soit en faveur de l'*accipiens*, soit au profit d'un tiers bénéficiaire, il nous paraît plus opportun de procéder à la distinction suivante : selon que la charge protège un intérêt particulier ou un intérêt général. Tantôt les tiers au profit desquels les biens sont affectés sont connus et déterminés ; la charge est alors imposée en faveur d'un intérêt particulier. Tantôt les tiers protégés par l'affectation sont indéterminés ; la charge est ici ordonnée à la satisfaction d'un intérêt général. Au travers de cette dichotomie, on rassemble ainsi toutes les hypothèses dans lesquelles le procédé de la charge peut être utilisé dans une libéralité à trois personnes.

B. Les caractères propres à chaque charge des libéralités à trois personnes

64. Si la charge personnelle (1) et la charge réelle (2) ont des caractères communs, chacune présente des traits qui la singularisent. Etudions-les tour à tour.

1. La charge personnelle

65. Charge personnelle et affectation. – Peut-on dire qu'une charge personnelle réalise une affectation d'un bien ? Relative à l'usage d'un bien, il paraît surprenant, de prime abord, d'évoquer la charge personnelle à propos des charges d'affectation. Pour autant, à l'analyse, rien n'y fait obstacle. La charge personnelle est une obligation qui a pour objet de permettre à un créancier d'obtenir une prestation déterminée de son débiteur qui n'offre en garantie que l'ensemble de son patrimoine. Or, rien ne s'oppose à ce que la prestation imposée à l'*accipiens* soit relative à l'utilisation du bien ou à l'exercice du droit réel qui lui est transmis. En effet, la charge d'affectation n'est pas une charge inhérente au bien ou au droit réel, elle est simplement une charge relative à l'utilisation d'un bien, de sorte qu'une charge personnelle peut assurément réaliser cet objectif.

66. Charge personnelle et *intuitus personae*. – Le terme « *personnel* » imprime nécessairement un caractère particulier à la charge. La considération de la personne du grevé a nécessairement concouru à la formation du lien obligatoire, elle est un élément déterminant de l'existence de la charge. Toutefois, et cela est essentiel, la personne du débiteur de la charge n'est pas toujours prise en compte pour elle-même, mais aussi parfois pour la valeur qu'elle apporte à

aurait au fond aucune charge dès lors que la personne morale poursuit son objet social. Par suite, on devrait nier toute idée de charge lorsqu'elle est stipulée dans l'intérêt de la personne morale, c'est-à-dire lorsqu'elle ne fait que poursuivre le but que la personne morale s'est assigné.

la prestation fournie. En ce sens, la charge est dite personnelle parce qu'elle est procédée de la perception d'une qualité du grevé par le disposant. C'est donc l'*intuitus personae* qui caractérise cette charge. Ceci explique au demeurant que la charge personnelle soit l'accessoire d'un acte juridique.

67. Principe d'application des règles de la stipulation pour autrui. – Dans la mesure où son exécution profite en définitive au bénéficiaire final, la charge personnelle imposée à l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes procède, en principe, du mécanisme de la stipulation pour autrui¹. A l'instar de ce qu'énonce l'article 1121 du Code civil, le disposant obtient en effet de l'intermédiaire qu'il s'engage envers un tiers bénéficiaire. La charge se singularise ainsi par son caractère accessoire. Précisément, elle est nécessairement adossée à une disposition principale dont elle n'est que l'accessoire. L'article 1121 du Code civil, en ce qu'il énonce que la stipulation pour autrui est valable « *lorsqu'elle la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'ont fait à un autre* » consacre en effet le caractère accessoire de la stipulation pour autrui. Aussi, il ne peut y avoir de stipulation pour autrui que si elle se greffe sur un acte juridique établissant un rapport entre le promettant et le stipulant extérieur à cette stipulation pour autrui. Mais qu'on comprenne bien : il n'est point nécessaire que le stipulant stipule pour lui-même, la stipulation pour autrui demeure valable même si elle constitue l'opération principale ; il importe seulement que le stipulant ait un intérêt à l'opération, lequel peut être seulement moral². Le caractère accessoire de la stipulation pour autrui se ramène donc à cette idée que cette stipulation se greffe sur un rapport d'obligation entre le promettant et le stipulant.

68. Exécution de la charge personnelle. – Stipulation pour autrui, la charge personnelle d'une libéralité à trois personnes fait du disposant et du bénéficiaire les deux créanciers de l'intermédiaire.

A ce titre, au cas où l'intermédiaire n'exécuterait pas la prestation qu'il s'est engagé à accomplir, le disposant peut opter à son choix entre deux solutions : agir en résolution ou

¹ L'assimilation de la charge personnelle au profit d'un tiers au mécanisme de la stipulation pour autrui doit être posée comme principe. Il existe néanmoins des dérogations. On verra en effet qu'il existe des libéralités à trois personnes réalisées au moyen de la technique de la charge personnelle sans procéder pour autant du mécanisme de la stipulation pour autrui. Il en est ainsi des libéralités graduelles et résiduelles et des libéralités précatives. Sur ce point voir *infra* n°249 et s. pour les libéralités graduelles et résiduelles et n°298 et s. pour les libéralités précatives.

² G. Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Sirey, 1950, n°114, p. 150 ; Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, préc., n°151 et s., p. 346 et s. ; du même auteur, *Les obligations – Le contrat*, 2^e partie, *Effets*, préc., n°808, p. 983 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. I, *Les sources*, préc., n°283, p. 299 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°515 et s., p. 532 et s.

demander l'exécution de la charge. Il peut d'abord agir en résolution du rapport de droit pour inexécution des conditions, en vertu de l'article 953 du Code civil si ce rapport est une donation, et de l'article 1184 du Code civil s'il est à titre onéreux. Mais il peut aussi contraindre l'intermédiaire à exécuter son engagement. On pourrait de prime abord en douter puisque c'est seulement le tiers qui est créancier, mais il ne faut pas oublier qu'il est aussi créancier en vertu du rapport de droit qui l'unit à l'intermédiaire et qu'il a intérêt à son exécution. Aussi bien admet-on qu'il puisse agir en exécution de la stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire¹.

En tant que bénéficiaire de la charge, le bénéficiaire final de la libéralité à trois personnes acquiert un droit direct de créance contre l'intermédiaire. Ce droit naît par le seul effet de l'accord de volontés entre le disposant et l'intermédiaire. Ainsi, le bénéficiaire peut poursuivre directement l'exécution de son droit contre l'intermédiaire ; il dispose d'une action directe, de telle sorte qu'il se trouve à l'abri d'une saisie émanant du disposant. Encore faut-il, naturellement, que le bénéficiaire soit déterminé. Or, il est des hypothèses où la détermination du ou des bénéficiaires dépend d'un choix qui doit être fait par l'intermédiaire, comme dans les libéralités avec charge de distribuer des secours aux pauvres, les libéralités consenties à une université à charge pour celle-ci de distribuer régulièrement sous forme de prix une certaine somme d'argent à un étudiant que son mérite a permis de distinguer des autres. Se trouvent concernés, au fond, tous les actes de fondation, c'est-à-dire les actes juridiques par lesquels une personne, le fondateur, décide l'affectation, irrévocable et en principe perpétuelle, de tout ou partie de ses biens à une oeuvre d'intérêt général². Comment les bénéficiaires pourraient-ils mettre en oeuvre leur droit direct puisque leur indétermination risque de durer aussi longtemps que la fondation n'aura pas été exécutée ? Aussi bien peut-on observer que les principes qui gouvernent la stipulation pour autrui se trouvent ici malmenés³.

¹ Cass. civ., 12 juill. 1956, *D.* 1956. 749, note Radouant ; *GAJC*, t. II, n°172 ; Cass. com., 14 mai 1979, *D.* 1980. 157, note Ch. Larroumet ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *Bull. civ.* I, n°233 ; *Deffrénois* 1989. 1057, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990. 73, obs. J. Mestre ; Cass. com., 1^{er} avr. 1997, *Deffrénois* 1997. 1438, obs. A. Bénabent ; 14 déc. 1999, *D.* 2000. somm. com. 361, obs. Ph. Delebecque.

² Comp. L. du 23 juill. 1987, mod. par L. 4 juill. 1990, art. 18 : « *La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décide l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif* ».

³ Certains auteurs considèrent d'ailleurs que ces bénéficiaires ne disposeraient pas d'une action en exécution (F. Terré et Y. Lequette, *Les successions - Les libéralités*, préc., n°595, p. 477 et s.). D'autres proposent la distinction suivante : ou bien, la déterminabilité est objective, c'est-à-dire que le moment venu d'exécuter la charge, les bénéficiaires peuvent être identifiés sans intervention de l'intermédiaire, ils disposent alors d'une action directe contre l'intermédiaire ; ou bien, la déterminabilité est subjective, en ce sens que les bénéficiaires ne peuvent être identifiés que par l'intervention de l'intermédiaire, qui se trouve grevé d'une charge d'élire puis de transmettre, de sorte que chacune des personnes pouvant être élues dispose d'une action directe contre l'intermédiaire relativement à l'élection (J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°370 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités - Partages d'ascendants*, préc., n°1696, p. 517 et s.). Sur cette question, voir *infra* n°631.

69. Efficacité de la charge personnelle. – Au-delà de cette difficulté propre aux fondations, il est une difficulté plus générale qui concerne l'ensemble des charges personnelles : son caractère accessoire en fait une obligation fragile. Parce que la charge arrimée à un acte de disposition dépend de celui-ci, l'inefficacité de cet acte lui est fatale. Elle ne peut en effet survivre à la nullité, à la résolution ou à la caducité de la disposition à laquelle elle est apposée. La solution est acquise de longue date en jurisprudence s'agissant des libéralités avec charge¹. Et cette fragilité est soulignée par les auteurs². Mais il ne faut certainement pas limiter cette solution aux libéralités avec charge, c'est-à-dire aux hypothèses où l'intermédiaire est gratifié. Que l'obligé soit ou non gratifié n'a, à cet égard, aucune incidence. En effet, par comparaison, la disparition du rapport de droit qui unit le disposant au fiduciaire entraîne de la même manière dans sa chute la charge à laquelle il tient lieu de support. En témoigne l'exemple de l'assurance sur la vie : que le contrat d'assurance vienne à disparaître, le droit du bénéficiaire disparaît en même temps ; simple conséquence de ce que le contrat d'assurance sur la vie est une stipulation pour autrui³, le droit du bénéficiaire a sa source dans le contrat conclu entre le souscripteur et la compagnie, de sorte que cette dernière peut opposer au tiers bénéficiaire les causes de nullité, de caducité ou de résolution ainsi que les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le souscripteur⁴.

De façon identique, dans la mesure où elle n'est pas inhérente aux biens, la charge ne peut être transférée à celui qui les recueille. Ainsi, le sous-acquéreur n'est pas tenu directement d'exécuter la charge. Lorsque le grevé, qui n'a pas exécuté la charge, cède le bien, il n'existe ce faisant aucun moyen direct contre le sous-acquéreur pour exiger de lui qu'il exécute la charge. Sans doute peut-il préférer exécuter la charge plutôt que de subir les conséquences de la résolution du droit de son auteur. Mais ce n'est qu'indirectement qu'il est alors tenu, et par le seul effet de sa volonté.

Une telle vulnérabilité des droits du bénéficiaire de la charge n'est pas nécessairement en adéquation avec la volonté du disposant. Ceci explique d'ailleurs que le disposant puisse parfois concevoir une charge réelle.

¹ Voir par exemple Cass. req., 7 nov. 1859, *S.* 1860. 1. 350 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1959, *D.* 1959. 613, note R. Savatier.

² Voir notamment R. Cassin, *Des libéralités avec charge et des fondations en droit français*, Cours préc., spéc. p. 115 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc. n°83, p. 137 et s. ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Deffrénois* 1954, art. 27291, p. 257 et s., spéc. n°4, p. 259-260.

³ G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. I, *Les sources*, préc., n°292, p. 305 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°526., p. 540 et s. ; Ch. Larroumet, *Les obligations – Le contrat*, 2^e partie, *Effets*, préc., n°822, p. 997 et s.

⁴ C. ass., art. L. 112-1, al. 3 et L. 112-6.

2. La charge réelle

70. Nature de la charge réelle. – La charge réelle, encore dénommée obligation *propter rem* ou obligation réelle, est définie comme étant une « obligation liée à une chose qui pèse, non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement) »¹. On appelle ainsi charge réelle celle qui pèse sur une personne, mais seulement en tant qu'elle est propriétaire d'une chose ou, plus généralement, titulaire d'un droit réel.

La charge réelle paraît de prime abord difficile à cerner. Le terme « charge » renvoie à la notion de lien de droit entre deux personnes tandis que le terme « réelle » évoque la prérogative d'une personne sur une chose. De fait, on comprend que la charge réelle ait pu être définie soit comme un droit réel², soit comme un droit personnel³. Au vrai, la charge réelle est d'une nature hybride, elle doit être comprise comme un « intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel »⁴. Mais sa spécificité tient à la fonction qu'elle occupe : sa nature personnelle exprime la possibilité que le débiteur soit tenu d'une prestation, seulement « elle doit tendre exclusivement à satisfaire le droit réel qu'elle extériorise »⁵. La charge réelle n'est donc pas un droit réel, mais une obligation accessoire à un droit réel principal et affectée d'un *intuitus rei* qui y reflète l'influence du droit réel⁶.

71. L'accessoire d'un droit réel. – Bonnacase, dans le supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, constatait d'ailleurs la contradiction entre la nature personnelle de l'obligation réelle et son régime réel, et en concluait que « les obligations réelles se présentent comme l'accessoire d'un droit réel dont le débiteur est titulaire et auquel il peut renoncer [...]. Elles

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Obligation – réelle, a.

² Voir en ce sens L. Michon, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, thèse Nancy, 1891, qui considère que l'obligation est réelle ne serait qu'un droit réel puisque son régime juridique est identique. Voir aussi G. Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix, 1902 ; Rigaud, *Le droit réel*, thèse Toulouse, 1912.

³ Voir en ce sens J. Derrupé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, 1951, spéc. n^o295 et s., p. 340 et s., qui soutient que l'obligation *propter rem* doit être rattachée au concept d'obligation et à la catégorie des droits personnels, car l'objet de cette obligation est d'imposer à son débiteur une prestation, ce que ne peut rendre compte le droit réel. Voir également J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962. 35 et s.

⁴ M. de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937, p. 283.

⁵ H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. Fréjaville, LGDJ, 1957, spéc. n^o27, p. 25. Dans le même sens, voir J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002, n^o54 et s., p. 71 et s.

⁶ Ainsi s'explique que la servitude ne soit pas une obligation réelle dont le propriétaire du fonds servant serait le débiteur, mais un droit réel dont est titulaire le propriétaire du fonds dominant. Par rapport au fonds servant, la servitude apparaît comme un démembrement de la propriété. Voir en ce sens F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n^o878, p. 769 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n^o1100, p. 327 et s. ; J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, préc., n^o321, p. 366 et s. Adde F. Rouvière, *JCl. Civil Code*, Art. 637 à 639, 2007, n^o41 : « L'obligation réelle ou propter rem est un droit personnel accessoire à un droit réel principal, uni à lui par un lien de complémentarité s'exprimant dans la garantie procurée au titulaire du droit réel principal pour l'exercice effectif de son droit ».

consistent essentiellement dans la nécessité pour le débiteur d'accomplir un acte positif, exclusivement à raison et dans la mesure de la chose qu'il détient »¹. La charge réelle se singularise ainsi par son caractère accessoire.

Mais, à la différence de la charge personnelle, la charge réelle est l'accessoire, non pas d'un acte de disposition, mais d'un droit réel principal. L'efficacité de la charge réelle ne dépend donc pas du rapport d'obligation qui unit le disposant et l'intermédiaire. En témoigne, par exemple, le régime juridique de l'usufruit. En transférant l'usufruit d'un bien à l'intermédiaire et la nue-propriété au bénéficiaire, le disposant use ainsi du procédé de la charge réelle. En effet, la jurisprudence décide de façon séculaire que le nu-propriétaire peut, pendant la durée de l'usufruit, contraindre l'usufruitier à effectuer les réparations d'entretien dont il est tenu, selon les termes l'article 605 du Code civil². Si elle est bien une obligation personnelle de l'usufruitier, elle présente surtout le caractère d'être accessoire au droit de l'usufruitier. Elle vient compléter le droit du nu-propriétaire en lui assurant une garantie en vue de la restitution de la chose à la fin de l'usufruit. De sorte qu'en transmettant son droit à un tiers, l'usufruitier transmet également son obligation.

72. Exécution de la charge réelle : autonomie de la charge réelle par rapport à la disposition principale. – Ce caractère accessoire justifie ainsi que la charge réelle suive le même régime que le droit réel qu'elle grève. De ce point de vue, le bénéficiaire d'une charge réelle est dans une situation nettement plus confortable que celle du bénéficiaire d'une charge personnelle. Pour bien le comprendre, comparons une libéralité avec charge personnelle au profit d'un tiers bénéficiaire et une double libéralité en usufruit et en nue-propriété. Le bénéficiaire de la charge personnelle ne peut réclamer les biens donnés ou légués si la disposition principale devient inefficace, alors que le bénéficiaire en nue-propriété peut toujours entrer en jouissance. De même, le bénéficiaire de la charge personnelle ne dispose d'aucun droit de suite si l'intermédiaire a disposé des biens (sauf si une clause d'inaliénabilité a été stipulée) tandis que le bénéficiaire en nue-propriété conserve toujours sa vocation³.

¹ J. Bonnet, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil* de G. Baudry-Lacantinerie, t. III, Sirey, 1926, n°187, p. 384. Plusieurs auteurs ont adopté le même raisonnement. Ainsi, Jean Derrupé considère que « l'extinction de l'obligation propter rem [...] n'est que la conséquence du caractère accessoire de cette obligation, dont l'existence et la transmission sont liées à l'existence et à la transmission du droit réel » (in *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Bordeaux, 1951, n°296 p. 341). De même, M. Goubeaux précise que « le rapport d'obligation est créé en vue de compléter un droit réel du créancier [...] et non plus du débiteur. On trouve donc un double lien d'accessoire à principal unissant le rapport à deux droits réels distincts » (in *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, LGDJ, 1969, n°297, p. 401).

² Cass. civ., 27 juin 1825, Jur. gén., V° Usufruit, n°524 ; S. 1825. 1. 142 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1962, JCP 1962. II. 13272, note H. G. ; RTD civ. 1962. 527, obs. H. Solus. Adde P. Courbe, « L'entretien de la chose soumise à usufruit », JCP 1982. I. 3070.

³ F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°775, p. 694 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°379, p. 101 ; F. Rouvière, *JCl Civil Code*, art. 637 à 639, 2008, n°43 et s. ; B. Boubli, « La fonction libératoire du

73. Singularité de la charge héréditaire. – Le caractère autonome de la charge réelle par rapport à la disposition principale à laquelle elle est apposée peut-il être poussé plus avant ? Une charge de cette nature ne pourrait-elle pas exister en l'absence de toute disposition ? Sans doute, l'assertion paraît de prime abord surprenante. On enseigne classiquement, en effet, que la charge a besoin d'un point d'attache, et ne peut être accrochée qu'à une disposition principale¹. Mais si cette analyse se comprend aisément en cas d'actes de disposition entre vifs, elle l'est moins lorsqu'il s'agit d'une transmission à cause de mort. On sait, à cet égard, qu'un legs peut s'entendre du simple maintien des droits *ab intestat* dont le testateur aurait pu disposer. Or, dans ce cas, le legs n'a aucune utilité propre, « *et c'est dans la condition qui lui est apposée que le testament trouve sa raison d'être* »². Aussi bien doit-on pouvoir admettre que le *de cuius* puissent imposer des charges à ses héritiers sans avoir besoin de les arrimer à une disposition principale.

Au demeurant, s'opposer à une telle admission serait fort peu opportun. En effet, si le *de cuius* devait passer par le subterfuge d'un legs pour imposer une charge à ses héritiers *ab intestat*, il s'agirait d'une technique à l'efficacité douteuse puisqu'il leur suffirait de renoncer au legs pour s'exonérer de cette charge. Sans doute pourra-t-on objecter qu'il suffit au testateur de stipuler une clause pénale valant exhérédation conditionnelle. Mais n'est-ce pas tomber dans des abîmes de complexité ? Surtout, l'assertion ne saurait convaincre. C'est omettre, en effet, qu'un testament peut valablement ne contenir qu'une clause d'exhérédation sans institution de légataire. Or, si le *de cuius* peut exhéredier ses héritiers, il doit pouvoir à tout le moins leur imposer une charge concernant l'affectation des biens qui leur sont dévolus, et ce, naturellement, dans la limite de la quotité disponible. Le simple bon sens permet donc au *de cuius* de stipuler des charges d'affectation sans le support d'un legs et l'on ne s'étonnera pas qu'une telle analyse ait reçu l'approbation de la Cour de cassation³.

déguerpissement », *JCP* 1973. I. 2518. Voir par exemple Amiens, 18 mars 1969, *JCP* 1969 II. 16045, note G. Goubeaux ; *RTD civ.* 1969. 808, obs. Bredin.

¹ P. Voirin, note sous Cass. req., 18 févr. 1947, *JCP* 1947. II. 3719. Voir du même auteur la note sous Cass. Poitiers, 5 mai 1954, préc. Dans le même sens, R. Savatier, note sous Paris, 1^{er} juill. 1926 et trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, préc.

² M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1453, p. 342.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n°258 ; *Gaz. Pal.* 1988. 137, note E. S. de la Marnierre. Voir aussi Paris, 1^{er} juill. 1926, *D.* 1928. 2. 121, 1^{ère} espèce, note R. Savatier. Trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, préc.; Douai, 29 nov. 1893, *DP* 1894. 2. 599 : « *Attendu que la renonciation de l'abbé Lepoutre n'entraîne pas la caducité de la charge à laquelle il était tenu par le legs ; qu'il en résulte seulement que la charge doit être acquittée par ceux qui recueillent* » ; Cass. req., 28 juill. 1903, *DP* 1905. 1. 425, note M. P. : « *Attendu que les juges du fait n'ont point supprimé, ainsi que l'affirme le demandeur au pourvoi, un prétendu legs de eo quod supererit, qui aurait été fait aux pauvres par la de cuius ; qu'interprétant, comme elle en avait le devoir et le droit, la volonté de la testatrice, la cour d'appel a considéré qu'il fallait voir dans ses dispositions, non un legs proprement dit au profit d'œuvres, d'établissements de bienfaisance et de pauvres spécialement désignés, mais une charge que la testatrice imposait à ses héritiers* ».

74. Exemple de charge héréditaire : la charge de fonder. – L'on sait qu'avant la loi du 4 juillet 1990¹, l'appel à la notion de charge permit de valider nombre de fondations directes par voie testamentaire. Derrière l'apparence d'un legs direct consenti à la fondation à créer – legs nul comme consenti à une personne future – les juges découvraient un legs consenti aux héritiers *ab intestat* ou à un tiers de confiance à charge de créer la fondation et de lui transmettre leur émolument². Reste que l'efficacité du procédé n'était pas totale. En tant qu'accessoire du legs, la charge ne saurait survivre à la disparition par nullité, caducité ou révocation de celui-ci³. Ainsi les projets philanthropiques du *de cuius* pouvaient-ils être anéantis par un légataire peu scrupuleux dont la renonciation au legs lui permettait de se soustraire à l'exécution de la charge. Dans le souci de donner effet aux volontés du *de cuius*, la jurisprudence a considéré que la charge de fonder ne tombait pas malgré la défaillance du legs auquel elle était adossée ; le poids de la charge se trouvant alors reporté sur celui ou ceux qui recueillent les biens légués. Telle est la solution qui ressort du jugement rendu par le Tribunal civil de la Seine le 1^{er} février 1927⁴. En l'espèce, la veuve Mallet avait laissé un testament aux termes duquel elle instituait trois légataires universels, leur imposant l'obligation de constituer entre eux une société civile devant durer au moins cinquante ans, et d'employer la totalité des revenus du legs « *en secours charitables et en libéralités à des œuvres s'occupant soit des aveugles de guerre, soit des orphelins pauvres de la guerre, ainsi qu'à l'entretien de sa propre chapelle funéraire* ». Les trois légataires universels renoncèrent à leur legs. Sur quoi, les héritiers demandèrent l'annulation du testament comme prescrivant la formation d'une société irréalisable par suite de la renonciation des légataires. Le tribunal repoussa leur prétention en des termes fort explicites : « *Mais attendu qu'il ne s'ensuit pas que l'existence de l'œuvre testamentaire doive pour cela se trouver compromise ; qu'il apparaît, en effet, nettement que la création de ladite société n'a pas été la cause impulsive et déterminante de la dévolution faite par la dame Mallet des biens composant sa succession, mais seulement un moyen pratique destinée dans sa pensée à faciliter l'exécution des dispositions charitables par elles prises, en rappelant son nom aux œuvres secourues ; attendu que ce moyen disparaissant, le testament n'en reste pas moins parfaitement exécutable, avec cette seule différence que les héritiers se trouveront substitués aux légataires universels défaillants dans l'obligation aux charges imposées par la testatrice* »⁵. Ainsi observe-t-on que la disparition du legs n'entraîne pas dans sa chute la charge qui lui était apposée. Elle survit à celui-ci pour peser sur ceux qui recueillent les biens grevés, à savoir les héritiers *ab intestat*.

Au demeurant, les juges sont allés au bout de la logique de leur raisonnement. Si la charge de fonder survit à l'élimination des légataires, c'est qu'elle est une disposition indépendante du legs.

¹ L. du 23 juill. 1987, art. 18-2, al. 1^{er} et 3, mod. par L. du 4 juill. 1990.

² Voir par exemple la célèbre affaire Goncourt

³ Voir par exemple Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 2003, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2007, préc.

⁴ D. 1928. 2. 121, 2^{ème} espèce, note R. Savatier ; JCP 1928. 332, note H. M.

⁵ (nous soulignons).

Elle peut dès lors exister sans legs et peser *ab initio* sur l'hérédité. C'est ce qu'illustre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris rendu le 1^{er} juillet 1926¹. En l'espèce, la testatrice avait légué l'universalité de ses biens « *à la construction et au capital d'entretien d'une fondation à Arcachon, destinée aux veuves et orphelins pauvres des employés de la Banque de France* ». Les héritiers *ab intestat* invoquèrent la nullité du legs au motif qu'il était consenti à une personne inexistante. Les juges de la Cour de Paris se refusèrent à passer par le subterfuge du legs à charge de fonder – trouver dans le testament une personne et de la déclarer légataire capable de recevoir les biens destinés à la fondation – et imposèrent la charge de fonder directement à la succession de la testatrice : « *il appartient toujours aux tribunaux d'interpréter les testaments, d'en dégager le sens et la portée véritables et de rechercher notamment si, sous l'apparence d'une libéralité à l'adresse d'une fondation qui comporte la création d'un établissement nouveau, le testateur n'a pas voulu gratifier certaines catégories de personnes déjà existantes et imposer à sa succession la charge d'y pourvoir par la réalisation d'une fondation* »². Relevons au surplus que le procédé est admis également par la Cour de cassation. Dans son premier arrêt relatif à la *Fondation M. et Mme Dupré*³, la Cour de cassation censura les juges du fond pour avoir dénaturé par omission le testament de la veuve Dupré en faisant abstraction de la volonté expresse de la défunte que soit constituée, après son décès, une fondation reconnue d'utilité publique. Précisément, la haute juridiction exige des juges du fond de rechercher si « *par la disposition litigieuse, la testatrice n'avait pas voulu gratifier des catégories de personnes déjà existantes et imposer à sa succession la charge d'y pourvoir par la réalisation d'une fondation* »⁴. Dans son second arrêt, elle approuva l'arrêt de renvoi d'avoir décidé que l'héritière *ab intestat* devait, après délivrance des legs particuliers et prélèvement de ce qui lui revenait personnellement, remettre le restant de la succession à la *Fondation M. et Mme Dupré*⁵.

L'on remarque ainsi qu'en matière de charge de fonder, la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître l'existence de charges détachées de tout lien avec un legs. La démarche n'est du reste pas propre aux fondations.

75. Analyse du legs de la chose d'autrui à l'aune de la charge héréditaire ? – Aux termes de l'article 1021 du Code civil, « *lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas* ». L'histoire explique cette disposition. Les Romains estimaient, par faveur pour le testament, que le testateur pût imposer à l'héritier, sous

¹ D. 1928. 2. 121, 1^{ère} espèce, note R. Savatier.

² (nous soulignons).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n°258 ; *Gaz. Pal.* 1988. 137, note E. S. de la Marnière.

⁴ On observera l'identité de rédaction entre le présent arrêt et l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 1^{er} juillet 1926.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n°159 ; D. 1992. 149, note E. Agostini.

forme de charge, des libéralités qu'il ne pouvait pas réaliser lui-même directement. Précisément, le testateur pouvait parvenir à ses fins en utilisant soit le legs *per damnationem* suivant lequel il mettait à la charge de son héritier l'obligation d'accomplir une prestation déterminée en faveur du légataire, soit le legs *sinendi modo* qui conférait simplement au légataire un droit de créance contre l'héritier sanctionné par l'action *ex testamento*¹. Simplement, le legs était nul quand le testateur ignorait qu'il n'en était pas le propriétaire ; le legs était au contraire valable quand il était fait en connaissance de cause. Si le testateur ignorait que la chose fût à autrui, il n'avait pu avoir l'idée de contraindre son héritier à l'acquiescer et la transmettre au légataire. Cette conception romaine du legs de la chose d'autrui conserva toute sa vigueur dans l'Ancien droit². La preuve que le testateur avait testé en connaissance de cause suscita néanmoins de nombreux procès. Afin de « *mettre fin aux subtilités* »³, les rédacteurs du Code adoptèrent la solution radicale suivant laquelle le legs de la chose d'autrui est nul « *que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas* »⁴.

Toutefois la jurisprudence, dans le souci de donner effet à la disposition libérale, s'est employée à limiter de façon considérable le domaine d'application de la nullité du legs de la chose d'autrui. L'un des moyens⁵ permettant de contourner la prohibition consiste à voir dans la disposition en cause, non pas un legs, mais une charge imposant aux héritiers *ab intestat* de procurer la propriété de la chose au bénéficiaire du legs⁶. Le procédé vaut pour tout legs de chose dont le testateur n'a pas l'entière propriété. Le legs peut porter indifféremment soit sur une chose faisant partie d'une masse indivise entre le testateur et ses héritiers, soit sur une chose appartenant aux seuls héritiers, soit enfin sur une chose appartenant entièrement à un tiers. Signe d'une jurisprudence constante, la formule employée par les juges est invariablement la même : « *il est*

¹ J. Naltet, *Du legs de la chose d'autrui*, thèse Paris, 1922, p. 5 et s. ; P. Legros, *Du legs de la chose d'autrui*, thèse Rennes, 1933, p. 16 et s. ; R. Jaouen, *La jurisprudence du legs de la chose d'autrui*, thèse Rennes, 1934, p. 16 et s.

² Pothier (*Donations et testaments*, chap. 4, art. 1, § 2, n°159) résumait de la manière suivante la doctrine admise dans notre ancien droit : « *On peut léguer non seulement sa propre chose, mais celle de son héritier et celle de personnes tierces ; et l'héritier ou autre personne qui a été chargé de ce legs est tenu de l'acheter de celui à qui elle appartient, pour la donner au légataire, ou bien de lui en compter le prix, au cas où celui à qui elle appartient ne voudrait pas la vendre* ». Dans le même sens, voir Ricard, 3^{ème} partie, ch. 3, sect. 3, distinct. 3.

³ Loqué, t. XI, p. 257 ; Fenet, t. XII, p. 398.

⁴ C. civ., art. 1021.

⁵ Un autre moyen est d'analyser la disposition comme un legs portant sur une chose de genre. Les juges considèrent alors qu'il s'agit d'un legs de deniers nécessaires à l'acquisition de la chose (Orléans, 7 avr. 1848, *DP* 1851. 2. 99 ; *S.* 1851. 2. 408 ; Lyon, 25 juin 1879, *DP* 1881. 2. 135 ; *S.* 1880. 2. 297).

⁶ Cass. req., 26 juill. 1897, *DP* 1898. 1. 300 : « *Attendu que la maison susénoncée n'appartenait pas à un tiers, mais indivisément à la testatrice et à son héritier ; que le legs d'un droit d'habitation sur une partie de cette maison constitue une charge que la testatrice a, par ses dernières volontés, imposée à son héritier, dans la limite de la quotité disponible* » ; Cass. civ., 6 mai 1913, *S.* 1920. 1. 361, note A. Wahl : « *aux termes de l'article 724 du même code, les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis, de plein droit, des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquiescer toutes les charges de la succession ; d'où il résulte que l'héritier ab intestat, étant tenu de l'exécution des legs, la charge a pu être imposée à Charles Pisson-Abadie, sans qu'elle ait été expressément formulée par le défunt, dans son testament* » ; Poitiers, 5 mai 1954, *JCP* 1955. II. 8742, note P. Voirin ; *RTD civ.* 1955. 147, obs. R. Savatier, confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1957, *Bull. civ.* I, n°91 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 cot. 1961, Paris, 17 déc. 1963, *D.* 1964. Somm. 69 ; *Bull. civ.* I, n°442 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, *Bull. civ.* I, n°186 ; *Defrénois* 2006, art. 38468, p. 1586, note C. Farge.

loisible au testateur d'imposer à ses héritiers ou légataires l'obligation de procurer ou de transmettre au légataire particulier la propriété ou un autre droit sur un bien qui ne faisait pas partie de la succession »¹. Pris en ce sens, l'article 1021 se borne à proscrire le legs direct et laisse subsister la faculté pour le testateur de faire entrer dans son testament des choses qui ne lui appartiennent pas, à la condition de n'en faire que des charges². A l'instar de la charge de fonder, la jurisprudence admet ainsi la possibilité pour le testateur d'imposer la charge directement à l'héritier *ab intestat* sans qu'il soit nécessaire de découvrir un legs fait à ce dernier.

Une telle analyse n'échappe pas néanmoins à la critique. Elle consiste en effet à modifier l'objet du legs, lequel est, non plus la chose d'autrui, mais une créance contre les héritiers. N'est-ce pas alors permettre au testateur de disposer au profit d'autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même ? Assurément, oui. Car, grever les héritiers *ab intestat* de la charge d'acquiescer la *certa res* pour la transmettre à la personne désignée revient, au fond, à léguer les biens de ses héritiers. Or, en vertu de cette maxime d'évidence qui veut qu'aucun individu n'est habile à transférer ce qu'il n'a pas, il ne doit pas être permis au disposant de distribuer des valeurs qui ne composent pas son patrimoine³. L'analyse est en outre contraire à la nature même de l'institution du testament. Ainsi que l'atteste l'article 895 du Code civil, le testament est l'acte par lequel « le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer » ; il ne doit pas être celui par lequel il dispose de ceux de ses héritiers. Sans doute n'en fut-il pas toujours ainsi. En témoigne la jurisprudence relative aux legs de choses de genre, en vertu de laquelle les successeurs acceptants purs et simples étaient tenus *ultra vires hereditatis*⁴. Mais, on le sait, la loi du

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, préc. ; Paris, 17 déc. 1963, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1961, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1957, préc. ; Poitiers, 5 mai 1954, préc.

² Merlin (Legs, sect. 3, § 3, n^o 4 p. 25) s'est montré particulièrement hostile à ce détour : « Ainsi donc un simple subterfuge de langage et l'article 1021 serait lettre morte. Mais alors, que devient donc la disposition du Code ? rien qu'une loi ridicule. Quelle différence y a-t-il en effet entre dire : je lègue à Pierre telle maison appartenant à Paul, ou bien je charge mon héritier d'acheter de Paul telle maison et de la livrer à Pierre. Aucun, si ce n'est que dans la seconde formule le testateur exprime en toute les lettres ce qu'il sous-entend nécessairement dans la première ». Selon l'éminent juriste, le législateur de 1804 a eu en vue d'écarter définitivement les difficultés que fait naître ce genre de recherches et l'on ne doit pas les rétablir d'une autre manière en introduisant la distinction non moins subtile du legs et de la charge. La position est demeurée néanmoins isolée, la plupart des auteurs opinant en faveur du procédé de la charge : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., spéc. n^o 604 et s. p. 757 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, avec le concours de M. Julliot de la Morandière, préc., spéc. n^o 1186 et s. p. 961 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n^o 348 p. 281 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc. n^o 1156 p. 109 et s. La commission de réforme du Code civil présidée par Julliot de la Morandière validait expressément le procédé : « Le legs de la chose d'autrui est nul, à moins qu'il n'emporte l'obligation pour l'héritier de procurer au légataire la chose léguée ou que son véritable objet ne soit le prix encore impayé d'une chose aliénée par le testateur » (Art. 950, avant-projet C. civ. présenté à M. le garde des Sceaux, ministre de la Justice par la Commission de réforme du Code civil).

³ Il s'agit ici de l'application de l'adage *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*.

⁴ Cass. civ., 1^{er} août 1904, *D* 1904. 1. 513 ; Paris, 13 déc. 1965, *D*. 1966. 275, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.*, 1966. 333, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1968 ; *JCP* 1969. II. 15714, note M. Dagot ; *D*. 1969. 95 ; *RTD civ.* 1969. 365, obs. R. Savatier. *Contra* : Orléans, 14 mai 1891 : *DP* 1891, 2, p. 313, note Flurer, qui, après une forte argumentation, en concluait que l'héritier n'était tenu sur ses biens personnels qu'au cas où il aurait confondu ses biens avec ceux du défunt.

23 juin 2006 a renversé cette jurisprudence¹, qui était fortement contestée par la doctrine². Aussi bien, la charge héréditaire ne nous paraît pas pouvoir être un procédé permettant de contourner la prohibition du legs de la chose d'autrui.

§ 3 - LES MODALITES DE L'OBLIGATION

76. Données du problème. – La modalité de l'obligation est entendue comme un évènement futur qui subordonne soit l'exigibilité soit l'existence du transfert du bien que réalise le disposant³. Conçue comme technique d'une libéralité à trois personnes, la modalité doit affecter tant le transfert au profit de l'intermédiaire que celui au profit du bénéficiaire. En effet, si elle ne devait assortir que le rapport de droit entre le disposant et l'intermédiaire, la modalité se révélerait impuissante à opérer le transfert de l'objet de la libéralité au profit du bénéficiaire de la libéralité à trois personnes. Tant la condition (A) que le terme (B) sont susceptibles de répondre à ces exigences.

¹ C. civ., art. 785, al. 2 : « Il [l'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession] n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes ». Une question se pose néanmoins : faut-il limiter cette disposition aux seuls legs de sommes d'argent et peut-on l'étendre à tous les legs de choses de genre ? Une compréhension large du texte est de loin préférable. Tel est bien, ce semble, l'esprit qui ressort de la lecture des travaux parlementaires. Initialement, le projet de loi prévoyait d'étendre ce texte à tous les biens fongibles. C'est uniquement aux fins de compréhension des justiciables (*sic*) qu'il a été proposé de substituer aux « biens fongibles » l'expression de « somme d'argent » : « la rédaction retient le principe des seuls legs de biens "fongibles". Cette notion juridique n'est pas nécessairement très connue du successeur "moyen", même si elle est utilisée par le code civil dans ses articles 1291 (pour la dérogation au principe de non-compensation des dettes, lorsqu'elles portent sur une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles) et 1326 (pour la définition du formalisme de l'acte par lequel une partie s'engage à payer à une autre une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible)... Sans doute, peut-on considérer les biens fongibles comme comprenant, notamment et sans doute principalement, les sommes d'argent, mais celles-ci pourraient néanmoins, pour la clarté du texte, faire l'objet d'une mention spécifique, comme c'est d'ailleurs le cas aux articles 1291 et 1326, qui distinguent tous les deux sommes d'argent et biens fongibles. Une solution plus simple encore reviendrait à ne prendre en compte dans le nouveau dispositif que les seules sommes d'argent, les autres biens fongibles suivant alors le régime des corps certains » (Rapport AN n°2850, p. 92).

Voir encore les discussions relatives à cet amendement :

« M. le président. Je suis saisi d'un amendement n° 45, qui prévoit une modification terminologique et une modification de précision.

M. Sébastien Huyghe, rapporteur. En effet, Monsieur le président. Cet amendement de la commission concerne l'article 786 du code civil. La précision terminologique consiste à substituer à la notion ambiguë de « forces de la succession » celle, plus claire, d'« actif successoral net des dettes ». Par ailleurs, il limite la notion de biens fongibles aux seules « sommes d'argent ».

M. le président. Quel est l'avis du Gouvernement ?

M. le garde des sceaux. Enfin des termes que les Français comprendront (*sic*) ! Je suis infiniment favorable à cet amendement » (séance du 22 févr. 2006).

² J. Flour, *Le passif successoral*, Cours préc., p. 232 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°760, p. 626 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°562, p. 556 et s.

³ Il ne s'agit donc pas, ici, d'évoquer l'hypothèse où la charge imposée à l'intermédiaire serait elle-même affectée d'une modalité. Etant par nature une obligation, la charge peut naturellement être affectée d'une condition ou d'un terme. Il n'y aurait pas cependant de particularité qui ferait des modalités de l'obligation un procédé distinct de celui de la charge.

A. La condition

77. La mise en oeuvre de la condition en tant que procédé des libéralités à trois personnes présente certaines particularités qu'il convient de présenter (1). Il reste que la condition paraît parfois difficile à distinguer de la charge. Aussi l'autonomie de la condition doit-elle être mise à l'épreuve par rapport à celle de la charge. Deuxième temps, donc, s'assurer que la condition se distingue bien de la charge (2).

1. Les particularités de la condition dans les libéralités à trois personnes

78. Définition de la condition. – La condition consiste dans l'évènement futur et incertain auquel est subordonnée l'existence de l'obligation. L'évènement constituant la condition doit être incertain car, autrement, il n'influencerait pas l'existence de l'obligation, mais seulement la date de son exécution, et serait un terme. Il doit en outre être futur car, autrement, il ne pourrait être incertain en soi.

79. Double transfert sous une condition inverse. – En tant qu'agent actif de l'opération, l'intermédiaire doit avoir la maîtrise effective du bien dont le disposant se dessaisit, tandis que le bénéficiaire ultime est, en tant qu'agent passif, dans une situation d'attente. Dans cette optique, la condition doit concerner seulement l'extinction du rapport de droit entre le disposant et l'intermédiaire, et non pas en retarder l'existence. Mais la condition se révélerait impuissante à répondre au dessein du disposant si cette modalité n'affectait que le rapport de droit entre le disposant et l'intermédiaire. La survenance de l'évènement conditionnel entraînerait en effet l'anéantissement des droits de l'intermédiaire et ferait renaître ceux du disposant. Aussi faut-il convenir que le mécanisme de la condition ne peut être un procédé apte à accomplir une libéralité à trois personnes que si le bénéficiaire final est investi de droits sous une condition inverse à celle de l'intermédiaire.

Il s'agit là de la figure bien connue de la double libéralité conditionnelle, en vertu de laquelle un même évènement joue le double rôle de condition résolutoire et de condition suspensive¹. L'intermédiaire devient ainsi titulaire des droits par l'effet de l'acte juridique, mais il est, en cas de survenance de l'évènement mis en condition, susceptible de les perdre au profit du bénéficiaire sous condition suspensive.

¹ J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°502, p. 327 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°576, p. 465 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1438, p. 628 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°366, p. 366 et s.

80. Rôle de l'intermédiaire. – Ainsi, tant qu'elle est pendante, c'est-à-dire que l'évènement demeure incertain, l'existence de l'obligation est soumise à un régime provisoire. Soit, le rapport de droit, dont l'existence dépend de l'évènement de la condition, est provisoirement supposé inexistant : la condition est dite alors suspensive¹. Soit, le rapport de droit est provisoirement supposé existant : la condition est dite alors résolutoire².

De là il suit que la situation de l'intermédiaire est bel et bien caractérisée par l'existence de devoirs l'empêchant de tirer profit, en tout ou en partie, des prérogatives attachées au droit transmis. Sans doute n'y a-t-il pas d'« obligation » au sens technique du terme puisque le titulaire de droits sous condition résolutoire est, *pendente conditione*, libre d'administrer et de disposer de la chose. L'acquéreur sous condition résolutoire gère le bien librement – il peut notamment l'aliéner – et ses créanciers peuvent le saisir³. Mais, à raison du mécanisme de la condition, l'intermédiaire est contraint de respecter des « devoirs »⁴, c'est-à-dire d'adopter un comportement, qui lui interdit de mettre à profit le temps de sa détention pour ruiner les espérances du titulaire sous condition suspensive, sous peine de sanctions au jour de réalisation de la condition⁵.

¹ C. civ., art. 1181.

² C. civ., art. 1183.

³ L'assertion mérite toutefois d'être nuancée. *En fait*, les tiers redoutent d'acquérir des droits susceptibles d'être résolus, de sorte qu'une propriété sous condition résolutoire n'est ni facilement négociable ni un bon instrument de crédit. *En droit*, l'acquéreur sous condition résolutoire peut s'être vu imposer par son auteur une clause d'inaliénabilité, qui emporte également insaisissabilité.

⁴ Sans doute, les termes « obligations » et « devoirs » sont souvent utilisés comme s'ils étaient synonymes. Il est, par exemple, courant d'employer indifféremment les expressions d'obligation d'information ou de devoir d'information, d'obligation de bonne foi ou de devoir de bonne foi. Il reste que cette synonymie est contestable. En effet, il n'y a toujours pas à proprement parler « obligation » dans la mesure où celle-ci suppose un lien entre deux personnes, c'est-à-dire un créancier déterminé. Aussi, la distinction entre l'obligation et le devoir réside moins dans leur sanction que dans leur objet respectif. Là où l'obligation a pour objet une prestation au bénéfice d'une personne déterminée – le créancier –, le devoir impose une norme de comportement, générale et abstraite, que les individus sont tenus de respecter sous peine de sanctions. Partant, à la différence de l'obligation, qui se caractérise par une face active (la créance) et une face passive (la dette), le devoir « ne peut être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu » (P. Roubier, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, *APD* 1957, p. 2 et s., spéc. p. 42.). Sur cette distinction voir R. Sacco, « A la recherche de l'origine de l'obligation », *APD* 2000, t. 44, p. 33 et s. ; J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2003, p. 99 et s., spéc. p. 103 et s. *Adde* M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations* – t. 1. *Contrat et engagement unilatéral*, préc., n°3, p. 3.

⁵ L'affirmation est cependant contestée par certains auteurs. Suivant l'analyse dualiste de l'obligation défendue par Monsieur Wicker, l'obligation conditionnelle emporte renonciation par l'acquéreur sous condition résolutoire à une partie de son autonomie juridique et au libre exercice de certaines de ses prérogatives. L'activité de l'acquéreur sous condition résolutoire est assujettie ce faisant au but poursuivi par l'acte juridique. De sorte que, durant la période d'incertitude, il ne peut rien faire qui compromette la réalisation de ce but, ce qui signifie, concrètement, qu'en cas de non-respect de cette obligation d'abstention, l'acquéreur sous condition suspensive pourrait recourir à la contrainte pour faire cesser l'inexécution (in *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., spéc. n°158-159, p. 152-153). Une telle prérogative conférée au bénéficiaire sous condition suspensive nous paraît excessive. Au vrai, il ne s'agit ici que de l'exigence de bonne foi qui s'impose au débiteur conditionnel. Et, comme on a pu justement le relever, la bonne foi n'est en rien une « obligation contractuelle au sens technique que ce terme revêt dans la responsabilité contractuelle » (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, spéc. n°177, p. 165). Elle n'est qu'« un impératif de civilité et de loyauté régissant tout un chacun en société » (*ibid*), et se range donc « explicitement du côté des devoirs sociaux » (*Ibid*, spéc. n°154, p. 139). Il est à cet égard significatif que l'avant-projet « Catala » ait consacré l'existence, non pas d'une obligation, mais d'un « devoir de loyauté dans l'accomplissement de la condition » (Art. 1176 APC).

Par où l'on voit que le mécanisme de la condition peut être le vecteur d'une libéralité à trois personnes, l'intermédiaire étant investi de droits sous condition résolutoire, ce qui permet ainsi au disposant de lui transmettre la maîtrise du bien tout en le contraignant d'adopter un comportement respectueux des intérêts du bénéficiaire final, gratifié sous condition suspensive.

2. La distinction entre la condition et la charge

81. Risque de confusion terminologique entre condition et charge. – Il n'est pas rare de voir le disposant négliger cette distinction et d'employer volontiers le mot « *condition* » à la place du mot « *charge* ». Cette confusion est entretenue, au demeurant, par les textes du Code civil. Mais il est évident que le mot « *condition* » n'est pas ici employé dans son acceptation technique, et qu'il renvoie aux charges sous lesquelles la libéralité peut être consentie.

82. Cas où la distinction entre la charge et la condition est difficile. – Le risque de confusion se rencontre lorsque l'efficacité de la libéralité est affectée d'une condition résolutoire¹ ; plus précisément, lorsque la réalisation ou la défaillance de l'évènement conditionnel dépend en tout ou partie de la volonté du gratifié². Le risque de confusion existe, ce faisant, entre une libéralité avec charge et une libéralité assortie d'une condition résolutoire mixte ou simplement potestative de la part du gratifié³. A l'instar d'une libéralité avec charge, l'efficacité de la libéralité dépend en effet du comportement du gratifié : il dépend alors de la volonté de celui-ci d'en provoquer la réalisation, comme il dépend de lui de ne pas exécuter la charge⁴.

Cette difficulté concerne au premier chef les libéralités à trois personnes. Est-il simple, en effet, de différencier l'opération en vertu de laquelle le disposant transmet un bien à un individu sous la charge qu'à la survenance d'un évènement futur, il le transmette à un tiers bénéficiaire, et

¹ Toute hésitation est écartée entre une libéralité avec charge et une libéralité affectée d'une condition suspensive : la charge n'empêche pas la libéralité de produire effet tandis que, *pendante conditione*, l'efficacité de la libéralité est paralysée. Voir en ce sens Cass. civ., 12 nov. 1902, *DP* 1904. 1. 55 ; S. 1903. 1. 422 ; Paris, 4 mai 1928, S. 1928. 2. 117.

² Reprenant l'opinion de Furgole (*Traité des Testaments*, chap. VII, sect. III, n°6 et s.), les auteurs du XIX^{ème} siècle ont assimilé la charge à la condition potestative négative (Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^{ème} éd., t. VI, n°506 et s. ; Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*, préc., t. I, n°353 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, préc., t. XX, n°562 et s., p. 494 et s.).

³ Aucun risque de confusion n'existe en présence d'une condition casuelle : la défaillance ou la réalisation de l'évènement conditionnel ne dépend pas de la volonté du gratifié, alors que l'exécution de la charge dépend de la volonté de celui-ci.

Sous cet aspect, le critère de distinction entre charge et condition proposé par Bartin et Hamel se révèle insuffisant. Ils expliquent, en effet, que le gratifié grevé d'une charge joue un *rôle actif* dans l'exécution de la charge tandis qu'il reste étranger à l'accomplissement de la condition au cas où la libéralité serait assortie de cette modalité (Bartín, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, préc., p. 99-100 ; J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, p. 203-204). Mais ce critère n'explique aucunement les cas de la condition résolutoire mixte ou simplement potestative de la part du gratifié, lesquels supposent un *rôle actif* du gratifié.

⁴ Sur ce constat, voir H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927, n°201 et s.

L'opération qui consiste à transférer un bien à un individu dont les droits sont susceptibles d'être résolus ou éteints par la survenance d'un événement futur au profit d'un tiers bénéficiaire ? Assurément, non. On ne peut du reste manquer de relever que les disposants, pour la plupart, ne songent nullement à une semblable distinction. Une telle confusion s'explique par la proximité des effets produits par la charge et la condition : au cas d'exécution de la charge ou de survenance de l'évènement érigé en condition résolutoire, si, *en droit*, le jeu de la condition se distingue de celui de la charge en ce sens qu'un seul des deux gratifiés n'a cette qualité, il n'en demeure pas moins que, *en fait*, chacun a successivement profité de la disposition ; au cas d'inexécution de la charge ou d'accomplissement de la condition résolutoire, la première libéralité est, *en droit*, anéantie rétroactivement, mais, *en fait*, le gratifié a pu jouir des biens dont il a été mis en possession jusqu'au jour de la révocation ou de la résolution. La condition se rapproche ainsi de la charge et finit même, en dernier résultat, par s'y confondre : d'une part, elle ne suspend ni l'existence ni l'exécution de la libéralité et, d'autre part, elle en amène la résolution si le gratifié ne l'accomplit pas. Ceci explique d'ailleurs que charges et conditions soient soumises au même régime juridique s'agissant de l'étendue de la nullité qui sanctionne leur irrégularité¹, ou de leur révision judiciaire². Aussi bien peut-on raisonnablement s'interroger sur le point de savoir s'il est justifié d'adopter deux solutions différentes pour des situations de fait identiques³. A cet égard, l'examen de la jurisprudence n'est guère susceptible de fournir une réponse satisfaisante. Les juges du fond, usant de leur pouvoir souverain d'appréciation sauf le contrôle de la dénaturation⁴, suivent bien plus volontiers la règle d'interprétation de l'article 1157 du Code civil que l'un des critères proposés par la doctrine⁵.

83. Intérêts de la distinction de la charge et de la condition. – Pour autant, si forte que soit l'analogie entre ceux deux procédés, elle ne justifie pas qu'on les soumette à un régime parfaitement identique. Il existe en effet des différences sensibles entre les effets juridiques de ces deux techniques. En premier lieu, à la différence de la condition, la charge est une obligation imposée au gratifié. Le gratifié sous condition conserve la liberté d'agir ou de ne pas agir tandis que le gratifié grevé d'une charge s'expose soit à une action en exécution forcée soit à une résolution de la libéralité, s'il s'y soustrait. De même, la libéralité conditionnelle ne créant aucune

¹ C. civ., art. 900.

² C. civ., art. 900-2 et s.

³ Voir en ce sens M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, 2^{ème} éd., par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°272, p. 372 et s.

⁴ Cass. civ., 18 juin 1890, préc. ; 29 avr. 1931, préc.

⁵ Rennes, 18 nov. 1873, sous Req. 29 juin 1874, *S.* 1875. 1. 293 ; Bordeaux, 27 nov. 1835, *Juris. gén.* V^o Dispositions entre vifs et testamentaires, n°1805 ; Angers, 17 nov. 1889, sous Cass. civ., 18 juin 1896, préc. ; Trib. civ. de la Seine, 11 juin 1926, *DH* 1926. 540 ; *Gaz. Pal.* 1926. 2. 576.

obligation à la charge du gratifié, son incapacité ne saurait, en principe, être un obstacle à son acceptation ; tel ne saurait être le cas de l'acceptation de la libéralité qui impose une charge à un gratifié bénéficiant d'un régime de protection juridique. En second lieu, la réalisation de la condition résolutoire résout de plein droit la libéralité, alors que la révocation pour inexécution des charges est judiciaire, sauf clause résolutoire¹.

Au-delà, d'autres différences non négligeables s'expliquent par le fait que, à la différence de la charge, la condition opère, en principe, rétroactivement². Ainsi le moment auquel il faut se placer pour apprécier la capacité du gratifié n'est-il pas le même : le gratifié sous condition doit être capable au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur tandis que la capacité du bénéficiaire d'une charge n'est requise qu'au jour où celle-ci s'exécute³. Où l'on voit que la qualification de libéralité avec charges peut servir à sauver une libéralité menacée de nullité pour « *incapacité* »⁴ du gratifié, ce qui illustre, au demeurant, un des aspects de la politique jurisprudentielle en matière de libéralité. Ainsi encore, la question de la répartition du passif successoral est-elle résolue différemment selon que la double libéralité universelle ou à titre universel est conditionnelle ou affectée d'une charge au profit du second gratifié⁵. Dans le premier cas, la condition opérant de façon rétroactive, seul un des deux gratifiés ne peut être tenu du passif : le gratifié sous condition résolutoire si la condition défaille, le gratifié sous condition suspensive si la condition se réalise. Dans le second cas, l'absence de rétroactivité de l'accomplissement de la charge fait que le passif sera réparti entre les deux gratifiés universel ou à titre universel.

84. Critère de distinction entre charge et condition. – Henri Capitant proposa un critère de distinction fondé sur l'objet même des deux procédés : « *la charge vise à donner aux biens une affectation déterminée, tandis que la condition résolutoire tend à imposer au gratifié soit une abstention, soit un acte*

¹ La différence est importante en pratique. En premier lieu, étant soumise à une action judiciaire, la révocation peut être rejetée par le juge soit en raison de la prescription de l'action (pour la prescription d'une action introduite par la voie oblique par les créanciers, voir Cass. civ., 18 juin 1890, *J.* 1893. 1. 425, note G. Bourcart), soit en raison de l'exercice de son pouvoir d'appréciation par le juge, la charge n'étant pas, pour le disposant, réputée être un élément déterminant de la libéralité ou l'inexécution ne présentant pas un degré de gravité suffisant pour justifier la révocation. S'agissant, en second lieu, des fruits de la chose, le gratifié grevé de charges est en droit de les conserver jusqu'au jour de la demande en révocation (C. civ., art. 958, al. 2) tandis que le gratifié sous condition n'y a plus droit dès la jour de la survenance de l'évènement conditionnel. Pour une illustration, voir Cass. civ. 29 avr. 1931, *J.* 1931. 1. 262 ; *RTD civ.* 1932. 631, obs. R. Savatier.

² Sur la discussion relative à la rétroactivité de la condition, voir *infra* n°330.

³ Il est en effet impossible d'adresser une libéralité à une personne future, en insérant dans la donation ou dans le testament la condition *si nascetur*. Jadis, cette stipulation était fréquente. Mais l'emploi de cette condition fut condamné dès l'Ordonnance de 1735, pour les institutions d'héritier, qui ne devaient valoir « *en aucun cas* » au profit des non-conçus. L'article 906 du Code civil l'exclut désormais pour toutes les dispositions.

⁴ Le terme est entre guillemets car il est difficile de parler d'incapacité d'une personne future ou incertaine.

⁵ Pour une illustration voir Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *D.* 2005. 1674, note C. Brenner.

concernant sa personne »¹. Autrement dit, pour qualifier une modalité de condition ou de charge, il convient de rechercher si elle intéresse le statut réel des biens compris dans la libéralité, ce qui emporte alors la qualification de charge, ou si elle affecte le statut personnel du gratifié, auquel cas la qualification de condition s'impose. Sans doute l'objectivité de ce critère permet d'éviter l'arbitraire d'une recherche de volonté souvent divinatoire. Mais sa mise en oeuvre se révèle infructueuse devant certaines clauses. Il en est ainsi de la clause dite de résidence, laquelle prescrit au gratifié d'habiter personnellement dans l'immeuble reçu à titre gratuit. Comment appliquer ce critère dès lors que la clause concerne à la fois l'affectation du bien transmis et la personne du gratifié² ? Pareillement, il est des modalités qui n'intéressent ni le statut réel des biens ni le statut personnel du gratifié³. Au-delà, c'est la prémisse de ce critère qui paraît critiquable. Rien ne justifie, en effet, que la charge ait toujours un caractère économique et objectif et que la condition n'en est pas⁴.

Aussi, en réaction contre ce critère excluant toute composante subjective, a été proposé le critère dit de l'engagement, formulé par René Savatier. Evoquant les effets produits par chacun des deux mécanismes – la charge oblige le gratifié là où la condition lui laisse sa liberté – l'éminent auteur considère que le critère de distinction doit résider dans « *l'intention des parties* »⁵. En d'autres termes, une même modalité peut être érigée soit en charge soit en condition, et c'est la volonté des parties qui lui confère l'une ou l'autre qualification⁶. Naturellement, toute

¹ H. Capitant, *De la cause des obligations*, préc., n°201. Josserand adopta également ce critère en l'exprimant de façon quelque peu différente : « *Le critère le plus sûr est celui qui est tiré du caractère économique et objectif de la charge, laquelle tend à imprimer aux biens compris dans la libéralité une certaine affectation, un statut juridique déterminé, tandis que la condition résolutoire potestative intéresse le statut personnel du gratifié* » (*Les mobiles dans les actes juridiques*, n°135 ; Cours de droit civil français, t. III, préc., n°1354).

² Conscient de cette difficulté, Josserand proposa d'affiner le critère : puisqu'il est admis que la charge confère une action à son bénéficiaire, il suffit d'examiner si la clause considérée fait naître cette action en exécution, et dans l'affirmative, on pourra conclure à l'existence d'une charge (Cours de droit civil positif français, préc., n°1534). Mais c'est oublier qu'il y a des charges imposant des obligations au gratifié, sans que le bénéficiaire éventuel de celle-ci ait un droit d'agir en exécution. Plus encore, c'est utiliser l'une des conséquences de la qualification de charge et de condition à titre de critère de distinction, ce qui aboutit à répondre à la question par la question.

³ Songeons, par exemple, à l'obligation qui incombe à une personne morale d'assurer personnellement le fonctionnement d'une oeuvre. La clause ne tend pas à imprimer aux biens transmis un statut juridique déterminé. Pas plus n'intéresse-t-elle le statut personnel de la personne morale puisque la clause vise seulement son activité.

⁴ Voir en ce sens H. Souleau, *L'acte de fondation en droit français*, préc., n°42, p. 83 : « *rien ne justifie, par exemple, qu'une clause d'inaliénabilité ou d'affectation des biens donnés ou légués ne puisse en aucun cas être érigée en condition résolutoire potestative si telle a été la volonté du disposant* ». Voir également M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit français*, préc., n°50, p. 78 et s. Adde M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1195, p. 133-134.

Et si la charge restreint le plus souvent la liberté d'action dont le grevé dispose sur le bien et, par voie de conséquence, réalise une diminution de la valeur de ses droits, il en est également de même de la condition. En effet, les tiers redoutent d'acquiescer des droits susceptibles d'être résolus, de sorte que des droits sous condition résolutoire sont difficilement négociables.

⁵ R. Savatier, *RTD civ.* 1931, p. 631-633. Voir déjà M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, Paris, 1885, p. 185 et s., spéc. n°5, p. 290-291 : « *Dans l'interprétation d'une clause qui présente un mode aussi bien qu'une condition, il faudra donc examiner si, dans l'intention des parties, la chose ou le fait stipulé l'a été comme obligatoire et exigible, plutôt que comme facultatif et discrétionnaire. Ici, c'est une condition proprement dite, là c'est un mode* ».

⁶ R. Cassin, *Des libéralités avec charges et des fondations en droit français*, préc., p. 106 : « *Je n'hésite pas à me rattacher à ce critère de l'obligation ou de l'engagement, car c'est lui qui, sur les questions pratiques soulevées par la distinction entre condition et charge,*

recherche de volonté présente un certain aléa ; d'où le reproche d'arbitraire qu'encourt ce critère¹. Au-delà, on pourra sans doute objecter qu'il s'agit d'une distinction qui porte bien plus sur les effets que sur la nature même de la modalité. Mais l'objection pourrait bien être prise à revers. N'est-ce pas au fond la difficulté qu'entraîne tout critère subjectif ? Assurément, oui. Car s'interroger sur la volonté des parties, c'est rechercher quel a été leur dessein ; c'est donc, nécessairement, s'interroger sur les effets juridiques poursuivis.

Toutefois, ce critère doit être serré d'un peu plus près. S'il y a lieu de rechercher la volonté des parties, et plus précisément celle du disposant, c'est afin de savoir si ce dernier a voulu « *faire naître une obligation* »² s'imposant à son ayant cause. Ainsi, la charge diffère de la condition en ce qu'elle est une obligation pour l'ayant cause. S'il y manque, il s'expose, outre l'action en résolution de son rapport de droit avec le disposant, à une action en exécution de la charge, laquelle peut prendre la forme d'une action forcée directe, indirecte, ou par équivalent. Telle est, croyons-nous, ce qui sépare la condition de la charge : rechercher si, dans l'intention du disposant, il existe, ou non, une action en exécution contre son ayant cause : existe-t-il une action pour le contraindre à agir ? il y a charge ; n'existe-t-il aucune action ? il y a condition³. Mais, reconnaissons-le, il s'agit bien plus d'une nuance que d'une distinction absolue. S'agissant d'une recherche de volonté, il n'est pas toujours aisé de savoir si le disposant a voulu que son ayant cause prît l'engagement d'exécuter une charge. Sous cet aspect, le critère objectif, précédemment rejeté, pourrait ici servir d'indice : « *le souci qu'a chacun de préserver sa liberté individuelle fait que la volonté de s'obliger se conçoit plus aisément chez celui qui stipule relativement à sa personne* »⁴. Bien plus, on perçoit, au fond, une certaine proximité entre les deux critères. Car là où il y a action en exécution, il est question d'obligation patrimoniale et là où il n'y a pas d'action en exécution, il est le plus souvent question d'obligation extra-patrimoniale.

apporte seul, une explication satisfaisante ». Voir également M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit français*, préc., n°51, p. 80 et s.

¹ Certains auteurs recourent à des présomptions. S'agit-il d'une prestation pécuniaire que toute personne peut accomplir, on présume que c'est une simple charge. En sens inverse, le fait ou la prestation revêt le caractère d'une condition véritable, s'il est tel qu'il ne puisse être accompli que par le gratifié lui-même (C. Aubry et C. Rau, t. VI, préc., § 701, notes 6 et 8, p. 75). Voir ainsi le jugement du tribunal de Joigny du 18 avril 1923 (RTD civ. 1923. 1005, obs. R. Savatier) : « *S'il s'agit d'un fait ou d'une prestation appréciable à prix d'argent, et susceptible d'être accomplie par des tiers, on doit présumer que c'est une simple charge que le disposant a entendu imposer au légataire ; si le fait n'est pas appréciable en argent, ou ne pourrait être accompli par le légataire lui-même, on doit présumer que c'est une condition à laquelle le disposant a entendu subordonner sa libéralité* ».

² R. Savatier, obs. préc., spéc. p. 632. Voir également M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, préc., spéc. n°10, p. 293 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°272 ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1405, p. 600.

³ Voir en ce sens Cass. civ., 29 avr. 1931, DH 1931. 345, S. 1931. 1. 262 ; RTD civ. 1931. 631, obs. R. Savatier, qui qualifie la clause de viduité de condition car elle ne saurait être l'objet d'une mesure d'exécution.

⁴ M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1195, p. 134.

B. Le terme

85. Définition du terme. – Le terme est un évènement futur de réalisation certaine auquel est subordonnée soit l'exigibilité, soit l'extinction d'une obligation¹. Quoique certain dans son principe, le terme peut néanmoins être incertain quant à sa date de réalisation. Le terme est alors dit incertain, c'est-à-dire « *imprécis* »² (par exemple, la mort d'une personne), par opposition au terme certain, c'est-à-dire « *précis* »³, dont on connaît précisément l'échéance (par exemple, une date)⁴.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *Bull. civ.* I, n°204 ; *D.* 2005. 1009, note A. Bories ; *RTD civ.* 2004. 734, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2004, art. 38035, n°77, note J.-L. Aubert ; *JCP* 2004. II. 10055, avis J. Saint-Rose ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, *JCP* 2000. II. 10309, note A.-S. Barthez ; *Defrénois* 1999, art. 37041, n°76, obs. D. Mazeaud.

² C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, préf. P.-Y. Gautier, PUAM, 2003, n°36, p. 54.

³ *Ibid.*

⁴ Encore faut-il, pour qu'il s'agisse d'un terme, que l'évènement soit objectivement certain. Sans doute la Cour de cassation a-t-elle pu considérer, pendant un temps, comme subjectivement certain ce qui était objectivement incertain. Ainsi, les parties étaient autorisées à tenir pour subjectivement certain un évènement qui était incertain, non seulement dans sa date, mais également dans son principe de réalisation (voir notamment la jurisprudence relative aux clauses retour à meilleure fortune). Mais une telle voie, que d'aucuns pourraient justifier par le principe de l'autonomie de la volonté, était de nature à nuire à la distinction entre terme et condition. Aussi la haute juridiction semble-t-elle être revenue à une certaine orthodoxie afin d'éviter toute confusion entre les deux notions (Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1999, *Bull. civ.* I, n°131 ; *JCP* 2000. II. 10309, obs. A.-S. Barthez ; *Defrénois* 1999, art. 37041, p. 1011, obs. D. Mazeaud ; 13 juill. 2004, *Bull. civ.* I, n°204 ; *RTD civ.* 2004. 734, obs. J. Mestre ; *JCP* 2004. II. 10155, avis de J. Sainte-Rose ; *D.* 2005. 1009, note A. Bories ; *Defrénois* 2004, p. 1396, obs. J.-L. Aubert ; Cass. com. 20 mars 2007, *Bull. civ.* IV, n° 93 et 95 ; *D.* 2007, AJ, p. 1013, obs. X. Delpech ; *RLDC* 2007, n°38, p. 12, obs. S. Doireau ; *D.* 2007. 1303 et s., spéc. n°6, obs. M.-L. Béval et R. Salomon). *Adde* Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., spéc. n°1218 ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, spéc. n°318 ; J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^e éd., 2011, n°277, p. 206 ; B. Fages, *Droit des obligations*, préc., spéc. n°170 ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009, n°211 et s., p. 152 et s. ; M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., spéc. n°73 et s., et du même auteur, « Regard civiliste sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2008. 1848 ; J.-D. Pelletier, « Les conflits de qualification entre le terme et la condition », *RRJ* 2008. 913 et s. Comp. D. Bonnet, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. de Vareilles-Sommieres, LGDJ, 2005, n°691 et s., p. 362 et s.

Il reste que le principe selon lequel le terme est un évènement qui s'apprécie objectivement souffre un tempérament en matière de testamentaire. En effet, l'article 1041 du Code civil prévoit l'hypothèse du legs à terme en se référant à l'intention du testateur : « *La condition [le terme] qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers* ». En ce sens, un évènement subjectivement incertain peut constituer le terme d'un legs. Pour certains, la raison de cette règle dérogatoire semble se situer dans l'adage romain *Dies incertus in testamento conditionem facit* (voir M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., spéc. n°6376, p. 796 et s.). Cela paraît douteux. En droit romain, nul ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus*. Aussi l'institution d'héritier à terme certain était-elle nulle puisqu'il aurait fallu considérer qu'elle était consentie, d'abord et pour un temps déterminé, aux héritiers *ab intestat*, puis à l'échéance, à l'héritier institué. En toute logique, l'institution d'héritier à terme incertain aurait dû encourir la même prohibition. Mais pour sauver une telle institution, les Romains l'assimilèrent à l'institution d'héritier conditionnelle, laquelle était parfaitement valable puis destinée à n'être appropriée que par une seule personne : l'héritier institué ou les héritiers *ab intestat*. Comme le rappelle Bufnoir, « *la préoccupation des jurisconsultes était ici d'empêcher la violation de la maxime nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest : pour qu'on donnât effet à la volonté du testateur, il fallait que, par voie d'interprétation au moins, elle pût se concilier avec cette maxime* » (C. Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, Cotillon, 1866, p. 12). Ainsi, l'adage qui assimile le terme incertain à la condition n'était qu'un procédé de sauvetage de l'institution d'héritier. Bien plus, il n'était d'aucune utilité pour le legs à terme incertain, lequel était valable car « *la possibilité de l'arrivée du terme à chaque instant suffit pour qu'on suspende, suivant l'intention probable du testateur, la délation de l'hérédité ab intestat* » (C. Bufnoir, préc., p. 13). De là il suit que la règle de l'article 1041 du Code civil ne puise pas son origine dans la maxime latine précitée. Aussi nous semble-t-il que la référence à l'intention s'explique plus simplement par le fait que le legs présente un caractère personnel. C'est parce que le legs est consenti *intuitu personae* que la recherche de l'intention du

86. Double transfert affecté d'un terme inverse ? – Prétendre que le terme est un procédé susceptible de réaliser à lui seul une libéralité à trois personnes suppose de faire jouer à un même évènement le double rôle de terme extinctif et de terme suspensif. En ce sens, l'exigibilité du transfert de propriété se trouverait affectée d'un terme extinctif au profit de l'intermédiaire et d'un terme suspensif au profit du bénéficiaire ultime. L'intermédiaire deviendrait ainsi titulaire des droits, puis les perdrait au profit du bénéficiaire à l'échéance du terme. Corrélativement, le bénéficiaire final recevrait dès le jour de l'acte un droit personnel lui conférant la certitude d'entrer dans ses droits, l'évènement affectant le transfert à son endroit étant inéluctable¹.

La validité d'un tel procédé nous paraît cependant contestable. Sans doute peut-on admettre aisément que l'exécution d'une obligation instantanée, tel le transfert d'un droit, soit affectée d'un terme suspensif². Il est en revanche douteux qu'il puisse en être ainsi s'agissant d'un terme extinctif. Celui-ci a pour effet de mettre fin à l'obligation. L'obligation qui en est assortie est donc une obligation qui produit ses effets normaux jusqu'à l'arrivée du terme, lequel n'a d'autre rôle que d'éteindre pour l'avenir ces effets. Or, il ne saurait produire un tel résultat sur l'obligation instantanée puisque celle-ci s'éteint aussitôt qu'elle est exécutée. Il est dès lors inconcevable d'affecter le transfert d'un droit d'un terme extinctif. Ainsi s'explique, du reste, que les auteurs ne conçoivent le terme extinctif que pour limiter la durée d'actes juridiques qui s'exécutent dans le temps, non pour ceux à exécution instantanée³.

testateur doit toujours être recherchée. Voir en ce sens H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, 1944, Bruylant, Bruxelles, n°283, p. 377-378 ; J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°63 et s., p. 99 et s.

¹ Sans doute la jurisprudence n'est-elle pas toujours aussi précise. Ainsi la clause de réversibilité d'usufruit est analysée comme « une donation à terme de bien présent, le droit d'usufruit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis dès le jour de l'acte ; que seul l'exercice de ce droit d'usufruit s'en trouve différé au décès du donateur » (Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *Bull. civ.* I, n°291 ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, *Bull. civ.* III, n°220 ; Cass. mixte, 8 juin 2007, n°05-10727 ; *Dr. fam.* 2007, comm. n°151, obs. B. Beignier ; *JCP* 2007. II. 10130, obs. G. Goubeaux). Cette approche s'avère néanmoins trompeuse en ce qu'elle fait du terme un évènement qui diffère l'exercice d'un droit. Ainsi, appliquée à la donation à terme suspensif d'un droit de propriété, elle signifierait que le donataire serait investi immédiatement de la propriété, dont seul l'exercice serait différé. Or, il n'en est rien. Le donataire à terme suspensif ne devient pas propriétaire dès le jour de l'acte, il est seulement créancier d'une obligation de transférer la propriété dont l'exécution se trouve différée jusqu'à l'échéance du terme. Le terme suspensif est en effet un évènement qui diffère l'effet de l'acte juridique, et non pas l'exercice d'un droit. Voir en ce sens M. Grimaldi, *Les donations à terme*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, préc., spéc. n°3, p. 423, qui considère que « le donataire à terme est, dès la donation conclue, créancier d'une obligation de dare – de transférer la propriété – dont seule l'exécution se trouve différée, et dont l'existence suffit à priver le donateur du droit de disposer derechef de la chose donnée ».

² Que l'on songe, par exemple, à la clause de réversibilité d'usufruit stipulée dans une libéralité (voir note précédente), à la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur (Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 2005, *RTD civ.* 2005. 442, obs. M. Grimaldi), ou encore à la vente à terme qui consiste à assortir d'un terme suspensif le transfert de propriété à l'acquéreur.

³ Voir en ce sens F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°1199, p. 1188 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n°432, p. 336 ; A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n°308 et s., p. 241 et s.

En conséquence, en raison de l'impossibilité d'assortir d'un terme extinctif le transfert instantané d'un droit, le terme ne peut, à lui seul, être un procédé constitutif d'une libéralité à trois personnes.

87. Utilisation du terme suspensif. – Est-ce à dire que le terme ne puisse être un procédé susceptible de réaliser une libéralité à trois personnes ? Seule une libéralité à terme suspensif est concevable. Mais est-ce suffisant pour répondre au dessein du disposant ? On peut sérieusement en douter s'agissant d'une donation, puisque l'opération ne mettrait aux prises que deux individus, le donateur et le donataire. S'agissant d'un acte à cause de mort, on pourrait supposer que les successeurs universels fussent des intermédiaires entre le testateur et le légataire à terme. Mais le raisonnement n'est guère convaincant. C'est omettre, en effet, que les successeurs universels sont avant tout les continuateurs de la personne du défunt. Veut-on admettre un tel procédé, on est conduit à dire que le simple legs est une technique des libéralités à trois personnes¹.

En réalité, le mécanisme du terme suspensif ne peut, à lui seul, être une technique des libéralités à trois personnes. En revanche, associé à une autre technique, le terme peut remplir cette office. Songeons, par exemple, à la combinaison du terme et de la représentation : une libéralité à terme suspensif dont le bien serait confié à un représentant jusqu'à l'échéance. Le représentant jouerait ainsi le rôle d'intermédiaire, dont la mission serait de gérer le bien et de s'assurer de sa transmission à l'arrivée du terme. Se dévoilent ainsi des figures connues, telles que l'exécution testamentaire ou le mandat à effet posthume.

Ainsi conçu, le terme paraît offrir de solides arguments au disposant qui hésiterait par rapport à d'autres procédés dont les effets sont assez proches. A la différence de la condition, il assure au disposant l'effectivité du transfert de droits au gratifié. A la différence de la charge de transmettre au profit d'un tiers bénéficiaire, le terme évite une éventuelle inexécution de l'obligation de transférer la propriété des biens dont serait débiteur l'intermédiaire à charge.

* * *

88. Conclusion de la Section. – Plusieurs procédés techniques permettent de mettre en œuvre la volonté libérale du disposant, à savoir conférer à l'intermédiaire des prérogatives sur l'objet de la libéralité qu'il souhaite consentir au bénéficiaire final. Précisément, ces procédés sont au nombre de trois.

¹ Sur ce point voir *infra* n°108 et s.

Premièrement, la disposant peut recourir à la technique de la représentation. La libéralité est alors directement consentie au bénéficiaire final, mais la détention de l'objet de la libéralité est confiée, pendant un temps, à l'intermédiaire qui va agir aux fins de représentation des intérêts du gratifié, notamment dans le cadre de la gestion. Outre la représentation de droit commun, le droit des libéralités connaît des cas spéciaux de représentation, tels que l'administration des biens donnés ou légués à l'enfant mineur, le mandat à effet posthume, ou encore l'exécution testamentaire.

Deuxièmement, le procédé de la charge peut être utilisé par le disposant pour gratifier le bénéficiaire final tout en confiant au préalable la maîtrise de l'objet de la libéralité à l'intermédiaire. Il en va naturellement ainsi du mécanisme de la stipulation pour autrui prévu par l'article 1121 du Code civil, selon lequel le disposant peut « *stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation [...] d'une donation que l'on fait à un autre* ». Est ici mise en œuvre la technique de la charge personnelle, en ce sens qu'elle ne peut être exécutée que par l'intermédiaire. Il reste que la situation du bénéficiaire peut alors apparaître assez fragile. L'application des règles de la stipulation pour autrui qui ont en principe vocation à régir la charge personnelle fait que celle-ci n'est que l'accessoire d'un acte juridique. De sorte que la charge ne peut survivre à la nullité, à la résolution ou à la caducité de la disposition à laquelle elle est apposée. De même, si l'intermédiaire dispose des biens, le bénéficiaire de la charge ne jouit d'aucun droit de suite et ne peut agir qu'en responsabilité à l'encontre de l'intermédiaire. Une telle vulnérabilité de la vocation du bénéficiaire de la charge n'est pas toujours en adéquation avec la volonté du disposant. C'est la raison pour laquelle celui-ci peut s'appuyer sur la technique de la charge réelle afin de réaliser son œuvre libérale. La charge réelle a ceci de particulier d'être accessoire à un droit réel. On la rencontre notamment dans les règles de l'usufruit. Le disposant peut ainsi consentir une double libéralité en usufruit au profit de l'intermédiaire et en nue-propriété au profit du bénéficiaire final. En ce cas, celui-ci est dans une position nettement moins fragile que s'il était le bénéficiaire d'une charge personnelle. Sa vocation ne s'éteint pas par suite de l'inefficacité de la disposition faite à l'intermédiaire-usufruitier, de même qu'elle persiste malgré la cession de son droit d'usufruit par l'intermédiaire. La charge réelle présente parfois une autre particularité, celle d'être complètement autonome. Tel est le cas de la charge de fonder, laquelle grève l'hérédité du disposant, alors même qu'il n'existe aucune disposition faite au profit des héritiers.

Troisième et dernière technique susceptible de réaliser une libéralité à trois personnes : les modalités de l'obligation. Le mécanisme de la condition trouve à s'appliquer dans le cadre de la double libéralité conditionnelle. Quant au terme, s'il ne suffit pas, à lui seul, à accomplir une

libéralité à trois personnes, il peut toutefois venir compléter une autre technique, telle que la représentation. Il participe alors, comme l'ensemble des techniques évoquées, à la structure des libéralités à trois personnes.

SECTION II : LES TECHNIQUES EXCLUES

89. Plan. – L'originalité que présentent les libéralités à trois personnes risquerait d'être niée si toutes les institutions juridiques connaissant, à des degrés divers, l'intervention d'une troisième personne pouvaient être qualifiées de libéralités à trois personnes. Aussi convient-il d'analyser ces différentes figures afin de bien les distinguer des libéralités à trois personnes.

A cet égard, deux techniques méritent d'être exclues : soit parce que l'intermédiaire est purement fictif (§ 1) ; soit parce que l'intermédiaire s'impose au disposant, en ce sens que ses prérogatives ne sont aucunement les effets recherchés de l'opération (§ 2).

§ 1 - LE PROCÉDE DONT LE CONCOURS DE L'INTERMÉDIAIRE EST FICTIF : LA LIBÉRALITÉ PAR PERSONNE INTERPOSÉE

90. Position du problème. – La volonté manifestée ne produit d'effet juridique que pour autant qu'elle soit sérieuse. Si celle-ci est factice, l'acte est simulé. L'on relève trois variétés d'actes simulés selon le but recherché par les parties¹. Le mensonge peut porter sur l'existence de l'opération juridique, sur les éléments de l'opération, ou sur l'identité même des participants. Seuls ces deux derniers cas de simulation – l'acte déguisé et l'interposition de personne – intéressent le droit des libéralités. Leur distinction est aisée. Dans la libéralité déguisée, le mensonge a pour objet de modifier les effets de l'acte apparent tandis que dans l'interposition de personne, la libéralité est ouvertement consentie à une personne qui n'en est pas le bénéficiaire réel. Seule la libéralité par personne interposée peut dès lors être soupçonnée d'être une libéralité à trois personnes puisque seule cette variété de simulation suppose l'intervention de trois personnes.

D'un point de vue *économique*, il est vrai que la libéralité par personne interposée semble aboutir au même résultat qu'une libéralité à trois personnes. Toutes deux ont pour effet la transmission d'un bien du disposant au bénéficiaire final. Mais, *juridiquement*, leur différence est profonde. Les éléments constitutifs du procédé de la simulation par emploi d'un intermédiaire

¹ L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., spéc. n°192 p. 240 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens. Les obligations, t. II*, préc., spéc. n°999 p. 2064.

(A) nous permettront d'établir un critère de distinction avec certaines techniques des libéralités à trois personnes (B).

A. Les éléments constitutifs de la libéralité par personne interposée

91. Combinaison de deux éléments. – En tant que variété de simulation, l'interposition de personne procède des mêmes éléments constitutifs. Deux éléments cumulatifs la caractérisent. Le premier est *matériel* : l'interposition de personne suppose le secret sur l'identité du bénéficiaire réel (1). Le second est *intentionnel* : un mensonge concerté doit être à la base de l'opération (2).

1. L'élément matériel

92. Objet de l'artifice. – La simulation est définie comme la création volontaire d'une apparence trompeuse. C'est « *l'opération par laquelle on crée une situation différente de la situation juridique véritable* »¹. La volonté réelle des parties doit différer du contenu de la déclaration ostensible². Appliquée à l'interposition de personnes, l'acte occulte doit démentir l'acte ostensible sur l'identité de l'un des intervenants. L'assertion doit être doublement précisée.

93. Dualité d'actes. – En premier lieu, la libéralité par personne interposée suppose une *dualité* d'actes dont l'un est occulte et qui atteint l'apparence créée par l'autre acte. Mais l'acte occulte ne doit pas réaliser une modification ultérieure de l'acte apparent. La simulation impose l'existence, *dès l'origine*, de ces deux actes. Il faut que l'acte ostensible soit dès le départ un « *trompe-l'œil* ». Un acte ultérieur, même caché ne réaliserait pas une simulation, mais une simple modification du premier acte³. Il y aurait en effet deux actes reflétant, à des moments différents, l'intention véritable des parties. Il faut néanmoins se garder de conclure que le caractère postérieur d'un acte fasse systématiquement obstacle à la qualification de contre-lettre. Ce qui est exigé, c'est une simultanéité d'ordre intellectuel⁴. Relisons à cet égard Demolombe : « *La contre-lettre est d'ordinaire rédigée en même temps que l'acte qui renferme la convention, dont elle doit constater le caractère simulé. Cette simultanéité matérielle n'en est pas toutefois une condition nécessaire ; et rien ne s'oppose à ce que la contre-lettre soit faite après l'acte ostensible qui a été fait pour constater la convention. Mais ce qui est toujours nécessaire, c'est la simultanéité intellectuelle des deux actes ; il faut que la contre-lettre, si elle a été faite*

¹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil – Obligations*, t. II, vol. 1, préc., n°807 p. 923.

² A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961, n°488 p. 496.

³ M. Dagot, *La simulation en droit privé*, préc., spéc. n°68 p. 59.

⁴ M. Dagot, *La simulation en droit privé*, préc., spéc. n°68 p. 59 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, préc., spéc. n°490 p. 499 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°541 p. 534.

postérieurement, ait été dans la volonté commune des parties, arrêtée en même temps que la convention »¹. Ainsi, il faut et il suffit qu'un lien d'ordre intellectuel unisse les deux actes, c'est-à-dire que l'acte ostensible soit sous la dépendance de l'acte occulte qui contient la véritable intention des parties².

94. Une apparence de qualité. – En second lieu, la libéralité par personne interposée implique que l'acte occulte *déplace* les effets de l'acte ostensible d'un patrimoine à un autre. L'interposé joue le rôle d'ayant cause de « *pure forme* »³ du disposant. Il est le paravent derrière lequel se dissimule l'une des parties, précisément le bénéficiaire. En ce sens, il n'y a pas libéralité par personne interposée lorsque les parties agissent en toute transparence, ce qui exclut trois cas de figure de son domaine.

Primo, la désignation ostensible du bénéficiaire final de la libéralité est exclusive de la simulation par emploi d'un intermédiaire. Il n'y a, en effet, rien de secret si les tiers ont connaissance du destinataire final des biens du disposant.

Deusio, le secret sur l'identité du bénéficiaire final n'entraîne pas la qualification de libéralité par personne interposée dès lors que le disposant appose ostensiblement une obligation à l'intermédiaire⁴. Le procédé de la charge secrète, dont le montant et les bénéficiaires ne sont connus que du grevé, ne réalise pas en effet une simulation. Dans la mesure où l'existence de la charge est connue de tous, l'acte de disposition n'entraîne aucune représentation inexacte de la réalité. Les tiers savent que la disposition impose au gratifié l'exécution de différentes charges. Objectera-t-on que le montant inconnu de la charge peut réduire à néant le profit de l'intermédiaire ? On répondra toutefois que la charge n'exerce d'influence que sur la *qualité* de son concours, nullement sur la *réalité* de son intervention. Objectera-t-on que le secret sur l'identité du bénéficiaire de la charge entraîne nécessairement sa nullité au motif qu'il y aurait lieu de présumer

¹ Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Des contrats*, t. XXIX, 4^{ème} éd., Pédone-Lauriol, 1877, n°322.

² Pour plusieurs illustrations jurisprudentielles de cette exigence, voir Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1970, *Bull. civ. I*, n°186 ; Paris, 19 mai 1982, *JCP* 1983. IV. 210 ; Toulouse, 27 avr. 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 1. somm. 214.

³ M. Planiol, *DP* 1890. 2. 185.

⁴ Exemple de disposition : « *J'institue Jacques mon légataire universel aux charges connues de lui* ».

Sans doute d'aucuns pourraient assimiler à une personne interposée l'intermédiaire agissant en son propre nom mais pour le compte d'un bénéficiaire non connu des tiers. Le raisonnement postule cependant que l'apparence créée par le concours d'un intermédiaire agissant *proprio nomine* est nécessairement trompeuse. L'approche intellectuelle du terme apparence, comprise comme « *tout ce qui n'est pas tel qu'il paraît être, qui est trompeur, ou imaginaire, par opposition à ce qui est réel* » (C. Chung-Wu, *Apparence et représentation en droit positif français*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, spéc. n°420, p. 195), semble à cet égard militer en ce sens. Mais, le raisonnement ne convainc plus guère si l'on adopte une conception matérielle du terme apparence : « *est apparent tout ce qui apparaît, se montre clairement aux yeux, toute ce qui est manifeste, visible, évident ou ostensible, par opposition à ce qui est caché, clandestin ou occulte. L'apparence en ce sens s'entend alors d'un état de fait ou d'une simple manifestation de la réalité objectif* » (C. Chung-Wu, *Apparence et représentation en droit positif français*, préc., spéc. n°417, p. 194). Sous cet aspect, si l'intermédiaire agissant en son nom mais pour le compte d'autrui apparaît aux yeux des tiers comme la seule véritable partie au contrat, ce n'est aucunement une apparence trompeuse, « *elle correspond à une réalité propre d'où découlent tout à fait normalement des effets juridiques propres* » (L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, 1990, spéc. n°82, p. 101).

son incapacité¹ ? On rétorquera qu'une telle présomption serait dépourvue de tout fondement juridique. Car conserver le secret sur l'identité du bénéficiaire n'est pas en soi une cause de nullité². Bien au contraire, la charge doit être reconnue valable sauf la preuve qu'elle recouvre une irrégularité. On ne peut donc qu'approuver le courant jurisprudentiel favorable à la licéité des charges secrètes³.

Tertio, la désignation ostensible de l'intermédiaire à un titre qui ne le rend pas bénéficiaire de la libéralité est exclusive de la simulation par interposition de personne. C'est ainsi que la nomination d'un exécuteur testamentaire ou l'institution d'un fiduciaire ne réalise pas une interposition de personne dans la mesure où la qualité conférée ne cache pas la réalité⁴.

¹ V. en ce sens M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges*, préc., n°143, p. 252 et s. ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, préc., n°609 ; Ch. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière et Voirin, préc., n°116 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. III, préc., n°3681.

² V. en ce sens J.-N. E. Audouin, *Des dispositions en faveur de personnes incertaines : en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1890, p. 218 et s. ; *Du legs avec charge et de son application aux œuvres d'intérêt public*, thèse Montpellier, 1896, p. 182 et s. ; P. Siou, *Des charges secrètes dans les dispositions de dernière volonté*, thèse Paris, 1909, p. 47 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n°352 p. 285.

³ Cass. req., 12 mai 1873, DP 1873. 1. 401 : « par son silence, l'abbé Nicolle a voulu, en définitive, laisser à son légataire universel, qui connaissait d'une manière générale ses intentions et ses désirs, le droit de faire ce que bon lui semblerait du reliquat de sa succession ». ; Cass. req., 7 janv. 1902, DP 1903. 1. 302 : « Attendu que loin de reconnaître, comme le prétend le pourvoi, que le défendeur éventuel n'était point le véritable bénéficiaire de la succession, l'arrêt attaqué déclare, au contraire, d'après l'ensemble de l'œuvre testamentaire qu'il n'est pas un exécuteur testamentaire sui generis, mais qu'il est un légataire universel, ayant une vocation personnelle de l'hérédité, que son legs est seulement grevé de charges qui ne relèvent que de la conscience et de l'honneur du légataire universel et dont la réalisation est laissée à sa discrétion » ; Cass. civ., 4 nov. 1913, DP 1917. 1. 142 : Après avoir institué un légataire universel et nommé un exécuteur testamentaire, la testatrice terminait ses dispositions par ces mots « je leur laisse mes instructions », signe de divers charges secrètes. Les hauts magistrats rejettent le pourvoi au motif que « sans contester la nullité des legs faits à personne incertaine ou inconnue, ni celle des conditions illicites ayant un caractère principale impulsif et déterminant, la cour d'appel a, par infirmation du jugement de première instance, décidé que ni les termes du testament ni les circonstances extrinsèques relevées par décision des premiers juges, quelques sérieuses qu'elles pussent paraître, n'étaient suffisantes pour faire la preuve certaine de l'interposition de personne ou de la charge illicite alléguée » ; Cass. civ., 30 nov. 1964, D. 1965. 258, RTD civ. 1965. 387, obs. R. Savatier : « Mais attendu que G. et les demoiselles M. n'avaient pas articulé que les bénéficiaires des charges étaient incapables de recevoir, c'est à bon droit que l'arrêt relève que les charges secrètes sont valables... s'il est démontré qu'elles ne recouvrent pas une irrégularité ». Voir aussi les nombreuses décisions des juges du fond : Paris, 30 mars 1818, D. Jur. gén., V^o Substitution, n°93 ; Rennes, 8 déc. 1856, D. 1858. 1. 79 ; Lyon, 14 déc. 1862, S. 1862. 2. 314 ; Paris, 23 janv. 1873, D. 1873. 2. 65.

Comp. toutefois Besançon, 6 févr. 1827, D. Jur. gén., n° Disp. entre vifs, n°331-3° ; Limoges, 20 déc. 1830, D. 1831. 2. 227 ; Bordeaux, 6 mars 1841, D. 1841. 2. 196 ; Douai, 15 déc. 1848, D. 1849. 2. 254 ; S. 1849. 2. 537 ; Colmar, 22 mai 1850, D. 1852. 2. 288 ; S. 1852. 2. 435 ; Cass. req., 13 janv. 1857, D. 1857. 1. 197 ; S. 1897. 1. 180 ; Agen, 29 août 1857, S. 1858. 2. 705 ; Cass. req., 28 mars 1859, D. 1859. 1. 242 ; Limoges, 13 mai 1867, D. 1867. 2. 81 ; Cass. req., 13 nov. 1869, D. 1870. 1. 202 ; S. 1870. 1. 119 ; Paris, 3 mai 1872, D. 1872. 2. 200 ; Caen, 21 déc. 1905, D. 1907. 2. 345.

⁴ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., spéc. n°230 et s. p. 220 et s. Bien évidemment, il y aura interposition de personne si un acte occulte décharge l'exécuteur testamentaire ou le fiduciaire de remettre les biens entre les mains du gratifié.

2. L'élément intentionnel

95. Volonté de feindre. – La simulation a pour objectif d'induire les tiers en erreur. Aussi requiert-elle une *volonté délibérée de créer l'artifice*¹. Elle ne se confond pas pour autant avec la volonté frauduleuse. La fraude ne se présume pas et tant qu'elle n'est point prouvée, il n'est pas permis de dire que la simulation sert à l'encourager. La doctrine est sur ce point unanime². Certes, la simulation peut avoir pour finalité une intention frauduleuse ; mais celle-ci n'est point de son essence. Seule est de l'essence de la simulation l'intention de tromper les tiers³.

96. Mensonge concerté. – Les manifestations de cette intention demeurent discutées. La simulation consiste pour deux personnes à mettre en place entre elles des relations doubles. Elle exige ainsi le concours de deux volontés⁴. Précisément, la remise en cause de la volonté simulée doit se réaliser entre les mêmes parties⁵. Cette exigence est évidente en matière contractuelle. Une volonté unilatérale est insuffisante à désavouer les différents aspects d'une convention ostensible. En revanche, l'exigence d'une convention secrète se concilie malaisément avec l'acte unilatéral, tel le testament. Devant une telle exigence, certains auteurs en ont déduit l'inapplication de la simulation à l'acte unilatéral⁶. La déduction est assurément exagérée. La simulation se rencontre

¹ Ce qui distingue clairement la simulation de l'erreur de qualification : « On ne simule pas par erreur ou par hasard » : F. Lucet, « La distinction de la libéralité indirecte et de la libéralité déguisée », 87^{ème} congrès des notaires de France, *Les Petites Aff.* 24 avr. 1991, p. 20, n°15. Pour de plus amples développements, voir M. Dagot, *La simulation en droit privé*, préc., spéc. n°27 et s., p. 31 et s.

² A. Bénabent, *Les obligations*, préc., spéc. n°287 p. 190 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil – Les obligations – t. I, L'acte juridique, L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, n°381 p. 318 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., spéc. n°768 p. 357 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°544 p. 536.

Comp. R. Savatier, note sous Paris, 21 juin 1935, *DP* 1938. 2. 17 : « l'idée de personne interposée est indissolublement liée à celle d'une fraude » ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon* t. XXV, n°235 ; H. Lalou, note au *D.* 1938. 2. 1.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 4 juin 2003, *Bull. civ.* III, n°123 ; *JCP éd. N* 2004. 1269, note M. Dagot ; *RTD civ.* 2004. 93, obs. J. Mestre et B. Fages. Adde F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, préc., spéc., n°106 et s., p. 38 et s. et n°178 et s., p. 65 et s. L'auteur met parfaitement en exergue la distinction entre simulation et fraude, la seconde n'étant qu'« un mobile parmi d'autres qui n'est pas pris[e] en compte au stade de la qualification de la simulation [...] ». Pour le refus d'assimiler simulation et intention de nuire, voir Cass. civ. 1^{ère}, 17 sept. 2003, *Bull. civ.* I, n°181 ; *RTD civ.* 2004. 93, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁴ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. Picard, 1926, n°247 p. 249 ; L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1990, n°92 p. 111, note 54.

Comp. cependant, R. Garnier, *Des libéralités par personne interposée*, thèse Dijon, 1901, p. 31 : « Que primus bénéficiaire apparent sache ou non qu'il n'est qu'un mandataire, qu'il ait entendu ou non être un donataire sérieux, peu importe. Il suffit que le donateur n'ait voulu qu'un donataire apparent pour qu'il n'y ait pas donation en sa faveur et par conséquent qu'il y ait interposition » ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1979, *Bull. civ.* I, n°64 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n°15, *Deffrénois* 2001, art. 37309, p. 237, note R. Libchaber, *D.* 2001. 1139, note Ph. Delebecque, *JCP* 2001. II. 10645, note T. Azzi, *RTD civ.* 2001. 134, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵ P. Lerebours-Pigeonnière, *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, n°79 et s., p. 174 et s. ; J.-D. Bredin, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *RTD civ.* 1956. 261, spéc. pp. 268-269 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préc., n°489 p. 498 ; J.-P. Arrighi, *Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse Nice, 1974, n°154 p. 371 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, préc., n°300 p. 312.

⁶ J. Martin de la Mouette, *L'acte juridique unilatéral*, thèse Toulouse, 1951, n°244 et s. p. 229 et s. ; Flavian, *Des contre-lettres*, thèse Paris, 1929, p. 104.

dans toutes les formes d'actes juridiques ; simplement, il n'est point nécessaire que l'acte unilatéral ostensible soit désavoué par une convention occulte¹. La difficulté rebondit alors : la volonté de feindre résulte-t-elle de la seule volonté unilatérale du disposant ou faut-il la subordonner à l'existence d'une entente entre le disposant et son ayant cause apparent ?

Sur ce point, la jurisprudence est incertaine². Un premier courant n'exige pas que le bénéficiaire ostensible ait connaissance de l'intention du gratifiant³. Il suffit de déceler que la volonté réelle du disposant a été de faire du légataire une personne interposée. Cette position ne doit pas échapper à la critique. C'est dire, en effet, qu'il y aurait des personnes interposées sans le savoir. Or, pourquoi le légataire apparent exécuterait-il la volonté réelle du testateur, si ce n'est parce qu'il a eu lui-même connaissance de l'intention du testateur ? En outre, rechercher quelle a été l'intention du testateur imposerait au juge un singulier « *travail de divination* »⁴ qui ne doit pas avoir sa place en matière de qualification.

¹ Cass. req., 20 oct. 1926, S. 1927. 1. 73, note P. Esmein ; dans le même sens, Ch. Beudant et P. Lerebourg-Pigeonniere, *Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations*, t. IX, 2^{ème} éd., 1953, par G. Lagarde et R. Perrot, n°968, note 2 ; L. Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., n°192 p. 240, note 2 ; J. Rousseau, *Essai sur la notion juridique de simulation*, thèse Paris, Dalloz, 1937, spéc. n°148 p. 182, et du même auteur, « Des libéralités avec charges et des libéralités par personnes interposées », *JCP* 1939. I. 97 ; M. Dagot, *La simulation en droit privé*, préc., spéc. n°224 et s., p. 226 et s. ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, préc., spéc. n°492 et s., p. 501 et s. ; P. Naut, *Effets des actes juridiques simulés*, thèse, Paris, 1951, n°17 p. 8 et n°22 p. 11 ; F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, préc., spéc. n°64 p. 27.

² Voir A. Dubois – de Luzy, *L'interposition de personne*, préf. B. Ancel, LGDJ, 2010, n°201 et s., p. 116 et s.

³ Cass. req., 6 août 1862, DP 1862. 1. 436, S. 1862. 1. 773 : « *Attendu que l'art. 911, Cod. Nap., qui prononce la nullité de toute disposition faite au profit d'un incapable sous le nom d'une personne interposée, n'exige pas qu'il y ait eu concert entre le disposant et la personne interposée* » ; Cass. req., 20 juin 1888, DP 1889. 1. 25, S. 1890. 1. 118 : « *la nullité des dispositions en faveur d'un incapable, sous le nom de personnes interposées, dépend uniquement de l'intention qu'a eue le disposant de faire fraude à la loi, et que cette nullité peut être prononcée, malgré l'absence de toute collusion de la part des légataires* » ; Toulouse, 30 janv. 1845 sous Cass. req., 20 avr. 1847, D. 1847. 1. 269 : « *Attendu que, pour établir l'existence d'un fidéicommiss tacite, il suffit de prouver que le testateur, en léguant ses biens à un héritier apparent, a eu la volonté secrète de gratifier un individu incapable de recevoir le don ; Que cette fraude faite, il n'est pas besoin, pour vicier les actes qui en sont entachés, qu'il soit prouvé qu'il a existé un pacte ou une convention entre le testateur et la personne interposée ; qu'il suffit, pour opérer la nullité de la libéralité tant contre l'héritier nommé que contre la personne appelée à recueillir le fidéicommiss, qu'il soit démontré que le testateur a voulu par des dispositions détournées, éluder les dispositions de la loi* » ; Amiens, 1^{er} août 1861, D. 1862. 2. 201 qui prononce la nullité d'un legs pour cause de fidéicommiss tacite, tout en constatant que le légataire avait ignoré l'intention du testateur, et que par conséquent il n'y avait entre eux aucun concert, même purement mental ; Nîmes, 14 janv. 1874, DP 1875. 2. 44 : « *il n'est point nécessaire que le fidéicommissaire ait connu d'avance la volonté du testateur, ou promis de l'exécuter, sa bonne foi ne suffisant pas pour le rendre propriétaire d'un bien que le testateur n'a pas voulu lui léguer* » ; Amiens, 21 févr. 1893, DP 1895. 2. 457 (*in fine*) : « *Qu'il n'est nullement nécessaire pour qu'il y ait interposition de personne de constater qu'il y aurait eu connivence entre le bénéficiaire et la testatrice, en vue d'assurer la réalisation de la disposition entachée de nullité* » ; Limoges, 27 déc. 1898, DP 1901. 2. 286 : « *mais qu'il n'est pas nécessaire qu'un accord soit établi entre le disposant et le donataire et qu'un concert frauduleux ait existé entre l'interposé et l'incapable ; que le code n'a déterminé par aucun texte les caractères ou les conditions auxquelles les magistrats peuvent reconnaître l'interposition de personnes ; qu'il s'en est remis à leur sagesse et à leur expérience* ».

Comp. Garnier, *Des libéralités par personne interposée*, thèse Dijon, 1901, p. 31 : « *Que Primus bénéficiaire apparent sache ou non qu'il n'est qu'un mandataire, qu'il ait entendu ou non être un donataire sérieux, peu importe. Il suffit que le donateur n'ait voulu en faire qu'un donataire apparent pour qu'il n'y ait pas donation en sa faveur et par conséquent pour qu'il y ait interposition* » ; Demartial, *Etude critique sur l'interposition de personne*, thèse Paris, 1912, p. 92.

⁴ J. Rousseau, *Essai sur la notion juridique de simulation*, préc., spéc. n°149 p. 183 ; voir par exemple Cass. req., 20 avr. 1847, D. 1847. 1. 269 : « *Attendu que la loi n'a pas déterminé le caractère de l'interposition de personnes, qu'ainsi elle s'en rapporte à la sagesse et aux lumières des juges pour décider si l'héritier apparent est sérieusement institué, ou si, au contraire, il n'est qu'un intermédiaire entre le testateur et l'incapable* » (nous soulignons).

Le simple bon sens commande donc le rejet de cette position et l'on ne s'étonnera pas qu'un deuxième courant de décisions soit plus exigeant. A cet égard, la qualification de libéralité par personne interposée est subordonnée à la preuve que le disposant ait eu la *certitude morale* que l'objet de la libéralité parviendrait au véritable destinataire¹. Cette position jurisprudentielle diffère de la première en ce qu'elle ne se focalise pas uniquement sur le testateur. Certes, il n'est pas besoin qu'il y ait eu accord entre le testateur et le légataire en ce qui concerne la transmission des biens ; mais elle postule que le légataire ait eu connaissance de la volonté secrète du testateur. Cette position recueille l'adhésion de nombreux auteurs². Elle nous apparaît néanmoins critiquable dans la mesure où elle est en contradiction avec les principes qui gouvernent la simulation. C'est omettre, d'abord, que la simulation repose sur un *mensonge concerté* entre plusieurs personnes. Il faut une « *entente* »³, une « *machination concertée* »⁴ entre plusieurs personnes⁵. En ce sens, une simple communion d'idées ou de sentiments ayant commandé le choix du légataire, avec la pensée que celui-ci donnerait à la disposition un emploi conforme aux vues du testateur, ne saurait entraîner la qualification de legs par personne interposée. C'est négliger, en outre, les

¹ Cass. civ., 20 avr. 1847, DP 1847. 1. 269 (motifs préc.) ; Grenoble, 8 déc. 1874 sous Cass. civ., 15 déc. 1875, S. 1877. 1. 174 : « *Attendu, en droit, qu'il n'est pas nécessaire, pour prouver l'interposition de personnes, qu'il y ait concert entre le testateur et le légataire ; que, pour le juge, les caractères et la preuve du fidéicommiss peuvent se déduire de présomptions graves, précises et concordantes, desquelles il résulte que dans la volonté du testateur, le légataire n'a été qu'un instrument de transmission, lorsqu'il est justifié en même temps que le destinataire est incapable de recevoir le don, mais que ce fidéicommiss ne saurait résulter seulement d'une communauté d'idées ou de sentiments, véritable parenté morale, qui peut au contraire être souvent la démonstration d'une libéralité s'arrêtant sur la tête du légataire, quel que puisse être l'emploi ultérieur de la fortune léguée* » ; Lyon, 10 janv. 1883, S. 1884. 2. 136 : « *qu'il n'est pas même nécessaire d'établir l'existence d'un concert entre le testateur et le légataire à cet égard ; mais qu'il faut, néanmoins, que le fidéicommiss tacite résulte de présomptions graves, précises et concordantes qui soient de nature à constituer pour le juge une preuve manifeste* » ; Trib. civ. Seine, 5 juin 1929, Gaz. Pal. 1929. 2. 267 sur appel Paris, 21 juin 1935, DP 1936. 2. 17, note R. Savatier ; S. 1936. 2. 1, note Niboyet : « *Considérant qu'ainsi l'actif total se trouvait en toutes hypothèses absorbé ; que si, à la vérité, la qualité de légataire universel réside non dans l'importance de l'émolument que ce légataire reçoit, mais dans sa vocation éventuelle à recueillir l'universalité de la succession, il faut cependant convenir qu'en l'espèce une telle vocation, à la supposer conforme à l'intention du testateur, ne pouvait être qu'apparente et se trouvait en réalité démentie par l'application même des clauses de dernière volonté* » ; TGI Epinal, 14 nov. 1996, Gaz. Pal. 1997. 1. 379 : « *La désignation de M. Le Pen comme légataire, telle qu'elle lui a été suggérée et qu'il a immédiatement réalisée, ne constituait pas dans l'esprit d'Henri Bussière un changement réel de légataire, mais une interposition de personnes en vue de la transmission finale de son héritage à l'association Front National* », sur appel Nancy, 21 oct. 1997, JCP 1998. IV. 2362 ; Dr. fam. 1998. comm. 172, note B. Beignier. Les faits de l'espèce démontrent aisément la collusion entre le testateur et son légataire apparent. Souhaitant léguer l'universalité de ses biens au Front National, association non déclarée d'utilité publique, l'un des secrétaires de l'association lui conseilla d'instituer M. Jean-Marie Le Pen en qualité de légataire universel : « *si vous désirez toujours léguer vos biens au Front National, je vous suggère de modifier votre testament de la façon suivante : 3°/ J'institue pour mon légataire universel Monsieur Jean-Marie Le Pen, Président du Front National. [...] C'est la seule façon de laisser vos biens au Front National. Autrement il ne pourrait entrer en possession de votre legs* ».

² Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil*, t. X, 6^{ème} éd., par P. Esmein, Librairies Techniques, 1954, § 650 bis p. 480 : « *Les éléments constitutifs de l'interposition de personnes se ramènent à l'intention du disposant, accompagnée de la croyance, raisonnablement fondée en fait, que le bénéficiaire apparent s'y conformera lorsqu'il la connaîtra, même à supposer qu'il ne la connaisse qu'après avoir recueilli le legs ou la donation* ». Voir dans le même sens Furgole, *Des Testaments*, chap. 6, sect. 2, n°208 et s. ; Pothier, *Traité des donations et testaments*, ch. 3, sect. 2 ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, 6^{ème} éd, 1885, n°640, spéc. p. 639.

³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., spéc. n°2985 p. 835.

⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°541 p. 534.

⁵ A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, préc., spéc. n°493 p. 503 : « *Peu importe la forme de l'acte secret, peu importe aussi la nature contractuelle ou simplement unilatérale de l'acte juridique. Il faut et il suffit que deux ou plusieurs personnes s'entendent en vue de modifier ou supprimer un acte apparent au moyen d'un autre, destiné à rester secret* ».

effets de la simulation par l'emploi d'un intermédiaire. La personne interposée est un intermédiaire *fictif*, ce qui signifie qu'elle n'est investie ni des droits transmis par le disposant ni de leur exercice. Or, l'institué, qui se considère comme tenu d'un devoir que lui impose sa conscience ou son honneur, n'en demeure pas moins un légataire *sérieux*. C'est ainsi que l'existence d'une charge *secrète* ne peut être le révélateur d'une libéralité par personne interposée¹. Le secret qui entoure le bénéficiaire de la charge ne signifie pas que l'intervention de l'intermédiaire soit factice. Le disposant peut assurément faire de l'intermédiaire un véritable ayant cause chargé d'exécuter différentes charges dont l'existence est secrète. C'est seulement la nature juridique de la charge qui diffère de celle de la charge ostensible. Faute de connaître ostensiblement les bénéficiaires des charges, l'intermédiaire n'est tenu que d'obligations naturelles². L'on perçoit, dès lors, la contradiction qu'il y a à considérer qu'un légataire est une personne interposée lorsqu'il se considère comme tenu d'un devoir de conscience d'exécuter la volonté secrète du testateur³.

En définitive, l'interposition ne saurait résulter, quel que doive être l'emploi ultérieur des biens, de la conviction intime du disposant que l'intermédiaire s'obligerait moralement à exécuter sa volonté secrète. Et, en conséquence, on approuvera un troisième courant jurisprudentiel qui refuse la qualification d'interposition de personne à l'institution d'héritier, faite avec la confiance que l'institué consacrerait les biens transmis conformément aux vues secrètes du testateur⁴. La libéralité par personne interposée suppose, en réalité, que l'intermédiaire soit *clairement averti* de

¹ Voir *supra* n°94. L'on relèvera d'ailleurs que la qualification du legs avec charges secrètes en un legs par personne interposée entraînerait certainement la nullité de celui-ci puisque consenti hors les formes requises pour la validité des testaments. Ainsi, en 1809 la Cour d'Aix déclara nul le testament par lequel une personne avait chargé ses exécuteurs testamentaires de remettre une somme à un prêtre auquel elle avait « *fait connaître ses intentions* » (5 juin 1809, cité par Merlin, *Répertoire*, V° Légataire, § II, n°18). Dans l'ancien droit, de semblables legs secrets étaient valables : Parlement de Paris 1385, 1580, cités par Merlin, *préc.*, spéc.

² Voir la jurisprudence précitée *supra* n°94.

³ Comp. J. Rousseau, *Essai sur la notion juridique de simulation*, *préc.*, spéc. n°149 p. 183 : « *Si l'exécution d'un fidéicommiss est l'exécution d'une obligation naturelle c'est qu'un simple vœu du disposant est juridiquement insuffisant, par une condition purement potestative, à infirmer la qualité de l'institué* ».

⁴ Toulouse, 14 févr. 1866, DP 1867. 2. 31 : « *Attendu que cette pensée, cette espérance, cette certitude morale elle-même ne peuvent constituer à aucun point de vue, ni faire supposer l'existence d'un fidéicommiss tacite et imposer à l'héritier institué la qualité de personne interposée* » ; Grenoble, 8 déc. 1874 sous Cass. civ., 15 déc. 1875, DP 1876. 1. 325, S. 1877. 1. 174 : « *que ce fidéicommiss [l'interposition de personne] ne saurait résulter seulement d'une communauté d'idées ou de sentiments, véritable parenté morale, qui peut, au contraire, être souvent la démonstration d'une libéralité s'arrêtant sur la tête du légataire, quel que puisse être l'emploi ultérieur de la fortune léguée [...]* » ; Cass. req., 14 juin 1880, DP 1881. 1. 257 : « *Attendu que le sieur Abt, s'inspirant de la pensée de la demoiselle Berthoud, a pu librement s'imposer, comme un devoir de conscience ou comme une condition de son legs universel, la charge de remettre à Berthoud fils la moitié des biens qu'il aurait recueillis dans la succession de sa mère naturelle, s'il était venu à partage avec les demandeurs en cassation, au lieu du quart formant sa réserve ; qu'en cela, il a usé d'un droit qui lui était personnel et n'a fait aucune fraude à la loi* » ; Cass. req., 15 févr. 1892, D. 1892. 1. 360 : rejetant la qualification d'interposition de personne au motif « *que la personne instituée, si elle reconnaissait que le legs fait à son profit avait été inspiré au testateur parce qu'il la croyait pénétrée des mêmes sentiments que lui, ajoutait que cette institution avait eu lieu sans recommandation, ni mandat d'aucune sorte* ».

son rôle d'ayant cause fictif du disposant. Cela commande précisément l'existence d'un *mensonge concerté* entre les intéressés¹.

97. Synthèse. – En définitive, en tant que variété de simulation, la libéralité par personne interposée constitue une représentation *inexacte* de la réalité. Aussi y a-t-il libéralité par personne interposée lorsque l'on décèle un accord entre le disposant et le bénéficiaire dont l'objet est de conférer à ce dernier une vocation purement fictive. Son existence requiert donc la réunion de deux éléments. L'un matériel, qui consiste en l'attribution apparente de la qualité de gratifié à l'intermédiaire et en le retrait corrélatif du véritable bénéficiaire hors du champ de la libéralité. L'autre intentionnel, qui réside en un accord entre le disposant et le bénéficiaire apparent dont l'objet est de concevoir et mettre en place cette fiction. Ces deux éléments constitutifs vont nous permettre de la distinguer des libéralités à trois personnes.

B. Le critère de la distinction entre les libéralités par personne interposée et les techniques des libéralités à trois personnes

98. Diversité de critères proposés. – La libéralité par personne interposée se distingue malaisément de la libéralité à charge de transmettre qui constitue, on l'a vu, l'une des figures des libéralités à trois personnes². Nous sommes ici dans un domaine où la Cour de cassation laisse aux juges du fond un souverain pouvoir d'appréciation³. Cette liberté aboutit malheureusement à de regrettables contrariétés de décisions. Plusieurs critères de distinction ont, à cet égard, été proposés. La confrontation de ces différents critères aux traits de l'interposition de personnes nous convaincra du rejet de certains d'entre eux (1) et de l'adoption de l'un d'eux (2).

¹ Voir en ce sens notamment B. Ancel, *JC. Civil Code*, Art. 911, n°28.

² Voir en ce sens M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., spéc. n°3018 : « *Au fond, la libéralité avec charge et la libéralité par personne interposée ne se distinguent pas, quand la charge est établie dans l'intérêt d'un tiers. C'est un seul et même procédé sous deux noms différents* ». A cet égard, certains usent de l'expression « *interposition réelle* » pour désigner la libéralité avec charges, par opposition à « *interposition fictive* » (J. Rousseau, *Essai sur la notion juridique de simulation*, préc., spéc. n°159 et s., p. 195 et s. ; du même auteur, « *Des libéralités avec charges et des libéralités par personnes interposées*, préc., n°4 et s. ; G. Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui*, préc., n°147 et s., p. 201 et s. ; N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. C. Jamin, LGDJ, 2007, n°1085 p. 471, note 1635). L'usage de ces expressions paraît contestable en ce qu'il ne distingue pas entre transparence et opacité (B. Ancel, *JC. Civil Code*, Art. 911, n°15). Mieux vaut donc circonscrire l'usage de l'expression « *interposition* » au seul cadre de la simulation par intervention d'un tiers.

³ Voir notamment Cass. req., 15 avr. 1892, *D.* 1892. 1. 360 ; Cass. civ., 4 nov. 1913, *D.* 1917. 1. 142.

1. Les critères rejetés

99. Des éléments constitutifs de l'interposition de personne découlent le rejet des critères tirés de l'existence ou de l'absence d'émolument conféré à l'intermédiaire (a), et du rôle actif ou passif de l'intermédiaire (b).

a) Le critère fondé sur l'existence ou l'absence d'émolument conféré à l'intermédiaire

100. **Exposé du critère.** – Ce critère a âprement été défendu à propos du legs à charge de fonder. Certains auteurs ont soutenu, en effet, que l'institution n'était pas sérieuse lorsque le légataire grevé de charge ne percevait en définitive aucun profit¹. Faute d'enrichissement, le légataire ne serait qu'une personne interposée entre le disposant et le bénéficiaire de la charge. A suivre ces auteurs, le legs, pour être sérieux, ne doit pas simplement offrir au légataire une chance d'émolument, résultant de la caducité éventuelle des dispositions particulières, il doit lui procurer immédiatement un émolument pécuniaire appréciable, eu égard aux forces de la succession.

101. **Rejet du critère.** – Le raisonnement procède d'une double méprise. D'une part, l'émolument n'est nullement de l'essence du legs². Un légataire est sérieux bien qu'il ne perçoive aucun profit. Il suffit ici d'en appeler à l'éminence de Beudant qui écrit : « *Où est-il donc écrit qu'un legs n'est sérieux et valable que s'il doit finalement enrichir le légataire ? Ce qui constitue un legs, c'est le droit qui résulte de la disposition testamentaire, avec les charges qui y sont inhérentes ; s'il est nécessaire que les biens transmis entrent dans le patrimoine de l'institué, il ne l'est nullement qu'ils doivent y rester* »³.

D'autre part, l'existence de charges imposées au gratifié, qui épuisent son émolument, n'entraîne aucunement une contradiction entre la *vérité* de l'acte et sa *représentation*. Certes, le grevé ne perçoit aucun profit ; il n'en demeure pas moins qu'il intervient *réellement* à l'opération. A tout le moins sa qualité de gratifié peut elle être discutée par rapport à celle d'un fiduciaire⁴, mais

¹ A. Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, 1895, spéc. p. 127 ; H. Levy-Ullmann et P. Grunbaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904. 254, spéc. p. 262 ; Lory, *Du mode d'établissement et de la nature des fondations*, p. 98 et 104 et s. *Adde* Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VI n°126 et 135. Pour une application jurisprudentielle de ce critère, voir Orléans, 8 janv. 1885, cassé par Cass. civ., 5 juill. 1886, *DP* 1886. 1. 163 ; S. 1890. 1. 481 ; Besançon, 26 mars 1891, *DP* 1893. 2. 1, note Ch. Beudant ; Amiens, 16 févr. 1893, *DP* 1894. 2. 67 ; Paris, 8 nov. 1924, *DP* 1924. 2. 158, note A. L. ; Trib. civ. Seine, 5 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929. 2. 267 ; *RTD civ.* 1929. 808, obs. R. Savatier ; et, sur appel, Paris, 21 juin 1935, *DP* 1936. 2. 17, note R. Savatier ; S. 1936. 2. 1, note Niboyet.

² Sur cette analyse, voir *infra* n°208 et s.

³ Ch. Beudant, note sous Besançon, 26 mars 1891, *DP* 1893. 2. 1.

⁴ Cass. civ., 5 juill. 1886, *DP* 1886. 1. 465 ; S. 1890. 1. 241, note J. E. Labbé. ; Angers, 22 juin 1887, sous Cass. req., 6 nov. 1888 ; Cass. Roumanie, 2 mars 1892, S. 1892. 4. 17 (on opposait en l'espèce au legs universel l'article 808 du Code civil roumain qui n'est que la reproduction de notre article 906) ; Cass. req. 27 juin 1899, sur Montpellier, 24

aucunement par rapport à celle d'une personne interposée dont l'intervention n'est que *fictive*. Aussi ne peut-on pas déduire de l'absence d'émolument la qualité de personne interposée. Le propos peut être généralisé, du reste, à toutes les libéralités usant d'un intermédiaire de transmission dès lors que les devoirs qui grèvent ses prérogatives sont connus des tiers. Voirin s'exprimait d'ailleurs en termes analogues : « *dans le cas de fondation, il n'y a aucune simulation, puisque la charge de transférer l'émolument du legs à l'œuvre, une fois qu'elle existera, se manifeste à découvert* »¹. En ce qu'elle réalise une représentation inexacte de la réalité, la libéralité par personne interposée est ainsi exclusive de l'apposition *ostensible* d'une charge à l'intermédiaire². De sorte que l'absence de perception par l'intermédiaire d'un profit matériel ne peut être un critère de distinction entre la libéralité par personne interposée et la libéralité à charge de transmettre.

b) Le critère fondé sur le rôle actif ou passif de l'intermédiaire

102. Exposé du critère. – Partant du constat que la libéralité par personne interposée réalise une opération simulée alors que la libéralité à charge de transmettre accomplit une opération sérieuse, certains auteurs ont prétendu trouver un critère de distinction entre ces deux figures dans le rôle joué par l'intermédiaire³.

Précisément, l'absence de liberté conférée à l'intermédiaire serait la marque d'une intervention fictive à l'opération tandis que la jouissance d'une certaine initiative dans la réalisation de la volonté du disposant témoignerait de l'existence d'une libéralité avec charge. C'est ainsi que s'exprime Madame Bouyssou : « *Si donc le disposant lui reconnaît une initiative propre pour assurer la réalisation de ses ordres, l'intermédiaire sera bien un donataire ou un légataire sérieux. La libéralité par personne interposée, au contraire, est une opération simulée ; l'intermédiaire fictif est destiné seulement à cacher le bénéficiaire véritable. Le disposant ne lui a laissé aucune liberté : son rôle se borne à recevoir d'une main pour transmettre de l'autre au gratifié réel. C'est un homme de paille, ce n'est pas un donataire ou un légataire sérieux* »⁴. En d'autres termes, la *passivité* de l'intermédiaire serait le paradigme de la libéralité par personne interposée.

janv. 1898, *J.* 1901. 1. 271 ; Montpellier, 23 avr. 1900, *D.* 1902. 1. 425 ; Trib. civ. Seine, 5 août 1897, *Gaz. Pal.* 1897. 2. 456.

¹ C. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, par P. Voirin, n°119 p 159 (c'est nous qui soulignons). Voir également B. Ancel, *JCl. Civil Code*, Art. 911, n°19 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV, 2^{ème} vol., par L. et S. Leveneur, n°1409 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc., n°1455 p. 343.

² Voir *supra* n°94.

³ R. Savatier, obs. sous Paris, 8 nov. 1924, *RTD civ.* 1925. 162 et s. Comp. toutefois sa note au *D.* 1936. 2. 17 sous Paris, 21 juin 1935 ; G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, cours préc., p. 306 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges*, préc., spéc., n°72 et s. p. 117 et s. ; G. Marty, préface à la thèse M. Bouyssou, p. 6 ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », préc., spéc. n°9.

⁴ M. Bouyssou, *op. cit.*

103. Rejet du critère. – Mais ce critère ne résiste pas à la critique. D’abord, sa mise en œuvre se révèle hasardeuse. L’on discerne mal, en effet, la frontière entre le rôle actif et passif. En ce sens, on ne peut qu’approuver Henri Souleau d’avoir considéré qu’« *un tel critère est bien fuyant. Où est la limite entre le rôle actif et le rôle passif ? Et pourquoi une obligation stricte et précise imposée par le testateur ne pourrait-elle constituer la charge d’un legs alors que de vagues directives caractériseraient la charge ? Ces questions suffisent à montrer l’inanité de ce critère* »¹. Au surplus, l’adoption de ce critère se heurte à la jurisprudence séculaire relative à la validité du legs à charge de créer une fondation. Que l’on relise pour s’en convaincre le célèbre jugement du Tribunal civil de la Seine du 5 août 1897 concernant la création de l’Académie Goncourt, aux termes duquel les juges qualifièrent Alphonse Daudet et Léon Hennique de légataires sérieux malgré leur rôle de simples agents d’exécution des volontés d’Edmond Goncourt². Bien loin de l’expliquer, ce critère condamne cette position jurisprudentielle que nul ne conteste³.

Ainsi peut-on observer que le critère tenant au rôle actif ou passif de l’intermédiaire n’apparaît pas décisif. Il ne réalise pas l’objectif assigné à tout critère qui est de permettre d’établir une distinction claire entre deux mécanismes, et son application n’explique pas la jurisprudence relative au legs à charge de fonder.

2. Le critère adopté : l’absence de prérogative conférée à l’intermédiaire

104. Définition du critère. – L’interposition de personne consiste à déplacer les effets de l’acte de disposition d’un patrimoine à un autre. Précisément, l’acte ostensible laisse supposer que le disposant transfère des prérogatives à l’intermédiaire, alors qu’en réalité celles-ci sont transférées directement au bénéficiaire dissimulé. La personne interposée est ainsi un titulaire fictif, apparent, des droits dont s’est dépouillé le disposant. Il n’y a alors aucun rapport d’obligation qui unit la personne interposée aux deux autres protagonistes. Au lieu de reposer sur

¹ H. Souleau, *L’acte de fondation*, thèse Paris, 1969, n°178 p. 315. Voir également C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., spéc. n°230 p. 221.

² Trib. civ. Seine, 5 août 1897, sous Paris, 1^{er} mars 1900, *S.* 1905, II, 78 ; *Gaz. Pal.* 1900. I. 608 : « *Attendu que Goncourt, après avoir désigné lui-même huit membres de la future société et fixé les conditions dans lesquelles la liste en serait complétée et renouvelée, règle avec précision les ventes à faire des collections d’objets d’art qu’il avait accumulées pendant sa vie ; qu’il ajoute à ces premières dispositions divers legs particuliers faits à des amis, et qu’il termine ainsi : “Dans le cas où, contrairement à mes volontés et par des circonstances que je ne puis prévoir, les dispositions qui précèdent, en ce qui concerne l’Académie que je fonde, ne pourraient pas s’exécuter, je donne et lègue les capitaux provenant de la réalisation de mes biens, meubles et immeubles et vente d’objets d’art, à l’Hospice des jeunes filles incurables, à l’œuvre de Notre-Dame des Sept-Douleurs, dont la princesse Mathilde a le patronage, à la charge pour cet établissement d’exécuter divers legs d’amitié de ce testament, et de payer la rente viagère de 1.200 fr à Pélagie Denis, ma domestique”* ».

³ Voir en ce sens la conclusion de Madame Bouyssou qui défend pourtant un tel critère : « *L’application du critère proposé conduirait donc à prononcer la nullité de presque toutes les fondations* », in *Les libéralités avec charge*, préc., spéc. n°73 p. 119.

une relation triangulaire, la libéralité par personne interposée n'est qu'une opération bilatérale entre le disposant et le gratifié.

C'est dire que l'élément distinctif de la libéralité par personne interposée par rapport à la libéralité à trois personnes réside dans l'*absence* de prérogatives reconnues à l'intermédiaire¹. A l'inverse, l'intermédiaire sérieux est celui qui est toujours titulaire de prérogatives sur l'objet de la libéralité, ne fût-ce qu'un instant de raison². Dans cet esprit, on peut dire que les libéralités à trois personnes ne résultent jamais d'une situation de fait ; elles sont toujours l'expression d'une situation de droit. Ceci se conçoit simplement. Pour avoir la maîtrise du bien dont le disposant s'est dessaisi, il faut que l'intermédiaire y soit spécialement autorisé par le disposant. Autrement dit, lorsque la maîtrise du bien quitte le giron du disposant, elle ne se perd pas dans les limbes de la matérialité ; elle s'arrime constamment à une prérogative octroyée à l'intermédiaire. Certains auteurs ont cependant soulevé plusieurs objections. Mais, à bien y regarder, aucune n'emporte la conviction.

105. Réfutation de l'objection tirée des présomptions légales. – La première objection est tirée des présomptions d'interposition de personnes posées par les articles 911 et 1100 du Code civil³ : « *Quand donc les père et mère, enfants et descendants sont-ils réputés par le législateur personnes interposées ? C'est bien lorsqu'ils recueillent en toute propriété, lorsque le legs leur a été fait personnellement et que l'émolument intégral est entré dans leur patrimoine* »⁴.

Cela procède, à notre sens, d'un raisonnement inapproprié. La loi pose ici une présomption de volonté du disposant. Il est présumé que le disposant n'a pas voulu adresser sa libéralité au proche parent ou au conjoint de l'incapable, mais à l'incapable lui-même. Autrement dit, par l'effet de cette présomption légale, l'objet de la libéralité ne transite nullement par le patrimoine de la personne interposée. Le proche parent ou le conjoint de l'incapable constitue ainsi un

¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°174 et s. ; G. Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui*, préc., n°122 et s., p. 163 et s. ; H. Souleau, *L'acte de fondation*, préc., spéc. n°177 et s. p. 310 et s. ; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., spéc. n°230 et s. p. 220 et s. ; J. E. Labbé, note sous Cass. civ., 5 juill. 1886 et Cass. req., 6 nov. 1888, *S.* 1890. 1. 241 ; R. Savatier, note sous Paris, 21 juin 1935, *D.* 1936. 2. 17 ; H. Simonnet, « Le legs avec charge, catégorie juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, p. 128, spéc. p. 132-133 ; A. Dubois – de Luzy, *L'interposition de personne*, préc., spéc. p. 52 et s.

² Seule importe ici la *réalité* de son concours. Peu importe qu'il intervienne en qualité de gratifié du disposant ou de fiduciaire. Sur cette distinction voir *supra* n°220 et s.

³ Précisons que l'article 1100 a été abrogé par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁴ H. Lévy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », préc., spéc. p. 265. Voir également E. Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèses Poitiers, 1908, n°115 p. 140-141 ; R. Cassin, *Des libéralités avec charge et Des fondations en droit français*, cours préc., p. 191 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charge*, préc., spéc. n°71 p. 115 et s. ; M. Dagot, *La simulation en droit privé*, préc., spéc. n°129 p. 124 ; H. Lévy-Ullmann, note sous Cass. civ., 12 mai 1902, *S.* 1905. 1. 137 ; P. Hébraud, obs. *Rev. crit. législ. jurisp.*, 1932. 107 ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », préc., spéc. n°8 p. 262-263.

simple paravent derrière lequel le disposant transmet directement l'objet de la libéralité au véritable bénéficiaire¹. Il est par conséquent faux de prétendre que les personnes réputées interposées par loi sont titulaires des droits pour le compte de l'incapable.

106. Réfutation de l'objection tirée des effets de la simulation. – La seconde objection est fondée sur les effets que produit la simulation. Si l'intermédiaire n'est pas dans l'intention des parties le véritable titulaire de droits, il n'en demeure pas moins le titulaire à l'égard des tiers. En vertu de l'article 1321 du Code civil, la situation réelle ne pourra pas être invoquée contre eux et ils peuvent s'en tenir à la situation apparente. Il faudrait dès lors en déduire que « *dans la libéralité par personne interposée, comme dans la libéralité avec charge, la propriété a été pendant un certain temps sur la tête du gratifié* »². Mais, là encore, l'argument ne saurait convaincre³. C'est omettre, en effet, qu'en matière de droits réels, la question du transfert entre les parties doit être distinguée de celle de son opposabilité aux tiers. Si le transfert de droits réels s'accomplit entre les parties par le seul échange des volontés, il requiert le respect de certaines règles de publicité pour qu'il soit opposable aux tiers⁴. Dans cette perspective, s'il est vrai que l'application de la théorie de la simulation produit le résultat dénoncé, à savoir que les tiers peuvent se prévaloir de l'apparence créée par l'acte ostensible, cela ne prouve cependant pas que la personne interposée ait reçu *réellement* les droits dont le disposant s'est dépouillé. Cela signifie seulement que la contre-lettre, qui exprime la volonté réelle du disposant de ne transmettre aucun droit au gratifié apparent, n'est pas opposable aux tiers⁵. Autrement dit, si la personne interposée est réputée titulaire du droit réel à l'égard des tiers, elle ne l'est pas pour les parties à l'opération.

En conséquence, l'on ne peut se prévaloir des règles relatives à l'opposabilité des droits réels pour soutenir que la personne interposée est titulaire des droits transmis par le disposant.

¹ H. Souleau, *L'acte de fondation*, préc., spéc. n°478 p. 314 : « *On ne peut pas déduire de ce que la loi édicte des présomptions d'interposition de personne que les personnes interposées peuvent recueillir les biens en pleine propriété* ». Voir dans le même sens C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., spéc. n°231 p. 222.

² G. Ripert, *La notion de libéralité*, préc., p. 306. Voir également M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges*, préc., spéc. n°71 p. 116-117 ; M. Dagot, *La simulation en droit privé*, préc., spéc. n°129 p. 124 ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », préc., spéc., n°8.

³ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., spéc. n°231 p. 222, note 5.

⁴ L'aliénation d'un droit réel immobilier n'est opposable aux tiers que par la publicité foncière qui s'opère à la conservation des hypothèques (D. 4 janv. 1955) tandis que l'aliénation d'un droit réel mobilier n'est opposable aux tiers que par la mise en possession de l'acquéreur (C. civ., art. 2276).

⁵ Encore convient-il de préciser que les tiers peuvent, suivant leur intérêt, invoquer soit la réalité soit l'apparence. Voir notamment M. Dagot, *La simulation en droit privé*, préc., spéc. n°132 et s. p. 129 et s. ; E. Leroux, « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTD civ.* 1974. 509 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°550 p. 539 et s.

107. Synthèse. – La libéralité par personne interposée, bien qu'elle requière la participation de trois personnes, n'est pas une libéralité à trois personnes. La libéralité procède en effet du concours d'un intermédiaire fictif, c'est-à-dire d'un individu dont l'attribution des prérogatives n'est qu'apparente. On voit par là que la simulation par emploi d'un intermédiaire n'est pas un procédé habile à réaliser une libéralité à trois personnes¹.

Au-delà, il est des procédés en vertu desquels une libéralité nécessite l'intervention d'une troisième personne, laquelle semble tenir le rôle d'intermédiaire. C'est cependant omettre que l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes est un individu dont les prérogatives sont un effet recherché par le disposant.

§ 2 - LE PROCEDE DONT LE CONCOURS DE L'INTERMEDIAIRE N'EST PAS RECHERCHE PAR LE DISPOSANT : LE LEGS PUR ET SIMPLE

108. Position du problème : entremise d'un successeur dans l'exécution de certains legs purs et simples. – C'est du décès proprement dit que résulte la transmission des droits réels et personnels du *de cuius* à ses successeurs, qu'ils soient légaux ou testamentaires, universels ou à titre particulier.

Cependant, l'exécution des legs purs et simples, c'est-à-dire non assortis de modalités ou de charges, suppose parfois le concours d'une troisième personne. En effet, si les légataires deviennent immédiatement titulaires des prérogatives du *de cuius*, ils ne bénéficient pas toujours de l'exercice de plein droit de celles-ci. Une chose est d'être devenu immédiatement et sans formalité titulaire de ses droits, une autre est de pouvoir les exercer, de pouvoir, en particulier, appréhender les choses composant l'assiette des droits légués. Pour ce faire, certains légataires sont tenus de demander la délivrance de leur legs aux successeurs dits saisis. C'est donc par l'intermédiaire de ceux-ci qu'ils obtiennent leur legs. N'est-ce pas ici la manifestation d'une libéralité à trois personnes ? La vraisemblance paraît d'autant plus remarquable que le successeur saisi exerce, jusqu'au jour de la délivrance, les droits légués.

Au surplus, la proximité de situation ne s'arrête pas là. Le testateur peut mettre à la charge d'un légataire, saisi ou non, de payer divers legs dont les bénéficiaires devront lui demander la délivrance. Or, ici encore, un successeur, en l'occurrence un légataire, semble être cet intermédiaire sur lequel s'appuie le disposant pour s'assurer de l'exécution d'une libéralité.

¹ On doit toutefois nuancer le propos lorsque la simulation consiste à conférer fictivement les pleins pouvoirs à la personne interposée, alors qu'elle en reçoit, réellement, une partie d'entre eux.

109. Plan. – Ne nous y trompons pas, toutefois. L’analogie n’est qu’apparente. Des raisons de techniques juridiques, tenant aux modalités légales de la transmission successorale, le démontreront. Il reste que la démonstration de l’exclusion du legs en tant que procédé d’une libéralité à trois personnes n’est pas aussi évidente selon que celui qui est chargé de l’exécution du legs est un successeur légal ou un légataire. Aussi nous faut-il distinguer deux situations : d’une part, celle du legs dont l’exécution résulte d’un successeur légal (A), d’autre part, celle du legs dont l’exécution suppose le concours d’un autre légataire (B).

A. L’exécution du legs pur et simple par un successeur légal

110. Exclusion tirée des règles de la saisine héréditaire. – Le successeur à qui la délivrance d’un legs est sollicitée ressemble à s’y méprendre à l’intermédiaire d’une libéralité à trois personnes. L’analyse de l’économie du legs montre cependant qu’il n’en est rien. Plus précisément, ce sont les règles de la saisine qui nous l’expliquent. D’abord, la dissociation entre la titularité des droits du légataire et leur exercice, qu’opère l’institution d’un légataire non saisi, est un effet mécanique des modalités légales de la transmission successorale, autrement dit un effet non recherché par le disposant (A). Ensuite, le concours du successeur à qui la délivrance doit être demandée n’a pas pour objet de favoriser l’exécution du legs, mais seulement de contrôler la vraisemblance du titre du légataire (B).

1. Le successeur saisi, un intermédiaire non recherchée par le disposant

111. Dissociation entre la titularité des droits et leur exercice. – Le système dévolutif français est fondé sur le principe de la continuation de la personne. Dès l’ouverture de la succession, successeurs *ab intestat* et successeurs testamentaires acquièrent immédiatement et sans formalité les droits du *de cuius*¹. Cette règle s’applique indistinctement aux successeurs universels

¹ L’immédiateté de la transmission des droits du *de cuius* du seul fait du décès n’a pas toujours été consacrée. En droit romain, une distinction essentielle dominait la transmission de l’hérédité. D’un côté, il y avait les *heredes sui et necessarii*, qui étaient immédiatement substitués dans les droits du défunt parce qu’ils continuaient la copropriété familiale à laquelle ils ne pouvaient renoncer ; d’un autre côté, il y avait les *heredes voluntarii*, qui n’acquerraient les droits que du jour de l’*adiitio* (sur cette distinction, voir C. Accarias, *Précis de droit romain*, 3^{ème} éd., 1882, n°343 et s.). A la différence des pays de droit écrit qui conservèrent les règles romaines, les pays de coutume proclamèrent que « *le mort saisit le vif* ». L’héritier était ainsi placé immédiatement, même au possessoire, dans la situation du mort ; la continuité entre le *de cuius* et lui était absolue, nulle « *jacence* » ne venait l’interrompre.

Aujourd’hui, le principe de l’acquisition de plein droit au jour du décès des droits du *de cuius* n’est expressément affirmé par aucun texte. Il ne suffit pas de déclarer, avec l’article 711 du Code civil, que « *la propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations* », car la question reste entière de savoir à quelle date s’ouvre le droit du successeur. Tout au plus peut-on trouver ce principe énoncé dans certains articles du Code civil à vocation particulière : l’article 777, relatif à l’effet de l’option de l’héritier (« L’option exercée a un effet rétroactif *au jour de l’ouverture de la succession* ») (nous soulignons) ; l’article 1014, al. 1^{er}, relatif aux legs

et aux successeurs à titre particulier¹. Une distinction s'impose toutefois entre l'acquisition des droits du défunt et l'exercice de ces mêmes droits. A première vue, on peut s'étonner que la transmission immédiate des droits héréditaires ne se double pas d'une investiture parallèle de leur exercice. Mais, dans la situation troublée consécutive au décès, il demeure opportun de dissocier un certain temps la titularité des droits de certains ayant cause de leur exercice. D'une part, le danger de l'imposture doit être écarté : faute de dissociation entre titularité des droits et leur exercice, un tiers qui prétendrait avoir des droits sur la succession pourrait appréhender *de plano* tout ou partie de l'hérédité au préjudice des véritables successeurs². Or, comme on a pu justement le faire remarquer, « l'imposture pourrait ne se révéler que trop tard, à un moment où le mal aurait été fait : le bien aurait été dissipé, le "légataire" aurait disparu »³. D'autre part, il y a lieu de prévenir une mauvaise gestion des biens composant l'hérédité. Il se peut, en effet, que certains successeurs n'exercent pas leurs droits, parce qu'ils ignorent leur existence, ou les exercent mal, parce qu'ils projettent d'y renoncer. Au demeurant, on devine aisément les conflits qui se seraient élevés entre les successeurs si chacun d'eux avait eu la possibilité d'appréhender immédiatement les choses formant l'assiette de leurs droits.

112. Investiture de la saisine au profit de certains successeurs. – De cette nécessité de dissocier, pendant un certain temps, l'exercice des droits héréditaires de leur titularité découle une question : qui peut appréhender les biens successoraux durant cette période ? Deux partis sont, dans l'absolu, susceptibles d'être pris. Le premier consiste à placer un tiers à la tête de l'hérédité, lequel aura pour mission de l'administrer et de distribuer les biens héréditaires entre les successeurs. Ce parti, qui évoque le système de la succession aux biens du droit anglais, s'oppose à la théorie de la continuation de la personne qu'adopte le droit successoral français⁴. Aussi est-ce

particuliers (« Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause ») (nous soulignons). Il reste que ces deux articles devraient suffire à l'énonciation du principe de l'acquisition sans délai des droits du *de cuius* si l'on admet qu'un legs universel ou à titre universel n'est autre qu'une institution d'héritier à laquelle s'applique l'article 777. Au-delà, l'existence de ce principe procède d'un principe plus général que sous-entend l'article 906 du Code civil : du « principe fondamental suivant lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit » (Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n°258). A cet égard, la jurisprudence a affirmé à plusieurs reprises que tout légataire acquérait les droits du *de cuius* dès son décès : pour le légataire à titre universel, voir Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 1997, *Bull. civ.* I, n°37 ; pour le légataire particulier, voir Cass. civ., 7 janv. 1936, *DH* 1936. 82 ; *RTD civ.* 1936. 530, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1975, *Bull. civ.* I, n°293.

¹ A ce principe d'acquisition de plein droit, il n'est pas dérogé par l'obligation où se trouve le successeur d'accomplir les formalités de publicité foncière. Ces formalités ne touchent que l'opposabilité des droits réels aux tiers, non leur acquisition.

² Voir en ce sens H. Vialleton, « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz et Sirey, 1961, t. II, p. 283 et s., spéc. p. 286.

³ M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°407, p. 405.

⁴ H. Petitjean, *Fondements et mécanismes de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, thèse Paris, 1959, n°286 et s., p. 144 et s. ; M. Goré, *L'administration des successions en droit international privé français*, préf. Y. Lequette, Economica, 1994, n°7 et s., p. 15 et s.

le second parti que retient, en principe¹, le droit français, à savoir privilégier certains successeurs à d'autres, afin qu'il soient provisoirement placés, en fait, à la tête des biens héréditaires, même des biens qui ne doivent pas leur revenir². On dit alors que ces successeurs ont la saisine.

Pratiquement, la saisine leur confère la police de l'hérédité, c'est-à-dire le pouvoir de contrôler le titre de ceux auxquels la saisine n'est pas attribuée, notamment par le biais de la formalité de délivrance des legs. Durant cette période, et afin d'éviter le désordre des affaires de la succession, les successeurs saisis ont le pouvoir de gérer l'hérédité, ce qui leur permet d'appréhender matériellement tous les biens de la succession³, d'en percevoir les fruits, d'encaisser les créances⁴ et d'accomplir tout acte conservatoire. A ce titre également, les successeurs saisis se substituent au *de cuius* dans les actions en justice, activement ou passivement⁵.

113. Détermination des successeurs saisis. – Si, en droit coutumier, la saisine était intimement liée à l'idée de continuation de la personne du défunt, elle ne l'est plus en droit moderne dès lors que tout successeur universel continue la personne du défunt mais que seuls certains d'entre eux ont la saisine. En admettant « *une demi-mesure pour la saisine* »⁶, les rédacteurs du Code civil ont ainsi placé dans la vraisemblance du titre successoral le critère de l'attribution de la saisine⁷. Ainsi, nullement liée à la qualité de propriétaire de l'hérédité, la saisine n'est attribuée qu'aux successeurs dont le titre est suffisamment établi. En vertu de l'article 724 du Code civil, il y a lieu de distinguer deux sortes de successeurs : les héritiers légaux, saisis de plein droit de l'hérédité, et les légataires, lesquels ne peuvent être saisis qu'à certaines conditions.

¹ Ce principe peut souffrir plusieurs tempéraments. L'administration peut être confiée à un tiers : soit à un tiers désigné par justice ; soit à un tiers désigné par le *de cuius*, tels l'exécuteur testamentaire ou le mandataire à effet posthume. Ces deux dernières institutions réalisent des libéralités à trois personnes, voir *infra* n°671 et s. pour le mandat à effet posthume et n°698 et s. pour l'exécution testamentaire.

² Le successeur saisi peut ne recevoir aucun bien : ainsi de l'héritier non réservataire en présence de legs à titre universel ou à titre particulier absorbant tout l'actif successoral. Par où l'on voit que saisine et propriété ne sont pas liées. « *Autre chose est la propriété, autre chose est la saisine* » soulignait Jaubert dans son rapport au Tribunal (P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1827, p. 575 et s., spéc. p. 608).

³ Excepté la procédure d'apposition des scellés à laquelle peuvent recourir le conjoint ou le partenaire d'un pacte civil de solidarité, tous ceux qui prétendent avoir une vocation successorale, l'exécuteur testamentaire ou le mandataire désigné pour l'administration de la succession, le ministère public, le propriétaire des lieux, tout créancier muni d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge et, en cas d'absence du conjoint ou des héritiers, ou s'il y a parmi les héritiers des mineurs non pourvus d'un représentant légal, les personnes qui demeuraient avec le défunt, le maire, le commissaire de police ou le commandant de la brigade de gendarmerie (C. procédure civile, art. 1304).

⁴ Excepté le cas où il s'agit de créance sur l'un des successeurs. La jurisprudence décide dans ce cas que, jusqu'au partage, le paiement ne peut en être exigé (Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov 1978, *Bull. civ.* I, n°334, *D.* 1979, IR 357, obs. D. Martin ; 5 déc. 1978, *Bull. civ.* I, n°377 ; 31 janv. 1989, *Bull. civ.* I, n°55).

⁵ Sur cette substitution, voir Ch. Lesca, *La transmission héréditaire des actions en justice*, préf. M. Grimaldi, PUF, 1992, spéc. n°164 et s. et 393 et s.

⁶ J. Flour et H. Souleau, *Les successions*, préc., n°167, p. 103.

⁷ Voir en ce sens A. Bonnin, *Etude critique de la notion de saisine*, thèse Paris, 1899, spéc. p. 23 : « *le facteur essentiel de la saisine ce sera la vérification des divers titres des successeurs* » ; H. Vialleton, « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », préc., spéc. p. 291. « *La saisine est un moyen de contrôle de la qualification probable des héritiers qui n'étend pas ses conséquences hors du cadre possessoire et ne rejait pas sur l'unité de la transmission active et passive du patrimoine* ».

Dans sa rédaction première, l'article 724 n'accordait la saisine qu'aux parents légitimes, à l'exclusion du conjoint survivant, des enfants naturels et de l'Etat. Cette triple discrimination reposait, d'une part, sur l'idée que le Code Napoléon tenait compte essentiellement des intérêts de la famille, telle qu'elle était comprise à cette époque, c'est-à-dire d'une famille à la porte de laquelle restent le conjoint survivant et les parents naturels et où n'entre pas l'Etat, et, d'autre part, sur le doute que l'on pouvait entretenir à l'égard de la vraisemblance du titre du conjoint et de l'Etat, l'un et l'autre n'étant appelés à la succession qu'à défaut de tout parent au degré successible. L'affaiblissement de la défaveur envers les enfants naturels permit à ces derniers d'accéder au rang de successeurs saisis¹ tandis que la promotion successorale du conjoint, notamment après la loi du 26 mars 1957, entraîna logiquement l'attribution de la saisine à ce dernier². Ainsi, désormais, il ne demeure qu'un seul successeur légal irrégulier : l'Etat³ ; solution qui s'explique par le caractère subsidiaire de sa vocation successorale.

A la différence des successeurs légaux, le titre des successeurs testamentaires, qui repose sur la volonté, est loin de présenter la même certitude. Non seulement la validité des legs peut être contestée, mais la présence des légataires constitue un élément de trouble dans la dévolution réglée par la loi. Ainsi s'explique que la saisine ne leur soit attribuée qu'avec beaucoup plus de parcimonie. Sous cet aspect, les règles gouvernant l'attribution de la saisine aux légataires n'ont pas été modifiées depuis le Code civil⁴. Précisément, la saisine n'est accordée qu'au seul légataire universel, et à la condition qu'il n'existe pas d'héritiers réservataires⁵ ; tout autre légataire doit satisfaire à une formalité : la demande en délivrance⁶. Naturellement, cette formalité n'est pas exigée lorsque le légataire est également un successeur légal⁷. Il serait en effet fort singulier qu'on ne le dispensât pas de demander la délivrance de son legs à ses cohéritiers, dès lors qu'il a déjà lui-même, en qualité d'héritier légal, la saisine de la succession tout entière.

¹ L. 25 mars 1896, modifiant l'article 724.

² Ordonnance n°1307 du 23 déc. 1958, art. 1^{er}.

³ C. civ., art. 724, al. 3.

⁴ Voir H. Soum, *La transmission de la succession testamentaire*, thèse Toulouse, 1957, n°131 et s.

⁵ C. civ., art. 1004 et 1006. Cette distinction entre légataire universel saisi et non-saisi résulte d'un compromis, adopté par les rédacteurs du Code civil, entre les partisans des deux traditions de notre Ancien Droit. Il est surtout l'oeuvre de Cambacérès qui fit remarquer que la saisine « n'a d'importance que dans le cas où il existe un héritier qui a droit à une légitime » ; dans le cas contraire, « comment pourrait-on soumettre le testament à un héritier, que la loi n'appelle qu'à défaut de testament ? » (P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., t. XII, p. 395).

⁶ Qu'il s'agisse du légataire universel en présence d'héritiers réservataires (C. civ., art. 1004), du légataire à titre universel (C. civ., art. 1011), ou du légataire à titre particulier (C. civ., art. 1014).

⁷ D'abord adoptée à propos d'un legs consenti à un héritier réservataire (Cass. civ., 29 avr. 1897, *DP* 1897. 1. 409 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1969, *D.* 1970. 164, note Dedieu ; *Defrénois* 1970, art. 29730, note A. Breton, et 1971, art. 29234, note Ph. Malaurie ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1971, *Defrénois* 1972, art. 30113, obs. J.-L. Aubert ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 1979, *Defrénois* 1980, art. 32222, note A. Ponsard ; *RTD civ.* 1980. 590, obs. R. Savatier ; *JCP* 1981. II. 19527, note M. Dagot), la solution a été étendue à tout successeur légal : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, *Bull. civ.* I, n°108 ; *Defrénois* 1984, art. 33432, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1984. 423, obs. J. Patarin ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2001, *Bull. civ.* I, n°288 ; *RJPF* 2002-1/42, obs. Ph. Delmas Saint-Hilaire ; *Dr. fam.* 2002. comm. 10, note B. Beignier.

114. Les prérogatives du successeur à qui la délivrance doit être demandée, conséquences mécaniques de l'institution d'un légataire non saisi. – De là il suit que le successeur saisi exerce les prérogatives dévolues au légataire non saisi jusqu'à la délivrance de son legs¹. Mais il faut bien voir que cette dissociation entre la titularité des droits et leur exercice est commandée par un double souci : défendre l'intégrité de la succession contre les empiètements injustifiés d'individus dont la rectitude du titre n'est pas suffisamment établie, d'une part, éviter le désordre des affaires de la succession, d'autre part². Aussi cette dissociation apparaît-elle comme un effet purement mécanique de l'institution d'un légataire non saisi. Pourrait-on cependant dire que cette dissociation est précisément ce que recherche le testateur ? On peut sérieusement en douter. L'intervention du successeur saisi s'impose à lui sans qu'il ne puisse y déroger. En effet, il n'appartient pas au testateur de priver de la saisine les successibles auxquels la loi l'accorde, en sorte qu'il ne peut attribuer celle-ci à une personne de son choix³. Par là s'explique l'exclusion du domaine des libéralités à trois personnes des legs dont la délivrance procède d'un successeur légal.

2. Le successeur saisi, un intermédiaire protecteur de l'hérédité

115. La délivrance, un instrument de police de l'hérédité. – Comme nous l'avons dit, en rendant impossible tout lien entre la saisine et la continuation de la personne, les rédacteurs du Code civil ont placé dans la vraisemblance du titre successoral le critère de l'attribution de la saisine. Ainsi comprise, la saisine est un moyen de contrôle de la qualification probable des successeurs⁴, lequel s'opère par la formalité de la délivrance des legs. Telle est du reste l'analyse retenue par la jurisprudence, la délivrance « *s'analysant juridiquement comme la reconnaissance et comme la*

¹ Relevons du reste que la saisine étant indivisible, il y a le plus souvent plusieurs successeurs saisis, non un seul successeur saisi.

² Voir *supra* n°111 et s.

³ Chambéry, 11 mars 1881, *D.* 1885. 2. 78. Sans doute faut-il nuancer le propos. D'une part, lorsque le successeur légal n'est pas réservataire, le *de cuius* peut toujours l'exhérer et lui faire ainsi perdre le bénéfice de la saisine en instituant un légataire universel. D'autre part, le *de cuius* peut limiter les prérogatives du successeur saisi en nommant un exécuteur testamentaire. Sur ce point, voir *infra* n°698 et s.

Sur le caractère d'ordre public de l'attribution de la saisine, voir notamment J. Flour et H. Souleau, *Les successions*, préc., n°175 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°421-1, p. 402. Voir également Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 1988, *D.* 1989. 181, note I. Najjar ; *JCP* 1989. II. 21366, note D. Martin ; *JCP* éd. N 1989. 74, note Ph. Salvage ; *Deffrénois* 1990, art. 34644, note M. Beaubrun ; *RTD civ.* 1989. 116, obs. J. Patarin, qui affirme que le mandat *post mortem* donné sur un compte bancaire à un successeur non saisi est illicite car il vise à « *transgresser les règles d'ordre public édictées en matière successorale* ».

⁴ W. Dross, « La saisine successorale », *Deffrénois* 2004, art. 37913, p. 471 et s., spéc. 17 et s., p. 484.

consécration de ses droits [ceux du légataire non saisi], et permettant seule l'entrée en possession et l'acquisition des fruits »¹.

En délivrant le legs, le successeur procède ainsi à sa ratification. De sorte que la délivrance des legs apparaît comme une opération de « *police juridique* » qui tend à assurer la vérification des titres testamentaires par les successeurs saisis à qui les legs nuiront.

116. Rapport de défiance entre le successeur saisi et le légataire. – Partant, la formalité de la délivrance met le successeur saisi et le légataire dans une situation juridique d'opposition, ce que ne réalise pas une libéralité à trois personnes.

En effet, loin de servir les intérêts des légataires non saisis, les successeurs saisis s'opposent au contraire à eux et protègent leurs propres intérêts, en mettant obstacle à une trop facile entrée en jouissance. Il est significatif, à cet égard, de relever que l'action en délivrance est, non pas un droit pour le légataire, mais une obligation que la loi lui impose². Aussi est-ce l'antagonisme qui caractérise la relation entre successeur saisi et légataire. A la différence de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes, le concours du successeur saisi n'est pas de favoriser la transmission effective de l'objet de la libéralité au légataire, mais au contraire de s'opposer à l'exercice immédiat des droits de ce dernier. Dit autrement, là où les relations entre l'intermédiaire et le bénéficiaire d'une libéralité à trois personnes sont gouvernées par l'idée d'intérêts réciproques, c'est un rapport de défiance entre successeur saisi et légataire qu'entraîne la formalité de la délivrance.

117. Conclusion. – En définitive, c'est l'économie même de l'institution d'un légataire non saisi qui diffère de celle des libéralités à trois personnes. Sans doute, le successeur saisi est un relais nécessaire entre le testateur et le légataire non saisi, mais, comme a pu le dire Monsieur Jean Maury, son « *rôle est à peu près aussi fondamental, si l'on veut, que celui de l'employé qui paie un bon de caisse qu'il n'a pas ordonné et dont il ne profitera pas* »³. En ce sens, l'intervention du successeur à qui la délivrance doit être demandée, loin d'être l'effet recherché par le testateur, s'impose au contraire à lui et s'oppose même au légataire non saisi.

Au-delà, une telle assimilation serait à tout le moins peu opportune. Ce serait établir, en effet, une discrimination entre les différents legs puisque seuls l'exécution de certains d'entre eux requiert la délivrance. Précisément, à suivre cette logique, seules les institutions de légataires qui

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 1997, *Bull. civ.* I, n°37.

² Voir en ce sens H. Soum, *La transmission de la succession testamentaire*, préf. P. Hébraud, LGDJ, 1957, n°145, p. 184.

³ J. Maury, « Réquisitoire contre la saisine », in *Mélanges Ch. Mouly*, préc., spéc. p. 346.

ne sont pas successeurs légaux seraient des libéralités à trois personnes, et encore faudrait-il exclure, parmi celles-ci, les institutions de légataires universels en l'absence d'héritiers réservataires. On conçoit donc sans peine qu'il serait peu cohérent de n'assimiler que certains legs aux libéralités à trois personnes. La même conclusion s'impose au cas de double legs.

B. L'exécution du legs pur et simple par un autre légataire

118. Situation envisagée : un double legs pur et simple. – Les règles relatives à la délivrance et à l'acquittement des legs en général se conjuguent avec la constatation que l'objet d'un legs fait souvent partie d'un ensemble plus vaste, lui-même compris dans un autre legs. Il est ainsi fréquent qu'un légataire doive obtenir la délivrance et le paiement de son legs d'un autre légataire. La volonté du testateur met alors aux prises un légataire principal et un légataire secondaire dont l'entrée en possession des droits du second résulte de l'intervention du premier. Songeons ainsi au légataire universel chargé de délivrer et de payer les legs à titre universel¹ ou à titre particulier². Considérons encore la situation du légataire à titre universel tenu d'acquitter – et donc de délivrer – les legs à titre particulier de biens compris dans son universalité³. Pensons enfin au légataire particulier chargé de « *sous-legs* » par le testateur et qui est ainsi amené à effectuer la délivrance⁴.

¹ En vertu de l'article 1011 du Code civil, le légataire à titre universel doit demander la délivrance aux héritiers ab intestat, s'il n'y a pas de légataire universel ; au légataire universel s'il est saisi ; au légataire universel non saisi s'il a obtenu la délivrance de son propre legs ; aux héritiers réservataires aussi longtemps que le légataire universel n'a pas obtenu la délivrance ; à défaut de légataire universel et d'héritiers *ab intestat*, à l'Etat si celui s'est fait envoyer en possession ou au curateur à succession vacante dans le cas contraire.

² En vertu de l'article 1014, alinéa 2, du Code civil, le légataire particulier doit s'adresser à ceux qui ont la charge d'exécuter le legs : aux héritiers ab intestat, s'il n'existe pas de légataire universel ; au légataire universel s'il est saisi ; aux héritiers réservataires tant que le légataire universel n'a pas obtenu la délivrance de son propre legs ; au légataire universel non saisi dès lors que celui-ci a obtenu la délivrance de son propre legs.

³ En vertu de l'article 1014, alinéa 2, du Code civil, le légataire particulier doit s'adresser au légataire à titre universel ayant obtenu la délivrance lorsqu'il a été spécialement chargé de l'acquittement du legs particulier.

Comp. Aubry et Rau (*Droit civil français*, t. XI, par P. Esmein, préc., § 721, p. 371) : « le légataire d'un corps certain est tenu d'en demander la délivrance à l'héritier ou au légataire universel, lors même que cet objet fait partie d'autres choses de même nature léguées à un légataire à titre universel, à moins que ces derniers n'aient déjà obtenu la délivrance de leurs legs. Dans ce cas, il serait dispensé de former une demande en délivrance proprement dite ; il pourrait agir directement contre le légataire à titre universel ou le légataire particulier chargé de son legs, et, le cas échéant, contre les détenteurs de l'objet légué. La même faculté appartient au légataire particulier qui se trouve en présence d'un légataire universel et d'héritiers à réserve, lorsque le légataire universel a déjà obtenu la délivrance de son legs ».

⁴ Exemple : « Je lègue à Primus ma bibliothèque et je lègue à Secundus les œuvres de Cujas qui s'y trouvent ». Cass. req., 10 janv. 1905, S. 1905. 1. 128 : « attendu, en droit, que le testateur peut charger de l'acquittement des legs un de ses légataires particulier, pourvu qu'il ne porte pas atteinte à la réserve ». Sur l'admission de ce procédé, voir Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IV, préc., spéc. n°609 et 662 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., n°2799 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°700, p. 583 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°432, p. 436 ; F. Lucet, *JCl. Civil Code*, art. 1014 à 1017, n°32.

119. Arguments d'analogie. – Les arguments visant à exclure du domaine des libéralités à trois personnes le legs dont l'exécution résulte d'un successeur légal peuvent certainement s'appliquer au legs dont l'exécution suppose le concours d'un autre légataire.

En effet, les prérogatives du légataire principal sur l'objet du legs secondaire ne sont qu'un effet purement mécanique des règles de la saisine héréditaire. Sans doute pourra-t-on objecter que c'est d'un individu choisi par le disposant que le légataire obtient son legs. L'objection, toutefois, pourrait bien être prise à revers. Il est en effet peu vraisemblable que le testateur institue un légataire principal aux fins de procéder à une dissociation entre la titularité des droits du légataire secondaire et leur exercice par le légataire principal, et ce d'autant plus que cette dissociation ne se fera que l'espace d'un instant : entre l'entrée en possession de ses droits par le légataire principal et la délivrance de son legs au légataire secondaire, lequel l'aura généralement déjà demandée. Aussi, si le testateur s'adresse au légataire principal pour acquitter le legs secondaire, ce n'est certainement pas pour lui confier l'exercice des droits du légataire secondaire jusqu'à la délivrance. Le légataire principal n'est donc pas cet intermédiaire actif auquel s'adresse le disposant pour lui confier pendant un temps la maîtrise de l'objet de la libéralité qu'il consent au légataire secondaire.

De même, on peut observer que l'existence des prérogatives du légataire principal s'explique bien plus par le souci de contrôler la régularité du titre du légataire secondaire que du besoin de gérer les droits du second. Par où l'on voit qu'en tant qu'effet purement mécanique des modalités de la transmission successorale, les prérogatives du légataire principal ne sont aucunement un effet recherché par le testateur. A cet égard, la situation diffère sensiblement de celle créée par une libéralité à trois personnes.

120. Difficultés à distinguer le legs pur et simple de la charge de transmettre à bref délai. – Il n'empêche qu'il n'est pas toujours aisé d'établir un critère de distinction. Et la recherche est d'autant plus difficile qu'elle repose sur la compréhension de la volonté d'un mort. Sans doute n'y a-t-il aucune difficulté lorsque l'objet de la charge n'est pas de remettre une chose au bénéficiaire de la charge. Sans doute, encore, peut-on facilement distinguer le double legs pur et simple et le legs à charge de transmettre lorsque celle-ci ne doit s'exécuter qu'au bout d'un temps relativement éloigné de celui du décès du testateur. Comparons, en revanche, un legs à charge de transmettre dans un bref délai tout ou partie de l'émolument à un tiers bénéficiaire et l'institution d'un légataire tenu d'acquitter un legs. A première vue, la première disposition, faisant emploi du procédé de la charge, est une libéralité à trois personnes, tandis que la seconde ne l'est pas, car elle ne réalise qu'un double legs. Et pourtant, nul ne conteste qu'il s'agit de deux

dispositions qui, économiquement du moins, produisent les mêmes effets. Dans les deux cas, si le titre du bénéficiaire de second rang s'avère régulier, le légataire principal est obligé de lui transmettre l'objet de la libéralité. Certes, la nature juridique de cette transmission est différente : au cas de legs à charge, cette remise sera un transfert véritable de droits, tel un transfert de propriété, tandis que, dans le double legs, il ne sera question que d'une remise matérielle. Mais, avouons-le, la distinction est en pratique extrêmement ténue. Car, l'émolument du second bénéficiaire constitue toujours une diminution de l'émolument du légataire principal. Ceci explique, au reste, les hésitations de la jurisprudence, et ce d'autant plus qu'il s'agit ici de comprendre la volonté d'un mort¹.

121. Intérêts de la distinction du legs pur et simple et de la charge de transmettre dans un bref délai. – Faut-il alors nier toute distinction entre ces deux procédés ? Plusieurs auteurs l'ont soutenu². Pour autant, cette parenté n'est pas, croyons-nous, synonyme d'identité. En effet, les relations d'auteur à ayant cause diffèrent selon qu'il s'agit d'une charge ou d'un legs. Si le bénéficiaire de la charge de transmettre est l'ayant cause du grevé, le légataire de second rang, quant à lui, tient ses droits du testateur. De cette différence découle un régime juridique distinct.

D'une part, on l'a dit, la charge de transmettre permet la réalisation de libéralités qui ne pourraient se faire si elles étaient faites directement par le vecteur d'un legs. S'il est gratifié du testateur, le bénéficiaire de la charge n'est pas son légataire, il est l'ayant cause du légataire grevé.

¹ D'une part, la Cour de cassation a entendu abandonner aux juges du fond le pouvoir souverain d'interpréter les dispositions testamentaires litigieuses (Cass. civ., 11 sept. 1809, *J.* 1809. 1. 417 ; Cass. req., 27 nov. 1833, *n*° Dispositions entre vifs et testamentaires, *n*°3532 ; Cass. civ., 13 juill. 1859, *DP* 1859. 1. 322 ; S. 1959. 1. 653. Pour une note critique, voir Beudant, note sous Cass. req., 25 janvier 1893, *D.* 1894. 1. 257 : « Reconnaître au juge du fait le pouvoir souverain de décider qu'une clause d'affectation vaut legs ou charge, c'est lui donner, en présence d'une disposition autorisée par la loi, la faculté de l'interpréter de manière à la rendre à son gré et selon les cas, ou nulle, ou valable. Une telle latitude d'interprétation, échappant à tout contrôle, serait en pratique profondément dangereuse pour les intérêts engagés ». D'autre part, leurs décisions ont été marquées du sceau de l'opportunité. Tantôt certaines décisions ont tenté à tout prix de donner effet à la disposition. Ainsi en cas de caducité de la libéralité principale, effort a été fait de « décorer du nom de legs direct » (R. Cassin, *Des libéralités avec charges et des fondations en droit français*, préc., p 35) ce qui n'était qu'une charge. Au contraire en cas d'indétermination du second légataire, les juges se sont appliqués à qualifier la disposition de legs avec charge, alors même qu'elle ne méritait aucunement une telle dénomination. Tantôt certaines décisions ont fait preuve d'une rigueur excessive à l'encontre de libéralités « jugées peu dignes d'intérêt » (A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Deffrénois* 1954, art. 27294, *n*°17 p. 277).

² Voir notamment E. Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, préc., *n*°136, p. 166 : « Ce qui résulte de cette étude, c'est que la notion de charge a été déformée pour répondre à des besoins pratiques ; il a fallu que la charge puisse rendre les mêmes services que le legs direct ; que, comme lui, elle comporte un transfert de propriété ; que, comme lui, elle donne une action à l'établissement qui doit recueillir. C'était transformer la charge en legs. En réalité, il n'y a plus aucune différence juridique entre la charge de fondation et le legs. L'un et l'autre sont le même mode de disposer. Quand le legs serait nul, parce que fait à des personnes futures, on l'appelle charge et on le valide. La seule différence est une différence de pure forme : la charge est une libéralité par intermédiaire, le legs une libéralité directe, ou, si l'on veut, la charge, c'est un legs par intermédiaire. Mais ce qui prouve l'identité juridique des deux formes, c'est que la même disposition sera qualifiée, selon les cas, de charge ou de legs, et les arrêts en font parfois l'aveu le plus formel ». Dans le même sens F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XI, *n*°194 ; A. Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, préc., p. 135 et s. ; H. Lévy-Ullmann et P. Grunbaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », préc., spéc. p. 266 ; H. Lévy-Ullmann, note sous Cass. civ., 12 mai 1902, préc.

C'est ainsi que la charge est un moyen de gratifier des personnes non conçues ou incertaines au jour du décès du testateur¹.

D'autre part, le sort des droits du bénéficiaire de second rang diffère selon qu'ils procèdent d'un legs ou d'une charge. L'inefficacité du legs principal est sans effet sur le sort du legs secondaire tandis qu'il entraîne dans sa chute la charge à laquelle il tient lieu de support. Au regard de ce qui précède, on nuancera cependant le propos : parmi les charges, il faut distinguer entre celles qui sont personnelles, lesquelles dépendent de l'efficacité de la disposition principale, et celles qui sont réelles, pour lesquelles l'inefficacité de la disposition principale n'exerce aucune influence puisqu'elles sont transmises aux héritiers *ab intestat*².

Enfin, dernière différence importante entre la charge de transmettre et le legs, elle concerne l'obligation au passif successoral. Si le bénéficiaire d'une charge n'est, en principe, pas tenu aux dettes du testateur, il n'en est pas ainsi des légataires. Cela est évident pour les légataires universels ou à titre universels puisqu'ils acquièrent un ensemble comprenant des éléments d'actif et de passif. Mais cela vaut également pour les légataires particuliers car, en vertu du principe *nemo liberalis nisi liberatus*, ils subissent indirectement l'existence des dettes. Telle n'est pas, en revanche,

¹ Voir notamment Caen, 22 juin 1858, sous Cass. Req., 7 nov. 1859, *S.* 1860. 1. 350 ; Cass. civ., 13 juill. 1859, *DP* 1859. 1. 322 ; *S.* 1859. 1. 653 ; Angers, 12 févr. 1862, sous Cass. civ., 2 mai 1864, *DP* 1864. 1. 265 ; *S.* 1864. 1. 235 ; Caen, 12 nov. 1869, *DP* 1869. 2. 225, note Bertauld ; *S.* 1870. 2. 145, note Labbé ; Cass. Req., 21 juin 1870, *DP* 1871. 1. 97 ; *S.* 1870. 1. 367 ; Cass. Req., 8 avr. 1874, *DP* 1876. 1. 225 ; *S.* 1874. 1. 258 ; Paris, 17 juin 1892, *DP* 1892. 2. 381 ; Caen, 15 nov. 1906, *DP* 1907. 2. 265, note Planiol ; *S.* 1907. 2. 313 ; Cass. Req., 6 mai 1908, *DP* 1909. 1. 285 ; *S.* 1910. 1. 297, note Tissier ; Aix, 9 mars 1909, *DP* 1909. 2. 310 ; *S.* 1909. 2. 79 ; Bordeaux, 13 janv. 1936, *S.* 1937. 2. 6 ; Cass. Req., 14 janv. 1941, *Gaz. Pal.* 1941. 1. 170.

Pour certains, l'article 906 du Code civil s'applique à toutes dispositions directes ou indirectes : « *Il ne nous est pas donné de comprendre comment on peut gratifier le néant, une éventualité d'être. Pour créer un droit, ne faut-il pas une personne qui puisse en être titulaire ? Comment, même sous une forme indirecte, songer à faire arriver un bienfait à un destinataire qui n'existe pas encore, qui n'existera peut-être jamais, ou qui, s'il vient à exister, pourra n'exister que dans vingt-cinq ans, cinquante ans, cent ans peut-être ?* » (Bertauld, note *D.* 1869. 2. 225). En effet, l'article 906 ne fait pas de distinction. Il faut être conçu à l'époque du décès du testateur « *pour être capable de recevoir par testament* ». Or, recevoir par voie de charge, tout comme recevoir par voie de legs, c'est recevoir par testament (Voir en ce sens, Gautier, *Rev. crit.* 1877. 146 et s. ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VI, n°113 et s. ; A. Geouffre de Lapradelle, *Des fondations*, p. 142 ; H. Levy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, art. préc., spéc. p. 266 ; H. Levy-Ullmann, note *S.* 1905. 1. 139).

Mais les rédacteurs du Code, lorsqu'ils ont usé de la formule « *recevoir par testament* », n'ont pu penser qu'au mode usuel de transmission testamentaire, c'est-à-dire le legs : « *Ces mots, recevoir par testament, si on les rapproche surtout du langage parlé par nos anciens auteurs, désignent bien une acquisition directe. Le bénéficiaire de la charge ne reçoit pas par testament ; il reçoit en vertu d'un testament. Cette distinction peut paraître subtile ; mais elle a été maintes fois précisée par nos anciens auteurs, par d'Aguesseau, par Furgole, et elle est la traduction d'une différence capitale dans les situations* » (Lambert, *La stipulation pour autrui*, préc., n°175 ; voir dans le même sens H. Truchy, *Des fondations*, thèse Paris, 1888, p. 181 : lorsqu'on fonde un prix qui devra être distribué annuellement par une Académie ou une Faculté, qui bénéficiera de ce prix, au bout de quelques dizaines d'années, sinon des individus qui n'étaient pas nés encore au moment du décès du testateur ?). Voir en ce sens Labbé, *S.* 1870. 2. 146 ; *S.* 1890. 1. 241 ; *S.* 1892. 4. 17 ; *S.* 1895. 2. 1 ; Ch. Beudant, *D.* 1893. 2. 5 ; *D.* 1894. 1. 257 ; Ch. Demolombe, *Donations et testaments*, t. I, préc., n°582 et 590 ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil*, 4^{ème} éd., t. VII, préc., § 649, b, p. 25 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., n°2916, 1919, 3344 et s. ; E. Lambert, *La stipulation pour autrui*, préc., § 327 ; A. Vigié, *Rev. crit.* 1894. 420 et 431 ; E. H. Perreau, *Rev. crit.* 1904. 73 et s. ; J.-N.-E. Audouin, *Des dispositions en faveur de personnes incertaines*, thèse Paris, 1890, p. 93 et s., 278 et s. ; P. Ravier du Magny, *Le contrat de fondation*, thèse Grenoble, 1894, p. 43 et s. ; L. Berthomieu, *Du legs avec charge et de son application aux œuvres d'intérêt public*, thèse Montpellier, 1895, p. 76 et s. et 117 et s. ; A. Wahl, note *S.* 1896. 2. 281 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges*, préc., n°82, p. 134 et s.).

² Sur cette distinction, voir *supra* n°74.

la situation du bénéficiaire de la charge : en tant qu'ayant cause du légataire et non du testateur, il n'a pas à supporter directement ou indirectement les dettes du défunt¹.

122. Nécessité d'un critère de distinction. – Aussi convient-il de déterminer un critère de distinction entre le double legs pur et simple et la charge de transmettre dans un bref délai, et ce quelle que soit la nature de celle-ci. Distinguons donc le double legs pur et simple de la charge personnelle, d'une part (1), de la charge réelle, d'autre part (2).

1. Critère de distinction entre le double legs et la charge personnelle

123. Plan. – Lorsque la libéralité consentie au bénéficiaire de second rang doit s'exécuter dans un bref délai consécutivement au décès du testateur, l'opération peut connaître deux qualifications : la disposition testamentaire peut être qualifiée de legs grevé de la charge de transmettre ou être analysée comme un legs principal sur lequel vient se greffer un legs secondaire. Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir la diversité des critères proposés par les auteurs. Reprenons chacun d'entre eux. Cette analyse nous conduira à rejeter les critères se fondant uniquement sur des éléments objectifs (a) pour adopter finalement un critère de distinction subjectif (b).

a) Le rejet des critères purement objectifs

124. Deux critères objectifs ont été avancés par les auteurs afin de distinguer la charge du legs : le premier repose sur la nature de l'obligation du débiteur (i) ; le second est fondé sur les effets de la disposition, précisément sur l'existence du droit d'action du gratifié final (ii).

i) Critère fondé sur la nature de l'obligation

125. Exposé du critère. – Certains auteurs ont tenté de faire le départ entre le legs et la charge en se fondant sur la nature de l'obligation du débiteur. Ils ont ainsi soutenu que la charge ne peut se comprendre que si elle astreint l'obligé à une obligation de *faire* ; en revanche, si l'obligation est de *donner*, son bénéficiaire est nécessairement un légataire.

¹ Ce principe souffre un tempérament. Le testateur peut valablement imposer au bénéficiaire de la charge de contribuer directement ou indirectement au passif successoral. La jurisprudence admet, en effet, que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui puisse être tenu d'obligations dans le cas où il les aurait acceptées en même temps que le droit stipulé à son profit (Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, *D.* 1980. 309, note Carreau ; *JCP* 1980. II. 19315, note R. Rodière ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *D.* 1988. IR. 3 ; *RTD civ.* 1988. 532, obs. J. Mestre ; *D.* 1989. 233, note J.-L. Aubert).

Levy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, dans leur illustre article relatif à la fondation testamentaire, ont défendu ce critère : « *Nul doute que le testateur puisse imposer à son successeur l'exécution d'une charge, lorsque celle-ci se traduit par une obligation de faire (construire un tombeau, un hôpital, une école), mais il en est différemment de l'obligation de donner. Celle-ci, mise à la charge d'un héritier ab intestat ou d'un légataire universel, s'appelle dans notre droit un legs, legs universel (art. 1010 et 1011 C. civ.) ou legs particulier (art. 1014 et s.) suivant le contenu de la libéralité ; il en est de même, a fortiori, de l'obligation de donner, imposée à un légataire particulier, la disposition s'analysant alors en deux legs particulier ; et les termes employés par le testateur ne changent rien à la nature de la disposition (art. 1002) »¹.*

A première vue, la distinction paraît frappée du coin du bon sens. Le legs supposant le transfert d'un droit patrimonial, le bénéficiaire d'une simple obligation de faire ne peut être un légataire ; il ne peut être dès lors que le bénéficiaire d'une charge. *A contrario*, l'obligation de donner, qui impose à son débiteur le transfert d'un droit patrimonial, présente les mêmes caractéristiques qu'un legs ; le bénéficiaire d'une telle obligation doit donc être qualifié de légataire. Aussi faudrait-il en déduire une *identité* parfaite entre le legs et la charge de transmettre. Sous couvert de termes différents, il n'y aurait en réalité qu'une même notion : le legs². Une telle assimilation se recommanderait, du reste, des positions des auteurs de l'Ancien droit. Furgole³ et Pothier⁴, poursuivant les réflexions du président Favre⁵, ont ainsi reconnu que le bénéficiaire de la charge de restitution n'était qu'un second donataire ou, en matière testamentaire, qu'un second légataire.

126. Réfutation du critère. – Séduisant, à telle enseigne qu'il a pu être retenu par certains juges⁶, ce critère de distinction ne doit pas échapper à la critique¹. Premièrement, la notion de

¹ H. Lévy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », préc., spéc. p. 265. Voir également, H. Lévy-Ullmann, note sous Cass. civ., 12 mai 1902, S. 1905. 1. 137.

² F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XI, n°194 : « Recevoir sous le nom de charge, n'est-ce pas recevoir ? Donc c'est un legs indirect » ; A. Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, préc., p. 135 et s. ; H. Lévy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », préc., spéc. p. 266 ; H. Lévy-Ullmann, note sous Cass. civ., 12 mai 1902, préc.

³ Furgole, *Questions sur les donations*, question 5, n°36.

⁴ Pothier, Tome I, p. 425, éd. Bugnet : « la clause de l'acte de donation qui contient la charge imposée au donataire de donner quelque chose à un tiers renferme une seconde donation ».

⁵ *De erroribus pragmaticorum*. Décade 47. Erreur 7, n°5 : « Dices fortasse, Justiniani constitutionem illam favere tantum donatorio, non etiam ei cui donatorius post certum tempus eam rem donatam restituere debuit ex voluntate donatoris. Verum respondeo hunc quoque donatorium esse, sed secundum ut probant verba [...] et consequenter ad eum quoque extendi favorem justinianae constitutionis oportere ».

⁶ Chambéry, 4 juill. 1887, *Gaz. Pal.* 1887. 2. 657 : « Attendu que cette obligation n'est qu'une obligation de faire qui, à aucun point de vue, n'emporte pour les légataires institués celle de transmettre les biens compris dans le legs fait à leur profit, que cette pensée est rendue plus manifeste encore par le désir exprimé par le testateur que les légataires conservent les biens pour accomplir avec leurs revenus la mission qu'il leur donne » (nous soulignons) ; Besançon, 25 mars 1891, DP 1893. 2. 1, note Beudant : « Attendu que les divers actes de dernière volonté de la demoiselle Goguillot ne contenant, à la charge du légataire universel aucune obligation de faire, mais seule une obligation de donner, il en résulte que les pauvres de Flangebouche sont des légataires particuliers fondés à

charge est entendue communément comme une obligation dont l'objet importe peu². Il est donc « arbitraire »³ de proposer un tel critère de distinction. En outre – deuxième critique –, la notion d'obligation de donner est employée à tort. Dans une rédaction ambiguë, le Code civil associe certes l'obligation de transférer la propriété et l'obligation de livrer (art. 1136 et 1138), laquelle se rattache à l'obligation de délivrer qui est une espèce propre à certains contrats dont la vente (art. 1604). Mais nul ne conteste aujourd'hui que l'obligation de donner est seulement l'obligation de transférer la propriété. Or, si le grevé de charge est bien débiteur d'une obligation de donner, tel n'est pas le cas du légataire principal qui doit délivrer et acquitter le legs secondaire. Au demeurant – troisième grief – ce critère est en contradiction avec nombre de dispositions de dernières volontés dont le disposant souhaite que deux personnes soient *successivement* propriétaires de ses biens, le premier ayant l'obligation de transmettre à une date déterminée au second. Malgré l'obligation de donner imposée au premier propriétaire, de telles dispositions ne peuvent être qualifiées de double legs. Une telle qualification suppose en effet que chaque légataire soit investi *dès le décès* du testateur de la propriété des biens légués. Tel n'est pas le cas de la disposition selon laquelle la chose du testateur doit passer dans deux patrimoines.

ii) *Critère fondé sur le droit d'action en exécution du gratifié final*

127. Exposé du critère. – Devant l'inefficacité du critère reposant sur la *nature* de l'obligation du débiteur, certains auteurs se sont tournés vers les *effets* de cette obligation pour faire le départ entre les deux notions. Précisément, il a été soutenu que la différence entre le legs et la charge se trouvait dans le droit d'action du gratifié final : alors que le légataire dispose d'une action pour obtenir l'exécution de son legs, le bénéficiaire d'une simple charge ne peut aucunement forcer son débiteur à exécuter son obligation. Ainsi s'exprimait Albert Tissier : « *A notre avis, une*

demander la délivrance, et non les bénéficiaires d'une charge dont ils seraient en droit de réclamer l'exécution » (nous soulignons).

¹ Certains auteurs (M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc. n°94 p. 155 ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », préc., spéc. n°11 p. 264) ont relevé que l'adoption de ce critère condamnerait la jurisprudence autorisant le legs à charge de fonder. Cela n'est point douteux car, la fondation n'étant pas encore créée au jour du décès, le legs serait nul comme s'adressant à une personne non conçue. Mais cela ne constitue pas pour autant une objection au critère : un critère n'a pas pour objet d'expliquer la jurisprudence, mais de proposer des éléments permettant de distinguer plusieurs notions.

² Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, 5^{ème} éd., préc., t. XI, § 701 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°472 ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XX, préc., n°563 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, préc., n°841 ; L. Berthomieu, *op. cit.*, p. 56 ; Hamel, *op. cit.*, pp. 132 et 203 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc. n°36 et s. p. 47 et s.

³ E. Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, préc., n°128 p. 158 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc. n°94 p. 155. De plus, nombre de dispositions comportent à la fois une obligation de faire et de donner. Songeons aux legs à charge de fonder : fonder, c'est d'une part créer la personne morale, voire parfois construire et aménager des bâtiments, installer des services et la surveillance de leur fonctionnement, bref c'est faire des actes, c'est d'autre part transférer, donc donner, les droits à la personne morale.

disposition testamentaire constitue un legs au profit d'un établissement non reconnu, toutes les fois que le testateur a voulu conférer à cet établissement le droit de la faire exécuter. Au contraire, il ne faut regarder que comme une simple charge d'hérédité susceptible de bénéficier à l'établissement incapable, une disposition testamentaire dont l'exécution est laissée à la discrétion des héritiers du de cujus, et qui, tout en intéressant l'établissement incapable, n'est destinée, dans l'esprit du disposant, à créer aucun droit en faveur dudit établissement »¹.

Cette analyse se justifie aisément en matière administrative, parce qu'il s'agit uniquement de savoir si l'établissement public bénéficiaire de la disposition a besoin d'être muni d'une autorisation administrative pour l'accepter. Qu'il s'agisse du droit d'agir en délivrance d'un legs ou du droit d'agir en exécution d'une charge, l'établissement public est assuré d'être le bénéficiaire d'une disposition. Il est donc logique qu'il ait besoin de solliciter une autorisation afin d'accepter la disposition qui lui est consentie. En revanche, il n'y a point d'autorisation à obtenir lorsque le bénéfice de la disposition dépend de la volonté d'un tiers. Ce n'est qu'au jour où ce tiers décidera d'exécuter son devoir que l'établissement public devra requérir l'autorisation administration d'accepter².

Dès lors, selon ce critère, est légataire celui à qui la disposition confère une action en exécution tandis que celui qui est dépourvu d'un droit d'action n'est que le bénéficiaire d'une charge. Le domaine du legs avec charge s'avèrerait alors extrêmement limité puisqu'il se limiterait aux legs précatifs.

128. Réfutation du critère. – Le raisonnement, malgré tout, n'emporte pas la conviction³. Le legs avec charge au profit d'un tiers bénéficiaire repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui⁴. Or nul n'ignore aujourd'hui que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui a un droit qui naît directement contre le promettant, sans passer par le patrimoine du stipulant, et qui lui confère une action directe à l'encontre du promettant. Il est donc erroné de prétendre que le bénéficiaire d'une charge n'acquiert aucun droit lui permettant de contraindre le légataire à exécuter la charge.

¹ A. Tissier, *V° Dons et legs aux établissements publics*, *Rép. dr. adm.*, de Béquet, t. I ou t. XII, 1895, n°69.

² En ce sens, voir M. Planiol, note sous Caen, 15 nov. 1906, DP 1907. 2. 265 : « on comprend que le gouvernement maintienne son contrôle toutes les fois que l'établissement gratifié doit acquérir une action contre le légataire grevé de charges, et qu'il s'en désintéresse seulement lorsque l'exécution de la charge est abandonnée à la discrétion du légataire qui en est tenu, quoiqu'elle doive constituer un gain pour un établissement quelconque ».

³ Voir notamment Labbé, note sous Caen, 12 nov. 1869, S. 1870. 2. 145 : « Si l'établissement a une action en vertu de la clause contenant la charge et où il est désigné, il est légataire ou fidéicommissaire ; il est gratifié d'une façon directe ou indirecte » (nous soulignons).

⁴ Voir *supra* n°63.

La jurisprudence a du reste reconnu, de longue date, que le bénéficiaire d'une simple charge possède une action pour en réclamer l'exécution¹. Les situations respectives du légataire et du bénéficiaire d'une charge apparaissent ainsi *similaires* quant au pouvoir de contrainte dont ils peuvent faire usage. Si le légataire habilité à exercer ses droits est titulaire d'une action en paiement² à l'encontre des personnes détenant les biens qui lui sont légués, le bénéficiaire d'une charge, en sa qualité de créancier, bénéficie également d'une action en exécution.

129. Conclusion. – En définitive, la séparation de la charge et du legs ne repose pas sur des éléments objectifs. En effet, ni la *nature* de l'obligation pesant sur le premier gratifié ni les *effets* de cette obligation ne permettent de faire le départ entre le legs et la charge. Ce n'est donc qu'un critère fondé sur des éléments *subjectifs* qui peut assurer leur distinction.

b) L'adoption d'un critère subjectif

130. Démarche à suivre. – Faute d'éléments objectifs permettant d'assurer une distinction claire entre le legs et la charge, c'est vers un critère subjectif qu'il convient de se tourner. Précisément, la séparation entre les deux notions passe par la *recherche de la volonté du disposant*. Reste que cette recherche est susceptible de connaître plusieurs approches. L'on peut, à l'instar de certains auteurs, rechercher l'intention du testateur à l'égard du gratifié final (i). Dans cette optique, il y a lieu de savoir si le disposant a voulu que le gratifié final acquière directement ou indirectement ses droits. A l'analyse, cette approche se révèle insuffisante. C'est en réalité en recherchant quelle a été la volonté du disposant à l'égard de l'obligé que le départ peut être fait (ii).

i) Insuffisance de la recherche de la volonté du disposant à l'égard du gratifié final

131. Exposé du critère. – Dans cette vue, la distinction entre legs et charge se résout par la réponse à la question suivante : le disposant a-t-il voulu investir le gratifié en seconde ligne de la

¹ Cass. req., 21 juin 1870, DP 1871. 1. 97 : « *Attendu que si une société de bienfaisance, non encore autorisée au moment du décès du testateur, ne peut recueillir les legs qui auraient été faits directement en sa faveur, aucune loi ne s'oppose à ce que cette société, une fois autorisée, puisse réclamer l'exécution d'une charge imposée à son profit à un légataire capable, sous la condition exprimée ou sous-entendue et acceptée par le légataire capable que la charge n'aura effet qu'à partir du moment où la société aura acquis une existence légale* » (nous soulignons) ; Cass. req., 8 avr. 1874, DP 1876. 1. 225 ; Cass. req., 8 févr. 1888, D. 1888. 1. 193 ; Caen, 12 nov. 1869, préc. ; Limoges, 22 mai 1886, S. 1889. 1. 67 : « *En acceptant de payer la charge qui lui a été imposée par ses donateurs, comme condition de la libéralité dont elle a été gratifiée, la personne gratifiée en est devenue la débitrice directe et personnelle envers le tiers donataire* ».

² Précisément, une action en revendication s'il s'agit d'un corps certain, une action confessoire s'il s'agit de l'usufruit d'un corps certain, ou une action personnelle en paiement s'il s'agit d'un legs de somme d'argent.

propriété des biens dès son décès? Dans l'affirmative, il est légataire ; dans la négative, il est bénéficiaire d'une charge. Ainsi s'exprimait André Trasbot : « *Legs et charge se distinguent uniquement au point de vue psychologique, et pour savoir si on est en présence d'un legs ou d'une charge, on recherche si le testateur a voulu transmettre immédiatement un droit dès son décès au bénéficiaire ou légataire, ou bien a voulu astreindre ses héritiers ou même ses légataires (car s'il y a opposition entre legs et charge, il n'y a pas incompatibilité) à faire quelque chose en faveur d'un tiers ou bénéficiaire de la charge* »¹. De façon identique, André Ponsard considérait que « *la différence consiste en ce que le legs est une libéralité faite directement au bénéficiaire, tandis que le bénéfice de la charge ne lui est acquis que par l'intermédiaire du légataire qui en est grevé et doit suivre le sort du legs* »². En ce sens, la distinction de la charge du legs repose sur le fait de savoir si le testateur a voulu que le gratifié en seconde ligne fût un acquéreur *direct* ou *indirect*³.

132. Insuffisance du critère. – Cette recherche de l'intention du testateur à l'égard du gratifié final se montre néanmoins insuffisante. Savoir si celui-ci est le bénéficiaire d'une libéralité directe ou indirecte n'est au fond que la *conséquence* de la qualification de la disposition. Or, ici, pour dire si l'on est présence d'un double legs ou d'un legs avec charge, il faut d'abord définir la volonté du testateur à l'égard de celui auquel une obligation est imposée. Ce n'est qu'en interprétant l'intention du testateur à son égard que l'on saura si le gratifié en seconde ligne est un légataire ou le bénéficiaire d'une charge.

ii) Prééminence de la recherche de la volonté du disposant à l'égard de l'obligé

133. Présentation du critère. – L'on sait que la charge de transmettre et le legs imposent tous deux une obligation dont la nature est identique, à savoir une obligation de payer. Simplement le débiteur de l'obligation n'intervient pas au même titre dans les deux cas. En présence d'un legs, le successeur universel, qui a l'obligation d'acquitter le legs particulier, agit en qualité de continuateur de la personne du défunt de sorte que son intervention n'empêche pas de considérer la libéralité comme directe. En cas de charge de transmettre, le légataire, qui a l'obligation de l'exécuter, agit en son nom personnel, ce qui imprime un caractère indirect à la libéralité consentie au bénéficiaire de la charge. La charge de transmettre est ainsi l'accessoire d'un legs sans prendre la qualité de legs secondaire.

¹ Note sous Paris, 1^{er} juill. 1926 et Trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, *Rev. crit.* 1929. 464, spéc. p. 465 (nous soulignons)

² Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1952, *JCP* 1953. II. 7554.

³ L'approche est très bien résumée par André Françon : « *dans le premier cas [le legs], le testateur a voulu faire du tiers son propre ayant cause, alors qu'en cas de charge il s'est contenté de le rendre ayant cause d'un de ses héritiers ou légataires* » (in « La distinction de la libéralité et de la charge », préc., n°12, p. 264).

Se dessine ainsi l'élément discriminant entre la charge et le legs. Il repose sur la détermination de l'intention du testateur à l'égard de l'obligé. Précisément, il s'agit de rechercher si *la personne du débiteur de l'obligation est importante pour le testateur*. L'on observe en effet que, dans l'esprit du testateur, la considération de la personne débitrice de l'obligation de transmettre est soit primordiale soit secondaire. *Primordiale* en présence d'une charge parce que le légataire grevé est *seul* à pouvoir l'exécuter. *Secondaire* en cas de legs parce que *tout* successeur universel peut l'acquitter. Autrement dit, la charge constitue une obligation *personnelle* du légataire tandis que le legs est une obligation *objective* pesant sur la succession¹.

La force du critère se vérifie par le régime juridique de chacune des deux institutions. En présence d'un legs principal sur lequel vient se greffer un legs secondaire, l'anéantissement des droits du premier légataire ne produit aucun effet sur le maintien des droits du second. Ce dernier peut toujours demander le paiement de son legs à tout successeur universel. En clair, il importe peu au testateur que le legs soit exécuté par le légataire principal ou par l'un de ses successeurs universels. Dans ce type de disposition, le testateur « *indique simplement la personne qui, si les choses suivent leur cours normal, en supportera le poids* »². Telle n'est pas la situation du bénéficiaire d'une charge au cas de nullité, de révocation ou de caducité des droits du légataire grevé. La charge constitue l'accessoire du legs de telle sorte qu'elle est liée nécessairement au sort de celui-ci³. Aussi l'exécution de l'obligation de donner n'appartient-elle qu'au seul légataire⁴. C'est dire que le testateur a voulu imposer cette obligation à nulle autre personne que le légataire.

Par où l'on voit que la distinction entre la charge personnelle de transmettre dans un bref délai et le legs passe par la détermination de la volonté du testateur à l'égard de celui qui s'oblige. A-t-il l'intention que ce dernier soit l'unique débiteur de l'obligation, celle-ci n'est alors qu'une charge grevant un legs ; veut-il que l'obligation incombe à tout successeur universel, elle prend ce faisant la forme d'un legs.

¹ Voir en ce sens R. Savatier, note sous Paris, 1^{er} févr. 1927, *D.* 1928. 2. 121 : l'obligation de transmettre « *reste une simple charge, du moment qu'elle ne constitue qu'une obligation personnelle du légataire, au lieu de peser directement sur la succession* ».

² M. Grimaldi, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, pourvoi n°06-18082 ; *RTD civ.* 2008. 342, obs. M. Grimaldi. En ce sens Nîmes, 16 août 1865, *S.* 1866. 2. « *Attendu que, quels que soient les termes dont s'est servi le testateur la disposition [...] n'est en réalité qu'un legs direct ; attendu qu'il importe peu que le testateur ait indiqué cette pension comme charge imposée à sa légataire universelle ; qu'en agissant ainsi, il n'a voulu qu'indiquer la personne qui devait payer la pension* » (nous soulignons).

³ Cass. civ., 1^{er} juill. 2003, *Bull. civ.* I, n°156 ; *Gaz. Pal.* 2003. 2. 3798, concl. Avocat général J. Sainte-Rose ; *D.* 2003. 2031, note B. Beignier ; *Dr. fam.* 2003. comm. n°107, note B. Beignier ; *JCP N* 2004. 1314, note J.-G. Mahinga ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, préc.

⁴ F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n°323 p. 258.

134. Mise en oeuvre du critère. – Reste qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer la volonté d'une personne qui n'est plus. Comment savoir que la considération de la personne débitrice de l'obligation de transmettre importait peu pour le testateur ?

La réponse est assurément évidente lorsque le caractère personnel de l'obligation résulte de sa nature même. Pothier cite le legs fait à un mathématicien à la charge pour lui d'enseigner les mathématiques au fils du testateur¹. Il en va de même de la création de l'attribution annuelle de prix universitaires². Il est clair qu'au cas d'anéantissement du legs, l'héritier qui garde le bien n'est pas tenu de la charge que le légataire, seul, pouvait exécuter.

La réponse est en revanche plus délicate lorsque l'obligation peut être exécutée *a priori* par toute personne. Sous cet aspect, l'observation des décisions jurisprudentielles montre qu'une même disposition peut être qualifiée différemment selon les cas³. Les auteurs ont cru discerner néanmoins une tendance des juges à faire produire effet à la disposition à la condition que l'obligation de transmettre eût satisfait aux *exigences de la morale*⁴. L'obligation de transmettre est-elle digne d'intérêt, présente-t-elle un intérêt social, les juges opteront ce faisant pour la qualification permettant de lui donner effet. En revanche, l'obligation est-elle contraire aux principes de moralité, elle sera alors appréciée avec sévérité.

135. Objection au critère. – Sans doute pourra-t-on objecter que l'appréciation de la moralité des dispositions est bien plus un instrument pour le juge lui permettant de *favoriser* ou de *contrarier* la volonté du disposant qu'un outil lui assurant la possibilité de *découvrir* les intentions véritables de ce dernier⁵. L'analyse de plusieurs décisions le démontre aisément. La Cour d'appel de Besançon a refusé de voir un legs à charge de transmettre dans le testament suivant : « *Mes terrains à bâtir à Vesoul, rue du Midi et rue Jérôme, seront donnés à la ville de Nice pour créer avec le revenu annuel de beauté, décerné à la personne de nationalité quelconque, sauf russe, qui aura le nez le plus*

¹ Pothier, *Introduction au titre XVI de la Coutume d'Orléans*, n°146.

² Le legs est fait à l'université à charge d'attribuer un prix en fonction des mérites de ses étudiants. On voit mal comment une telle obligation pourrait être à la charge des héritiers.

³ Le legs d'un prix annuel décerné à une jeune fille de la commune a été qualifié indifféremment de legs à la commune à charge de décerner ce prix annuellement (Paris, 12 nov. 1937, *DP* 1938. 2. 1, note H. Lalou ; confirmé par Cass. req., 14 janv. 1941, *JCP* 1941. II. 1699, note P. Voirin) ou de legs direct aux jeunes filles (Paris, 28 mars 1938, préc.).

⁴ R. Cassin, *Des libéralités avec charge et des fondations en droit français*, préc., spéc. p. 115 et s. ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge de la libéralité », préc., spéc. n°15 et s. p. 275 et s. ; A. Trasbot, obs. sous Paris, 19 oct. 1927, *Rev. crit.* 1929. 466 ; R. Savatier, note sous Paris, 1^{er} juill. 1926 et Trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, *D.* 1928. 2. 121.

⁵ René Savatier l'avait, du reste, déjà constaté : « *si la fondation s'adresse à une catégorie de pauvres [...], si elle a pour but de récompenser un acte de vertu [...], ou encore, si elle profite à des orphelins ou à des mutilés de guerre [...], le juge du fond fait généralement effort pour voir, dans la personne morale chargée de l'exécuter un véritable légataire. A l'inverse, quand la fondation s'adresse, sans plus de précision, et notamment sans celle de pauvreté, à des filles-mères ou à des enfants naturels, la personne morale se présente pour recueillir les sommes à leur distribuer se voit, au contraire, généralement qualifiée de personne interposée* » (note sous Besançon 22 juill. 1946, *JCP* 1947. II. 3568).

impeccablement droit et mince, les cheveux roux et les poignets très petits, tout en ayant la main large et longue ; à défaut de cheveux roux, ils pourront être châains ou blonds, mais de toute façon les sourcils seront noirs et la moustache rousse ou blonde. Si une personne ne peut réunir lesdites conditions, le prix sera attribué à celle qui s'en rapproche le plus, homme ou femme ; mais la somme ne sera versée que quand le titulaire du prix sera marié et aura un enfant ; s'il ne se marie pas ou est marié sans enfant, il aura le titre seul, mais pas l'argent. Ce prix portera le nom de prix Valentine, du nom de ma mère »¹. La disposition, on en convient, était singulière. Elle n'a pas été pour autant déclarée nulle pour insanité d'esprit. Simplement les juges, guidés dans leur appréciation par des orientations morales², ont refusé de faire produire effet à la disposition en refusant la qualification de legs avec charge pour adopter celle de legs direct, nul en raison de l'incertitude pesant sur la personne du légataire.

De même, dans plusieurs espèces similaires, c'est la condition sociale des bénéficiaires du prix à décerner qui dicta la solution des juges. Ainsi dans une première affaire, la Cour d'appel de Paris analysa la disposition en un legs au profit de la commune, à charge pour celle-ci de décerner un prix annuel à une fille-mère de condition modeste³, tandis qu'elle qualifia, dans une seconde affaire, la même disposition de legs direct au motif que la condition sociale des filles-mères appelées à en bénéficier n'était pas précisée⁴.

136. Réponse à l'objection. – Il ne faut pas pour autant rejeter toute approche morale dans la détermination de la volonté probable du disposant. En effet, pourquoi l'obligation de transmettre est-elle qualifiée de charge et non pas de legs ? Parce que le testateur n'a pas voulu imposer l'exécution d'une telle obligation à ses héritiers. Or, ce sont des considérations morales qui dictent la volonté du disposant, qui lui imposent d'adopter la charge de transmettre plutôt que celle du legs. Au fond, les dispositions jugées peu dignes d'intérêt d'un point de vue moral sont celles que le testateur ne voulait pas imposer à ses successeurs *ab intestat*⁵. Loin d'être un instrument de politique juridique, l'idée de moralité permet au juge de traduire la volonté du *de cuius*. Ainsi comprenons-nous très bien qu'une libéralité à cause de mort consentie à la maîtresse soit analysée comme une charge apposée à un legs et non pas comme un legs dont l'acquittement incomberait aux héritiers *ab intestat*⁶. La qualification retenue ne fait que traduire juridiquement la

¹ Besançon, 22 juill. 1946, *JCP*. 1947. II. 3568, note R. Savatier.

² Voir en ce sens R. Savatier, note préc.

³ Paris, 12 nov. 1937, *DP* 1938. 2. 1, note H. Lalou, et, sur pourvoi, Cass. req. 14 janv. 1941, *JCP* 1941. II. 1699, note P. Voirin.

⁴ Paris, 28 mars 1938, *DH* 1938. 375 ; *JCP* 1938. II. 659, note R. D.

⁵ En ce sens, M. Grimaldi, obs sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, préc : « *il est raisonnable de penser qu'il [le testateur] ne concevait la charge que pesant sur les légataires universels qu'il avait institués (peut-être, d'ailleurs, à cette seule fin), excluant radicalement que son exécution pût être imposée à ses enfants ou à son conjoint* ».

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2003, préc.

volonté du testateur qui voulait assurément que l'exécution de la libéralité n'incombât ni à son conjoint ni à ses enfants mais qu'elle fût supportée uniquement par un tiers désigné en qualité de légataire grevé.

Telle est, au demeurant, l'explication fournie par les juges de la Cour d'appel de Paris pour affirmer que la volonté du testateur fut d'imposer aux seuls légataires l'exécution de l'obligation de transmettre. En l'espèce, le testateur avait exhéredé son épouse et institué légataires universels ses petits-neveux et nièces à charge pour eux de délivrer une certaine somme à sa maîtresse. La motivation des juges de Paris est éloquente : « *le choix d'instituer ses petits neveux en qualité de légataires universels et de faire de la disposition en faveur de B. V. une charge et condition du legs universel et non pas un legs particulier ne peut s'expliquer que par la volonté d'éviter à son fils d'avoir à s'acquitter de la délivrance d'un legs en faveur de sa maîtresse* »¹. La disposition est ainsi qualifiée de legs à charge de transmettre en raison des considérations morales qui s'imposaient au testateur. Celui-ci n'a pas voulu que l'obligation de transmettre se maintînt malgré l'anéantissement du legs, parce qu'il ne souhaitait pas que son exécution incombât à ses héritiers.

2. Critère de distinction entre le double legs et la charge héréditaire

137. Position du problème – Aux côtés des charges *personnelles*, qui sont nécessairement l'accessoire d'une disposition principale, existent des charges *réelles*. Celles-ci connaissent un régime juridique original en ce qu'elles sont l'accessoire, non pas d'un acte de disposition, mais d'un droit réel principal. Dans cette logique, la jurisprudence considère qu'elles peuvent exister sans être arrimées à un legs². Pour autant, nombre d'auteurs sont critiques et voient dans ces charges, dites héréditaires, le procédé d'un legs implicite fait aux héritiers *ab intestat*. Adopter une telle posture aboutit ce faisant à nier toute différence entre le legs et la charge réelle. Ce raisonnement nous paraît exposé, toutefois, à plus d'une critique.

C'est donc, d'abord, en rejetant la théorie du legs implicite (a) que l'on pourra, ensuite, proposer un critère de distinction (b).

¹ Paris, 18 oct. 2000, *Dr. fam.* 2003. comm. 107, note B. Beignier (nous soulignons) ; confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2003, préc.

² Sur l'exposé de cette jurisprudence, voir *supra* n°73.

a) *Rejet de la théorie du legs implicite fait aux héritiers ab intestat*

138. Exposé de la théorie. – Selon une conception classique de la charge, celle-ci suppose le support d'une disposition principale à laquelle elle est irrémédiablement liée¹. Dans cette perspective, le maintien de la charge malgré la défaillance du legs auquel elle était apposée ne peut être compris que par la découverte d'un legs implicite fait aux héritiers *ab intestat*. Ainsi s'exprimait René Savatier : « *il suffit que l'héritier auquel est imposé une charge virtuelle reçoive du testateur des biens, dont ce dernier est en droit de le priver s'il n'exécute pas la charge* »². Précisément, « *Rien n'empêche celui-ci [le juge] de considérer un héritier ab intestat comme ayant été implicitement appelé par le testateur à recevoir la propriété de ses biens pour la réalisation de la charge, c'est-à-dire comme un légataire implicite* »³. Autrement dit, la transmission de telles charges aux héritiers *ab intestat* n'est qu'un legs implicite consenti à leur endroit sous la charge d'accomplir la volonté de leur auteur.

La disposition s'analyse ce faisant en une substitution vulgaire⁴. Les héritiers *ab intestat* sont vus comme des légataires « *subsidiaries* »⁵, « *conditionnels* »⁶, appelés à défaut du légataire désigné. En leur qualité de légataires de second rang, ils ont vocation à profiter de l'inefficacité du legs principal. Mais à l'instar de colégataires qui bénéficient du mécanisme de l'accroissement, l'acquisition des légataires en seconde ligne se réalise non pas *sine onere*, mais *cum onere*, c'est-à-dire qu'ils sont corrélativement tenus de supporter les charges grevant le legs inefficace⁷.

139. Réfutation de la théorie. – Le recours à la technique de l'acte implicite est contestable. D'une part, elle suppose une interprétation audacieuse de la volonté du testateur consistant à voir une substitution vulgaire dans le legs avec charge, les héritiers *ab intestat* étant considérés comme légataires en seconde ligne pour le cas où le légataire choisi en première ligne ne pourrait recueillir le legs qui lui a été consenti. Ses promoteurs en sont d'ailleurs conscients : « *Le mot libéralité doit*

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1959, D. 1959. 613, note R. Savatier : « *la veuve Duplan ne pouvait, en léguant à un tiers un immeuble indivis entre elle et son fils, imposer à ce dernier de renoncer à sa part sur cet immeuble qu'à condition que cette obligation constituât la charge d'une libéralité qu'elle lui aurait en même temps consentie* ».

² Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1959, D. 1959. 613.

³ R. Savatier, note sous Paris, 1^{er} juill. 1926 et trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, préc. Voir également le raisonnement de Pierre Voirin concernant la jurisprudence relative au legs de la chose d'autrui : « *Ce legs s'analyse en la contraction du legs implicite fait à l'héritier de sa part ab intestat et d'une charge également implicite ; car la charge a besoin d'un point d'attache, et ne peut être accrochée qu'à un don ou à un legs* » (Note sous Cass. req., 18 févr. 1947, JCP 1947. II. 3719. Voir du même auteur la note sous Cass. Poitiers, 5 mai 1954, préc. Dans le même sens, R. Savatier, note sous Paris, 1^{er} juill. 1926 et trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, préc.)

⁴ Selon le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, « *le disposant désigne subsidiairement une seconde personne qui recueillera le don ou le legs, mais seulement pour le cas où le donataire ou le légataire, appelé en première ligne, ne le recueillerait pas* »

⁵ Ch. Beudant et P. Lerebours Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. V bis, préc., n°118 p. 157 et n°342 p. 104.

⁶ R. Savatier, note sous Paris, 1^{er} juill. 1926 et trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, préc.

⁷ L'hypothèse diffère toutefois du mécanisme de l'accroissement qui suppose des legs conjoints (art. 1044, al 1^{er}, C. civ.). En cette dernière occurrence, chacun des légataires est investi de la propriété d'un bien ou d'un droit. Tel n'est pas le cas du légataire en seconde ligne qui n'a qu'une vocation éventuelle.

*simplement être pris au sens large. Il y a libéralité virtuelle de la part du testateur qui, par son testament, confirme implicitement ou explicitement des droits sur ses biens, appartenant ab intestat à l'héritier, mais dont le testateur serait libre de disposer en faveur d'autrui dans sa succession*¹. Il n'en demeure pas moins qu'une telle interprétation de la volonté du disposant est contraire à la jurisprudence suivant laquelle la substitution vulgaire doit résulter « *clairement, soit des termes de la disposition, soit de l'ensemble des clauses du testament* »². Rappelons à cet égard que la règle édictée par l'article 1039 du Code civil est fondée sur la volonté présumée du testateur³ ; elle suppose que, dans l'intention de celui-ci, la libéralité s'adresse exclusivement à la personne du légataire nommé dans le testament. Il est donc logique que cette intention présumée soit écartée lorsque le testateur a eu une intention contraire, celle de gratifier en même temps les enfants ou les héritiers du légataire désigné⁴. S'il est aisément concevable que l'interprétation des clauses du testament puisse conduire à considérer que le testateur eût entendu appeler les héritiers du légataire au bénéfice du legs, l'on ne voit pas en quoi un legs à charge consenti à un individu fait présumer que l'intention du testateur fût d'instituer ses propres héritiers comme légataires en seconde ligne.

D'autre part et surtout, la technique de l'acte implicite ne permet pas d'assurer sa pleine efficacité à la disposition testamentaire. La charge étant qualifiée d'accessoire du legs, son exécution dépend de l'attitude de l'héritier légataire. En renonçant au legs, il s'affranchit ainsi de la charge en la privant du support nécessaire à son existence sans perdre néanmoins ni sa qualité d'héritier, ni l'émolument attaché à ce titre⁵.

L'on perçoit dès lors que la découverte d'une substitution vulgaire ne suffit pas à garantir l'efficacité de la volonté du *de cuius*. D'aucuns pourraient néanmoins considérer que le legs implicite fait aux héritiers les privés *ipso facto* de tout droit à la succession. Autrement dit, l'existence du legs implicite ferait présumer que le *de cuius* eût entendu priver ses héritiers de leur vocation *ab intestat*. Sa volonté peut à cet égard être implicite pourvu qu'elle soit certaine⁶. Et il est vrai qu'une telle prétention renforcerait les chances d'exécution de la charge. Mais la prétention paraît pour le moins douteuse. Voir une exhérédation *implicite* dans un legs *implicite*, n'est-ce pas procéder à des conjectures improbables de l'intention du *de cuius* ? Assurément oui. En voulant à

¹ R. Savatier, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1959, préc. (nous soulignons).

² Cass. req., 8 nov. 1921, D. 1922. 1. 183.

³ « *Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur* ».

⁴ Cass. req., 8 nov. 1921, préc. ; Cass. civ., 2 juill. 1924, DP 1926. 1. 102 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 juill. 1964, Bull. civ. I, n°407 p. 317 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 1967, Bull. civ. I, n°32 p. 21 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000, Bull. civ. I, n°271 ; RTD civ. 2001. 410, obs. J. Patarin. Sur l'analyse de cette jurisprudence, voir M.-A. Guerriero, « L'héritier légataire », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, PU Toulouse, 1981, p. 441, spéc. p. 448.

⁵ P. Voirin, note sous Poitiers, 5 mai 1954, préc..

⁶ Cass. req., 30 mai 1927, préc.

toute force que la charge ne puisse « avoir pour support qu'une libéralité »¹, l'on prête au testateur des intentions qu'il n'a pas eues². En outre, telle n'est pas la position retenue en droit positif. La Cour de cassation a maintes fois affirmé que « le seul fait d'adresser un legs à un héritier ne vaut pas exhérédation partielle »³. Lorsque le *de cuius* institue l'un de ses héritiers, il n'entend pas par là même le priver de toute part dans la succession⁴. La solution est aisément compréhensible. L'héritier peut avoir d'autres intérêts à répudier le legs que celui de ne pas exécuter la charge. Il en est ainsi lorsque l'un de ses cohéritiers a reçu une donation en avancement de part successorale dont il ne pourrait exiger le rapport en tant que légataire, ou lorsque son legs est inférieur à sa part successorale. Il en est de même lorsqu'un legs en propriété est fait au conjoint qui préférerait s'en tenir à son usufruit légal. Où l'on voit que l'inefficacité du legs ne s'oppose pas à ce que l'héritier légataire puisse se prévaloir de sa qualité d'héritier et exercer ses droits dans la succession en cette qualité.

En définitive, la technique du legs implicite fait aux héritiers ne peut être que rejetée car sa mise en œuvre dénature la volonté exprimée par le *de cuius*. Il faut en réalité admettre que certaines charges sont autonomes et peuvent exister sans être arrimées à une disposition principale.

b) Critère fondé sur le droit du gratifié final d'agir en exécution

140. Fonction de la charge héréditaire : éviter toute solution de continuité. – En tant que charge réelle, la charge héréditaire se distingue de la charge personnelle en ce qu'elle survit à l'anéantissement de l'acte auquel elle est susceptible d'être apposée. Aussi bien peut-on observer que celui qui est doit l'exécuter importe peu au disposant. Mais, ainsi entendue, la charge héréditaire se distingue malaisément du legs. Les deux procédés ont pour effet d'obliger les héritiers *ab intestat*. On sent la frontière toute prête à céder. Pour autant, les deux procédés ne

¹ R. Savatier, obs. sous Poitiers, 5 mai 1954, *RTD civ.* 1955. 147.

² On appréciera l'œuvre pédagogique des juges de la Cour de Pau dans un arrêt rendu le 19 avril 1910 (*S.* 1910. 2. 181 ; *RTD civ.* 1910. 640, obs. J. Hémar) : « Attendu que le testateur aurait pu, en instituant son frère Charles légataire universel, lui imposer la charge de céder à sa femme, sa légataire particulière, sa part indivise dans les propriétés de Séré et d'Asson ; qu'il aurait pu encore, sans l'instituer expressément, l'exhérer pour le cas où il ne laisserait pas sa part indivise à son légataire particulier ; qu'il aurait mis ainsi dans la nécessité, ou d'exécuter le legs particulier ou de renoncer au bénéfice de la succession ; mais qu'il ne l'a pas fait, et que les juges ne peuvent se substituer à lui, et, sous prétexte d'interpréter son testament, d'ailleurs clair et précis, le refaire, et y ajouter des clauses qu'il ne contient pas ».

³ Cass. civ., 8 févr. 1898, *D.* 1899. 1. 153, note L. Sarrut ; Cass. req., 30 mai 1927, *DH* 1927. 449 ; Cass. civ., 13 déc. 1943, *JCP* 1944. II. 2626, note P. Voirin ; Toulouse, 26 févr. 1946, *D.* 1946. 273. Sur l'analyse de ces décisions, voir E. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, thèse Paris, 1895 ; Kuhn, *L'exhérédation en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1943 ; J. Barrère, *L'exhérédation et le fondement du droit successorale français*, thèse dactyl. Toulouse, 1949 ; A. Ponsard, « Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation », in *Mélanges offerts à P. Voirin*, LGDJ, 1967, p. 666 et s. ; Y. Buffelan-Lanore, « L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation », *RTD civ.* 1966. 456, spéc. n°14 p. 463.

⁴ On appréciera l'œuvre pédagogique des juges de la Cour de Pau

répondent pas aux mêmes préoccupations du disposant. Là où le legs a pour objet de transmettre directement la propriété au gratifié, la charge héréditaire a, quant à elle, pour fonction de prévenir toute solution de continuité dans la propriété des biens du disposant.

Aussi est-ce un critère fonctionnel qui permet de faire le départ entre la charge héréditaire et le legs. Le désir d'éviter que, pendant un temps d'une durée variable, les droits faisant l'objet d'un legs restent sans titulaire ne peut se concevoir que par le vecteur d'une charge. En effet, il n'y a pas de legs sans légataire. Cette exigence naturelle est notamment illustrée par l'incapacité de recevoir frappant les personnes futures ou incertaines. Un legs au profit de tels bénéficiaires entraînerait une rupture dans la chaîne des titulaires de droits sur un bien ou un ensemble de biens. C'est là, aux yeux de la Cour de cassation, « *un principe fondamental* »¹. Le recours au procédé de la charge permet, on le sait, d'écarter toute discontinuité. Précisément, la charge héréditaire présente l'avantage de fixer au décès du *de cuius* la propriété des biens sur la tête d'individus, en l'occurrence les héritiers *ab intestat*.

De là il suit que la charge héréditaire se distingue du legs en ce que son bénéficiaire, à la différence du légataire, ne peut recevoir son émolument au décès du testateur. Dit autrement, la charge d'hérédité, à la différence du legs, ne donne pas à son bénéficiaire le droit d'agir en exécution, parce qu'il est une personne future ou incertaine.

141. Appréciation du critère. – Sans doute pourra-t-on objecter deux séries de critiques. La première consiste à contester la validité même de la charge héréditaire. N'est-ce pas permettre au testateur de tourner la prohibition du legs à des personnes futures ou incertaines ? Assurément, oui. Mais, on l'a vu, il n'y a là rien de répréhensible. Ainsi que l'enseignait Gény, « *pour régler l'usage des catégories juridiques au regard de règles rigoureusement impératives ou prohibitives, il faut porter un jugement de fond sur la valeur de celles-ci et se demander dans quelle mesure elles méritent de l'emporter sur la liberté, étant données les circonstances particulières dans lesquelles se pose la question* »². Partant, le procédé de la charge doit, comme toute catégorie, trouver ses limites dans les cas où l'impossibilité de procéder par disposition directe est justifiée par des raisons de fond. Là où la disposition directe se heurte à des impossibilités techniques, la disposition indirecte doit pouvoir lever ces obstacles. L'obstacle qui empêche les personnes futures ou incertaines de recueillir étant un simple obstacle de fait, il peut donc être évité en utilisant le procédé de la charge.

Reste – c'est le deuxième grief – qu'on peut douter de l'efficacité du procédé puisqu'il sera difficile de forcer les héritiers à exécuter la charge d'hérédité. En effet, faute de bénéficiaire

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, préc.

² F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, préc., n°213, p. 172.

capable d'agir en exécution forcée, le risque est grand que les héritiers résistent ou se dérobent. Le grief mérite cependant d'être nuancé. Le jour où le bénéficiaire futur accèdera à la vie juridique, il sera en droit d'agir contre les héritiers. Quant au bénéficiaire indéterminé, tout dépendra de la personne chargée de sa détermination ; mais la présence d'un exécuteur testamentaire sera de nature à assurer son identification.

142. Synthèse. – Le légataire non saisi, n'ayant pas qualité pour exercer de sa seule autorité les droits compris dans son legs, doit en demander la délivrance à celui qui a, au contraire, qualité pour les exercer. Celui à qui la délivrance est sollicitée ressemble à s'y méprendre à l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes. Il n'en est pourtant rien. La délivrance des legs n'est qu'une formalité. Autrement dit, le concours d'un troisième individu pour l'exécution du legs est imposé par la force des choses, en raison des modalités légales de la transmission successorale, et ce que cet individu soit un héritier *ab intestat* ou un légataire.

* * *

143. Conclusion de la Section. – L'existence d'une libéralité à trois personnes suppose que le disposant confère à l'intermédiaire des prérogatives sur l'objet de la libéralité qu'il souhaite consentir au bénéficiaire final. Plusieurs techniques excluent, par leur nature même, une telle configuration.

Il en est ainsi des hypothèses dans lesquelles l'intermédiaire est fictif. L'on songe à la figure juridique de la libéralité par personne interposée. Dans ce cadre, la personne interposée n'a que l'apparence d'un intermédiaire. Sans doute n'est-il pas toujours aisé de distinguer la libéralité par personne interposée de certaines figures des libéralités à trois personnes, notamment la libéralité avec charge au profit d'un tiers. A l'analyse, le critère de distinction réside dans le fait que la personne interposée n'est titulaire d'aucune prérogative juridique. Elle est en effet un titulaire fictif des droits dont s'est dépouillé le disposant. Il n'y a donc pas de relation triangulaire et, par voie de conséquence, aucune libéralité à trois personnes.

Il faut également refuser de voir une libéralité à trois personnes dans le legs pur et simple, c'est-à-dire celui qui n'est assorti ni de modalité ni de charge. Certes, l'exécution du legs suppose bien souvent le concours d'une troisième individu, le successeur saisi, lequel va exercer, jusqu'à la délivrance du legs, les droits du légataire. Cependant, l'intervention du successeur à qui la délivrance doit être demandée, loin d'être l'effet recherché par le testateur, s'impose au contraire à

lui et s'oppose même au légataire non saisi. Aussi bien ne peut-il pas être l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes. Une solution identique doit être retenue lorsque la volonté du testateur met aux prises un légataire principal et un légataire secondaire dont l'entrée en possession des droits du second résulte de l'intervention du premier. Ici encore, les prérogatives du légataire principal sur l'objet du legs secondaire ne sont qu'un effet purement mécanique des règles de la saisine héréditaire. Aussi bien, si le légataire principal exerce des prérogatives sur l'objet du legs secondaire, n'est-ce point un effet recherché par le disposant. Simplement, reconnaissons-le. Il est en pratique difficile de distinguer le double legs du legs avec charge, car tous deux emportent une obligation pour le légataire : une obligation de mise en possession pour le légataire principal envers le légataire secondaire ; une obligation de transfert de propriété du légataire envers le bénéficiaire de la charge. Comment surmonter cet obstacle ? A bien y réfléchir, la difficulté n'est pas la même selon que la charge est de nature personnelle ou réelle. S'agissant de la distinction du double legs et de la charge personnelle, le critère réside, selon nous, dans la détermination de l'intention du testateur à l'égard de l'obligé. Précisément, il s'agit de rechercher si *la personne du débiteur de l'obligation est importante pour le testateur* : elle est primordiale en présence d'une charge parce que le légataire grevé est seul à pouvoir l'exécuter ; elle est secondaire en cas de legs secondaire parce tout successeur universel peut l'acquitter. S'agissant de la distinction du double legs et de la charge réelle, plus précisément de la charge héréditaire, le critère repose sur *l'existence ou non de la possibilité pour le gratifié final d'agir en exécution* : la charge d'hérédité, à la différence du legs, ne donne pas à son bénéficiaire le droit d'agir en exécution, parce qu'il est une personne future ou incertaine.

Conclusion du Chapitre II

144. Toutes les opérations juridiques du droit des libéralités faisant intervenir trois personnes ne sauraient être qualifiées de libéralités à trois personnes. Pour qu'elles soient retenues les techniques doivent permettre au disposant de conférer à l'intermédiaire des prérogatives sur l'objet de la libéralité qu'il souhaite consentir au bénéficiaire final.

Dès lors, seules trois techniques sont susceptibles de réaliser une libéralité à trois personnes. D'abord, la libéralité à trois personnes peut reposer sur la technique de la représentation. Outre la représentation de droit commun, il en va également ainsi des cas spéciaux de représentation du droit des libéralités : l'exécution testamentaire, le mandat à effet posthume, ou encore l'administration *ad hoc* des biens donnés ou légués au mineur. Ensuite, le disposant peut recourir à la technique de la charge, qu'elle soit personnelle ou réelle. Tel est le cas, s'agissant de la charge personnelle, des libéralités avec charges procédant d'une stipulation pour autrui. Quant à la technique de la charge réelle, on la rencontre principalement dans les doubles libéralités en usufruit et nue-propriété, ainsi que dans les legs à charge de fonder. Enfin, les libéralités à trois personnes peuvent être réalisées au moyen des modalités de l'obligations, le plus souvent une condition, le terme ne pouvant jouer qu'un rôle accessoire.

Au contraire, d'autres techniques ne sauraient réaliser des libéralités à trois personnes, alors même qu'elles mettent en scène trois personnes. Dès lors que l'existence d'une libéralité à trois personnes suppose que le disposant sollicite le concours de l'intermédiaire aux fins à la fois qu'il ait la maîtrise de l'objet de la libéralité et qu'il en favorise la transmission future au bénéficiaire final, deux techniques doivent être exclues. D'une part, il ne saurait y avoir une libéralité à trois personnes lorsque l'intermédiaire a un rôle fictif, qu'il est une personne interposée. En ce cas, cet individu n'est investi d'aucune prérogative sur l'objet de la libéralité, de sorte la relation, loin d'être triangulaire, n'est en réalité que bilatérale. D'autre part, on ne saurait identifier une libéralité à trois personnes en présence d'un legs pur et simple, c'est-à-dire un legs non assorti d'une charge ou d'une condition. Sans doute les droits du légataire sont parfois exercé par un tiers, le successeur saisi de la succession du testateur. Mais ce concours, s'imposant par la force des choses, n'est point un effet recherché par le disposant.

Conclusion du Titre I.

145. Les libéralités à trois personnes s'articulent autour d'une structure commune qui tient à leur économie propre, ainsi qu'à leurs techniques de réalisation.

L'analyse de l'économie des libéralités à trois personnes conduit à décrypter le rôle de chacun des sujets mais aussi à s'intéresser à l'objet de la libéralité.

Du point de vue des sujets, la libéralité à trois personnes met en scène trois personnages dont le rôle de chacun diffère de celui des deux autres. En tant qu'instigateur de l'opération, le disposant détermine le processus libéral. Placé entre le disposant et le bénéficiaire final, l'intermédiaire se présente comme le pivot de l'opération, celui grâce au concours duquel le disposant peut réaliser sa volonté libérale. Par où l'on voit qu'entre les trois personnages, le jeu n'est pas égal et que l'intermédiaire joue le premier rôle. Sous cet aspect, la liberté d'action de l'intermédiaire dépend des prérogatives que lui aura conférées le disposant, mais aussi des charges ou des devoirs qu'il lui aura imposées. Ainsi, l'intermédiaire peut être investi de prérogatives plus ou moins étendues, allant de simples pouvoirs d'un détenteur précaire jusqu'à ceux d'un propriétaire véritable, de même que l'intensité de la contrainte à lui imposée peut aller d'un simple devoir moral jusqu'à une véritable obligation. De là dépendra la vocation du bénéficiaire final à recueillir l'objet de la libéralité, laquelle pourra être certaine ou simplement éventuelle.

Du point de vue de son objet, les libéralités à trois personnes présentent une singularité par rapport aux libéralités pures et simples, en ce sens que l'objet de la libéralité passe par les mains de l'intermédiaire. Il en ressort que le bénéficiaire final ne recevra pas nécessairement le bien dont le disposant s'est dessaisi au profit de l'intermédiaire. Et, ici encore, tout dépend des prérogatives qui auront été attribuées à l'intermédiaire par le disposant. Aussi bien l'émolument du bénéficiaire final peut-il être soit le même bien qu'avait reçu l'intermédiaire, soit les revenus produits par le bien, soit encore un autre bien qui sera la représentation.

146. Outre l'économie des libéralités à trois personnes, les techniques employées permettent de circonscrire la structure générale des libéralités à trois personnes. Dès lors que l'existence d'une libéralité à trois personnes suppose que le disposant sollicite le concours de l'intermédiaire aux fins à la fois qu'il ait la maîtrise de l'objet de la libéralité et qu'il en favorise la transmission future au bénéficiaire final, on peut déceler trois techniques de réalisation.

La première d'entre elles est la représentation. En ce cas, la libéralité est consentie directement du disposant au bénéficiaire final ; simplement, l'intermédiaire va exercer, pendant une certaine période, certaines des prérogatives du gratifié, notamment à des fins de gestion des

biens donnés ou légués. La technique de la représentation est ainsi mise en œuvre lorsque le disposant désigne un exécuteur testamentaire, un mandataire à effet posthume, ou encore à un administrateur des biens donnés ou légués à un enfant mineur. Le deuxième procédé susceptible de réaliser une libéralité à trois personnes est la charge, laquelle peut être de nature personnelle ou réelle. Enfin les modalités de l'obligation permettent au disposant d'accomplir son œuvre libérale. La condition trouve à s'appliquer dans le cadre de la double libéralité conditionnelle. Quant au terme, s'il ne suffit pas, à lui seul, à accomplir une libéralité à trois personnes, il peut toutefois venir s'adjoindre à une autre technique, telle que la représentation. Il participe alors, comme l'ensemble des techniques évoquées, à la structure des libéralités à trois personnes.

En dehors du domaine de ces trois techniques, il ne saurait y avoir de libéralités à trois personnes. C'est ainsi que la simulation par personne interposée ne peut constituer une libéralité, dès lors que la personne intermédiaire ne joue qu'un rôle d'intermédiaire fictif, en ce qu'elle n'est titulaire d'aucune prérogative sur l'objet de la libéralité. C'est ainsi encore que l'on ne saurait voir une libéralité à trois personnes dans un legs pur et simple dont l'exécution requiert le concours d'un successeur saisi. Si ce dernier exerce effectivement les droits du légataire jusqu'à la délivrance du legs, il faut néanmoins observer que son intervention s'impose par la force des choses et n'est point un effet recherché par le testateur.

En définitive, tant l'analyse de l'économie des libéralités que la détermination des techniques de leur réalisation assurent à l'ensemble, que forment les libéralités à trois personnes, un tout cohérent et lui donne son aspect structurel.

Au-delà de cette analyse structurelle des libéralités à trois personnes, il convient d'observer qu'elles se singularisent également par la situation juridique particulière, celle de l'intermédiaire.

TITRE II

LA SITUATION DE L'INTERMEDIAIRE DANS LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

147. Variations sur la situation de l'intermédiaire. – La libéralité à trois personnes est définie comme l'acte en vertu duquel le disposant confère, à titre gratuit ou à titre onéreux, à l'intermédiaire des prérogatives sur un bien, celles-ci étant limitées par une série de charges ou de devoirs dont la finalité est de favoriser la transmission au bénéficiaire final soit de ce même bien, soit d'un autre bien qui en sera la représentation, soit encore de la richesse représentative de celui-ci.

C'est donc grâce au concours de l'intermédiaire que la volonté libérale du disposant peut s'accomplir. Et, de façon plus concrète, on peut dire qu'il est celui par lequel chemine l'objet de la libéralité. Pour ce faire, on l'a dit, le disposant peut investir l'intermédiaire de prérogatives juridiques plus ou moins étendues, elles-mêmes assorties de charges ou de devoirs dont l'intensité est variable. C'est dire la diversité de situations juridiques dans laquelle l'intermédiaire peut être placé.

148. Principe de corrélation entre la technique employée et la situation de l'intermédiaire. – Pour tenter d'y voir plus clair, et donc de cerner au plus près la situation de l'intermédiaire, il convient de repartir des techniques susceptibles de réaliser une libéralité à trois personnes. En effet, comme l'a souligné à juste titre Roger Perrot, « *à partir du moment où la volonté se coule dans un moule technique, il y a certains résultats juridiques qu'il faut nécessairement admettre* »¹. Autrement dit, chaque technique conditionne un résultat et, partant, doit pouvoir circonscrire la situation de l'intermédiaire.

Par exemple, lorsque l'intermédiaire est désigné en qualité d'exécuteur testamentaire ou de mandataire à effet posthume, sa situation est enfermée dans les règles qui réglementent chacune de ces institutions. Sans doute des incertitudes peuvent-elles subsister quant à l'analyse des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ou du mandataire à effet posthume, mais ces difficultés ne sauraient occulter le fait que ces deux institutions comportent, inéluctablement, un résultat

¹ R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préc., spéc. n°16, p. 28.

« *fondamental* »¹, celui de placer l'intermédiaire dans la situation d'un représentant. Et, en toute logique, l'on devrait pouvoir raisonner ainsi pour chacune des techniques des libéralités à trois personnes. C'est ainsi que dans l'hypothèse où le disposant transmet l'usufruit des biens de la libéralité à l'intermédiaire, il est aisé de déterminer la situation qui en résulte : l'intermédiaire n'est qu'un détenteur précaire et il ne doit pas, au cours de sa jouissance, porter atteinte à la substance de la chose. Semblablement, si le disposant use de la technique de la condition en consentant une double libéralité conditionnelle, l'intermédiaire se trouve investi de droits sous condition résolutoire, de sorte qu'il est un propriétaire véritable tant que la condition est pendante et qu'il est seulement tenu d'un devoir de loyauté envers le bénéficiaire final, investi de droits sous condition suspensive.

149. Difficultés d'analyse lorsque la technique employée est instrumentalisée. – Pour autant, si chaque technique est conçue en vue d'une certaine finalité, il est certaines d'entre elles qui peuvent être instrumentalisées au risque de les déformer. S'il peut en aller ainsi, c'est bien souvent parce que la volonté ne trouve aucun procédé technique dont le résultat concorde parfaitement avec l'objectif à atteindre. Aussi, faute d'un tel procédé, la volonté cherche-t-elle alors la technique la plus adéquate dont les finalités correspondent au mieux au but recherché.

La célèbre affaire Goncourt en est la parfaite illustration. Edmond Goncourt, voulant créer l'Académie qui porte aujourd'hui son nom, se heurta à une difficulté juridique : une fondation ne pouvait être créée directement par testament ; l'article 906 du Code civil, en exigeant que le légataire soit au moins conçu au moment du décès du testateur, s'y opposait, puisque la fondation n'a une existence juridique qu'après le décès du fondateur². Les remède étaient connus : il suffisait, pour y parvenir, de trouver un intermédiaire qui serait titulaire de la propriété des biens légués, entre le décès du disposant et la création de la fondation. Aussi bien Edmond Goncourt sollicita-t-il le concours de deux de ses amis, Alphonse Daudet et Léon Hennique, en les instituant légataires universels à charge pour eux de créer l'Académie et de transmettre à celle-ci l'intégralité des biens reçus. Et, Goncourt précisait dans son testament que, dans le cas où l'Académie ne pourrait être créée, tout l'émolument devrait être distribué à diverses œuvres de bienfaisance. Si le procédé fut validé par la jurisprudence³, il n'en demeure pas moins que, du point de vue des qualifications, de nombreuses zones d'ombre subsistent. Bien que Daudet et Hennique fussent qualifiés de légataires universels de Goncourt, on peut sérieusement douter de

¹ *Ibid.* n°14 et s., p. 27 et s.

² A noter que depuis la loi n°90-559 du 4 juillet 1990, « *un legs peut être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de la succession sous la condition, qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique* » (L. n°87-571 du 23 juill. 1987, art. 18-2).

³ Trib. civ. Seine, 5 août 1897, sous Paris, 1^{er} mars 1900, *S.* 1905, II, 78 ; *Gaz. Pal.* 1900. I. 608.

leurs qualités de propriétaires et de gratifiés. N'était-il pas surprenant de parler de transmission de propriété à leur endroit alors qu'ils n'étaient que des propriétaires temporaires ? N'était-il pas incongru d'affubler ces deux individus de la qualité de légataire, donc celle de gratifié, alors qu'ils n'avaient aucune vocation à faire leur profit des biens légués ? N'étaient-ils pas plutôt des « *fiduciaires* »¹, c'est-à-dire des intermédiaires à qui Goncourt avait transféré la « propriété » dans l'unique objectif qu'ils portent les biens jusqu'à leur transmission à l'Académie ?

Au fond, on le voit, l'idéal serait qu'à chaque institution correspondît une technique appropriée. Mais, faute d'une consécration légale de l'institution de la « fiducie-libéralité », c'est « *sous le manteau* »² des libéralités avec charges que celle-ci se concrétise. De là il suit que la situation juridique de l'intermédiaire n'est pas toujours aisée à décrypter. Et, pourtant, en tant que pivot du processus libéral, il est impérieux de trouver les lignes directrices qui nous permettent de qualifier tant la nature de ses prérogatives que le titre de leur acquisition.

150. Plan. – Partant, il convient de déterminer, en premier lieu, la nature des prérogatives juridiques de l'intermédiaire (Chapitre I), puis, en second lieu, la nature du titre de leur acquisition (Chapitre II).

Chapitre I : Les prérogatives de l'intermédiaire

Chapitre II : Le titre d'acquisition de l'intermédiaire

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V° Fiduciaire .1 : « Celui qui, dans l'aliénation fiduciaire, acquiert un bien à charge de le rétrocéder soit au tiers bénéficiaire de la libéralité, soit au fiduciaire après gestion ou jeu de la garantie ».

² R. Savatier, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la semaine internationale de droit*, préc., p. 47, spéc., p. 56.

CHAPITRE I

LES PREROGATIVES DE L'INTERMEDIAIRE

151. Prerogatives limitées par une série de charges ou de devoirs. – En sollicitant le concours d'un intermédiaire pour s'assurer de l'exécution de ses volontés libérales, le disposant lui transmet des prérogatives juridiques. Mais, à titre de corollaire, l'intermédiaire est soumis à une série de charges ou de devoirs qui ont pour objet de favoriser la transmission d'un émolument au bénéficiaire final, qui peut être le bien lui-même, les revenus de celui-ci ou encore un autre bien qui en serait la représentation.

152. Plan. – Aussi bien la nature téléologiquement déterminée des charges ou des devoirs imposées l'intermédiaire rejailit-elle tant sur les types de prérogatives dont il peut être investi (Section I) que sur leur étendue (Section II).

Section I : Les types de prérogatives de l'intermédiaire

Section II : L'étendue des prérogatives de l'intermédiaire

SECTION I : LES TYPES DE PREROGATIVES DE L'INTERMEDIAIRE

153. Notion de prérogative – Selon le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, la prérogative est « *en un sens neutre, [le] terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait* »¹. De cette définition, la doctrine s'accorde pour reconnaître que la catégorie des prérogatives juridiques comprend deux sous-ensembles, les droits subjectifs et les pouvoirs².

L'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes est, avons-nous dit, titulaire de prérogatives dont l'exercice est de favoriser la transmission au bénéficiaire final soit du bien dont le disposant s'est dessaisi à son profit, soit d'un autre bien qui en est la représentation, soit encore les revenus de ce bien. S'agit-il dès lors d'un droit subjectif ou d'un pouvoir ? De l'exposé de la distinction (§ 1), puis de son analyse (§ 2), découlera l'affirmation selon laquelle la nature des prérogatives de l'intermédiaire peut être soit un droit subjectif soit un pouvoir (§ 3).

§ 1 - L'EXPOSE DE LA DISTINCTION ENTRE DROIT SUBJECTIF ET POUVOIR

154. Diversité de définitions du droit subjectif – La notion de droit subjectif est comprise par l'ensemble des auteurs comme une notion fondamentale du droit privé contemporain. Aussi les querelles du passé concernant son *existence* paraissent-elles aujourd'hui obsolètes au regard de

¹ V° Prérogative 2° in *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, préc.

² R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, Sirey, 1928, n°44 et s. ; G. Ripert, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. de leg. et de jurisp.*, 1929, p. 33 et s. ; A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1994, p. 1 et s. ; J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Dalloz, 1957, p. 341 et s. ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 190 et s. ; M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préc., spéc. n°175, p. 132 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préc., spéc. n°20 et s. p. 21 et s. ; M. Cantin-Cumyn, « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 79 et s. ; du même auteur, *L'administration du bien d'autrui*, préc., spéc. n°80 et s., p. 69 et s. Adde G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., spéc. n°136 p. 237 ; J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd., 2010, n°188, p. 191 et s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., spéc. n°205, p. 171 ; G. Goubeaux, *Traité de droit civil – Les personnes*, préc., n°27, p. 35 et s.

Certains ont préféré l'opposition entre les « droits-pouvoirs », « établis avant tout dans l'intérêt propre de certains individus qui en sont les titulaires », et les « droits-fonctions », « reconnus à des individus moins dans leur intérêt personnel que dans l'intérêt d'autres personnes » (R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, préc. n°44 ; A. Rouast, art. préc. ; J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc. p. 342 et s. ; G. Cornu, *Introduction*, n°69). Mais « l'intérêt de la distinction apparaîtrait mieux si l'on parlait de droits dans un cas et de pouvoirs dans l'autre » (R. David, préc.). Sur la critique de cette opposition terminologique, voir E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préc., spéc. n°57 et s., p. 45 et s.

Bien qu'ils distinguent droit subjectif et pouvoir, certains n'hésitent pas à affirmer que le titulaire d'un pouvoir est lui-même investi d'un véritable droit subjectif, qui consisterait précisément à exercer le pouvoir : En ce sens, voir F. Rigaux, *Introduction à la science du droit*, préc., spéc. p. 25 et s., pour qui « le pouvoir s'articule à deux droits subjectifs, celui du sujet inapte à le faire valoir et la maîtrise d'un pouvoir par son détenteur » et J. Dabin, in *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 229 et s., qui place les « droits-fonctions » au rang des droits subjectifs.

l'essor qu'elle a connu¹. La discussion se reporte en revanche sur sa *définition*. Sous cet aspect, plusieurs conceptions ont été défendues, sans qu'aucune n'emporte véritablement l'unanimité. Pour certains, le droit subjectif est un simple pouvoir de volonté concédé par le droit objectif². En identifiant le droit subjectif à la volonté, cette théorie omet, cependant, nombre de situations dans lesquelles des droits naissent ou existent sans intervention de volonté. Qu'il nous suffise de penser aux incapables, à l'*infans*, et plus généralement à toute personne titulaire d'un droit à réparation. Dans cette optique, d'autres auteurs suggèrent d'analyser le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé³. Il reste que cette conception s'avère plus descriptive qu'explicative. En effet, l'intérêt n'est pas par nature un droit, ce qui laisse entière la question de la définition du droit qui aurait pour but la satisfaction d'un intérêt⁴. Partant, d'autres auteurs, tels que Jelinek⁵ en Allemagne, et de Michoud¹ ou encore Demogue² en France, ont tenté de concilier

¹ Sur cette discussion, voir G. Michaelides-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966. 216 et s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^{ème} éd., n°181 p. 133. Sur l'analyse de ces thèses, voir J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p.8 et s. ; Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^{ème} éd., 1978, n°6 et s. De façon schématique, deux conceptions extrêmes ont été défendues. Pour les tenants de la thèse subjectiviste, imprégnés d'une représentation individualiste du droit, il s'agissait d'affirmer la primauté du droit subjectif sur le droit objectif. Dans cette vue, le droit subjectif est le principe et la fin du droit. A l'opposé, les partisans de la thèse objectiviste ont nié globalement l'existence des droits subjectifs. En effet, les prétendues prérogatives individuelles ne sont que l'expression d'un système de devoirs résultant de la soumission à l'ordre juridique (C'est essentiellement la conception de Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^{ème} éd., 1931, p. 15 et s. ; *Les transformations générales du droit privé depuis le C. Nap.*, 1912, p. 158 : « La propriété est, pour tout détenteur d'une richesse, le devoir, l'obligation d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale ». Voir également H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP* 1926. 561 et s.). Aucune de ces deux conceptions n'a emporté la conviction. En idéalisant la volonté individuelle contre l'autorité de l'Etat, la thèse subjectiviste ne méconnaît-elle pas « l'aspect social de toute la matière juridique ? » (J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n°184 p. 135). Surtout, « la conception finaliste du droit confond le but et le contenu de la règle de droit, l'ordre des fins et l'ordre des moyens » (J. Flour, *Cours d'introduction à l'étude du droit et du droit civil*, 1967-1968, Les Cours du droit, p. 54). En considérant que les situations juridiques se ramènent à un système de devoirs résultant directement de la règle de droit, la thèse objectiviste nie tout effet de droit à la volonté. Or en se bornant à déclencher la règle de droit, la volonté fait apparaître néanmoins certains avantages privatifs, de sorte que « ce qui est charge ou devoirs pour les uns se traduit souvent, qu'on le veuille ou non, par des droits pour les autres » (J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n°181 p. 133). Dans cette perspective, la doctrine contemporaine est d'accord pour reconnaître la primauté du droit objectif sans nier l'existence des droits subjectifs. Seulement, le droit subjectif consacre une prérogative individuelle jugée socialement utile par le droit objectif. Le droit subjectif constitue en ce sens à la fois un des buts et un des moyens du système juridique (Voir J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, préc., spéc., n°186, p. 137 et s. ; J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit*, préc., spéc. n°187, p. 190 et s. ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, préc., spéc. n°328 et s., p. 273 et s. ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., spéc. n°395, p. 264 et s. ; P. Roubier, *Droit subjectif et situations juridiques*, préc., spéc. p. 106 et s. ; G. Michaelides-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », préc.).

Sur l'origine du droit subjectif, voir M. Villey, « Les origines du droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, 2^{ème} éd., p. 221 et s. et, du même auteur, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD* 1964, p. 103.

² Sur l'exposé de cette conception, voir J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc., n°189, p. 140-141.

³ Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., t. 4, § 70, p. 317 et s.

⁴ J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 65 et s., spéc. p. 69 : « L'intérêt n'est pas un droit parce qu'il est protégé : il est, au contraire, protégé parce qu'il est reconnu être un droit, méritant comme droit cette protection. Et alors la question reste entière de savoir en quoi consiste le droit ».

⁵ *Ibid.*

les deux conceptions en utilisant le double critère de l'intérêt et de la volonté. Mais cette conception mixte, unissant deux théories en elles-mêmes déficientes, ne saurait par cette réunion s'affranchir des critiques que chacune d'elles comporte³.

Devant cette impasse, Jean Dabin proposa dans sa monographie *Le droit subjectif*, parue en 1952, une définition nouvelle : « *le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise* »⁴. Pour l'éminent auteur belge, l'appartenance est le fondement du droit subjectif : « *le droit subjectif se présente d'emblée comme une relation d'appartenance entre le sujet et une chose : d'une part, l'idée de droit ne naît qu'avec cette appartenance ; d'autre part, cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit* »⁵. Quant à l'idée de maîtrise, elle constitue le corollaire de l'appartenance. Précisément, c'est « *un pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit* »⁶. Bien que séduisante, l'idée d'appartenance-maîtrise n'est pas exempte de toute critique⁷. Outre que les termes appartenance et maîtrise « *ne sont pas faciles à saisir* »⁸, la théorie se révèle malaisée à mettre en œuvre. Notamment, si elle représente aisément le droit de propriété, elle ne convient guère aux droits dont leur titulaire n'a pas le pouvoir de libre disposition⁹.

A rebours de cette définition, Paul Roubier adopta une conception restrictive du droit subjectif. Pour ce faire, il proposa de distinguer deux catégories de situations juridiques : « *Dans les unes, l'élément de la prérogative et de l'avantage pour le titulaire de la situation apparaît au premier plan : ce sont des situations juridiques subjectives, c'est-à-dire celles qui tendent à créer principalement des droits plutôt que des devoirs. Dans les autres, l'élément du devoir, de la charge est prédominant : ce sont les situations juridiques objectives, c'est-à-dire celles qui tendent à reconnaître des devoirs plutôt que des droits* »¹⁰. Dans cette optique, s'il n'est pas douteux que les droits subjectifs appartiennent à la catégorie des situations juridiques subjectives, ils ne forment pas, cependant, l'ensemble de la catégorie. Roubier considère en effet

¹ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. 1, 2^{ème} éd., par L. Trotabas, 1924, n°46 p. 103 : « *Nous définirons donc le droit subjectif : l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre* ».

² R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, 1911, p. 320 et s., rééd. Ed. La Mémoire du droit, 2001.

³ G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., spéc. n°139 p. 259.

⁴ J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 80.

⁵ *Ibid*, p. 81.

⁶ *Ibid*, p. 89.

⁷ Pour une critique serrée, voir Ch. Eisenmann, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *RDP* 1954. 753. Voir également P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. n°38 et s. p. 326 et s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n°192 p. 143 et s.

⁸ Ch. Eisenmann, art. préc., spéc. p. 760.

⁹ C'est ainsi que Jean Dabin reconnaît qu'il y a « *un droit subjectif à la vie et aux différentes libertés* » (*Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 31), alors que ces droits ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'un acte juridique de disposition. Sur ce point, voir R. Nerson, *Les droits extra-patrimoniaux*, thèse Lyon, 1939, p. 386 et s. ; P. Kayser, « Les droits de la personnalité : Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971. 445, spéc. p. 452, n°6. *Adde*, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n°192 p. 143-144 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 3^e éd., 2009, spéc. n°42 p. 35 et s.

¹⁰ P. Roubier, *Droits subjectif et situations juridiques*, préc., spéc. n°6 p. 53-54.

que « les droits subjectifs n'englobent pas tous les cas où un individu peut avoir raison devant les tribunaux, mais seulement les hypothèses où existe une prérogative appropriée à la manière d'un bien : prérogative qui est en principe transmissible et qui normalement comporte la possibilité pour son bénéficiaire d'y renoncer. Ces prérogatives sont munies de protection judiciaire par le canal d'une action en justice [...] »¹. Ainsi entendu, est un droit subjectif, celui qui est cessible et garanti d'une action en justice, ce qui implique une situation juridique déjà formée. Mais là encore, la définition proposée demeure critiquable. On relève, d'une part, que les critères retenus pour définir la notion procèderaient d'une confusion entre le droit et son objet : « de la différence entre les objets des prérogatives l'on a conclu à une différence entre les prérogatives »². On lui reproche, d'autre part et surtout, d'exclure les droits de la personnalité du domaine des droits subjectifs, alors que nul ne conteste, aujourd'hui, qu'ils sont de véritables droits subjectifs³.

155. Caractères du droit subjectif – Quels enseignements tirer de ces diverses conceptions du droit subjectif ? Qu'« [i]l y a à peu près autant de définitions du droit subjectif que d'auteurs qui ont écrit sur le sujet »⁴. Aussi, plutôt que de remédier, seul, à ces difficultés, on préférera en prendre conscience. En effet, il ne s'agit pas ici de définir une nouvelle définition du droit subjectif, ni de choisir la construction doctrinale la plus séduisante, mais seulement d'en déterminer les caractères immuables et non contestés.

A cet égard, on peut relever avec profit que, pour la plupart des auteurs, le droit subjectif est une prérogative « garanti[e] par l'Etat »⁵ qui confère « un domaine réservé »⁶ où se déploie librement l'activité de son titulaire⁷. Il constitue, selon l'expression de Ripert, « une prérogative définie et donnant puissance à un homme sur un autre homme ou sur les autres hommes »¹.

¹ *Ibid*, n°4 p. 37-38.

² J. Dabin, « Droit subjectif et prérogatives juridiques, Examen des thèses de M. Paul Roubier », in *Mémoires de l'Académie royale de Belgique*, t. 54, 1960, p. 11 et s., spéc. p. 66.

³ F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant et LGDJ, coll. « Bibliothèque de la faculté de droit de l'université de Louvain », t. XX, 1990 ; B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1992, p. 46 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n°194 p. 146 ; G. Goubeaux, *Les personnes*, préc., spéc. n°282, p. 253 et s. ; P. Kayser, « Les droits de la personnalité : Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971. 445. Comp. Ch. Atias, *Les personnes. Les incapacités*, PUF, 1^{re} éd., 1985, n°38, p. 68.

⁴ H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil – Introduction à l'étude du droit*, préc., spéc. n°155 p. 253. V. dans le même sens P. Roubier, « Les prérogatives juridiques », *APD*, n°5, Sirey, 1960, p. 65 : « il est peu de termes dont on se serve aussi souvent que l'expression "avoir un droit", et il n'y en a pas qui ait été moins défini » ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, préc., spéc., n°161, p. 323 : « Le vrai est que le droit subjectif est une des notions premières du droit et défie quelque peu l'analyse ». Allant plus loin, certains considèrent que « la définition du droit subjectif est en perte de vue » : D. Gutmann, *V° Droit subjectif*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Lamy et PUF, 2003, p. 529 et s., spéc. p. 531.

⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, préc., spéc. n°163 p. 315 ; J. Dabin, « Le droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD* 1964, in *Le droit subjectif en question*, p. 17, spéc. p. 34.

⁶ J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 95 et 119.

⁷ G. Cornu, *Introduction au droit*, préc., spéc. n°37 p. 32 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, préc., spéc. n°44 p. 47 ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., spéc. n°394 et s. p. 264 et s. ; Ph. Malinvaud,

De là s'impose un constat : compris comme un *avantage* pour son titulaire, le droit subjectif ne peut rassembler toutes les formes de prérogatives juridiques. A côté des droits, existent, en effet, des prérogatives dont l'exercice doit être dirigé vers la satisfaction d'intérêts d'autres personnes que ceux de leur titulaire. On parle alors non plus de droits subjectifs, mais de pouvoirs.

156. Définition du pouvoir – La notion de pouvoir ne s'est imposée que récemment en droit privé à la suite d'une longue période de gestation². Elle est le fruit du constat que toutes les prérogatives juridiques ne sont pas conférées dans l'unique intérêt de leur titulaire. Aussi peut-on observer qu'à l'opposé des droits subjectifs, encore dénommés « *droits à esprit égoïste* »³, « *droits-pouvoirs* »⁴, « *droits-intérêts* »⁵, existent des pouvoirs, autrement dit des « *droits à esprit altruiste* »⁶, des « *droits-fonctions* »⁷, dont l'exercice suppose la prise en compte d'un intérêt différent de celui de son titulaire. La notion de pouvoir se dessine ainsi par opposition à celle de droit subjectif, laquelle est rattachée à l'idée d'individualisme.

Précisément, le pouvoir se caractérise par le fait que son titulaire exprime un intérêt qui ne se confond pas avec le sien propre⁸. Il est une « *prérogative conférée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* »⁹. Pour le dire autrement, le titulaire d'un pouvoir est investi de prérogatives dont l'exercice est tourné vers la satisfaction des intérêts d'autrui. Il s'agit donc,

Introduction à l'étude du droit, préc., spéc. n°328 et s. p. 273 et s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n°196 et s., p. 147 et s.

Adde la définition large du *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, *V° Droit* 4° : « *Dans un sens technique de précision, le droit subjectif (on écrit droit – avec une minuscule – par opp. à Droit objectif) : prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui* ».

¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., spéc. n°92 p. 163.

² Les auteurs ont mis en évidence l'ambivalence du mot pouvoir : il désigne, d'une part, une espèce de prérogatives, d'autre part, l'aptitude à mettre en œuvre ces prérogatives. C'est le premier sens qui nous intéresse ici. Voir sur les différentes définitions du pouvoir *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, préc., *V° Pouvoir*, II, 2 et 4 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préc., n°63 et s., p. 47 et s. ; M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préc., n°171 et s.

³ L. Josserand, *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc., n°308, p. 418 et s.

⁴ *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, préc., *V° Pouvoir*, II, 4°.

⁵ A. Legal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, p. 35-36 : « *Il ya en effet une grande différence entre le pouvoir organisé dans une institution, et les droits qui appartiennent à une personne en tant qu'individu. Ces derniers, que l'on appelle droits individuels ou encore droits subjectifs – que ce soient les libertés dont l'individu jouit à l'égard de l'Etat, liberté physique, liberté de conscience, liberté de parole, de réunion, d'association, ou les droits privés qui s'établissent dans les rapports des individus entre eux, le droit de propriété, droits de créance, droit de succession – sont tous reconnus à l'homme à raison de sa personnalité, de son être propre, pour lui permettre de développer ses facultés et d'user des biens de la terre dans son intérêt personnel, avec le souci de ses fins individuelles. Ces droits sont appelés quelquefois : droit-intérêt, parce que ce sont des pouvoirs mis au service des intérêts pécuniaires et moraux, de la personne humaine. Tout autre est l'autorité d'un organe de l'Etat ou d'une association de particuliers. Les gouvernants et les fonctionnaires publics, le comité ou le bureau qui administre et dirige une société ou une association, n'agissent pas par droit propre, dérivé de leur personnalité individuelle ; ils sont chargés d'une mission au service de l'intérêt collectif, leur pouvoir est un droit-fonction, qui s'oppose nettement, par sa finalité, son but, au droit-intérêt* ».

⁶ L. Josserand, *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc., n°310, p. 420.

⁷ J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., p. 217.

⁸ P. Roubier, *Droit subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. p. 190 et s. ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 248 et s. ; E. Gaillard, *La notion de pouvoir en droit privé*, préc., spéc. n°20 et s., p. 21 et s. et n°214 et s., p. 137 et s.

⁹ E. Gaillard, *La notion de pouvoir en droit privé*, préc., spéc. n°214 p. 137.

selon la belle formule de Josserand, de « *prérogatives altruistes dont la finalité, même apparente, est extérieure à la personne du titulaire* »¹. De là se dessinent les traits caractéristiques du pouvoir : il est, d'une part, une prérogative juridique permettant à une personne d'agir sur les droits d'autrui dont l'exercice doit se faire, d'autre part, dans l'intérêt d'autrui².

§ 2 - L'ANALYSE DE LA DISTINCTION ENTRE DROIT SUBJECTIF ET POUVOIR

157. Une distinction trop absolue ? – Droit subjectif et pouvoir paraissent constituer deux espèces, bien distincts l'une de l'autre, au sein de la catégorie des prérogatives. Prérogative à « *esprit égoïste* »³ conçue dans le seul intérêt de son titulaire, le droit subjectif semble en effet s'opposer radicalement au pouvoir, prérogative à « *esprit altruiste* »⁴ dirigée vers la satisfaction d'intérêts extérieurs à ceux de son titulaire. Mais la symétrie est trop parfaite pour ne pas appeler de réserves ni souffrir de nuances. En ce sujet, comme en tout autre, il faut se défier des distinctions trop absolues.

158. Critiques du critère de distinction. – Ainsi peut-on observer que le critère de distinction entre ces deux types de prérogatives est discutable. Considérer que le pouvoir est une prérogative ordonnée, chez son titulaire, à la satisfaction d'un intérêt au moins partiellement distinct du sien, n'est-ce pas, au fond, aboutir à la conclusion que tout est en réalité pouvoir⁵ ? Il est en effet difficile de concevoir un droit que l'on peut exercer sans se soucier des tiers. L'activité de l'homme est bien souvent commandée par son milieu social, en ce sens que chaque individu ne poursuit ses intérêts personnels que dans la mesure où cette poursuite est conforme à l'ordre social et au bien commun, ou tout au moins compatible avec ceux-ci. Josserand l'a du reste montré de manière pénétrante dans son premier *Essai de téléologie juridique, De l'esprit des droits et de*

¹ L. Josserand, *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc., n°81 p. 120

² Voir en ce sens les deux éléments proposés par Paul Roubier pour distinguer le pouvoir du droit : « a) *Celui qui exerce un pouvoir empiète sur la sphère juridique d'autrui ; il prend le gouvernement de la personne d'autrui, où il gère le patrimoine d'autrui. [...] b) Mais ces pouvoirs, du fait de l'inspiration du droit qui tend vers l'équilibre et la bilatéralité, ne peuvent être exercés par leur titulaire dans son intérêt personnel* », in *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc., n°23 p. 190.

³ L'expression est empruntée à Josserand, in *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n°308, p. 418.

⁴ L. Josserand, *op. cit.*, n°310, p. 420.

⁵ Hormis la catégorie, toute limitée, des droits discrétionnaires. Sur cette catégorie, voir notamment A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », préc. ; D. Roets, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997 chron. 93. Seraient discrétionnaires les droits dont aucun contrôle du juge n'est possible au sujet de l'utilisation qui en est faite. Il en est ainsi de l'opposition des ascendants au mariage d'un descendant (C. Civ., art. 172 et 179, al. 1^{er}), du consentement des père et mère au mariage de leur enfant mineur (C. civ., art. 148), du droit de provoquer le partage de l'indivision, (C. civ., art. 815), du droit d'exhérer un héritier dans les limites de la quotité disponible, du droit révoquer un testament (Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 2004, *JCP* 2004. II. 10179), du droit d'exiger la démolition d'une construction qui empiète sur un fonds (Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1990, *Bull. civ.* III, n°140), ou de renoncer au contrat d'assurance (Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 2006, *JCP* 1006. II. 10056.

leur relativité, théorie dite de l'abus des droits : « toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir [...] »¹. Ainsi, « n'étant pas une fin en soi, il [l'Homme] ne saurait exercer ses prérogatives en vue d'une fin exclusivement personnelle ; la conception de droits purement subjectifs, intégralement égoïstes, se suffisant à eux-mêmes et se donnant libre carrière, sans égard pour le but poursuivi et pour le dommage causé, cette conception artificielle et métaphysique a fait son temps et l'on peut dire, sans exagération, que sur ce point l'œuvre de la grande Révolution est périmée ; les droits individuels ne plus des prérogatives absolues, issues d'un dominium lui-même postulé par l'indépendance, la liberté, la dignité de l'homme ; à côté de l'élément subjectif qui, à notre avis, subsiste et subsistera toujours, on a vu apparaître l'élément objectif, social, qui se développe rapidement et qui, dès maintenant, occupe la première place ; on le retrouve, non pas seulement dans les droits altruistes, tels que les pouvoirs de famille, mais jusque dans les prérogatives en apparence les plus égoïstes, jusque dans la propriété individuelle, mobilière ou foncière »².

Sans aller jusqu'à l'admission d'une conception sociale des droits subjectifs³, il faut néanmoins reconnaître que nombre d'entre eux doivent être exercés dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de leur titulaire. Dira-t-on, par exemple, que l'usufruitier n'est pas titulaire d'un droit subjectif au motif qu'il a l'obligation de conserver la substance de la chose, et par voie de conséquence, de tenir compte des intérêts du nu-propiétaire⁴ ? Cela paraît douteux. Un droit subjectif peut assurément être reconnu bien que son titulaire soit tenu d'obligations précises, dont l'effet indirect est une limitation de ses prérogatives au profit d'un tiers créancier. Pour reprendre les termes de Paul Roubier, « il est incontestable que les prérogatives s'accompagnent de charges, parce que cela correspond à l'inspiration de l'équilibre, à la vertu de bilatéralité du droit. On peut faire cette constatation pour les différents types de droits subjectifs. Aux droits réels viennent faire pendant les charges réelles, par exemple celles qui règlent les rapports entre les propriétaires voisins. Aux droits d'entreprise et de clientèle, qui tendent à obtenir des bénéfices par une exploitation économique, correspond tout naturellement la charge des risques d'entreprise et des pertes d'exploitation. Aux droits universels, qui gouvernent la transmission à cause de mort des patrimoines,

¹ L. Josserand, *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc. n°292 p. 394. Saleilles concevait à côté du pouvoir sans limites du propriétaire de l'article 544 du Code civil sur les choses du monde extérieur, « d'autres formes de la propriété, une forme de propriété limitée, c'est-à-dire enchaînée à une destination supérieure, dominée par la nécessité d'une affectation spéciale qui fasse du propriétaire une sorte d'intermédiaire, ou de gérant dont la mission générale soit d'employer suivant leur destination les choses qu'il possède » (note sous Lyon, 10 juill. 1894, *S.* 1895. 2. 185). Saleilles devait préciser la nature de cette destination : il s'agissait de « la destination sociale du droit subjectif » (*Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur* 1896. 341, col. 1). L'objet de ce système était de donner une assise à la théorie de l'abus de droit, théorie difficilement conciliable avec l'idée de propriété, droit absolu.

² L. Josserand, *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc. n°237 p. 321-322. L'auteur conclut : « Dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit » (*ibid*, n°292, p. 395).

³ Pour une critique d'une théorie de la relativité des droits, voir G. Ripert, « Abus et relativité des droits », *Rev. crit.* 1929. 33, selon lequel une telle théorie aboutirait à « détruire l'idée de droit subjectif ». Voir du même auteur, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., spéc. n°103 bis, p. 182 et s.

⁴ En faveur de cette assimilation, voir B. Fromion-Hebrard, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse Paris II, 1998, n°142, p. 120 et s.

correspond naturellement la charge du passif qui grève ces patrimoines en proportion des droits sur l'actif »¹. En ce sens, la qualification de droit subjectif apparaît parfaitement compatible avec l'existence d'obligations, de charges imposant au titulaire du droit de l'exercer dans un intérêt partiellement distinct du sien².

Aussi distinguer le droit subjectif et le pouvoir selon que la prérogative doit être exercée ou non dans un intérêt distinct de celui de son titulaire paraît-il excessif.

159. Principes de distinction – Est-ce à dire que la distinction entre droit subjectif et pouvoir soit toute relative³ ? Bien qu'elle soit ténue, il nous semble qu'elle n'en demeure pas moins réelle. Au vrai, ce qui distingue droit subjectif et pouvoir tient aux principes qui les gouvernent : le droit subjectif est *liberté*, tandis que le pouvoir est *contrainte*. Alors que le droit subjectif est marqué par l'idée de liberté conférant un véritable monopole à son titulaire, le pouvoir est, quant à lui, imprégné de l'idée de restriction imposant son exercice dans la limite de sa finalité. Autrement dit, pour le titulaire d'un droit subjectif, tout ce qui ne lui est pas expressément interdit, lui est implicitement permis ; pour le titulaire d'un pouvoir, « *tout ce qui ne lui est pas expressément permis, lui est implicitement interdit* »⁴.

Dans cet esprit, il est parfaitement concevable qu'un droit subjectif soit exercé dans le respect des intérêts d'autrui, sans ruiner pour autant la distinction établie entre droit subjectif et pouvoir⁵.

¹ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. n°24, p. 203. *Adde*, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, préc., spéc. n°771, p. 756.

² *Adde Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V° Droit (4°) : le droit subjectif est « *une prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui* »

Voir en ce sens Jean Dabin, lequel, après avoir affirmé que « *la plupart des droits subjectifs sont donnés dans l'intérêt de leur titulaire, comme autant de moyens permettant à celui-ci de satisfaire à ses besoins, matériels et spirituels* », reconnaissait que « *ce n'est qu'accidentellement, en vertu d'une disposition spéciale de la loi ou de la volonté des particuliers sanctionnée par la loi, que l'émolument des valeurs protégées (sinon ces valeurs elles-mêmes) doit obligatoirement être appliqué, en tout ou en partie, au bien d'autrui : ainsi dans le cas de propriété ou de droits grevés d'affectation, au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées ou d'un groupe de personnes indéterminées [...]* », in *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 217-218.

Comp. G. Morin, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. II, p. 14 : « *Introduire l'idée de fonction dans le concept de droit subjectif, c'est intégrer une contradiction dans sa structure. Car le droit est une liberté dans l'intérêt de son titulaire et la fonction une obligation en service de personnes autres que le fonctionnaire* ».

³ Voir en ce sens J. Vidal, *Essai d'une théorie de la fraude en droit français*, préc., spéc. p. 343, note 1 : « *A la vérité, chaque droit paraît réaliser un certain dosage de fonction et de pouvoir. A la limite, on trouve des droits dont il est bien difficile de dire s'ils sont davantage pouvoirs que fonctions, ou inversement. Cette distinction étant néanmoins le support de celle du détournement de pouvoir et de l'abus de droit, ainsi qu'il vient d'être indiqué, il nous a paru nécessaire de l'utiliser, au moins dans cette mesure* ». Voir également Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, préc., spéc. n°99 p. 65 et s. : « *il n'y a donc pas, entre droit et pouvoir, une opposition de nature mais uniquement une différence de degré* ».

⁴ M. Storck, *op. cit.*, n°175 in fine, p. 132.

⁵ Telle était du reste la pensée de Jean Dabin, lequel distinguait le « *droit-fonction* » (dans notre conception, le pouvoir) et le « *droit fonctionnel* » (dans notre conception, le droit subjectif affecté de charges) : « *Dans le cas du "droit fonctionnel", par exemple le droit de propriété d'une personne morale sur les biens qui lui appartient, la personne morale doit sans doute user de ces biens "en fonction" de leur fin, qui est la fin même de la personne morale : d'où le caractère "fonctionnel", par définition, de tous les droits des personnes morales. Mais cette destination fondamentale des biens de la personne morale ne supprime, en son chef, ni l'appartenance, ni même la jouissance de ces biens, c'est les affecter à son but (idée du Zweckvermögen). Dans le droit-fonction au*

Simplement, là où le pouvoir ne peut être exercé qu'en vue de la fin pour laquelle il a été institué, le droit subjectif permet à son titulaire de jouir de tous les attributs de son droit, exceptés ceux qui compromettent la réalisation de l'acte juridique. En ce sens, le droit subjectif ne saurait être finalisé¹ tandis qu'il est de l'essence même du pouvoir d'être conféré en vue d'une fin à atteindre². De là il suit que le droit subjectif, bien que grevé d'obligations ou de charges, confère à son titulaire un *avantage* éventuel, un *bienfait*³ possible, alors que le pouvoir se présente pour son titulaire davantage comme une *charge*. En effet, la poursuite de l'intérêt d'autrui intègre nécessairement au pouvoir un but, dont le titulaire doit tenir compte dans son exercice. Ce dernier n'est donc pas riche de ses prérogatives, en ce sens qu'il n'en profite pas à titre personnel⁴. Tel n'est pas le cas du titulaire d'un droit subjectif. Certes, il peut être assujéti à l'exécution d'obligations dont l'effet est d'assurer les droits d'autrui, mais celles-ci ne constituent nullement la fin même du droit, de sorte qu'un avantage est toujours possible pour leur titulaire. Montrons-le de plus près avec les deux catégories de droits, les droits personnels et les droits réels, autour desquels le droit civil s'est construit⁵. Cela est évident pour le droit personnel : étant le droit d'exiger du débiteur l'exécution de son engagement, il est naturellement source d'un avantage pour le créancier. Un constat analogue peut être établi pour le droit réel. Etant le droit qui porte directement sur une chose, il procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de celle-ci. Aussi bien, une fois accomplies les charges qui grevaient l'exercice du droit réel, tous les avantages que recèle le droit peuvent à nouveau profiter au titulaire⁶. Telle était du reste la conception défendue par Roubier : si « *des obligations et des charges accompagnent les droits subjectifs [c'est], dans la technique du droit positif, sans jamais cependant pouvoir les égaler* »⁷, tandis que « *les*

*contraire, le droit est, dès l'abord et tout entier, dans son objet comme dans son but, défini par la fonction à laquelle il est ordonné ; et dès lors, s'il entre dans les activités de la fonction de gérer des biens, les titulaires les gèrera uniquement comme administrateur, sans en avoir en rien la propriété, même fonctionnelle : à la différence du propriétaire fonctionnel, les biens qu'il serait appelé à gérer ne sont pas les siens ; il n'en a ni la jouissance ni même l'appartenance ; il agit pour autrui, à titre d'organe ou d'instrument (idée de l'Amtsvermögen) », in *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 222-223.*

¹ J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 268 et s. ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. n°23, p. 190 et s. ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préc., spéc. n°33, p. 29 et s. *Adde*, en droit québécois, voir la belle monographie de M. Cantin-Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, préc., spéc. n°89 et s., p. 75 et s.

² *Ibid.*

³ Voir en ce sens M. Pichard, *Le droit à. Etude de législation française*, préf. M. Gobert, Economica, 2006, n°186, p. 244 : « *le droit subjectif est un bienfait possible attribué à un titulaire qui en maîtrise l'usage* ».

⁴ Certes, il peut être rémunéré pour le service rendu. Mais cette rémunération puise sa source, non pas dans les prérogatives qui lui ont été conférées, mais dans son activité.

⁵ Il reste que cette *summa divisio* ne permet pas de décrire l'ensemble des droits subjectifs. Les droits nouveaux qui ont émergé, tels que les droits dits de la personnalité, n'entrent ni dans la catégorie des droits réels ni dans celle des droits personnels, alors que leur qualification de droits subjectifs est désormais acquise (voir *supra* n°154). Mais, à l'instar des droits réels et personnels, les droits de la personnalité bénéficient d'une protection, ce qui est, là, l'illustration qu'ils sont un bienfait pour leur titulaire.

⁶ On verra cependant qu'il n'en est pas toujours ainsi : le fiduciaire, bien que titulaire d'un droit réel, n'est censé tirer aucun avantage de la chose qu'il a sous son emprise. Voir *infra* n°180 et s.

⁷ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., spéc. n°24, p. 204.

fonctions et les pouvoirs nous placent principalement dans le cadre de situations objectives, dans lesquelles les charges sont, en principe, supérieures aux avantages »¹.

Aussi peut-on observer que la ligne de partage entre droit subjectif et pouvoir tient moins à la façon dont sont exercées ces prérogatives qu'à la situation juridique dans laquelle est placé leur titulaire. Par où l'on voit que la distinction entre droit subjectif et pouvoir n'est sans doute pas relative. Ces deux types de prérogatives sont le reflet d'une réalité qui distingue les prérogatives finalisées de celles qui ne le sont pas. Au demeurant, cette différence du côté des fins n'est pas sans entraîner des différences quant au régime juridique applicable.

160. Différences de régime juridique. – A chaque notion, enseigne-t-on, correspond un régime juridique qui lui est propre. Sous cet aspect, la nature téléologiquement déterminée des prérogatives du titulaire d'un pouvoir explique la singularité de certaines règles juridiques.

Ainsi s'explique qu'il soit contraint d'user de ses prérogatives uniquement en vue de satisfaire la fin qui a justifié leur investiture. S'ils sont mis au service d'une fin différente, ils perdent leur signification et leur légitimité. En ce sens, tandis que l'activité du titulaire d'un droit subjectif est soumise à la théorie de l'abus de droit², celle du titulaire d'un pouvoir est appréciée par rapport à la théorie du détournement de pouvoir³.

Ainsi s'explique encore que le titulaire d'un pouvoir ait des prérogatives limitées dans le temps. En effet, le pouvoir s'éteint si ce qui avait justifié l'intervention de son titulaire disparaît. Il perd sa raison d'être une fois la mission achevée, ou encore lorsque celle-ci ne peut plus être accomplie. Tel n'est pas le cas des droits subjectifs, même affectés de charges, lesquels ne s'éteignent pas malgré l'exécution de celles-ci.

¹ *Ibid*, n°21, p. 177.

² Sur la théorie de l'abus de droit, voir Charmont, « L'abus de droit », *RTD civ.* 1902. 113 et s. ; R. Saleilles, « De l'abus de droit », *Bull. de la société d'études législatives* 1905. 325 et s. ; M. Planiol, « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit. de lég. et jurispr.* 1905. 277 et s., 1906. 80 ; Desserteaux, « Abus de droit et conflits de droits », *RTD civ.* 1906. 119 ; L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* ; G. Ripert, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit.* 1929. 33 et s. ; H. Capitant, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928. 365 et s. ; G. Morin, « Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit », in *Etudes Lambert*, t. II, p. 317 et s. ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 268 et s.

³ J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., spéc. p. 268 et s. ; D. Veaux, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit français », in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 28, 1977, Paris, Economica, 1980, p. 77 et s., spéc. n°2, p. 77-78 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préc., spéc. n°144 et s., p. 95 et s. ; F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, préf. Y. Reinhard, Litec, 2000, n°202 et s., p. 71 et s.

Sans doute cette distinction n'apparaît-elle pas toujours aussi nettement en jurisprudence. Il reste, cependant, que l'abus de droit permet aux tiers de critiquer l'usage qu'en fait son titulaire pour son propre compte, alors que le détournement de pouvoir permet de vérifier si son titulaire a usé de ses prérogatives conformément à la finalité qui s'y rattache et n'a pas desservi les intérêts de celui pour le compte duquel il a agi. Autrement dit, le détournement de pouvoir n'est pas le mauvais exercice des prérogatives propres à leur titulaire, mais le mauvais accomplissement des missions dont il est chargé.

Comp. P. Ancel, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », in *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse*, Actes du séminaire de Genève, mai 1998, Centre de recherche critique sur le droit, Saint-Etienne, Centre d'Etudes juridiques européens, Genève, Etudes réunies par P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, 2001, publ. de l'Université de Saint-Etienne, coll. Droit, p. 18.

§ 3 - L'EXISTENCE DE DEUX TYPES DE PREROGATIVES DE L'INTERMEDIAIRE D'UNE LIBERALITE A TROIS PERSONNES

161. Position du problème. – L'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes est, on l'a dit, investi de prérogatives grevées de charges, dont l'objet est de favoriser la transmission d'un bien ou les revenus de celui-ci au bénéficiaire final. De la distinction établie entre droit subjectif et pouvoir, quelle peut-être la nature des prérogatives de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes ?

162. Un pouvoir. – Assurément, la nature téléologiquement déterminée des charges qui sont imposées à l'intermédiaire peuvent le placer dans la situation juridique d'un titulaire de pouvoirs. Ces obligations peuvent, en effet, trouver leur source dans l'existence d'une mission¹. Ainsi, par exemple, c'est bien une mission qu'assument l'exécuteur testamentaire, le mandataire à effet posthume, l'administrateur des biens donnés ou légués au mineur, ou encore le fiduciaire².

Ainsi entendues, les prérogatives de l'intermédiaire sont finalisées, tendues vers la satisfaction du but à atteindre, à savoir transmettre au bénéficiaire final le bien qui lui a été remis par le disposant ou les revenus de celui-ci. En agissant nécessairement pour le compte d'autrui, l'intermédiaire doit donc consacrer toute son activité à la réalisation de sa mission. Dans cette optique, l'intermédiaire a le pouvoir d'agir dans les limites de ses attributions, mais il a surtout l'obligation de s'acquitter de sa mission. Aussi est-il contraint d'employer les prérogatives qui lui ont été conférées en vue d'assurer la transmission du bien ou les revenus de celui-ci au bénéficiaire final. Aussi, encore, perd-il ses prérogatives au cas de réalisation de la mission ou d'impossibilité de l'accomplir.

163. Un droit subjectif. – Mais l'intermédiaire peut aussi être investi d'un véritable droit subjectif. De prime abord, l'assertion peut surprendre. A la différence du pouvoir, le droit subjectif confère un avantage à son titulaire qui en maîtrise l'usage³. Or, comment cet avantage pourrait-il exister dans la mesure où les obligations qui pèsent sur l'intermédiaire ont pour objet de favoriser la transmission au bénéficiaire final du bien, objet de la libéralité consentie par le disposant, ou les revenus de celui-ci ? Il est vrai qu'au terme du processus de l'opération,

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Mission 1^o: « *Ce qui est confié par une personne à une autre (détermination d'où résulte la limite des pouvoirs de celui qui reçoit la mission) ; l'opération confiée* ».

² Sur la compatibilité de la qualification de pouvoir avec la nature des droits du fiduciaire, voir *infra* n^o180 et s.

³ Voir *supra* n^o159.

l'intermédiaire peut perdre ses prérogatives sur le bien, ce qui le place alors dans une situation juridique analogue à celle du titulaire d'un pouvoir. Mais là s'arrête la comparaison. Sa situation peut en effet différer de celle de l'intermédiaire, titulaire d'un simple pouvoir, sous deux aspects.

En premier lieu, son obligation peut être de nature purement morale¹. Il en va ainsi des dispositions précatives, lesquelles ne sont pas assorties de la charge juridique de transmettre, mais comportent simplement la *prière* de transmettre. Partant, nullement contraint juridiquement d'accomplir une mission, l'intermédiaire est, dans ces occurrences, titulaire d'un véritable droit subjectif.

En second lieu, et de manière plus significative, il arrive que l'intermédiaire conserve ses prérogatives sur le bien malgré l'échec de l'opération projetée par le disposant. Plus précisément, s'il perd nécessairement ses prérogatives lorsque la libéralité reçoit exécution au profit du bénéficiaire, il ne les perd pas toujours au cas d'*inefficacité* de celle-ci. Or, c'est notamment là que gît la différence entre le droit subjectif et le pouvoir. Le titulaire du pouvoir perd en effet ses prérogatives sur le bien au terme de sa mission, et ce quelle que soit l'issue de celle-ci². Que l'on songe, pour s'en convaincre, à l'exécuteur testamentaire, au mandataire à effet posthume, à l'administrateur des biens donnés ou légués au mineur, ou encore au fiduciaire. Tous perdent leurs prérogatives lorsque le bien est transmis au bénéficiaire, mais ils les perdent également en cas d'inefficacité de la libéralité consentie au bénéficiaire. Au contraire, l'intermédiaire, titulaire d'un droit subjectif, ne perd pas ses prérogatives en cas de caducité ou de résolution de la libéralité consentie au bénéficiaire final. Telle est, par exemple, la situation du grevé d'une charge graduelle ou résiduelle, lequel ne perd pas, en principe, ses droits en cas d'inefficacité – nullité pour incapacité de l'appelé ou caducité par suite du prédécès de l'appelé – de la libéralité consentie à l'appelé³. Il en est de même du gratifié sous condition résolutoire, lequel, tenu d'un devoir de loyauté tant que la condition est pendante, voit ses droits consolidés par la défaillance de la condition affectant sa libéralité ainsi que celle du gratifié sous condition suspensive⁴.

Par où l'on voit que l'existence d'obligations à la charge de l'intermédiaire, dont l'objet est de favoriser la transmission du bien ou des revenus de celui-ci au bénéficiaire final, n'est pas incompatible avec la qualification de droit subjectif.

¹ Sous cet aspect c'est pour cette raison que nous employons le verbe « *favoriser* » pour évoquer les obligations de l'intermédiaire.

² Voir *supra* n°160 et s.

³ C. civ., art. 1056.

⁴ On pourrait nous objecter que le gratifié sous condition résolutoire n'est tenu d'aucune obligation, de sorte qu'il ne pourrait pas avoir la qualité d'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes. Il nous semble, au contraire, que, malgré le mécanisme de la condition, le gratifié sous condition résolutoire a l'obligation d'accomplir certains actes en vue de sauvegarder les intérêts du gratifié sous condition suspensive. Sur cette question, voir *infra* n°391 et s.

* * *

164. Conclusion de la section. – C'est dire, en définitive, que la nature des prérogatives de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes est alternative. Les prérogatives qui lui sont conférées peuvent l'être, d'une part, en vue de satisfaire la fin qui a justifié leur investiture. Assigné à la réalisation d'une mission, l'intermédiaire est alors titulaire de pouvoirs¹. Ses prérogatives peuvent, d'autre part, ne pas être finalisées. Il est alors titulaire d'un droit subjectif, en ce sens que les obligations auxquelles il est assujéti ne lui imposent pas d'agir *pour le compte* du bénéficiaire final. Autrement dit, s'il doit tenir compte des intérêts du bénéficiaire, il agit également dans son propre intérêt, de sorte qu'il tire un profit personnel de ses prérogatives.

Ce constat établi, reste à déterminer désormais l'étendue des prérogatives de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes.

¹ Sur la conciliation entre la notion de pouvoir et celle de fiducie, voir *infra* n°180 et s.

SECTION II : L'ETENDUE DES PREROGATIVES DE L'INTERMEDIAIRE

165. Appréhension du bien, objet de la libéralité. – Afin de réaliser son dessein, le disposant se dessaisit du bien, objet de la libéralité, au profit de l'intermédiaire, ce qui implique que celui-ci l'appréhende, c'est-à-dire qu'il soit investi de la maîtrise effective du bien. Ce pouvoir de maîtrise se distingue néanmoins de la possession, au sens de l'article 2255 du Code civil, laquelle est l'exercice d'un pouvoir de fait sur un bien. En effet, à la différence du possesseur, l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes a la chose entre ses mains en vertu d'un titre juridique, à savoir l'acte de dessaisissement du disposant.

Sous cet aspect, ce titre juridique peut lui conférer la *détention précaire* du bien. L'article 2266 du Code civil, qui fait allusion à la notion de détention précaire à propos de la prescription acquisitive, indique ainsi que le détenteur précaire est celui qui « *possède pour autrui* ». Mais si le titre de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes peut être un aveu de la propriété d'autrui, il peut également porter reconnaissance d'un *droit de propriété* à son endroit.

166. Problématique : conciliation du droit de propriété avec les charges imposées à l'intermédiaire. – Cependant, il ne faut pas oublier que l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes exerce des prérogatives limitées par une série de charges ou de devoirs dont l'objet est de contribuer à la transmission du bien ou des revenus de celui-ci au bénéficiaire final. Aussi est-ce en tenant compte des contraintes qui pèsent sur l'intermédiaire qu'il convient de déterminer le contenu de ses prérogatives.

Or, si ces restrictions à la liberté d'action de l'intermédiaire s'intègrent aisément dans une détention précaire, leur conciliation avec un droit de propriété n'est pas aussi évidente. A cet égard, d'aucuns pourraient même douter de l'existence du droit de propriété de l'intermédiaire lorsque celui-ci est chargé de conserver le bien, de le gérer et de le transmettre à une certaine échéance au bénéficiaire final. Ici sans doute se dresse la difficulté de notre propos : vérifier si l'existence de telles charges n'entraîne pas une dénaturation du droit de propriété de l'intermédiaire, au point d'emporter sa déqualification en un droit réel sur la chose d'autrui, voire en un droit personnel de jouissance.

167. Plan. – Dans cette perspective, il convient d'étudier les deux qualités que peut prendre l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes. Il peut exercer ses prérogatives sur le bien, objet

du dessaisissement du disposant, soit en tant que détenteur précaire (§ 1), soit en qualité de propriétaire (§ 2).

§ 1 - L'INTERMEDIAIRE, DETENTEUR PRECAIRE

168. Définition du détenteur précaire. – Le détenteur précaire est la personne qui a la chose entre les mains, mais elle la détient « *précairement* », parce que le propriétaire la lui a remise sur sa prière¹, c'est-à-dire qu'elle devra, à une certaine échéance, la restituer au propriétaire².

A cet égard, le détenteur n'est pas le possesseur³. Bien que le Code civil ne l'exprime pas clairement⁴, la distinction est acquise de longue date⁵. En effet, tandis que la possession existe indépendamment de tout titre juridique, la détention résulte toujours d'un titre juridique⁶. Autrement dit, le possesseur n'a qu'un pouvoir de fait sur la chose, alors que le détenteur exerce un pouvoir de droit sur celle-ci. Ce titre juridique, la *causa detentionis*, explique du reste que le détenteur soit dépourvu d'*animus domini* et qu'il n'ait que l'*animus detinendi*. En ce sens, il accomplit sur la chose des actes de maîtrise en ayant conscience du fait qu'il n'est pas propriétaire et qu'il devra restituer la chose.

Aussi la définition du détenteur précaire ne serait-elle tenir à l'existence ou l'absence d'un droit direct sur la chose. Il importe peu, en effet, que le détenteur soit titulaire d'un droit réel ou d'un droit personnel. Ce qui est fondamental, ce qui est de l'essence de la détention précaire, c'est que la maîtrise du détenteur est grevée d'une double obligation : conserver la substance de la

¹ Etymologie de « précaire » : provient du latin *precarius*, obtenu par prière.

² R. Saint-Alary, *La détention, notion et portée en droit français*, thèse Montpellier, 1941 ; F. Alt-Maes, « Une évolution vers l'abstraction, de nouvelles applications de la détention », *RTD civ.* 1987. 21. Adde J. Carbonnier, *Droit civil – Les biens. Les obligations*, préc., spéc. n°785, p. 1722 et s. ; M. Mathieu-Izorche, *Les biens*, préc., spéc. n°866 et s., p. 334 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., spéc. n°150 et s., p. 109 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°501 et s., p. 147 et s.

³ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, par M. Picard, préc., spéc. p. 175

⁴ A lire les articles 2255 à 2257 du Code civil, il existerait même une confusion entre possession et détention : aux termes de l'article 2255, « *la possession est la détention [...]* ». L'article 2255 du Code civil fait référence à une possession à titre de propriétaire, mais seulement pour pouvoir prescrire et les articles 2256 et 2257 du Code civil envisagent deux types de possession, celle à titre de propriétaire et celle pour le compte d'autrui. Quant aux articles 2266 et 2269 du Code civil qui visent expressément les détenteurs précaires, ils ne précisent pas pour autant qu'ils ne sont pas des possesseurs.

⁵ Sous cet aspect, les thèses opposées de Savigny et de Ihering séparent détention et possession. Simplement, pour Savigny, la différence tient à l'*animus, animus domini* dans le cas de la possession, *animus detinendi* (volonté de détenir pour autrui) dans le cas de la détention tandis que pour Ihering, si l'*animus* (qui, selon lui, est la volonté de s'attribuer les utilités économiques de la chose) est identique au possesseur et au détenteur, il y a un élément négatif qui le sépare : c'est la *causa detentionis*, c'est-à-dire le titre de la détention, qui empêche le détenteur de prescrire et l'oblige à restituer. Sur ces thèses, voir notamment L.-E. Radulesco, *La notion et les éléments de la possession en législation*, thèse Paris, 1923, p. 80 ; R. Saint-Alary, *La détention, notion et portée en droit français*, thèse Montpellier, 1941, p. 37 et s. Adde P. Jourdain, *Droit des biens*, préc., spéc. n°28, p. 29.

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil – Les biens. Les obligations*, préc., spéc. n°785, p. 1722 et s. ; M. Mathieu-Izorche, *Les biens*, préc., spéc. n°866 et s., p. 334 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., spéc. n°150 et s., p. 109 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°501 et s., p. 147 et s.

chose et la restituer à l'extinction de la détention. Pour le dire autrement, dans tous les cas de détention temporaire, le détenteur a la chose entre ses mains, mais il doit la conserver et la restituer, à une certaine échéance, au propriétaire. Est ainsi détenteur précaire : « *le locataire, le dépositaire, l'usufruitier* »¹, l'emphytéote, le créancier gagiste, le séquestre, le commodataire, ou encore le mandataire lorsque sa mission est de gérer les biens d'autrui².

169. Assimilation de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes à certains détenteurs précaires. – De là on peut observer que la définition du détenteur précaire se concilie pleinement avec les exigences tenant au rôle de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes. A l'instar du détenteur, l'intermédiaire a entre ses mains le bien, objet de la libéralité. Comme celui-ci, les prérogatives de celui-là sont grevées de charges dont l'objet est de préserver les droits du propriétaire : la double obligation de conservation et de restitution, inhérente au détenteur précaire, étant assurément de nature à favoriser la transmission du bien au bénéficiaire final.

Il reste que l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes ne saurait prendre l'habit de tout détenteur précaire. Il est évident que le créancier gagiste, le séquestre, l'emphytéote ne correspondent pas à l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes. Aucun d'entre eux ne peut, en effet, être sollicité aux fins de libéralité. Il est en outre douteux que le locataire ou le commodataire prennent la position d'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes, dans la mesure où leur intervention dans une relation triangulaire est difficilement concevable. En revanche, on conçoit aisément que l'usufruitier ou le mandataire soit intermédiaire d'une libéralité à trois personnes. Bien qu'aucun texte ne l'exprime de manière générale pour l'usufruit, nul ne doute de la validité de la transmission de l'usufruit de la chose à l'un – l'intermédiaire – et de la nue-propriété à l'autre – le bénéficiaire final³. De même, l'acceptation souple de la notion de représentation permet assurément au disposant de confier à l'intermédiaire-représentant la gestion du bien, objet de la libéralité consentie au bénéficiaire final.

170. Exemples de prérogatives conférées à l'intermédiaire. – Cependant, si l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes peut être un usufruitier, un dépositaire, ou encore

¹ C. civ., art. 2266, al. 2.

² C. civ., art. 1730 et s. pour le locataire ; C. civ., art. 1915 et 1927 pour le dépositaire ; C. civ., art. 578 pour l'usufruitier ; C. rur., art. L. 451-1 et 451-7 pour l'emphytéote ; C. civ., art. 2344 pour le créancier gagiste de meubles corporels et art. 2387 pour le créancier gagiste immobilier ; C. civ., art. 1915 et 1956 pour le séquestre ; C. civ., art. 1880 pour le commodataire ; C. civ., art. 1984, 1987 et 1988 pour le mandat.

³ Comp. C. civ., art. 899 qui envisage la double libéralité en usufruit et en nue-propriété. Mais aucun obstacle ne s'oppose à ce que l'usufruit soit transmis à titre onéreux.

un mandataire *lato sensu*, quelles prérogatives peuvent lui être octroyées ? Celles-ci varient selon la qualité qui lui est conférée.

En tant qu'usufruitier, l'intermédiaire a des prérogatives de *jouissance*. Outre le droit d'user de la chose, il a celui d'en percevoir et d'en conserver les fruits, à charge d'en conserver la substance¹. En revanche, s'il n'est que dépositaire, ses prérogatives se trouvent, en principe, extrêmement limitées, puisqu'il ne peut utiliser² la chose et en conserver les fruits³. Entre ces deux extrêmes, l'intermédiaire peut avoir la qualité de représentant. Dans cette occurrence, l'étendue de ses prérogatives résulte de la volonté du disposant, lequel dispose d'une grande liberté. Ainsi peut-il lui conférer l'*usage* de la chose. L'usage est une notion dont les contours et le contenu sont ambigus. L'usage n'est pas nécessairement l'*usus* ou le droit d'usage de l'article 625 du Code civil. Comme on a pu le suggérer, l'usage est « *l'action de tirer parti d'une chose en s'en servant, quelle que soit l'origine ou la nature du droit par lequel cette action est conduite ou menée* »⁴. En ce sens, la prérogative d'usage confère à l'intermédiaire le pouvoir de se servir de la chose dans le respect de la destination que le propriétaire a pu lui donner. Partant, la prérogative d'usage peut emporter l'*abusus* – « *un suprême et définitif usage* »⁵ – lorsque l'usage ne peut s'exercer sans emporter une consommation immédiate, pleine et entière de la chose.

§ 2 - L'INTERMEDIAIRE, PROPRIETAIRE

171. Position du problème. – S'il n'est pas détenteur précaire, l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes est alors propriétaire de la chose, objet de la libéralité. Toutefois, on pressent immédiatement la difficulté. L'intermédiaire dispose de prérogatives limitées par des charges ou des devoirs dont l'objet est de favoriser la transmission du bien ou les revenus de celui-ci au bénéficiaire final. Aussi ne peut-il être, dans l'esprit du disposant, qu'un patrimoine relais, qui doit « *porter* » la propriété pendant un certain, sans avoir la vocation à la conserver. Or, la propriété, « *droit naturel et imprescriptible* »⁶, « *inviolable et sacré* »⁷, qui permet à son titulaire « *de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »⁸, peut-elle subir de telles atteintes ? Pour y répondre, il faut s'interroger sur ce qui fait

¹ C. civ., art. 578 et 582. Comp. Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 1968, D. 1969. 274 : « *L'usufruitier qui transforme une maison de plaisance en maison de commerce contrevient aux dispositions de l'article 578 qui l'obligent à conserver la substance de la chose* ».

² C. civ., art. 1930.

³ C. civ., art. 1936.

⁴ G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préc., spéc. n°463, p. 286.

⁵ Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, préc., spéc. n°475.

⁶ Déclaration des droits de l'homme, art. 2.

⁷ Déclaration des droits de l'homme, art. 17.

⁸ C. civ., art. 544.

l'essence du droit de propriété et ce qui permet de qualifier telle partie de propriétaire et telle autre, seulement, de titulaire d'un droit personnel de jouissance ou d'un droit réel sur la chose d'autrui.

172. Enjeu pratique de la détermination de la qualité de propriétaire. – Plus qu'en toute autre matière, la question de savoir si l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes est un propriétaire est un enjeu crucial. En effet, au jour du dessaisissement du disposant, le bénéficiaire final n'est pas toujours capable de recevoir à titre gratuit. Aussi, dans ces cas de figure, afin d'éviter toute solution de continuité, le disposant transmet-il à une personne capable – l'intermédiaire – la propriété de ses biens à charge pour elle d'en remettre le profit à telle personne future ou incertaine, le jour où celle-ci acquerra la personnalité juridique ou sera suffisamment identifiée. Ce recours à un intermédiaire de transmission prévient ce faisant toute vacance dans la propriété. Le procédé est usuel. Il permet ainsi la constitution indirecte de fondations *post mortem*, au moyen d'un legs grevé de la charge de fonder¹. Plus généralement, il a été le moyen pour la jurisprudence de sauver nombre de legs adressés à une personne future ou incertaine en découvrant un legs à charge de transmettre².

Encore faut-il s'assurer que cet intermédiaire de transmission ait bien la qualité de propriétaire, que son patrimoine serve vraiment de relais entre le patrimoine du disposant et celui du bénéficiaire final.

173. Plan. – Partant, il convient, d'une part, de définir la notion de propriété (A), afin de déterminer, d'autre part, dans quelles hypothèses l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes a la qualité de propriétaire (B).

A. La définition de la propriété

174. La propriété : une notion à géométrie variable ? – Lorsque le terme propriété est employé, on songe naturellement à l'article 544 du Code civil. Sous cet aspect, la notion de propriété se dessine par rapport à cet article fondamental. Il reste que l'instrumentalisation de la propriété au service d'une fin, dont la fiducie est sans nul doute la figure de proue, est venue

¹ Cass. req., 7 nov. 1859, *D.* 1859. 1. 444 ; 21 juin 1870, *D.* 1871. 1. 97 ; Cass. civ., 5 juill. 1886, *D.* 1886. 1. 465 ; Cass. req., 6 nov. 1888, *D.* 1889. 1. 314 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n°258 ; 14 mai 1991, *D.* 1992. 149, note E. Agostini ; Paris 1^{er} août 1900, *Trib. civ. Seine*, 5 août 1897, *S.* 1905. 2. 78 ; Paris, 1^{er} juill. 1926, *DH* 1926. 456 ; *Rép. gén. not.* 1926, art. 21269 ; *Trib. civ. Seine*, 8 nov. 1923, *Rép. gén. not.* 1924, art. 20623 ; *Gaz. Trib.* 1924. 2. 64. Comp. toutefois Cass. civ., 14 août 1866, *D.* 1867. 1. 110.

² Voir notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, préc. ; *Trib. civ. Seine*, 1^{er} févr. 1927, *DH* 1928. 121 (2^{ème} espèce), note R. Savatier.

perturber la structure de ce droit. Complexe, incertaine et conflictuelle, la question du contenu des droits du fiduciaire n'a fait que diviser la doctrine. Certains ont dénié – et dénie toujours – au fiduciaire la qualité de propriétaire¹, tandis que d'autres n'y ont vu aucun obstacle à cette reconnaissance². Ce n'est pas le lieu de rouvrir ce débat fameux que quelques lignes ne parviendront jamais à clore. Qu'il nous soit permis ici de constater que, par suite de l'adoption de l'ordonnance du 30 janvier 2009, la qualité de propriétaire a été reconnue au fiduciaire³. Aussi est-il dorénavant difficile de refuser la qualité de propriétaire à celui qui est titulaire d'une propriété asservie à la réalisation d'un but déterminé, autrement dit d'une *propriété-pouvoir*.

Il reste que le débat rebondit sans doute sur un autre point. S'il est un propriétaire, le titulaire d'une propriété-pouvoir l'est-il au sens où l'entend l'article 544 du Code civil ? Autrement dit, la propriété-pouvoir est-elle la propriété de l'article 544 du Code civil ou une propriété d'un autre genre ? C'est, croyons-nous, cette dernière proposition qui doit être retenue. De sorte que c'est la notion de propriété qui s'en trouve bouleversée : d'une conception unitaire, on est passé à une conception à géométrie variable de la propriété.

175. Plan. – Pour s'en convaincre, il est, d'abord, nécessaire de définir la propriété, tel que l'entend l'article 544 du Code, c'est-à-dire la propriété ordinaire, la propriété-droit subjectif (1). L'émergence de la propriété-pouvoir impose, ensuite, de confronter celle-ci à la définition de la propriété-droit subjectif (2). De là découlera la conclusion selon laquelle la notion de propriété est désormais un genre au sein duquel la propriété-droit subjectif et la propriété-pouvoir sont deux espèces (3).

1. La définition de la propriété-droit subjectif

176. Rejet de la conception fondée sur le contenu du droit de propriété. – L'article 544 du Code civil énumère les composantes de la propriété, qui constituent, par leur réunion, la pleine propriété⁴. En ce sens, la propriété est le droit qui permet à son titulaire d'exercer sur la chose la

¹ Sans être exhaustif, voir R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303 et s. ; du même auteur, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », préc., spéc.

² Voir notamment, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°764, p. 247 et s.

³ Ord. n°2009-112 du 30 janv. 2009. Voir notamment C. civ., art. 2372-1 : « *La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030* » (nous soulignons).

⁴ Sur le fondement idéologique du texte, Portalis a invoqué tour à tour le droit naturel et la loi civile. En faveur du droit naturel : « *Si nous découvrons le berceau des nations, nous demeurons convaincus qu'il y a des propriétaires depuis qu'il y a des hommes [...]. Le principe du droit est en nous ; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive ; il est dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent* » (*Exposé des motifs de la loi relative à la propriété*, 26 nivôse an XII, Dalloz Jur. gén., V° *Propriété*, n°34, n°3). En faveur de la loi civile : « *Ce n'est pas dans le droit naturel qu'il faut chercher les règles de la propriété. L'état sauvage ou de nature n'admet pas la propriété [...]. L'effet de cet ordre est d'établir entre les associés une garantie qui oblige chacun d'eux à respecter les biens acquis par un autre et la disposition qu'il en fait [...].* »

plénitude des prérogatives d'une personne sur une chose, la *plena in re potestas*. Dans sa plénitude, le droit de propriété confère donc à son titulaire le droit de jouir, c'est-à-dire le droit d'user de la chose et d'en percevoir les fruits, ainsi que le droit de disposer de la chose qui en est l'objet. Ainsi compris, le triptyque *usus, fructus, abusus* structure le droit et participe de sa définition¹.

Une telle conception, dont l'origine vient des post-glossateurs², est manifestement insuffisante. Il est, d'abord, des choses, objet de propriété, qui ne se détruisent pas, d'autres qui ne procurent pas de fruits, d'autres encore dont on ne peut pas user. Autrement dit, il est des choses qui sont l'objet d'un droit de propriété bien qu'elles ne puissent conférer toutes les prérogatives décrites par l'article 544 du Code civil. Ensuite, certaines des utilités de la chose peuvent être retirées sans pour cela entraîner la perte de la qualité de propriétaire. Le propriétaire peut souffrir, en effet, de l'existence de charges grevant la chose sans que sa qualité soit remise en cause. Ainsi peut-il être concédé sur cette même chose un droit d'usufruit qui, aux termes de l'article 578 du Code civil, confère à son titulaire le droit de jouir de la chose dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même. Ainsi peut-il également être consenti une servitude dont le principal effet est d'amputer les droits du propriétaire du fonds servant³. Ainsi encore peut-il être imposé au propriétaire une inaliénabilité de la chose⁴. C'est dire, par conséquent, qu'il est possible de restreindre les utilités de la chose dont peut bénéficier le propriétaire, voire même de l'en priver, sans affecter pour autant l'intégrité de son droit de propriété⁵. En clair, aucune des utilités de la chose n'est indispensable à l'existence de la propriété. De sorte que si les prérogatives que permet d'exercer le droit de propriété ne permettent pas de le définir, c'est que la propriété ne peut pas se définir par son contenu, c'est-à-dire ses attributs⁶.

Telle était au demeurant l'analyse de Pothier : « *Quoique le droit de propriété renferme tous ces droits [1° le droit d'avoir tous les fruits qui naissent de la chose, 2° le droit de se servir de la chose, 3 et 4° le droit de disposer, 5° le droit d'empêcher tous autres de s'en servir], le propriétaire ne peut pas néanmoins toujours les exercer ; il peut en être empêché, ou par un défaut de sa personne, ou par quelque imperfection de son droit de*

Il n'est donc pas question d'examiner ce qui est le plus conforme au droit naturel, mais ce qui est utile à la société » (Séance du 30 nivôse an XI).

¹ En effet, « Non seulement le droit de propriété a un contenu précis, mais les attributs qui constituent ce contenu sont présentés comme les éléments de la définition même de ce droit. Alors que l'on ne dit pas du droit de créance qu'il est le droit d'exiger une prestation et le droit de gage général, etc. on dit de la propriété qu'elle est le droit d'user, de jouir et d'abuser d'une chose » : F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, thèse Lyon III, 1981, n°30.

² A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, préc., spéc. n°92 et s., p. 109 et s.

³ C. civ., art. 637 et s.

⁴ C. civ., art. 900-1.

⁵ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc. n°208, p. 332.

⁶ En ce sens, R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz – Litec, 2004, p. 297 et s., spéc. p. 306 : « *Si la propriété est une relation, elle ne doit plus se définir par un contenu : celui-ci procédera de son actualisation par tout propriétaire, en fonction de ses biens* ».

propriété »¹. Et telle est également la conclusion à laquelle aboutit l'ensemble de la doctrine moderne².

177. Adoption de la conception fondée sur la vocation à la plénitude des utilités. – S'il est acquis que l'essence de la propriété ne réside pas dans la maîtrise actuelle et effective de toutes les utilités d'une chose, comment doit-on dès lors la définir ? De façon plus concrète, pour quelles raisons un individu a-t-il la qualité de propriétaire malgré les limitations de ses prérogatives ? Au vrai, si la propriété subsiste malgré l'existence d'un droit usufruit, d'une servitude ou encore d'une clause d'inaliénabilité grevant la chose, c'est que la *plena in re potestas* qu'elle confère est seulement *potentielle*. Autrement dit, c'est la *vocation* à la plénitude des utilités de la chose qui est de l'essence de la propriété. Ainsi s'exprimait de Vareilles-Sommières dans son article consacré à la définition de la propriété : « *De ce que le propriétaire, en principe, a droit à tous les services de la chose, il suit, que si les lois positives ou les droits d'autrui sur la même chose qui l'empêchent d'en tirer certains services viennent à disparaître, il profite de l'abrogation des lois, de l'extinction de ces droits et peut désormais tirer de la chose les services dont il a été temporairement privé. En d'autres termes, de ce qu'il a droit en principe à tous les services de les services de la choses, il suit qu'il a un arrière-droit à ceux de ces services auxquels*

¹ Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. IX, par Bugnet, 2^e éd., 1862, n°6, p. 103.

² Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », préc., n°71, p. 481 : « *Il serait moins inexact mais encore inexact de dire que la propriété est la somme des droits qu'une même personne peut avoir sur une chose. Cette formule se trouvera par hasard conforme à la réalité dans le cas où la propriété atteint son plein, mais elle est fautive dans tous les autres cas. Le propriétaire d'un bien grevé d'un usufruit ou d'une servitude foncière n'a pas sur la chose tous les droits qu'une même personne peut avoir sur elle et pourtant il a la propriété [...]* ».

S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, préc., spéc. n°10-3°, p. 26 : « *C'est par l'effet d'une singulière erreur qu'on s'est habitué à définir la propriété comme la somme des utilités que peut donner une chose, par opposition aux pouvoirs limités que tout autre personne (usufruitier, locataire, emprunteur) pourrait avoir sur le même bien. En effet, si l'on reconnaît à quiconque certains des avantages de la propriété sans lui conférer la qualité de propriétaire, c'est donc que le propriétaire peut être privé des mêmes avantages sans pour cela perdre sa qualité de propriétaire ; et dès lors la propriété n'est plus le droit total permanent et exclusif que l'on prétend* ».

F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, préc., spéc. n°421, p. 582 : « *Une fois de plus il faut affirmer que les utilités (usus, fructus, abusus) ne sont que des "épiphénomènes" de la propriété et non la propriété elle-même, ainsi que le démontre le fait que la propriété demeure elle-même, en l'absence de tout ou partie de ses utilités* ».

P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1995, spéc. n°98, p. 79 : « *Si l'on prend le cas de la servitude, le propriétaire du fonds servant n'a pas la plénitude des prérogatives sur son bien puisque la servitude vient démembrer son droit de propriété. Cependant, nul ne conteste sa qualité de propriétaire du fonds ce qui montre bien que ce n'est pas l'existence de la plénitude des prérogatives qui est de l'essence du droit de propriété. Cependant, cet exemple n'est pas le plus flagrant puisque l'on peut invoquer le fait que ce propriétaire a conservé la majorité de ses prérogatives. L'exemple est beaucoup plus net avec l'hypothèse de l'usufruit : le propriétaire n'a pas de prérogatives sur le bien, il ne peut disposer que de la nue-propriété, c'est-à-dire de son droit. [...] Cependant le nu-propriétaire demeure bien un propriétaire et le Code civil le reconnaît expressément en le désignant comme tel : art. 578, 585, 592, 599, 600, 603, 605, 607, 609, 611, 614, 616, 617 et 618 C. civ. ».*

G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, préc., spéc. n°II. 1., p. 3 : « *Chacun le sait, le démembrement ne réalise pas une amputation du droit, le nu-propriétaire demeurant à tous égards un propriétaire. Dès lors, si tout en restant elle-même, la propriété peut perdre certains de ses attributs naturels, c'est que les prérogatives par lesquelles on la définit ordinairement ne sont pas de l'essence de ce droit* ».

Comp. Roguin, *La règle de droit : analyse générale, spécialités, souveraineté des états, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, Lausanne, F. Rouge, 1889, n°147, p. 273 : « *le seul propriétaire est celui qui n'a aliéné aucun de ses droits sur l'objet de sa maîtrise. Aussitôt qu'il s'est dépouillé d'une attribution classique quelconque, si faible et si momentanée qu'elle soit, il n'est plus propriétaire, rigoureusement parlant* ».

actuellement et par exception, de par les lois positives ou de par ses conventions, il n'a pas droit »¹. C'est dire que la propriété est « un droit d'étendue variable, susceptible d'atteindre un maximum [...] auquel il tend toujours, susceptible d'être réduit à quelques chances. Quand il atteint son maximum, on dit que la propriété est complète ou parfaite. Quand il ne l'atteint pas, on dit qu'elle est incomplète, imparfaite. [...] Mais chose remarquable, la propriété incomplète, tout autant que la propriété complète, est la propriété et la propriété entière »².

A l'appui de cette proposition, on peut observer que les restrictions dont le propriétaire peut souffrir dans l'exercice de son droit ne peuvent être que temporaires, en sorte que sa qualité lui donne la vocation de recouvrer la plénitude des prérogative³. C'est ainsi que l'usufruit a pour terme extrême la mort de son titulaire⁴, que la clause d'inaliénabilité n'est valable qu'à la condition d'être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime⁵, que tout droit personnel de jouissance est nécessairement temporaire⁶. Aussi, « que viennent à s'éteindre l'usufruit ou la servitude, à expirer le bail, à disparaître l'effet de la clause d'inaliénabilité, et aussitôt les restrictions qui en résultaient s'évanouissent : le propriétaire reprend ipso jure l'exercice de son pouvoir dans la mesure même où il avait été privé »⁷. Par où l'on voit que loin d'être cantonnée à l'exercice effectif et actuel de toutes les utilités qu'est susceptible de procurer la chose, la propriété est le droit qui assure à son titulaire la vocation à cette plénitude⁸.

¹ de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », préc., spéc n°3, p. 444-445.

² *Ibid.* n°6 et 7, p. 446.

³ Il faut néanmoins réserver deux exceptions : les servitudes et la clause d'inaliénabilité grevant les biens reçus à titre de libéralité par les personnes morales (C. civ., art. 900-1, al. 2).

Pour justifier le caractère perpétuel de certaines servitudes, Faure déclarait : « L'exercice de ce droit [la propriété] est restreint à la vérité par les lois sur les servitudes. Mais ces lois n'ont en vue que d'empêcher l'abus du droit, et de forcer à supporter ce que dans la nature des choses chaque voisin doit souffrir » (Rapport de Faure fait au Tribunal, au nom de la section de législation, dans la séance du 30 nivose an XII, in Locré, préc., spéc. t. VIII, p. 179. Voir en ce sens G. Ripert, *De l'exercice de la propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix-Marseille, 1902, p. 306-307 : « S'il y avait véritable démembrement, le propriétaire du fonds servant ne pourrait plus du tout user de la chose, tandis qu'au contraire il peut en user à la condition de ne pas contrarier la jouissance spéciale que son voisin en retire. Ainsi s'il y a un droit de passage stipulé, le propriétaire ne peut mettre obstacle au passage, mais il peut lui-même user du chemin ». Voir également F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc. n°214, p. 343 : « Pour éviter la décomposition de la propriété, la loi ne permet que des droits réels temporaires. Le pouvoir d'exclusivité du propriétaire demeure ainsi erga omnes puisqu'il a vocation à se rétablir à l'égard du titulaire de ce droit ou de ses ayants cause lors de l'extinction de ce droit. Il n'en va pas ainsi des servitudes qui sont les seuls droits réels à caractère perpétuel. Les servitudes ne pouvant avoir pour objet que l'utilité d'un fonds, elles ne portent qu'une atteinte limitée à la jouissance du propriétaire, et par suite, à son pouvoir d'exclusivité ».

S'agissant de la clause d'inaliénabilité grevant le bien reçu à titre de libéralité par une personne morale, il faut relever que cette perpétuité demeure relative : le gratifié peut obtenir en effet la mainlevée judiciaire de la clause d'inaliénabilité (C. civ., art. 900-2).

⁴ C. civ., art. 617.

⁵ C. civ., art. 900-1.

⁶ C. civ., art. 1709 et 1737 pour le louage de chose ; L. n°89-462 du 6 juill. 1989, art. 10 pour le bail d'habitation ; C. com., art. L. 145-4 pour le bail commercial ; C. rur., art. L. 411-5 pour le bail rural ; C. rur., art. L. 451-1 pour le bail emphytéotique.

⁷ S. Ginossar, *op. cit.*, n°12.

⁸ A.-M. Patault, *V° Propriété (Droit de)* in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., spéc. p. 1257.

Voir en ce sens les définitions proposées par les auteurs : M. Chauffardet, *Le problème de la perpétuité de la propriété. Etude de sociologie juridique et de droit positif*, thèse Aix, 1933 qui définit la propriété comme « un droit à tous les services futurs de la chose » ; S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, préc., spéc. n°12, p. 33 : « La propriété n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer ; mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en

A cet égard, le droit de propriété confère à son titulaire la vocation à la *plena in re potestas*, à savoir l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Surtout, droit subjectif par excellence, le droit de propriété procure à son titulaire un avantage¹. Le propriétaire a, à ce titre, une liberté de jouir de son droit qui ne souffre que de restrictions temporaires qui lui sont imposées par la loi ou par un acte juridique². Précisément, la vocation à la plénitude des utilités de la chose est une source de richesse, en ce sens que le propriétaire conserve toujours le droit à l'émolument de la chose. Cela est évident lorsqu'il exerce les pouvoirs les plus étendus, puisque sa plénitude lui permet de tirer de la chose toutes les utilités. Mais cela vaut également lorsque son droit se trouve limité par le droit personnel de jouissance d'autrui, ou encore amputé de l'un ses attributs. Dans ces occurrences, sa vocation lui permet, pendant la durée de la charge et à tout le moins à la fin de celle-ci, de profiter de la valeur économique de la chose, soit en percevant les fruits et produits de la chose, soit en la mobilisant aux fins de crédit, soit encore en la consommant³. Aussi voit-on que, dans la mesure où elle assure à son titulaire la vocation à la *plena in re potestas*, la propriété est nécessairement un élément de richesse.

conserve à tout moment l'expectative, la potentialité » ; F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, préc., spéc. n°421, p. 581-582 : « *Ce qui compte, dans la propriété, ce n'est pas tant les services qu'elle procure que le fait qu'elles les permette tous virtuellement* » ; Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, préc., spéc. n°267, p. 146, n°274, p. 148-149 et n°402, p. 218-219, qui insiste sur le fait que le propriétaire a une « *expectative de recouvrer un jour la plénitude de son droit* » et considère que « *son caractère résiduaire explique que la propriété puisse demeurer du côté de celui qui n'entretient plus aucun rapport direct et immédiat avec la chose* » ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, préc., spéc. n°98, p. 80-81 : « *Le droit de propriété peut parfaitement se voir amputé de ses prérogatives traditionnelles. Il demeure pour autant un droit de propriété dans la mesure où la possibilité de recouvrer la plénitude des pouvoirs demeure alors qu'elle n'existe pas pour les droits réels sur la chose d'autrui. L'essence du droit de propriété se trouve dans sa faculté à se reconstituer, à retrouver la plénitude de ses prérogatives. [... C'est la potentialité de la plénitude de pouvoirs la caractéristique majeure du droit de propriété, et non la plénitude elle-même qui justifie la qualification de propriétaire et qui constitue l'essence du droit de propriété* » ; *ibid.*, n°240, p. 193 : « *La propriété est conçue comme rassemblant la totalité (actuelle ou seulement potentielle) des prérogatives possibles sur le bien et le qualificatif de "propriété" ne peut être, dès lors, appliqué à des droits qui n'en conféreront jamais qu'une partie, à moins de vider la notion de propriété de sa substance* » ; G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, préc., spéc. n°II.2, p. 3 : « *L'essence du droit de propriété ne réside pas dans la maîtrise effective d'un bien* » ; R. Libchaber, « *Une fiducie française, inutile et incertaine...* », préc., spéc. n°13, p. 318 : « *en droit français, le propriétaire est moins celui qui actualise les prérogatives de l'article 544 que celui qui doit à terme les consolider dans son patrimoine. Le propriétaire se définit par sa vocation à toutes les utilités disponibles d'un bien, et non par leur détention effective immédiate* » ; F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, *Economica*, 2007, n°36, p. 40 : « *elle [la propriété] correspond à une potentialité de jouissance complète de la chose [...]* ».

¹ Sur la définition du droit subjectif, voir *supra* n°154 et s.

² Sur le lien entre la notion de liberté et le droit de propriété, voir R. Capitant, « *Sur la nature des droits réels* », in *Mélanges juridiques à la mémoire de N. Sugiyama*, Tokyo, Maison franco-japonaise, 1940, p. 29 et s.

³ Sans doute peut-on observer que la source de richesse est parfois très réduite pour certains propriétaires. Il en va ainsi de la nue-propriété d'un individu qui doit souffrir la présence d'un usufruitier plus jeune que lui (exemple d'une succession dévolue pour la nue-propriété aux enfants et pour l'usufruit au conjoint en seconde nocés, lequel est du même âge que celui des enfants). S'il est vrai que l'émolument de la propriété ne sera certainement pas perçu du vivant du nu-propriétaire, il n'en demeure pas que sa vocation sera transmise à ses héritiers, lesquels pourront jouir, à l'extinction de l'usufruit, de la plénitude des utilités de la chose.

178. Caractéristiques du droit de propriété. – De là il suit que le propriétaire entretient un rapport privatif avec la chose¹. Contrairement aux titulaires d'autres droits de jouissance dont les prérogatives limitées sur la chose représentent une donnée constitutive de leur propre droit, le propriétaire dispose d'un droit *absolu*. C'est en effet de la manière la plus absolue que le propriétaire jouit et dispose de son bien. Aussi ses prérogatives sur la chose ne connaissent-elles *a priori* aucune limite², de sorte que tout ce qui ne lui est pas défendu lui est permis³.

De ce rapport privatif avec la chose découle également l'*exclusivisme* du droit de propriété⁴. Le propriétaire est, en effet, seul maître de son bien, en ce sens que les tiers n'ont, en principe, aucune part à l'utilité de la chose qui lui appartient. Le propriétaire a donc la faculté de s'opposer à toute ingérence d'autrui. Ainsi s'explique qu'il soit proscrit de créer au profit d'un autre que le propriétaire des droits de jouissance perpétuels sur la chose⁵. Dans cette même voie, le propriétaire est libre d'agir ou de ne pas agir et peut dès lors faire de la chose ce que bon lui semble. Comme on a pu l'écrire, « à l'intérieur de la muraille que constitue l'exclusivité, tout est possible. [...] Le propriétaire peut donner libre cours à sa liberté d'action dans son espace privatif sans avoir à requérir aucune licence, contrairement à celui qui jouit d'un droit sur la chose d'autrui »⁶. Parce qu'il est seul maître de la chose, le propriétaire peut en user, en tirer les fruits et surtout en disposer. A ce titre, le droit de disposer des choses lui permet d'accomplir tout acte susceptible de modifier la situation juridique du bien ; il est ainsi « l'expression la plus complète de son pouvoir »⁷, « un attribut spécifique du droit de propriété qu'on ne retrouve pas dans les autres droits réels »⁸.

Enfin, dans la mesure où il donne à son titulaire la vocation à tirer profit de toutes les utilités de la chose, le droit de propriété se distingue des autres droits réels par son caractère *perpétuel*⁹. La

¹ Ainsi que le définissait Pothier, « Le *domaine* de *propriété* est ainsi appelé, parce que c'est le droit par lequel une chose m'est *propre* et m'appartient privativement à tous autres » : in *Traité du domaine de propriété*, t. IX, par Bugnet, 2^e éd., 1862, n°4, p. 103.

² Sauf, bien entendu, ce que les lois et les règlements lui interdisent. A ce titre, on fait observer que la multiplication des atteintes au droit de propriété devrait conduire à ne plus considérer le caractère absolu comme un caractère distinctif du droit de propriété : voir en ce sens G. Cornu, *Les biens*, préc., n°29 ; Ch. Larroumet, *Les biens*, préc., n°211 et s. ; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, préc., n°93 et s. ; Comp. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°431 et 455.

³ Ce qui permet de constater qu'il n'y a pas à décrire les prérogatives du propriétaire pour définir son droit.

⁴ L'exclusivisme du droit de propriété n'est pas expressément énoncé par le Code civil, mais nul n'en conteste l'importance. Simplement, certains le présentent comme une conséquence ou un attribut de l'absolutisme (G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les biens*, 2^{ème} éd., 1980, n°39, p. 43), tandis que d'autres considèrent qu'il est de l'essence même du droit de propriété (S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, préc., spéc. p. 335 ; F. Zenati, *La nature juridique de la propriété*, préc., spéc. n°400).

⁵ A l'exception des servitudes.

⁶ F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305, spéc. p. 316.

⁷ J.-L. Bergel, *La propriété*, Dalloz coll. Connaissance du droit, 1994, p. 25.

⁸ B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297 et s., spéc. n°5, p. 303. *Adde* F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », préc., p. 305 et s. ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., spéc. n°210 et s., p. 335 et s.

⁹ M. Chauffardet, *Le problème de la perpétuité du droit de propriété*, préc. ; L. Aulagnon, « La pérennité de la propriété », *Rev. crit.* 1933 ; J.-F. Barbiéri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels. Contribution à l'étude de la*

Cour de cassation a posé le principe dans l'arrêt Javal : « le droit de propriété ne saurait être borné par le temps »¹. En ce sens, en disant que la propriété est perpétuelle, on veut d'abord dire qu'elle est un droit héréditaire². Mais réduite au caractère héréditaire du droit, la perpétuité n'explique pas la singularité du droit de propriété par rapport aux autres droits réels. Sans doute, est-ce suffisant pour l'usufruit, lequel est viager, mais cela ne l'est point pour d'autres droits réels, telle la servitude du fait de l'homme, qui, elle aussi, est transmissible à cause de mort³. Aussi, sous le vocable perpétuité, faut-il également comprendre que la propriété est un droit imprescriptible⁴. Concrètement, cela signifie que la propriété, à l'inverse des autres droits patrimoniaux, ne se perd pas par le non-usage⁵.

179. Conclusion. – En définitive, ce qui est de l'essence de la propriété, c'est qu'elle donne à son titulaire vocation à la plénitude des utilités de la chose et liberté dans leur jouissance⁶. Dans

notion de perpétuité dans les relations juridiques, thèse Toulouse, 1977 ; Th. Lamarche, « L'imprescriptibilité du droit de propriété », *RTD civ.* 2004. 403 ; C. Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, thèse Montpellier, PUAM, 2000.

¹ Cass. civ., 8 juill. 1851, *DP* 1851. 1. 198 ; *S.* 1851. 1. 682.

² J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 384-385 : « *Quand on dit que la propriété est un droit perpétuel, on veut dire qu'elle est un droit héréditaire. C'est parce que la propriété est héréditaire qu'elle peut faire de grandes choses. Nous avons l'exemple d'un droit réel couplé de l'hérité et de la durée : l'usufruit. Or l'usufruitier ne construit pas, il mange : il n'essaie pas de retarder l'effet destructeur du temps, il vit* ». Voir aussi J. Héron, *Le morcellement des successions internationales*, préf. P. Mayer, Economica, 1986, spéc. n°14-15, p. 22-23 : « *pour répondre véritablement à sa définition, la propriété privée doit être perpétuelle, à défaut de quoi elle dégénère en une sorte d'usufruit. La perpétuité du droit de propriété suppose un droit successoral* ». Adde J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, préc., spéc. n°97, p. 101-102 ; G. Cornu, *Les biens*, préc., spéc., n°32, p. 76 ; M.-L. Mathieu-Izorche, *Les biens*, préc., spéc. n°209, p. 83.

³ P. Crocq, *op. cit.*, n°111 : « *réduire la perpétuité à son caractère héréditaire revient à lui ôter toute spécificité à celle-ci : le droit de propriété est alors perpétuel comme le sont tous les droits transmissibles à cause de mort et affirmer une telle perpétuité présente un intérêt limité* ».

⁴ M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. Raynaud, Economica, 1986, spéc. n°124, p. 125-126 : « *C'est par la plénitude que confère au droit de propriété la conception individualiste de celui-ci retenue en droit français, et dans laquelle réside le vrai fondement de sa perpétuité, que semble devoir s'expliquer l'imprescriptibilité de ce droit, laquelle n'est que l'un des aspects de son caractère perpétuel. En effet, dans le principe, [...] l'étendue illimitée du droit de jouissance qui s'exprime dans l'article 544 du Code civil exclut toute contrainte dans l'utilisation de la chose et postule, par conséquent, au propriétaire la faculté de ne pas user. Dès lors, non seulement le droit, par sa plénitude, autorise le non-usage, mais il le rend impossible, car on exerce encore la propriété en n'usant pas du bien approprié. L'explication de l'imprescriptibilité de la propriété tient donc au contenu de ce droit, qui le rend propre à justifier n'importe quelle satisfaction tirée de la chose et autorise, par suite, de la part du propriétaire, n'importe quel comportement à l'égard de celle-ci, y compris l'abstention et même l'ignorance* ». Adde J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, préc., spéc. n°98, p. 103 et s. ; G. Cornu, *Les biens*, préc. spéc., n°32, p. 76 et s. ; M.-L. Mathieu-Izorche, *Les biens*, préc., spéc. n°210, p. 84 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°461 et s., p. 132 et s.

Comp. V. Bonnet, « La durée de la propriété », *RRJ* 2002. 273 et s., spéc. n°18, p. 284 ; Th. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD civ.* 2004, p. 403 et s., spéc. n°4, p. 405, qui considèrent la référence au principe de perpétuité de la propriété ne saurait expliquer le maintien du droit malgré un non-usage prolongé.

⁵ Cass. Req., 12 juill. 1905, *DP* 1907. 1. 141, rapp. Potier ; *S.* 1907. 1. 273, note A. Wahl ; F. Terré et Y. Lequette, *GAJC*, t. 1, préc., spéc. p. 319, n°61, spéc. p. 322 : « *la perpétuité du droit de propriété se justifie par la nature même de celui-ci. Etant le droit de faire ce que l'on veut d'une chose, la propriété inclut celui de ne pas en user* ». Adde, J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens*, préc., spéc. n°77, p. 143-145 ; Ch. Atias, *Les biens*, préc., spéc. n°76 et s., p. 111 et s. ; Ch. Larroumet, *Les biens*, préc., spéc. n°257 et s., p. 135 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°459 et s., p. 124 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., spéc. n°148 et s., p. 136 et s.

⁶ A.-M. Patault, *V^o Propriété (Droit de)*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., spéc. p. 1257.

cette logique, celui qui n'a ni cette vocation ni cette liberté ne doit pas être considéré comme un propriétaire.

Il reste que l'existence d'hypothèses dans lesquelles la propriété est affectée au service d'un but, notamment avec l'avènement de la fiducie dans le paysage législatif français, semble contredire la définition de la propriété ordinaire.

2. La définition de la propriété-pouvoir

180. Esprit de la propriété-pouvoir. – De la conception du droit de propriété, telle qu'elle apparaît dans l'article 544 du Code civil, il résulte qu'il est avant tout un droit absolu qui se caractérise, quant à son titulaire, par son exclusivisme et son individualisme et, quant aux prérogatives qu'il confère, par son totalitarisme et sa souveraineté. Il reste que la doctrine met constamment en relief l'idée que la liberté du propriétaire ne cesse d'être réduite à des frontières de plus en plus étroites¹. De souveraine, la propriété devient, dans de nombreuses hypothèses, « *servante* »², « *fonctionnelle* »³, autrement dit finalisée.

Dans cette figure, l'acquisition de la propriété n'est, en effet, plus une fin en soi, mais constitue le moyen de réaliser une opération déterminée⁴. Le but économique ou patrimonial qui est recherché par les parties emporte pour le titulaire de la propriété une somme de contraintes telle qu'elle équivaut à ne faire de celle-ci qu'une peau de chagrin. L'introduction de la fiducie dans le Code civil est, au demeurant, symptomatique de ce phénomène.

181. Plan. – L'examen des caractères de la propriété-pouvoir (a) mettra en exergue les atteintes qu'elle porte à la propriété-droit subjectif (b).

a) Les caractères de la propriété-pouvoir

182. Structure de la propriété-pouvoir. – La propriété est dite pouvoir lorsqu'elle est ordonnée à la satisfaction d'un but. A cet égard, la propriété-pouvoir ne doit pas être confondue avec la technique d'affectation des biens, laquelle a pour objet de conférer à une chose un emploi

¹ F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », in *Droits*, n°1, « Destins du droit de propriété », PUF, 1985, p. 31 et s., spéc. p. 36 ; R. Thery, « De l'utilisation à la propriété des choses », in *Etudes Ripert*, t. 2, préc., spéc. p. 17 et s. ; A. Rouast, « Problème de l'évolution du droit de propriété », in *L'évolution du droit de propriété*, t. 2, spéc., p. 110 et s. Adde P. Crocq, *Propriété et garantie*, préc., spéc. n°74 et s., p. 63 et s.

² Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Ed. Panthéon-Assas, 2005, n°919, p. 687.

³ F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préc., spéc. n°359.

⁴ Voir à cet égard le rapport général de M. Bussani relatif aux « *nouvelles fonctions de la propriété* », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, t. LIII, Journées vietnamiennes, p. 305.

déterminé, une destination particulière¹. Tel est le cas notamment du gage, de l'hypothèque, de la destination d'un immeuble en copropriété. Dans ces occurrences, l'affectation n'exerce aucune influence sur le droit de propriété, elle entraîne seulement une restriction des utilités de la chose.

Le titulaire d'une propriété-pouvoir est placé dans une situation différente. Tel le titulaire d'un pouvoir², ce propriétaire ne peut faire que ce que lui commande sa mission, de sorte qu'il ne fait aucunement son profit de la valeur économique de la chose. A cet égard, il exerce ses prérogatives sur la chose *afin* d'accomplir la mission qui lui a été confiée. Il est en effet contraint d'user de ses prérogatives uniquement en fonction de sa mission, laquelle est la cause de leur acquisition. Aussi n'est-il investi que des prérogatives *nécessaires* à la réalisation de sa mission. Aussi encore voit-il ses prérogatives *s'éteindre* au terme de sa mission. Autrement dit, ce n'est pas la liberté, mais la *contrainte* qui caractérise cette propriété.

L'idée d'instrumentaliser la propriété n'est pas nouvelle. Les Romains utilisaient déjà la propriété pour s'assurer de la conservation d'un bien, de sa transmission, ou encore pour constituer une garantie³. Précisément, un pacte fiduciaire était adjoint aux datations solennelles – la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* – au terme duquel l'acquéreur s'engageait auprès de l'aliénateur à retransférer le bien au moment et aux conditions fixées dans la convention⁴. Il reste, on le sait, que le recours à la *fiducia cum amico* et *cum créditore* s'estompa peu à peu avant de disparaître définitivement au Bas-Empire, en raison notamment de la désuétude des modes solennels de transfert de propriété⁵. Pour autant, tel un phénomène régressif⁶ ou une manifestation de l'éclipse et de la renaissance des institutions juridiques⁷, notre droit contemporain a renoué avec cette idée que la propriété pouvait être « *grevée d'une affectation* »⁸. Ce serait du reste relever toute la richesse de la propriété que de pouvoir l'instrumentaliser, l'affecter au service d'un but⁹. Sans prétendre à l'exhaustivité, divers exemples témoignent de cette tendance.

¹ Voir sur toutes ces questions S. Guinchard, *L'affectation des biens*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1976.

² Sur la définition du pouvoir, voir *supra* n°156 et s.

³ Pour une présentation de la fiducie romaine, J. Derrupé, « De la fiducie au crédit-bail », in *Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 449 et s.

⁴ F. Gény, *Etude sur la fiducie*, préc., spéc. p. 8.

⁵ Cl. Witz, thèse, n°24 p. 26.

⁶ B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 323.

⁷ J. Léauté, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse Paris, 1945.

⁸ R. Demogue, « La fiducie moderne – rapport général », in *La fiducie en droit moderne*, Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris, 1937, p. 1 et s., spéc. p. 2.

Sur ce mouvement contemporain, voir notamment D. Legeais, « Les nouvelles fonctions de la propriété. Rapport français », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, préc., spéc. p. 30419 et s.

⁹ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, préc., spéc. n°329, p. 388 : « *Il y a longtemps que l'on sait que la propriété ne se réduit pas à l'usage, la jouissance ou la disposition d'un bien [...]. Si, parmi tous les usages dont elle est susceptible, la propriété contient une fonction de sûreté, ce n'est pas la dénaturer que l'utiliser de cette façon. Ce n'est pas une création mais une découverte* ». Voir aussi L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, préc., spéc. n°751, p. 306 : « *Aucune raison n'interdit cependant à la propriété de jouer le rôle d'une sûreté. Afin de lui permettre de remplir ce rôle, la pratique utilise souvent des institutions qui poursuivent d'autres fins, sont détournées de leurs fonctions naturelles et voient leur signification se transformer – notamment la vente, et parfois aussi,*

183. L'exemple de la fiducie. – L'exemple le plus significatif est sans nul doute la fiducie¹. Attendue de longue date, la fiducie a finalement été introduite en droit français par la loi du 19 février 2007². Nouveau contrat nommé, elle figure entre le mandat et la transaction, évoquant ainsi sa proximité avec celui-ci. Précisément, aux termes de l'article 2011 du Code civil, la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. De cette définition, il ressort que l'acte constitutif de fiducie confère au fiduciaire des prérogatives finalisées sur les biens qui lui sont transférés, lesquels forment un patrimoine d'affectation.

La fiducie exige, en premier lieu, que l'acquisition fiduciaire soit constitutive d'un patrimoine d'affectation. Aux termes de l'article 2011 du Code civil, les éléments d'actif et de passif transférés au fiduciaire forment en effet un patrimoine d'affectation. Ils figurent donc dans un patrimoine distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et de tout autre patrimoine. Les créanciers fiduciaires agissent ce faisant sur le patrimoine du fiduciaire, et en cas d'insuffisance, sur les biens du constituant, sauf clause contraire mettant ce passif à la charge du fiduciaire³

La fiducie suppose, en second lieu, que le fiduciaire soit tenu d'agir dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. A cet égard, on peut discerner deux types d'aliénation fiduciaire. Dans le cas d'une fiducie-gestion, le fiduciaire recueille des biens pour la durée prévue au contrat, laquelle ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, à charge pour lui de les gérer dans l'intérêt du constituant, puis de les rétrocéder au bénéficiaire, lequel peut être le constituant ou un tiers, à la fin du contrat. Dans le cas d'une fiducie-sûreté, le fiduciaire se voit remettre des biens aux fins de garantie d'une créance, biens qui devront être rétrocédés au constituant de la sûreté si celle-ci n'a plus lieu de jouer, ou qui seront transmis au créancier en cas de défaillance du

le louage de choses, qui doit aux sûretés réelles une nouvelle jeunesse ». (Cette dernière phrase ne se retrouve pas dans les éditions suivantes) ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, préc., n°353, p. 326 : « *Ce n'est pas faire offense au droit de propriété que de le réduire, dans certains cas, au rang de droit réel accessoire. Au contraire, c'est tirer profit de toutes ses virtualités. Les attributs du droit de propriété sont alors et simplement répartis d'une manière différente qu'ils ne le sont ordinairement* ».

¹ On avance à cet égard qu'en reconnaissant la propriété fiduciaire « *on atteindrait alors le paroxysme de l'instrumentalisation de la propriété* » (B. Mallet-Bricoud, « Fiducie et propriété », préc., spéc. n°4, p. 302).

² Sur cette loi, voir notamment Ch. Larroumet, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007. 1350 ; Ph. Dupichot, « Opération fiduciaire sur le sol français », *JCP* 2007, Act. 121 ; P. Bouteiller, « La loi du 19 février 2007 instituant la fiducie. Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *JCP* éd. E 2007. 1404 ; F. Barrière, « Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 440 et 556 ; du même auteur, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP* éd. E 2007. 2053 ; J. Bertran de Balanda et A. Sorensen, « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés », *RLDA* 2007/17, p. 35.

³ C. civ., art. 2025, al. 2. Précisons que l'al. 3 prévoit l'hypothèse de la clause excluant tout recours contre le constituant, dont l'efficacité est subordonnée à l'acceptation expresse du créancier.

débiteur. Ainsi, quelque soit l'utilité recherchée, le fiduciaire est nécessairement chargé d'une mission¹ : celle de gérer le bien dans la fiducie-gestion, celle de restituer le bien au débiteur libéré ou de le remettre au créancier impayé dans le cadre d'une fiducie-sûreté.

De là on peut observer que les prérogatives du fiduciaire sur les biens sont doublement limitées. Dans leur exercice d'abord, car le fiduciaire doit les exercer uniquement afin de réaliser sa mission, laquelle est la cause de leur acquisition. Dans leur durée enfin, car elles cessent au terme de sa mission².

184. L'exemple des fiducies innommées. – Au-delà du contrat nommé de fiducie du Code civil, il existe également une multitude de fiducies innommées, admises par la loi³. Bien que la mission du fiduciaire varie sensiblement de l'une à l'autre, il est un élément qui les fédère toutes : c'est que la propriété reçue par le fiduciaire est finalisée, limitée dans son étendue et dans sa durée. En effet, qu'il s'agisse du gage-espèce⁴, de la cession Dailly⁵, de l'assurance sur la vie dite de placement⁶, de certaines libéralités dites avec charges, telles les fondations sous égide⁷ et les fondations universitaires⁸, etc., un transfert de propriété s'opère au profit du fiduciaire, lequel n'a pas vocation à la plénitude des utilités de la chose et ne fait pas son profit de la valeur économique de celle-ci.

185. L'exemple de la clause de réserve de propriété. – La réserve de propriété est une autre illustration de la vitalité des propriétés-pouvoirs. Le mécanisme consiste à suspendre le transfert de propriété jusqu'au paiement de l'obligation qui en est la contrepartie⁹. Autrement dit, la propriété du bien est affectée à la garantie du paiement de la créance du prix de l'acquisition de ce bien. Pratiquement, la chose vendue est livrée à l'acquéreur, qui peut en user et en jouir, de sorte que le vendeur se trouve dépouillé des utilités de la chose. Aussi cette propriété n'est-elle pas un élément de richesse pour le vendeur, lequel la conserve afin uniquement de garantir le paiement de sa créance. Si le vendeur demeure propriétaire, il n'est, au fond, titulaire que d'une

¹ Voir à ce titre l'article 2022 du Code civil, lequel dit expressément que le fiduciaire accomplit une mission.

² Il est vrai qu'en cas de propriété cédée à titre garantie, c'est-à-dire de fiducie-sûreté, le fiduciaire est bénéficiaire de l'opération, de sorte qu'il peut, à ce titre, jouir un jour de toutes les utilités de la chose. Mais, techniquement, la réalisation de la fiducie opère un transfert des biens du patrimoine fiduciaire au patrimoine personnel du fiduciaire. Le fiduciaire « exerce donc dans un premier temps une "propriété fiduciaire" vouée à disparaître pour, dans un second temps, devenir une propriété ordinaire » (B. Mallet-Bricoud, « Fiducie et propriété », préc. spéc. n°11, p. 307).

³ Sur la question de savoir s'il peut exister une fiducie innommée en dehors des cas prévus par la loi, voir *infra* n°577 et s.

⁴ C. civ., art. 2341, al. 2.

⁵ C. mon. et fin., art. L. 313-23 et s.

⁶ Voir *infra* n°546 et s.

⁷ Voir *infra* n°620 et s.

⁸ C. éducation, art. L. 719-12 ; D. n°2008-326 du 7 avr. 2008.

⁹ C. civ., art. 2367, al. 1^{er}.

propriété assujettie à la satisfaction d'une finalité économique bien définie, à savoir garantir sa créance contre l'acquéreur.

186. L'exemple des fondations et fonds de dotation. – Telle est également la situation des fondations et des fonds de dotations¹. L'acte de fondation est défini comme « *l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident de l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif* »². Quant au fonds de dotation, il est défini comme « *une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une oeuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses oeuvres et de ses missions d'intérêt général* »³.

A la lumière de ces définitions, on perçoit que l'existence d'un patrimoine est essentielle aux fondations et aux fonds de dotation. C'est en effet grâce à leurs ressources pécuniaires qu'elles peuvent assurer leur fonction d'intérêt général⁴. Mais ce patrimoine, composé de divers droits, notamment de droits de propriété, est affecté au service d'une cause. Plus précisément, il est de l'essence même de ces personnes morales d'être titulaires d'un patrimoine affecté à des actions d'intérêt général⁵.

Aussi peut-on observer que la propriété de ces personnes morales se singularise doublement. D'une part, si, à la différence de la fiducie, la propriété des fondations et fonds de dotation n'est pas nécessairement temporaire, il reste qu'elles n'ont aucune vocation à jouir de la plénitude des utilités de la chose⁶. Ces personnes morales ne sont, en effet, que des intermédiaires de transmission entre le disposant et les bénéficiaires de leur activité d'intérêt général. De sorte que,

¹ Pour certains auteurs, la fondation est une sorte de propriété pour autrui, proche du mécanisme de la fiducie. Voir en ce sens, M.-A. Frison-Roche, *Sociologie du patrimoine, la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, Rapport, n°66. Voir également A. Pezard, « Les diverses applications de la fiducie dans la vie des affaires », *Rev. dr. bancaire* 1990. 108 et s., spéc. p. 110 : « *La fiducie sera plus adaptée que le régime des fondations pour des opérations de petite importance de par la souplesse de son fonctionnement [...]* ».

² L. n°85-571 du 23 juill. 1987, art. 18.

³ L. n°2008-776 du 4 août 2008, art. 140.

⁴ Sous cet aspect, les fondations et fonds de dotations se distinguent d'autres personnes morales, telles que les associations, pour lesquelles l'existence d'un patrimoine est secondaire. Il existe en effet des associations dont la réalisation du but qui les anime ne suppose aucune ressource pécuniaire.

⁵ M. Cornu, « L'espérance d'intangibilité dans la vie des oeuvres », *RTD civ.* 2000. 697, spéc. n°22 : « *Irrévocabilité de l'affectation, perpétuité de la structure, indisponibilité, ces trois facteurs font que la fondation est probablement la technique d'affectation la plus performante sous le rapport de l'intangibilité du bien* ».

⁶ R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, préc., spéc. p. 118 : « *En réalité, il n'y a qu'une charge grevant une propriété, mais qui ne change pas la condition de la propriété ; car celle-ci continue à appartenir à un individu, et il n'y a pas lieu de faire intervenir la théorie de la personnalité morale. La question touche à un autre problème, celui des modalités de la propriété. Et l'on peut se demander si la perpétuité de la charge n'affecte pas la propriété d'une façon aussi grave que le ferait une inaliénabilité perpétuelle. [...] N'est-ce pas une modification profonde des caractères de la propriété individuelle ?* »

bien qu'elles puissent être perpétuelles¹, leurs prérogatives sur les biens qui leur sont transmis sont nécessairement limitées, car exercées en vue d'assurer leur mission d'intérêt général². D'autre part, elles ne font pas leur profit des biens dont elles ont la propriété. La richesse de ces biens est en effet affectée à la satisfaction des bénéficiaires de leur activité. La qualification de propriété-pouvoir n'est donc, ici encore, pas douteuse³.

b) La spécificité de la propriété-pouvoir par rapport à la propriété-droit subjectif

187. Singularité de la situation juridique du titulaire d'une propriété-pouvoir. – Au regard de ce qui précède, on ne peut qu'admettre la singularité de la situation juridique du titulaire d'une propriété-pouvoir par rapport à celle d'un propriétaire ordinaire. Alors que ce dernier a une liberté de jouir de son droit qui ne souffre que de restrictions temporaires qui lui sont imposées par la loi ou par un acte juridique, le titulaire d'une propriété finalisée n'a aucune liberté à l'égard de la mission qu'il doit accomplir.

On peut, dès lors, y voir tous les éléments caractéristiques du pouvoir⁴. En effet, toute l'activité de ce singulier propriétaire est consacrée à la satisfaction du but qui cause et commande ses prérogatives. Quelque soit l'hypothèse envisagée de propriété finalisée, son titulaire est contraint d'user de ses prérogatives en vue d'accomplir la mission qui lui a été conférée. Si elles sont mises au service d'une fin différente, elles perdent leur signification et leur légitimité. De sorte que cette propriété doit s'éteindre si ce qui avait justifié l'intervention de son titulaire disparaît. Elle perd en effet sa raison d'être une fois la mission achevée, ou encore lorsque celle-ci ne peut plus être accomplie. En un mot, cette propriété n'est ni souveraine ni perpétuelle.

¹ *Ibid.*, p. 125 : « Voilà la fondation au sens technique et spécial du mot ; c'est celle qui consiste dans un patrimoine indépendant et autonome, constitué en vue d'un but statutaire, et ne fonctionnant qu'en vue du but à remplir, appartenant ainsi idéalement à une entité idéale, représentative de l'affectation donnée à la propriété » ; J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., spéc. p. 369 : « En France, on a moins parlé de patrimoine-but que de patrimoine d'affectation. C'est un coloris différent. Le but était la cible quasi militaire. L'affectation, non sans confusion verbale, a quelque chose d'affectif, de plus souple en tous cas. Il est une institution pour laquelle cette théorie a l'air faite sur mesure : c'est la fondation, qui a reçu chez nous un statut de la loi sur le mécénat (loi du 23 juillet 1987) ».

² *Ibid.*, p. 27 : « Propriété implique liberté. Nous n'attendons plus, ni de liberté proprement dite, ni de propriété, par conséquent au sens social du mot. Ce n'est plus qu'une possession morte, au service d'une volonté morte. C'est là, il faut bien le dire, la grosse objection qu'on a de tout temps formulée contre les fondations ».

³ La finalité économique de ces personnes morales est la réalisation d'une opération d'affectation d'une masse de biens à l'oeuvre d'intérêt général. Ainsi la charge d'affectation voulue par le fondateur, à savoir l'utilisation du bien pour une oeuvre d'intérêt général donnée, se confond avec la fonction même de l'acte juridique. Autrement dit, l'affectation voulue par le disposant correspond à la raison d'être économique de la fondation. Ceci explique qu'elles aient la qualité de gratifié, voir *infra* n°624 et s.

⁴ Sur la définition du pouvoir, voir *supra* n°156. En faveur d'une assimilation de la propriété fiduciaire à la notion de pouvoir, voir L. Kaczmarek, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009. 1845, spéc. n°13, p. 1848.

188. Dissociation du titre et du profit. – Au vrai, si l'on veut bien admettre que la propriété repose sur la tête de cet individu, il faut immédiatement reconnaître qu'il n'en a que le titre puisque la valeur économique du bien ne lui appartient pas. Il ne peut en effet profiter de toutes les utilités disponibles du bien. Surtout, il n'a aucune vocation à en jouir¹. Autrement dit, s'opère ici une répartition entre différents individus de l'exercice des droits à l'un et du profit de ces droits à l'autre. Où l'on voit que les hypothèses de propriétés-pouvoirs réalisent une dissociation de la propriété ordinaire entre la titularité *et* le profit². Montrons-le de plus près avec l'analyse des cas principaux.

Dans les opérations fiduciaires nommées ou innommées, si l'on reconnaît au fiduciaire la titularité du droit de propriété, il faut dans le même temps reconnaître qu'il ne l'exerce que pour le compte du constituant ou du bénéficiaire, lequel jouit du profit³.

¹ A l'exception du créancier réservataire et du fiduciaire bénéficiaire de la fiducie-sûreté, lesquels peuvent jouir de toutes les utilités de la chose en cas de non-paiement de la dette par leur débiteur. Mais il ne s'agit là que d'une vocation accidentelle.

² Un auteur a défendu récemment l'idée d'une dissociation du droit de propriété dans sa structure entre le titre et l'émolument (S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites. Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse Paris-Dauphine, 2007). Précisément, la structure du droit de propriété comprendrait une relation entre une personne et un bien, relation marquée par l'absolutisme, d'une part, et une relation entre une personne et les tiers à propos d'un bien, relation marquée par l'exclusivité, d'autre part (*Ibid.*, n°355 et s., p. 276 et s.). Nous rejoignons sous cet aspect la distinction proposée. En revanche, nous n'abandonons pas dans le sens de l'auteur en ce qu'il adopte une conception exclusiviste de la propriété. L'absolutisme, c'est-à-dire l'émolument, serait, selon l'auteur, une qualité seconde de la propriété, de sorte que celui qui n'aurait que le titre de la propriété, c'est-à-dire l'exclusivité, aurait la qualité de propriétaire (*Ibid.*, n°363 et s., p. 280 et s.). Une telle conception est réductrice. La propriété, au sens où l'entend l'article 544 du Code civil, ne se limite nullement à l'exclusivité qu'elle confère à son titulaire. Elle donne à son titulaire vocation à la plénitude des utilités de la chose et liberté dans leur jouissance (voir *supra* n°177).

Plus généralement, la dissociation du titre et du profit participe de la dichotomie, suggérée en doctrine, entre une propriété de la valeur, encore dénommée propriété juridique, et une propriété de l'utilité, dite encore propriété économique. Il reste que les auteurs ne s'accordent pas sur les fondements juridiques de cette dissociation. Aussi, afin d'éviter toute confusion, préférons-nous distinguer entre le titre et le profit.

Sur la distinction entre propriété juridique et propriété économique, voir Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, préf. D. Schmidt, LGDJ, 1983, n°360, p. 195, selon lequel « limitée dans le temps par un contrat, la propriété économique peut être conçue comme le droit qui autorise son titulaire à épuiser la durée de vie d'un bien comme utile dans la commune intention des parties », tandis que la propriété juridique constitue « un droit réel à la valeur de la chose » (n°405) ; G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préc., spéc., n° 545 qui démontre qu'un même bien peut être l'objet d'une propriété juridique, dont le titulaire est privé de tout avantage économique, et d'une propriété économique qui confère à son titulaire la « substance économique » du bien, à titre exclusif. Voir également Cl. Champaud, « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français », *RDAl* 1991. 689, spéc. p. 693 et 703 qui propose de distinguer la « puissance » de la « jouissance » ; A. Benabent, « La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire) », *JCP N* 1993, p. 275, spéc. n°4, qui distingue la « propriété-fonction », celle reçue par le fiduciaire, de la « propriété-actif », celle du constituant ou du bénéficiaire ; Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire : "donner pour reprendre"*, préc., spéc. p. 394 et s. et 473 et s., qui suggère de distinguer la « propriété-exercice » de la « propriété-valeur ».

Adde M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 36085, p. 897 et s., spéc. n°14, p. 914 ; Ch. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 529 et s., spéc. n°34., p. 551 ; F. Pérochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, avant-propos J.-M. Mousseron, préf. F. Derrida, Litec, 1988, spéc. n°150, p. 131 ; C. Saint-Alary-Houin, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 733 et s., spéc. n°32, p. 750 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc. n°757, p. 241 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°252 et s., p. 403 et s.

³ D'aucuns pourraient cependant objecter que le fiduciaire peut être rémunéré, de sorte qu'il jouit du profit de la chose. Mais il ne s'agit là que de la rémunération de son activité, et non des revenus de la chose.

L'analyse conserve également sa validité en présence d'une clause de réserve de propriété. Le réservataire n'est riche que de sa créance et non de la propriété qui la conforte, sans y ajouter aucun élément supplémentaire de richesse¹. On dénonce à ce titre la singularité de la propriété du vendeur, lequel ne dispose pas des utilités de la chose et ne s'approprie pas la richesse que la chose comporte². En ce sens, si la titularité du droit repose sur la tête du réservataire, le profit est, quant à lui, dévolu à l'acquéreur.

Il en va de même des fondations et des fonds de dotation. Ces personnes morales ne recueillent la propriété qu'en vue d'en transmettre la valeur représentative aux bénéficiaires de leur activité d'intérêt général. Ainsi, si elles reçoivent l'avoir, c'est-à-dire la richesse, ce n'est que pour l'affecter à des actions d'intérêt général. De sorte que, là encore, s'opère une dissociation de la propriété : la titularité de la propriété est conférée à l'un – la fondation ou le fonds de dotation – tandis que la richesse de celle-ci est dévolue à d'autres – les bénéficiaires de leurs actions.

En définitive, ce singulier propriétaire ne fait pas sien le profit qui résulte de la chose. Ainsi qu'on l'a déjà exprimé au sujet du fiduciaire, il « *ne fait les fruits siens, ni ne peut aliéner à son profit : sa propriété ne lui procure aucun revenu, ni n'accroît son capital, de sorte que les plus-values ou moins-values ne sont pas pour lui* »³. Autrement dit, le titulaire d'une propriété-pouvoir n'exerce ses prérogatives que pour le compte d'un bénéficiaire, lequel jouit du profit qui en résulte⁴. Mais que signifie cette dissociation entre le titre et le profit de la propriété ? S'agit-il au fond de deux nouvelles formes de propriété ayant chacune pour objet un aspect distinct d'un même bien ? La qualification de deux propriétés impliquerait qu'existât au même instant deux propriétaires, ce qui est impossible en dehors de l'hypothèse de l'indivision. Ainsi que l'enseignait excellemment de Vareilles-Sommières, « *deux propriétés ne peuvent pas coexister sur une même chose. Deux ou plusieurs personnes peuvent être copropriétaires d'une chose, c'est-à-dire avoir chacune sur cette chose une part du droit de propriété. Mais deux ou plusieurs personnes ne peuvent être en même temps propriétaires de la chose, c'est-à-dire avoir chacune sur elle le droit total de propriété* »⁵. Aussi cette dissociation n'entraîne-t-elle pas la création de deux propriétés juridiques distinctes. La reconnaissance de la propriété-pouvoir n'est donc pas un retour au

¹ M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., spéc. n°12, p. 913 et s. ; « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », in *Etudes J. Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 169, spéc. n°3, p. 172 et s.

² Voir notamment R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », préc., spéc. n°15, p. 321.

³ M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », préc., spéc. n°12, p. 913-914.

⁴ Reconnaissons, néanmoins, qu'il existe des cas de propriétés-pouvoirs dans lesquels le titulaire tire partiellement profit du bien. Tel est le cas du quasi-usufruitier, lequel peut percevoir les revenus et consommer la chose. Il reste que sa propriété se distingue de la propriété ordinaire en ce qu'elle n'est ni souveraine ni perpétuelle, de sorte que l'exercice de ses prérogatives demeure limité par les intérêts du nu-propriétaire.

⁵ de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », préc., spéc. n°52, p. 470.

système des propriétés simultanées qui caractérisait l’Ancien droit français¹. Simplement, dans la propriété-pouvoir, l’un a le titre de propriétaire, tandis que l’autre recueille le profit de cette propriété².

189. La propriété-pouvoir, une propriété ? – De cette dissociation entre titularité et profit qu’opère la propriété-pouvoir, découle une question : faut-il reconnaître la qualité de propriétaire à celui qui n’en a que le titre ? Asservie à la réalisation d’un but particulier, la propriété-pouvoir semble, en effet, se heurter à la conception de la propriété, tel que l’entend l’article 544 du Code civil.

A l’appui de cette position, la conception de la fiducie que retenait notre Ancien droit offre un argument à taille³. La fiducie était alors utilisée essentiellement à des fins successorales. Précisément, elle était la disposition par laquelle un testateur chargeait un individu, en l’instituant héritier pour la forme, d’administrer sa succession et de la tenir en dépôt jusqu’au moment où il devait la remettre au véritable héritier. Il s’agissait, ainsi, dans la plupart des cas, d’un père ou d’une mère qui laissait sa succession à un sien proche, ou encore à un ami, à la charge de la rendre à l’enfant du testateur, alors en bas âge, lorsqu’il atteindrait la puberté ou sa majorité. L’héritier fiduciaire n’était ce faisant héritier que de nom. Simple dépositaire et administrateur de la succession, il n’était pas considéré comme le propriétaire des biens du défunt⁴. Quant au

¹ Sur ce système féodo-seigneurial, voir A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, préc., spéc. n°24 et s., p. 38 et s.

² Voir en ce sens F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préc., spéc., n°338, p. 263 : « le fiduciaire-trustee doit réaliser l’affectation ; pour ce faire, sa titularité est finalisée et les droits y relatifs mis dans un patrimoine séparé de son patrimoine personnel et son principal devoir est d’exécuter l’objet de la fiducie et du trust ».

³ Maynard, *Questions notables de droit écrit*, Liv. V, ch. 85 ; Henrys, *Oeuvres*, Liv. 3, ch. 3, qu. 22 et 23 et Liv. 5, qu. 14 ; Ricard, *Des Substitutions*, ch. 10 n°5, ch. 17 n°183 et ch. 9, sect. 5, part. 1, n°752 ; Thevenot d’Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, 1888, n°538 et s. ; Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^{ème} éd., 1812, t. V, V° Fiduciaire et Héritier ; Ferrière, *Dictionnaire de droit et pratique*, t. I, V° Héritier fiduciaire ; Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. VII, V° Fiduciaire.

⁴ Voir notamment Merlin, *op. cit.*, V° Héritier, Sect. I, § 1 : « Les Héritiers fiduciaires ou grevés sont ceux qui sont institués à la charge de remettre la succession à d’autres personnes. Quoique ces mots fiduciaires et grevés soient employés dans le même sens par les lois romaines, on ne laisse pas, dans notre usage, de leur attribuer des significations différentes. On donne la qualité d’Héritiers grevés à ceux qui ont le droit de jouir, soit toute leur vie, soit pendant un certain temps, des biens compris dans l’institution, et qui sont seulement tenus de les laisser à leur mort, ou après la révolution du temps fixé pour leur jouissance, à ce qui sont appelés à la substitution, s’ils se trouvent encore vivants à cette époque. Et par Héritier fiduciaires, on entend ceux qui sont institués uniquement pour avoir l’administration des biens de l’héritité, et qui, en conséquence, sont obligés, dans le temps marqué par l’institution, de restituer ces biens avec les fruits qu’ils en ont perçus ».

Merlin cite le droit romain, notamment la loi 46 du senatus-consultum Trebellianum qui règle la difficulté suivante : « Seïus Saturnius avait institué Valère Maxime son héritier Fiduciaire, et il l’avait chargé de rendre son héritité à son fils Seïus Océanus, lorsqu’il serait parvenu à l’âge de seize ans. Seïus Océanus est mort avant sa seizième année. Alors s’est présenté Mallius Sénèque, oncle de cet enfant, qui a réclamé les biens comme son plus proche parent. Valère Maxime a prétendu, au contraire, que ces biens lui étaient irrévocablement acquis par le prédécès de l’enfant à qui il devait les restituer. Consulté sur ce différent, Scévola a répondu que si le testateur, en prorogeant jusqu’à la seizième année de son fils, la remise de l’héritité, n’avait eu l’intention que de confier la tutelle de son fils à un héritier Fiduciaire, et non pas de créer un fidéicommiss à rendre dans un temps qui pouvait ne pas arriver, il n’y avait nul doute que la réclamation de l’héritier ab intestat de Seïus Océanus ne dût être accueillie » (nous soulignons). De l’énonciation des règles du droit romain, Merlin en tire comme conséquence : « De ce que l’héritier Fiduciaire n’est pas saisi de la propriété des biens de la succession, il suit encore que la fiducie n’est pas éteinte par le

bénéficiaire de la fiducie, il était le véritable héritier ; c'est sur lui que reposait la propriété des biens, que les fruits devaient être consacrés à son usage et, s'ils ne l'avaient pas été, lui être remis au terme de la fiducie. En somme, simple ministre de la volonté du *de cuius*, le fiduciaire agissait tel un exécuteur testamentaire¹.

Cette conception ne fut sans doute pas abandonnée au lendemain de l'adoption du Code civil. Là encore, l'héritier fiduciaire n'était pas compris comme un héritier propriétaire des biens de la succession². C'est ainsi que la Cour de cassation qualifia un légataire avec charges de fiduciaire dépourvu d'un droit de propriété. En l'espèce, le testateur institua son frère en qualité de légataire universel dans les termes suivants : « *étant bien persuadé que, par l'amitié qu'il a pour mes enfants, il ne transportera pas mes biens à d'autres qu'à mesdits enfants, et à son choix, à un ou plusieurs* ». Le légataire ne paya pas les droits de mutation à titre gratuit et l'administration estima que le testament

précédés de la personne à qui il est chargé de rendre ; et que, dans ce cas, l'effet s'en transmet de plein droit à l'héritier de cette personne » et poursuit : « *Une autre conséquence du même principe est que la loi du 14 novembre 1792, tout en abolissant les substitutions fidéicommissaires, n'a porté aucune atteinte aux simples fiducies ; et qu'aujourd'hui encore les fiducies peuvent avoir lieu, quoique l'art. 896 du Code Napoléon, en prohibant de nouveau les substitutions déclare nulle "toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers"*(§ II) ».

Ferrière, *op. cit.*, V^o Héritier fiduciaire : « *On appelle héritier fiduciaire, celui qui n'est, par la disposition du testateur, que le dépositaire des biens de la succession, jusqu'à ce que les enfants qui sont en bas âge soient parvenus à un âge plus avancé, ou jusqu'à ce qu'ils soient devenus majeurs, auquel cas le testateur lui donne plutôt des marques de confiance, que des témoignages de sa libéralité* ».

Thevenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, 1888, qui distinguait le *fidéicommiss* pur du *fidéicommiss* conditionnel. Dans le premier, les droits de l'appelé s'ouvraient dès le décès du testateur, ce qui expliquait que sa capacité s'appréciait à cette époque ; dans le second, les droits de l'appelé ne s'ouvraient qu'à l'échéance de la condition, de sorte qu'il n'était pas nécessaire que l'appelé soit né ou conçu au décès du testateur qui a fait la substitution (voir n^o503 et s.).

¹ C'est d'ailleurs ce qui explique son faible de succès dans les pays coutumiers où l'exécution testamentaire l'avait précédée depuis longtemps. Voir R Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, thèse Lyon, 1901., n^o118 et s, p. 336 et s.

² F. Laurent, *Principes de droit civil français*, 1878, t. XIV, 3^e éd., n^o402, p. 440 et s., spéc. p. 442-443 : « *l'héritier auquel le fiduciaire doit remettre les biens est seul gratifié, la libéralité qui lui est faite est pure et simple ; elle s'ouvre au décès du testateur ; dès l'instant du décès, la transmission de la propriété et même de la possession se fait au profit de l'héritier auquel les biens devront être restitués à l'époque fixée par le testateur ; le fiduciaire possède pour lui, comme il administre pour lui. Si l'héritier vient à mourir, il transmet les biens à ses successeurs quels qu'ils soient, car ces biens sont dans son patrimoine. Quant au fiduciaire, il n'a pas de droit sur les biens donnés, il a la charge de les administrer sans pouvoir en disposer ; il gère dans l'intérêt de celui à qui il doit rendre les biens ; il lui doit donc restituer les fruits qu'il a perçus* » ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, préc., spéc., n^o105, p. 107 et s. : « *Il est tout simple qu'une semblable disposition [la fiducie] ne constitue pas une substitution, puisqu'il n'y a pas d'institution, et que l'héritier fiduciaire, n'étant qu'un simple ministre et une sorte d'exécuteur testamentaire, n'est pas lui-même gratifié en premier ordre* » et conclut « *On verra, en outre, si l'héritier institué est autorisé à garder soit certains objets particuliers seulement, soit seulement une partie des fruits ; circonstance qui serait indicative d'une simple fiducie pour tout le reste, dont elle supposerait que la propriété ne repose pas sur sa tête* » (*Ibid.*, p. 108) ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, 6^e éd., 1956, par P. Esmein, t. XI, § 694, p. 166 : « *la prohibition des substitutions ne s'applique point à la disposition par laquelle une personne instituée légataire pour la forme seulement a été chargée de tenir en dépôt la succession ou les biens légués, et de les administrer jusqu'au moment où elle devra en faire la remise au véritable légataire. La charge de restitution ainsi imposée à un légataire apparent est appelée fiducie* ».

Voir la formule instructive proposée par le *Dictionnaire du notariat*, supplément à la 3^{ème} éd., t. II, 1838, éd. Journal des notaires et des avocats, p. 96-97 : « *J'institue pour mon légataire universel, mais à titre de dépôt seulement, jusqu'à la remise que je vais ordonner, M. Louis Bernier, demeurant à..., auquel je donne et lègue la totalité des biens meubles et immeubles de toute nature et espèce, que je laisserai au jour de mon décès. Pour, mon dit légataire universel dépositaire, administrer, à partir du jour de mon décès, mes biens, de même que s'ils lui appartenaient, en recevoir les capitaux, produits, loyers, intérêts et revenus, et en faire l'emploi de la manière et ainsi qu'il avisera, mais à la condition de remettre le tout ou autrement ma succession, ainsi que les fruits et revenus qu'elle aura produits, M. Jules Lefèvre, né à..., le..., à l'époque de sa majorité, auquel Jules Lefèvre je fais don et legs universel de tous mes biens meubles et immeubles, fruits et revenus qui en seront provenus, pour en être saisi du moment de mon décès, mais pour n'en prendre possession qu'à l'époque de sa majorité, des mains de mon dit légataire universel dépositaire ; je veux que le compte d'administration que celui-ci présentera soit admis sans critique ni contestation, par le dit Jules Lefèvre, auquel j'impose cette obligation* ».

renfermait une substitution fidéicommissaire, de sorte que la propriété des biens lui avait été transmise et qu'il était redevable des droits d'enregistrement. La Cour de cassation jugea que « d'après les lois romaines et la jurisprudence des pays de droit écrit, l'institution faite par un père en faveur de sa femme ou d'un proche parent, à charge de rendre à ses enfants, était regardée comme une fiducie, lorsque les enfants étaient en bas âge, que l'héritier institué était chargé de leur éducation, et qu'il paraissait que l'intention du testateur avait été moins de favoriser l'héritier que de s'en servir comme moyen de transmettre ses biens à ses enfants » et conclut « Que les enfants qui recueillaient les biens de leur père par l'effet de cette fiducie ou fidéicommiss, étaient censés les tenir directement du père, et non de leur héritier grevé ; d'où il suit que le jugement attaqué n'est pas contrevenu aux lois, en décidant que l'institution faite par Etienne Barral en faveur de son frère n'était qu'une simple fiducie ; que celui-ci n'avait été que simple administrateur de cette succession »¹.

Qu'en est-il dans notre droit contemporain depuis l'avènement de la fiducie dans le paysage législatif français ? Réalisant une dissociation du contenu de la propriété entre les « pouvoirs et la richesse »² la propriété fiduciaire est qualifiée de propriété « finalisée »³, « imparfaite »⁴, « modelée »⁵, « amoindrie »⁶, « asservie »⁷, « obligée »⁸, « de passage »⁹, ou encore de « dérogoire »¹⁰, ce qui n'est pas sans susciter de nombreuses interrogations. A cet égard, on peine à trouver dans le fiduciaire les caractéristiques dans lesquelles s'incarne traditionnellement la propriété¹¹. Ainsi peut-on observer que le fiduciaire ne détient la chose que pour une durée déterminée et ne jouit que des prérogatives prévues par l'acte constitutif de la fiducie. Pis, le rapport privatif que le fiduciaire entretient avec la chose apparaît malmené. Le constituant peut, en effet, révoquer le contrat de

¹ Civ., 23 nov. 1807, *Affaire Barral*, S. an XIII-1808. 1. 452 ; *Journal de l'enregistrement* 1810, art. 3652, p. 99 et s. Voir aussi Cour roy. de Nîmes, 16 déc. 1833, S. 1833. 2. 333 : « Attendu que la question de savoir si une institution offre une fiducie ou une substitution fidéicommissaire, se décide par l'intention qu'on découvre avoir dirigé le testateur ; Que si le testateur est un père qui institue un héritier, à la charge par lui de rendre cette hérédité aux enfants du testateur, on présume déjà que, dans cette institution, le père n'a voulu se donner qu'un héritier de nom, et pour la forme, un simple administrateur, de cette hérédité ; mais cette présomption se réduit en certitude, lorsque ces trois circonstances concourent, savoir : que les enfants sont en bas âge, que la remise de l'hérédité doit leur être faite, au plus tard, à la fin de la minorité, ou autre temps certain et limité, et que c'est la mère ou autre personne de confiance qui a été instituée héritière. Alors l'intention du testateur se révèle pleinement. C'est une véritable fiducie qu'il a voulu faire, et non pas une substitution fidéicommissaire ».

² M. Grimaldi, « Réflexions sur la fiducie et l'avant-projet de loi qui la consacre », Defrénois 1991, art. 35085, spéc. n°11 et s.

³ C. Witz, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust* », D. 2007. 1639.

⁴ S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites. Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, préc., spéc. n°1.

⁵ F. Barrière, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », préc., spéc. p. 2053, n°19.

⁶ F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, spéc. n°412.

⁷ M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., spéc. n°795.

⁸ C. Kuhn, « La mission du fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 2008. 52.

⁹ F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, préc., spéc. n°43.

¹⁰ B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », préc., spéc. n°21, p. 316.

¹¹ Comp. R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », préc., spéc. n°65, p. 370 : « non seulement sa propriété [celle du fiduciaire] est temporaire, par hypothèse, mais ses prérogatives sont encadrées par l'acte constitutif. Il en résulte que la propriété fiduciaire ne peut en aucune manière répondre des exigences de l'article 544, ni le fiduciaire se considérer comme un souverain maître des choses, qui lui ont été confiées de façon précaire ».

fiducie tant que le bénéficiaire ne l'a pas accepté¹. En outre, nullement libre de ne pas agir, ou d'agir comme bon lui semble, le fiduciaire est tenu d'agir et de le faire conformément aux instructions stipulées dans l'acte constitutif, de sorte qu'il risque d'être exclu de ce rapport s'il ne respecte pas la mission confiée². Où l'on voit, en définitive, que le fiduciaire est un singulier propriétaire, un « *propriétaire temporaire qui ne peut faire que ce pour quoi il a reçu la chose et qui subit une surveillance constante pour savoir s'il respecte bien l'emploi qui lui a été attribué* »³.

C'est également la conclusion à laquelle aboutit la majorité de la doctrine à propos de la réserve de propriété⁴. On constate à cet égard que le vendeur conserve son droit, mais n'en a plus l'exercice⁵, qu'il est « *un propriétaire en sursis* »⁶, et qu'« *inversement, l'acheteur n'a pas encore la jouissance du droit, mais il en a déjà l'exercice* »⁷. Ce malaise du juriste face à cette figure singulière a excellemment été exprimé par M. Malaurie : « *Et l'acheteur ? Beaucoup disent qu'il n'est pas propriétaire. Effectivement, c'est la définition même de la clause de réserve de propriété : il n'a pas acquis la propriété. Ce n'est pas pourtant un créancier ; je ne peux comprendre que ce soit un créancier. Ce n'est pas un simple détenteur de la chose car la caractéristique essentielle du débiteur, c'est d'être subordonné au titulaire du droit et d'être obligé à restitution : ce n'est pas le sens de l'institution* ». En somme, repétrie par une série d'obligations, limitée à la valeur de la chose dont l'utilité est affectée au profit du débiteur, la propriété réservée du créancier n'est sans doute pas la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil.

190. Pragmatisme de droit français. – Il reste que, aujourd'hui, le débat paraît clos. Bien qu'asservi à la satisfaction d'un but, le titulaire d'une propriété-pouvoir est un propriétaire. Au demeurant, cela n'était guère douteux pour la clause de réserve de propriété puisque l'originalité de celle-ci repose sur la propriété⁸. Et si le doute pouvait encore être entretenu pour le fiduciaire au lendemain de la loi du 19 février 2007, la cause paraît désormais entendue depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui reconnaît au fiduciaire la qualité de propriétaire. En témoigne l'article 2372-1, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose que « *la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être*

¹ C. civ., art. 2028, al. 1^{er}.

² C. civ., art. 2027.

³ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », préc., spéc. n°22, p. 1112. *Adde* B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », préc., spéc. n°12, p. 308 et s.

⁴ Voir parmi d'autres L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, préc., n°754 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, préc., n°694 et s. ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°238 et s.

⁵ Ainsi, « le vendeur sous réserve de propriété ne peut strictement rien faire » : F. Pérochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988, n°103.

⁶ G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préc., spéc. n°697, p. 420.

⁷ *Ibid.*

⁸ C. civ., art. 2367.

cédée à titre garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 ».

Sans doute, d'aucuns pourraient-ils regretter que le fiduciaire fût qualifié par la loi de propriétaire. A l'instar du Québec, il eût été préférable d'aller au bout de la notion de patrimoine d'affectation¹. Mais, si réels que soient ces regrets, ils ne sauraient justifier une critique systématique qui accentuerait les incohérences du droit français. Aussi faut-il, nous semble-t-il, prendre acte de l'existence de la propriété fiduciaire, et plus généralement des propriétés-pouvoirs, tout en tenant compte de leur singularité par rapport à la propriété ordinaire, la propriété-droit subjectif².

3. La propriété, une notion à géométrie variable

191. L'exclusivité : élément fédérateur de la propriété-droit subjectif et de la propriété-pouvoir. – Est-ce à dire que nous assistons à une dénaturation du concept de propriété ? Sans doute l'admission de la notion de propriété-pouvoir a-t-elle remis en question la conception unitaire de la propriété fondée sur l'émolument. Elle confirme néanmoins l'idée que l'exclusivité est la caractéristique essentielle de la propriété. Sur sa chose, on le sait, le propriétaire est en situation de monopole. Or, cette exclusivité se retrouve tant dans la propriété-droit subjectif que dans la propriété-pouvoir. Là gît l'élément commun à ces deux types de propriété³.

Ce constat est évident s'agissant de la clause de réserve de propriété. En effet, un seul élément rapproche cette propriété singulière de la propriété tel que l'entend l'article 544 du Code civil : c'est que le vendeur conserve l'exclusivité sur la chose. A la suite des réflexions de M. Grimaldi relatives à l'avant-projet de loi sur la fiducie⁴, M. Malaurie a ainsi pu conclure que *« ce ne sont point les utilités de la chose, qu'ils [les créanciers] n'auront pas ; ce n'est pas la valeur de la chose, qui ne saurait leur revenir en sus de celle de leur créance ; ce n'est pas la perpétuité, dont ils ne bénéficieront pas ; c'est l'exclusivité, le tour de faveur, bref le privilège de premier rang. Mais, du même coup, la propriété réservée comme la propriété*

¹ Le législateur québécois a fait, en effet, le choix d'un patrimoine dépourvu de titulaire en attente d'une attribution à l'issue de l'opération fiduciaire. De sorte que le fiduciaire n'est pas propriétaire des biens qui lui sont remis, il est seulement un détenteur précaire ayant reçu mandat de gérer les biens.

² Sur l'opportunité de la reconnaissance de la propriété-pouvoir, voir *supra* n°187 et s.

³ Sans doute rejoignons-nous ici les tenants d'une conception unitaire de la propriété, lesquels voient dans la propriété un rapport d'exclusivité avec la chose. Mais il nous est apparu que les singularités de la propriété-pouvoir par rapport à la propriété-droit subjectif étaient top accusées pour refuser toute assimilation de l'une à l'autre. Autrement dit, si elles diffèrent dans leur esprit, elles se distinguent également quant à leur régime juridique. Le propriétaire ordinaire peut faire tout ce qui ne lui est pas interdit et les limitations qu'il subit sont essentiellement temporaires, de sorte qu'il a toujours vocation à jouir de la plénitude des utilités de la chose, tandis que le titulaire d'une propriété-pouvoir ne peut faire que ce que lui commande sa mission, laquelle, une fois accomplie, entraîne la perte de la propriété.

⁴ M. Grimaldi, « Réflexions sur la fiducie et l'avant-projet qui la consacre », préc., spéc. 11 et s.

fiduciaire apparaissent comme des sûretés plus que comme des propriétés, pour autant, naturellement, que l'on veuille bien prendre ces deux mots dans leurs acceptions traditionnelles »¹.

L'analyse conserve également sa validité en présence de relations fiduciaires. Certes, d'aucuns pourraient objecter que l'exclusivité du fiduciaire est malmenée². L'objection, cependant, pourrait bien être prise à revers. D'une part, bien qu'obligé de rendre compte de l'accomplissement de sa mission, le fiduciaire conserve l'exclusivité des pouvoirs d'action sur la chose : l'exclusivité de la gestion dans le cadre d'une fiducie-gestion, l'exclusivité sur la valeur de la chose dans le cadre d'une fiducie-sûreté. Ainsi exerce-t-il les actions qui relèvent de la propriété. Il peut faire respecter son droit de propriété en exerçant l'action en revendication, les actions possessoires, mais aussi l'action négatoire de servitude. D'autre part, le transfert fiduciaire entraîne une déperdition de prérogatives pour le constituant. Les prérogatives refusées au fiduciaire sont, en effet, des prérogatives perdues pour le constituant. Par où l'on voit que la propriété fiduciaire confère au fiduciaire une exclusivité sur la chose.

192. Nécessité de distinguer la propriété-droit subjectif et la propriété-pouvoir. – De l'existence d'un élément fédérateur entre la propriété-droit subjectif et la propriété-pouvoir, il ne faut pas cependant conclure à une identité entre ces deux types de propriété³. Sous de nombreux points, ces deux propriétés s'opposent. Conférant la vocation à la plénitude des prérogatives, la propriété ordinaire se singularise par deux traits principaux : la liberté et la richesse. A l'inverse, la propriété-pouvoir n'est source ni de liberté ni de richesse pour son titulaire.

Ici sans doute se dresse une difficulté. L'objection ne manquera pas d'être soulevée que l'article 544 du Code civil ne définit qu'un seul type de propriété. Dans cette logique, si l'on admet que le titulaire d'une propriété-pouvoir est un propriétaire véritable, il faut convenir que celle-ci est parfaitement compatible avec les caractères de la propriété ordinaire. A ce titre, on a fait valoir que l'absolutisme du droit de propriété énoncé à l'article 544 du Code civil implique la possibilité pour le propriétaire de restreindre volontairement ses prérogatives sur la chose⁴. Aussi, en affectant sa propriété à la réalisation d'un but, le propriétaire ferait-il usage de sa liberté de limiter volontairement ses prérogatives, signe de l'exercice de l'absolutisme de son droit. De

¹ Ph. Malaurie, « Rapport de synthèse », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, JCP *Cahiers de l'entreprise*, suppl. 5/1995, p. 46 et s., spéc. p. 49.

² Voir *supra* n°189.

³ Telle est du reste l'approche sociologique de la propriété. Voir en ce sens J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., spéc. p. 267 : « *C'est une erreur pour la sociologie que d'étudier le droit de propriété en général. Sociologiquement la propriété n'existe pas : il n'existe que des propriétés diverses, autant que de catégories de choses et de personnes – sans préjudice des dimensions – toutes ces variables devant être combinées. La remarque n'a pas seulement une portée scientifique, mais politique : à traiter la propriété comme un bloc – celle des fabriques de souliers et celle des mes souliers – on rend toute conclusion législative impossible* ».

⁴ P. Crocq, *Propriété et garantie*, préc., spéc., n°94 et s., p. 77 et s. ; M. Bouteille, « La propriété fiduciaire : une modalité externe de la propriété », *RLDC* 9/2010, p. 63 et s., spéc. p. 66 à 68.

même, on a fait remarquer que le caractère temporaire des propriétés-pouvoirs demeure compatible avec le caractère perpétuel de la propriété ordinaire, en ce sens qu'elle n'est pas un obstacle à l'imprescriptibilité du droit propriété dans la mesure où cette limite temporelle procède de la volonté du propriétaire¹, d'une part, et qu'elle n'empêche pas le droit de propriété de durer autant que son objet puisque, une fois terminée la mission du propriétaire, le droit de propriété ne disparaît pas mais se transmet au bénéficiaire, d'autre part². Il est permis, néanmoins, de ne pas être pleinement convaincu par ces arguments. Il est accordé, en effet, une grande importance à la volonté du propriétaire pour justifier la compatibilité de la propriété finalisée avec la propriété ordinaire. Or, on l'a vu, ces restrictions ne sont pas l'expression d'une volonté libre du propriétaire, mais s'imposent à celui-ci en raison de la structure même des propriétés-pouvoirs. Au demeurant, ne faut-il pas reconnaître que la propriété du fiduciaire, du vendeur avec clause de réserve de propriété, ou encore de la fondation n'est qu'une illusion, si ce n'est le rapport d'exclusivité qu'elle lui confère ? Sous cet aspect, admettre que l'exclusivité suffit à faire la propriété, c'est, nous semble-t-il, sauver la conception unitaire de la propriété en la comprimant.

Aussi apparaît-il préférable de ne pas assimiler la propriété-pouvoir à la propriété ordinaire. A cet égard, qu'il nous soit permis de nous approprier les analyses de Saleilles, lequel a montré de manière pénétrante, et guère remise en cause, en quoi la propriété fiduciaire devait être distinguée de la propriété ordinaire : *« Notre droit moderne a sans doute beaucoup trop simplifié la série des relations juridiques ; dans un désir de clarification à la romaine, nous avons supprimé toute la riche floraison des institutions coutumières et féodales, même celles qui nous venaient d'institutions purement romaines, comme la propriété fiduciaire. On ne supprime pas les réalités qui s'imposent. Et je reconnais qu'il y a des cas, où, en fait, la propriété ne se présente et n'existe que comme un droit confié à autrui, un trust à la façon anglaise. Il faut faire leur part aux relations de cette nature. On aura beau les nier, elles n'en existeront pas moins ; et en les niant on ne fera que fausser le caractère et dénaturer toute la théorie de la propriété. Que de legs sub modo en effet, lorsque le modus absorbe tous les revenus du legs, qui ne peuvent plus être traités comme des propriétés ordinaires et qui se présentent, selon les cas, comme des propriétés d'affectation, soit comme des propriétés fiduciaires. Que l'on suppose le cas, si fréquent, non plus d'une fondation directe constituée immédiatement par disposition de dernière volonté, mais d'une fondation indirecte confiée à un légataire universel, à un exécuteur testamentaire, pour qu'il la réalise suivant certaines directions que le testament lui impose, mais sous sa libre et pleine appréciation. Et que dire de ces fidéicommissaires, je ne dit pas qui ne soient que des personnes interposées aux lieu et place de personnes incapables, mais chargés de ne remettre les biens à leur bénéficiaire qu'à un moment donné, fixé par le testateur, et sous certaines conditions fixées par lui, à sa majorité par exemple, à son mariage et autres conditions de ce genre ? Ce ne*

¹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, préc., spéc. n°112 et s., p. 89 et s.

² *Ibid.* n°114 et s., p. 92 et s.

sont plus des personnes interposées chargées de tourner la loi et de passer outre à certaines incapacités : ce sont de véritables propriétaires fiduciaires, n'ayant qu'une propriété conférée, ou déposée, en faveur de bénéficiaires éventuels parfaitement capables. Vouloir ramener toutes ces hypothèses à nos catégories légales, si pauvres, et les coucher dans le lit de Procuste de la propriété de droit commun, même entendue d'une propriété conditionnelle, c'est défigurer la réalité... Nous avons à recréer de toutes pièces la propriété fiduciaire dans notre droit »¹.

Au demeurant, telle fut la démarche récemment empruntée par le Parlement lorsqu'il adopta un amendement à la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites entreprises, lequel devint l'article 16 de la loi 2009-589 du 19 octobre 2009. Si les dispositions de cet article ont été déclarées contraires à la Constitution dans une décision du 14 octobre 2009, elles n'en demeurent pas moins intéressantes dans leur teneur, et ce d'autant plus que la raison de leur inconstitutionnalité est purement technique². Cet amendement se proposait de modifier le régime de la fiducie afin de permettre son utilisation dans le cadre de la finance islamique et, par là, offrir « la possibilité aux établissements financiers français de développer l'émission d'instruments financiers, tels que les "sukuk" »³. Pour cela, il complétait l'article 2011 du Code civil par l'alinéa suivant : « Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie »⁴. Bien que la rédaction ne fût pas d'une grande rigueur, son esprit, lui, n'était pas douteux : « Inspiré du dispositif anglo-saxon le présent article propose d'explicitier ce qui est déjà en germe dans l'article 2011 du Code civil. Il s'agit de préciser que le fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire des biens, c'est-à-dire qu'il acquiert non la propriété de l'article 544 du Code civil (usus, fructus, abusus), mais une propriété d'un nouveau type, une propriété avec charge. Le fiduciaire dispose certes des attributs juridiques de la propriété, mais ne peut exercer ce droit que dans les limites et sous les conditions posées par le contrat de fiducie en faveur du ou des bénéficiaires. Pour résumer, le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens »⁵. Qui ne voit pas ici la

¹ R. Saleilles, *De la personnalité juridique, Histoire et théories, Vingt cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Rousseau, 1922, 2^{ème} éd, préf. H. Capitant, p. 496 et s. Voir également le constat précurseur de Batiffol : « The future lies perhaps in the development of the idea that specific rights are granted in view of a specific object and this seem to be the ultimate meaning of the trust. If the trustee has rights, these rights are granted to him for the fulfilment of his duty » (« L'avenir réside peut être dans le développement de l'idée que des droits spécifiques sont attribués en vue d'un objet spécifique et ceci semble être la signification ultime du trust. Si le trustee a des droits, ces droits lui sont accordés pour remplir son devoir »), in *The Trust problem as seen by a French Lawyer*, (1951) 33 JCL 18, p. 25.

² DC n°2009-589, D. 2009 Act. lég. 2412, obs. A. Lienhard : « que ces dispositions, qui ne présentent aucun lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, ont été adoptées selon une procédure contraire à la Constitution que, dès lors, il y a lieu de les déclarer contraires à la Constitution ».

³ Ph. Marini, *Rapport n°442 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation*, spéc. p. 8.

⁴ (nous soulignons).

⁵ *Rapport précité*, p. 82-83.

consécration d'une distinction entre la propriété-ordinaire, la propriété-droit-subjectif, et la propriété fiduciaire, la propriété-pouvoir¹ ?

193. Conclusion. – La propriété, tel que l'entend l'article 544 du Code civil, confère à son titulaire la vocation à la *plena in re potestas*. Archétype du droit subjectif, la propriété est ce faisant un élément de richesse pour son titulaire. A l'opposé, émergent des situations juridiques dans lesquelles la propriété est conférée à un individu afin d'accomplir une mission. Telle est la situation créée par la fiducie, la clause de réserve de propriété, ou encore les libéralités consenties en propriété aux fondations et aux fonds de dotation. Dans ces occurrences, la propriété devient un simple instrument au service d'une finalité, en sorte que son titulaire ne tire pas profit de la valeur économique du bien². S'opère ainsi une dissociation entre le titre et le profit de la propriété. Sans doute l'émergence des propriétés dites pouvoirs a provoqué une « mutilation »³ de la conception traditionnelle de la propriété. Elles nous présentent l'image d'une propriété surtout conçue comme un instrument de pouvoir, par opposition à une autre, essentiellement vue sous l'angle des avantages patrimoniaux qu'elle est susceptible de procurer à son titulaire. Il reste que la reconnaissance, par le législateur français, de la qualité de propriétaire au fiduciaire et au créancier réservataire a rendu vaine toute discussion. Il faut dès lors admettre qu'à côté de la propriété ordinaire, c'est-à-dire la propriété-droit subjectif, existe des propriétés finalisées, autrement dit des propriétés-pouvoirs. Simplement, si ces deux types de propriété se séparent quant à l'émolument susceptible d'être conféré à leur titulaire, un élément les fédère néanmoins : l'exclusivité.

De ce qu'il existe deux types de propriétés, il faut désormais déterminer dans quelles hypothèses l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes peut avoir la qualité de propriétaire.

B. La détermination des hypothèses dans lesquelles l'intermédiaire est propriétaire

194. L'intermédiaire, un propriétaire ambivalent. – En ce qu'il est censé favoriser la transmission des biens ou les revenus de ceux-ci au bénéficiaire final, l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes peut être titulaire soit d'une propriété-droit subjectif (1) soit d'une propriété-pouvoir (2).

¹ A l'encontre de cette distinction, on a toutefois dénoncé qu'il y aurait un retour au système des propriétés simultanées de l'Ancien Régime (L. Aynès et P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009. 2559).

² Sous réserve de ce que nous avons dit à propos d'hypothèses de fiducies innommées, telles que le quasi-usufruit. Voir *supra* n°184.

³ Le terme est employé par Christian Mouly, in « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 529 et s., spéc. n°34, p. 551.

1. *L'intermédiaire, propriétaire ordinaire*

195. Situation juridique de l'intermédiaire. – Plus qu'une simple mise en détention, l'acte de dessaisissement du disposant peut entraîner un transfert de propriété ordinaire à l'endroit de l'intermédiaire. Dans cette optique, les charges qui grèvent ses prérogatives sont seulement temporaires et ne constituent aucunement la cause objective, mécanique, qui se trouve dans l'économie même de l'opération. Autrement dit, la transmission du bien ou des revenus de celui-ci au bénéficiaire final n'est pas la cause du dessaisissement du disposant envers l'intermédiaire. C'est dire que l'intermédiaire n'agit pas pour le compte du bénéficiaire final, il jouit de ses prérogatives pour son propre profit.

Dès lors, si elles limitent l'exercice de ses prérogatives, les obligations qui lui sont imposées par le disposant ne lui ôtent pas sa vocation à la *plena in re potestas*¹. A ce titre, il a vocation à l'émolument de la chose et fait donc son profit de la valeur économique du bien.

196. Illustrations. – Plusieurs figures des libéralités à trois personnes illustrent cette situation. En premier lieu, les obligations imposées à l'intermédiaire peuvent n'être que *précatives*. Le disposant émet simplement le souhait de voir l'intermédiaire transmettre au bénéficiaire final le bien reçu ou les revenus de celui-ci. L'intermédiaire jouit ainsi de toutes les prérogatives d'un propriétaire ordinaire sur le bien.

En second lieu, ces obligations peuvent être de nature civile sans que la propriété de l'intermédiaire soit affectée. Il en va ainsi de la *double libéralité conditionnelle*, laquelle consiste à consentir deux libéralités, mais en érigeant un même évènement en condition résolutoire de l'une et suspensive de l'autre. Si le mécanisme de la condition fait qu'en définitive une seule des deux libéralités vient à l'existence, il n'en demeure pas moins que, tant que la condition est pendante, l'intermédiaire, dont les droits sont résolubles, a seul la qualité de propriétaire². Ainsi fait-il les

¹ C'est dire, par conséquent, que le bénéficiaire final n'est aucunement assuré d'entrer dans ses droits : sa vocation est simplement éventuelle. Sur ce point, voir *infra* n°203 et s.

² de Vareilles-Sommières, « La notion et la définition juridique de la propriété », préc., spéc. n°54, p. 472 : « Rien ne s'oppose certes, à ce que plusieurs personnes à la fois aient la chance d'avoir le droit de propriété sur la chose, mais une seule à la fois peut avoir le droit. Il peut y avoir plusieurs propriétaires sous condition, mais il ne peut y avoir qu'un propriétaire effectif ». Dans le même, P. Crocq, *Propriété et garantie*, préc., spéc. n°241, p. 194 : « Dans cette hypothèse [Primus est propriétaire sous condition suspensive, Secundus est propriétaire sous condition résolutoire], il n'y a jamais à un instant donné qu'un seul des protagonistes à être titulaire d'une prérogative sur le bien : si à un moment l'un a un droit sur le bien, au même moment l'autre n'en a point ».

D'aucuns pourraient néanmoins objecter qu'il s'agit là d'une propriété temporaire. En vérité, il n'y a pas, dans cette occurrence, de véritable propriété temporaire. Ce n'est pas, en effet, la propriété qui est affectée d'une modalité, mais l'acte juridique qui la transfère. Le caractère perpétuel de la propriété ne subit ce faisant aucune atteinte, puisque la modalité en cause affecte le transfert de propriété, c'est-à-dire l'acte juridique, et non le droit de propriété lui-même : R. Libchaber, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* 2008, art. 38816, p. 1656 : « Certes, en apparence, le droit français connaît la propriété conditionnelle. Mais on sait que la condition ne porte pas sur la propriété elle-même, mais d'abord sur

revenus siens. Et s'il ne peut, en fait, aliéner le bien, il a néanmoins vocation à recouvrer cette liberté en cas de défaillance de la condition. Aussi, peut-on dire que, *pendente conditione*, le propriétaire sous condition résolutoire est libre, sauf à prendre en considération les obligations qu'il doit accomplir pour maintenir l'éventualité de réalisation de la condition¹.

L'analyse conserve également sa validité en présence des libéralités *graduelles*² et des libéralités *résiduelles*³, lesquelles consistent à transmettre gratuitement un bien à l'intermédiaire à charge, soit, dans les libéralités graduelles, de le conserver et de le transmettre à sa mort au bénéficiaire final, soit, dans les libéralités résiduelles, de transmettre à sa mort au bénéficiaire final ce dont il n'aura pas disposé de son vivant. Il est vrai que les obligations qui sont mises à la charge de l'intermédiaire sont d'une telle ampleur que sa situation paraît comparable à celle d'un fiduciaire⁴. Il reste qu'elle s'en distingue sur plusieurs points fondamentaux. D'une part, les libéralités graduelles et résiduelles opèrent un transfert de richesse *immédiat* au profit du grevé, ce qui n'est nullement le cas de l'acte fiduciaire. C'est ainsi que, à la différence du fiduciaire, le grevé d'une charge graduelle ou résiduelle est habile à percevoir et à consommer pour son propre compte les revenus du bien. C'est ainsi, encore, que le grevé peut, en droit, aliéner le bien. D'autre part, ce transfert de richesse peut être *définitif*, ce qui n'est jamais le cas de la fiducie. En effet, à la différence du fiduciaire, le grevé d'une charge graduelle ou résiduelle a vocation à jouir de la

la convention qui la transfère ». Adde, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc., n°651, p. 196 : « *La propriété conditionnelle n'est pas une manière d'être particulière de la propriété, mais la conséquence temporaire d'une modalité affectant le transfert de la propriété* » ; J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, préc., spéc., n°100, p. 116-117 : « *le pacte de rachat ou réméré s'analyse en une condition résolutoire, de sorte que par l'effet rétroactif de sa réalisation, le vendeur est censé n'avoir jamais été propriétaire. La fiducie, si elle est introduite en droit français, ou les conventions portage ne paraissent guère différentes. On évoque encore la situation du vendeur sous condition suspensive de la survenance d'un évènement déterminé ; mais, s'il paraît avoir un droit limité dans le temps, en réalité son droit ne disparaît pas et n'est que transmis. Les clauses qui affectent temporairement le droit de propriété d'une personne sur un bien, telles qu'un terme ou une condition, ou une clause retardant le transfert de propriété, n'affectent que le mécanisme de la transmission de la propriété et non le caractère perpétuel de la propriété* ».

Comp. sur la clause de réserve de propriété, C. civ., art. 2367 : « *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif du contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* » (nous soulignons). Ainsi, la clause de réserve de propriété apparaît-elle comme une modalité de l'obligation qui affecte le transfert de propriété et non la nature de la propriété elle-même. Voir en ce sens A. Ghozi, « *Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété* », *D.* 1986, chron., p. 317, spéc. p. 322 : « *La réserve, bien que créée par une clause ad hoc, n'est réalisée que par le jeu des modalités de l'obligation. Or celles-ci, qui insèrent l'obligation dans le cours du temps en influant sur sa durée, voire son existence pour la condition, font corps avec elle...La réserve de propriété n'est qu'une modalité de la dette du vendeur qu'on veut distinguer d'elle à force de ne percevoir que les avantages économiques qu'elle procure* ».

F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., spéc., n°150, p. 138 : « *Du caractère perpétuel de la propriété, on a été porté à déduire que le droit de propriété dure autant que la chose et qu'il n'existe pas de propriété temporaire. De l'avis même des auteurs qui expriment cette opinion, des nuances doivent lui être apportées...Dans un certain nombre de cas, tout d'abord, le droit de propriété d'une personne sur un bien est affecté par diverses clauses et diverses stipulations. Rien ne permet de considérer qu'il y a alors atteint au caractère perpétuel du droit de propriété ; ce qui est en cause c'est seulement le mécanisme de transmission du droit de propriété d'un titulaire à l'autre. Il se peut notamment que le transfert de propriété inhérent à toute vente soit retardé, que le droit de propriété soit affecté d'une condition ou d'un terme* ».

¹ Voir en ce sens M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., n°807, p. 450 et s.

² C. civ., art. 1048 et s.

³ C. civ., art. 1057 et s.

⁴ Pour une telle analyse, voir R. Libchaber, « *Une fiducie française, inutile et incertaine...* », préc., spéc. n°15, p. 322.

plénitude des prérogatives sur la chose, dans l'hypothèse où la libéralité consentie au bénéficiaire ne pourrait recevoir exécution¹. De sorte que la situation de l'intermédiaire d'une libéralité graduelle ou résiduelle est celle d'un propriétaire ordinaire. Telle est au demeurant la solution à laquelle parviennent la jurisprudence² et la doctrine majoritaire³ à propos des anciennes substitutions fidéicommissaires.

2. L'intermédiaire, propriétaire aux prérogatives finalisées

197. Situation juridique de l'intermédiaire. – Lorsque l'intermédiaire est investi d'une propriété-pouvoir, les charges qui lui sont imposées constituent la cause de l'acte du disposant. L'économie générale de l'opération repose ainsi sur l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire, à savoir transmettre au bénéficiaire final le bien ou les revenus de celui-ci. En ce sens, la propriété de l'intermédiaire n'est qu'un moyen au service d'une fin. De là il suit que la propriété de l'intermédiaire est liée nécessairement à la durée de leur mission : elle cesse au cas de réalisation de sa mission – la propriété est alors transférée au bénéficiaire final – ou au cas d'impossibilité de l'accomplir – la propriété revient alors au disposant. De là, encore, il résulte que cette propriété n'est pas un élément de richesse pour l'intermédiaire : tant les revenus qu'il perçoit que le prix des aliénations qu'il consent doivent être employés au service du disposant ou du bénéficiaire final.

En somme, l'intermédiaire est un propriétaire pour le compte d'autrui, sans pouvoir tirer aucunement profit des biens qui lui ont été confiés. Il n'a que le titre de propriétaire, lequel lui confère uniquement l'exclusivité de gestion sur les biens qui lui sont transmis par le disposant⁴.

¹ C. civ., art. 1056. Il reste que ce texte donne la possibilité au disposant de désigner ses héritiers ou un autre second bénéficiaire final au cas d'inefficacité de la libéralité consentie au bénéficiaire final. Or, si le disposant fait usage de cette faculté, il retire du même coup à l'intermédiaire toute vocation à jouir de toutes les utilités de la chose. La situation du grevé apparaît alors singulière : dépourvu de cette vocation, il n'est plus vraiment titulaire d'une propriété ordinaire, mais en ce qu'il jouit des revenus de la chose sa vie durant, il n'est pas non plus titulaire d'une propriété finalisée. En somme, il est proche d'un usufruitier sans que l'on puisse pour autant le confondre avec celui-ci. En effet, admettre qu'il est usufruitier emporte nécessairement de faire du bénéficiaire final le nu-propriétaire, ce qui suppose que le bénéficiaire final soit capable de recevoir à titre gratuit au jour du dessaisissement du disposant. Or, on le sait, l'une des originalités des libéralités graduelles et résiduelles tient au fait que le bénéficiaire final doit seulement être capable de recevoir à la mort du grevé (C. civ., art. 1055), autrement dit, il n'a pas à être capable de recevoir au jour de l'acte de disposition du disposant. Par où l'on voit que le grevé d'une libéralité graduelle ou résiduelle, dans laquelle le disposant a désigné ses héritiers ou un bénéficiaire final de second rang au cas de défaillance du bénéficiaire final, est plus qu'un usufruitier, mais moins qu'un propriétaire ordinaire.

² Cass. 5 mai 1830, *S.* 1830. 1. 162 ; Cass. civ., 6 mars 1912, *S.* 1914. 1. 399 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997, *Bull. civ.* I, n°149 ; *D.* 1997. 483, rapp. J. Thierry ; *RTD civ.* 1998. 171, obs. J. Patarin.

³ P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, thèse Rennes, 1931 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc. n°515, p. 334 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n°572, p. 462 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., spéc. n°387, p. 385 et s.

⁴ Sur la licéité de la fiducie-libéralité, voir *infra* n°580 et s.

198. Illustrations. – Sous cet aspect, l'*assurance sur la vie* à des fins de placement en est une illustration topique¹. Bien qu'il soit investi de la propriété des primes et des biens acquis en emploi de celles-ci, tels des titres financiers, l'assureur n'a jamais vocation à en jouir pleinement. En effet, soit le souscripteur exerce sa faculté de rachat², c'est-à-dire qu'il demande le paiement de sa créance issue de la provision mathématique, soit le capital assuré est versé, au dénouement du contrat, au bénéficiaire désigné³, à défaut aux héritiers du souscripteur⁴. De sorte que la propriété de l'assureur n'est qu'une propriété aux fins de gestion, une propriété temporaire, qui disparaît lorsque cesse sa mission.

Les *libéralités à caractère collectif*, c'est-à-dire celles qui sont consenties dans l'intérêt d'une catégories de personnes ou dans l'intérêt général par l'intermédiaire d'une personne morale, constituent également un exemple de propriété-pouvoir. Si la personne morale est investie de la propriété des biens, ce n'est qu'afin d'en faire profiter les bénéficiaires de son activité. Il en est assurément ainsi des fondations sous égide, telle la Fondation de France, dans lesquelles la personne morale collecte les libéralités, gère, en qualité de propriétaire, les biens qui en forment l'objet et en assure la redistribution. Mais il doit en être de même de l'ensemble des libéralités à caractère collectif, dans la mesure où la personne morale n'est qu'un instrument pour le disposant lui permettant de gratifier des individus qu'il ne peut, seul, atteindre⁵.

Au-delà de ces cas particuliers, on doit reconnaître l'existence d'une propriété-pouvoir à l'endroit de l'intermédiaire de la libéralité à trois personnes, dès lors que celui-ci est investi de la propriété à seules fins de libéralités au profit de tiers, autrement dit lorsque la libéralité à trois personnes est une fiducie-libéralité⁶.

* * *

199. Conclusion de la section. – En appréhendant le bien dont le disposant se dessaisit, l'intermédiaire accepte corrélativement une série de charges ou de devoirs, qui ont pour objet de favoriser la transmission de ce bien ou des revenus de celui-ci au bénéficiaire final. Autrement dit, il agit comme un relais entre le disposant et le bénéficiaire final. De là il suit que le disposant peut agir à un double titre : soit en tant que détenteur précaire, ce qui implique qu'il détienne la chose pour le compte du bénéficiaire final, lequel en prendra possession à l'extinction de ses

¹ Voir *infra* n°546 et s.

² C. assur., art. L. 132-21 et s.

³ C. assur., art. L. 132-8.

⁴ C. assur., art. L. 132-11.

⁵ Sur ce point, voir *infra* n°614 et s.

⁶ Sur la licéité de cette propriété-pouvoir, voir *infra* n°580 et s.

prérogatives ; soit en qualité de propriétaire, ce qui suppose que l'exclusivité sur la chose lui ait été conférée par le disposant. Il reste que cette exclusivité peut révéler une propriété ordinaire, une propriété-droit subjectif, qui lui confère une vocation à jouir de la plénitude des utilités de la chose, ou une propriété finalisée, une propriété-pouvoir, qui lui permet de gérer le bien de façon exclusive jusqu'à la fin de sa mission, échéance de laquelle la propriété devra être transmise au bénéficiaire final.

Conclusion du Chapitre I

200. L'analyse des prérogatives de l'intermédiaire sur l'objet de la libéralité fait apparaître une double dualité.

Dualité dans les types de prérogatives, d'une part. L'intermédiaire peut être investi soit d'un droit subjectif, soit d'un pouvoir. Le droit subjectif se caractérise par la *liberté* conférée à son titulaire : tout ce qui ne lui est pas expressément interdit, lui est implicitement permis. Au contraire, l'idée de *contrainte* prédomine dans le pouvoir : tout ce qui ne lui est pas expressément permis, lui est implicitement interdit. Autrement dit, le droit subjectif ne saurait être finalisé tandis qu'il est de l'essence même du pouvoir d'être conféré en vue d'une fin à atteindre.

Dualité dans l'étendue des prérogatives, d'autre part. L'intermédiaire peut être soit un détenteur précaire, soit un propriétaire.

Lorsqu'il est détenteur précaire, l'intermédiaire accomplit sur la chose des actes de maîtrise en ayant conscience du fait qu'il n'est pas propriétaire et qu'il devra restituer la chose. Il peut être ainsi investi de l'usufruit des biens de la libéralité. En ce cas, l'intermédiaire est titulaire d'un droit subjectif, car, s'il doit tenir compte des intérêts du nu-propriétaire, notamment conserver la substance des biens dont il a la jouissance, il exerce également ses prérogatives d'usufruitier dans son propre intérêt ; c'est ainsi qu'il peut user de la chose et en percevoir librement les fruits. Mais, en tant que détenteur précaire, l'intermédiaire peut aussi n'être titulaire que d'un pouvoir. Tel est le cas lorsque la technique de la représentation est utilisée : s'il détient les biens et exerce des prérogatives sur ceux-ci, l'intermédiaire n'agit que pour le compte du représenté, à savoir du bénéficiaire final.

Par ailleurs, l'intermédiaire peut être investi de la propriété de l'objet de la libéralité, ce qui implique que le disposant lui en ait conféré l'exclusivité. Cependant, cette exclusivité peut révéler deux types de propriété : une propriété ordinaire, qui donne à son titulaire la vocation à la *plena in re potestas* ; une propriété finalisée, qui lui permet d'avoir l'exclusivité de gestion tant que dure sa mission. Autrement dit, lorsqu'elle est finalisée, la propriété de l'intermédiaire est temporaire et il ne fait pas sien du profit de cette propriété. Par où l'on voit une corrélation entre la dualité de propriétés et la dualité de types de prérogatives : la propriété ordinaire est une source d'avantages pour son titulaire, d'où le nom de propriété-droit subjectif ; la propriété finalisée est bien plus une charge, un moyen pour son titulaire d'agir dans l'intérêt d'autrui, de sorte que nous pouvons la dénommer propriété-pouvoir.

CHAPITRE II

LE TITRE D'ACQUISITION DE L'INTERMEDIAIRE

201. Position du problème. – De la définition des libéralités à trois personnes, il résulte que le disposant entretient deux rapports de droit, l'un à l'égard de l'intermédiaire, l'autre envers le bénéficiaire final. Envisagés sous l'angle de leur qualification, seul le rapport entre le disposant et l'intermédiaire pose une difficulté puisque le bénéficiaire final est toujours un gratifié. Le disposant attribue des prérogatives à l'intermédiaire mais il lui impose également des charges ou des devoirs. Faut-il y voir un rapport de nature gratuite ou onéreuse ? Sans doute, selon le procédé employé, la question ne connaît-elle pas le même niveau de difficulté. Qu'il s'agisse de la représentation ou de la technique de la condition, il est aisé de discerner le rapport gratuit de celui qui ne l'est pas.

En revanche, tel n'est pas le cas lorsqu'il est recouru à la technique de la charge. Ici, on l'a vu, la nature des prérogatives de l'intermédiaire alterne entre le droit subjectif et le pouvoir. Là où le droit subjectif est une prérogative dont l'exercice est tourné vers son titulaire, le pouvoir ne peut être exercé qu'en vue de la fin pour laquelle il a été conféré. Autrement dit, alors que le droit subjectif est une source de profit pour celui qui l'exerce, le pouvoir est une prérogative qui ne procure aucun avantage à son titulaire. Cette distinction résonne comme un écho sur la notion de libéralité et, par voie de conséquence sur l'analyse du titre d'acquisition de l'intermédiaire.

202. Plan. – C'est donc après avoir défini la notion de libéralité (Section I) que l'on pourra discerner, au sein des libéralités à trois personnes, celles qui constituent une libéralité au profit de l'intermédiaire (Section II).

Section I : La notion de libéralité

Section II : La mise en œuvre de la notion de libéralité dans les libéralités à trois personnes

SECTION I : LA NOTION DE LIBERALITE

203. Eléments constitutifs de la libéralité. – En vertu de l'article 893 du Code civil, « *la libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ». De là l'on s'accorde pour dire que la notion de libéralité suppose la réunion d'un élément matériel, économique, et d'un élément moral, intentionnel¹. A ces deux éléments, on ne saurait ajouter un élément formel. Sans doute le Code civil impose-t-il certaines formes à respecter pour la formation de la donation et du testament². Mais cette exigence n'est point un élément commun à l'ensemble des libéralités. D'une part, certaines s'affranchissent du formalisme légal. En témoignent les donations non solennelles et le legs verbal. D'autre part, et inversement, un acte qui a revêtu les formes d'une donation ou d'un testament ne constate pas nécessairement une libéralité. Au surplus, nul ne conteste que la qualification d'un acte repose bien plus sur l'analyse de son économie réelle, de sa substance, que de la forme qu'il emprunte³. Aussi bien sont-ce uniquement les éléments de fond qu'il convient de considérer pour définir la notion de libéralité.

204. Plan. – Etudions donc tour à tour l'élément économique (§ 1) et l'élément intentionnel (§ 2) de la libéralité.

§ 1 - L'ELEMENT ECONOMIQUE

205. Dimension comptable. – L'existence d'une libéralité suppose que l'opération réalise un déséquilibre économique entre les parties : l'une s'appauvrit tandis que l'autre s'enrichit. Ce constat est assez simple à établir. Il y a lieu ici de faire abstraction de toute considération

¹ Sur la notion de libéralité, voir notamment J. Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, thèse Rennes, 1919 ; J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, préc. ; J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920 ; J. Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1931 ; G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, préc. ; P. Esmein, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de doctorat, Paris, 1934 ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc. ; H. Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, préc. ; N. Peterka, *Les dons manuels*, préc. ; S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. Putman, PUAM, 2006.

² L'idée qu'un critère formel serait un élément constitutif de la libéralité peut se recommander de l'article 893 du Code civil, dans sa rédaction d'origine avant sa modification par la loi du 23 juin 2006, qui appréhendait la libéralité sous son seul aspect formel (« *On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies* »). Ripert relevait ainsi que « *l'élément formel est pour les auteurs du Code civil, ce qu'il y a de plus important dans la donation et dans le testament* » (G. Ripert, *Etude critique sur la notion de libéralité*, préc., spéc. Paris, 1930-1931, p. 8.).

³ Relisons à cet égard Josserand : « *En résumé, on peut dire qu'en pareille matière "l'habit ne fait pas le moine" : il peut y avoir donation sans que les formes solennelles aient été observées, sans même que le mot ait été prononcé ; tandis qu'à l'inverse il ne suffit pas de recourir à ces formes et d'employer ce mot ni même rédiger un acte notarié portant donation pour que l'opération intervenue relève du concept gratuit ; c'est la réalité qui importe, non l'apparence ; la nature intime de l'opération, non le vêtement dont elle est affublée. Le critère formel doit donc être écarté sans hésitation* » (in *Les mobiles dans les actes juridiques*, préc., spéc. n°291 p. 367).

subjective ; il s'agit simplement d'observer que le patrimoine du disposant a diminué et que, corrélativement, celui du gratifié s'est accru.

Empruntés au vocabulaire économique, les termes appauvrissement et enrichissement ne sont pas cependant d'une précision absolue. Aussi bien convient-il de les étudier tour à tour. Analysons, d'abord, la notion d'appauvrissement (A), puis celle d'enrichissement (B).

A. Un appauvrissement

206. Diminution du patrimoine. – Le terme appauvrissement revêt une dimension économique ; il désigne « l'action de s'appauvrir, un état qui en résulte »¹. L'appauvrissement est ce faisant le constat d'une diminution, d'une perte de richesse. Traduit en termes juridiques, l'acte d'appauvrissement est celui qui exerce une influence négative sur le patrimoine du disposant. Peu importe, à cet égard, que l'acte porte sur un droit réel, sur un droit créance, sur la propriété d'une chose incorporelle, il suffit qu'il entraîne une diminution du patrimoine du disposant. « *Abandon gratuit d'un droit patrimonial* »², « *transfert d'une valeur comptable d'un patrimoine à l'autre* »³, telle se présente la notion d'appauvrissement.

Encore faut-il que l'abandon du droit patrimonial s'opère sans contrepartie. Il n'y aurait en effet aucun appauvrissement du disposant si le transfert patrimonial auquel il consent était compensé par une prestation d'un montant équivalent de la part de l'autre partie⁴. En témoignent plusieurs illustrations jurisprudentielles. Ainsi, lorsque le donataire est grevé de charges au profit du disposant dont la valeur égale ou excède l'émolument qu'il reçoit, l'inexistence de l'appauvrissement entraîne la requalification de l'acte en acte à titre onéreux⁵. De même, les dots moniales, c'est-à-dire les donations faites aux congrégations par leur membre sous la charge de les entretenir leur vie durant, sont qualifiées d'actes à titre onéreux dès lors que l'appauvrissement équivaut à la charge assumée⁶. De même encore, les fondations de messes⁷, qui sont des dispositions par lesquelles les fidèles, désirant s'assurer des bienfaits spirituels des prières de

¹ *Le Grand Robert de la langue française*, V^o Appauvrissement.

² J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., n^o303.

³ R. Savatier, obs. *RTD civ.* 1975. 756.

⁴ Il n'est pas question ici de rechercher l'existence d'une contrepartie *subjective*. C'est en effet une comparaison économique, donc objective, de la situation des intéressés avant et après l'opération qu'il y a lieu de mener. Sur l'existence d'une contrepartie *subjective*, voir *infra* n^o220

⁵ Voir notamment Cass. req., 25 févr. 1913, *S.* 1920. 1. 220 ; Cass. civ., 28 nov. 1938, préc. ; Trib. civ. Cahors, 8 juill. 1948, *D.* 1949. 166, note H. L.

⁶ Cass. civ., 13 mars 1907, *D.* 1907. 1. 281, concl. BJ.-N.-E. Audouin, note M. Planiol ; *S.* 1907. 1. 420, note Chavegrin ; Cass. req., 4 févr. 1908, *S.* 1908. 1. 499.

⁷ Euzet, *Nature juridique de la fondation de messes*, thèse Aix, 1906 ; Dejust, *Des fondations de messe*, thèse Paris, 1908 ; Lerebours-Pigeonnière et Julliot de la Morandière, *Notes parlementaires*, *RTD civ.* 1908. 177 ; Gabolde, « Les fondations de messes », *Rev. crit.* 1924. 492.

l'Église, font parvenir à celle-ci une somme déterminée qui devra être affectée à la célébration de messes pour le repos de leur âme, sont réputées être des actes à titre onéreux dès lors que le capital ou la rente versés par le fondateur représente la rémunération du service rendu¹.

Par où l'on voit qu'il y a appauvrissement lorsque le disposant transfère un droit patrimonial sans recevoir de compensation d'un même montant.

207. Critère de distinction entre les actes à titre gratuit. – Ainsi comprise, la notion d'appauvrissement permet de faire le départ entre les deux espèces d'actes à titre gratuit, les libéralités et les contrats de services gratuits. Ni celui qui prête à titre gratuit, ni celui qui se porte garant gracieusement, ni celui qui assure bénévolement la garde d'une chose qui ne lui appartient pas, ni celui qui exécute un mandat ne subissent une diminution de leur patrimoine². En effet, ces actes ne procurent qu'un manque à gagner à celui qui les consent. Au contraire, le propre de la libéralité est d'exercer une influence sur le patrimoine du disposant par la *perte définitive d'un droit patrimonial* au profit du gratifié³.

¹ Cass. civ., 6 déc. 1909, D. 1910. 1. 281, note H. Capitant ; S. 1910. 1. 261.

² A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, préc., spéc., t. II, n°12 p. 260 : « *Quand il y a libéralité une des parties inspirée par l'idée de bienfaisance, diminue son patrimoine au profit d'un autre. Les contrats désintéressés (nous dirons les contrats de services gratuits ou de bienfaisance) sont ceux où l'un des contractants mû par le désir de rendre service à un autre ne s'appauvrit pas à son profit, mais ne reçoit rien en échange de la prestation qu'il fournit* ». C'est également à cette conclusion qu'aboutit André Rouast, dans son célèbre article sur la prestation gratuite de travail : « *Il ne résulte en effet de la prestation de travail aucune diminution de patrimoine pour celui qui en prend l'initiative. Son acte est à rapprocher de ceux qu'accomplit un mandataire ; il ne constitue pas une libéralité au sens patrimonial du mot, mais il est à classer parmi les contrats de bienfaisance qui ne concernent pas la propriété. Sans doute, le bénéficiaire de la prestation en retire un profit qui peut être évalué en argent, mais son enrichissement ne correspond pas à l'appauvrissement du prestataire. On ne doit dire que le manque à gagner résultant de la prestation équivaut à un appauvrissement de ce dernier, car le manque à gagner ne constitue une perte qu'autant qu'une rémunération pouvait être escomptée. Mais l'homme qui rend un service bénévole ne peut être considéré en aucune matière comme s'étant appauvri ; ayant agi sans esprit de lucre, il n'a rien perdu dans le travail qu'il a accompli pour le compte d'autrui* » (A. Rouast, « La prestation gratuite de travail » in *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, LGDJ, 1938, p. 704).

³ L'idée que seule la libéralité a pour objet un droit patrimonial est le fruit d'une longue évolution doctrinale. Certains auteurs ont d'abord soutenu que le transfert de propriété devait être le critère de distinction entre les libéralités et les contrats de services gratuits : seul un transfert de propriété pourrait amputer le patrimoine d'éléments qui existaient déjà à l'intérieur de celui-ci (Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, préc., spéc. n°48 ; dans le même sens, R.-Th. Troplong, *Donations et testaments*, t. I, préc., n°5). La conception était difficilement admissible puisqu'elle excluait de la sphère des libéralités tout appauvrissement du patrimoine n'emportant pas transfert de propriété, tel que le transfert gratuit de tous les droits réels (Sur cette critique, voir J. Champeaux, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, préc., spéc., p. 127 ; A. Ponsard, *Les donations indirectes*, préc., spéc., p. 29). Partant, le critère du transfert de droit réel s'est substitué au critère du transfert de propriété : « *Ce qui distingue le contrat de bienfaisance de la donation, déclarait Jean Champeaux, c'est le droit sur lequel porte la gratuité. La donation transfère gratuitement au bénéficiaire de l'acte un droit réel. Le contrat de bienfaisance crée au contraire une simple obligation de faire à titre gratuit au profit du bénéficiaire de l'acte* » (J. Champeaux, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, préc., spéc., p. 128 ; dans le même sens M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., spéc. p. 598 ; R. Demogue, *Traité des obligations*, préc., spéc. t. II, p. 894, note 2 ; M. Boitard, *Les contrats de services gratuits*, préc., spéc., p. 111 ; A. Ponsard, *Les donations indirectes*, préc., spéc. p. 29). Mais, là encore, le critère n'était pas exempt de toute critique. Il était à la fois trop restrictif et trop large. *Trop restrictif*, parce qu'il n'est pas contestable qu'un droit de créance peut faire l'objet d'une libéralité. *Trop large*, parce qu'il conduit à admettre qu'une sûreté réelle consentie à titre gratuit est une libéralité. Aussi bien faut-il convenir que seul le critère du droit patrimonial permet de distinguer les libéralités des contrats de services gratuits (J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n°302 et s., p. 303 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc. n°32, p. 18 ; G. Marty et P.

B. Un enrichissement

208. Distinction entre les donations et les legs ? – A l'appauvrissement consenti par le disposant doit correspondre l'enrichissement du gratifié. Doctrine et jurisprudence s'accordent pour affirmer que la notion d'enrichissement est caractérisée par la *perception* d'un émolument¹. L'affirmation paraît évidente et on pourrait y voir une pure tautologie. Pourtant, une distinction est faite entre les donations et les legs. Alors que la qualité de donataire suppose la perception d'un émolument², rien de tel n'est exigé pour le légataire³. C'est le *titre* et non pas l'*émolument* qui fait le légataire⁴. Le disposant jouit ainsi d'une liberté illimitée dans l'emploi du titre testamentaire : il peut le modeler à son gré, en fixer le contenu comme il l'entend, et même le vider de tout contenu en le séparant de l'émolument qu'il postule normalement. Ainsi Labbé constatait-il que « *ce qui caractérise un legs, c'est non pas un bénéfice, mais l'attribution d'un droit, par exemple d'un droit de propriété. Ce qui caractérise un legs universel, c'est l'attribution de la propriété de tous les biens appartenant au testateur [...]. Pour tout legs, universel ou particulier, une charge imposée par le disposant peut*

Raynaud, *Les successions et les libéralités*, préc., n°300 et s., p. 240 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1001, p. 4 et s.).

¹ En jurisprudence, voir par exemple Cass. civ., 19 juill. 1894, préc. ; Cass. civ. 13 mars 1907, DP 1907. 1. 281, note M. Planiol ; Cass. civ., 6 déc. 1909, D. 1910. 1. 281 ; Cass. civ., 28 nov. 1938, DH 1939. 17 ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 avr. 1972, Bull. civ. I, n°109 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1982, D. 1983. IR. 348.

En doctrine, voir C.-E. Delvincourt, *Cours de droit civil*, préc., spéc. t. II, Livre III, titre IV, section III ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. XI, préc., spéc. § 701, p. 307-308 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, préc., spéc. t. XII, n°339 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., spéc. n°3009 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., spéc. n°315 et 328 ; Wahl, note sous Cass. civ., 28 oct. 1895, S. 1897. 1. 289 ; J. Ray, *De la notion de donation en droit civil français*, préc., spéc. p. 132 et s. ; J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, préc., t. I, spéc. p. 69-70 ; J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, préc., spéc. p. 24 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. II, préc., spéc. n°916 p. 894 ; L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., spéc. n°266 ; J. Champeaux, *Etude sur la nature juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, préc., spéc. p. 28 ; G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, préc., spéc. p. 250-251 ; R. Cassin, *Les libéralités avec charges et les fondations en droit français*, préc., spéc. p. 222 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc. n°107 et s., p. 182 et s.

² Aubry et Rau l'ont affirmé nettement : « *Si les charges égalaient, ou à peu de chose près la valeur des objets transmis sous le titre ou par forme de donation, la disposition n'aurait de la donation que le nom, et serait en ce qui concerne le donataire, exclusivement régie par les principes concernant les actes à titre onéreux* » (Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. XI, préc., spéc. § 701 p. 308). Voir M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc.

³ Labbé, note sous Cass. civ., 5 juill. 1886, préc. ; Beudant, note au D. 1893. 2. 6 ; Troplong, *Donations et testaments*, t. IV, n°1174 ; Demolombe, *Donations et testaments*, t. IV, n°532 et 535 ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. IV, n°320 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. I, n°351 et s. ; Savatier, RTD Civ. 1925. 404 ; Lalou, note au D.P. 1938. 2. 1, sous Paris, 12 novembre 1937 ; Bartin, *Théorie des conditions impossibles*, préc., spéc. p. 387 et s. ; J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, préc., spéc. p. 231 ; J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, préc., spéc. p. 27 et s. ; G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, préc., spéc. p. 13 ; H. Simmonet, « Le legs avec charge, catégorie juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, p. 128 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, t. V, préc., spéc. p. 18 ; A. Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, préc., spéc. p. 42 ; J.-P. Sortais, *Le titre et l'émolument*, préc., spéc. p. 89 et s.

⁴ J.-P. Sortais, *Le titre et l'émolument*, préc., spéc. p. 89 : « *Le titre testamentaire employé emporte à lui seul la qualification de legs et détermine le régime applicable aux biens légués, contrairement à ce qui a lieu en matière de donations où l'équilibre ou le déséquilibre des prestations est pris en considération* ».

faire disparaître, même entièrement, le bénéfice sans ôter le caractère du legs »¹. Semblablement Ripert enseignait, dans son cours de doctorat consacré à la notion de libéralité, que « *si on suppose par exemple qu'un legs a été fait de telle façon que le légataire n'en retire aucun profit parce qu'il y a plus de charges à accomplir que de biens à recevoir, on dira quand même que la disposition est à titre gratuit : la disposition sera qualifiée par sa forme, alors qu'il n'y aura aucune espèce d'avantage procuré au légataire* »². En somme, le legs se résout en un simple instrument soumis à l'entière discrétion du disposant. Surtout, il suffit que le disposant ait employé la forme testamentaire pour que le légataire institué soit censé avoir reçu une libéralité même si, au fond, il ne retire aucun avantage objectif de la disposition à lui consentie. Il en résulte une véritable dissemblance entre les donations et les legs, de telle sorte que l'unité de la notion de libéralité s'avère impossible³.

Sans doute faut-il nuancer cette présentation en relevant que la jurisprudence désigne comme légataire celui qui a *vocation* à percevoir un émolument. Le principe a été posé avec netteté par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 5 juillet 1886. En l'espèce, une testatrice, Mlle Baron, avait institué pour légataire universel le sieur de Biencourt en le chargeant d'employer tous les meubles et immeubles légués à l'établissement d'une école libre de garçons. La Cour d'appel d'Orléans annula le testament au motif que la testatrice n'avait attribué à son légataire que le rôle d'exécuteur testamentaire. La Chambre civile cassa l'arrêt : « *Attendu qu'il ressort manifestement de cette disposition une vocation au profit de Biencourt à l'universalité des biens composant la succession de la testatrice ; qu'il importe peu, dès lors, que l'exécution des charges imposées audit de Biencourt [...] doivent absorber la totalité de l'émolument de la disposition faite à son profit ; qu'il n'en reste pas moins le continuateur juridique de la personne de la testatrice en sa qualité de légataire universel de cette dernière* »⁴. La solution a été affirmée à maintes reprises, et ce qu'il s'agisse d'un legs universel ou à titre universel⁵ ou d'un legs particulier⁶.

Elle peut se comprendre aisément s'agissant du legs universel ou à titre universel. En tant que continuateur de la personne du défunt, il est fort possible que, par une acceptation pure et simple, le légataire soit tenu de payer *ultra vires*. Mais il n'en reste pas moins légataire, n'eût-il trouvé dans la succession que des dettes. Quant au légataire à titre particulier, le raisonnement ne peut lui être

¹ Note préc. sous Cass. civ., 5 juill. 1886.

² Cours préc., spéc. p. 14.

³ J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, préc., spéc. p. 29 : « *Il en résulte pourtant une conséquence assez choquante, surtout pour nos esprits habitués à une notion générale de libéralité qui confond dans la même théorie les donations et les testaments : tel acte serait onéreux entre vifs qui deviendra à titre gratuit pour être moulé dans la forme du testament ; et c'est pourtant la même intention, la même volonté qu'ont dans les deux cas manifestée les deux disposants* ».

⁴ D. 1886. 1. 465 ; S. 1890. 1. 241, note Labbé. Sur renvoi, Angers, 22 juin 1887, D. 1889. 2. 4.

⁵ Cass. req., 6 nov. 1888, S. 1890. 1. 243 ; Cass. civ. 12 mai 1902, D. 1902.1.425, concl. BJ.-N.-E. Audouin ; S. 1905.1.137, note H. Levy-Ullmann, qui rejette le pourvoi formé contre Montpellier, 23 avr. 1900, D. 1902. 1. 425 ; S. 1905. 1. 137 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 1973, *Gaz. Pal.* 1973. 2. 893 ; *RTD civ.* 1974. 182, obs. R. Savatier ; Trib. civ. Seine, 5 août 1897, *aff. Goncourt*, *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 456 ; Paris, 1^{er} mars 1900, même affaire, S. 1905. 2. 78.

⁶ Cass. req., 21 juin 1870, *D.P.* 1971.1.97 ; Cass. req., 14 janvier 1941, *JCP* 1941. II. 1699, note P. Voirin.

appliqué puisqu'il n'est jamais tenu *ultra vires*. On fait cependant observer que le legs particulier peut être affecté d'une charge, laquelle peut anéantir l'intégralité de son émolument¹. Or, à l'instar du légataire universel ou à titre universel, le légataire particulier conserve sa vocation à percevoir son émolument en cas d'inefficacité de la charge.

209. Analyse critique. – La cohérence de la jurisprudence est-elle sauvée pour autant ? On n'en jurerait pas. D'une part, le critère de la vocation à la perception d'un émolument n'est pas appliqué aux donations. Lorsque la valeur de la charge imposée au donataire est égale à l'émolument perçu, la donation est inéluctablement qualifiée d'acte à titre onéreux². D'autre part et surtout, le critère est employé à mauvais escient pour les legs avec charge, notamment pour les legs à charge de fonder. En effet, en ces occurrences, le legs est conçu comme le simple instrument d'exécution de la charge, laquelle est en réalité la cause véritable de l'appauvrissement du testateur : elle est à la fois *ce pour quoi* il s'appauvrit et *ce sans quoi* il n'aurait pas disposé. De sorte que le légataire n'a jamais vocation à faire son profit des biens légués : soit la charge est exécutée, il ne conserve alors aucun émolument ; soit la charge ne peut être exécutée, il encourt alors la révocation pour inexécution des charges³.

Faut-il alors considérer que celui qui n'a pas de vocation à percevoir un émolument n'est pas un légataire sérieux, qu'il est légataire fictif, tout au plus un exécuteur testamentaire⁴ ? Rien n'est moins sûr. Dans le legs à charge de fonder, la jurisprudence perçoit le legs moins comme une libéralité que le testateur consent à son légataire que comme un moyen technique permettant de réaliser une libéralité par l'intermédiaire du légataire⁵. C'est, en effet, afin d'éviter toute solution

¹ G. Baudry-Lacantinerie et A. Colin, *Donations et testaments*, préc., t. I, n°351 et s., spéc. n°352.

² Voir *supra* n°208.

³ Dans la même optique, il est des legs à charge dont le testateur prive, d'avance, l'institué de tout émolument. Le testament Goncourt en fournit un exemple caractéristique. Il était en effet certain que les légataires universels, Alphonse Daudet et Léon Hennique, n'étaient appelés à recueillir aucun émolument ; en effet, le testateur prescrivait : « Dans le cas où, contrairement à mes volontés et, par des circonstances que je ne puis prévoir, les dispositions qui précèdent, en ce qui concerne l'Académie que je fonde, ne pourraient pas s'exécuter, je donne et lègue les capitaux provenant de la réalisation de mes biens...à l'Hospice des jeunes filles incurables... » (Voir Paris, 1^{er} mars 1900, *S.* 1905. 2. 78. Voir aussi Paris, 21 juin 1935, *D.* 1936. 2. 19).

⁴ H. Levy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904. 262 ; H. Levy-Ullmann, note sous Cass. civ. 12 mai 1902, *S.* 1905.1.137 : « un légataire sans émolument n'est pas un légataire véritable ; c'est un exécuteur testamentaire » ; A. Geouffre de la Pradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, préc., spéc. p. 126 et s. : « Ici il n'y a pas de legs, et si l'acte prend ce nom, c'est un mensonge, parce que le testateur ne songe pas à gratifier la personne nommée dans l'acte ». Voir, de façon plus nuancée, R. Cassin, Cours préc., spéc. p. 184 : « Un légataire universel est certainement un légataire universel sérieux, il ne peut pas être considéré comme un simple exécuteur testamentaire, lorsque, même quand la charge dépasse l'émolument, ou au moins est égale à l'émolument, il subsiste sur la tête du légataire une vocation effective à l'universalité de l'actif du défunt. Autrement dit, ce n'est pas l'émolument qui est caractéristique du legs universel, c'est la vocation au tout. C'est la vocation à bénéficier des legs caducs, des charges inexécutées, des dettes prescrites ».

⁵ Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} éd., t. III, n°2745 et 3014 : « Ce que nous appelons legs [...] peut très bien se résoudre en une pure charge et le prétendu légataire se rapproche de l'exécuteur testamentaire, auquel notre droit traditionnel assigne un rôle trop étroit et incapable de répondre aux besoins de la pratique. Ce n'est pas une raison pour condamner, comme illicite, un procédé vingt fois séculaire dont l'utilité est évidente. Cela prouve seulement que les définitions de la donation et du legs, données par le

de continuité que la qualité de légataire est reconnu à celui qui est institué par le testateur. Autrement dit, tel un fiduciaire, le légataire n'est investi de la propriété des biens qu'aux fins d'assurer une mission. La mise en œuvre du principe fiduciaire est alors évidente, même si l'on parle d'ordinaire, non pas de fiducie testamentaire, mais de legs avec charge. Simplement, ce n'est pas parce que le procédé est licite, en ce sens qu'il est compatible avec la notion de propriété¹, qu'il faut considérer le légataire sans vocation comme un gratifié. En réalité, il faut admettre que le légataire qui n'a aucune vocation à s'enrichir est, non pas un gratifié, mais un fiduciaire².

D'un point de vue technique, l'affirmation pourra sans doute surprendre³. Comment, en effet, un acte à cause de mort ne peut-il pas être à titre gratuit ? Une telle disposition testamentaire ne serait au fond qu'une offre de contracter émise au profit du légataire-fiduciaire⁴ ; mais ce serait alors une offre devenue caduque en raison du décès du testateur-pollicitant⁵. La jurisprudence ne paraît cependant pas aussi ferme, et l'on peut observer une distinction selon que l'offre est faite avec ou sans indication de délai. Dans le premier cas, l'offre semble transmise aux héritiers du pollicitant et une acceptation peut valablement intervenir à la condition bien évidemment d'être toujours dans le délai tandis que, dans le second cas, le décès du pollicitant provoque la caducité de l'offre⁶. Au-delà de cette analyse relative à la survie de l'offre après le décès du pollicitant, on ne manquera d'observer que la jurisprudence a déjà admis le caractère onéreux du legs en ce qui

Code, sont insuffisantes et ne font pas connaître la double application dont ces deux sortes d'actes sont susceptibles, tantôt sous forme de libéralités directes, tantôt sous forme de libéralités par intermédiaire ».

¹ Sur la compatibilité avec la notion de propriété, voir *supra* n°187 et s.

² Voir en ce sens J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., n°229 et s., p. 241 et s., qui dénomme ces legs de « legs-mandant », « legs-louage de services », « legs-vente » ou encore « legs-paiement ». L'expression de « legs à titre onéreux » est également utilisée par Nast au sujet de la clause dite commerciale, in *Rev. crit.* 1924, p. 538.

³ Voir par exemple, J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, préc., spéc. p. 27-28 : « Il semble à première vue évident que la disposition à cause de mort ne sera jamais un acte à titre onéreux ; elle n'aura sa valeur qu'après la mort du disposant au moment où, son intérêt n'existant plus, l'intérêt du bénéficiaire est évidemment seul en jeu. [...] Si parfois le caractère libéral du testament n'est pas tout à fait conforme à la réalité des choses, il l'est au moins à la logique juridique [...] ». Voir également J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, préc., spéc. t. I, p. 231 : « A notre avis, la notion même de disposition testamentaire s'oppose à celle d'acte à titre onéreux ; le testament, manifestation d'une volonté qui se survit, souveraine, n'est pas du domaine de l'échange [...] ».

⁴ Voir en ce sens J.-J. Duperyoux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n°238 p. 248.

⁵ Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs*, préc., spéc. p. 387-388 : « On ne conçoit pas une disposition testamentaire qui ne serait en réalité qu'un acte à titre onéreux. Car une disposition de ce genre ne se résoudrait en une offre de contracter que le testateur adresserait à son prétendu légataire. Mais toute offre s'évanouit par le décès de son auteur : la disposition testamentaire ainsi entendue deviendrait par suite caduque à l'instant précis où son auteur aurait reculé son effet, ce qui est absurde ».

⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 10 déc. 1997, *Bull. civ.* III, n°223 ; *Defrénois* 1998, art. 36753, p. 336, n°20, obs. D. Mazeaud ; *D.* 1999, Somm. 9, obs. Ph. Brun, qui admet le maintien de l'offre faite avec délai malgré le décès du pollicitant. Cette solution avait déjà été affirmée (Cass. civ. 3^{ème}, 9 nov. 1983, *Bull. civ.* III, n°222 ; *Defrénois* 1984. 1011, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1985. 154, obs. J. Mestre), mais avait paru abandonnée (Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, *D.* 1990. 365, note G. Virassamy ; *D.* Martin, « L'esquisse contractuelle et la mort », *D.* 1993, chon. 236). *Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, JCP 2008. I. 179, n°1, obs. Y.-M. Sérinet ; RTD civ. 2008. 474, obs. B. Fages ; D. 2008. pan. p. 2969, obs. S. Amrani-Mekki, RDC 2008. 1109, obs. Th. Génicon, qui impose le maintien de l'offre pendant un délai raisonnable lorsqu'elle a été faite à personne déterminée.*

concerne les fondations de messes¹. C'est ainsi que la Cour d'appel de Bordeaux a considéré que « la somme de 3.000 francs doit être versée [...] dans les mains d'ecclésiastes qui seront chargés de la célébration des messes, à titre de rémunération et non à titre de libéralité »². Autrement dit, la fondation de messes relève du titre onéreux dès lors que la somme versée par le testateur correspond à la rémunération du travail du prêtre³. Or, en retenant la qualification onéreuse d'un legs, la jurisprudence semble admettre qu'une disposition testamentaire peut renfermer une offre de contracter. Aussi bien une solution analogue devrait-elle être étendue à toutes les hypothèses dans lesquelles le légataire n'a pas vocation à percevoir un émolument.

210. Proposition conclusive. – De là il suit que le legs est un instrument qui permet de disposer d'un ou de plusieurs biens, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Simplement, pour accéder à la qualification de libéralité, le legs doit à tout le moins assurer au légataire une vocation à s'enrichir. Semblablement, la qualification de donation doit être admise lorsque le donataire bénéficie d'une telle vocation. A l'instar du légataire, le donataire dont les charges grèvent l'intégralité des biens reçus n'en demeure pas moins un gratifié dès lors qu'il a vocation à percevoir un émolument.

§ 2 - L'ELEMENT INTENTIONNEL

211. Lien entre intention libérale et cause finale de l'opération. – Déterminer l'élément intentionnel d'une libéralité revient à s'interroger sur la cause de l'appauvrissement du disposant. A cet égard, il convient de rappeler que le terme « cause » décrit deux réalités distinctes : la cause *efficiente* qui est la source de l'opération et la cause *finale* qui est l'objectif poursuivi par les parties en concluant l'opération⁴. En tant qu'antécédent du consentement des parties, la cause efficiente ne justifie pas leur engagement ; elle permet simplement de protéger leur consentement en leur épargnant le risque de rester dans le lien contractuel au cas de disparition d'un élément, sans

¹ Cass. civ. 11 sept. 1909, *S.* 1909. 1. 417 ; Douai, 30 mai 1853, *D.P.* 1854. 2. 174 ; Bordeaux, 23 juin 1856, *D.P.* 1857. 2. 62 ; Cass. civ., 13 juill. 1859, *D.P.* 1859. 1. 322 ; *S.* 1859. 1. 653 ; Rennes, 22 août 1861, *S.* 1862. 2. 38 ; Caen, 30 nov. 1865, *D.P.* 1866. 2. 43 ; Paris, 23 nov. 1877, *D.P.* 1878. 2. 233 ; *S.* 1877. 2. 330 ; Pau, 18 janv. 1886, *D.P.* 1887. 2. 63. Sur la définition des fondations de messes voir *supra* n°206.

² Bordeaux, 23 juin 1856, préc.

³ En ce sens, voir Euzet, *Nature juridique de la fondation de messes*, préc., spéc. p. 120 : « Ce qu'on rémunère, ce n'est pas la consécration ni la transsubstantiation qui en est la conséquence, pas plus, d'ailleurs, que les grâces spirituelles qu'entraîne cette consécration, mais bien le fait purement humain, le travail du prêtre ».

⁴ Sur cette distinction, voir notamment G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. I, *Les sources*, préc., n°193, p. 193 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, préc., n°254 et s., p. 202 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°331 et s., p. 351 et s. ; Pour une présentation du rôle de la cause efficiente dans le contrat, voir G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, n°137 et s., p. 449 et s. ; Ph. Régné, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993, n°18 et s., p. 29 et s.

lequel elle ne serait pas engagée. Elle n'explique pas pourquoi le transfert de valeur patrimoniale s'est produit. Ainsi qu'on l'a justement souligné, « *la volonté est toujours orientée par la représentation d'une fin à atteindre parce qu'elle cherche la cause de ses actes dans l'avenir. Autrement dit, il n'y a pas d'action consciente sans but* »¹. Aussi est-ce dans sa seconde acception, celle de cause finale, qu'il faut entendre cette notion pour expliquer l'opération. Sous cet aspect, tant la doctrine² que la jurisprudence³ distinguent la cause « de l'obligation » (*causa proxima*), qui est la raison immédiate et abstraite de l'acte, et la cause « du contrat » (*causa remotae*), qui est la raison lointaine et concrète de l'acte. La première, objective, est identique pour chaque type d'acte. La seconde, subjective, varie pour un même type d'acte d'un individu à l'autre⁴.

Partant, deux conceptions de l'intention libérale apparaissent concevables : l'une abstraite, objective ; l'autre psychologique, subjective. Et, selon la conception choisie, la physionomie de l'intention libérale sera profondément différente. Cependant, de ces deux conceptions, la première est de loin préférable. Déterminer la cause de celui qui s'est appauvri, ce n'est pas, en effet, rechercher sa motivation ou sa préoccupation profonde, c'est identifier, de manière objective et abstraite, l'objectif recherché.

212. Plan. – Examinons, d'abord, les raisons qui justifient le rejet de la conception psychologique de l'intention libérale (A), afin de constater, ensuite, que seule une conception abstraite doit être retenue (B).

¹ R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préc., n°1. Voir déjà R. von Jhering, *Zweck im Recht, L'Evolution du Droit*, traduction par O. Meulenaere, éd. Chevalier-Maresq, 1901, p. 2. : « *Il ne faut pour que la volonté agisse une raison suffisante, une cause. C'est la loi universelle. Mais, dans la nature inanimée, cette cause est d'essence mécanique (causa efficiens) ; elle est psychologique, lorsqu'il s'en va de la volonté : celle-ci agit en vue d'une fin (causa finalis). La pierre ne tombe pas pour tomber, mais parce que son soutien lui est enlevé. L'homme qui agit n'agit point parce que, mais afin que, afin d'atteindre tel ou tel but. Cet afin régit aussi inéluctablement l'action de la volonté que le parce que détermine le mouvement de la pierre qui tombe. Un acte de la volonté sans cause finale est une impossibilité aussi absolue que le mouvement de la pierre sans cause efficiente* ». Adde H. Capitant, *De la cause des obligations*, préc., spéc. n° 1, p. 1 : « *Toute personnes qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation. La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui* ».

² La distinction a été énoncée la première fois par le doyen Maury, in *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, p. 231 et s. Elle est aujourd'hui reprise par la quasi-totalité de la doctrine : H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, préc., spéc. n°255, p. 262 ; Ch. Larroumet, *Droit civil, t. III, Les obligations, Le Contrat, 1^{re} partie*, préc., spéc. n°447, p. 447 ; P. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., spéc. n°621, p. 318 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°332 et s., p. 352 et s.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, *Bull. civ. I*, n°293, *GAJC*, t. II, préc., n°155 ; *Deffrénois* 1990. 368, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1990. II. 21546, note Y. Dagorne-Labbé ; *RTD civ.* 1990. 468, obs. J. Mestre.

⁴ Par exemple, l'obligation du vendeur de transférer la propriété du bien peut se voir reconnaître deux causes bien distinctes : tout d'abord, et de manière immédiate, le paiement du prix par l'acheteur ; ensuite, et de manière plus lointaine, cela peut être l'objectif d'avoir des liquidités pour payer ses propres dettes, pour acheter un nouveau bien, pour gratifier à ses enfants, etc.

A. Le rejet de la conception psychologique

213. Exposé de la conception. – Suivant une première conception, l'intention libérale doit être analysée en une pensée entièrement altruiste, en « *une volonté de préférer autrui à soi-même* »¹. Est ici à l'œuvre la cause « du contrat », celle qui explique l'opération en raison des motivations personnelles de chacun. De fait, cette conception invite à sonder les ressorts profonds de la volonté de celui qui s'appauvrit. Et s'il apparaît que celui-ci poursuit un mobile égoïste, c'est-à-dire un mobile non altruiste, il n'y a pas libéralité, faute d'intention libérale².

La jurisprudence n'est pas restée insensible à cette conception. Il a ainsi été retenu à plusieurs reprises que celui qui poursuit une satisfaction personnelle d'ordre *moral* était dépourvu de toute intention libérale. Cette analyse fut adoptée notamment dans de nombreuses décisions relatives aux souscriptions publiques et aux offres de concours³, dont la plus célèbre est l'affaire Bardet.

¹ J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°41, p. 24.

² Voir en ce sens J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, préc., p. 371-372 : « *Cet avantage est-il de ceux qui font naître l'acte intéressé, est-il tel que l'examen des intentions du donateur manifeste nettement son désir de se procurer une satisfaction égoïste, sans aucune pensée de sacrifice au profit d'un intérêt étranger ; l'acte sera à titre onéreux. Au contraire, cette jouissance morale est-elle seulement la satisfaction intime que procure l'accomplissement d'un devoir supérieur d'amour, de charité ou d'altruisme ; alors cet acte appartient au royaume des libéralités* ».

³ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc. V° Souscription publique : « *Souscription offert au public en vue d'ouvrir un emprunt d'Etat ou d'ériger un monument* » ; V° Offre de concours : « *Offre par laquelle un particulier ou une personne publique s'engage à l'égard d'une autre personne publique à participer à titre onéreux à l'exécution d'une opération de travaux publics ou, par extension doctrinale, au fonctionnement d'un service public* ».

La doctrine publiciste était dans son ensemble hostile à la qualification de libéralité au motif que ces opérations relevaient uniquement du droit public. Gaston Jèze a exprimé cette idée en ces termes : « *En droit privé, il est une opération que l'on est tenté de comparer à l'offre de concours, c'est la donation avec charge. Le donataire a l'obligation juridique d'exécuter la charge ; le donateur avec charge a le droit d'exiger l'exécution de la charge et non pas seulement de demander la révocation de la donation pour inexécution des charges. Dans l'opération d'offre de concours, l'Administration ne peut prendre d'engagement juridique touchant l'exercice de sa compétence, en ce sens que le souscripteur pourrait exiger et faire ordonner par justice, la création ou la modification d'un ouvrage public, d'un travail public. L'offre de concours ne lie pas juridiquement l'Administration qui l'a acceptée. Si l'ouvrage public n'est pas créé ou aménagé comme il avait été prévu par l'offre de concours, le souscripteur est dégagé de l'offre qu'il avait faite, l'Administration sera simplement obligée de restituer ce qu'elle reçu. Par là s'accuse le caractère administratif de l'opération d'offre de concours, sa différence avec l'acte juridique de droit privé qui semble analogue : la donation avec charge. L'offre de concours, opération de droit public, n'est pas régie par les règles du droit privé sur les donations avec charges* » (in *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} éd., Giard, 1926, spéc. p. 461-462). Voir dans le même sens M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11^{ème} éd., spéc. p. 798 ; H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^{ème} éd., spéc. p. 639 ; J. Chevalier, *De la nature juridique des offres de concours à un marché public*, thèse Rennes, 1924, spéc. p. 58.

Quant à la doctrine privatiste, certains auteurs ont défendu l'idée que la satisfaction morale retirée par le particulier dans sa participation au financement de ces travaux excluait toute intention libérale. Telle était l'analyse soutenue par René Demogue : « *L'avantage obtenu par un contractant peut être non seulement matériel, mais moral, ce n'est que l'application de ce principe que le contrat n'a pas nécessairement un objet appréciable en argent. Ainsi il y a acte onéreux si une personne, pour sa satisfaction personnelle, donne à une église de l'argent pour reconstituer une sonnerie qu'elle désirait vivement voir rétablir* » (in *Traité des obligations en général*, t. II, préc., spéc. n°916 p 895-896). Voir également dans le même sens J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, préc. ; E. Martin *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, préc., p. 375-376 ; J. Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, préc., spéc. p. 104 et s.

Adde sur les souscriptions publiques, voir A. Queinnee, *De la nature et quelques effets des souscriptions organisées par les individus et les personnes morales*, thèse Caen, 1904 ; R. Gros, *Des souscriptions ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement*, thèse Dijon, 1909 ; sur les offres de concours, voir M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^{ème} éd., p. 777 et s. ; H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, préc. ; J. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, p. 592 et s. ; G. Jèze, « *L'opération administrative d'offre de concours* », *Rev. dr. public* 1925. 603, reproduite au t. III de ses *Principes généraux du Droit administratif*, préc. ; J. Chevalier, *De la nature juridique des offres de concours à un marché public*, préc. ; J. Berthomier, *Du régime juridique des offres de concours en matière de travaux d'intérêt public*, Paris, 1934 ; B. Poujade, « *L'offre de concours* », *Rev. dr. public* 1985. 1625.

En l'espèce, Bardet, intervenant à un contrat conclu entre un fondateur de cloches et la fabrique de l'église de Saint-Martin de Clamecy, s'était engagé à prendre à sa charge les frais de réfection de la sonnerie de l'église du village en exigeant qu'elle fût rétablie telle qu'elle existait dans sa jeunesse. Assigné au paiement de cette somme, il soutint que son engagement constituait une donation nulle, faute d'acte authentique et d'autorisation administrative, conformément aux articles 910 et 932 du Code civil. La Chambre des Requêtes rejeta son pourvoi et déclara, en des termes peu élogieux à l'égard de l'intéressé, que son engagement était à titre onéreux : « *il n'appartient qu'à la partie qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équivalent de ce qu'elle donne, dans la cause, Bardet, possesseur d'une fortune considérable, n'avait consenti à concourir au rétablissement de la sonnerie qu'en imposant à la fabrique des conditions onéreuses dans le but unique de satisfaire son caprice, sa fantaisie et sa vanité* »¹. Plus près de nous, cette conception a trouvé une nouvelle application dans les dispositions faites au profit d'associations. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 1^{er} mars 1988, à propos d'une renonciation à la reprise d'un apport à une association culturelle d'enseignement qui se trouvait dissoute : les juges du fond ayant constaté que l'apporteur avait « *recherché avant tout la satisfaction morale et religieuse de "voir continuer l'école libre de Boigny"* », la haute juridiction décide qu'ils en ont « *souverainement déduit que cet avantage excluait l'intention libérale* »².

Semblablement, la jurisprudence a parfois considéré que l'existence d'un mobile d'ordre *matériel* de la part de celui qui s'appauvrit était exclusive de toute intention libérale. C'est ainsi que la cession d'un terrain en vue d'y construire une église a été qualifiée de contrat à titre onéreux car

¹ Cass. req., 14 avr. 1863, D. 1863. 1. 402. Voir déjà l'affaire Reverchon lors de laquelle la Chambre des Requêtes approuva la Cour de Paris d'avoir refusé de voir une donation nulle pour défaut d'acceptation expresse dans l'engagement pris par un particulier de participer aux frais de construction d'une église, en raison du caractère intéressé de cette promesse : Cass. req., 7 avr. 1829, *Jur. Gén.*, V^o Dispositions entre vifs et testamentaires, n^o1300. Voir également Trib. civ. Mamers, 2 févr. 1875, D. 1875. 5. 188 : « *sans doute, la demanderesse a été heureuse de servir les intérêts de la commune ; mais son but principal, son but intéressé a été, elle le dit elle-même, de pouvoir plus souvent faire célébrer l'office divin, et de venir à ses heures prier sur la tombe de son mari ; que pour qu'il y eût donation, il faudrait que la demanderesse eût préféré la commune à elle-même, mais que telle n'a pas été son intention.* » ; Trib. civ. Langres, 15 mars 1900, D. 1900. 2. 422 : « *un contrat ne cesse pas nécessairement d'être à titre onéreux pour dégénérer en un acte de pure libéralité parce que l'une des parties n'en retire pas un avantage matériel ou pécuniairement appréciable, qu'il est au contraire de principe certain que l'une des deux obligations corrélatives dont se compose un contrat synallagmatique peut fort bien n'avoir pour cause qu'un intérêt purement moral, quoique son objet soit d'un intérêt exclusivement pécuniaire* » ; Orléans, 6 juill. 1911, D. 1922. 1. 76 : « *les consorts M. donnaient satisfaction à leurs sentiments religieux, à leurs goûts artistiques, au désir qu'ils éprouvaient de donner à la ville de Tours un monument destiné à rappeler le souvenir d'un de ses évêques les plus illustres [...], cet avantage moral était pour eux l'équivalent du sacrifice pécuniaire qu'ils imposaient* ».

Notons que la jurisprudence n'a pas toujours retenu cette conception. Voir ainsi Trib. civ. de la Seine, 15 févr. 1913, sous Paris, 24 juill. 1913, D.P. 1914. 2. 53, note H. L. : « *Attendu qu'en échange des sommes versées par Soulange-Bodin pour le compte de la fabrique on ne voit pas, alors que le demandeur n'a retiré matériellement aucun profit personnel de la construction de l'église, quel est l'avantage ou l'équivalent qui lui aurait été procuré par la fabrique et dont l'existence est nécessaire pour constituer le contrat commutatif, que la satisfaction de piété ou d'amour-propre qu'il a pu éprouver de l'œuvre accomplie ne saurait être mise en balance avec le service rendu à une fabrique et aux paroissiens de Plaisance en sacrifiant à l'édification d'une église toute une fortune par lui recueillie, que, si l'on admettait dans la circonstance actuelle qu'il y ait un contrat commutatif, il n'y aurait jamais de libéralité, le fait de donner pour une œuvre, pour une entreprise quelconque emportant toujours pour celui qui fait un don un avantage d'ordre moral, une satisfaction intime à raison d'une action généreuse* » ; Toulouse, 17 janv. 1911, D.P. 1922. 1. 76, solution confirmée par Cass. civ., 19 juill. 1921 (31^{ème} espèce), D.P. 1922. 1. 99 ; Cass. req., 17 nov. 1913, D. 1922. 1. 84 (4^{ème} espèce).

² Cass. civ., 1^{er} mars 1988, JCP 1989. II. 21373, note M. Behar-Touchais ; *Defrénois* 1988, art. 34 373, p. 1402, n^o6, obs. J. Honorat, RTD civ. 1988. 800, obs. J. Patarin.

elle avait été consentie « *en perspective de la plus-value que devaient acquérir d'autres terrains appartenant au cédant* »¹.

214. Analyse critique. – Cette conception ne doit pas échapper à la critique.

D'une part, comme on l'a justement souligné, elle est une « *machine à faire sauter le droit des libéralités* »². Celui qui s'appauvrit au profit d'autrui poursuit nécessairement un mobile d'ordre *moral*. Tel est poussé par la vanité ; tel autre veut soulager sa conscience ; tel autre encore cherche à gagner la gratitude de son ayant cause ; celui-ci cherche son propre bonheur dans le bonheur d'autrui ; celui-là espère une récompense que, dans sa conviction, une autre vie réserve à l'homme généreux. En somme, on le voit, celui qui entend faire une libéralité y trouve toujours une satisfaction morale, ne serait-ce, pour reprendre les mots du doyen Carbonnier, que « *l'intérêt moral du disposant de ne pas laisser s'appliquer à son patrimoine un ordre de dévolution qui ne lui plaît pas* »³. En outre, il est fréquent que le transfert patrimonial que consent le disposant soit motivé par une satisfaction d'ordre *matériel*⁴. En témoignent les multiples incitations fiscales à la générosité⁵. Or « *combien d'actes de bienfaisance découlent-ils du cadeau fiscal qui les encourage* »⁶ ? De façon identique, les entreprises, dont on pourrait croire que l'acte libéral leur fût impossible⁷, sont également encouragées fiscalement à consentir des dons à des organismes philanthropiques⁸. Bien plus, en créant leur propre fondation, celles-ci ont la possibilité d'inclure leur raison sociale dans la

¹ Cass. civ., 19 juill. 1894, *D.* 1895 .1. 125 ; *S.* 1894. 1. 439.

² M. Behar-Touchais, sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 1988, note préc., spéc. n°6.

³ J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., n°979, p. 2029.

⁴ A cet égard, Pierre Bourdieu a soutenu l'existence d'une loi sociologique selon laquelle l'objectif ultime de tout acteur social est l'accumulation du « *capital économique* ». Malgré son apparence désintéressée, d'un point de vue économique, un acte se révélerait en définitive toujours rémunérateur, en ce sens qu'il entraîne l'accroissement du « *capital social* » – les relations utiles – et du « *capital symbolique* » – la reconnaissance sociale de l'intéressé, lesquels se transformeront, en dernière instance, en « *capital économique* » (*Le sens pratique*, Ed. de Minuit, 1980, p. 85, note 30). Pour une traduction juridique de cette loi sociologique, voir M. Jeantin « Sociétés et non-lucrativité », in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique*, préc., P. 17 et s.

⁵ Voir, par exemple, CGI, art. 200 : « *Ouvrent droit à une réduction d'impôt sur le revenu égale à 66 % de leur montant les sommes prises dans la limite de 20 % du revenu imposable qui correspondent à des dons et versements, y compris l'abandon exprès de revenus ou produits, effectués par les contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4 B, au profit : de fondations ou associations reconnues d'utilité publique [...] ; de fondations universitaires ou de fondations partenariales mentionnées respectivement aux articles L. 719-12 et L. 719-13 du code de l'éducation [...] ; d'œuvres ou d'organismes d'intérêt général [...] ; des établissements d'enseignement supérieur ou d'enseignement artistique publics ou privés, d'intérêt général, à but non lucratif [...] ; d'associations culturelles et de bienfaisance, ainsi que des établissements publics des cultes reconnus d'Alsace-Moselle [...] ; de fonds de dotation* ».

⁶ P. Catala, préface à la thèse de N. Peterka, *Les dons manuels*, LGDJ, 2001, p. VII.

⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gauthier, *Les contrats spéciaux*, préc., n°911, p. 541 : « *Quand on fait du commerce, on n'a jamais d'intention libérale* ». L'assertion est excessive. Dans sa thèse consacrée à *l'acte gratuit en droit commercial*, François Grua a montré que la commercialité et la gratuité ne sont pas exclusives l'une de l'autre (in *L'acte gratuit en droit commercial*, thèse Paris, 1978, n°2, p. 17). Voir déjà J. Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc., p. 81 ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc., n°85 p. 98.

⁸ Voir, par exemple, CGI, art. 238 bis : « *Ouvrent droit à une réduction d'impôt égale à 60 % de leur montant, pris dans la limite d'un plafond unique de 5 pour mille du chiffre d'affaires effectués par les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés au profit : d'œuvres et organismes d'intérêt général [...] ; de fondations ou associations reconnues d'utilité publique [...] ; des établissements d'enseignement supérieur ou d'enseignement artistique publics ou privés, d'intérêt général, à but non lucratif [...]* ».

désignation de la fondation¹. N'est-ce pas, en procédant ainsi, escompter « un retour sur son investissement libéral »² ?

Bref, en adoptant une conception affective de l'intention libérale, c'est la notion même de libéralité qui s'évanouit³. Car, comme le disait Rousseau : « quand je fais un don, c'est un plaisir que je me donne »⁴.

D'autre part et surtout, cette conception accorde aux mobiles une place qu'ils ne doivent pas avoir. Il est en effet difficile de rechercher dans le for intérieur de chaque individu les éléments susceptibles de qualifier l'opération. Les mobiles, si l'on veut avoir égard à tous, sont trop variables, trop personnels à chaque individu. Ainsi que Jean Maury l'a justement fait remarquer, « c'est la volonté devinée ou supposée qui règne, c'est l'arbitraire absolu. Nous sommes dans le domaine des "impondérables juridiques" »⁵. En réalité, en tant que cause justificative du transfert patrimonial, l'intention libérale doit être entendue de manière abstraite, objective, c'est-à-dire sans tenir compte des considérations subjectives et personnelles de celui qui s'appauvrit.

B. L'adoption de la conception abstraite

215. Exposé de la conception. – Ainsi qu'on l'enseigne, si la cause finale est celle qui permet d'expliquer l'objectif recherché par les parties, il reste que seule la cause « de l'obligation » – celle qui présente un caractère objectif – permet de qualifier l'opération⁶. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte des représentations ou aspirations individuelles des parties. Seul importe l'« intérêt objectif de l'économie du rapport de droit considéré et non son utilité subjective, conditionnée par des circonstances extérieures restées propres à l'une des parties »⁷.

¹ L. 23 juill. 1987, art. 18, al. 3, modif. L. 4 juill. 1990.

² M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1007, p. 16.

³ Sur ce cette critique, voir notamment H. Vialleton, note sous Cass. civ., 24 janv. 1928, *S.* 1929. 1. 37 : « La nature humaine est ainsi faite que le désintéressement absolu, l'absence de toute arrière-pensée, de quelque nature que ce soit, sont pour ainsi dire incompatibles avec la norme de son activité » ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1007, p. 15 : « cette conception subjective se heurte à cette évidence qu'il n'y a pas d'activité humaine – même libérale- qui soit toute désintéressée, matériellement ou moralement ».

⁴ J.-J. Rousseau, *Les rêveries du promeneur solitaire. Sixième promenade*, Gallimard, Pléiade, t. I, 1959, p. 1054.

⁵ J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, préc., p. 62.

⁶ Voir notamment J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. Raynaud, Sirey, 1951, n°33, p. 43 ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, préc., n°222, p. 633 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préc., n°92 et s., p. 86 et s. ; F. Chénéde, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préc., n°49 et s.

A cet égard, on peut remarquer que les solutions de la jurisprudence qui ont adopté la conception affective de l'intention libérale paraissent moins commandées par un impératif de technique juridique que par des considérations de politique juridique. En ce sens, J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, préc., spéc. p. 63 et s. ; G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, préc., spéc. p. 163 ; P. Esmein, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, préc., spéc. p. 97 et s. ; M. Boitard, *Les contrats de services gratuits*, préc., spéc. p. 144 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., spéc. n°315 p. 330.

⁷ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préc., n°93, p. 88.

En ce sens, identifiée à la raison proche, l'intention libérale est « *l'intention de procurer à autrui un avantage, sans contrepartie* »¹. Pour le dire autrement, l'intention libérale se définit comme *la volonté et la conscience de ne pas recevoir de contrepartie*².

216. Volonté et conscience de s'appauvrir. – Le transfert patrimonial est donc qualifié de libéralité dès lors que le déséquilibre a été *conscient et voulu*. Ainsi comprise, l'intention libérale a été déclarée néanmoins doublement inutile en ce qu'elle se confondrait soit avec le consentement, soit avec l'élément économique de l'acte libéral³.

En premier lieu, l'appel à la notion de *volonté* de s'appauvrir démontrerait l'impossibilité de distinguer l'élément intentionnel du consentement. Inspirée par Laurent⁴, développée par Planiol⁵, puis reprise notamment par le doyen Carbonnier⁶ et M. Jean-Jacques Dupeyroux⁷, la théorie de l'assimilation de l'intention libérale au consentement ne convainc cependant pas. D'une part, le consentement, selon l'article 1108 du Code civil, est un élément constitutif de tout acte juridique tandis que l'intention libérale ne l'est que de l'acte à titre gratuit. C'est dans cette volonté d'absence de contrepartie que réside l'intention libérale. D'autre part, l'intention libérale est antérieure à l'acte volitif, elle le cause. Le consentement est en effet l'acte de volonté considéré de façon abstraite, c'est-à-dire détaché de l'intention de celui qui s'oblige. Ainsi, volonté et intention libérale ne se situent pas au même plan : le consentement est le fait de contracter tandis que l'intention est le but en vue duquel on contracte. Autrement dit, « *le consentement n'est que l'acceptation (qui peut être résignée) du sacrifice, alors que l'intention libérale postule sa recherche* »⁸.

En second lieu, l'appel à la notion de *conscience* de s'appauvrir reviendrait à exiger l'établissement de cet appauvrissement, de telle sorte que « *l'intention libérale en tant qu'élément autonome n'existe[r]ait pas* »⁹. L'objection ne tient pas. Il ne suffit pas de constater un déséquilibre dans le rapport de droit pour pouvoir conclure à la gratuité de la prestation de l'une d'elles. Bien

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Intention libérale.

² Voir en ce sens J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc. n^o42 p. 24-25 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n^o253 p. 213 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc. n^o1006 p. 15 ; Ph. Malaurie *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n^o351, p. 178 et s.

³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, préc., spéc. n^o1037 et s. ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, préc., spéc. p. 116 ; J. Carbonnier, *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de sociétés et d'association*, thèse Bordeaux, 1932, p. 739 et s. ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n^o154 et s., p. 171 et s.

⁴ *Principes de droit civil français*, t. 11, n^o506 et s. et t. 12, n^o1887 et s.

⁵ *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, préc., spéc., n^o1037 et s.

⁶ *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de sociétés et d'association*, préc., spéc. p. 739.

⁷ *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n^o155 et s. Voir plus récemment, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, préc., spéc. n^o259 p. 205 ; X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740.

⁸ M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc. n^o1006 p. 14 (nous soulignons).

⁹ J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n^o160 p. 178.

que réel, ce déséquilibre peut n'être que la conséquence d'une lésion ou d'un enrichissement sans cause¹. En ce sens, la considération du seul objet ne permet pas de qualifier le rapport de droit au regard du titre gratuit et du titre onéreux. L'élément intentionnel vient conforter l'élément matériel pour assurer son rattachement au titre gratuit². Il est l'élément justificatif et explicatif de l'appauvrissement³. M^{me} Méau-Lautour l'a fort justement rappelé : « Rechercher l'élément matériel, l'objet de la libéralité, c'est constater l'existence d'un déséquilibre entre les sacrifices antagonistes ou même, à la limite l'unilatéralité du sacrifice. Rechercher si ce déséquilibre a été consciemment organisé, c'est ajouter à l'existence du déséquilibre un élément subjectif, un rôle dans la qualification [...] »⁴. Par où l'on voit qu'il n'est point douteux d'affirmer l'autonomie de l'intention libérale par rapport à l'élément matériel de l'acte libéral⁵.

En définitive, la conception abstraite de l'intention libérale doit être approuvée : il faut et il suffit que l'auteur du mouvement de valeurs ait eu la conscience et la volonté de s'appauvrir sans contrepartie.

* * *

217. Conclusion de la section. – La notion de libéralité suppose de constater l'existence d'un élément économique, à savoir un appauvrissement du disposant qui entraîne corrélativement une vocation pour le gratifié à s'enrichir. Il n'y a donc pas libéralité lorsque le disposant prive, d'avance, son ayant cause de toute vocation à percevoir un émolument.

Mais cet élément économique n'est, à lui seul, pas suffisant pour qualifier l'acte de libéralité. Un élément intentionnel s'avère nécessaire. Cet élément est d'autant plus important que la qualité de gratifié suppose une « vocation ». Car, pour savoir si l'ayant cause du disposant a vocation à

¹ L'on sait que l'action *de in rem verso* suppose un appauvrissement et un enrichissement corrélatif. A l'instar de la libéralité, l'appauvrissement – aspect matériel – est une condition d'existence de l'action d'enrichissement sans cause. Elles se distinguent par leur aspect intentionnel : l'une est *sans cause*, c'est-à-dire sans justification juridique, l'autre est voulue.

² Voir en ce sens l'exposé très clair de M. Overstake : « En présence d'une prestation déterminée, son débiteur s'engagera à l'exécuter soit parce qu'au regard de cette prestation il y a une contreprestation correspondante en considération de laquelle il donne son consentement qui se trouve ainsi causé, soit parce qu'en retour de cette prestation, le débiteur n'attend pas de contrepartie correspondante car il a manifesté sa volonté qu'il en soit ainsi, et c'est en considération de cette volonté de ne rien obtenir en retour qu'il donne son consentement qui se trouve ainsi causé. Dans la première hypothèse on dira qu'il y a titre onéreux, dans la seconde on dira qu'il y a titre gratuit. », in *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brethe de la Gressaye, LGDJ, 1969, spéc. p. 194-195.

³ On retrouve l'idée de « cause force justificative dans le droit » systématisée par M. Hauser, in *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971, n°159 et s.

⁴ H. Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, préc., spéc. n°72 p. 63-64.

⁵ F. Lucet, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse Paris II, 1987, n°22 p. 32 : « Élément à la fois déduit mais justificateur de l'élément matériel, l'intention libérale nécessite en principe que son existence soit établie indépendamment de celle de l'enrichissement ».

s'enrichir, il faut rechercher quelle a été l'intention du disposant, quelle a été la cause de son appauvrissement, savoir s'il a eu une intention libérale.

Dans cette optique, on ne saurait adopter une conception psychologique de l'intention libérale. Celle-ci postule en effet de rechercher les mobiles profonds de celui qui s'est appauvri, lesquels sont trop variables, trop personnels à chaque individu. De surcroît, ce serait omettre que seule une cause finale, objective, permet de qualifier l'opération. Aussi bien faut-il retenir une conception abstraite de l'intention libérale, que l'on peut définir comme la volonté et la conscience de ne pas recevoir de contrepartie.

SECTION II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA NOTION DE LIBERALITE DANS LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

218. Difficultés propres aux libéralités reposant sur la technique de la charge. – De la définition des libéralités à trois personnes, il résulte que le disposant entretient deux rapports juridiques, l'un à l'égard de l'intermédiaire, l'autre envers le bénéficiaire final. Ce second rapport ne pose guère de difficultés : le disposant a toujours une intention libérale à l'endroit du bénéficiaire final. La qualification est en revanche plus incertaine s'agissant du rapport de droit entre le disposant et l'intermédiaire. De ce que les prérogatives de l'intermédiaire sont assorties d'obligations ou de devoirs, l'on peut hésiter, en effet, sur l'existence d'une intention libérale du disposant à son endroit. Encore faut-il relever que l'hésitation ne connaît pas la même intensité selon le procédé employé. Aucun doute n'existe lorsque la technique de la représentation est sollicitée : l'intermédiaire n'acquérant aucun droit patrimonial, on ne saurait le considérer comme un gratifié. En outre, on ne saurait discuter la qualité de gratifié de l'intermédiaire lorsqu'il est un acquéreur sous condition résolutoire sans contrepartie. Dès lors que l'évènement érigé en condition est futur et incertain : l'intermédiaire a nécessairement vocation à conserver les biens de la libéralité, ce qui en fait assurément un gratifié. De même encore, l'intermédiaire investi de l'usufruit des biens est assurément un gratifié dès lors qu'il ne verse aucune contrepartie et que son droit lui confère vocation à jouir des biens et à en percevoir les fruits.

Reste en définitive la technique de la charge personnelle. En ce cas, doit-on considérer que le disposant est animé d'une intention libérale envers l'intermédiaire dès lors que les charges qui le grèvent absorbent en tout ou partie son émolument ? Ne doit-on plutôt voir ici une relation fiduciaire, exclusive de toute intention libérale ? La question est d'autant plus difficile à résoudre

que la fiducie-libéralité, à la supposer licite¹, « ne peut se glisser dans notre droit qu'en inconnue, et sous le manteau d'une de ces institutions »². Précisément, c'est au moyen du procédé de la libéralité avec charges que la fiducie-libéralité se réalise. C'est donc sous le manteau troué du gratifié grevé de charges que l'on apercevra le pourpoint du simple fiduciaire.

219. Analyses rejetées. – Partant, comment savoir si l'intermédiaire est un gratifié ou un fiduciaire ? A l'évidence, on ne saurait retenir le critère de la *perception* d'un émolument³. Est gratifié, on l'a vu, non pas seulement celui qui perçoit un émolument, mais aussi celui qui a en la *vocation*.

En outre, on ne saurait admettre que le rapport d'obligation entre le disposant et l'intermédiaire présente un caractère mixte et reçoive une double qualification parce qu'il comporte des éléments touchant à deux types d'actes : onéreux pour certains aspects, gratuit pour d'autres. Cette scission, suggérée par Pothier⁴, est en effet critiquable en ce qu'elle conduit à « dépecer » l'acte (au sens de *negotium*) pour lui appliquer deux qualifications distinctes, là où les parties n'y ont vu qu'un ensemble indivisible⁵.

220. Analyse retenue : distinction de la libéralité et de la fiducie-libéralité du point de vue de leur cause. – Il faut dès lors rechercher la cause de l'acte dans son ensemble pour en

¹ Sur cette question, voir *infra* n°580 et s.

² R. Savatier, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Paris, 1937, Sirey, 1938, p. 57 et s., spéc. p. 58.

³ M. Planiol, note sous Nîmes, 22 janv. 1890, DP 1891. 2. 113 : « Vérifiez la valeur du patrimoine des deux parties, avant et après l'opération ; dans les conditions normales, vous devez trouver le même chiffre, ou du moins les variations qui peuvent être constatées ne doivent pas dépasser les limites d'incertitude que comporte toujours une estimation de ce genre. Si cette réciprocité fait défaut, c'est-à-dire si l'une des parties donne ou fait quelque chose sans rien recevoir en retour, l'acte est à titre gratuit » ; du même auteur, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., n°951 Dans le même sens, G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIII, *Obligations*, t. I, préc., n°16 ; Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. IV, préc., n°33 à 35.

⁴ Pothier, *Traité des obligations*, par Bugnet, t. II, 1848, n°12, qui, après avoir présenté les « contrats intéressés de part et d'autre » (à titre onéreux) et « les contrats de bienfaisance » (à titre gratuit) enseignait que « les contrats par lesquels celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne, sont des contrats mixtes ; telles sont les donations faites sous quelque charge imposée au donataire ». Voir également *Traité du contrat de vente*, par Bugnet, t. III, 1847, n°612 à 615. Cette analyse fut reprise par différents auteurs : voir notamment Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, 2^{ème} éd., 1885, n°7, p. 28 ; Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, t. VI, 1821, n°20, p. 21, qui, après avoir défini les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit, expliquait qu'« il y a aussi des contrats mixtes qui tiennent de ces deux espèces de contrats ; telles sont les donations faites sous une charge imposée au donataire ».

⁵ Sur la critique de l'acte mixte, voir J. Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. p. 257 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc. p. 215 et s. ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n°149, p. 166 et s. ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. XI, 6^{ème} éd., par P. Esmein, 1956, § 705, p. 264, note 6.

Aussi bien ne saurait-on parler de « libéralité onéreuse ». Sans doute cette idée est-elle retenue pour l'application de certaines règles des libéralités, telles que celles relatives au rapport et à la réduction. Mais, on le voit, c'est une fois la qualification de libéralité admise que le caractère mixte de l'opération peut être pris en compte. Autrement dit, ce n'est pas au moment de la qualification, mais seulement pour la mise en œuvre du régime juridique de la libéralité que la théorie de l'acte mixte présente une utilité.

dégager la qualification globale¹. Précisément, il y a lieu d'identifier la cause objective, la raison immédiate, des engagements respectifs du disposant et de l'intermédiaire. Cette cause, enseigne-t-on, se retrouve à l'identique dans chaque type d'acte². Ainsi, pour la libéralité, on le sait, la cause du disposant est l'intention libérale, à savoir la conscience et la volonté de s'appauvrir sans contrepartie tandis que, pour le gratifié, c'est l'acquisition du droit patrimonial.

Mais qu'en est-il, dans une fiducie-libéralité, du rapport entre le disposant et l'intermédiaire-fiduciaire ? On ne peut guère assimiler l'opération à une vente ni à un échange : le transfert de propriété que consent le disposant n'est compensé ni par prix ni par un autre bien. Et, sous cet angle, on pourrait même douter de l'existence d'une contrepartie pour le disposant³. En réalité, l'opération trouve sa cause dans le service, d'une nature variable, que le fiduciaire rend au disposant. C'est en effet en vue de la mission du fiduciaire que le disposant va s'obliger. Par là l'esprit de la convention fiduciaire est sans doute bien plus proche de celui des conventions de services que de celui des conventions translatives. Car si un transfert de propriété est opéré, celui-ci n'est pas la cause de l'opération, il est simplement nécessaire à l'exécution de la mission du fiduciaire. Telle est, nous semble-t-il, la prestation caractéristique de l'opération entre le disposant et l'intermédiaire-fiduciaire : la mission de services que doit fournir l'intermédiaire-fiduciaire.

De là il suit que la cause finale, objective, de l'engagement du disposant réside dans la prestation de services que l'intermédiaire-fiduciaire doit accomplir, à savoir gérer les biens et les transmettre au tiers gratifié. Quant à l'intermédiaire-fiduciaire, la cause de son engagement est soit la rémunération qu'il escompte retirer des résultats de sa gestion, soit, en cas de gratuité de son intervention, son intention bienfaisante à l'endroit du disposant. Où l'on voit que le contrat de services existant entre le disposant et l'intermédiaire-fiduciaire peut être à titre onéreux ou à titre gratuit : onéreux, lorsque l'intermédiaire s'engage en contrepartie d'une rémunération ; gratuit, lorsqu'il s'engage sans rémunération.

221. Applications. – Ceci nous permet de discerner, au sein de la catégorie des « libéralités avec charges dans l'intérêt d'un tiers », celles qui constituent des libéralités au profit de l'intermédiaire de celles qui réalisent des transferts fiduciaires.

Pour qu'il y ait libéralité, il faut que l'objectif recherché par le disposant soit d'assurer à l'intermédiaire une vocation à s'enrichir. En ce cas, le disposant a bien une intention libérale à

¹ A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27 et s.

² Voir parmi d'autres A. Bénabent, *Les obligations*, préc., spéc. n°180, p. 140 ; J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., n°973, p. 2017 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1- L'acte juridique*, préc., n°254 et s., p. 235 et s. ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n°316, p. 242 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°333, p. 353.

³ Voir en ce sens R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », préc., p. 303 et s., spéc. p. 313 : « *A l'évidence, il s'agit d'un transfert de propriété sans contrepartie : le constituant ne reçoit rien du fiduciaire, qui justifie son geste* ».

l'égard de celui-ci, car la charge ne constitue pas la contrepartie de son appauvrissement. Cela signifie donc que l'exécution de la charge n'est pas *ce pour quoi* il lui transfère les biens. Pour le dire autrement, la libéralité que le disposant consent au tiers bénéficiaire de la charge n'est pas la cause de son engagement envers l'intermédiaire ; il s'engage envers celui-ci *pour* le gratifier et, accessoirement, *pour* gratifier le tiers bénéficiaire¹.

A l'inverse, dans la fiducie-libéralité, la considération de la charge exerce une influence prépondérante sur la volonté du disposant, et devient pour lui la chose essentielle, si bien que la « libéralité », qu'il consent pour la forme à l'intermédiaire, n'est dans sa pensée qu'un moyen pour arriver à l'exécution de la charge au profit du tiers, lequel est alors l'unique gratifié. Ici, donc, la charge est *ce pour quoi* le disposant transfère les biens à l'intermédiaire². Au demeurant, l'assertion se justifie par rapport à la nature des prérogatives de l'intermédiaire-fiduciaire. En effet, comme on l'a dit, si le fiduciaire est un propriétaire, il est surtout un propriétaire singulier, titulaire d'une propriété-pouvoir³. En ce sens, s'il perçoit les fruits, il n'en fait pas son profit personnel ; il est tenu de les gérer et de les rendre à la fin de sa mission⁴. Pareillement, il n'a aucune vocation à la *plena in re potestas* ; simple propriétaire temporaire, il la perd dès la fin de sa mission, et ce quand bien même la charge de transmettre les biens ne pourrait être exécutée au profit du tiers bénéficiaire⁵. Telle était du reste la conception de nos anciens auteurs. Ainsi, pour Merlin, « *il n'y a de fiducie que dans le cas où il paraît par les termes du testament, que l'institution a eu pour objet unique l'avantage de ceux à qui l'institué est chargé de rendre* »⁶. Dit en termes plus concrets, « *si cependant il paraissait que celui qui a été chargé de rendre n'a été choisi que pour exécuter la volonté du testateur, sans que*

¹ Il en va notamment ainsi des libéralités graduelles et résiduelles. La somme des obligations au premier gratifié d'une libéralité graduelle pourrait toutefois faire douter de l'existence d'une libéralité à son endroit (voir en ce sens R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », préc., spéc. p. 311). C'est cependant omettre qu'il a vocation à conserver les biens de la libéralité. Ainsi que le précise l'article 1056 du Code civil, le premier gratifié conserve les biens « *lorsque le second gratifié précède au grevé ou renonce au bénéfice de la libéralité graduelle* ». Autrement dit, le grevé est un gratifié parce qu'il a vocation à conserver les biens ; de même que l'appelé est un gratifié parce qu'il a vocation à recevoir les biens.

² Voir en ce sens C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°98, p. 88-89 : « *Toutes les fois qu'un disposant cède l'objet de la libéralité à un tiers, afin que celui-ci gère puis retransfère les biens confiés à leur destinataire final, la qualification de fiducie, ou pour mieux marquer le domaine d'application de l'institution, celle de fiducie-libéralité, mériterait d'être consacrée en droit français* » ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1199 bis, p. 138 : « *le gratifié a au moins vocation à conserver ou à récupérer ces biens dans le cas où la charge tomberait, sans quoi il ne peut s'agir que d'une fiducie-libéralité* ». Et l'auteur explicite en note son assertion (note 238) : « *chez le donataire ou le légataire à titre particulier, elle suppose que le disposant n'ait pas conçu la donation ou le legs comme le simple instrument d'exécution de la charge : en termes techniques, qu'il n'ait pas fait de cette exécution une condition de la "libéralité" adressée au grevé* ».

³ Voir *supra* n°187 et s.

⁴ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., n°99, p. 90, note 4. *Adde* M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet qui la consacre », préc., spéc. n°11 et s.

⁵ En ce cas, la propriété revient au disposant ou à ses héritiers.

⁶ Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^{ème} éd., 1812, t. V, V^o Fiduciaire, § III.

celui-ci eût entendu le gratifier ; alors la chose ne lui appartiendrait pas, malgré la caducité : elle appartiendrait à l'héritier du testateur »¹.

En conséquence, là où l'intermédiaire-gratifié a vocation à percevoir un émolument, l'intermédiaire-fiduciaire ne l'a jamais.

222. Cas particulier des libéralités à caractère collectif. – Encore faut-il, nous semble-t-il, mettre à part les libéralités consenties aux personnes morales à charge, pour elles, d'affecter les biens reçus à une mission d'intérêt général. On ne saurait nier, en effet, que le titre onéreux suppose des prestations réciproques et interdépendantes, autrement dit des sacrifices antagonistes. Or, l'*accipiens* ne consent aucun sacrifice, il ne subit aucun « préjudice »² lorsque la charge est stipulée dans son intérêt. Et tel est le cas des libéralités à caractère collectif. Dès lors que l'affectation est conforme à la mission normale de la personne morale, c'est-à-dire à son objet social, elle ne fait qu'augmenter les ressources qui lui sont utiles. Comme l'affirmait très justement Planiol, une telle charge « augmente d'autant sa puissance d'action »³. De sorte que de telles charges ne remettent pas en cause le caractère gratuit de l'acquisition⁴. Pour reprendre les mots de M. Jean-Jacques Dupeyroux, on peut dire que « si nous éliminons l'hypothèse des charges dans l'intérêt du gratifié lui-même, nous devons affirmer que toute donation avec charge dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers, dont la charge serait la cause de la "donation", constitue en réalité un acte à titre onéreux »⁵.

¹ M. Thevenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, 1888, n°538, p. 162-163. Voir encore du même auteur, n°541, p. 163 : « Le grevé est héritier fiduciaire, quand il paraît que la restitution du fidéicommiss n'a été différée par le testateur, que pour l'avantage du substitué, et non pour rendre le fidéicommiss conditionnel ; en telle sorte que le testateur ait entendu confier l'administration au grevé dans l'intervalle, pour ainsi dire, à titre de tutelle ».

Comp. P. Lerebours-Pigeonnière, *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, thèse Paris, 1898, n°54 p. 98-99 : « peut-être verra-t-on toutefois entre le fiduciaire et le légataire universel dépouillé par des legs particuliers dont nous venons de parler, cette différence que le fiduciaire se voit imposer une charge universelle, de sorte que tout accroissement du patrimoine du disposant accroît seulement la charge et que son titre est destiné à rester un titre nu, quelle que soit la consistance de la succession, tandis que l'héritier grevé de legs particuliers, a l'espoir et la possibilité de profiter d'une modification du patrimoine du disposant ou de la caducité d'un legs. Voici notre réponse : d'abord il suffirait que l'existence, en fait, d'un titre nu n'empêche pas la qualité d'héritier pour que nous ayons le droit d'affirmer que cette qualité est indépendante de l'émolument, mais il y a plus et nous ne voyons pas qu'il y ait impossibilité absolue de gain pour le fiduciaire car sa charge universelle est susceptible d'être caduque comme une autre ; il suffit que le tiers bénéficiaire décède avant la disposition c'est-à-dire avant l'ouverture de son droit, ou encore qu'il refuse d'accepter le bénéfice de l'obligation mise à la charge du fiduciaire. Cette circonstance, dira-t-on, sera contraire aux intentions du disposant, mais il en est ainsi de la caducité de toute charge, le disposant ne voulait pas qu'il restât au prête-nom aucun bénéfice, mais il s'y est exposé néanmoins préférant ce risque et utiliser l'intermédiaire commode d'un prête-nom ».

² J.-J. Dupeyroux, *Contribution à l'étude de l'acte à titre gratuit*, préc., n°143, p. 159. Adde, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., n°3012.

³ Note sous Nîmes, 22 janv. 1890, DP 1891. 2. 113.

⁴ Voir en ce sens Ch. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière et P. Voirin, *Cours de droit civil français*, t. V, préc., spéc. n°10, p. 14 ; J. Ray, *La notion de donation en droit civil français*, thèse Paris, 1912, p. 132 ; J. Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1931, p. 28 et s. ; G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, Cours préc., p. 313 et s. ; P. Esmein, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours préc., p. 102 ; R. Cassin, *Les libéralités avec charges et les fondations en droit français*, Cours préc., p. 216 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°104 et s., p. 175 et s. ; H. Souleau, *L'acte de fondation en droit français*, préc., n°67 et s.

⁵ J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n°180 p. 197.

Pour autant, il faut convenir que la charge constitue la cause objective, la raison immédiate de l'engagement du disposant. En ces occurrences, les personnes morales sont dans l'esprit du disposant comme de simples fiduciaires dont il ne peut pas matériellement se passer. Elles ne sont, au fond, qu'une étape dans l'opération, voulue par le disposant, qui doit aboutir à l'attribution de l'objet de la libéralité aux bénéficiaires de leur activité d'intérêt général. Par où l'on voit toute l'originalité des libéralités à caractère collectif : la personne morale est à la fois gratifiée et fiduciaire. Simplement, ici encore, le caractère fiduciaire de l'opération n'est reconnu ni par la loi ni par la jurisprudence. Aussi est-ce *de lege ferenda*, par une nouvelle disposition légale, qui serait fort bienvenue, que l'on pourrait accuser la singularité des ces libéralités, à l'instar du droit québécois qui reconnaît l'existence de « *fiducie d'utilité sociale* »¹.

223. Compatibilité de l'analyse avec la révocation des libéralités pour inexécution des charges. – Au-delà de la singularité des libéralités à caractère collectif, se dresse sans doute une difficulté relative à l'applicabilité des règles relatives à la révocation des libéralités pour inexécution des charges². La doctrine enseigne que ce cas de révocation est une application des règles de l'article 1184 du Code civil, relatif à la résolution judiciaire des contrats synallagmatiques³.

Il est permis, toutefois, de ne pas être pleinement convaincu par l'explication. Il nous semble, en effet, que la présence de prestations réciproques et interdépendantes, qui caractérise le rapport synallagmatique, doit entraîner la qualification d'acte à titre onéreux⁴. Lorsque l'exécution de la

¹ C. civ. du Québec, art. 1270 : « *La fiducie d'utilité sociale est celle qui est constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. Elle n'a pas pour objet essentiel de réaliser un bénéfice ni d'exploiter une entreprise* ». Sur l'analyse des libéralités à caractère collectif voir *infra* n°614 et s..

² C. civ., art. 954 pour les donations ; C. civ. 1046 pour les legs, qui renvoie à l'article 954. Rappelons qu'en vertu de l'article 953 du Code civil énonce trois cas de révocation des donations : l'inexécution des charges, l'ingratitude du donataire et la survenance d'enfants du donateur. Relevons que l'Ancien droit, à l'exemple du droit romain, ne mentionnait pas l'inexécution des charges comme une cause de révocation. Seules deux causes de révocation étaient prévues : l'ingratitude du gratifié et la survenance d'enfants du donateur (Ricard, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, III^{ème} partie, n°694 et 699 ; Furgole, *Traité des testaments*, ch. II, sect. II, n°26 et s. ; Pothier, *Traité des donations entre vifs*, par Bugnet, t. VIII, 1845, n°180 et s.). La révocation de la libéralité pour inexécution de charges demeurerait néanmoins possible. Simplement, on rattachait ce cas à l'ingratitude du gratifié (voir notamment Ricard, *ibid.*).

³ Voir parmi d'autres M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n° 485 et s., p. 620 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°160 et s., p. 104 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°513 et s., p. 413 et s. ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1523 et s., p. 696 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1415 et s., p. 322 et s. *Adde* M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°173 et s.

⁴ La cause, dans un contrat synallagmatique, est la contrepartie promise, c'est-à-dire la prestation à laquelle s'oblige le cocontractant. Et s'il en va ainsi, c'est seulement parce que les engagements réciproques sont regardés comme équivalents par chacune des parties. Ce n'est qu'alors, en effet, que peut se comprendre la décision que chacune des parties a prise de les assumer et qu'il est en tout cas justifié de les déclarer tenues de les respecter. Sous cet aspect, cette analyse se recommande de la conception aristotélicienne du *synallagma* volontaire : chaque partie était tenue de fournir à l'autre une prestation qui était considérée comme sa contrepartie (Sur cette conception, voir C.

charge est l'objectif recherché par le disposant, *ce pour quoi* il s'engage envers l'intermédiaire, on ne saurait admettre l'existence d'une intention libérale. En ce cas, la prestation que doit accomplir l'intermédiaire est « regardée comme l'équivalent »¹ de ce que le disposant s'oblige à lui transférer. Et l'on comprend dès lors aisément que le disposant puisse agir en résolution pour le cas où l'intermédiaire « ne satisferait point à son engagement »². Mais, on le voit, s'il y a alors résolution, c'est parce que le rapport entre le disposant et l'intermédiaire est à titre onéreux³.

Pour autant, cela signifie-t-il, suivant notre analyse, que la révocation pour inexécution des charges qu'énonce l'article 954 du Code civil soit dépourvue de toute portée ? Nous ne le pensons pas. Que le disposant ait le droit de subordonner la maintien de sa libéralité à l'accomplissement de la charge, cela est d'évidence. Il se peut, en effet, que l'on reconnaisse que

Despotopoulos, « La notion de *synallagma* chez Aristote », *APD*, t. 13, *Sur les notions de contrats*, Sirey, 1968, p. 115 et s. Adde A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », in *Etudes J. Ghestin – Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, préc., spéc. p. 779 ; F. Chénéde, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préc., n°28 et s.). Précisément, l'exécution de la prestation était un déplacement de valeur d'un patrimoine à l'autre et constituait une perte pour celui qui l'avait effectuée et un gain pour celui qui l'avait reçue. La justice « correctrice » exigeait que la prestation d'une partie fût compensée par celle de l'autre. C'est en ce sens qu'il y avait réciprocité des prestations. A cet égard, on doit aux canonistes d'avoir exprimé le lien étroit unissant les obligations réciproques, non seulement au moment de leur naissance, mais jusqu'à leur complète exécution, par la maxime *non servandi fides, non est fides servanda* (Sur cet adage, voir H. Capitant, *De la cause des obligations*, préc., spéc. n°68 p. 133 et s. ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., spéc. v° *Frangendi fides non est fides servanda*). Initialement fondée sur la bonne foi et l'équité, la règle reçut un fondement objectif avec Domat qui dégagait le principe selon lequel « l'engagement de chacun est le fondement de celui de l'autre » (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Œuvres complètes* par J. Rémy, Paris, 1828, Livre II, Titre I, Section I, n°4). Ce faisant, dans un rapport synallagmatique, chaque engagement se sert mutuellement d'appui, de telle sorte que chacun dépend objectivement de l'autre. N'est-ce pas le même principe qui commande les rapports onéreux ? N'enseigne-t-on pas que la notion de contrepartie, apanage du contrat à titre onéreux, découle de l'équivalence des prestations ? Comme le montre Monsieur Sériaux, « ce qui circule [dans les opérations synallagmatiques] ce sont des équivalents – ce qu'une culture humaine déjà fort élaborée accepte de considérer comme des équivalents » (A. Sériaux, « La notion de contrat synallagmatique », préc., spéc. p. 781). La jurisprudence use d'ailleurs du terme contrepartie pour caractériser l'existence d'un contrat synallagmatique. Ainsi relève-t-elle, dans une telle occurrence, que l'obligation de l'un est la « contrepartie nécessaire de l'engagement » de l'autre (voir, par exemple, Cass. com., 10 nov. 1982, *Bull. civ. IV*, n°346. Voir également Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 1967, *Bull. civ. I*, n°312 ; Cass. soc., 29 nov. 1967, *Bull. civ. IV*, n°747). Autrement dit, pour reprendre les termes de M. Jean-Jacques Dupeyroux, « quand la cause de chaque obligation est un sacrifice de cocontractant, l'acte est certainement à titre onéreux » (J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., n°179, p. 196).

¹ C. civ., art. 1104, al. 1^{er}.

² C. civ., art. 1184, al. 1^{er}.

³ Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que nombre d'auteurs parlent alors de « libéralité onéreuse ». Ainsi s'exprimait Demolombe (*Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. III, préc., n°575) : « La donation, lorsqu'elle est accompagnée de certaines charges spéciale, n'est plus un acte de pure bienfaisance ; elle participe, au contraire, de l'acte à titre onéreux, dans la partie où le donateur a en vue, à côté de l'intérêt du donataire, son propre intérêt à lui-même [...]. Or, cette alliance, ce mélange, n'est pas défendu sans doute ! Il est très-permis et très-naturel qu'une personne cherche, même dans un acte de donation, la satisfaction et la garantie de ses propres intérêts [...] Ce n'est plus là, certes, une cause purement impulsive ; c'est bien, au contraire, en partie la cause finale de la donation ! » (nous soulignons). Ripert, dans son cours doctorat consacré à la notion de libéralité, enseignait également (*Etude critique de la notion de libéralité*, préc., spéc. p. 247) : « Cette action en révocation qui vient sanctionner l'obligation du donataire nous avertit déjà qu'il y a, dans une telle libéralité, une réciprocité d'obligations entre les parties, et la révocation pour cause d'inexécution des charges apparaît comme une application du grand principe de l'article 1184 du Code civil en vertu duquel, dans les contrats synallagmatiques, l'inexécution de l'obligation d'une des parties permet à l'autre de demander la résolution du contrat. Si cela est exact, c'est que la donation avec charge n'est pas une libéralité ordinaire mais participe à la nature des actes à titre onéreux » (nous soulignons). Voir encore M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., n°2630, p. 706 : « cette cause de révocation ne se conçoit donc que dans les donations onéreuses » (nous soulignons).

Adde F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préc., n°206 et s.

telle a été sa volonté. Simplement, si la révocation est permise en cas d'inexécution de la charge, ce n'est pas parce que celle-ci était l'objectif recherché par le disposant, mais parce qu'elle constituait le motif déterminant de son consentement. Telle est d'ailleurs l'analyse retenue la jurisprudence : la révocation n'est prononcée par les juges que si la charge a été la *cause impulsive et déterminante*¹ du consentent du disposant². Et l'action est rejetée s'il apparaît que le disposant aurait quand même donné ou légué s'il avait prévu que la charge ne serait pas exécutée.

Partant, est ici mise en œuvre, non pas la cause finale, mais la cause efficiente, la « *cause-condition* »³, de la libéralité⁴. L'exécution de la charge est, non pas *ce pour quoi* le disposant s'est

¹ Cass. req., 11 juin 1855, D. 1855. 1. 419 : « *Attendu qu'en déclarant, en fait, que l'obligation imposée à Dornier par l'acte du 1^{er} septembre 1827, de ne disposer en pleine propriété des immeubles à lui donnés par sa mère qu'après le décès de celle-ci, ne constituait pas une condition formelle de la donation, mais une simple stipulation accessoire dont l'infraction ne pouvait entraîner la résolution de la donation elle-même* » (nous soulignons) ; Cass. req., 27 mars 1861, DP 1861. 1. 264 : « *Attendu que la conséquence de ce principe [la révocation des libéralités pour cause d'inexécution des charges] est que les tribunaux saisis de l'action exercée à cet égard par les parties intéressées ont un droit d'appréciation relativement aux conditions imposées au donataire ou légataire ; qu'il y a, en effet, des conditions principales dont l'observation est impérative ; qu'il y en a de moindre importance dont l'omission ne saurait nécessairement entraîner la révocation des dispositions* » (nous soulignons) ; Cass. req., 6 avr. 1887, D. 1888. 1. 302 : « *Attendu que la cour a confirmé le jugement en adoptant purement et simplement les motifs des premiers juges, et qu'il est dit dans ces motifs que le donateur n'a pas faite de telle ou telle clause de la donation une condition absolue et irritante* » (nous soulignons) ; Cass. req., 2 juill. 1895, D. 1896. 1. 158 : « *Attendu que la cour d'appel a recherché et constaté l'intention des parties contractantes ; qu'elle a envisagé l'ensemble du contrat et ses diverses clauses, et qu'elle n'a rien négligé pour déterminer quelle avait été la cause impulsive et déterminante de la donation* » (nous soulignons) ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1981, Bull. civ. I, n°32 ; RTD civ. 1981. 891, obs. J. Patarin « *la révocation des legs, pour cause d'inexécution des conditions, n'a jamais lieu de plein droit ; que les juges du fond disposent donc d'un pouvoir souverain d'appréciation des conditions imposées aux légataires, la révocation n'étant encourue, lorsque l'inexécution ne résulte pas d'une faute du gratifié, que dans le cas où l'exécution de la charge a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité ; [...]* la condition stipulée par Louis X au legs consenti à trois de ses quatre enfants, et imposant que, lors de ses obsèques, son cercueil soit recouvert du drapeau de la Société libre pensée, n'a pas été la cause "essentielle et déterminante" de la libéralité, d'où il suit que la Cour d'appel a justement décidé que son inexécution non fautive de la part des légataires ne pouvait entraîner la révocation du legs » (nous soulignons).

² Se pose toutefois la question de savoir si la révocation suppose que l'inexécution soit imputable ou non au gratifié. En présence d'une clause d'inaliénabilité emportant interdiction d'hypothéquer, la jurisprudence a écarté la révocation au cas d'inscription d'une hypothèque judiciaire ou légale par un créancier du donataire : Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976, Bull. civ. I, n°414 ; RTD civ. 1977. 458, obs. R. Savatier : « *la révocation d'une donation pour inexécution des charges n'est légalement possible qu'en cas d'inobservation, par le donataire lui-même, de la clause d'inaliénabilité* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, Bull. civ. I, n°200 ; D. 1981. IR. 90, obs. D. Martin ; Defrénois 1981. 468, obs. G. Champenois (même motif). La portée de ces deux décisions est incertaine. Leur motif semble subordonner la révocation à une inexécution imputable au donataire. Mais on doit remarquer qu'un arrêt postérieur a admis le contraire : la révocation ne pourrait être prononcée qu'en raison d'une force majeure inexécution non fautive (Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1981, motifs préc.).

Subordonner la révocation de la libéralité à un fait imputable du gratifié serait pourtant bien venue. On distinguerait ainsi la révocation des libéralités pour inexécution des charges et la résolution des contrats synallagmatiques, pour lesquels il importe peu de savoir si l'inexécution de l'obligation de l'une des parties lui est imputable à faute ou procède d'un cas de force majeure. L'état d'esprit du gratifiant est en effet différent de celui du créancier d'un contrat à titre onéreux. En imposant une charge à son gratifié, le disposant exige un certain comportement de la part du gratifié, de sorte que les événements sur lesquels ce dernier n'a aucun pouvoir (la force majeure) ne devraient pas entraîner la révocation de la libéralité. Tout autre est l'état d'esprit des parties à un contrat à titre onéreux : chacun contracte en considération et en contrepartie de la prestation que l'autre promet, aussi comprend-on que chacun soit libéré d'exécuter son obligation ou puisse demander la résolution du contrat, que l'inexécution résulte de la faute du contractant ou d'un cas fortuit.

³ M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1257, p. 193.

⁴ Certes, cette cause de la libéralité suppose de sonder les motivations du disposant, ce qui la rapproche de la cause finale subjective, la raison lointaine de la libéralité. Mais elle s'en distingue en ce sens qu'elle n'est pas le mobile, le but lointain du disposant, elle est un antécédent de son consentement. Ainsi si la charge d'inaliénabilité imposée au gratifié peut être la cause efficiente du consentement du gratifiant, la condition *sine qua non* de son engagement tandis que le mobile de celui-ci pourra être, par exemple, l'objectif de conservation du bien dans la famille.

engagé, mais *ce sans quoi* il ne serait pas appauvri. Autrement dit, l'exécution de la charge n'est pas la raison immédiate de l'engagement du gratifiant envers le grevé, ce qui montre au demeurant qu'existe bien une intention libérale ; elle est une condition *sine qua non*, une « condition "irritante" »¹ de son appauvrissement.

Songeons, par exemple, à la stipulation d'une clause d'inaliénabilité dans une donation ou dans un legs. L'intention libérale du disposant à l'égard du grevé n'est pas douteuse : la charge d'inaliénabilité n'est certainement pas la cause finale, objective, de son engagement. Cette charge peut, en revanche, être le motif déterminant de son consentement, ce sans quoi il n'aurait pas disposé au profit du gratifié. En ce cas, l'inobservation par le gratifié de la clause d'inaliénabilité peut entraîner la révocation de la libéralité.

En conséquence, loin d'être une simple illustration de la résolution d'un contrat synallagmatique pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, la révocation de la libéralité pour inexécution des charges procède d'un fondement qui lui est propre. Reposant sur la recherche de la cause efficiente du disposant, et non pas sur celle de sa cause finale, l'action révocatoire peut être mise en œuvre dès lors que la charge a été la cause impulsive et déterminante du consentement du disposant.

224. Corrélation entre la dualité des prérogatives de l'intermédiaire et la dualité du titre de leur acquisition. – En définitive, pour savoir si le transfert patrimonial que le disposant consent à l'intermédiaire procède d'une intention libérale, il faut s'interroger sur l'objectif recherché par le disposant. Plus précisément, s'agissant d'une charge qu'il impose à l'intermédiaire, il s'agit de déterminer si son exécution est la raison ou non de son engagement envers l'intermédiaire. Autrement dit, l'exécution de la charge qu'il impose à l'intermédiaire est-elle ce pour quoi il s'est engagé ? Dans l'affirmative, le disposant est dépourvu de toute intention libérale à l'égard de l'intermédiaire, car celui-ci n'est investi des biens qu'en vue du service qu'il doit accomplir. Dans la négative, le disposant a en vue principalement de gratifier l'intermédiaire, et accessoirement d'obtenir l'exécution de la charge.

Par où l'on voit la corrélation qui existe entre la nature des prérogatives de l'intermédiaire et leur titre d'acquisition. Lorsqu'il apparaît comme un gratifié, ses prérogatives relèvent des droits subjectifs : s'il doit tenir compte des intérêts du bénéficiaire final, il exerce également ses prérogatives dans son propre intérêt, de sorte qu'elles lui confèrent un avantage. Lorsqu'il apparaît comme un fiduciaire, ses prérogatives sont nécessairement des pouvoirs : il n'est pas riche de ses prérogatives, en ce sens qu'il les exerce dans l'intérêt du bénéficiaire final.

¹ H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1526, p. 698.

* * *

225. Conclusion de la Section. – La détermination du titre d’acquisition des prérogatives de l’intermédiaire ne connaît pas le même degré de difficultés selon la technique employée pour les réaliser.

Lorsque le disposant investit l’intermédiaire de simples pouvoirs de représentation, on ne saurait évidemment pas considérer ce dernier comme gratifié. N’acquérant aucun droit patrimonial, il n’y a aucune mutation qui s’opère à son profit. Semblablement, il n’existe aucune difficulté sérieuse lorsque le disposant recourt à la technique de la condition. Dès lors que l’évènement érigé en condition est futur et incertain, l’intermédiaire, acquéreur de droits sous condition résolutoire, a nécessairement vocation à conserver les biens de la libéralité, ce qui en est fait assurément un gratifié.

Cependant, la qualification du titre d’acquisition de l’intermédiaire devant accomplir une charge est incertaine. En ce cas, la qualité de l’intermédiaire peut alterner entre celle de gratifié et celle de fiduciaire, c’est-à-dire d’un individu qui ne reçoit les biens qu’aux fins d’exercice d’une mission et qui ne fait donc pas son profit des biens reçus. La résolution de la difficulté passe, selon nous, par l’analyse de la cause du rapport de droit existant entre le disposant et l’intermédiaire. Précisément, il s’agit de savoir si l’exécution de la charge est l’objectif recherché, la cause objective, du transfert patrimonial qu’il consent à l’intermédiaire. Ainsi, si l’exécution de la charge est *ce pour quoi* il s’est engagé envers le bénéficiaire, la cause du transfert patrimonial n’est pas l’intention libérale, mais le service que doit accomplir l’intermédiaire. En revanche, lorsque l’exécution de la charge n’est pas l’objectif recherché par le disposant, celle-ci n’étant qu’accessoire au transfert patrimonial, alors le disposant s’engage envers l’intermédiaire pour le gratifier.

Conclusion du Chapitre II

226. Quel peut être le titre d'acquisition des prérogatives de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes ? L'hésitation est permise dès lors que les prérogatives qui lui sont conférées apparaissent limitées par une série de charges ou de devoirs dont l'objet est de favoriser la transmission de l'objet de la libéralité au bénéficiaire final. Partant, faut-il voir dans le lien qui unit le disposant à l'intermédiaire un rapport de nature gratuite ou onéreuse ? La difficulté, on le perçoit, diffère selon la technique employée pour réaliser l'opération. Lorsqu'il est fait appel à la représentation, le rapport est en principe gratuit, sauf si l'intermédiaire-représentant perçoit une rémunération. Simplement, n'acquérant aucun droit patrimonial, le représentant n'est naturellement pas un gratifié. Lorsque le disposant s'appuie sur le mécanisme de la condition, il consent alors une double transfert de propriété conditionnel, sous condition résolutoire pour l'intermédiaire, sous condition suspensive pour le bénéficiaire final. En ce cas, la vocation à la conservation des biens fait sans aucun doute de l'intermédiaire un acquéreur à titre gratuit. Qu'en est-il de la dernière technique, celle de la charge ? Bien qu'elle soit stipulée dans le cadre d'une « libéralité » consentie à l'intermédiaire, cela ne signifie pas pour autant qu'il y a, en réalité, une libéralité en sa faveur. En effet, la technique est de longue date instrumentalisée aux fins de réaliser des opérations qui placent l'intermédiaire dans une situation où il n'a aucune vocation à percevoir un quelconque émoluments. Autrement dit, il est des cas où sous couvert d'une « libéralité avec charge », le disposant réalise une « fiducie-libéralité », dans laquelle le prétendu gratifié n'est qu'un fiduciaire. Comment distinguer les deux opérations ?

Pour ce faire, il importe d'abord de revenir sur la notion de libéralité. Deux éléments cumulatifs permettent de la définir : un élément économique, à savoir un appauvrissement du disposant qui entraîne corrélativement une vocation pour le gratifié à s'enrichir, ainsi qu'un élément intentionnel, qui cause cet déséquilibre, à savoir la volonté et la conscience de ne pas recevoir de contrepartie.

Il convient ensuite de mettre en œuvre cette définition afin de pouvoir distinguer l'intermédiaire-gratifié de l'intermédiaire-fiduciaire. A cet égard, la distinction repose sur l'existence ou non d'une vocation à percevoir un émoluments. Plus précisément, il s'agit de savoir si l'exécution de la charge imposée à l'intermédiaire a été l'objectif recherché par le disposant, autrement dit la cause de son engagement. Si la charge n'est qu'un élément accessoire de son engagement, l'intention libérale à l'endroit de l'intermédiaire n'est pas douteuse. En revanche, si la charge est *ce pour quoi* le disposant s'est engagé envers l'intermédiaire, il faut alors convenir que ce

dernier n'est qu'un fiduciaire, car il n'a aucune vocation à s'enrichir. Si la propriété lui est transmise, ce n'est qu'aux fins d'accomplir sa mission. Aussi bien aucun transfert de richesse n'est réalisé au profit de l'intermédiaire-fiduciaire, lequel ne fait pas siens les revenus des biens et doit perdre la propriété des biens à la fin de sa mission, et ce que celle-ci ait été exécutée ou qu'elle ne puisse plus l'être.

Conclusion du Titre II

227. Pivot de l'opération libérale, l'intermédiaire est celui par lequel l'objet de la libéralité chemine du disposant au bénéficiaire final. Pour ce faire, le disposant l'investit de prérogatives juridiques sur le bien dont il se dessaisit à son profit. Mais la condition juridique de cet intermédiaire n'est pas toujours identique. Celle-ci dépend à la fois des prérogatives que le disposant lui confère, ainsi que de la nature des charges ou devoirs qui lui sont imposées pour qu'il transmette l'objet de la libéralité au bénéficiaire final. Aussi, afin de circonscrire la situation de l'intermédiaire, faut-il déterminer les prérogatives qui peuvent lui être attribuées et définir leur titre d'acquisition.

228. L'analyse des prérogatives de l'intermédiaire fait apparaître une *double dualité*. Quant à la nature des prérogatives, d'une part : il peut lui être conféré soit un *droit subjectif*, soit un *pouvoir*. Alors que le droit subjectif est marqué par l'idée de liberté, le pouvoir se caractérise par la contrainte. Plus précisément, le droit subjectif ne saurait être finalisé tandis qu'il est de l'essence du pouvoir d'être exercé en vue d'une fin à atteindre. Par là l'on comprend que l'intermédiaire qui est titulaire d'un droit subjectif peut tirer profit des biens dont il a la maîtrise, alors que l'intermédiaire, titulaire d'un pouvoir, ne peut en tirer aucun profit. Quant à l'étendue des prérogatives, d'autre part : l'intermédiaire peut être un *détenteur précaire* ou un *propriétaire*. Lorsqu'il est détenteur précaire, l'intermédiaire accomplit sur le bien des actes de maîtrise en ayant conscience du fait qu'il n'est pas propriétaire et qu'il devra le restituer en nature ou en valeur. Ainsi en va-t-il de l'usufruitier ou encore des différents représentants, tels que l'exécuteur testamentaire, le mandataire à effet posthume et l'administrateur des biens donnés ou légués au mineur. Mais le disposant peut transmettre à l'intermédiaire la propriété du bien qui forme l'objet de la libéralité. Cependant, l'évolution de la notion de propriété, notamment depuis la reconnaissance légale de la fiducie-sûreté et de la fiducie-gestion, fait qu'il existe sans doute deux types de propriété : une propriété ordinaire, une propriété-droit subjectif, qui donne à son titulaire la vocation à la plénitude des utilités du bien ; une propriété finalisée, une propriété-pouvoir, qui permet à son titulaire d'avoir l'exclusivité du bien tant que dure sa mission, mais sans que celle-ci soit une source de richesse pour lui. Où l'on voit une corrélation entre la dualité de propriétés et la dualité de types de prérogatives dont l'intermédiaire peut être investi : la propriété ordinaire est une source d'avantages pour son titulaire, d'où le nom de propriété-droit subjectif ;

la propriété finalisée est bien plus une charge, un moyen pour son titulaire d'agir dans l'intérêt d'autrui, de sorte que nous pouvons la dénommer propriété-pouvoir.

229. La détermination du titre d'acquisition des prérogatives de l'intermédiaire ne connaît pas le même degré de difficultés selon la technique employée pour les réaliser. Qu'il s'agisse de la représentation ou de la technique de la condition, il est aisé de discerner le rapport gratuit de celui qui ne l'est pas. Lorsque l'intermédiaire est représentant, sa mission est en principe gratuite, sauf une rémunération est déterminée. Lorsque le disposant fait appel à la technique de la condition, il consent une double libéralité conditionnelle, sous condition résolutoire pour l'intermédiaire, sous condition suspensive pour le bénéficiaire final. Aussi l'intermédiaire est-il assurément un acquéreur à titre gratuit. L'hésitation est en revanche sérieuse lorsque l'opération est réalisée par le vecteur de la charge. En ce cas, l'intermédiaire peut être un gratifié ou un fiduciaire. La difficulté réside dans le fait que l'institution de la « fiducie-libéralité » ne se concrétise que sous couvert d'une libéralité avec charge. D'où la difficulté à déterminer si l'intermédiaire est un gratifié ou un fiduciaire. C'est à l'aune de la notion de libéralité que la distinction peut être faite. La libéralité suppose la réunion de deux éléments : un élément économique, à savoir un appauvrissement du disposant qui entraîne corrélativement une vocation pour le gratifié à s'enrichir, ainsi qu'un élément intentionnel, qui cause cet déséquilibre, à savoir la volonté et la conscience de ne pas recevoir de contrepartie. Partant, la distinction repose sur l'existence ou non d'une vocation à percevoir un émolument. A cette fin, il convient de savoir si l'exécution de la charge imposée à l'intermédiaire a été l'objectif recherché par le disposant, autrement dit la cause de son engagement. Ainsi, si l'exécution de la charge est *ce pour quoi* il s'est engagé envers le bénéficiaire, la cause du transfert patrimonial n'est pas l'intention libérale, mais le service que doit accomplir l'intermédiaire. En revanche, lorsque l'exécution de la charge n'est pas l'objectif recherché par le disposant, celle-ci n'étant qu'accessoire au transfert patrimonial, alors le disposant s'engage envers l'intermédiaire pour le gratifier.

Par où l'on peut observer une corrélation entre la nature des prérogatives de l'intermédiaire et leur titre d'acquisition. Lorsqu'il apparaît comme un gratifié, ses prérogatives relèvent des droits subjectifs : s'il doit tenir compte des intérêts du bénéficiaire final, il exerce également ses prérogatives dans son propre intérêt, de sorte qu'elles lui confèrent un avantage. Lorsqu'il apparaît comme un fiduciaire, ses prérogatives sont nécessairement des pouvoirs : il n'est pas riche de ses prérogatives, en ce sens qu'il les exerce dans l'intérêt du bénéficiaire final.

* * *

Conclusion de la Première Partie

230. Les figures des libéralités à trois personnes sont nombreuses. Sans prétendre à l'exhaustivité, on trouve notamment les libéralités avec charges au profit d'un tiers bénéficiaire, l'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie, les libéralités graduelles, les libéralités résiduelles, les doubles libéralités en usufruit et en nue-propriété, les doubles libéralités conditionnelles, ainsi que les libéralités réalisées par l'intervention d'un administrateur des biens donnés ou légués à un enfant mineur, d'un exécuteur testamentaire, ou encore d'un mandataire à effet posthume. Quelle peut être l'unité de l'ensemble de ces opérations ? Pour la déterminer, il convient de revenir sur la définition des libéralités à trois personnes. La libéralité à trois personnes est l'acte juridique en vertu duquel Primus – *le disposant* – confère, à titre gratuit ou à titre onéreux, à Secundus – *l'intermédiaire* – des prérogatives juridiques sur un bien, celles-ci étant limitées par une série de charges ou de devoirs dont l'objet est de favoriser la transmission à Tertius – *le bénéficiaire final* – soit de ce même bien, soit d'un autre bien qui en sera la représentation, soit encore de la richesse représentative de celui-ci. De là il suit que la spécificité des libéralités à trois personnes se révèle sous un double aspect.

231. En premier lieu, la structure même l'opération est singulière. Si l'on analyse son économie générale, on observe en effet que les libéralités à trois personnes mettent en scène trois personnages dont le rôle de chacun diffère de celui des deux autres. Précisément, en tant qu'instigateur de l'opération, le disposant établit le processus libéral. En se dessaisissant de ses biens entre les mains de l'intermédiaire, le disposant lui confère des prérogatives. Simplement, celles-ci sont limitées par une série de charges ou de devoirs, dont l'objet de contraindre l'intermédiaire à remettre au bénéficiaire final soit les mêmes biens, soit d'autres biens qui en seront la représentation, soit encore la richesse représentative de ceux-ci. Il reste que l'intensité de la contrainte qui pèse sur l'intermédiaire peut aller d'un simple devoir moral jusqu'à une véritable obligation. De sorte que, corollairement, la vocation du bénéficiaire à recevoir son émolument peut être certaine ou simplement éventuelle.

Outre l'économie générale de l'opération, l'identification des techniques de réalisation des libéralités à trois personnes permet de circonscrire précisément leur structure commune. Dès lors que l'existence d'une libéralité à trois personnes suppose que le disposant sollicite le concours de l'intermédiaire aux fins à la fois qu'il ait la maîtrise de l'objet de la libéralité et qu'il en favorise la transmission future au bénéficiaire final, on peut déceler trois techniques de réalisation. D'abord, la libéralité à trois personnes peut reposer sur la technique de la représentation. Outre la représentation de droit commun, il en va également ainsi des cas spéciaux de représentation du

droit des libéralités : l'exécution testamentaire, le mandat à effet posthume, ou encore l'administration *ad hoc* des biens donnés ou légués au mineur. Ensuite, le disposant peut recourir à la technique de la charge, qu'elle soit personnelle ou réelle. Tel est le cas notamment, s'agissant de la charge personnelle, des libéralités avec charges procédant d'une stipulation pour autrui. Quant à la technique de la charge réelle, on la rencontre principalement dans les doubles libéralités en usufruit et nue-propriété, ainsi que dans les legs à charge de fonder. Enfin, les libéralités à trois personnes peuvent être réalisées au moyen des modalités de l'obligations, le plus souvent une condition, le terme ne pouvant jouer qu'un rôle accessoire.

232. En second lieu, la spécificité des libéralités à trois personnes tient à la situation juridique de l'intermédiaire. Si le disposant sollicite son concours, c'est aux fins à la fois qu'il ait la maîtrise des biens de la libéralité et qu'il en favorise la transmission future au bénéficiaire final. Pivotal de l'opération, l'intermédiaire est donc celui sans l'intervention duquel la volonté libérale du disposant ne pourrait s'accomplir. Il n'en demeure pas moins que l'analyse de sa situation n'est pas aisée, car s'il est investi de prérogatives, celles-ci sont limitées par des charges ou de devoirs. D'où une double difficulté à résoudre : quelles sont ses prérogatives ; quel est le titre de leur acquisition ?

L'examen des prérogatives de l'intermédiaire fait apparaître une *double dualité*. Quant à la nature des prérogatives, d'abord : il peut lui être conféré soit un *droit subjectif*, soit un *pouvoir*. Le droit subjectif se caractérise par la liberté conférée à son titulaire : tout ce qui ne lui est pas expressément interdit, lui est implicitement permis. Au contraire, l'idée de contrainte prédomine dans le pouvoir : tout ce qui ne lui est pas expressément permis, lui est implicitement interdit. Autrement dit, le droit subjectif ne saurait être finalisé tandis qu'il est de l'essence même du pouvoir d'être conféré en vue d'une fin à atteindre. Quant à l'étendue des prérogatives, ensuite : il peut être un *détenteur précaire* ou un *propriétaire*. Lorsqu'il est détenteur précaire, l'intermédiaire accomplit sur la chose des actes de maîtrise en ayant conscience du fait qu'il n'est pas propriétaire et qu'il devra restituer la chose. Lorsqu'il est investi de la propriété de l'objet de la libéralité, l'intermédiaire en a alors l'exclusivité. Toutefois, cette exclusivité peut révéler deux types de propriété : une propriété ordinaire, qui donne à son titulaire la vocation à la *plena in re potestas* ; une propriété finalisée, qui lui permet d'avoir l'exclusivité de gestion tant que dure sa mission. Partant, se dévoile une corrélation entre ces deux types de propriété et les deux types de prérogatives dont l'intermédiaire peut être titulaire : la propriété ordinaire est une source d'avantages pour son titulaire, d'où le nom de propriété-droit subjectif ; la propriété finalisée n'est pas une source de

profit pour son titulaire, elle n'est qu'un moyen pour accomplir sa mission dans l'intérêt d'autrui, d'où le nom de propriété-pouvoir.

De la détermination des prérogatives de l'intermédiaire, il est possible d'en analyser leur titre d'acquisition. Autrement dit, il s'agit de savoir ici si l'intermédiaire est un gratifié ou non. Aucun doute n'existe lorsque la technique de la représentation est sollicitée : l'intermédiaire n'acquérant aucun droit patrimonial, on ne saurait le considérer comme un gratifié. En outre, on ne saurait discuter la qualité de gratifié de l'intermédiaire est un acquéreur sous condition résolutoire, dès lors que l'évènement mis en condition est futur et incertain : l'intermédiaire a nécessairement vocation à conserver les biens de la libéralité, ce qui en fait assurément un gratifié. La difficulté réside dans l'analyse des opérations faites par le vecteur d'une charge. En effet, il est des hypothèses où sous couvert d'une libéralité assortie de charges, c'est en réalité une « fiducie-libéralité » qui est réalisée. En d'autres termes, dans ces cas, loin d'être un gratifié, l'intermédiaire n'est qu'un fiduciaire. C'est au regard de la notion de la libéralité que la distinction peut être établie. Précisément, il s'agit de savoir si le transfert patrimonial que consent le disposant à l'intermédiaire lui confère ou non vocation à conserver les biens. Pour le dire autrement, il convient de rechercher si l'exécution de la charge a été pour le disposant la raison, la cause de son engagement. Si la charge n'a été qu'un élément accessoire de son engagement, l'intermédiaire doit être considéré comme un gratifié. En revanche, on ne saurait voir l'intermédiaire comme un gratifié lorsque l'exécution de la charge est ce pour quoi le disposant a consenti au transfert patrimonial. Car, en ce cas, l'intermédiaire n'est qu'un fiduciaire, qui ne fait pas son profit des biens à lui confiés.

Par où l'on voit que l'analyse de la spécificité des libéralités à trois personnes fait apparaître que l'intermédiaire, pivot de l'opération, peut être titulaire d'un droit subjectif, et donc gratifié, ou titulaire d'un pouvoir, et donc non gratifié.

C'est eu égard à cette dualité de situations juridiques de l'intermédiaire que l'on peut ordonner les libéralités à trois personnes.

PARTIE II

LA DUALITE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES

233. Objet de la classification. – La classification est l'opération intellectuelle qui consiste à « regrouper systématiquement les éléments homogènes ou hétérogènes d'un ensemble en un tableau rationnel comportant une division majeure fondée sur un critère dominant et des sous-distinctions fondées sur divers critères combinés, afin de proposer à l'analyse, dans l'abstrait, une référence élaborée »¹. Une classification juridique a donc pour objet de répartir en classes, en catégories, des éléments ayant des caractères communs afin d'en faciliter l'étude. Pour reprendre les termes de Gény, « pareille opération ne prend un caractère vraiment rationnel et logique, ne devient proprement une classification, que si elle part des objets mêmes, qu'elle vise à regrouper d'après leurs caractères communs. En effet, elle ne doit pas servir seulement à mettre un ordre artificiel dans les concepts juridiques, mais plutôt encore, en révélant leurs ressemblances et leurs différences, à permettre, au droit positif, un emploi judicieux et sûr de l'analogie »².

234. Classification des libéralités à trois personnes. – L'identification des libéralités à trois personnes nous a montré la dualité de situations juridiques de l'intermédiaire, en ce sens qu'il pouvait être gratifié ou non. Autrement dit, si le disposant est assurément mû par la désir de gratifier le bénéficiaire final de l'opération, tel n'est pas toujours son dessein à l'égard de l'intermédiaire.

235. Plan. – Aussi bien peut-on observer deux types de libéralités à trois personnes : celles qui réalisent une double libéralité (Titre I) et celles qui ne réalisent qu'une seule libéralité (Titre II).

Titre I : Les libéralités à trois personnes réalisant une double libéralité

Titre II : Les libéralités à trois personnes réalisant une seule libéralité

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Classification.

² F. Gény, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 1^{ère} partie, Sirey, 1914, p. 154.

TITRE I

LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES REALISANT UNE DOUBLE LIBERALITE

236. Variété de doubles libéralités. – La volonté du disposant d’une double libéralité à trois personnes est de réaliser deux libéralités à double détente, le second gratifié étant appelé, à la suite du premier, à jouir des biens dont il se dépouille. De nombreux mécanismes du droit positif permettent d’accomplir une telle opération. Il en va ainsi de la libéralité graduelle, de la libéralité résiduelle, de la libéralité précative, de la double libéralité procédant d’une stipulation pour autrui, de la double libéralité en usufruit et en nue-propiété, ou encore de la double libéralité conditionnelle. Au-delà de leur finalité commune, chacune de ces doubles libéralités a une utilité particulière. Ainsi, par exemple, si la double libéralité en usufruit et en nue-propiété assure au disposant une double transmission de jouissance de ses biens, la libéralité graduelle et la libéralité résiduelle lui en donnent que l’espoir, celui-ci étant plus grand pour la première que pour la seconde. Pour autant, ces différentes opérations peuvent être rassemblées en fonction de la technique qu’elles utilisent. En ce sens, les différentes techniques permettent d’établir une typologie des doubles libéralités à trois personnes.

Toutefois, l’établissement de cette liste, qui permet de mieux appréhender la logique de chacun des mécanismes en cause ne doit pas conduire à isoler définitivement les différentes opérations. N’oublions pas qu’un ciment unit ces opérations, leur finalité. Parce qu’elles tendent à réaliser une double libéralité, leur mise en œuvre pose des questions similaires qui doivent cette fois être étudiées sous un prisme unique qui correspond à chacune des libéralités.

237. Plan. – Dès lors, l’étude des libéralités à trois personnes réalisant une double libéralité, si elle invite à traiter, de manière générale, chacune des opérations en les groupant en fonction de la technique qu’elles emploient, conduit aussi, une fois leur caractéristique bien établie, à les saisir de leur globalité. Par suite, nous dresserons, d’abord, une typologie des doubles libéralités (Chapitre I), afin de préciser, ensuite, leur régime juridique (Chapitre II).

Chapitre I : La typologie des doubles libéralités

Chapitre II : Le régime juridique des doubles libéralités

CHAPITRE I

LA TYPOLOGIE DES DOUBLES LIBERALITES

238. Qualifications des doubles libéralités. – La catégorie des doubles libéralités à trois personnes rassemble de multiples opérations ayant une finalité identique, à savoir permettre au disposant de consentir deux libéralités conférant aux gratifiés le droit de jouir successivement des biens dont il s'est dépouillé.

Malgré une finalité partagée, les doubles libéralités à trois personnes ne reposent pas sur la même technique. Ainsi que nous l'avons dit, trois procédés peuvent être l'instrument d'une libéralité à trois personnes : la représentation, la charge, laquelle comprend la charge personnelle et la charge réelle, et la condition. De ces trois techniques, il convient évidemment d'exclure la représentation ; le représentant n'acquérant aucun droit pour son propre compte, il ne peut jamais être un gratifié. En revanche, tant la charge, qu'elle soit liée à la personne de l'intermédiaire ou attachée aux biens, que la condition peuvent être le réceptacle d'une double libéralité.

239. Plan. – Aussi est-ce à l'aune de la charge personnelle (Section I), de la charge réelle (Section II) et de la condition (Section III) que l'on peut ordonner les différentes doubles libéralités à trois personnes.

Section I : Les doubles libéralités reposant sur la technique de la charge personnes

Section II : Les doubles libéralités reposant sur la technique de la charge réelle

Section III : Les doubles libéralités reposant sur la technique de la condition

SECTION I : LES DOUBLES LIBERALITES REPOSANT SUR LA TECHNIQUE DE LA CHARGE PERSONNELLE

240. Droit commun et cas particuliers. – Lorsque le disposant impose à son gratifié une charge de nature personnelle au profit d'une tierce personne, il recourt, en principe, au mécanisme de la stipulation pour autrui.

Il reste que ce « *droit commun* » de la charge personnelle au profit d'un tiers connaît des dérogations. Il existe en effet des cas particuliers dans lesquels cette charge ne repose pas sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. Les libéralités graduelles et libéralités résiduelles, issues de la réforme du 23 juin 2006 et dont les règles sont fixées dans un nouveau chapitre du Code civil qui leur est propre, supposent que le premier gratifié accomplisse une série de charges en faveur du second gratifié. Si ces charges sont sans doute personnelles au premier gratifié, elles se distinguent cependant de la technique de la stipulation pour autrui. Autre cas particulier : les libéralités précatives. Ici encore, si le premier gratifié se voit imposer une charge au profit d'un tiers bénéficiaire, le mécanisme emprunté diffère de celui de la stipulation pour autrui.

241. Plan. – Partant, la technique de la charge personnelle connaît un régime de droit commun, la stipulation pour autrui (§ 1), et des cas particuliers : les libéralités graduelles et résiduelles (§ 2) et les libéralités précatives (§ 3).

§ 1 - LES LIBERALITES AVEC CHARGES AU PROFIT D'UN TIERS PROCEDANT D'UNE STIPULATION POUR AUTRUI

242. Présentation. – L'apposition à une libéralité d'une charge au profit d'un tiers est classiquement analysée comme une variété de stipulation pour autrui expressément admise par l'article 1121 du Code civil : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre* ». Les rôles se distribuent de la façon suivante : le disposant est le stipulant, le gratifié est le promettant, et celui qui recueille le profit de la charge est le tiers bénéficiaire.

243. Conciliation entre la stipulation pour autrui et l'existence d'une libéralité consentie au promettant. – L'acte principal générateur de la stipulation pour autrui peut-il être à titre gratuit, plus précisément une libéralité ? A première vue, la question paraît surprenante, tellement l'affirmative semble évidente. En témoigne d'ailleurs l'article 1121 précité. Pour autant,

il faut bien admettre que la notion de libéralité que nous défendons n'apparaît guère compatible avec la stipulation pour autrui, telle qu'elle est d'ordinaire présentée. En effet, celle-ci est le plus souvent expliquée comme étant un contrat synallagmatique entre stipulant et promettant : la charge que le stipulant impose au promettant est la contrepartie de son appauvrissement et, corrélativement, le promettant accepte d'exécuter la charge en considération et en contrepartie de la prestation que lui a promis le stipulant¹. Or, en application de notre conception, il ne saurait y avoir de libéralité. La considération de la charge exerce, en cette occurrence, une influence prépondérante sur la volonté du disposant, et devient pour lui la chose essentielle, si bien que la « libéralité », qu'il consent formellement au promettant, n'est dans sa pensée qu'un moyen pour arriver à l'exécution de la charge, laquelle est en définitive la *véritable* et *l'unique* libéralité du disposant. Au fond, il est clair que la stipulation accessoire, qu'est la charge, est élevée au rang de stipulation principale, de sorte que le caractère gratuit de l'acte entre le stipulant et le promettant s'efface et fait jour à une relation fiduciaire².

Nous objectera-t-on, alors, que la stipulation pour autrui est exclusive de toute libéralité entre le stipulant et le promettant ? Ce serait assurément difficilement compréhensible. Comment nier, en effet, l'existence d'une libéralité du stipulant au promettant, alors même que le Code civil l'affirme ? Surtout, comment admettre raisonnablement que le grevé d'une libéralité graduelle soit un gratifié³ et que le promettant ne puisse pas l'être, dès lors que les charges à lui imposées sont moindres que celles prescrites au grevé de la libéralité graduelle ? En réalité, rien dans la stipulation pour autrui ne commande un rapport synallagmatique entre stipulant et promettant. Si le rapport de droit sur lequel repose la stipulation pour autrui est présenté généralement comme étant un rapport synallagmatique, c'est parce qu'il en est le plus souvent ainsi. Simplement, il faut convenir qu'il existe des hypothèses dans lesquelles les prestations du stipulant et du promettant ne sont pas réciproques, autrement dit qu'elles ne réalisent pas deux sacrifices antagonistes. Et tel est le cas des libéralités à trois personnes réalisant une double libéralité par le vecteur d'une stipulation pour autrui⁴.

¹ Voir parmi d'autres F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°525 et s., p. 540 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n°817 et s., p. 431 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, préc., n°479 et s., p. 393 et s.

² Voir *supra* n°220 et s.

³ Sur le qualité de gratifié du grevé d'une libéralité graduelle, voir *infra* n°258. Certes, comme on le verra, la libéralité graduelle ne repose pas sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. Mais il importe peu ici que le grevé d'une libéralité graduelle ne soit pas un promettant d'une stipulation pour autrui.

⁴ M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°117 et s., p. 204 et s. ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », préc., n°1, p. 257 ; R. Cassin, *Des libéralités avec charge et des fondations en droit*, préc., p. 14 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°35, p. 20 et n°123, p. 83 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités-Partages d'ascendants*, préc., n°1198 et s., p. 135 et s.

244. Domaine : donations ou legs. – Se dresse toutefois un autre obstacle. La stipulation pour autrui suppose un accord de volontés entre le stipulant et le promettant, ce qui semble exclure le legs.

Sans nul doute, le legs avec charge n'est pas un contrat puisque c'est seulement au décès du testateur que la charge imposée au légataire devient exigible. Mais le légataire, en acceptant l'offre du testateur de recevoir le legs moyennant l'exécution d'une charge, s'oblige comme le donataire d'une pareille libéralité. C'est ce que Bartin nommait « *le quasi-contrat d'acceptation* »¹. Autrement dit, le légataire, en acceptant le legs, s'engage à exécuter les obligations mises à sa charge et tout se passe comme si un contrat s'était formé entre le légataire grevé et les héritiers du testateur. Telle est, au demeurant, la conclusion séculaire à laquelle parviennent tribunaux et auteurs².

En conséquence, on doit admettre que la stipulation pour autrui peut se greffer tant sur une donation que sur un legs.

245. Variété de charges. – Evidemment, la libéralité avec charge au profit d'un tiers, qui procède d'une stipulation pour autrui, dépasse le simple cadre des libéralités à trois personnes³.

Ce qui nous importe ici, c'est d'observer que la stipulation pour autrui offre une grande latitude au disposant quant à l'étendue des charges qu'il peut imposer au promettant-gratifié. Assurément, trouve-t-on toujours une charge de *transmission*. L'existence d'une libéralité à trois personnes suppose, en effet, qu'un même bien ou sa valeur représentative passe par les mains de l'intermédiaire avant de parvenir au bénéficiaire final, ce qui nécessite que la libéralité faite au promettant soit assortie d'une charge de transmettre au profit du tiers bénéficiaire. A cet égard, l'échéance de cette charge peut être plus ou moins lointaine : elle peut être à terme certain (par exemple, dix ans) ou incertain (par exemple, la mort d'une personne, qui peut être le disposant ou le promettant), ou encore dépendre de la survenance d'une condition (par exemple, la condition que le tiers bénéficiaire atteigne l'âge de dix-huit ans).

En outre, c'est l'efficacité de la charge de transmission qui peut varier. La liberté de gestion du promettant peut ainsi être restreinte par le disposant. Que l'on songe, par exemple, à la charge

¹ Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, préc., p. 100.

² En jurisprudence : Grenoble, 16 mai 1842, *S.* 1843. 2. 279 ; Caen, 27 juin 1868, *S.* 1869. 2. 140 ; Pau, 5 avr. 2004, *Juris-Data* n°2004-244292 (legs à titre universel avec charge de loger et d'assister un tiers bénéficiaire). En doctrine : Bourjon, *Droit commun de la France*, livre 5, titre 8, partie 3, chap. 4 ; Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations*, question 27, n°22 à 29 ; E. Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, § 67, p. 78 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°161, p. 284 et s. ; H. Souleau, *L'acte de fondation en droit privé*, préc., n°51 et s., p. 97 et s. ; S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, préc., n°126 et s., p. 112 et s. ; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., n°285, p. 275 et s. ; Laurent, *Principes de droit civil français*, préc., t. XIV, n°248 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, préc., t. II, § 715, p. 453 et s. ; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, préc., t. V, n°268 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1198, p. 136.

³ Ainsi, il y a stipulation pour autrui, sans qu'il y ait pour autant libéralité à trois personnes, lorsque le disposant donne un immeuble à une personne, à charge pour elle de servir une rente viagère à un tiers.

fixant les conditions d'administration des biens, ou à la charge d'affecter tout ou partie des revenus du bien dans l'acquisition d'autres biens, lesquels pourront, éventuellement, être transmis au tiers bénéficiaire. De même, le disposant peut renforcer l'effectivité des droits du tiers bénéficiaire en stipulant une charge de conservation en nature (clause d'inaliénabilité) ou en valeur, laquelle peut d'ailleurs être assortie d'une charge de emploi.

246. Compatibilité des articles 1121 et 896 du Code civil. – Encore faut-il savoir si la double charge de conservation et de transmission peut être imposée en dehors du cadre juridique des libéralités graduelles. A première vue, la question peut surprendre. La levée de la prohibition des substitutions fidéicommissaires par la loi du 23 juin 2006 paraît laisser une grande liberté dans la stipulation de charges au profit d'un tiers. La seule limite semble celle posée à l'article 1053 du Code civil, selon lequel « *le second gratifié ne peut être soumis à l'obligation de conserver et de transmettre* ».

Il reste que le nouvel article 896 du Code civil, qui dispose que « *la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi* », est pour le moins embarrassant. Si l'on voit dans cet article l'énoncé d'un principe de prohibition des charges de conservation et de transmission, il faut admettre la nullité des dispositions qui n'empruntent pas le cadre juridique des exceptions prévues par la loi¹. Ainsi, à suivre cette logique, en dehors des libéralités graduelles, le disposant ne pourrait imposer à son ayant cause, à titre gratuit ou à titre onéreux, la charge de conserver les biens reçus et de les transmettre à un tiers, à peine de nullité².

L'analyse peut sembler séduisante. Elle se heurte pourtant à une grave objection. L'on justifie la force normative de l'article 896 du Code civil par un fondement économique : « *c'est l'atteinte à la libre circulation des biens [...] qui justifie encore le principe d'interdiction de l'article 896 du Code civil* »³. Mais, ce faisant, on peine à comprendre la prohibition d'une double charge de conservation et de

¹ En faveur de cette analyse, voir S. Godechot, *JCl. Civil Code*, Art. 896 à 899, fasc. unique, janv. 2009, n°12 et s.

Les travaux parlementaires ne sont guère éclairants. Sur le modèle de l'Offre de loi, les députés ont voté, en première lecture, l'abrogation de l'article 896 (dans sa rédaction de 1804) ainsi que la validité des libéralités graduelles. Jugeant cette libéralisation bienvenue mais insuffisamment encadrée, les sénateurs ont, à la fois, approuvé la législation proposée et jugé néanmoins utile de réitérer le principe de prohibition réécrivant l'article 896. Selon la commission des lois du Sénat, « *la restriction importante apportée par les substitutions au principe de la libre circulation des biens justifie, comme l'a fait savoir Monsieur Pierre Catala lors de son audition par votre rapporteur, que la prohibition reste le principe et la validité l'exception* » (H. de Richemont, *Rapport de la Commission des lois du Sénat*, 1re lecture, n°343, 2006, t. 1, p. 204).

² L'étendue de la nullité devrait dépendre du caractère déterminant ou non de la double charge dans le consentement du disposant. Dans l'affirmative, le sort de l'opération en son entier serait remis en cause. Dans la négative, seule la double charge serait nulle. Sur ce dernier point, il faudrait, non pas réputer la clause non écrite, mais plutôt voir une nullité partielle de l'acte. En effet, il a été montré que le réputé non écrit remplissait deux fonctions, une fonction de police de cohérence des obligations contractuelles et une fonction de police des valeurs de l'ordre social (S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, n°432 et s. p. 217 et s.). Or, aucune des deux fonctions ne semble être remplie par l'article 896 du Code civil. Voir en ce sens, S. Godechot, *JCl. Civil Code*, Art. 896 à 899, fasc. unique, préc., spéc., n°58 et s.

³ *Ibid.*

transmission dont l'entrave à la libre circulation des biens serait moins importante que celle d'une libéralité graduelle. Pourquoi, en effet, serait-il interdit d'imposer cette double charge pour une durée inférieure à celle de la vie du grevé, alors qu'elle peut valablement être stipulée sa vie durant ? En réalité, en consacrant la validité des libéralités graduelles, le législateur a vidé le principe de prohibition de l'article 896 du Code civil de toute consistance¹. Il ne s'agit au fond que d'un hommage formel à l'ancienne prohibition des substitutions fidéicommissaires dépourvue, désormais, de tout effet normatif.

Et en conséquence, l'on doit reconnaître la validité de toute disposition par laquelle le disposant impose à une personne physique ou morale la double charge de conserver et de transmettre à un tiers. Simplement, de deux choses l'une : soit la libéralité à laquelle est apposée cette double charge présente toutes les caractéristiques de la libéralité graduelle, auquel cas il convient d'appliquer les règles propres à celle-ci ; soit la double charge de conserver et de transmettre est adossée à une libéralité simple, ce sont alors les règles de la stipulation pour autrui qu'il y a lieu de mettre en œuvre.

247. Originalités de la double libéralité. – A cet égard, la stipulation pour autrui présente plusieurs traits caractéristiques qui en font toute son originalité².

En premier lieu, ce mécanisme apparaît comme une dérogation au principe posé à l'article 1165 du Code civil en vertu duquel les contrats n'ont pas effet à l'égard des tiers. En ce sens, le tiers bénéficiaire acquiert un droit direct contre le promettant, bien qu'il n'ait été ni partie, ni représenté au contrat. Aussi bien la jurisprudence considère-t-elle, depuis 1888, que la créance du tiers bénéficiaire naît directement au moment où le promettant s'oblige, sans passer par le patrimoine du stipulant³. Le droit du bénéficiaire provient donc directement du rapport de droit entre le stipulant et le promettant, sans être passé au préalable dans le patrimoine du stipulant. En termes techniques, cela signifie que le tiers bénéficiaire n'est pas l'ayant cause du stipulant, mais celui du promettant. Est-ce à dire, alors, que l'auteur de la libéralité faite au tiers bénéficiaire est le promettant, et non le stipulant ? Certainement non. L'existence du droit direct ne saurait permettre de nier l'intention libérale du stipulant en ce qu'il fait entrer dans le patrimoine du bénéficiaire, sans contrepartie, une valeur qui n'aurait pas dû normalement lui parvenir. Autrement dit, si le tiers bénéficiaire est l'ayant cause du promettant, il n'en demeure pas moins que c'est grâce au stipulant qu'il s'enrichit. Dans cette optique, on peut observer que l'objet de la

¹ Voir en ce sens N. Peterka, « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », préc., spéc., n°2 ; M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°3 ; G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », préc., p. 74, spéc. p. 81.

² Sur cette originalité, voir Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, préc., p. 359 et s.

³ Cass. civ., 6, 8, 22 févr. et 27 mars 1888, DP 1888. 1. 193.

libéralité au tiers bénéficiaire n'est pas sa créance contre le promettant, c'est-à-dire l'émolument qu'il percevra, – puisque celle-ci n'a pas transité par le patrimoine du disposant – mais seulement les biens dont le disposant s'est dépouillé à son profit¹.

En second lieu, le droit du tiers bénéficiaire repose sur le rapport d'obligation entre le stipulant et le promettant. Il en résulte que ce droit dépend uniquement de cette relation. De là il suit, d'une part, que la charge revêt un caractère personnel, en ce sens que seul le promettant peut l'exécuter et, d'autre part, que la libéralité faite au tiers bénéficiaire n'est qu'une disposition accessoire de la libéralité principale. Cette seconde libéralité ne saurait donc produire ses effets si la première n'est pas maintenue².

248. Synthèse. – Telles sont les deux principales originalités de la stipulation pour autrui : gratifié par le disposant, le tiers bénéficiaire est l'ayant cause du promettant, de sorte que sa libéralité, loin d'être indépendante de celle consentie au promettant, en est l'accessoire. Ce mécanisme de la stipulation pour autrui constitue le socle commun des libéralités avec charges au profit d'un tiers. Cependant, on doit observer que certaines doubles libéralités sont réalisées au moyen de la technique de la charge personnelle, sans qu'il s'agisse pour autant d'une stipulation pour autrui. Il en est ainsi des libéralités graduelles et résiduelles et des libéralités précatives.

§ 2 - LES LIBERALITES GRADUELLES ET LES LIBERALITES RESIDUELLES

249. Première vue. – Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles ont pour « *géométrie commune* »³ d'étaler « *sur deux générations successives les effets d'une seule disposition* »⁴. Expression du vœu naturel de tout individu de prolonger au-delà de sa mort sa « *juridiction de propriétaire* »⁵, elles permettent « *d'accorder aux volontés dernières d'un propriétaire cette petite immortalité de se choisir deux degrés de successeurs testamentaires* »⁶.

Il n'en fut pas cependant toujours ainsi. Cette liberté a été, en effet, plus ou moins encadrée suivant l'époque à laquelle on se place.

¹ Sur ce point, et plus particulièrement le problème que cela pose quant au rapport et à la réduction de la libéralité, voir *infra* n°518 et s.

² Voir notamment R. Cassin, *Des libéralités avec charge et des fondations en droit français*, préc., spéc. p. 115 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., spéc. n°83, p. 137 et s. ; A. Françon, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », préc., spéc. n°4, p. 259-260 ; M. Grimaldi, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, *RTD civ.* 2008. 342.

³ J. Carbonnier, P. Catala, J. Bernard de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités – Une offre de loi*, préc., spéc. p. 89.

⁴ *Ibid.*

⁵ Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. I, préc., préface, p. 2.

⁶ Ph. Rémy, note sous TGI Paris, 9 nov. 1981, *JCP* 1983. II. 20071.

250. Droit romain et Ancien droit français. – Précisément, les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles tirent leur origine du fidéicommiss romain. Comme son nom l'indique, le fidéicommiss repose sur la *fides* ; il est un acte qui s'adresse directement à la fidélité et à la piété de celui auquel le *de cuius* confie sa dernière volonté¹. A l'époque classique, il était ainsi une simple prière par laquelle le disposant demandait au grevé – le fiduciaire² –, qui recevait une portion héréditaire, de donner ou d'accomplir quelque chose en faveur d'un tiers, le fidéicommissaire³. De telles dispositions, dépourvues initialement de formalisme, tendaient à tempérer la réglementation rigoureuse des formes solennelles du testament⁴ et servaient à poursuivre des fins qui ne pouvaient être atteintes autrement. Primitivement, le fidéicommiss était simple. Le disposant priait le grevé de restituer immédiatement les choses transmises au bénéficiaire réel de la disposition, le fidéicommissaire. Le fidéicommiss était alors un procédé permettant de déroger à certaines incapacités de recevoir par testament. C'est ainsi que le testateur empruntait cette voie pour faire passer son patrimoine aux individus privés du droit de recevoir par acte à cause de mort, tels que les pérégrins⁵. Mais le fidéicommiss ne tarda pas à revêtir une plus large portée. Le testateur en vint à ne plus prier le grevé de rendre immédiatement les biens au fidéicommissaire, et l'autorisa à conserver la chose jusqu'à l'expiration d'un délai déterminé, l'arrivée d'une condition, voire jusqu'à sa mort⁶. L'institution prit la figure d'un fidéicommiss à terme. Le grevé

¹ J.-Ph. Lévy et H. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., n°922 et s., p. 1248 et s.

² Le fidéicommiss et la fiducie avaient la même nature. La finalité – une restitution à opérer – et les moyens mis en œuvre – leur exécution reposant sur la bonne foi de l'acquéreur de la chose à restituer – étaient identiques. Seul leur domaine d'application était différent : le fidéicommiss s'adressait à ceux qui recueillaient les choses par voie successorale, tandis que la fiducie concernait les transmissions entre vifs. En ce sens, voir R. Jacquelin, *De la fiducie*, thèse Paris, 1891, p. 414 et s. ; P. Lemerrier, « Quelques remarques sur les origines du fidéicommiss et sur le fidéicommiss d'hérédité à l'époque classique », *Rev. hist. du droit* 1935. 432 et s.

³ Longtemps purement précatif, le fidéicommiss devient juridiquement contraignant dès l'Empire. Auguste fit exécuter, par l'intervention des consuls, certains fidéicommiss qui lui parurent mériter une protection particulière. Claude créa pour cette fonction deux préteurs dits « fidéicommissaires », que Titus réduisit à un. Sur ce point, voir C. Maynz, *Cours de droit romain*, t. III, 4^{ème} éd., 1877, n°405 et s. p. 1107 et s. ; P. Bonfante, *Histoire du droit romain*, traduit par J. Carrère et F. Fournier, Sirey, 1928, t. 1, p. 492 et s. ; P. C. Timbal, *Droit romain et ancien droit français : régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1975, n°244 p. 131 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., spéc., n°923 p. 1249 ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2000, p. 109.

⁴ Le legs devait se trouver dans un testament ou, à partir de l'Empire, dans un codicille confirmé par un testament. Il devait être exprimé en termes sacramentels et devait figurer dans le testament après l'institution d'héritier. Voir notamment J. Gaudemet, *Droit privé romain*, préc., spéc., p. 107 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., spéc., n°915 et s. p. 1237 et s.

⁵ L'origine du fidéicommiss reposerait ainsi sur une fraude à la loi. En ce sens Gaius, *Instit.*, 2. 285. Voir également, R. R. Jacquelin, *De la fiducie*, préc., spéc. p. 416 et s.

⁶ Le *de cuius* pouvait charger le fiduciaire de transférer à sa mort une chose (fidéicommiss particulier) ou toute la succession (fidéicommiss d'hérédité ou universel) ou de rendre seulement les biens, qui, à cet instant resteraient de son hérédité (fidéicommiss *de eo quod supererit*). Sur ce dernier, les Romains considéraient que le grevé ne pouvait disposer des biens que pour ses besoins réels et sans fraude ; Justinien imposa même, par sa Nouvelle 108, que le grevé fût obligé de laisser au substitué la *falcidie*, c'est-à-dire le quart des biens, et qu'il eût seulement la faculté d'aliéner les trois autres quarts à titre onéreux, et non pas à titre gratuit, si ce n'est pour certaines causes déterminées, telles que la constitution de dot, le rachat des captifs (Voir notamment Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, préc., n°419 et s., p. 132 et s. ; Rolland de Villargues, *Des substitutions prohibées*, préc., n°216 et s., p. 291 et s.).

passait ainsi du rôle de personne interposée à celui d'intermédiaire de transmission pouvant jouir des biens à transmettre jusqu'à l'arrivée du terme. Dans cette voie, il arriva que le testateur ne se bornât point à appeler un seul fidéicommissaire, mais qu'il en appelât un second après le premier, et ainsi de suite, de sorte que les fidéicommissaires pouvaient se perpétuer, de degrés en degrés, pendant une longue suite de générations¹. Par cette figure, le fidéicommissaire devint graduel² et permit à « *la volonté individuelle de défier les siècles* »³.

Telle fut la conception adoptée par l'Ancien droit dont les premières applications apparaissent en pays de droit écrit à la fin du X^{ème} siècle⁴. C'est alors que ce type fidéicommissaire reçut la dénomination de substitution fidéicommissaire⁵. Les substitutions fidéicommissaires connurent dans l'Ancienne France un essor extraordinaire⁶. Le droit d'aînesse était à lui seul insuffisant pour garantir la conservation des biens fonciers, car il ne protégeait pas ces biens contre les actes de prodigalité de l'héritier. Aussi les substitutions ont-elles été pour les familles nobles un outil formidable leur permettant tout à la fois de conserver l'intégralité de leurs fortunes sur plusieurs générations et d'assurer la transmission au fils aîné de chaque génération⁷. A cet égard, les substitutions pouvaient être graduelles, c'est-à-dire à plusieurs degrés, ou même perpétuelles. Mais les substitutions fidéicommissaires constituaient un danger pour les créanciers⁸ et pour les autres enfants⁹, ainsi que pour le pouvoir royal qui ne pouvait qu'être inquiet devant la puissance

¹ En ce sens, Gaius, *Inst.* 2, 277; la Nouvelle 159 relative au fidéicommissaire qui limite, toutefois, le pouvoir du testateur à quatre degrés. Sous l'Empire, on l'utilisera pour éviter la ruine des familles patriciennes. C'est alors que naquit le fidéicommissaire de famille. Sur le fidéicommissaire de famille, voir E. Genzmer, « La genèse du fidéicommissaire comme institution juridique », *Rev. hist. dr. fr.* 1962. 319 et s.

² Reste que l'usage de cette forme de fidéicommissaire ne fut pas très répandue à Rome. Sur ce point, voir J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., spéc., n°922 p. 1248.

³ M. Humbert, « L'acte à cause de mort en droit romain », *Rec. de la soc. J. Bodin*, t. LIX, 1992, p. 131 et s., spéc. p. 136.

⁴ M. Petitjean, *Essai sur l'histoire des substitutions*, préf. J. Bart, Centre de recherches historiques de l'université de Dijon, 1975, p. 35 et s. Voir également du même auteur, « L'acte à cause de mort dans la France coutumière du Moyen Age à l'époque moderne », *Rec. de la soc. J. Bodin*, t. LIX, 1992, p. 85 et s., spéc. p. 118.

⁵ Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, sect. I, § 1, n°30.

⁶ Ricard, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, t. II, 1783, p. 22 et s. ; Pothier, *Traité des substitutions*, t. VIII, p. 455 et s.

⁷ Montesquieu, étudiant les institutions qui conviennent le mieux à une monarchie, constate la nécessité des substitutions pour donner plus d'éclat à la noblesse, à condition qu'elles ne soient permises qu'à elle seule : « *Les substitutions qui conservent les biens dans les familles seront très utiles dans ce Gouvernement, quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres [...]. Toutes ces prérogatives seront particulières à la noblesse et ne passeront point au peuple, si l'on ne veut choquer le principe du Gouvernement, si l'on ne veut diminuer la force de la noblesse et celle du peuple. Les substitutions gênent le commerce, etc. Ce sont des inconvénients particuliers de la noblesse, qui disparaissent devant l'utilité générale qu'elle procure, mais quand on les communique au peuple, on choque inutilement tous les principes* », in *Esprit des Lois*, livre V, chap. IX.

Les substitutions étaient utilisées parfois par les bourgeois. Elles permettaient, par exemple, de léguer des biens à sa veuve, à charge pour elle de les transmettre à sa mort aux enfants. Sur ce point, voir J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., spéc., n°929 et s. p. 1255 et s.

⁸ Les substitutions permettaient à l'aristocratie foncière d'échapper aux poursuites des créanciers. Les biens grevés de substitution ne pouvaient être saisis. Or, les créanciers risquaient d'ignorer l'existence de la substitution ; aucune publicité n'était, en effet, organisée.

⁹ Les filles et les puînés, privés de tout droit, se trouvaient contraints de vivre sous l'obédience du chef de famille.

qu'elles assuraient aux grandes familles. Afin d'éviter un tel accroissement, les Ordonnances d'Orléans¹ de 1560 et de Moulins² de 1566 tentèrent d'encadrer leur pratique. Devant les difficultés d'application de ces dispositions, l'Ordonnance du chancelier Daguesseau d'août 1747 vint refondre tout le droit des substitutions en unifiant la réglementation antérieure et perfectionnant le système de publicité. Reste que l'institution connaissait déjà de vives critiques, en raison des nombreux contentieux qu'elle entraînait³. Aussi, pour avoir trop satisfait les tendances aristocratiques et favorisé la cause de la monarchie, les substitutions fidéicommissaires furent prohibées par le droit intermédiaire⁴ et la jurisprudence étendit cette solution aux substitutions *de residuo*⁵.

251. Le Code civil. – Faisant œuvre de transaction, les rédacteurs du Code civil maintinrent le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires ; mais, soucieux de ce qu'elles pouvaient servir les intérêts de la famille, ils les autorisèrent en faveur du lignage à la condition que l'égalité fût respectée. Ainsi un chapitre du Code civil était-il consacré aux « *dispositions permises en faveur des petits enfants du donateur ou du testateur ou des enfants de ses frères et sœurs* »⁶. Seuls pouvaient être grevés les enfants, ou en l'absence d'enfant les frères et sœurs du défunt ; seuls pouvaient être appelés les petits-enfants, ou à défaut les neveux et nièces du disposant.

Ainsi conçu, le régime juridique des substitutions fidéicommissaires reposait sur plusieurs fondements. *Politiquement*, l'institution était perçue comme un instrument susceptible de favoriser les inégalités entre les héritiers⁷. Aussi comprend-on que, lorsqu'elle était autorisée, la substitution

¹ L'article 59 limita pour l'avenir les substitutions à deux degrés.

² L'article 57 limita à quatre degrés les substitutions antérieures à 1560 et organisa une publicité par lecture publique du testament à l'audience de la justice royale compétente et enregistrement au greffe.

³ Ainsi que l'observait Bigot-Préameneu, « *les parents nombreux, qui étaient sacrifiés, et que le besoin pressait, n'avaient de ressource que dans les contestations qu'ils élevaient, soit sur l'interprétation de la volonté, soit sur la composition du patrimoine, soit sur la part qu'ils pouvaient distraire des biens substitués, soit enfin sur l'omission ou l'irrégularité des formes exigées* », in *Loché, Législ. Civ.*, t. XI, p. 360. Le chancelier Daguesseau souhaitait, du reste, supprimer complètement les substitutions fidéicommissaires : « *l'abrogation entière des fidéicommissaires serait peut-être la meilleure de toutes les lois* », Lettre du 24 juin 1730, t. IX, cité par Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, préc., spéc., n°58 p. 53. Voir également, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., spéc., n°932 p. 1257.

⁴ D. 25 oct. et 14 nov. 1792. C'est ainsi que l'on a pu justement écrire « *qu'une aristocratie ne peut se maintenir riche et puissante que par le procédé des substitutions* » (A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 10^{ème} éd., par L. Juliot de la Morandière, n°1968). Le rapport de Laplaigne montre bien le point de vue politique auquel se placèrent les Conventionnels : « *Sous un régime vraiment républicain et dans un pays qui abhorre toute espèce d'aristocratie et de despotisme, dans une organisation sociale, en un mot, fondée sur l'égalité, l'usage de pareilles dispositions serait encore une monstruosité politique, par là-même qu'il perpétuerait avec l'inégalité des partages dans les familles, l'aristocratie des privilégiés et accumulerait pendant plusieurs générations sur la tête des privilégiés des fortunes capables d'alarmer la liberté publique* » : in *Archives Parlementaires*, Loi du 14 Nov. 1792, t. 52, p. 573. Sur ce point, voir Aron, « *Etude sur les lois successorales de la Révolution* », *Now. Rev. hist. du Droit*, 1901. 586 et s.

⁵ Cass. req., 18 frim. an V, *D. Jur. gén.*, V^o Substitutions, n°43; Paris, 19 juin 1908, *S. chron. Adde M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français*, t V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°301, p. 413.

⁶ C. civ., anciens art. 1048 à 1074, abrogés par L. 23 juin 2006.

⁷ Voici comment Bigot-Préameneu s'exprimait dans l'Exposé des motifs : « *Les substitutions ne conservaient des biens dans une famille qu'en sacrifiant tous ses membres pour conférer à un seul l'éclat de la fortune ; une pareille répartition ne pouvait être*

devait profiter, de façon égalitaire, à tous les enfants du grevé¹. *Economiquement*, l'inaliénabilité qu'elle emportait faisait obstacle à une bonne administration des biens. Pis, l'insaisissabilité dont elle était assortie risquait d'entraîner une prospérité scandaleuse pour des familles endettées qui, grâce à l'intangibilité de leur fortune, vivaient de biens que leurs créanciers ne pourraient saisir². C'est pourquoi, lorsqu'elle était permise, la substitution se limitait à un seul degré³. *Juridiquement*, les substitutions fidéicommissaires heurtaient l'interdiction de gratifier des personnes futures et indéterminées édictée par l'article 906 du Code civil. Aussi n'est-ce qu'à des fins de protection du patrimoine familial qu'elles étaient permises⁴.

252. Loi du 23 juin 2006. – Le régime juridique des substitutions fidéicommissaires est demeuré quasiment inchangé⁵ pendant plus de deux siècles, jusqu'à la loi du 23 juin 2006. Les fondements qui justifiaient leur prohibition paraissent cependant contestables depuis longtemps⁶. La dimension politique de la prohibition s'est effacée : la crainte d'un retour des institutions nobiliaires n'a plus d'écho en France. L'inquiétude liée à la paralysie de la circulation des richesses paraît dépassée par les bienfaits que la substitution peut entraîner, notamment pour

*établie qu'en étouffant tous les sentiments de cette affection qui est la première base de la juste transmission des biens entre les parents. Il ne saurait y avoir plus grand vice dans l'organisation d'une famille que celui de tenir dans le néant tous ses membres pour donner à un seul une grande existence ; de réduire ceux que la nature a fait égaux, à implorer le secours et la bienfaisance du possesseur d'un patrimoine, qui devrait être commun », in Locré, Légis. civ., t. XI, p. 361. De même, Secrétan précisait que « ce n'est point le respect des liens de sang et des copropriétés naturelles qui a suggéré le dispositif du Code français ; d'après lequel la succession d'un père est obligatoirement divisée en parts égales entre tous ses enfants légitimes à l'exception d'une seule part disponible par testament ; c'est le désir d'instabilité dans les fortunes, de briser les grandes familles, de supprimer les grandes existences avec leur clientèle et leur crédit, dont l'influence pourrait, sur un point quelconque du territoire, balancer l'influence du gouvernement », in *Les Droits de l'humanité*, 1890, p. 26.*

¹ C. civ., ancien art. 1050.

² Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs du titre des donations*, Locré, t. XI, p. 360 : « dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite ».

³ C. civ., anciens art. 1048 et 1049. La limitation de la substitution à un degré trouve également une justification dans l'idée qu'il serait déraisonnable de tester pour l'infini du temps à venir. Ainsi s'exprimait Demolombe : « Il nous paraît très difficile, au point de vue rationnel et philosophique, la prétention qui tend à perpétuer à travers les siècles de la part du propriétaire décédé cette faculté de disposition, au lieu et place de ses successeurs dans l'avenir », in *Cours de Code Napoléon, Traité des donations entre vifs et des testaments*, préc., spéc., n°86 p. 82. Adde, J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., spéc. p. 283 ; voir aussi l'observation de M. Ph. Rémy, pour qui c'est une « volonté de petite immortalité de se choisir deux degrés de successeurs testamentaires », note sous TGI Paris, 9 nov. 1981, JCP 1983. II. 20071, IV-A.

⁴ Par exemple, lorsqu'une personne redoutant que ses héritiers présomptifs ne dilapident sa succession au détriment des générations futures.

⁵ Lorsqu'il voulut créer une nouvelle noblesse, Napoléon rétablit les substitutions, sous le nom de majorats. Le décret du 30 mars 1806 institua les majorats. Ils firent assez tôt l'objet de restrictions, avant d'être supprimés. Le législateur, en 1835 et 1849, revint au système du Code civil, et les derniers majorats furent rachetés par l'Etat en 1905.

⁶ Josserand l'avait déjà justement relevé (*Cours de droit civil*, t. III, 3^{ème} éd., 1940, n°1877, p. 1093) : « les substitutions n'ont plus, de nos jours, la détestable réputation qui leur était faite à la fin de l'Ancien régime et qui détermina, à leur encontre, la violente réaction du droit révolutionnaire ; il n'est plus à craindre, actuellement, qu'elles soient mises au service d'une aristocratie foncière, et, dans certains cas, elles seraient de nature à rendre des services analogues à ceux qu'on attend des clauses d'inaliénabilité ; aussi s'est-on ingénieusement à passer à travers les mailles du filet tendu par l'article 896 ; et la jurisprudence s'est prêtée parfois, avec bonheur et modération, aux tentatives qui ont été faites dans cette direction ». *Comp.* toutefois la commission de réforme du Code civil qui s'était prononcée en faveur de l'extension de la prohibition à toutes les substitutions : H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Successions, Libéralités*, t. IV, vol. 2, par L. et S. Leveneur, préc., spéc., n°1431 in fine.

les personnes vulnérables¹. Surtout, la jurisprudence a fait preuve de bienveillance à l'égard des testaments litigieux, rendant aisé le contournement de la prohibition. C'est ainsi que nombre de dispositions, qui auraient dû tomber sous le coup de la prohibition, ont été qualifiées de legs *de residuo*², de double legs conditionnel, ou encore de legs précatif. Parallèlement, les praticiens ont émis le souhait d'une levée de la prohibition³.

Devant cet « *anachronisme* »⁴, les auteurs de l'Offre de loi⁵ ont préconisé l'abandon de la prohibition des substitutions fidéicommissaires, tout en limitant leur emploi à un seul degré⁶. Le propos des éminents auteurs a été entendu par le législateur⁷. La loi du 23 juin 2006 valide désormais les libéralités graduelles, en vertu desquelles le disposant impose au premier gratifié l'obligation « *de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte* »⁸, ainsi que les libéralités résiduelles, selon lesquelles le second gratifié est appelé « *à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci* »⁹.

¹ Voir ainsi le 102^{ème} Congrès des notaires de France, « Les personnes vulnérables », Strasbourg, mai 2006.

² Dès 1827, la Cour de cassation mettait hors de doute la validité du legs de residuo : Cass. civ., 1^{er} févr. 1827, D. 1827. 1. 130.

³ Voir notamment le 95^{ème} Congrès des Notaires de France, « La famille », Marseille 9-12 mai 1999, spéc. le compte-rendu des travaux de la quatrième commission : « Demain la famille, les transmissions successorales », et M.-H. Morand de Jouffrey, « prohibition des pactes sur succession future et des substitutions fidéicommissaires », *JCP éd. N* 1999. 632 ; le 96^{ème} Congrès des notaires de France, « Le patrimoine au XXI^e siècle », Lille, mai 2000, spéc. le compte rendu des travaux de la troisième Commission : « la consécration légale de la libéralité de residuo », p. 119 et s.

⁴ N. Péterka, « La réforme des libéralités familiales, in *Le droit patrimonial de la famille, réformes à accomplir et à venir*, Dalloz, 2006, p. 71 et s., spéc. n°19 p. 80. Voir également Ph. Rémy, « Rapport français sur l'évolution du droit patrimonial de la famille », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIX, 1990, p. 251 et s., spéc. n°28.

⁵ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., spéc., art. 1027 et s., p. 82 et s.

⁶ Sur ce point, la rigueur de la prohibition avait été dénoncée dès 1803. Ainsi, le tribun Favart avait-il affirmé au corps législatif : « *Les substitutions ont été établies par un très bon principe. Que des abus s'y soient introduits, cela n'est pas douteux. Il fallait corriger les abus sans détruire une institution jugée bonne* », cité par E.-H. Bouvier, *La jurisprudence et la prohibition des substitutions*, thèse Lyon, 1909, p. 23. De même, certains économistes avaient relevé l'utilité d'un usage des substitutions fidéicommissaires à un degré : F. Le Play, dans son ouvrage sur la Réforme sociale en France, préconisait « *Le propriétaire qui, sous le régime de la Liberté testamentaire, peut léguer ses biens à un étranger, semble avoir le droit de les transmettre à un fils imprévoyant et prodigue avec des restrictions qui empêchent ce dernier de les dissiper. Ce but s'impose trop souvent à la sollicitude des pères de familles, et, depuis longtemps, il est atteint par les substitutions à un degré, dans lesquelles le premier héritier dispose seulement de l'usufruit de la propriété, à la charge de la transmettre intacte à un second héritier ou à divers héritiers désignés par le testateur. [...] Il ne semblerait pas même exorbitant de permettre au père de famille de conjurer l'éventualité de deux générations imprévoyantes, en l'autorisant à donner l'usufruit de ses biens à un fils, puis à un petit-fils, et à réserver la propriété complète à un enfant né ou à naître de ce dernier : et c'est en cela que consiste le régime des substitutions à deux degrés. Les législateurs européens qui, dans les temps modernes, ont voulu organiser la famille dans un sens conservateur, se sont accordés à penser que les substitutions restreintes entre ces limites, sont un acte intelligent du droit de propriété et de l'autorité paternelle, tandis qu'étendues au delà, elles deviendraient un empiètement sur le droit de propriété des générations futures. Les substitutions à deux degrés avaient été établies chez nous, en 1747, par restriction d'un droit plus étendu ; elles sont en vigueur en Angleterre et dans plusieurs États de l'Amérique du Nord ; la tradition nationale et l'exemple des peuples les plus prospères et les plus libres, s'accordent donc pour nous en conseiller le rétablissement* » (in *La Réforme sociale en France*, 1864, t. I, p. 142-143).

⁷ Sur les neuf articles que le Code civil consacre désormais aux libéralités graduelles, sept ont été empruntés à l'Offre de loi.

⁸ C. civ., art. 1048.

⁹ C. civ., art. 1057.

253. Utilités pratiques. – Les libéralités graduelles ou résiduelles peuvent être ce faisant le moyen pour le disposant de réaliser de nombreux objectifs de transmission. Ces deux figures ont ainsi été présentées par les promoteurs de la réforme comme le moyen de protéger un enfant handicapé ou le conjoint survivant sans délaisser pour autant les autres proches¹. Prenons l'exemple d'un père de famille qui souhaite assurer l'avenir de son enfant handicapé. Il peut consentir une libéralité graduelle ou résiduelle en désignant cet enfant comme premier bénéficiaire, puis, comme second bénéficiaire, les autres enfants ou la personne morale qui prend en charge l'enfant handicapé. Autre exemple : un père de famille peut vouloir s'assurer de la conservation d'un bien de famille. Pour cela, il gratifiera un ou plusieurs de ses enfants en première ligne, à charge pour eux de conserver et de transmettre ce bien à leurs propres enfants. On voit ici tout l'intérêt de la libéralité graduelle par rapport aux techniques concurrentes. En effet, à la différence de la double libéralité en usufruit et en nue-propriété ou de la double libéralité conditionnelle, il n'est pas nécessaire que les gratifiés en seconde ligne – les petits-enfants – soient conçus au jour de la libéralité. Enfin, le disposant peut vouloir gratifier son conjoint tout en assurant l'avenir de ses propres enfants. Lorsque le grevé est le conjoint, le disposant marque ainsi un ordre de préférence en privilégiant son conjoint à sa famille mais non les héritiers de ce derniers aux siens. La situation est proche de celle d'un double legs en usufruit et en nue-propriété, mais elle s'en distingue en ce que le grevé va exercer sur les biens légués toutes les prérogatives du propriétaire contrairement à la situation qui serait la sienne s'il n'était qu'usufruitier.

254. Structure commune et difficultés d'analyse. – Sous cet aspect, il convient d'observer que le législateur de 2006 a conçu les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles sur un même modèle. Régies au sein d'un nouveau chapitre du Code civil intitulé *Des libéralités graduelles et résiduelles*, elles présentent en effet une structure identique : permettre à un disposant de donner ou léguer la propriété d'un ou plusieurs biens à deux gratifiés successifs, le second à la mort du premier, qui, tous deux, tiennent leurs droits directement de lui. Elles se séparent seulement par l'étendue des obligations pesant sur le premier gratifié : dans une libéralité graduelle, le premier gratifié a la double obligation de conserver et de transmettre le bien au second gratifié ; dans la libéralité résiduelle, seule subsiste l'obligation de transmettre, non celle de conserver.

¹ Voir notamment S. Huyghe, *Rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale*, 1^{ère}, lecture, n°2850, 2006, p. 243 et 278.

Ainsi sommairement présentées, les libéralités graduelles et résiduelles sont des libéralités à « double détente »¹. Il reste que cette présentation peut laisser perplexe : comment expliquer que deux gratifiés deviennent propriétaires successifs d'un même bien, en sachant qu'ils tiennent tous deux leurs droits du disposant et que le premier est tenu d'une série d'obligations envers le second, notamment celle de lui transmettre, à son décès, ledit bien ?

255. Plan. – Pour ce faire, il importe de bien comprendre les singularités des libéralités graduelles et libéralités résiduelles. Aussi est-ce après avoir étudié leurs éléments essentiels (A) que l'on pourra envisager leur qualification (B).

A. Les éléments essentiels de la libéralité graduelle et de la libéralité résiduelle

256. Trois éléments. – Pour qu'il y ait libéralité graduelle ou résiduelle, il faut, en premier lieu, une double libéralité successive, que le disposant ait donné ou légué successivement les mêmes biens à deux bénéficiaires différents (1). En second lieu, l'appelé doit survivre au grevé, ce qui signifie que ses droits s'ouvrent, non pas à une époque quelconque, mais à la mort du grevé (2). En troisième lieu, en acceptant la clause graduelle ou résiduelle, le premier gratifié s'oblige à respecter les intérêts du second gratifié (3).

1. Une double libéralité successive

257. L'existence d'une libéralité graduelle ou résiduelle suppose que le disposant ait consenti deux libéralités et que l'une ne doive recevoir exécution qu'après l'autre.

258. Existence de deux libéralités. – L'acte du disposant doit avoir pour objet de gratifier deux individus : le grevé et l'appelé. A défaut de l'existence de deux libéralités, l'opération n'est pas une libéralité graduelle ni une libéralité résiduelle. L'acte de disposition peut être qualifié ne pourrait alors qu'être soit une libéralité par personne interposée², laquelle ne prend que l'apparence d'une double libéralité, soit une double libéralité conditionnelle³, laquelle ne réalise en

¹ L'expression est utilisée par plusieurs auteurs, voir notamment M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP éd. N* 2006. 1387, spéc. n°1 ; M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, déc. 2007, n°1 ; Art. 1057 à 1061, fasc. 10, juin 2009, n°1.

² Sur les éléments constitutifs de la libéralité par personne interposée, voir *supra* n°91 et s.

³ Sur la qualification de double libéralité conditionnelle, voir *infra* n°325 et s.

définitive qu'une seule libéralité, soit une fiducie-libéralité¹, laquelle n'emporte qu'une seule libéralité.

Reste que d'aucuns pourraient émettre des réserves quant à l'existence d'une double libéralité à propos des libéralités graduelles et résiduelles. Certes, nul ne doute que l'appelé soit un gratifié du disposant. La présence des éléments constitutifs d'une libéralité ne paraît, en effet, guère discutable : l'acte du disposant lui assure la vocation de percevoir un émolument sans contrepartie, de sorte que sont bien présents l'élément matériel – un enrichissement sans contrepartie pour l'appelé – et l'élément intentionnel – la volonté et la conscience de s'appauvrir de la part du disposant – de la libéralité. En revanche, les charges qui lui sont imposées peuvent faire douter de sa qualité de gratifié, au profit de celle de fiduciaire. En effet, comment peut-on être sûr que le disposant soit animé d'une intention libérale à son endroit ? Comment peut-on s'assurer que le grevé s'enrichisse sans contrepartie dès lors que le disposant lui impose une série d'obligations ? Tout est question, on le voit, de recherche d'intention : on ne doute pas du déséquilibre objectif du rapport de droit – l'élément matériel de la libéralité –, le disposant s'appauvrit et le grevé s'enrichit effectivement, et ce malgré les obligations qui sont mises à sa charge ; on doute, en revanche, de l'existence de l'élément intentionnel de la libéralité, en ce sens que les charges du grevé sont susceptibles de former une contrepartie subjective à l'engagement du disposant. Mais il ne faut pas omettre que le disposant vise à la fois l'intérêt du grevé et de l'appelé. En ce sens, le grevé reçoit les biens pour lui-même, et non pour le compte de l'appelé. C'est du reste ce qui distingue la libéralité graduelle de la fiducie-libéralité, laquelle ne fonctionne que dans l'intérêt du bénéficiaire, le fiduciaire devant gérer les biens dans le seul intérêt et pour le seul profit du bénéficiaire². Au surplus, le législateur a choisi de dissoudre cette difficulté en procédant lui-même à la qualification, évitant ainsi toute querelle doctrinale ou hésitation jurisprudentielle. Qu'il s'agisse d'une libéralité graduelle ou d'une libéralité résiduelle, le grevé est désigné, en effet, « *premier gratifié* » par la loi. Aussi bien, l'individu, qui stipule une clause graduelle ou résiduelle dans un acte de transfert de droits, consent nécessairement une libéralité à son premier ayant cause. Cette assertion est justifiée, au demeurant, par la vocation du grevé à conserver ses droits, malgré l'échec de la clause graduelle ou résiduelle. Ainsi que le précise l'article 1056 du Code civil, le grevé conserve la chose « *lorsque le second gratifié précède au grevé ou renonce au bénéfice de la libéralité graduelle* »³. C'est dire que les obligations imposées au grevé ne sont pas la cause de l'engagement du disposant, qu'elles ne forment donc pas une contrepartie dans

¹ Sur la distinction entre double libéralité et fiducie-libéralité, voir *supra* n°220 et s. et *infra* n°577 et s.

² Voir en ce sens R. Demogue, « La fiducie en droit moderne », *Rapport général, Travaux de la Semaine internationale de droit*, préc., spéc. p. 4.

³ S'agissant des libéralités résiduelles, l'article 1061 C. civ. précise que l'article 1056 leur est également applicable.

l'esprit du disposant¹. En effet, si tel avait été le cas, l'inefficacité de la clause aurait assurément provoqué la résolution du rapport de droit entre le disposant et le grevé. Par où l'on voit que le disposant ne s'est pas engagé *pour que* le grevé accomplisse une mission, mais *pour* gratifier successivement deux individus, le grevé et l'appelé.

259. Caractère successif des deux libéralités. – Les deux libéralités que consent le disposant ont la particularité de produire leurs effets l'une *après* l'autre. Il y a, non pas seulement deux libéralités, mais aussi deux transmissions successives. A ce titre, les libéralités graduelles et résiduelles se distinguent des doubles libéralités simultanées², lesquelles produisent leurs effets *en même temps*, et des doubles libéralités alternatives ou conditionnelles³, dans lesquelles la seconde ne s'ouvre qu'*à défaut* de la première.

L'on constate ce faisant que, dans les libéralités graduelles et résiduelles, un délai retarde l'efficacité de la seconde libéralité durant lequel la première est efficace. C'est ce que les anciens auteurs appelaient le *tractus temporis*, le trait de temps⁴. Précisément, l'exigence d'un trait de temps implique que les droits du grevé ne soient pas effacés par l'ouverture des droits de l'appelé. L'ouverture des droits de l'appelé n'est pas contemporaine de la succession du disposant ; entre le disposant et l'appelé, il existe un intermédiaire – le grevé – à qui les biens sont confiés pour les restituer. Le grevé est ainsi le canal par lequel les choses grevées arrivent du disposant à l'appelé. Sous cet aspect, le caractère successif des deux libéralités laisse au second gratifié la possibilité d'accepter sa libéralité après le décès du donateur⁵, ce qui permet, à l'instar du droit antérieur, que celui-ci soit une personne non encore conçue au décès du disposant⁶.

2. Le report de la seconde libéralité au décès du premier gratifié

260. Institution d'un ordre successif. – Le second trait caractéristique des libéralités graduelles et résiduelles tient au moment auquel la seconde libéralité est reportée. Les articles 1048 et 1057 du Code civil enseignent que le trait de temps qui sépare les deux libéralités s'achève au décès du grevé. Cela implique ce faisant que les droits de l'appelé ne s'ouvrent qu'au moment

¹ Sur la notion de contrepartie, voir *supra* n°220 et s.

² Tel est le cas de la double libéralité en usufruit et en nue-propiété, voir *supra* n°317 et s. ; du double legs dont l'un est universel et l'autre à titre particulier, voir *supra* n°108 et s.

³ Tel est le cas de la substitution vulgaire, voir *supra* n°326. Sur les doubles libéralités conditionnelles, voir *supra* n°325 et s.

⁴ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. III, préc., spéc., n°1869 p. 1088 ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des donations entre vifs et des testaments*, préc., spéc., n°89 p. 87.

⁵ C. civ., art. 1055, al. 2.

⁶ Sur ce point, voir *infra* n°346 et s.

où s'ouvre la succession du grevé. La disposition instaure ainsi un ordre successif ou, suivant la terminologie des anciens auteurs, un *ordo successivus*.

261. Divergence sur l'ordre successif. – La notion d'ordre successif demeure toutefois ambiguë. Une première acception consiste à voir dans l'ordre successif l'expression d'une dévolution particulière de la succession du grevé. En stipulant la clause graduelle ou résiduelle, le disposant réglerait ainsi le sort des choses dans la succession du grevé. Partant, il faut décider que, par la libéralité graduelle ou résiduelle qu'il consent, le disposant dispose une seconde fois des choses données, en réglant la dévolution de la succession du premier gratifié, en donnant dans la succession du grevé une vocation à l'appelé¹. De nombreux auteurs ont adopté cette conception lorsqu'ils ont analysé nos anciennes substitutions fidéicommissaires². Ainsi, René Savatier considérait que l'institution est « *une disposition sur succession future, l'auteur attribuant d'avance à l'appelé des biens compris dans la succession que laissera plus tard le grevé* »³. De même, Pierre Voirin affirmait que « *l'appelé exerce dans la succession du grevé, quant aux biens substitués, la vocation que lui a conférée le substituant* »⁴.

Faut-il reprendre aujourd'hui cette première acception de l'ordre successif pour les libéralités graduelles et résiduelles ? La réponse est certainement négative. L'article 1051 du Code civil, applicable tant aux libéralités graduelles qu'aux libéralités résiduelles, dispose que « *le second gratifié est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité* ». C'est dire que l'appelé est un successeur du disposant et non du grevé⁵. Au surplus, l'adoption de cette première conception repose sur des fondements contestables⁶. L'appelé serait dans cette vue le successeur, non pas du disposant,

¹ Cass. req., 24 mai 1927, *DH* 1927. 402 qui refuse de qualifier la disposition litigieuse de substitution prohibée au motif que « *les biens donnés doivent être, au cas où la condition se réaliserait, considérés comme recueillis directement dans la succession du testateur ; qu'ainsi il n'y a pas l'ordre successif qui caractérise essentiellement la substitution fidéicommissaire* ».

² Sur ce constat voir N. Lesourd, « La charge de substitution », *JCP* 1964. I. 1873. Voir notamment l'ambiguïté des termes utilisés par Baudry-Lacantinerie et Colin, in *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc. n°3143 : « *Il n'y a substitution qu'autant que la propriété de biens compris dans la disposition doit rester, pendant un certain temps, sur la tête du grevé avant de passer sur celle de l'appelé. Celui-ci reçoit par l'intermédiaire du grevé, et tout en tenant ses droits du disposant, ce n'est point à ce dernier, mais au grevé qu'il succède. C'est la propriété du grevé que, lors de l'ouverture de la substitution, la propriété de l'appelé remplace, sans toutefois l'effacer* ».

³ Obs, *RTD civ.* 1962. 534.

⁴ Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1958, 20 mars 1958 et 3 nov. 1958, *JCP* 1959. II. 11136. Voir également Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. VI, Les donations entre vifs et les testaments, avec la collaboration de P. Voirin, 1934, n°408 p. 191 et s.

⁵ M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, déc. 2007, n°21 et s.

⁶ Certains ont vu dans les anciennes substitutions fidéicommissaires un pacte sur succession future. En s'obligeant à restituer, à sa mort, à l'appelé les choses qu'il avait reçues du disposant, le grevé attribuerait un droit privatif sur tout ou partie de sa succession. Voir notamment R. Savatier, *Cours de droit civil*, t. III, préc., spéc., n°917 p. 465. Mais c'est faire une mauvaise analyse du pacte sur succession future. Il y a pacte sur succession future lorsque le disposant dispose de ses biens pour le cas seulement où il les laisserait à son décès. Partant, le pacte successoral est celui qui ne crée d'obligation qu'à la charge de la succession du disposant. Or le grevé, qui accepte la libéralité que lui consent le disposant, s'engage dans le même temps à conserver et à transmettre à son décès les biens reçus. Ainsi, si l'appelé est titulaire d'un droit dans la succession future du grevé, son existence ou son efficacité ne dépend pas de la

mais du grevé puisqu'il recueillerait les choses dans la succession de ce dernier¹. Cela signifie donc que l'appelé ne pourrait accepter ou répudier la succession du grevé, sans que le parti qu'il prit n'eût une influence sur la libéralité². Or, une telle conséquence apparaît contraire à la volonté du disposant qui a vu dans le grevé et l'appelé deux gratifiés successifs, et donc deux de ses successeurs successifs. Surtout, n'est-ce pas aboutir à une figure étrange ? Comment admettre en effet que l'appelé soit un gratifié du disposant tout en étant, nécessairement, un successeur du grevé ?

Aussi la seconde acception de la notion d'ordre successif est-elle préférable. Elle consiste à ne voir dans le décès du grevé qu'une date à laquelle cessent les droits de celui-ci et se trouvent confirmer ceux de l'appelé³. Autrement dit, la volonté du disposant n'est pas d'organiser la dévolution des biens de la succession du grevé, mais seulement de soustraire à cette dévolution les biens qui forment l'objet de la libéralité. Partant, il n'y a aucun lien d'auteur à ayant cause entre le grevé et l'appelé. L'appelé n'est que le successeur du disposant, de sorte qu'il n'exerce aucun droit successoral dans la succession du grevé⁴. Et en conséquence, l'appelé n'a nul besoin d'accepter la succession du grevé pour recueillir la libéralité, et ne peut se voir opposer les droits que les tiers tenaient du grevé⁵. Reste que l'exercice des prérogatives par l'appelé peut se trouver

volonté du grevé. En somme l'éventualité dont est affecté le droit de l'appelé ne dépend pas de la volonté du grevé, de sorte que l'acceptation du grevé ne constitue pas un pacte sur succession future. Voir notamment M. Grimaldi, *Successions*, préc., spéc., n°386 p. 385, note 505.

¹ Paris, 10 janv. 1962, *D.* 1962. somm. 69 : « Si dans la substitution le disposant donne à l'appelé une vocation successorale dans la succession du grevé, l'appelé tient les biens substitués du grevé lui-même, puisque c'est dans la succession de ce dernier qu'il les recueille ; par suite, l'appelé qui accepte purement et simplement la succession du grevé ne peut évincer les tiers des droits qu'ils ont acquis en traitant avec celui-ci, pour la raison qu'étant devenu, comme héritier pur et simple, son représentant, il doit, en cette qualité, maintenir lesdits tiers dans les droits que son auteur leur a concédés ».

² En ce sens, P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., spéc., p. 171 : « Le système de la jurisprudence fait donc subir aux appelés une sorte de chantage ».

³ P. Bureau, *La jurisprudence française en matière de substitutions*, thèse Lille, 1906, p. 37 et s. ; R. Dupuy, *Des substitutions permises*, thèse Toulouse, 1907, p. 132 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., spéc., n°374 p. 375.

⁴ Nos anciens auteurs refusaient de voir l'appelé comme un ayant cause du grevé (Ricard, *Traité des substitutions*, 1^{ère} partie, n°114, 298 ; Bourjon, t. 2, p. 134 ; Thévenot d'Essaule, p. 27 et s. ; Pothier, *Traité des substitutions*, sect. 6, art. 2, § 1). Ainsi Pothier considérait que « Quoique ce soit de la personne du grevé que la propriété et la possession des biens substitués passent en celle du substitué, néanmoins ce n'est pas du grevé, mais de l'auteur de la substitution qu'il tient son droit » (*Traité des substitutions*, sect. 6, art. 2, § 1, n°4). Mais à la vérité, leur analyse reposait sur des bases contestables. En effet, ces auteurs confondaient les substitutions fidéicommissaires et les doubles libéralités conditionnelles dont le même événement sert de condition résolutoire pour la première et de condition suspensive pour la seconde. C'est ainsi que Pothier observait que « Le droit qu'a l'héritier grevé dans les immeubles n'étant qu'un droit sujet à se résoudre de plein droit au profit du substitué par l'ouverture de la substitution, il ne peut en les aliénant transférer qu'un droit tel qu'il a, c'est-à-dire sujet à se résoudre par l'ouverture de la substitution » (*Traité des substitutions*, sect. 5, art. 2, n°4). De même, Ricard précisait que « l'héritier transmet à la vérité la possession des choses qu'il restitue de sa personne en celle du fidéicommissaire ; mais la propriété part directement du testateur, et c'est celui à qui le fidéicommissaire succède ; le droit de l'héritier quant à la propriété demeurant entièrement résolu et anéanti par l'ouverture de la substitution », (in *Traité des substitutions*, 1^{ère} partie, n°100). Les droits du grevé disparaissant rétroactivement à son décès, l'appelé ne pouvait tenir ses droits que du disposant. Mais c'est alors nier l'un des éléments essentiels des substitutions fidéicommissaires, à savoir qu'elles réalisent deux libéralités et non pas une seule.

⁵ Sur la question de savoir si les actes de dispositions justifiés par la nécessité peuvent être opposés à l'appelé, voir *infra* n°506.

paralysé par certaines circonstances. Il en est ainsi du tiers acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel, qui peut se prévaloir de l'article 2276 du Code civil¹, ou encore, du tiers ayant acquis des droits sur les immeubles pour lesquels les formalités de publicité n'ont pas été accomplies. De même, l'appelé ne saurait attaquer les droits des tiers s'il a lui-même consenti à l'acte². Surtout, l'appelé peut être également un successeur universel du grevé. Le cas échéant, s'il accepte cette succession purement et simplement, il se trouvera être l'ayant cause universel du grevé, et, par là même, tenu des obligations qui pesaient sur lui, notamment, l'obligation de garantie³.

3. L'obligation du premier gratifié de respecter les intérêts du second gratifié

262. Distinction entre la clause graduelle et la clause résiduelle. – La finalité des libéralités graduelles et résiduelles est identique : chacune réalise deux libéralités successives dont la seconde ne reçoit effet qu'au décès du premier gratifié. Pour assurer l'effectivité de la seconde libéralité, le disposant impose au premier gratifié de respecter les intérêts du second gratifié. Mais la nature de l'engagement du premier gratifié diffère selon qu'il s'agit d'une clause graduelle ou d'une clause résiduelle. La première lui impose la double charge de conserver et de transmettre tandis que la seconde ne lui prescrit que celle de transmettre. Reprenons chacune de ces charges.

¹ G. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II, n°3383 ; A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 966.

² M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, t. 5, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, n°810 ; Trib. civ. Nevers, 11 déc. 1929, *Gaz. Pal.* 1930. 1. 315 : « *sauf lorsque le disposant lui-même a dispensé le grevé de l'obligation de restituer, en nature, les biens substitués ou que les appelés majeurs ont formellement consenti à leur aliénation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il y a lieu de décider que, par application du principe de l'incommutabilité des dispositions testamentaires permises, le grevé ne peut être exonéré de cette obligation* ».

³ *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.* – Qui doit garantir ne peut évincer. Voir Ch. Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n°594 ; G. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II, n°3382 ; A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 966 ; M. Dagot, note sous TGI Dieppe, 27 nov. 1968, *JCP* 1969. II. 15801 ; Amiens, 6 déc. 1892, *D.* 1893. 2. 129 : « *Qu'on décide, notamment, que les appelés qui acceptent purement et simplement la succession du grevé ne peuvent évincer les tiers des droits qu'ils ont acquis en traitant avec lui, par la raison, qu'étant advenus héritiers purs et simples, représentants du grevé, ils doivent, en cette qualité, garantir les tiers qui ont traité avec lui, c'est-à-dire les maintenir dans les droits qu'il leur a concédés et ce par application de la maxime : Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* » ; Paris, 10 janv. 1962, *D.* 1962, somm. 69 : « *l'appelé qui accepte purement et simplement la succession du grevé ne peut évincer les tiers des droits qu'ils ont acquis en traitant avec celui-ci* », Trib. civ. Seine, 26 mai 1922, *DP* 1925. 2. 149, note J. Plassard.

Par où l'on voit, du reste, que l'obligation de conservation imposée au grevé était de faible portée dans les anciennes substitutions permises puisque l'appelé était nécessairement son héritier. Voir en ce sens M. Dagot, note sous TGI Dieppe, 27 nov. 1968, préc. : « *l'appelé trouve dans la succession du grevé l'obligation de garantie dont celui-ci était tenu. Il ne semble pas que l'appelé puisse alors critiquer l'aliénation litigieuse lorsque, comme c'est le cas le plus fréquent, il a accepté la succession purement et simplement* ».

a) Une charge propre à la libéralité graduelle : la charge de conserver

263. Fonction de la charge de conserver. – La charge de conserver est propre à la libéralité graduelle¹. La portée de cette charge n'est pas aisée à déterminer. Sous cet aspect, il y a sans doute deux approches concevables. La première consiste à dire que le second gratifié, s'il survit au premier, deviendra propriétaire des biens dans l'état dans lequel le premier gratifié les laissera à son décès. La seconde approche réside dans l'idée que le second gratifié prendra, au décès du premier gratifié, les biens dans l'état dans lequel le disposant les avaient transmis au premier gratifié. Il semble, pour notre part, que cette dernière conception doit être privilégiée. Celle-ci peut se recommander de la fonction que la charge de conserver assure dans le processus libéral. En stipulant une clause graduelle, le disposant souhaite que les biens dont il s'est dessaisi au profit du premier gratifié soient *effectivement* reçus par le second gratifié, dans l'hypothèse où celui-ci survivrait au premier gratifié. Telle est donc la fonction de la charge de conserver : imposer au premier gratifié de conserver l'intégrité des biens sa vie durant. Partant, le gratifié en première ligne n'a pas un pouvoir absolu sur les biens grevés ; il en jouit, non pas seulement dans son intérêt, mais également dans l'intérêt du second gratifié². L'intérêt juridique que suscite la phase d'attente, qui se développe pendant la période de temps séparant la première libéralité de la réalisation de la seconde, est commandée par la nécessité de faire en sorte que le dénouement final de l'opération ne soit pas contrarié ou déjoué par son premier bénéficiaire³.

Ainsi, ce n'est pas seulement une attitude passive par rapport aux biens grevés que suggère la charge de conserver. Bien au contraire, elle postule avant tout un comportement actif de la part de l'obligé. Au demeurant, ne voir dans celle-ci que l'énoncé d'une obligation négative relative aux biens grevés n'assurerait pas pleinement la fonction qu'elle est censée remplir⁴. Le comportement du grevé pourrait être, en effet, de nature à compromettre la transmission au second gratifié. Pensons, par exemple, aux actes conservatoires que le grevé pourrait, dans cette conception, s'abstenir d'accomplir. Songeons encore à certains actes d'aliénation sur lesquels la résolution n'aurait que peu d'effets. Aussi croyons-nous que la charge de conserver emporte des obligations tant positives que négatives qui s'imposent au premier gratifié de manière instantanée et certaine, et ce malgré l'éventualité des droits du gratifié en seconde ligne.

¹ L'article 1048 du Code civil exige du premier gratifié « de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet » tandis que l'article 1058, alinéa 1^{er}, exclut expressément cette obligation au premier gratifié d'une libéralité résiduelle : « La libéralité résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus ».

² N. Lesourd, « La charge de substitution », *JCP* 1964. I. 1873 ; L. Barbier, « La protection des appelés à restitution en matière de libéralités à charge de rendre », *Gaz. Pal.* 1969. 2. doct. 8. Sur la conciliation de cette situation avec la notion de droit subjectif, voir *supra*. n°154 et s.

³ Sur la question des améliorations réalisées par le grevé, voir *infra* n°513 et s.

⁴ Comp. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., spéc., n°806 p. 1003 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. IV, préc., spéc., n°3913 1241 ; M. Grimaldi, *Successions*, n°368 p. 369 et s.

Cette approche trouve du reste un appui dans les définitions que peuvent avoir le verbe *conserver* et le vocable *conservation* dans le langage courant. Pour Littré, *conserver* peut signifier : préserver de la destruction ; maintenir en état ; ne pas perdre ; en parlant des choses, avoir la propriété de préserver ; ne pas se défaire de, tandis que la *conservation* désigne l'action de conserver, de maintenir intact ou dans un même état, ou bien l'état de ce qui est conservé¹. Ainsi, loin d'être uniquement comprise dans un sens négatif, la conservation s'entend également positivement, ce qui suppose un comportement actif de la part de son débiteur. Cette perception se renforce encore quand on examine la définition juridique de la notion de conservation. Malgré la diversité des utilisations de l'obligation de conservation², le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant définit la conservation comme « l'opération juridique ou (et) matérielle destinée à assurer la sauvegarde d'un droit, d'une chose, d'un patrimoine, etc. »³. L'obligation de conservation repose ce faisant sur l'idée de *sauvegarde*. Or, ainsi qu'on l'a justement relevé, la sauvegarde recouvre deux aspects : c'est d'abord préserver la chose du péril, c'est aussi assurer le maintien de la chose dans son état originaire⁴. Loin de se borner à une attitude purement passive, celui qui est obligé de conserver doit donc avoir un comportement actif.

En conséquence, en dépit de l'éventualité des droits du second gratifié, la charge de conserver commande au grevé une action et une abstention. Précisément, elle impose l'accomplissement de tout acte conservatoire (i) et l'interdiction tout acte de disposition entre vifs (ii).

¹ *Dictionnaire de la langue française*, V° Conserver et conservation. De même, Le Grand Robert de la langue française adopte ces définitions, mais les classent en deux catégories : conserver, c'est d'abord maintenir (qqch.) en bon état, préserver de l'altération, de la destruction, c'est également maintenir présent, intact ; faire durer.

² Voir en ce sens le recensement établi par M. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. P.Catala, LGDJ, 1999, n°46 p. 38 : « Le Code civil en fait des emplois multiples, qu'il s'agisse de conservation des droits (ex. art. 618, 1447. Cpr. l'art. 7), des biens (art. 815-2, 815-13, 815-17, ...), des objets (art. 796), des choses (art. 1136, 1137, ...) ou de leur substance (art. 578), des servitudes (art. 697), du cheptel (art. 1806) ou du gage (art. 2080 [art. 2343]) ; qu'il s'agisse d'obligation de conserver (art. 896, 1880, ...), d'obligation de participer aux dépenses de conservation (art. 1873-11, ...), de remboursement de ces dépenses (art. 815-13, 1381, 1437, 1469, 1947, ...) ou du privilège pour frais de conservation (art. 2102, 3° [art. 2332, 3°] ».

³ V° Conservation. Relevons que Mme Pons-Brunetti définit l'obligation de conservation comme « un lien de droit par lequel un débiteur est tenu à l'égard d'un créancier de maintenir une chose en état en lui administrant des soins et une attention, comme l'aurait fait, dans les mêmes circonstances, un bon père de famille », in *L'obligation de conservation dans les conventions*, préf. Ph. Malinvaud, PUAM, 2003, n°2. A première vue, la définition mérite entière approbation. Il reste que l'auteur, voyant dans l'article 1137 du Code civil le ferment de l'obligation de conservation, lui assigne des traits caractéristiques contestables : quant à sa source, l'obligation ne peut être conventionnelle ; quant à son domaine, l'obligation ne peut porter que sur la chose corporelle d'autrui. On discerne mal, d'abord, ce qui autorise à voir dans l'article 1137 le siège de l'obligation de conservation. Rien n'indique, ensuite, ce que seraient l'obligation de conservation résultant d'un acte unilatéral ou celle portant sur une chose dont on a la propriété. Sur ces critiques, voir C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°619 p. 323-324.

⁴ C. Brenner, *op. cit.*, n°48 et s. p. 39 et s.

i) *Une obligation positive : l'accomplissement d'actes conservatoires*

264. Conserver l'état des biens grevés. – Afin d'assurer la transmission au second gratifié, la charge de conserver impose au premier gratifié une obligation de conserver l'état de la chose. Le second gratifié n'est pas censé prendre les biens dans l'état dans lequel ils se trouvent à la mort du grevé, mais dans leur état au jour de la première libéralité. Ainsi que l'a défini Monsieur Pierre Catala, la notion d'« état » recouvre une réalité juridique et matérielle¹. « *Sous son premier aspect, l'état du bien suppose un recensement des relations juridiques dont le bien considéré est l'objet, principalement des droits réels, accessoirement des rapports de créance [...]. Indépendamment des droits dont il est le siège, le bien a une réalité intrinsèque d'ordre matériel (la protection des droits intellectuels, elle-même, prend appui sur un support tangible). C'est l'aspect physique de l'état, dont la description est familière à tous ceux qui ont la pratique des actes de vente, de louage et des inventaires : superficie et culture des parcelles, vétusté et destination des bâtiments, inventaire des mobiliers (meubles meublants, matériels d'exploitation, stocks), énumération des valeurs mobilières, etc.* »². En somme, « *ressortissent à l'état du bien tous les éléments juridiques et matériels qui influent sur l'appréciation de la chose au moment où l'on y procède* »³. Ainsi comprise, la notion d'état vaut pour toutes sortes de choses, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles⁴.

Partant, la charge de conserver implique que le grevé préserve la consistance du bien, ce qui requiert de sa part toutes diligences conservatoires sur celui-ci⁵. A n'en pas douter, le droit antérieur imposait au grevé l'accomplissement d'actes conservatoires, tels que les diligences nécessaires pour la nomination du tuteur à la substitution⁶, la confection d'un inventaire⁷, la vente des meubles et l'emploi des deniers⁸. Mais les mesures de précaution ainsi prescrites n'auraient eu qu'une faible portée si elles devaient demeurer isolées. Aussi les auteurs exigeaient-ils du grevé qu'il accomplît tous les actes conservatoires, et non pas seulement ceux requis par les textes⁹. Et si, dorénavant, le Code civil n'impose plus ces obligations, cela ne signifie pas qu'elles ne puissent

¹ P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, préf. J. Carbonnier, 3^{ème} éd., Defrénois, 1971, n°28 p. 73 et s.

² *Ibid*, spéc. p. 73-74.

³ *Ibidem*.

⁴ P. Catala, « L'état d'un bien donné exploité sous forme sociale », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 55 et s. ; M. Dagot, « L'état au jour de la donation d'un office de notaire donné », *Defrénois* 1974, art. 30627, p. 593 et s. ; P. Bonduelle, « L'état de l'entreprise donnée », *JCP éd. N* 1992. I. 25.

⁵ Sur la définition de l'acte conservatoire, voir *infra* n°418.

⁶ C. civ., anc. art. 1054 et 1055.

⁷ C. civ., anc. art. 1058.

⁸ C. civ., anc. art. 1065, 1066 et 1072.

⁹ Pothier, *op. cit.*, art. 159, p. 507 ; Laurent, *op. cit.*, t. XIV, n°577 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *op. cit.*, t. II, n°3353 p. 613 ; Ch. Demolombe, *op. cit.*, t. 22, n°567 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, préc., spéc., § 696 p. 351 ; Mérygnac, *Des substitutions permises*, thèse Toulouse, 1900, p. 121 ; Dupuy, *Des substitutions permises*, préc., spéc., p. 122 et s. ; Bouzat, *De la nature juridique du droit du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises*, préc., spéc., p. 135 et s. ; J. Fontaine, *Du mode de transmission des biens dans les substitutions*, thèse Lille, 1935, p. 261 et s. ; Cl. Brenner, *op. cit.*, spéc., n°682 p. 363 et s.

pas être prescrites par le disposant. Bien au contraire, elles sont d'autant plus utiles aujourd'hui que naguère puisque les libéralités graduelles peuvent être consenties en dehors de tout lignage¹.

ii) *Une obligation de ne pas faire : l'interdiction d'accomplir des actes de disposition entre vifs*

265. Distinction entre les actes juridiques et les actes matériels. – La charge de conserver s'oppose à tout ce qui peut infirmer la volonté du disposant, à savoir la transmission future à l'appelé. Aussi interdit-elle au grevé de disposer entre vifs des choses à remettre à l'appelé. Simplement, il est enseigné que cette inaliénabilité n'est qu'éventuelle². Les actes de disposition du grevé sont, dit-on, consentis sous la double condition résolutoire que l'appelé lui survive et qu'il accepte la libéralité. Toutefois, la technique employée – la condition résolutoire – ne permet pas pleinement d'assurer la transmission à l'appelé. Chacun sait que l'éventualité des droits de l'appelé ne doit tenir qu'à sa survie au grevé. En d'autres termes, la seconde transmission n'est nullement subordonnée aux agissements du grevé, de sorte que les actes de ce dernier ne doivent avoir aucune prise sur l'effectivité des droits de l'appelé.

Il en est assurément ainsi pour les actes *juridiques* de disposition³. En vertu de l'adage *resolutio jure dantis resolvitur jus accipientis*⁴, tout se passe comme si les actes de disposition du grevé n'avaient jamais été accomplis⁵. En revanche, la résolution se révèle inefficace pour les actes *matériels* de disposition. La résolution de l'acte de destruction de la chose ne permet pas, en effet, de remettre celle-ci dans l'état dans lequel elle se trouvait avant cet acte⁶. Sans doute un tel acte pourrait-il être sanctionné par l'allocation de dommages-intérêts pour l'appelé⁷ ; mais une telle sanction ne répondrait pas à l'objectif de conservation voulu par le disposant.

¹ Imaginons, par exemple, la désignation d'un conjoint en secondes noces, en qualité de gratifié en première ligne, et les enfants du premier mariage, en qualité de gratifiés de second rang.

² A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, par L. Julliot de La Morandière, préc., spéc., n°1995 p. 1015 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°810 p. 1008 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, spéc. n°3922 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., spéc. n°386 p. 383 et s. De façon plus nuancée, F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc. n°573 p. 463 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., spéc. n°1446, p. 634.

³ J. Flour, J.-L. Aubert, et E. Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, préc., spéc., n°290 p. 213 et s. ; J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., spéc., n°1101 et s., p. 2231 et s.

⁴ Ou encore en vertu de l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

⁵ Orléans, 1^{er} févr. 1876 (anéantissement des droits des créanciers hypothécaires), *DP* 1878. 2. 95 ; *S.* 1976. 2. 112. Sous réserve de l'opposition par les tiers du défaut de publicité s'il s'agit d'un immeuble (C. civ., art. 1049, al. 3) et de la règle « *En fait de meubles, possession vaut titre* », s'il s'agit d'un meuble corporel (C. civ., art. 2279).

⁶ Voir notamment T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n°886 et s. p. 641 et s., spéc. n°946 et s. p. 682 et s.

⁷ Paris, 2 mars 1987, *D.* 1987. IR. 72.

Aussi faut-il faire, croyons-nous, une distinction, au sein des actes de disposition, entre les actes juridiques et les actes matériels¹. Alors que l'interdiction des premiers peut n'être qu'éventuelle, la prohibition des seconds doit être immédiate. En effet, si l'on voit dans la charge de conserver le moyen technique d'éviter que les actes entre vifs du premier gratifié ne compromettent la transmission au gratifié en seconde ligne, il s'avère impérieux de retirer au grevé le droit de disposer matériellement de la chose.

En conséquence, la charge de conserver impose au grevé une double abstention : d'une part, une inaliénabilité juridique conditionnelle, subordonnée à la survie de l'appelé ; d'autre part, une inaliénabilité matérielle instantanée, qui s'impose à lui sa vie durant².

266. Consécration de cette distinction pour les substitutions fidéicommissaires permises. – A cet égard, les libéralités graduelles ne diffèrent pas des anciennes substitutions fidéicommissaires. C'est ainsi que pour Ferrière, l'objet de cette charge était de « *conserver les biens et d'empêcher que l'héritier les dissipe au préjudice de celui au profit de qui la substitution est faite, la volonté du testateur étant que le substitué en jouisse à son tour* »³. Plus près de nous, Bonnacase relevait que « *le terme de substitution a toujours emporté avec la signification d'une opération juridique entraînant pour son bénéficiaire la nécessité de conserver et de rendre dans sa matérialité la chose qui en l'objet* »⁴.

Telle fut du reste la solution posée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 28 février 1925⁵. En l'espèce, le grevé de substitution consentit un bail à ferme et conféra au preneur la faculté d'ouvrir et d'exploiter des carrières de plâtre. Relevant qu'une telle exploitation du domaine n'avait pas été entreprise par le disposant, les juges de la Cour d'appel de Bordeaux firent droit à la demande de l'appelé tendant à la cessation de l'exploitation des carrières : « *Attendu [...] que s'il est généralement admis que la disposition testamentaire confère à ce dernier [le grevé] un droit de propriété lui permettant d'aliéner, d'hypothéquer sous condition résolutoire, si l'on est également d'accord*

¹ D'aucuns pourraient douter de la pertinence du fondement de notre proposition. Telle fut l'opinion de Charles Eisenmann, lequel relevait que les termes « *juridique* » et « *matériel* » ne s'opposent nullement : « *il est en effet quantité d'actes qui ne sont pas juridiques – ni non plus des éléments d'actes juridiques –, et qui cependant ne peuvent pas être qualifiés d'actes matériels* » (*Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, t. 2, p. 187 et s. et 356 et s.). L'objection, néanmoins, pourrait bien être prise à revers. S'il est vrai qu'il n'y a pas d'opposition véritable dans le langage courant entre « *matériel* » et « *juridique* », il en est autrement lorsqu'ils sont appréhendés par la sphère juridique. A tout le moins en est-il ainsi en droit des biens, lequel distingue deux modes de disposition de la chose : la disposition matérielle et la disposition juridique (F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., spéc., n°124 p. 124 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., spéc., n°433 p. 118).

² Au vrai, tout comme l'obligation d'accomplir les actes conservatoires, cette inaliénabilité matérielle s'impose au grevé tant qu'il n'est pas certain que les droits des appelés ne pourront s'ouvrir.

³ Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratiques*, 1759, t. II, v° Substitution.

⁴ J. Bonnacase, *Supp. au Traité théorique et pratique de G. Baudry-Lacantinerie*, Sirey, 1924, t. I, n°186 p. 338 (nous soulignons).

⁵ Cass. civ., 28 févr. 1925, DP 1925, 1. 189, note J. Plassard, S. 1925. 1. 273, note H. Vialleton ; *Rev. crit. lég. et jurispr.* 1925. 17, obs. Morel.

pour reconnaître que ses droits sont, à certains points de vue, plus étendus que ceux d'un usufruitier, il demeure certain que, persistant dans son obligation de conserver et de rendre, il doit s'abstenir de tout acte qui ferait échec au droit incontestable de l'appelé, de recevoir, à l'ouverture de la substitution, tout ce que le grevé, par l'effet du legs, a reçu du testateur »¹. Les hauts magistrats rejetèrent le pourvoi du grevé en constatant, notamment, que « l'exécution de cette entreprise, comportant des extractions sur un vaste espace, entraînait inévitablement une transformation de l'immeuble, qu'il est impossible de l'assimiler à l'exploitation normale d'un domaine agricole ; que le domaine est diminué et déprécié, de telle sorte qu'il ne peut être rendu intégralement à l'appelé au jour de l'ouverture de la substitution ».

En envisageant l'obligation de conserver comme positive et non éventuelle, en lui faisant porter des conséquences immédiates, la jurisprudence procède ainsi à une distinction entre les actes juridiques de disposition et les actes matériels de disposition². La fonction de la charge de conserver commande en effet d'établir cette distinction. Par où l'on voit que l'inaliénabilité qu'impose la charge de conserver n'est pas seulement conditionnelle. Si elle peut l'être pour les actes juridiques de disposition, elle doit être en revanche certaine pour les actes matériels de disposition.

b) Une charge commune à la libéralité graduelle et à la libéralité résiduelle : la charge de transmettre

267. Sens de l'obligation de transmettre. – La charge de transmettre est commune aux libéralités graduelles et résiduelles. L'article 1048 du Code civil impose au premier gratifié d'une libéralité graduelle de « *transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte* » les biens qui forment l'objet de la libéralité, et l'article 1058 prescrit au grevé d'une libéralité résiduelle de « *transmettre les biens subsistants* » à son décès. Ces formules ne doivent pas faire illusion. Il ne faut pas voir dans la charge de transmettre une obligation de donner, qui serait de transférer la propriété. En effet, en vertu de l'article 1051 du Code civil, le second gratifié tient ses droits du disposant, de sorte que, au décès du premier gratifié, la propriété des biens se transmet au second gratifié de façon instantanée, sans le fait actif du premier gratifié, qui n'a pas à réaliser par un legs la transmission déjà arrêtée par le disposant³. Tel est le sens de la maxime *capit a gravante, non a gravato* que nos anciens auteurs employaient pour décrire la situation juridique au jour de

¹ Bordeaux, 7 juill. 1919, sous Cass. civ., 28 févr. 1923, préc.

² Voir en ce sens la note d'Henri Vialleton sous Cass. civ., 28 févr. 1923, préc.

³ L'article 1061 du Code civil précise que les dispositions de l'article 1051 sont applicables aux libéralités résiduelles.

l'ouverture de la substitution¹. C'est donc du disposant, et non du grevé, que le second gratifié reçoit la propriété.

En revanche, à l'égard de la possession, c'est du grevé que le second gratifié la reçoit. A vrai dire, l'assertion est évidente. Si le premier gratifié perd la propriété des biens grevés à son décès, ses ayants cause universels les détiennent encore. Mais cette détention est sans droit. Aussi est-ce une remise de la possession des biens à laquelle le premier gratifié est tenu. C'est en ce sens qu'il convient de comprendre la charge de transmettre : le second gratifié reçoit de la main du premier gratifié, lequel accomplit une simple obligation de restitution². Aussi, s'il n'est pas contestable que l'appelé reçoit du disposant, il n'en est pas moins vrai qu'il ne reçoit de lui que par l'entremise du grevé. Ainsi peut-on comprendre que le droit de l'appelé est ouvert *ut ex nunc*, comme du jour de la mort du grevé, et non pas *ut ex tunc*, comme du jour de la mort du disposant³. Voilà bien ce qui explique qu'il n'est pas nécessaire que l'appelé soit conçu à l'époque de la mort du disposant⁴.

268. Obligation de ne pas léguer. – Corrélativement, la charge de transmettre impose au premier gratifié une obligation d'abstention. La charge de transmettre traduit une prohibition en vertu de laquelle le premier gratifié doit s'abstenir de paralyser la transmission qui s'opère sans son fait. Ainsi, s'il perd la propriété des biens grevés à son décès en cas de survie du second gratifié, cela implique qu'il ne puisse pas en disposer à cause de mort. Autrement dit, outre l'obligation de restituer, la charge de transmettre emporte une autre obligation, celle de ne pas léguer les biens grevés⁵.

269. Conclusion. – En définitive, les libéralités graduelles et résiduelles comportent trois éléments essentiels. Elles constituent une double libéralité successive, dont la seconde n'est censée prendre effet qu'à la mort du premier gratifié, et qui impose à celui-ci une série

¹ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. 5, tit. 3, sect. 3, n°19 ; Ricard, *Traité des substitutions*, 1^{ère} partie, n°100 ; Thevenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, préc., n°631 et s., p. 193 et s. ; Rolland de Villargues, *Des substitutions prohibées*, préc., n°26 et s., p. 30 et s. V. encore Pothier, *Traité des substitutions*, sect. VI, art. 2, n°196 : « Quoique ce soit de la personne du grevé que la propriété et la possession des biens substitués passe en celle du substitué, néanmoins ce n'est pas du grevé mais de l'auteur de la substitution qu'il tient son droit, c'est le testament ou toute autre acte qui contient la substitution qui est le titre d'acquisition du substitué, car c'est en vertu de ce titre que la propriété des biens substitués lui est acquise, lors de l'ouverture de la substitution ».

² Ricard, *op. cit.* ; Pothier, *Traité des substitutions*, préc., sect. IV, art. 2, n°195.

³ Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, préc., n°583, p. 180.

⁴ Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, préc., t. I, n°94, p. 93.

⁵ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1961, D. 1962. 285, note M. Ancel, qui, à propos du *legs de residuo*, souligne que « si, en cas de legs de residuo, le premier légataire institué conserve bien le droit de disposer par acte entre vifs des biens à lui légués, les dispositions testamentaires prises par lui et qui ne doivent recevoir effet qu'après sa mort ne peuvent en règle générale, et sauf indication contraire du disposant, mettre échec à la volonté de ce dernier de voir attribuer au second légataire les biens qui subsisteraient au décès du premier ».

d'obligations envers le second gratifié, dont l'étendue diffère selon qu'il s'agit d'une libéralité graduelle ou résiduelle.

Il est désormais possible de procéder à leur qualification.

B. La qualification de la libéralité graduelle et de la libéralité résiduelle

270. Difficultés à résoudre. – Non sans un paradoxe, il résulte des éléments essentiels de la libéralité graduelle et de la libéralité résiduelle que le premier gratifié est tenu d'une série de charges ayant pour objet de permettre la transmission éventuelle des biens au second gratifié, que les deux gratifiés tiennent leurs droits du disposant, et que le second peut ne pas avoir la capacité juridique d'accepter la libéralité au décès du disposant. Comment expliquer cette figure originale selon laquelle les deux gratifiés sont deux propriétaires successifs sans que le second soit l'ayant cause du premier ? Quelle qualification juridique peut expliquer cette situation ? La difficulté n'est du reste pas nouvelle. De longue date, la qualification des substitutions fidéicommissaires et des libéralités *de residuo* a été discutée. De nombreuses propositions ont été faites par les auteurs sans qu'aucune ne réussisse pleinement à s'imposer, à telle enseigne que l'on a pu douter d'une qualification homogène à leur égard¹. A la veille de la loi du 23 juin 2006, les deux opérations connaissaient d'ailleurs des analyses distinctes. La jurisprudence qualifiait les anciennes substitutions de libéralités avec charges tandis que les libéralités *de residuo* étaient comprises comme des libéralités conditionnelles. À l'instar des auteurs de l'Offre de loi, les rédacteurs de la loi du 23 juin 2006 ont voulu instituer « *la libéralité résiduelle sur le modèle de la libéralité graduelle* »². Leurs éléments essentiels communs commandent en effet une qualification identique. Il reste que la nature juridique de ce « *modèle* » que constitue la libéralité graduelle n'est pas pour autant définie.

271. Plan. – Partant, le meilleur moyen de dissiper ces difficultés est de procéder à une marche d'approche : dire ce que les libéralités graduelles et résiduelles ne sont pas (1) pour arriver par élimination à ce qu'elles sont (2).

¹ Ainsi, à propos des substitutions fidéicommissaires, Mérygnac s'interrogeait : « *Peut-on expliquer par le jeu des principes juridiques, que les actes de disposition consentis par le grevé, propriétaire, tombent lors de l'ouverture de la substitution et restent valables si l'appelé décède avant le grevé ?* » (*Des substitutions permises*, préc., spéc. p. 104). Bartin, quant à lui, insistait sur le caractère anormal du procédé : « *La clause de substitution qui n'est autre que la condition de rendre propriétaire une personne sans devenir son auteur, ne peut s'exécuter que si la loi ne donne point la qualité d'ayant cause à l'appelé, qui reçoit des mains du grevé l'objet de la substitution – ce qui est juridiquement absurde* » (*Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, préc., spéc. p. 21.). Vialleton s'exprimait également en ce sens : « *Il est difficile de caractériser les conséquences très particulières et très complexes qui s'attachent à la substitution, et surtout de les faire entrer dans une construction homogène* » (note S. 1925. 1. 273). De même, Plassard constatait qu'« *il est en réalité extrêmement difficile de donner du mécanisme de la substitution une explication précise, qui soit entièrement suffisante au point de vue logique et rationnel* » (note D. 1928. 2. 9).

² P. Voirin et G. Goubeaux, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, préc., spéc., n° 866, p. 391.

1. Les qualifications exclues

272. Tant qu'elle n'est pas complètement dénouée, la situation créée par le disposant se caractérise par une forte hybridité juridique. On peut, à plusieurs égards, voir dans les libéralités graduelles et résiduelles le jeu d'une double libéralité en usufruit et en nue-propriété (a), d'une double libéralité à terme (b), d'une double libéralité conditionnelle (c), ou encore d'une substitution de personnes (d). Mais aucune de ces qualifications ne s'impose.

a) Le rejet de la qualification de double libéralité en usufruit et en nue-propriété

273. Rejet de la qualification. – Le doute n'est assurément pas permis s'agissant d'une libéralité résiduelle. Le premier gratifié n'étant pas tenu de conserver les biens reçus, il peut à sa guise en disposer entre vifs, ce qui n'est pas l'apanage de l'usufruitier.

L'incertitude demeure en revanche, s'agissant de la libéralité graduelle. En tant que maître des effets compris dans la libéralité, le premier gratifié paraît jouir de tous les attributs d'un propriétaire ; mais ses obligations de conserver et de rendre semblent ruiner, en réalité, cette apparence. Précisément, la seule chose qui soit assurée au premier gratifié est de jouir des biens jusqu'à l'ouverture de la substitution. Cette réserve pourrait conduire certains à refuser de considérer le premier gratifié comme un propriétaire¹. Jean Carbonnier l'avait du reste remarqué, « *pour les ignorants, être propriétaire jusqu'à sa mort ou être usufruitier, cela ne fait pas de différence* »². De là à dire que le premier gratifié n'est qu'un usufruitier et que le second est un nu-propriétaire, il y a un pas qu'on ne saurait cependant franchir. Sans doute, économiquement, le résultat obtenu est-il très voisin de celui produit par une libéralité graduelle³. L'usufruitier, comme le grevé, jouit des biens sa vie durant ; à sa mort, le nu-propriétaire, comme l'appelé, en recueille la libre disposition.

Mais, juridiquement, cette ressemblance ne doit pas faire perdre de vue les différences essentielles qu'il y a entre ces deux genres de dispositions. En premier lieu, l'appelé n'entre dans ses droits que s'il survit au grevé tandis que le nu-propriétaire acquiert définitivement ses droits dès la formation de la libéralité, de sorte qu'il importe peu qu'il précède à l'usufruitier. En deuxième lieu, dans la double libéralité en usufruit et en nue-propriété, il n'y a pas deux libéralités qui se succèdent dans le temps mais deux libéralités qui produisent effet simultanément, de sorte

¹ Voir Trib. civ. Seine, 24 nov. 1921, *Gaz. Pal.* 1922. 1. 151.

² J. Carbonnier, « De la distinction de la substitution prohibée et du double legs en usufruit et nue-propriété », *Deffrénois* 1946, art. 26421, p. 201 et s., spéc. p. 204.

³ Sur ce constat, J. Carbonnier, « De la distinction de la substitution prohibée et du double legs en usufruit et nue-propriété », préc.

que la disposition doit être regardée comme une double attribution immédiate : le premier gratifié recueille l'usufruit, le second la nue-propriété. Partant, si, à la mort de l'usufruitier, la jouissance profite au nu-propriétaire, ce n'est pas par l'effet d'une seconde transmission réglée à l'avance, mais par suite du caractère viager du droit de l'usufruitier. Il n'y a donc pas là deux transmissions séparées par un trait de temps. Ceci explique du reste qu'une telle libéralité ne puisse produire effet que si tous les gratifiés sont nés ou conçus au jour où de la libéralité¹. En troisième lieu, tandis que l'usufruitier est toujours réduit à la jouissance, qui viendra inéluctablement un jour se réunir entre les mains du nu-propriétaire, le grevé a la pleine jouissance des biens substitués, laquelle peut devenir définitive si la substitution ne s'ouvre pas. Autrement dit, si l'usufruitier a un droit de jouissance nécessairement temporaire, le grevé a, quant à lui, vocation à la *plena in re potestas*. Or, cette vocation à la plénitude des utilités de la chose, si mince soit-elle², fait du grevé un propriétaire véritable, tel que l'entend l'article 544 du Code civil³. Ceci explique que, à la différence de l'usufruitier, le grevé puisse consentir tous actes de disposition.

274. Intérêts de la distinction. – Il n'en reste pas moins que la proximité fonctionnelle entre les deux dispositions peut faire douter de la qualification à adopter lorsque les termes employés par le disposant sont ambigus. A cet égard, lorsque les substitutions fidéicommissaires étaient encore prohibées, la jurisprudence a pu sauver nombre de dispositions en interprétant celles-ci comme constituant des libéralités en usufruit et en nue-propriété⁴. Mais cette interprétation de volonté « *plus ou moins divinatoire* »⁵ était de nature à mettre en échec tout effort de distinction entre les deux opérations⁶. A n'en pas douter, la libéralisation des libéralités graduelles opérée par la loi

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 1956, *Bull. civ.* 1956, n° 396.

² Afin de prévenir les conséquences du prédécès ou de la renonciation du second gratifié, l'article 1056 du Code civil permet au disposant de désigner un second bénéficiaire de remplacement. Par là, c'est la vocation à *plena in re potestas* du grevé qui est atteinte. Mais quand bien même cette vocation serait réduite, et confinerait en pratique à l'illusion, elle existe toujours.

³ De même, si l'usufruit qui abuse de sa jouissance peut être, d'après l'article 618, déclaré déchu de son droit, il n'en est pas ainsi du grevé qui aurait commis une semblable faute. On aboutirait à des conséquences inadmissibles : le droit de jouissance serait dévolu aux appelés, alors que leur droit n'est qu'éventuel et, suivant les événements, peut même ne pas s'ouvrir.

⁴ Cass. req., 20 mai 1922, *Gaz. Pal.* 1922. 2. 274 ; Cass. req., 22 fév. 1944, *JCP* 1944. II. 2623 (« *je déclare vouloir laisser tout ce que je possède à mon mari ; après sa mort, mes biens devront revenir à mon neveu ainsi qu'à ma nièce* ») ; Angers, 29 mai 1950, *JCP* 1950. II. 5597, note P. Voirin ; Paris, 31 mai 1983, *D.* 1985. 74, note Prévault ; TGI Paris, 9 nov. 1981, *JCP* 1983. II. 20071, note Ph. Rémy. Comp. toutefois Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1958, *JCP* 1959. II. 11136, 2^{ème} espèce, note P. Voirin.

⁵ M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°379, p. 359.

⁶ Comp. Rolland de Villargues qui, dès 1833, s'exprimait ainsi : « *A cet égard, la difficulté consistera à savoir si le prétendu usufruitier, après la mort duquel le nu-propriétaire devrait jouir, n'est pas, dans la réalité, gratifié lui-même de la propriété et si elle ne doit pas d'abord reposer sur sa tête avant qu'elle aille se fixer sur celle du prétendu nu-propriétaire* » (n°278). Et après avoir démontré qu'il faut se mettre en garde contre les « *tournures frauduleuses des actes* », il concluait : « *Qu'il y aurait substitution, s'il résultait manifestement de l'acte que, sous l'apparence d'un legs d'usufruit, le testateur a réellement donné la propriété en première ligne à celui qu'il a simplement qualifié d'usufruitier* » (n°283).

du 23 juin 2006 est susceptible d'inciter les juges à une plus grande orthodoxie en matière d'interprétation.

Sous cet aspect, la libéralité graduelle et la double libéralité en usufruit et en nue-propiété constituent désormais deux espèces de libéralités à trois personnes permettant d'atteindre des buts semblables. Et la concurrence entre ces deux formes de dispositions permet d'accuser leurs différences techniques¹. De ce fait, si le disposant veut gratifier des personnes non encore conçues, il doit employer la technique de la libéralité graduelle ; s'il veut s'assurer que la transmission de la jouissance du bien se réalisera au décès du premier gratifié, il lui faut au contraire emprunter le support de la double libéralité en usufruit et en nue-propiété, puisque l'ouverture de la substitution est subordonnée à la condition survie du second gratifié ; s'il projette de transmettre la jouissance du bien sur plusieurs générations, c'est encore la technique de la double libéralité en usufruit et en nue-propiété, assortie d'une clause d'usufruit successif, qu'il faut privilégier dans la mesure où il ne lui est pas permis d'instituer plusieurs grevés successifs².

b) Le rejet de la qualification de double libéralité à terme

275. Exposé de la qualification. – En suivant les mêmes raisons ayant pu conduire à envisager la double libéralité en usufruit et en nue-propiété, on pourrait proposer de qualifier la libéralité graduelle et la libéralité résiduelle de double libéralité à terme³. A l'instar de celle-ci, celle-là a le mérite d'expliquer le fait que l'appelé tient ses droits du disposant et non du grevé⁴. En effet, la transmission des choses qui se ferait entre le grevé et l'appelé ne serait qu'une simple remise de possession ; il n'y aurait que délivrance et non pas transfert de propriété, celui-ci étant accompli entre le disposant et l'appelé. Mais, à la différence de la double libéralité en usufruit et

¹ Voir S. Godechot, *JCl. Civil Code*, Art. 896 à 899, fasc. unique, janv. 2009, n°76.

Sur la comparaison des deux opérations du point de vue de la fiscalité, voir *infra* n°389.

² C. civ., art. 1053, al. 1^{er}.

³ En faveur de cette analyse pour les substitutions fidéicommissaires, J.-F. Barbieri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels. Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, thèse Toulouse, 1977, p. 454 et s., spéc. p. 456. Pour expliquer la conservation de ses droits par le grevé en cas d'inefficacité de la libéralité faite à l'appelé, l'auteur fait appel à la notion de terme : il n'y aurait « *qu'un seul transfert, celui qu'effectue le disposant, puisque l'appelé et le grevé tiennent leur droit du même auteur, et puisque l'appelé n'est pas l'ayant-cause du grevé, leur relation étant purement matérielle ; mais cette transmission unique entre trois personnes se décompose en deux périodes : le droit qui fait l'objet de la substitution est transmis au grevé à terme extinctif et à l'appel à terme suspensif ; le décès du grevé, terme extinctif pour celui-ci et suspensif pour l'appelé, forme la charnière de l'opération : le gratifiant a ainsi, en un seul et même acte, découpé son droit dans le temps, en affectant la première période au grevé et la suivante à l'appelé* ».

Cette conception fut défendue également pour analyser le legs *de residuo* : Baudry-Lacantinerie et Colin, *Les donations et testaments*, t. II, 1905, n°3104 et 3105 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XIV, n°484 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VI, 1894, n°22. Voir aussi M. Ancel, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1961, D. 1962. 285. Voir M. Bouteille, *op. cit.*, n°218 et s.

⁴ C. civ., art. 1051.

en nue-propiété, la qualification de double libéralité à terme aurait la vertu de décrire le double transfert de propriété de la libéralité graduelle : le grevé aurait une propriété à terme extinctif, l'appelé une propriété à terme suspensif. Par là, elle permettrait d'expliquer le pouvoir de disposition dont jouit le grevé. De même, le caractère extinctif du droit du grevé suffirait à expliquer l'obligation de conserver et de rendre : les droits du grevé s'éteignant à son décès, l'appelé doit pouvoir recevoir le bien, objet de la libéralité, net de tous droits antérieurs¹.

276. Rejet de la qualification. – Cette analyse ne doit cependant pas échapper à la critique². Le terme extinctif, on l'a dit, est une modalité qui a pour effet de mettre fin à une obligation, ce qui suppose qu'elle s'exécute dans le temps³. Or, en l'occurrence, de quelle obligation s'agirait-il ? On peine sérieusement à la découvrir puisque la seule obligation dont il est question est celle du disposant de transférer la propriété, laquelle s'est éteinte aussitôt qu'elle a été exécutée. En réalité, le terme extinctif et l'obligation de transférer la propriété sont inconciliables et, par conséquent, c'est la notion même de propriété à terme extinctif qui paraît impossible.

Au-delà, si l'on devait admettre une telle figure juridique, il n'en demeurerait pas moins qu'elle ne rendrait pas compte de la situation juridique respective du grevé et de l'appelé. D'une part, dans la propriété à terme suspensif, l'existence du droit est certaine, son exécution seule est future⁴. Appliquée à notre étude, cela signifie que seule la mort du grevé joue le rôle d'éventualité : si on ne sait quand cet événement arrivera, on est sûr au moins qu'il arrivera tôt ou tard. Tel un fiduciaire, le grevé serait ce faisant un propriétaire *ad tempus*⁵ : propriétaire sa vie

¹ Il ne s'agit ici que de l'application de la maxime *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

² Voir notamment D. Zisu, *Des fidéicommiss et des substitutions*, thèse, Paris, 1893, p. 173 et s. ; J. Fontaine, *Du mode de transmission des biens dans les substitutions*, thèse, Lille, 1935, p. 107 et s. ; R. Bruant, *De la condition des biens grevés de substitution permise*, thèse Paris, 1938, p. 165 et s.

³ Voir *supra* n°85 et s.

⁴ Sur la question de savoir si la notion de propriété à terme est concevable, voir *supra* n°85 et s.

⁵ Certains auteurs ont expliqué la substitution par la théorie de la propriété *ad tempus*, mais sans recourir à la notion de terme. Le plus illustre représentant de cette théorie fut Demolombe. L'éminent auteur s'exprimait ainsi : « Non la propriété du grevé n'est pas résoluble dans la vérité juridique des termes, c'est tout simplement une propriété *ad tempus* qui finit, qui meurt lorsque la substitution vient à s'ouvrir, mais qui n'est pas résolue ; elle finit, dis-je, donc elle a duré ; elle meurt, donc elle a vécu. Le droit du grevé, en un mot, si j'osais m'exprimer ainsi, a fait son temps » (in *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, préc., n°94, p. 94). Il reste qu'il s'agit là d'une propriété *ad tempus* fort singulière, car, dans cette conception, l'appelé recueille les biens substitués dans la succession du grevé, à titre d'héritier. Ainsi Demolombe explique : « quand le droit de l'appelé s'ouvre et commence, il lui [le grevé] succède, et il le continue comme un héritier succède aux droits de son auteur et le continue ; mais il ne l'efface pas et ne le résout pas plus que le droit naissant de l'héritier n'efface et ne résout le droit éteint de son auteur décédé » (*ibid* ; voir dans le même sens A. Nivard, *Du contrat de gage en Droit Romain et des substitutions prohibées dans leurs origines coutumières et sous le Code Napoléon*, thèse Paris, 1867, p. 51 et s. ; P. Lacouture, *Nature du droit du grevé et du droit de l'appelé dans les substitutions permises*, thèse, Paris, 1869, p. 159 et s. ; H. Roche, *Théories modernes de la jurisprudence sur les substitutions prohibées*, thèse, Paris, 1905, p. 78 et s. ; A. M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. IV, 2^{ème} éd., 1884, par E. Colmet de Santerre, n°211 bis, p. 414 ; E. Nacquet, note sous Cass. civ., 10 juin 1918, S. 1922. 1. 25, spéc. p. 26, 3^{ème} colonne ; R. Cassin, « Les libéralités à caractère familial en France », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 115 et s., spéc. p. 129). Or, si les biens substitués sont transmis par voie de succession, il faut accepter qu'ils soient transmis tels qu'ils existent dans le patrimoine du grevé à son décès. Partant, dire que le droit du grevé est un droit de propriété *ad tempus* transmissible à l'appelé par voie de succession

durant, il perdrait sa propriété au profit de l'appelé ou de ses héritiers à l'échéance du terme, à savoir à sa mort. Aussi la théorie du terme transforme-t-elle le droit éventuel de l'appelé en un droit certain, et retire corrélativement au grevé l'espérance que lui donne la libéralité graduelle. Or, loin d'être voué à une extinction certaine, le droit du grevé n'est que menacé : il a des chances de se consolider définitivement sur sa tête si l'appelé ne lui survit pas. D'autre part, la technique du terme investit l'appelé d'une créance à terme, ce qui postule qu'il soit capable dès le jour où elle naît. De sorte qu'elle n'explique pas que l'appelé puisse ne pas être conçu au décès du disposant.

Par où l'on voit que la libéralité graduelle et la libéralité résiduelle réalisent, non pas une double libéralité, dont la mort du grevé – évènement futur et certain – serait le terme extinctif des droits du grevé et le terme suspensif des droits de l'appelé, mais une double libéralité dont l'existence de la seconde est subordonnée à la survenance d'un évènement futur et incertain, à savoir la survie de l'appelé au grevé. Aussi comprend-on, du reste, que la qualification de double libéralité conditionnelle ait rencontré un plus vif succès que celle de double libéralité à terme¹.

c) Le rejet de la qualification de double libéralité conditionnelle

277. Présentation. – L'explication de la clause graduelle et de la clause résiduelle par l'idée de condition forme un tout indivisible : si le droit de l'appelé est affecté d'une condition suspensive, le droit du grevé est nécessairement affecté de la condition résolutoire correspondante. Tous deux sont solidaires d'un même évènement : la survie du second gratifié au premier. Il est usuel de faire appel à la rétroactivité pour caractériser les effets de la défaillance ou de l'accomplissement de la condition². La rétroactivité n'est cependant pas de l'essence de la condition. De sorte que les parties peuvent librement écarter la règle de la rétroactivité de la

constitue une incohérence. Au-delà, cette analyse fait fi de l'obligation de conservation à la charge du grevé puisque, en voyant dans l'appelé un successeur du grevé, on est conduit à dire que l'appelé recueille les biens au décès du grevé, diminués de tous les droits que celui-ci a conférés à des tiers.

¹ La jurisprudence a employé à deux reprises l'expression de propriété *ad tempus* : Cass. req., 12 févr. 1896, *S.* 1896. 1. 305, note Ch. Lyon-Caen ; *D.* 1896. 1. 546 : « *Attendu que c'est sur leur tête (les personnes morales gratifiées) que doit reposer successivement la propriété ad tempus des biens légués, que chaque société ne peut donc être considérée pendant toute la durée de son existence que comme un propriétaire intérimaire, un gratifié revêtu de tous les caractères de grevé de substitution* » ; Limoges, 27 févr. 1900, *D.* 1902. 2. 281 : « *Que la propriété du légataire conditionnel est une propriété résoluble, tandis que celle de grevé est une propriété ad tempus* ». Il est cependant difficile d'y voir l'adoption de cette théorie. Il s'agit bien plus d'une description de la situation générée par la substitution fidéicommissaire. Telle était du reste le constat fait par Baudry-Lacantinerie et Colin, in *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3075, p. 501 : « *en disant que le grevé est propriétaire ad tempus des biens substitués, on constate sans doute le mécanisme de la substitution, mais il est difficile de croire qu'on en donne l'explication juridique* ». Voir également H. Vialeton, note sous Cass. civ., 28 févr. 1923, *S.* 1925. 1. 273, spéc. 2^{ème} colonne.

² C. civ., art. 1178.

condition accomplie¹. Il reste que, rétroactive (i) ou non (ii), la condition est insusceptible de qualifier les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles.

i) Hypothèse de la condition rétroactive

278. Exposé de la qualification. – Dans cette hypothèse, le jeu de condition fait qu'il existe deux libéralités parallèles ; mais l'une est sous condition résolutoire, et doit être considérée comme non avenue si l'évènement arrive ; l'autre est sous condition suspensive, et se trouve subordonnée à l'arrivée de ce même évènement. Telle a été, pendant un temps, l'analyse retenue par la jurisprudence pour les substitutions fidéicommissaires², et telle est encore sa position pour le legs *de residuo*³.

Sans doute ce mécanisme permet-il d'expliquer certains effets des libéralités graduelles et des libéralités résiduelles. Ainsi, comme l'énonce l'article 1051 du Code civil, le second gratifié est l'ayant cause du disposant. De même, la rétroactivité de la condition consolide les actes éventuellement accomplis par le second gratifié avant l'ouverture de ses droits. De même encore, par le jeu de la rétroactivité de la condition, les aliénations du premier gratifié d'une libéralité graduelle sont-elles frappées d'inopposabilité en cas de survie du second gratifié puisque, après l'ouverture de ses droits, le second gratifié est fondé à opposer la résolution des droits du premier gratifié aux tiers qui ont acquis, de son chef, des droits sur les biens qui forment l'objet de la libéralité ; et c'est ainsi qu'il peut évincer les tiers qui auraient acquis ces biens de lui.

279. Rejet de la qualification. – Il n'en demeure pas moins que cette qualification méconnaît certains éléments essentiels de l'opération et dénature l'institution⁴. Une fois la

¹ Cass. req., 10 févr. 1925, *S.* 1925. 1. 61 ; *Gaz. Pal.* 1925. 1.763 ; Cass. civ., 29 avr. 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 2, p. 85 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 févr. 1966, *Bull. civ.* I, n°121 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 avr. 1970, *JCP* 1971. II. 16674, note Mourgeon.

² Cass. req., 18 mars 1884, *D.* 1884. 345 ; Cass. civ. 6 mars 1912, *S.* 1914. 1. 399 ; Cass. Req., 5 juin 1918, *D.* 1919. 1. 91 ; Cass. civ. 10 juin 1918, *S.* 1922. 1. 25, note E. Nacquet ; Amiens, 6 déc. 1892, *D.* 1893. 2. 129 ; Paris, 14 janv. 1926, *D.* 1928. 2. 9, note J. Plassard. Telle était l'opinion défendue par certains auteurs : E. Lambert, *De l'exhérédation*, n°786 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., t. VII, préc., § 696, p. 273 ; de manière plus nuancée, A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, par L. Julliot de la Morandière, préc., n°1995, p. 1015 et s.

³ Cass. com., 21 oct. 1969, *Gaz. Pal.* 1970. 1. 12 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1971, *D.* 1972. 133, note Breton ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *Bull. civ.* I, n°80 ; *D.* 2005. 1674, note C. Brenner ; *AJ. fam.* 2005. 235, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2005, comm. 85, note B. Beignier ; *Les Petites Aff.* 9 janv. 2006, note J.-P. Couturier. En doctrine, voir notamment Blancher, note *Gaz. Pal.* 1970. 1. 12 ; Cozian, note *JCP* 1970. 2. 16518 ; Breton, *D.* 1972. 133.

⁴ Voir en ce sens H. Mérygnac, *Des substitutions permises*, préc., spéc. p. 21 et 106 ; R. Dupuy, *Des substitutions permises*, préc., spéc. p. 28 et 105 ; R. Tuloup, *Le double legs conditionnel alternatif et la substitution prohibée*, thèse, Paris, 1910, p. 22 ; P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 62 et s. ; R. Bruant, *De la condition des biens grevés de substitution permise*, préc., p.159 et s. ; J.-J. Taisne, *op. cit.*, n°359, p. 498 ; A. Tissier, « Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées », *RTD civ.* 1903. 743 et s., spéc. p. 766-767. Adde G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3072 et s., p. 499 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de*

condition accomplie, seul le second gratifié est censé avoir été gratifié. On fait ainsi fi de l'existence de deux libéralités successives, du *tractus temporis* essentiel à l'institution. En outre, la qualification de double libéralité soumise à une condition rétroactive aboutit à une impossibilité juridique en cas de non-conception du second gratifié au décès du disposant. Si l'on efface rétroactivement la propriété du premier gratifié, sur quelle tête aura reposé la propriété des biens qui forment l'objet de la libéralité dans l'intervalle qui va de la mort du disposant à la conception du second gratifié ?

Enfin, et surtout, les libéralités graduelles et résiduelles impliquent deux transmissions successives venant, non à défaut l'une de l'autre, mais l'une après l'autre ; dans la double disposition conditionnelle, grâce à l'effet rétroactif de la condition, il n'y a qu'une seule transmission.

ii) Hypothèse de la condition non rétroactive

280. Exposé de la qualification. – Si la condition opère sans rétroactivité, la propriété du grevé n'est pas effacée *ex tunc*, mais *ex nunc*, c'est-à-dire qu'elle n'est pas effacée dans le passé, mais qu'elle vient à cesser simplement pour l'avenir, lors de l'ouverture du droit de l'appelé¹. Dans cette optique, les reproches faits à l'analyse de la condition rétroactive sont écartés. D'une

droit civil, t. III, avec la collaboration de G. Ripert, préc., n°3320, p. 963 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV, 2^{ème} vol., 4^{ème} éd., par A. Breton, préc., n°1438, p. 650 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les successions et les libéralités*, préc., n°661, p. 493 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°502, p. 327 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°576, p. 465 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°386, p. 364.

¹ Bartin, qui analysait la clause de substitution comme une condition impossible, considérait, quant à lui, que la propriété du grevé cessait au jour de la naissance de l'appelé : « supposons pour un instant que cette clause (substitution considérée comme une disposition conditionnelle où l'appelé n'est pas conçu) soit valable et que l'appelé vienne prendre dans la succession du grevé l'objet de la substitution. Il n'est certainement pas l'ayant cause de ce dernier, il tient ses droits du disposant. Mais dans l'intervalle du temps qui s'est écoulé entre la mort de celui-ci et la naissance de l'appelé, sur quelle tête a reposé la propriété du bien substitué ? Ce n'est pas sur celle du disposant, il était mort. Ce n'est pas sur celle de l'appelé, il n'était pas né. C'est donc sur celle du grevé. Le grevé est devenu propriétaire après la mort du disposant : il l'est resté après la naissance de l'appelé, c'est vrai ; mais à partir de ce moment, on a pu envisager son droit, comme affecté, par la clause de la substitution, d'une condition résolutoire au profit de l'appelé, condition dont l'effet doit rétroagir au jour de la naissance de l'appelé. Mais cet effet rétroactif s'arrête à cette date. Impossible de le prolonger dans le passé, jusqu'au jour de la mort du disposant, de telle sorte que l'appelé soit réputé avoir été propriétaire dès cette époque. Cela est impossible puisqu'à cette époque, l'appelé n'était pas né. Donc le grevé a été nécessairement propriétaire dans la pleine acception du mot, pendant tout le temps qui sépare la mort du disposant de la naissance de l'appelé. Mais, s'il a été propriétaire, l'appelé devient son ayant cause au moins pendant cette époque, par l'application inéluctable des principes généraux. Donc, le vœu du disposant qui était de le gratifier par l'intermédiaire du grevé, sans le rendre son ayant cause, était contradictoire, et partant impossible à remplir, aussi impossible que la condition d'accomplir un acte juridique valable en dehors des lois de sa validité, car il s'analysait en cette volonté : faire abstraction de la personne du grevé et rendre directement propriétaire l'appelé qui n'existait pas – ou bien, tenir compte du grevé et faire rétroagir après la naissance de l'appelé, c'est-à-dire dans le vide, la condition résolutoire qui affectait le droit du grevé » (in *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, préc., spéc. p. 18-19).

De cette analyse doit être rapprochée celle proposée par Théophile Huc (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1894, t. VI, n°17) d'après laquelle l'ouverture de la substitution doit être assimilée à la perte de la chose. En ce sens, le grevé est un propriétaire pur et simple, mais son droit est susceptible d'être anéanti par les chances ordinaires d'extinction qui peuvent se réaliser, telle que la perte de la chose : « En cas de substitution, le disposant est autorisé par la loi à ajouter à ces chances ordinaires destructives de la propriété une chance nouvelle, purement artificielle, devant produire le même effet et résultant de l'ouverture d'une substitution. De même que si la chose périt, la propriété s'éteint sans qu'il y ait à se préoccuper d'un effet rétroactif quelconque, de même, quand la substitution s'ouvre, la propriété s'éteint à l'égard du grevé sans qu'il ait à se préoccuper davantage d'un effet rétroactif quelconque ; il y a eu perte juridique de la propriété comme il y aurait perte matérielle ».

part, au cas de dénouement par la survie de l'appelé, l'opération réalise bien deux libéralités successives ; d'autre part, l'intervalle qui pourrait exister entre la mort du disposant et la conception de l'appelé se trouve comblé par la propriété du grevé, de sorte qu'aucune solution de continuité n'est constatée.

Cette analyse reçoit d'ailleurs un renfort de poids avec l'Ancien droit¹. Nos anciens auteurs appliquaient aux legs conditionnels des règles analogues à celles des substitutions : ils ne considéraient pas que le droit du légataire sous condition suspensive de sa survie au légataire sous condition résolutoire eût un effet rétroactif au décès du disposant. Ainsi, admettant largement les substitutions fidéicommissaires, l'Ancien droit avait été amené à confondre avec elles les legs sous condition résolutoire ; on ne se préoccupait pas de faire une distinction dont l'intérêt n'existait pas. Et, du reste, cette assimilation fut poursuivie après que le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires eut été posé par le Code civil ; non plus parce qu'il n'y avait pas d'intérêt à les distinguer, mais au contraire parce qu'il était utile de les confondre. En effet, afin de tourner cette interdiction, nombre de dispositions étaient qualifiées de double libéralité conditionnelle. Et seules demeuraient prohibées les dispositions adressées aux personnes futures que le mécanisme de la condition ne pouvait sauver². De ce qu'on a jadis confondu les substitutions fidéicommissaires et les legs conditionnels, ne faut-il pas aujourd'hui avoir la même analyse dès lors que les unes et les autres sont désormais permises ?

Il est vrai qu'existe une certaine ressemblance de fait entre les résultats des libéralités graduelles et résiduelles et ceux des doubles libéralités conditionnelles, lorsque l'une est sous condition résolutoire l'autre sous condition suspensive, et que l'évènement conditionnel envisagé est de nature à se réaliser au décès du premier gratifié sans rétroactivité³.

¹ M. Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, préc., spéc. n°580 et s., p. 180 et s. ; Pothier, sect. 6, art. 2, § 1, n°4 ; Denisart, Coll. de décisions nouv., v° *Substitutions fidéicommissaires* ; Prévot de la Jannès, *Principes de droit français*, t. I, p. 168. *Contra.* toutefois Furgole, *Commentaire de l'ordonnance de Louis XV sur les substitutions d'août 1747*. Comp. Rolland de Villargues, *op. cit.*, n°44, 57, 76 et s. ; Duranton, *op. cit.*, t. VIII, n°78.

² Sur ce constat, voir notamment Labbé (note S. 1874. 1. 5) : « *Quand on parle de la condition de survie de l'appelé au grevé, pour exprimer l'éventualité qui est de l'essence de la substitution, on ne dit pas assez. L'appelé peut n'avoir pas été conçu avant le décès de l'auteur de la disposition ; celui-ci aura fait une libéralité à une personne qu'il ne connaissait pas, qui n'a pas été son contemporain. Au contraire, lorsque le testateur distribue tous ses biens entre ceux qui l'ont touché dans la vie, il ne rencontre plus comme un obstacle l'article 896* ». Adde E. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris, 1895, § 811, p. 590 : « *L'article 896 disparu, on demeurait en présence de l'article 906. Adressés à des personnes capables et existantes au décès du testateur, les legs conditionnels étaient toujours valables ; ils ne devenaient nuls que dans le cas où ils étaient faits au profit de personnes futures* ».

³ En faveur de cette analyse au sujet des substitutions fidéicommissaires, voir A. Nivard, *Du contrat de gage en Droit Romain et des substitutions prohibées dans leurs origines coutumières et sous le Code Napoléon*, thèse Paris, 1867, p. 51 et s. ; P. Lacouture, *Nature du droit du grevé et du droit de l'appelé dans les substitutions permises*, thèse Pairs, 1869, p. 159 et s. ; Th. Mémin, *Essai d'une théorie sur les substitutions fidéicommissaires : de la nécessité de supprimer l'article 896 du Code civil*, Paris, 1891, p. 39 et s. ; H. de Piolenc, *Etude critique sur la prohibition des substitutions*, thèse Paris, 1903, p. 85 et s. ; L. Michel, note sous Cass. civ., 10 nov. 1896, DP 1899. 1. 209.

281. Rejet de la qualification. – Mais, ici encore, la parenté entre les deux opérations n'est pas synonyme d'identité. D'abord, il est contestable de considérer que la condition de survie du second gratifié sur laquelle repose l'institution des libéralités graduelles et résiduelles soit une condition au sens technique du terme. Simple élément adventice, la condition n'affecte que l'efficacité d'un acte en lui-même parfait¹. La condition accomplie vient seulement s'adjoindre à un acte juridique qui était légalement, à lui seul, susceptible de déployer tous ses effets juridiques. Aussi, « *lorsqu'une convention ou une disposition suppose nécessairement l'existence ou la réalisation ultérieure d'un certain fait, cette subordination de l'obligation à un évènement futur et incertain n'est néanmoins pas une condition au sens technique du mot* »². Et tel est le cas d'une libéralité graduelle ou d'une libéralité résiduelle dont l'ordre des décès entre le grevé et l'appelé est de l'essence de l'opération. Loin d'être un simple évènement extérieur, la survie du second gratifié est, en réalité, un évènement intrinsèquement nécessaire aux mécanismes graduel et résiduel³. La condition de survie n'est plus alors une modalité de la libéralité, mais fait partie intégrante de la structure de celle-ci. A l'appui de cette analyse, les règles relatives aux conditions de formation des libéralités graduelles et des libéralités résiduelles offrent un argument de poids. Par dérogation au droit commun des donations entre vifs, spécialement l'article 932 qui prescrit une acceptation du vivant du donateur, l'article 1055, alinéa 2, du Code civil dispose que « *la donation graduelle peut être acceptée par le second gratifié après le décès du donateur* »⁴. La dérogation est commandée par l'esprit de l'institution, à savoir transmettre de seconde main à des personnes qui peuvent ne pas avoir été conçues avant la mort du disposant. Dans cette perspective, il faut, mais il suffit, que le second gratifié soit capable d'accepter la libéralité au décès du premier gratifié. D'un point de vue de technique juridique, cette singularité ne s'avère guère compatible avec le mécanisme conditionnel. En effet, dans le cadre d'une double libéralité conditionnelle, chacune réunit dès sa conclusion ses composantes essentielles. La libéralité ne peut donc bénéficier au second gratifié que dans les conditions où

¹ R. Demogue, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905. 723 et s., spéc. p. 725 : « *Il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat si l'on peut dire, et que par un lien artificiel on a rattaché à la convention* » (nous soulignons).

² Y. Hannequart, « La condition », in *Les Nouvelles, Corpus Juris Belgici*, p. 342 et s., spéc. n°38. voir dans le même sens H. Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n°17 et s. ; J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°341 et s. ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préc., n°130 et s., p. 85 et s. ; H. Chausse, « De la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. crit. de lég. et de jurisp.* 1900. 529 et s., spéc. p. 538 ; Ph. Derouin, « Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition », *RTD civ.* 1978. 1 et s., spéc. n°79 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations*, t. II, préc., n°745 et s. ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, préc., § 302, note 2, p. 88 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, *op. cit.*, n°1024 et s.

³ Voir en ce sens à propos des substitutions fidéicommissaires J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., qui conclut que la survie de l'appelé est « *une exigence logique, inéluctable [faisant] figure de "condition nécessaire"* » (n°356, p. 495) ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., pour qui « *la survie du second au premier n'est pas un évènement extérieur qui viendrait se greffer en modalité sur une disposition en elle-même parfaite, mais partie intégrante du mécanisme de la substitution* » (n°456, p. 236).

⁴ L'article 1061 dispose que les dispositions de l'article 1055 sont applicables aux libéralités résiduelles.

peuvent être formés une donation ou un legs ordinaires, ce qui suppose, notamment, que le donataire ait la capacité d'accepter la donation avant le trépas du donateur et que le légataire l'ait dès ce moment. Dès lors, l'incapacité de l'appelé ou son prédécès ne peuvent être considérés que comme une cause de caducité de la libéralité, et non pas comme une condition résolutoire. Aussi bien faut-il admettre que la condition de survie du second gratifié participe de la structure même de la libéralité graduelle ou résiduelle, ce qui conduit à l'exclusion de la qualification de condition.

Ensuite, un autre élément fondamental propre aux libéralités graduelles fait défaut dans les doubles libéralités conditionnelles, à savoir la double charge de conserver et de rendre¹. Cette dernière, on le sait, a pour fonction d'assurer la transmission intégrale du premier gratifié au second du bien, objet de la libéralité graduelle. Ainsi s'explique que le second gratifié d'une libéralité graduelle ait le droit d'intervenir contre le premier gratifié, si celui-ci par sa gestion compromet l'exécution de la charge. Il n'en est pas ainsi dans une double libéralité conditionnelle. Il n'est pas admis, en effet, que celui dont les droits sont subordonnés à l'évènement d'une condition suspensive, puisse contrôler ou critiquer *pendente conditione* les actes de celui dont les droits sont sous condition résolutoire, alors même que lesdits actes seraient de nature à menacer ses droits². Tout au plus peut-il accomplir des actes conservatoires. Tant que la condition est pendante, le propriétaire sous condition résolutoire jouit donc de la chose comme le ferait un propriétaire pur et simple, de sorte qu'il n'est possible de déduire aucune limitation actuelle de son droit de jouissance³. Où l'on voit que, en raison de l'existence de la double charge de conserver et de rendre, l'indépendance respective des droits du grevé et de l'appelé d'une libéralité graduelle est moindre et le pouvoir de contrôle de l'un sur l'autre plus important que dans une double libéralité conditionnelle.

¹ P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 231 et s. ; M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., n°205 et s., p. 115 et s.

² G. Baudry Lacantinerie et L. Barde, *Obligations*, t. II, préc., n°840 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, préc., p. 164.

³ L'affirmation est cependant contestée par certains auteurs. Certains ont pu soutenir que le propriétaire sous condition résolutoire serait tenu d'une obligation de conservation de la chose au profit du bénéficiaire sous condition suspensive au motif que l'article 1182 du Code civil autorise le créancier à résoudre l'obligation ou exiger la chose en l'état où elle se trouve au moment de la réalisation de la condition et à réclamer des dommages et intérêts lorsque la chose s'est détériorée par sa faute (C. Pons-Brunetti, *L'obligation de conservation dans les obligations*, préc., n°192-193). Certes, le jeu des conditions impose au titulaire du droit résolu qu'il restitue à l'identique, dans son état initial, le bien sur lequel il exerçait son droit, mais on ne saurait le considérer comme débiteur d'une obligation de conservation, au sens technique du terme, puisque le créancier ne peut critiquer ses actes *pendante conditione*. Tout au plus, durant cette période d'attente, peut-il prendre des mesures conservatoires de ses droits. En réalité, loin de constituer une obligation de conservation, l'exigence posée à l'article 1182 du Code civil n'est qu'une application de la théorie des restitutions (C. Brenner, *L'actes conservatoire*, préc., n°681, p. 363). Au-delà on ne saurait invoquer les dispositions de l'article 1178 du Code civil pour soutenir que le gratifié sous condition résolutoire est tenu d'une obligation envers le gratifié sous condition suspensive. On ne doit voir ici que l'exigence de bonne foi qui s'impose au gratifié sous condition résolutoire. Or, cette exigence n'est en rien une « obligation contractuelle au sens technique que ce terme revêt dans la responsabilité contractuelle » (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, spéc. n°177, p. 165). Elle n'est qu'« un impératif de civilité et de loyauté régissant tout un chacun en société » (*ibid*), et se range donc « explicitement du côté des devoirs sociaux » (*Ibid*, spéc. n°154, p. 139).

De là il suit que la notion de condition ne peut servir d'élément qualificatif des libéralités graduelles et des libéralités résiduelles.

282. Difficultés pratiques. – Mais si le mécanisme juridique des libéralités graduelles et résiduelles diffère de celui des doubles libéralités conditionnelles, la proximité des résultats, auxquels elles aboutissent, risque toutefois de poser de sérieux problèmes d'interprétation en présence de dispositions équivoques. Naturellement, dans la mesure où les deux procédés sont licites, il y a lieu d'adopter celui qui donne effet à la volonté du disposant. Ainsi, si le second gratifié est une personne future au décès du disposant, l'article 906 du Code civil s'oppose à ce que le procédé soit une double libéralité conditionnelle, de sorte que la qualification de libéralité graduelle ou résiduelle devrait être adoptée¹. De même, dans la mesure où les clauses graduelles et résiduelles supposent un *ordo successivus*, il convient de privilégier la technique de la condition dès lors que la seconde libéralité est censée produire effet avant la mort du premier gratifié.

Au-delà, c'est par une recherche de la volonté du disposant que le départ peut être fait. Sous cet aspect, il faut avoir à l'esprit que le disposant d'une libéralité résiduelle n'a le désir de régler la dévolution des biens au décès du premier gratifié que dans l'hypothèse où celui-ci n'en a pas disposé de son vivant ; que c'est la pensée de conservation intégrale du bien, tant juridique que matérielle, qui s'attache à la volonté du disposant d'une libéralité graduelle² ; que ce n'est que l'ambition de retirer le bénéfice de son acquisition au premier gratifié, dans l'hypothèse où l'évènement mis sous condition résolutoire se réalise, qui est à l'origine de la volonté du disposant d'une double libéralité conditionnelle. Par là, il ne s'agit que de la mise en oeuvre de critère de distinction entre la charge et la condition³ : existe-t-il dans l'esprit du disposant une action en exécution contre le premier gratifié en vue d'assurer la transmission du bien au gratifié en seconde ligne⁴ ?

¹ Labbé proposa le premier d'admettre qu'il n'y a de substitutions prohibées que celles dans lesquelles « *un bénéficiaire est grevé de la charge de conserver et de rendre à sa mort à des personnes dont l'existence et la capacité ne se rechercheront qu'à la mort du grevé et non à la mort du disposant...Lorsque le testateur distribue ses biens entre ceux qui l'ont touché dans la vie, il ne rencontre plus comme un obstacle l'article 896* » (obs. sous Cass. civ. 19 mars et 18 juin 1873 et Cass. req., 29 juill. 1873, S. 1874. 1. 5). Voir également, J. Hémar, obs. sous Aix, 11 mars 1913, RTD civ. 1913. 455.

² H. Vialleton, note sous Cass. civ., 28 févr. 1923, S. 1925. 1. 273 : « *L'appréciation d'un double rapport conditionnel inverse est dominée par l'idée d'alternative ou d'éventualité, qui y joue le principal rôle. La propriété est menacée par un évènement susceptible de l'anéantir rétroactivement, mais en attendant elle conserve son indépendance et son intégrité maxima parce qu'avant tout il faut considérer cet évènement comme pouvant ne pas se produire. C'est pourquoi, pendant condition, les droits du propriétaire sous condition suspensive sont réduits à l'accomplissement d'actes conservatoires strictement arbitrés et, somme toute, d'intérêt général. Il n'en est pas ainsi dans la substitution qui apparaît au premier chef comme une organisation institutionnelle dont la destination est la conservation. Il s'agit d'assurer la transmission intégrale de personne à personne, d'un patrimoine entier ou fractionné* ».

³ Sur cette distinction, voir *supra* n°81 et s.

⁴ Telle était l'analyse de Saleilles, citée par Tissier, sous Cass. civ., 20 juin 1904, S. 1906. 1. 81, spéc. p. 82, 2^{ème} colonne : « *Ce que l'on veut en faisant une substitution, c'est lier les mains au légataire grevé en faveur des appelés. On ne veut pas supprimer rétroactivement la propriété ; on se contente de la grever d'un lien de dépendance qui équivaudra à une indisponibilité relative et partielle. Dans le second cas [double libéralité conditionnelle], ce que l'on veut, ce n'est pas lier les mains à un propriétaire intérimaire,*

d) Le rejet de la qualification de substitution de personne

283. Exposé de la qualification. – Dénommées « *libéralités substitutives* »¹, les libéralités graduelles et résiduelles permettent de gratifier deux bénéficiaires successifs : « *au décès du premier, le second prend la suite – il se substitue à lui* »². Aussi, suivant l'analyse d'un auteur³, ces libéralités, et plus particulièrement les libéralités graduelles, réaliseraient une substitution de personne, laquelle peut être définie comme le remplacement d'une personne par une autre dans un lien de droit⁴. Plus précisément, comprise comme une institution autonome, la substitution de personne est « *l'opération par laquelle une personne, le substitué, met en oeuvre une obligation, – considérée au sens de droit, de devoir ou de droit potestatif –, née d'un rapport fondamental entre deux personnes, le substituant et l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique et de telle sorte que le substitué et l'insubstitué soient directement liés entre eux* »⁵.

L'analyse paraît séduisante. N'est-ce pas là le témoin d'une étroite parenté entre les libéralités graduelles et la substitution de personne ?

284. Rejet de la qualification. – Nous ne le croyons pas. En témoignent d'ailleurs les difficultés rencontrées pour savoir quelle place a chaque agent de la libéralité graduelle au sein de l'institution qu'est la substitution de personne : « *Il est sans doute plus délicat de montrer que le substituant est maintenu dans le rapport juridique en matière de substitution fidéicommissaire et de fiducie. Il semble qu'une fois la substitution opérée, le substituant disparaisse totalement du rapport juridique. On peut, en réalité, se demander si, dans ces opérations, le substitué ne serait pas le grevé ou le fiduciaire et le substituant, l'appelé ou le bénéficiaire. La personne qui a vocation à devenir propriétaire définitif du bien serait, dans cette hypothèse, substituée momentanément par celle qui a vocation à n'être qu'un propriétaire de transition. Le substituant serait dès lors maintenu en puissance dans le rapport juridique originnaire tant que durerait la gestion*

mais lui enlever le bénéfice de son acquisition, si la cause qui la justifiait vient à faire défaut. De sorte qu'en réalité, si les deux combinaisons aboutissent à des résultats de fait à peu près identiques, c'est dans la cause psychologique intentionnelle qu'il faudra chercher la ligne de démarcation entre les deux domaines ».

¹ M. Nicod, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles du Code civil – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006. étude 45 ; du même auteur, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°1.

² *Ibid.* n°7.

³ E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. Cadiet, LGDJ, 1999, n°7 et s., p. 7 et s., n°32, p. 30 ; n°97, p. 86 et s.

⁴ Voir en ce sens *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, publié sous la dir. de G. Cornu, préc., *V° Substitution 1°*.

⁵ E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préc., n°181, p. 150. Voir également du même auteur, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, chron. 356.

du bien par le substitué. Une fois la gestion du bien achevée, elle deviendrait une partie véritablement active »¹. Il est toutefois étonnant de désigner le grevé de substitué, alors qu'il fait office d'intermédiaire entre le disposant et l'appelé. N'est-il pas paradoxal, en effet, de dire que le grevé remplace l'appelé dans le rapport fondamental ?

Au-delà de cette contorsion terminologique, le régime juridique des libéralités graduelles paraît incompatible avec les règles de la substitution de personne. Dire, d'une part, que le second gratifié d'une libéralité graduelle est le substituant implique que le rapport de droit originaire existe entre le disposant, c'est-à-dire « *l'insubstitué* »², et lui-même. Une telle exigence n'est cependant pas requise puisque le second gratifié peut ne pas exister au décès du disposant. En réalité, c'est entre le disposant et le premier gratifié qu'existe le rapport de droit fondamental ; mais c'est aboutir alors à la conclusion que le premier gratifié est le substituant, ce qui est en contradiction avec le mécanisme de la substitution de personne, lequel réclame que le substituant ne disparaisse pas du rapport de droit au jour où s'ouvre la substitution. D'autre part, la substitution de personne suppose que le bénéficiaire substitué soit lié par la même obligation que celle du bénéficiaire substituant. Or, là encore, il est difficile de dire que le grevé est le substitué et l'appelé, le substituant. En effet, le grevé ne met aucunement en oeuvre le rapport de droit qui existerait entre le disposant et l'appelé. Au contraire, là où l'appelé n'est tenu d'aucune charge à l'égard du disposant, le grevé est tenu d'accomplir une double charge de conserver et de rendre. Aussi, dire que le grevé met en oeuvre l'obligation originaire existant entre le disposant et l'appelé procède d'une qualification inappropriée. Au demeurant, le raisonnement n'est pas plus recevable si l'on inverse les rôles, le grevé étant qualifié de substituant et l'appelé de substitué. Ici encore, on ne saurait dire que l'appelé met en oeuvre le rapport de droit existant entre le disposant et le grevé. Au vrai, loin de réaliser un seul rapport de droit rendu efficace par une autre personne, la libéralité graduelle fait naître deux rapports de droit, distincts et successifs. Où l'on voit que la libéralité graduelle ne s'insère pas dans le mécanisme de la substitution de personne, comprise comme une institution autonome.

2. Le choix de la qualification de libéralité avec charges sui generis

285. Problématique. – Parmi les éléments constitutifs d'une libéralité graduelle ou d'une libéralité résiduelle se trouve une ou plusieurs charges, pour le premier gratifié, dont la finalité est de respecter les intérêts du second gratifié. De là il suit que ces libéralités ne sont que des libéralités avec charges.

¹ E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préc., n°97, p. 87.

² *Ibidem*.

Une incertitude subsiste cependant sur la nature juridique de ces charges. Faut-il voir dans le mécanisme graduel et résiduel une ou plusieurs obligations personnelles pesant sur le grevé ou, au contraire, une ou plusieurs obligations *propter rem*, dont la singularité est qu'elles sont liées à la détention de la chose ? Sans doute, cette seconde analyse a le mérite d'assurer une meilleure efficacité des droits de l'appelé en imprimant au bien une indisponibilité réelle. Elle paraît toutefois infondée si l'on confronte le régime juridique de l'obligation *propter rem* aux règles des libéralités graduelles. Le rejet de la qualification d'obligations réelles (a) nous convaincra que la qualification d'obligations personnelles est la plus appropriée aux libéralités graduelles et aux libéralités résiduelles (b).

a) *Le rejet de la qualification de charges propter rem*

286. Rappel de la notion d'obligation réelle. – Bien que la charge continue à être un droit personnel, il arrive parfois qu'elle comporte un caractère réel assez marqué. On parle alors volontiers d'obligation *propter rem* car la relation entre la charge et la chose est étroite¹. Précisément, deux traits la singularisent de l'obligation purement personnelle. D'une part, le débiteur n'en est tenu qu'en tant que propriétaire de la chose, avec laquelle la charge se transmet. Autrement dit, toute personne qui viendra à acquérir la propriété de la chose sera de plein droit soumise à la charge. D'autre part, et réciproquement, si le débiteur est tenu en principe sur la totalité de son patrimoine, il peut se libérer de cette charge en déguerpissant, c'est-à-dire en abandonnant au créancier le bien lié à la charge².

287. Application aux libéralités graduelles. – Relativement aux substitutions fidéicommissaires, plusieurs auteurs ont soutenu l'idée que celles-ci comportaient une charge réelle. Se fondant sur l'Ancien droit, Bartin déclarait que la charge de rendre ne se « *résout pas en une obligation personnelle du grevé, mais est, au contraire, une charge réelle frappant les biens substitués plus encore qu'elle ne frappe le grevé lui-même* »³. Poursuivant l'analyse, Pierre Bouzat estimait que la qualification d'obligation personnelle est « *inadmissible* »⁴, parce que si le grevé « *pouvait disposer [des biens] définitivement pendant sa jouissance, sous la seule menace d'une action en résolution ou en dommages-intérêts, le*

¹ Sur cette notion voir Michon, *Des obligations propter rem dans le code civil*, thèse Nancy, 1891 ; M. de Juglart, *Obligations réelles et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937, H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, thèse Alger, 1953, J. Hansenne, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », *Mélanges A. Weill*, 1983, p. 325 et s. Adde F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°775, p. 694 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°379, p. 104. Voir *supra* n°70 et s.

² B. Boubli, « La fonction libératoire du déguerpissement », *JCP* 1973. I. 2518.

³ Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, préc., p. 30

⁴ P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., spéc. p. 80.

but du disposant risquerait de n'être pas atteint »¹. Aussi convient-il, selon l'auteur, de voir dans la charge de rendre « une indisponibilité réelle »² : « elle impose au grevé des obligations dont il est responsable envers les appelés, mais elle imprime de plus, une marque réelle sur les biens, rendant inefficaces, de manière absolue et immédiate, tous les actes susceptibles d'empêcher la restitution aux appelés »³.

288. Rejet de la qualification. – Séduisante, cette thèse doit être réfutée. Outre qu'elle paraît difficilement applicable aux libéralités résiduelles, elle explique mal les libéralités graduelles. Sans doute, la double charge de conserver et de rendre est une obligation à laquelle est tenu le grevé à raison de la propriété du bien, objet de la clause graduelle. Mais l'assertion n'implique pas la qualification de charge réelle. Au vrai, elle ne décrit qu'une situation de fait : le grevé n'est tenu de cette charge que parce qu'il est gratifié⁴. Qu'on en juge avec la confrontation des traits caractéristiques de l'obligation *propter rem* à ceux de la libéralité graduelle. Cela signifierait, d'abord, que les tiers qui se risqueraient à acquérir la propriété des biens des mains du grevé s'obligeraient également à exécuter la double charge de conserver et de rendre, laquelle commande, dans sa face active, d'accomplir tous actes conservatoires sur la chose, et, dans sa face passive, de ne rien faire qui compromette la restitution du bien à l'appelé. Or, si les ayants cause du grevé subissent les effets de la double charge de conserver et de rendre, c'est moins à raison de ce qu'elle est une charge réelle qu'à raison du caractère rétroactif de l'inaliénabilité affectant les biens.

Ensuite, il est enseigné que le débiteur d'une obligation *propter rem* est libéré par l'abandon de la chose à raison de laquelle il est tenu. Or, l'examen des règles des libéralités graduelles prouvent le contraire. Certes, le premier gratifié peut abandonner de son vivant au second bénéficiaire « la jouissance du bien ou droit objet de la libéralité »⁵. Mais il ne faut point y voir un déguerpissement au sens où l'entend la notion d'obligation réelle. Procédant d'une renonciation, le déguerpissement a une fonction libératoire : la libération de l'auteur de l'abandon s'accompagne d'une transmission

¹ *Ibid*, p. 81.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*. Sans doute la qualification d'indisponibilité réelle est-elle inappropriée car elle implique que tout acte de disposition soit immédiatement sanctionné par la nullité. En réalité, il s'agit pour l'auteur bien plus d'une charge réelle que d'une véritable indisponibilité réelle. En témoignent ses propos : « pour que la charge de rendre joue efficacement, il n'est pas nécessaire que les biens substitués soient mis hors du commerce, il suffit d'assurer à la mort du grevé leur remise aux appelés. [...] Aussi lorsque les biens sont aliénés par le grevé, ils passent aux acquéreurs, marqués réellement par la charge de rendre qui fait corps avec eux. Ils sont donc frappés dans les mains des tiers acquéreurs de la même indisponibilité qui les frappait dans les mains du grevé » (p. 91).

⁴ A cet égard, on ne saurait tirer argument de ce que la charge est publiée lorsqu'elle porte sur un immeuble pour dire qu'il s'agit d'une obligation *propter rem*. En effet, le décret du 4 janvier 1955 prévoit deux sortes de publicité : d'une part, au moyen d'une formule générale, « tous les actes portant mutation ou constitution des droits réels immobiliers », d'autre part, un certain nombre d'actes spéciaux qu'il énumère, au titre desquels se trouvent les « restrictions au droit de disposer ». Or, nul ne conteste que certains droits doivent être publiés bien qu'ils ne soient pas des droits réels.

⁵ C. civ., art. 1050, al 2 et 3. Cette faculté, qui existait déjà sous l'Ancien droit (Ord. août 1747, Titre 1^{er}, art. 42 et 43), avait été reprise également par le Code civil de 1804 (art. 1053 anc.).

du droit réel abdiqué au profit du créancier. Or, le grevé n'abandonne pas son droit de propriété, mais seulement la jouissance du bien. En effet, par suite de l'abandon du premier gratifié, le second gratifié est autorisé à entrer immédiatement en possession et recueille ainsi la jouissance des biens ; mais il recueille cette jouissance telle qu'elle était chez le premier gratifié, soumise aux mêmes éventualités, notamment l'éventualité de la voir un jour se transformer en propriété. En réalité, l'*ordo successivus* inhérent aux libéralités graduelles fait que les droits du second gratifié n'ont, en principe, qu'une seule date d'ouverture réelle, le jour de la mort du premier gratifié ; jusque-là, il n'y a qu'un changement de jouissance, la propriété restant fixée sur la tête du premier gratifié. Aussi comprend-on du reste que cet abandon soit inopposable aux tiers et qu'il n'ait d'effets qu'entre les gratifiés successifs.

Par où l'on voit que la notion d'obligation réelle ne peut servir de qualification des libéralités graduelles, et encore moins aux libéralités résiduelles.

b) L'adoption de la qualification de charges personnelles

289. Position du problème. – Si la technique de la charge réelle est inopérante à qualifier la libéralité graduelle, il en résulte que seul le procédé de la charge personnelle est habile à le faire. La double charge de conserver et de transmettre imposée au premier gratifié est donc une double charge personnelle au service du second gratifié. Ainsi comprise, les libéralités graduelles et résiduelles ressemblent à s'y méprendre à une libéralité avec charges au bénéfice d'un tiers, qui n'est autre qu'une application, expressément envisagée par l'article 1121 du Code civil, de la stipulation pour autrui. Il n'en est pourtant rien. Le procédé de la stipulation pour autrui ne peut expliquer l'originalité de la libéralité graduelle (i). En réalité, aucune qualification ne permet d'expliquer la singularité des libéralités graduelles et résiduelles (ii).

i) Le rejet de la qualification de stipulation pour autrui

290. Exposé de la qualification. – L'existence de la stipulation pour autrui suppose que le promettant et le stipulant aient envisagé et accepté de prendre en considération les intérêts d'un tiers. Il est vrai que l'appelé d'une libéralité graduelle ou résiduelle semble avoir la position d'un *penitus extraneus* : le grevé promet au disposant d'exécuter une prestation en faveur de l'appelé, tiers étranger à l'acte juridique intervenu entre les parties. Ainsi s'expliquerait d'ailleurs la règle

selon laquelle l'appelé peut accepter la donation après le décès du donateur¹ : lorsqu'il déclare vouloir profiter de la stipulation, il n'accepte pas une offre – puisqu'il a déjà un droit acquis –, il ne fait que rendre définitif le bénéfice de la stipulation faite à son profit, en rendant inopérante la révocation possible du stipulant². Sans doute, également, le mécanisme de la stipulation pour autrui pourrait expliquer la double libéralité successive que réalise la libéralité graduelle et la libéralité résiduelle³.

291. Rejet de la qualification. – Il n'en demeure pas moins que ce procédé ne rend pas compte de plusieurs éléments fondamentaux de l'opération. En premier lieu, au cas de stipulation pour autrui, on ne peut traiter les deux libéralités comme deux dispositions indépendantes. Bien au contraire, l'opération se décompose en une libéralité principale sur laquelle vient se greffer la charge, disposition accessoire. De là il suit que cette dernière est trop fragile pour se soutenir à elle seule, il lui faut un support qui, s'il disparaît, l'entraîne dans sa chute. Autrement dit, le sort de la seconde libéralité est étroitement lié à celui de la première⁴. Très différente est la situation créée par une clause graduelle ou résiduelle. Bien que l'appelé reçoive son émolument par l'intermédiaire du grevé, tout se passe, en réalité, comme si le disposant faisait deux libéralités distinctes l'une de l'autre. C'est en effet un point bien constant que la seconde libéralité n'est pas un accessoire ou une dépendance de la première, mais qu'elle forme une seconde disposition aussi principale que la première⁵. Cette indépendance se manifeste d'ailleurs lorsque l'une d'entre elles est frappée de nullité ou de caducité : l'autre produira néanmoins tous ses effets, comme s'il y avait une libéralité unique⁶.

En second lieu, alors que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est l'ayant cause du promettant, le second gratifié d'une libéralité graduelle ou résiduelle tient ses droits du disposant et non du premier gratifié⁷. Ceci explique au demeurant que, à la différence de la stipulation pour

¹ C. civ., art. 1055, al. 2. Sur ce point, certains auteurs prenaient comme exemple les règles des substitutions fidéicommissaires pour démontrer que l'article 906 du Code civil ne s'applique pas au tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Voir en ce sens Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, 7^{ème} éd., n°137 p. 137, voir aussi p. 121 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, préc., spéc p. 484 « Notre Ancien Droit accentue le mouvement favorable aux stipulations pour autrui ; en particulier toute dation quelconque du stipulant au promettant fit naître l'action du tiers. Sa principale application fut la substitution fidéicommissaire ».

² C. civ., art. 1055, al. 1^{er}.

³ Voir A. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, Dalloz, 1938, n°477 et s., p. 815 et s ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, préc., n°100, p. 101 et s.

⁴ M. Bouyssou, *Les libéralités avec charge*, préc., spéc. n°78 et s., p. 125 et s. ; R. Cassin, *op. cit.*, p. 160 et s.

⁵ Furgole, *Questions sur les donations*, préc., quest. 5, n°36 et s. ; Pothier, *Traité des Obligations*, préc., spéc. n°73 ; Rolland de Villargues, *Des substitutions prohibées*, préc., n°34 et s. ; p. 38 et s.

⁶ Voir *infra* n°461 et s.

⁷ C. civ., art. 1051.

autrui, la seconde libéralité soit soumise au formalisme des donations¹. En effet, le second gratifié étant un ayant cause du disposant, il n'est guère possible de le voir comme un gratifié indirect de celui-ci.

ii) *Le choix d'une qualification sui generis*

292. Irréductibilité aux qualifications connues. – En définitive, on le constate, les éléments constitutifs des libéralités graduelles et résiduelles ne sont réductibles à aucune qualification juridique préexistante. Elles constituent, à elles seules, un genre nouveau. Rappelons-nous, à cet égard, les sages préceptes de Roubier : devant une situation juridique originale, il ne faut pas « *violenter inutilement la réalité [...] il faut alors sortir bon gré mal gré des cadres connus et éprouvés et convenir qu'on est en face d'une situation "sui generis"* »². Aussi, plutôt que tenter de faire entrer ces libéralités atypiques dans une des catégories connues, à peine de les détourner de leur finalité, mieux vaut admettre qu'elles constituent une institution *sui generis*.

293. Genre et espèces. – Ainsi peut-on dire qu'en vertu des éléments communs aux libéralités graduelles et résiduelles, elles constituent des doubles libéralités successives dont la première est assortie de charges de nature personnelle envers le gratifié de la seconde, laquelle n'est censée produire pleinement ses effets qu'au décès du premier gratifié. Il reste que cette définition commune aux deux types libéralités ne doit pas occulter leurs différences : les libéralités graduelles imposent au grevé une double obligation de conserver et de transmettre, là où, dans les libéralités résiduelles, le grevé n'est tenu que de transmettre au second ce qui restera des choses qu'il avait reçues du disposant.

Au fond, on le voit, les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles forment les deux espèces du genre qu'elles constituent.

294. Qualification des libéralités graduelles. – Quant aux libéralités graduelles, l'analyse actuellement dominante est de considérer que la double charge de conserver et de transmettre qui s'impose au grevé emporte une inaliénabilité conditionnelle des biens, en ce qu'elle demeure subordonnée à la survie de l'appelé³. Si cette analyse rend bien compte de l'existence d'une

¹ C. civ. art. 1054, al. 2, pour la libéralité graduelle ; art. 1061 qui renvoie à l'article 1054, pour la libéralité résiduelle. Voir *infra* n°383 et s.

² P. Roubier, *Théorie générale du droit*, préc., n°3, p. 17.

³ M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°3 et s. ; Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°800, p. 386 ; M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°19 et s. Voir également, pour les substitutions fidéicommissaires permises, A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit*

double libéralité successive, ainsi que du report de la seconde au décès du gratifié de la première, elle explique mal la double charge de conserver et de transmettre, notamment les limitations matérielles apportées au droit de propriété du grevé.

Aussi, comme nous l'avons dit¹, il faut sans doute être plus précis, et procéder à une distinction entre les deux charges qui assortissent la libéralité faite au grevé : la charge de conservation lui impose une obligation immédiate, qui est de conserver matériellement les biens de la libéralité, ainsi qu'une obligation conditionnelle, à savoir une inaliénabilité juridique desdits biens, dont la naissance est subordonnée à la survie de l'appelé au grevé ; la charge de transmettre emporte une double obligation – ne pas léguer les biens de la libéralité et les restituer au décès² – sous condition suspensive de la survie de l'appelé.

295. Réfutation des objections. – Il reste que deux objections pourraient être opposées à cette analyse.

La première tiendrait à l'impossibilité de concilier l'existence de la charge d'inaliénabilité avec la notion même de propriété. Il est vrai que la survivance de l'appelé transformera le grevé en un propriétaire de biens inaliénables. Or, frapper d'inaliénabilité les biens durant toute la vie de leur propriétaire, n'est-ce pas détacher du droit de propriété l'un de ses attributs, qui est le droit de disposer ? Cela n'est guère contestable. Comme l'explique le doyen Carbonnier, l'inaliénabilité qui n'a « *pratiquement jamais été totalement supprimée* »³ reste la prérogative essentielle, « *le cœur du système individualiste et libéral de la propriété* »⁴. Ainsi s'explique, au demeurant, que la clause d'inaliénabilité ne soit valable que si elle est temporaire⁵. Car une inaliénabilité imposée pour la vie de celui qui en est grevé ne serait, à son échelle, aucunement temporaire, et atteindrait profondément ses prérogatives de propriétaire.

L'objection, néanmoins, pourrait être prise à défaut. Ici, l'inaliénabilité n'est que conditionnelle. Elle est simplement *susceptible* de peser sur le grevé sa vie durant, si la condition se réalise. Aussi est-ce pour cette raison qu'il a, selon nous, les qualités d'un propriétaire. Si l'évènement mis en condition ne survient pas, c'est-à-dire si l'appelé ne survit pas, les charges qui

civil français, t. III, par L. Julliot de La Morandière, préc., n°1995 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. IV, préc., n°3922 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°514 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°573 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°386.

¹ Voir *supra* n°263 et s.

² Notons que l'obligation de restituer n'emporte aucune relation d'auteur à ayant cause entre le grevé et l'appelé. Il s'agit d'une obligation visant, non pas à transmettre la propriété des biens, mais seulement à mettre en possession le nouveau propriétaire. Au fond, l'obligation de restituer est du même ressort que celle qui pèse sur le détenteur précaire dont le titre s'est éteint.

³ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 357.

⁴ *Ibid.*

⁵ C. civ., art. 900-1, qui exige, pour que la clause d'inaliénabilité soit valable, une condition supplémentaire, à savoir l'existence d'un intérêt légitime et sérieux.

pesaient sur le grevé s'éteignent, en sorte qu'il recouvre une propriété pleine et entière. Pour le dire autrement, le grevé est un propriétaire véritable, parce qu'il a vocation à la plénitude des utilités des biens, à la *plena in re potestas*¹. Au surplus, prétendre le contraire, aboutirait à condamner toutes les hypothèses dans lesquelles l'acte translatif de propriété est sous condition. En témoigne, par exemple, la clause de retour conventionnel qui reste en vigueur jusqu'au décès du donateur ou du donataire². Où l'on voit que la qualification de charge d'inaliénabilité conditionnelle est parfaitement compatible avec les éléments constitutifs de la libéralité graduelle, notamment le principe suivant lequel le grevé est un propriétaire³.

La seconde objection que l'on pourrait avancer à l'encontre de notre analyse réside, là encore, dans la difficulté qu'il y aurait à concilier la sanction de la charge conditionnelle de ne pas aliéner juridiquement les biens reçus avec l'un des éléments constitutifs de la libéralité graduelle. Si l'évènement mis en condition se réalise, le grevé, qui a disposé de son vivant des biens de la libéralité, est réputé avoir violé la charge d'inaliénabilité, de sorte que deux sanctions sont susceptibles d'intervenir. C'est d'abord la nullité des aliénations, laquelle correspond parfaitement à l'esprit de la libéralité graduelle : tous les biens peuvent être transmis à l'appelé sans que cela contrarie ses éléments essentiels. Mais c'est ensuite la révocation pour inexécution des charges qui pourrait être prononcée. Or, sous cet angle, une telle sanction remettrait en cause le caractère successif des deux libéralités que commande la clause graduelle puisqu'elle emporterait la résolution de la première libéralité⁴.

Cette objection se heurte, néanmoins, à deux arguments. D'une part, la révocation de la libéralité n'est qu'un effet de l'existence de charges imposées au gratifié. Sous cet aspect, on ne peut guère tenir compte d'une situation pathologique pour remettre en cause la logique d'une institution. D'autre part, d'un point de vue pratique, l'action révocatoire ne peut être intentée qu'au jour du décès du premier gratifié, c'est-à-dire au jour où les droits du second gratifié s'ouvrent. De sorte que si la révocation de la première libéralité est prononcée, celle-ci n'est d'aucun effet sur les droits du second gratifié.

En conséquence, aucun obstacle ne s'oppose à l'analyse proposée pour qualifier la libéralité graduelle.

¹ Voir *supra* n°177

² Voir en ce sens M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1221, p. 167.

³ Au surplus, prétendre le contraire, aboutirait à condamner toutes les hypothèses dans lesquelles l'acte translatif de propriété est sous condition. En témoigne, par exemple, la clause de retour conventionnel qui reste en vigueur jusqu'au décès du donateur ou du donataire

⁴ Voir en ce sens C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°458, p. 236 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par S. et L. Leveneur, préc., n°1446, p. 635.

296. Qualification des libéralités résiduelles. – Quant aux libéralités résiduelles, le premier gratifié n'est tenu que de transmettre à son décès les biens reçus dont il n'a pas disposé entre vifs. Ainsi, la clause résiduelle assortit la première libéralité d'une charge de transmettre dont l'objet est identique à celle d'une clause graduelle : ne pas léguer les biens et les restituer au décès. Simplement, si l'efficacité de cette charge dépend, comme dans une libéralité graduelle, de la survie de l'appelé, elle est en outre subordonnée à la subsistance des biens dans le patrimoine du grevé au jour de sa mort.

Là est la singularité de la libéralité résiduelle : le second gratifié ne peut exercer ses droits que sur le résidu, sur les biens qui subsistent au décès du grevé. Où l'on voit que la charge de transmettre d'une libéralité résiduelle est soumise à une double condition suspensive : d'abord, une condition potestative, qui dépend de la volonté du grevé, à savoir l'existence, à son décès, de biens dont il n'aurait pas disposé entre vifs et, ensuite, une condition casuelle, en ce qu'elle est liée au hasard, à savoir la survie de l'appelé.

297. Synthèse. – En définitive, les éléments constitutifs communs aux libéralités graduelles et aux libéralités résiduelles imposent de leur donner une qualification identique. Et, à cet égard, il convient de les analyser comme une catégorie *sui generis*. En effet, si elles sont des libéralités avec charges au profit d'un tiers, il n'en demeure pas moins que ni la notion de charge réelle ni le mécanisme de la stipulation pour autrui ne les expliquent. Simplement, si elles forment une catégorie autonome, insusceptible d'entrer dans une catégorie déjà connue, ces deux libéralités forment deux espèces distinctes.

§ 3 - LES LIBERALITES PRECATIVES

298. Définition. – Est dite précative la libéralité par laquelle le disposant exprime le *vœu* que son gratifié laisse, à sa mort, tout ou partie des biens reçus à un ou plusieurs individus qu'il lui indique. Ainsi, à la différence des autres types de libéralités successives, le disposant ne contraint pas juridiquement le premier gratifié, il se contente d'émettre un souhait, une simple *prière*¹. Aussi bien, si l'on peut dire qu'il y a une charge qui est imposée au gratifié, elle n'a en réalité qu'une portée morale.

De là il suit que deux traits singularisent la libéralité précative. D'une part, l'opération est censée réaliser deux libéralités successives sur un ou plusieurs biens identiques, le premier gratifié étant chargé en conscience de les transmettre à sa mort au second gratifié. D'autre part, de ce que

¹ Voir ainsi *Le Grand Robert de la langue française*, V^o Précatif : « accompagné d'une prière ».

la charge est purement morale, en ce sens que son exécution dépend uniquement du bon vouloir du premier gratifié, il résulte que les droits du second gratifié sont extrêmement précaires.

Ceci explique que le caractère précatif de la charge qui assortit la libéralité se trouve plus souvent en matière testamentaire : au crépuscule de la vie, l'expression prend plus facilement la forme d'un vœu que celle d'une obligation juridique¹ ; mais rien n'empêche d'adjoindre à une donation une charge de cette nature.

299. Origines. – La libéralité précative puise ses origines dans le Droit romain. Elle fut précisément, comme nous l'avons dit², la première forme du fidéicommiss, « *une libéralité laissée, non dans les termes consacrés par le Droit civil, mais par la forme de prière* »³. Ce mode de disposer fut ainsi employé afin d'éluider les lois, qui avaient établi contre certaines personnes des incapacités de recevoir, ce qui explique qu'il n'était pas sanctionné par le droit. Aussi faisait-on ces dispositions en termes précatifs, en se confiant à la foi de celui qui était chargé.

Si, dans l'Ancien droit, les libéralités précatives perdirent leurs attraits pratiques au profit des substitutions fidéicommissaires, qui étaient largement admises, elles les retrouvèrent naturellement au lendemain de l'édiction du Code civil, lorsque fut posé le principe de prohibition des substitutions fidéicommissaires⁴. Cette dimension purement morale des libéralités précatives explique du reste que la jurisprudence n'ait pas hésité, lorsque les termes de l'acte du disposant étaient ambigus, à retenir la qualification de legs précatif, afin de valider la disposition litigieuse⁵.

300. Difficulté à concilier l'existence d'une charge morale avec les qualifications du droit positif. – Outre l'embarras que l'on peut éprouver à discerner parmi les charges celles qui imposent des obligations juridiques et celles qui ne sont que précatives, c'est le régime juridique des libéralités précatives qui pose difficultés. Sans doute est-il certain que la charge n'a aucune incidence sur la qualification de libéralité entre le disposant et le grevé. Se contentant d'émettre

¹ Comp. l'observation du chancelier d'Aguesseau (38^{ème} plaidoyer) : « *on peut dire des testateurs ce qu'on disait autrefois des rois, qu'ils commandent, quand ils prient !* », citée par Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, préc., t. I, n°142, p. 157.

² Voir *supra* n°250.

³ Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. VIII, préc., spéc. n°56. Adde P. C. Timbal, *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1975, n°244 et s., p. 131 et s. ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, préc., p. 109 ; J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., n°922 et s., p. 1248 et s.

⁴ Parce que la disposition ne crée d'obligation juridique ni de conserver ni de transmettre, la jurisprudence la déclarait valable : Cass. civ., 5 juin 1899, *DP* 1899. 1. 373 ; *S.* 1900. 1. 259 ; Cass. req., 14 juin 1899, *DP* 1900. 1. 353 ; Cass. civ., 18 oct. 1960, *Bull. civ.* I, n°445 ; Cass. civ., 10 oct. 1961, *D.* 1962 somm. 45 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1963, *Gaz. Pal.* 1963. 2. 13 ; *RTD civ.* 1963. 770, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1972, *Bull. civ.* I, n°248 ; Paris, 24 nov. 1961, *D.* 1962 somm. 58.

⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 18 oct. 1960, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1961, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1963, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1972, préc. ; Paris, 24 nov. 1961, préc.

un simple vœu dépourvu de toute contrainte juridique, le disposant n'estime pas celui-ci comme la contrepartie de son appauvrissement. En revanche, l'incertitude demeure lorsque la charge est exécutée au profit du tiers bénéficiaire : s'il est gratifié, en ce sens qu'il s'enrichit sans contrepartie, l'est-il du disposant ou du grevé ?

A cet égard, la stipulation d'une charge, dépourvue de toute contrainte juridique, est de nature à perturber l'analyse juridique que l'on doit avoir de la libéralité précative. Comment concilier, en effet, une charge purement morale avec les qualifications du droit positif, lesquelles reposent sur des obligations juridiques ?

A dire vrai, on le perçoit, c'est sans doute une qualification *sui generis* qu'il convient d'adopter. Mais, bien entendu, on ne peut guère se satisfaire d'une simple intuition. Aussi bien est-il nécessaire, au préalable, de confronter les traits essentiels de la libéralité précative aux qualifications déjà connues (A). Et ce n'est que si le résultat de cette confrontation est négatif qu'il y aura lieu d'élire la libéralité précative en une catégorie *sui generis* (B).

A. Les qualifications exclues

301. Trois propositions. – Etant censée réaliser deux libéralités successives sur un même objet, dont l'efficacité de la seconde dépend entièrement de l'attitude du gratifié de la première, la libéralité précative semble pouvoir emprunter l'une des trois qualifications suivantes : la technique de la stipulation pour autrui (1), celle de la libéralité résiduelle (2), ou encore celle de la double libéralité conditionnelle (3). Mais, à l'analyse, aucune des trois qualifications ne correspond aux singularités de la libéralité précative.

1. Le rejet de la qualification de stipulation pour autrui

302. Rejet de la qualification. – Comme toute libéralité assortie d'une charge au bénéfice d'un tiers, la libéralité précative pourrait s'expliquer par le mécanisme de la stipulation pour autrui. Dans cette optique, le disposant, le stipulant, obtiendrait du premier gratifié, le promettant, un engagement envers le second gratifié, le tiers bénéficiaire.

Mais ce n'est là qu'apparence. Les éléments essentiels de la stipulation pour autrui s'opposent en effet à ce que la libéralité précative reçoive une telle analyse. La stipulation pour autrui suppose un rapport d'obligation entre le stipulant et le promettant, dont l'effet créateur de droit est étendu à un tiers bénéficiaire. Or, on peine à voir en quoi la libéralité précative investit le second gratifié d'un droit direct de créance envers le premier gratifié. En effet, la prière, le vœu, le désir ou le conseil exprimé dans une libéralité, ne crée pas d'obligation, au sens juridique du

terme, pour le gratifié auquel le vœu ou la recommandation est adressé. En d'autres termes, la charge précative ne confère aucun droit à la personne en faveur de laquelle elle est formulée.

Il n'est dès lors pas douteux que la libéralité précative n'emprunte pas le mécanisme de la stipulation pour autrui.

2. Le rejet de la qualification de libéralité résiduelle

303. Exposé de la qualification. – Lorsqu'il est question de déterminer la nature juridique d'une libéralité précative, il est un réflexe presque naturel de la considérer comme le dérivé d'une libéralité résiduelle. Les précédents historiques militent d'ailleurs en ce sens. Soucieux de donner effets utiles aux legs susceptibles d'encourir la nullité des substitutions fidéicommissaires, les juges inclinaient à la qualification de legs *de residuo*¹ ou de legs précatifs².

De cette proximité de situation l'on pourrait déduire une identité de régime. A l'appui de cette assimilation, on ne peut manquer de relever qu'à propos du legs *de residuo*, la Cour de cassation autorisait la stipulation d'une clause permettant au premier légataire de disposer à cause de mort des biens reçus³. Autrement dit, pour les hauts magistrats, la qualification de legs *de residuo* ne paraissait pas exclusive de la stipulation d'une clause laissant au légataire en première ligne le droit de léguer les biens. Aussi, si l'on devait adopter aujourd'hui cette analyse, il y aurait lieu de considérer qu'une libéralité précative est une libéralité résiduelle aux effets amoindris en ce sens que la charge de transmettre qui pèse sur le gratifié en première ligne est purement morale. La seule différence entre les deux types de libéralités résiderait alors dans l'effet produit par le legs consenti par le premier gratifié : valable s'il y a libéralité précative, nul s'il s'agit d'une libéralité résiduelle ordinaire (sans autorisation de léguer).

De façon concrète, l'assimilation de la libéralité précative à la libéralité résiduelle emporte les conséquences suivantes : d'une part, le second gratifié tient ses droits directement du disposant ; d'autre part, dès la mort du premier gratifié, le second gratifié est investi de la propriété des biens dont le premier gratifié n'a pas disposé entre vifs ou à cause mort.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 1958, *JCP* 1959. II. 11136, 1^{ère} esp., note P. Voirin ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 1958 ; *JCP* 1959. II. 11136, 3^{ème} esp., même note ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1961, *Bull. civ.* I, n°150 ; Poitiers, 11 mai 1971, *D.* 1971. 621 ; *RTD civ.* 1972. 161, obs. R. Savatier.

² Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 1960, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1961, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1963, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1972, préc. ; Paris, 24 nov. 1961, préc.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1961, préc. : « *si, en cas de legs de residuo, le premier légataire institué conserve bien le droit de disposer par acte entre vifs des biens à lui légués, les dispositions testamentaires prises par lui et qui ne doivent recevoir effet qu'après sa mort ne peuvent en règle générale, et sauf indication contraire du disposant, mettre échec à la volonté de ce dernier de voir attribuer au second légataire les biens qui subsisteraient au décès du premier* » (nous soulignons). Voir également Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1971, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, préc.

304. Rejet de la qualification. – Il reste que la qualification de libéralité résiduelle demeure critiquable. En effet, la liberté de léguer conférée au premier légataire ne paraît guère conciliable avec la qualification de libéralité résiduelle.

En premier lieu, on peut souligner que les dispositions légales relatives aux libéralités résiduelles n'envisagent pas la stipulation d'une clause qui permettrait au premier gratifié de léguer les biens reçus, alors qu'elles prévoient expressément la clause d'interdiction de disposer entre vifs à titre gratuit¹. Aussi bien peut-on déduire de ce silence législatif que la liberté de léguer est incompatible avec la qualification de libéralité résiduelle².

En second lieu, et de manière plus significative, une telle clause heurte l'un des éléments essentiels de la libéralité résiduelle. L'essence même de la libéralité résiduelle exige, on l'a dit, que le premier gratifié soit grevé d'une charge de transmettre, laquelle emporte des effets juridiques contraignants, à savoir, d'une part, l'interdiction de léguer les biens reçus et, d'autre part, l'obligation de restituer les biens qui subsistent encore au décès dans le patrimoine³. Aussi, prétendre que la libéralité précative doit être qualifiée de libéralité résiduelle contredit la définition même de cette dernière et, aboutit, plus largement, à ruiner la cohérence de la catégorie *sui generis* que forment les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles⁴.

En conséquence, en dépit de ce que la jurisprudence a pu considérer, il ne nous paraît pas concevable que la qualification de libéralité résiduelle soit le réceptacle de la libéralité précative⁵. Et, concrètement, cela signifie que, à la différence de l'appelé d'une libéralité résiduelle, le second gratifié d'une libéralité précative ne peut recueillir la propriété des biens qu'en vertu d'un acte positif du premier gratifié, tel un legs⁶.

3. La qualification de double libéralité conditionnelle

305. Exposé de la qualification. – A titre liminaire, il est opportun de relever que le caractère successif des libéralités qu'entraîne une libéralité précative postule que la condition n'opère pas de façon rétroactive.

Cet effet de la condition supposé acquis, la libéralité précative consisterait à placer les deux gratifiés sous des conditions inverses, le premier sous condition résolutoire, le second sous condition suspensive. Précisément, la libéralité précative serait assortie d'une double condition :

¹ C. civ., art. 1059, al. 2.

² Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°10.

³ Voir *supra* n°267.

⁴ Sur cette qualification, voir *supra* n°292 et s.

⁵ Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc. ; M. Nicod, *JCI Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°3 *in fine*.

⁶ Voir *infra* n°309.

d'abord, une condition potestative de la part du premier gratifié, à savoir l'existence, à sa mort, de biens dont il n'aurait pas disposé entre vifs ou à cause de mort et, ensuite, une condition casuelle, en ce qu'elle suppose que le second gratifié survive au premier.

306. Rejet de la qualification. – Au-delà des contorsions techniques qu'elle entraîne, la condition ne nous paraît guère expliquer la libéralité précative. En effet, comme toute libéralité avec charges au profit d'un tiers, la libéralité précative permet de gratifier en seconde ligne des individus dont la capacité et le consentement ne sont requis qu'au jour où la charge s'exécute. Or, on le sait, la condition n'est qu'un élément adventice d'un acte juridique en lui-même parfait, c'est-à-dire un acte qui est légalement susceptible de déployer tous ses effets juridiques. Aussi bien la condition ne peut-elle pas affecter un élément de formation de l'acte, tels que la capacité ou le consentement des parties.

En conséquence, la qualification de double libéralité conditionnelle ne peut être celle de la libéralité précative.

307. Conclusion. – Par où l'on voit, en définitive, que la libéralité précative ne peut être expliquée par les diverses qualifications connues des libéralités à trois personnes. L'absence de toute charge juridiquement contraignante s'oppose à la qualification de stipulation pour autrui, ainsi qu'à celle particulière de la libéralité résiduelle. Pareillement, l'éventuel défaut de capacité du second gratifié au jour où la première libéralité produit ses effets annihile toute velléité d'assimilation avec la double libéralité conditionnelle.

D'où il suit que la libéralité précative est irréductible à toute qualification du droit positif. Pour le dire autrement, la libéralité précative constitue une catégorie à part, une catégorie *sui generis*.

B. Le choix d'une qualification *sui generis*

308. Justifications. – Devant l'impossibilité à faire entrer la libéralité précative dans une catégorie existante, il faut convenir qu'elle crée une situation originale, qu'elle est une institution *sui generis* de libéralités à trois personnes.

A dire vrai, cette qualification ne saurait guère étonner. Dépourvue de toute contrainte juridique, la charge précative n'est autre qu'une obligation naturelle. Or, on le sait, l'obligation naturelle est avant tout perçue comme une notion perturbatrice de l'ordre juridique, en ce qu'elle met en conflit la norme morale et la norme juridique. Ripert l'avait souligné de manière

pénétrante : « *Qu'y a-t-il de plus singulier comme conception juridique qu'une obligation reconnue sans être imposée, qu'un lien entre créancier et débiteur qui ne permet pas de forcer le débiteur récalcitrant, qu'un paiement régulier mais une exécution impossible* »¹. Sans doute, ce lien entre la charge précatrice et l'obligation naturelle ne fut pas toujours admis. Comprise comme une obligation civile avortée ou dégénérée, accidentellement privée de sanction juridique, l'obligation naturelle ne peut guère comprendre dans son domaine la charge précatrice². Cette dernière n'est pas, à l'origine, une obligation civile, elle naît comme obligation morale. Il reste que, sous l'impulsion de plusieurs auteurs, notamment Planiol et Ripert, il a été démontré que l'obligation naturelle ne correspond pas toujours à une obligation civile altérée ; bien au contraire, l'obligation naturelle s'assimile au devoir de conscience³. Or, ainsi comprise, l'obligation naturelle se confond avec la charge précatrice. Aussi bien comprend-on qu'en raison du caractère typique de l'obligation naturelle, la libéralité précatrice soit une institution irréductible aux autres espèces de libéralités à trois personnes.

309. Traits caractéristiques de la charge précatrice. – Précisément, l'absence de force obligatoire de la charge imposée au premier gratifié constitue l'élément fondamental qui imprime à la libéralité précatrice sa singularité et la sépare des catégories voisines.

Il en résulte que la double transmission qu'est censée produire la libéralité précatrice n'est pas l'œuvre de la volonté unique du disposant. En effet, dès lors que le disposant se borne à faire une recommandation, un vœu, un désir au gratifié, il n'est guère possible de considérer qu'il a lui-même disposé deux fois de ses biens. Au lieu de réaliser lui-même cette seconde libéralité, il prie son gratifié d'y procéder, de sorte que la seconde transmission est l'œuvre du premier gratifié, non celle du disposant. L'on perçoit ainsi toute la différence qui oppose la libéralité précatrice de la libéralité résiduelle. Tandis que la seconde transmission s'opère par le vertu de la clause

¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, n°187, p. 363.

² Telle est la conception classique qui domine chez les commentateurs du XIX^{ème} siècle (voir ainsi Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, préc., n°669 et s., p. 550 et s., Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVII, préc., n°1 et s. ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, préc., n°234 et s. ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, 2^{ème} éd., p. 449 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, 3^{ème} éd., t. II, n°1652 et s.) et qui trouve son aboutissement chez Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, t. IV, par Bartin, préc., § 297, p. 5 et s.). Cette théorie classique de l'obligation naturelle est également adoptée, mais sous une forme rénovée, par M. Jean-Jacques Dupeyroux (*Contribution à la théorie de l'acte à titre gratuit*, préc., n°333 et s. ; du même auteur, « Les obligations naturelles, la jurisprudence et le droit », in *Mélanges J. Maury*, Sirey, Paris, 1960, t. II, p. 321 et s.).

³ M. Planiol, « Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *Rev. crit. lég. et jur.* 1913. 153 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°193 et s. Voir également dans ce sens Thomas, *Essai sur les obligations naturelles en droit privé français*, thèse Montpellier, 1932, p. 2 et s. ; J. Flour, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Rapport français, Travaux Association Henri Capitant*, t. VII, 1952, p. 813 et s. ; G. Marty, « L'obligation naturelle. Etude de droit français », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, t. VIII, fasc. 1, 1960, p. 45 et s. ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^{ème} éd., t. II, n°342 et s. ; Colin et Capitant, *Cours élémentaires de droit civil*, par Julliot de la Morandière, t. II, 10^{ème} éd., n°459 et s., spéc. n°467 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3^{ème} éd., n°709 et s. ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., t. VII, par Esmein, Radouant et Gabolde, n°978 et s. *Adde* M. Coudrais, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.* 2011. 453 et s.

résiduelle et s'exécute au décès du premier gratifié sans que celui-ci ait eu à prendre aucune initiative, la charge précative ne saurait être accomplie sans le fait actif du gratifié ; il faut qu'il règle la transmission souhaitée, car elle ne s'opère pas d'elle-même¹. Cela revient à dire, concrètement, que la seconde transmission ne peut se réaliser qu'au moyen d'un acte juridique du premier gratifié, lequel est le plus souvent un legs puisque cette transmission est censée s'opérer au décès du premier grevé².

310. Difficultés d'analyse en cas d'exécution de la charge. – Reste à savoir quelle peut être la nature juridique de la relation entre le grevé et le bénéficiaire. Tant que le premier gratifié ne décide pas de se conformer aux impératifs de sa conscience, aucun rapport de droit ne se forme avec le bénéficiaire. C'est évidemment lorsqu'il exécute la charge au profit du second bénéficiaire que la situation juridique devient intéressante, mais aussi plus complexe à analyser. En effet, dans ce cas, les simples expectatives qu'avait le second gratifié se concrétisent ; mais demeure entière la question de savoir qui est l'auteur de cette libéralité : est-ce le disposant originaire ou le premier gratifié ? Encore faut-il rappeler, à cet égard, que l'exécution de la charge précative suppose un fait actif du premier gratifié. La seconde libéralité ne saurait être efficace par le seul décès du premier gratifié ; elle suppose que le grevé ait émis la volonté d'exécuter la charge, notamment par voie testamentaire³.

Au fond, on le voit, il s'agit de s'interroger sur le point de savoir si celui qui exécute une charge précative, c'est-à-dire une obligation naturelle, consent une libéralité.

311. Compatibilité de l'obligation naturelle et de la donation. – Sous cet aspect, le Code civil n'est guère d'un grand secours. En énonçant que « *la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées* », l'article 1235 du Code civil évoque l'efficacité juridique du paiement, mais ne révèle pas la nature juridique de ce paiement. Il ne permet pas de qualifier le titre, onéreux ou gratuit, où l'obligation de payer a pris naissance. Aussi bien peut-on observer que le débat est riche et passionné en doctrine. A le résumer brièvement, on peut discerner trois approches.

¹ Voir en ce sens P. Voirin, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 20 janv. 1958, *JCP* 1959. II. 11136 ; M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1058 à 1061, fasc. 10, préc., n°3 ; M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°10.

² Reste à savoir quel est l'effet juridique produit par l'exécution de la charge précative, notamment quant à la relation juridique entre le grevé et le bénéficiaire. Sur cette question voir *infra* n°312.

³ A la différence de l'appelé d'une libéralité résiduelle, le second gratifié d'une libéralité précative ne devient pas propriétaire des biens laissés par le grevé à raison même de son décès. Deux raisons l'expliquent. D'une part, le disposant d'une libéralité précative s'est borné à faire une recommandation au premier gratifié, il n'a pas disposé lui-même deux fois de ses biens. D'autre part, le mécanisme résiduel est un mécanisme *sui generis* qui ne peut s'appliquer qu'aux libéralités correspondant aux critères des libéralités graduelles et résiduelles.

Suivant une première conception, l'exécution d'une obligation naturelle est un acte à titre onéreux. L'exécution d'un devoir dont le débiteur est tenu en conscience montrerait, en effet, que celui-ci n'a aucune intention libérale à l'endroit du bénéficiaire. Telle était l'argumentation de Planiol : « *celui qui remplit un devoir moral agit sans doute librement au point de vue légal ; il n'y pourrait être contraint par les tribunaux ; mais il se croit obligé par sa conscience, il se sent moralement tenu, il n'agit pas sous l'empire d'un pur sentiment d'affection pour autrui, il s'avoue débiteur, ce qui chez lui exclut l'intention libérale* »¹. Bien qu'elle soit adoptée par certains auteurs contemporains², cette position est critiquable. C'est, d'abord, regarder l'intention libérale comme un sentiment de pure bienveillance, une pensée entièrement altruiste. Or, on le sait, l'intention libérale est simplement la conscience et la volonté de s'appauvrir, et non pas la volonté de préférer autrui à soi-même³. C'est, ensuite, prétendre que le paiement constitue nécessairement un acte à titre onéreux. Or, le paiement est un acte d'exécution, en sorte qu'on peut payer à titre onéreux aussi bien qu'à titre gratuit. C'est, enfin et surtout, considérer qu'il y a une identité de nature entre l'obligation naturelle et l'obligation civile et présenter comme accessoires les différences qui les séparent. Bien au contraire, ce qui sépare fondamentalement ces deux obligations, c'est le pouvoir de contrainte conféré au seul créancier civil⁴. Et c'est ce pouvoir de contrainte qui justifie que l'exécution d'une obligation civile peut ne pas relever du titre gratuit.

Aussi, afin de rendre compte de la singularité de l'obligation naturelle, une deuxième opinion est-elle émise par certains, suivant laquelle l'exécution d'une obligation naturelle constitue un acte à titre gratuit, mais non une libéralité. Précisément, « *l'avantage gratuit que le débiteur confère au créancier n'est pas l'émolument qu'il lui transmet par son paiement : il était déjà obligé ; c'est seulement le pouvoir de contrainte qu'il lui accorde par sa promesse ou le caractère irrévocable de l'exécution. En d'autres termes, l'avantage accordé est le renforcement de l'obligation qui, ainsi, passe du domaine des obligations naturelles dans celui des obligations civiles. Or n'est une donation que le transfert d'un droit principal (propriété, créance...)* »⁵. Ainsi, si l'on doit admettre que l'exécution d'une obligation naturelle procède nécessairement d'un esprit de bienfaisance de la part du débiteur car celui-ci ne peut être forcé à le faire, il faut aussi

¹ M. Planiol, « Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral, *Rev. crit. lég. et jur.* 1913. 153, spéc. p. 157.

² Voir ainsi Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°24 p. 22 : « *A la différence de la libéralité qui suppose la spontanéité, rien n'obligeant l'auteur d'une libéralité à consentir la donation ou le legs, l'exécution de l'obligation naturelle est motivée par une obligation préexistante, encore qu'elle ne fût point exigible : le débiteur qui a payé se sentait tenu par sa conscience ; il n'exécute donc pas une libéralité* ». Dans le même sens, Ch. Larroumet, *Droit civil – Introduction à l'étude du droit privé*, t. I, préc., n°43 ; du même auteur, mais de façon plus nuancée, *Droit civil – Les obligations. Le contrat*, t. III, préc., n°41 p. 35.

³ Voir *supra* n°211 et s.

⁴ Voir parmi d'autres J. Flour, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Rapport français, Travaux Association Henri Capitant*, t. VII, 1952, p. 813 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1013, p. 21 et s.

⁵ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°671. Dans le même sens, J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n°333 et s, p.339 et s.

observer que cette exécution n'entraîne aucun appauvrissement pour le débiteur. Autrement dit, l'élément intentionnel de la libéralité est bien présent, mais il y manque son élément matériel. Ici encore, il est permis de ne pas être convaincu par cette analyse. D'une part, c'est considérer qu'une obligation naturelle constitue un article des patrimoines respectifs du créancier et du débiteur. Or, l'assertion est pour le moins discutable. On peut sérieusement douter, en effet, que figurent à l'actif du patrimoine du créancier des créances dont l'exécution ne dépend que du bon vouloir du débiteur. D'autre part, la distinction entre l'émolument et le pouvoir de contrainte, prônée par cette position, apparaît bien difficile à cerner. En effet, l'exécution d'une obligation naturelle emporte immédiatement le transfert de l'émolument. Lorsque le débiteur paye, il transforme l'obligation naturelle en obligation civile et l'éteint dans le même trait de temps. Aussi, on ne voit pas en quoi il y aurait dissociation de l'émolument et du pouvoir de contrainte. En réalité, on ne pourrait avoir une telle dissociation qu'en cas de promesse d'exécuter l'obligation naturelle. Naturelle à son origine, l'obligation devient civile. Il y a donc bien là adjonction d'un pouvoir de contrainte à une obligation existante. Mais il faut alors remarquer que le débiteur enrichit son créancier en lui conférant un pouvoir de contrainte ; un nouvel article – l'obligation civile – vient augmenter l'actif du créancier et diminuer corrélativement l'actif du débiteur¹.

Par où l'on voit qu'il est sans doute contestable de refuser la qualification de libéralité dans l'exécution d'une obligation naturelle. Et, en conséquence, on approuvera un troisième courant, selon lequel l'obligation naturelle et la libéralité sont deux notions parfaitement conciliables². En effet, comme l'a montré Ripert, l'obligation naturelle n'a aucun trait commun avec l'obligation civile ; elle n'est qu'un devoir moral, un devoir de conscience dont l'exécution est spontanément accomplie par celui sur qui il pèse³. Aussi, loin de s'opposer l'une et l'autre, l'obligation naturelle et la donation peuvent se confondre. Pour le savoir, il faut, suivant l'idée émise par Ripert, analyser la nature du devoir de conscience⁴. S'agit-il d'un devoir de *justice*, son exécution ne peut constituer une libéralité, car la conscience du débiteur lui impose de rétablir un équilibre patrimonial injustement rompu⁵. Autrement dit, s'il y a bien un appauvrissement – l'élément économique de la libéralité –, manque l'intention libérale – l'élément intentionnel de la libéralité.

¹ Voir en ce sens, M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc., n°1013 p. 22-23.

² J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc., n°47 ; M. Grimaldi, *Libéralités, Partages d'ascendants*, préc., spéc., n°1013 p. 23.

³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°186 et s.

⁴ G. Ripert, *op. cit.* Voir également J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°47, p. 28 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1013, p. 23 ; S. Gaudemet, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, *RDC* 2008. 1303.

⁵ Il en serait ainsi du devoir de réparer un préjudice, de payer une dette prescrite, ou de rémunérer un service rendu.

S'agit-il d'un devoir de *charité*, son exécution réalise alors une libéralité, car la conscience du débiteur lui ordonne de s'appauvrir sans équivalent au profit du bénéficiaire¹.

Il n'en demeure pas moins que toutes les difficultés ne sont pas pour autant résolues par cette dernière analyse. D'une part, elle n'est pas toujours adoptée par la jurisprudence². D'autre part, sa mise en œuvre suppose un aménagement des règles des donations. En effet, lorsque l'exécution de l'obligation naturelle constitue une donation, le non-respect du formalisme prescrit par l'article 931 du Code civil devrait, en toute logique, emporter la nullité de la donation, sauf à prouver que les éléments du don manuel sont réunis³. Aussi, pour lever cette objection, les partisans de cette troisième conception proposent d'appliquer les règles protectrices du patrimoine du disposant, mais d'écarter les règles protectrices de la volonté du disposant, car les dangers qu'elles protègent ne sont plus à redouter lorsque l'intention libérale exprime un devoir de conscience⁴.

312. Application en cas d'exécution d'une charge précative. – A supposer acquis que l'exécution d'une obligation naturelle peut constituer une libéralité, faut-il en déduire que le premier gratifié consent une libéralité lorsqu'il accomplit la charge précative ? L'hésitation est permise si l'on essaie d'appliquer la distinction mise en lumière par Ripert entre devoir de justice et devoir de charité.

De prime abord, on peut voir, dans l'accomplissement de la charge précative, l'exécution d'un devoir de justice : le premier gratifié s'estime tenu de respecter la charge – la parole qu'il aura donnée au disposant –, bien que la loi lui autorise à ne pas le faire. Un rapprochement peut être fait avec l'exécution d'un testament verbal. Lorsque les héritiers du testateur exécutent un tel testament, nul en la forme, il est admis que ceux-ci ne consentent pas une donation au légataire, mais qu'ils exécutent simplement une obligation naturelle de respecter les dernières volontés du *de cuius*, laquelle n'est autre qu'un devoir de justice⁵. Sous cet aspect, il faut reconnaître que la

¹ Il en serait ainsi du devoir d'aider ses frères et sœurs, voire de celui de doter un enfant.

² En faveur de la compatibilité entre la donation et l'obligation naturelle : Cass. req., 7 janv. 1862, *DP* 1862. 1. 188 ; 8 juin 1926, *DP* 1927. 1. 113 ; Cass. civ., 20 juill. 1936, *DH* 1936. 441 ; 16 oct. 1956, *S.* 1957. 43, note F. de Montera ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 1957, *D.* 1960. 515, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1959. I. 11305, note P. Esmein ; 4 nov. 1982, *Bull. civ.* I, n°319 ; Paris, 5 nov. 1925, *DH* 1925. 656 ; Paris, 14 févr. 1946, *JCP* 1946. II. 3036 ; Paris, 9 juin 1987, *D.* 1987. IR. 166. A l'encontre de la compatibilité entre la donation et l'obligation naturelle : Cass. civ., 18 janv. 1887, *S.* 1887. 1. 97 ; Cass. req., 12 mars 1918, *S.* 1921. 1. 71 ; 12 janv. 1937, *DH* 1937. 145 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978. 2. 334 ; Nîmes, 31 déc. 1850, *DP* 1851. 2. 80 ; Rennes, 7 mars 1904, *S.* 1907. 2. 241 ; Poitiers, 26 avr. 1923, *D.* 1923. 2. 121 ; Angers, 12 mai 1936, *DH* 1936. 3. 68 ; Angers, 2 avr. 1941, *DH* 1941. 233. *Adde*, M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1014, p. 24 et s.

³ Voir sur ce point M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse Paris, 1957, préf. J. Flour, p. 87 et s.

⁴ J. Flour, art. préc., spéc. p. 829 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°48, p. 29. Comp. M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1013, p. 24.

⁵ Cass. req., 26 janv. 1826, *D. jur. gén.*, V^o Dispositions entre vifs, n°1408 ; Cass. civ., 19 déc. 1860, *DP* 1861. 1. 16 ; S. 1861. 1. 370 ; Cass. req., 20 nov. 1876, *DP* 1878. 1. 376 ; 10 janv. 1905, *DP* 1905. 1. 47 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 déc. 1963, *Bull. civ.* I, n°573 ; *RTD civ.* 1964. 591, obs. R. Savatier ; 4 janv. 2004, *Bull. civ.* I, n°4 ; 22 juin 2004, *Bull. civ.* I, n°180 ; *JCP* 2004. II. 10165, note A. Sériaux ; Besançon, 6 déc. 1905, *DP* 1908. 2. 330 ; TGI Paris, 16 juin 1995, *RTD*

situation du premier gratifié d'une libéralité précative paraît bien proche de celle de l'héritier d'un *de cuius* ayant consenti un legs verbal. Tous deux sont libres d'exécuter la volonté de leur auteur de gratifier une tierce personne. Et s'ils consentent un sacrifice économique en exécutant cette obligation naturelle, c'est seulement en vue d'assurer l'équilibre patrimonial souhaité par le *de cuius*. Partant de là, l'exécution de la charge précative ne serait pas constitutive d'une libéralité du grevé envers son bénéficiaire.

Mais l'opinion opposée peut être défendue. A cet égard, le rapprochement entre la charge précative et le legs verbal paraît critiquable. Car, dans le legs verbal, le testateur a clairement émis la volonté de gratifier le légataire. Son intention libérale n'est pas discutée ; ce n'est qu'en raison du non-respect des conditions de forme des testaments que le légataire ne peut faire valoir sa vocation. Telle n'est pas en revanche la situation du bénéficiaire de la charge précative. Le disposant n'a émis qu'un vœu, à savoir que le gratifié décide s'il est opportun de transmettre le bien au bénéficiaire. Peut-on dire, dès lors, que le disposant a eu une intention libérale à l'endroit du bénéficiaire de la charge ? Au surplus, admettre que le bénéficiaire de la charge est le gratifié du disposant ne heurte-t-il pas le principe suivant lequel la libéralité doit être l'œuvre propre du gratifiant ? Rappelons pour s'en convaincre le principe posé par la Cour de cassation à propos du testament, mais qui vaut pour toute forme de libéralité : « *le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus ; que le testateur doit donc choisir lui-même ses légataires, et non pas en abandonner le choix au libre arbitre d'un tiers qui serait, en ce cas, le véritable disposant* »¹. Partant, dès lors que l'exécution de la charge précative est laissée au libre arbitre du gratifié, on doit considérer qu'il est le disposant de la libéralité faite au bénéficiaire de la charge². C'est donc dire que l'accomplissement de la charge précative est l'exécution, non pas d'un devoir de justice, mais d'un devoir de charité.

civ. 1995. 601, obs. J. Hauser ; Toulouse, 13 déc. 2004, *Dr. fam.* 2005, comm. 116, note B. Beignier. Adde A. Houis, « Le legs verbal », *JCP éd. N* 1996 prat. 3740 ; F. Terré et Y. Lequette, *Successions – Libéralités*, préc., n°361, p. 292 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1350, p. 259 et s. Notons que l'on peut justifier ces solutions autrement que par l'existence d'une obligation naturelle : le legs verbal étant nul en la forme, il est permis de voir un simple cas de confirmation prévu par l'article 1340 du Code civil (voir en ce sens M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préc., p. 57 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les Libéralités*, préc., n°208 ; J. Patarin, *RTD civ.* 1995. 948). Voir également l'Offre de loi qui proposait un nouvel article 967 énonçant que « *si l'héritier exécute volontaire un legs verbal ou un désir exprimé par le défunt à titre de vœu, son acte d'exécution vaut comme acquittement d'une obligation naturelle sans emporter libéralité de sa part à l'égard du bénéficiaire* » (J. Carbonnier, P. Catala, J de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., p. 60).

¹ Cass. req., 12 août 1863, *DP* 1899. 1. 592 ; S. 1901. 1. 271 ; *GAJC* n°126-127 (nous soulignons). Dans le même sens, Cass. req., 19 juill. 1938, *DH* 1939. Somm. 14 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1952, *JCP* 1953. II. 7696 bis, note P. Voirin ; Paris, 28 mars 1938, *DH* 1938. 376.

² Comp. toutefois l'article 967 que proposait les auteurs de l'Offre de loi : « *si l'héritier exécute volontaire un legs verbal ou un désir exprimé par le défunt à titre de vœu, son acte d'exécution vaut comme acquittement d'une obligation naturelle sans emporter libéralité de sa part à l'égard du bénéficiaire* » (J. Carbonnier, P. Catala, J de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., p. 60).

Et conséquemment, la libéralité qui résulte de l'exécution de la charge est une libéralité consentie *par* le débiteur de la charge *à la place* du disposant originaire.

313. Synthèse. – De ce qui précède, il découle qu'en exauçant le vœu du disposant, le premier gratifié consent lui-même la libéralité au bénéficiaire de la charge. Ainsi, on le voit, l'exécution d'une charge précative aboutit à des résultats opposées à ceux produits par les autres doubles libéralités empruntant la technique de la charge personnelle.

* * *

314. Conclusion de la Section. – Le droit commun des libéralités assorties d'une charge personnelle au profit d'un tiers repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. A cet égard, la double libéralité développe deux originalités : d'une part, le second gratifié acquiert un droit direct contre le promettant, qui n'a pas transité par le patrimoine du disposant, de sorte qu'il se trouve être l'ayant cause du gratifié-promettant ; d'autre part, et par voie de conséquence, la libéralité du tiers bénéficiaire dépend de la persistance du rapport de droit entre le disposant et le gratifié-promettant. Autrement dit, la seconde libéralité est ici dépendante de la première.

Cette double originalité ne se retrouve pas dans les libéralités graduelles et résiduelles. Bien que les charges imposées au grevé soient de nature personnelle, c'est-à-dire attachées à la personne du premier gratifié, il n'en demeure pas moins que le second gratifié tient directement ses droits du disposant et que la libéralité à lui consentie est indépendante de celle faite au premier. Si les libéralités graduelles et résiduelles ne s'insèrent pas dans le moule de la stipulation pour autrui, il faut également convenir qu'elles ne correspondent à aucune qualification connue. Aussi faut-il admettre qu'elles présentent un caractère *sui generis*.

Semblablement, la libéralité précative constitue, à elle seule, une espèce nouvelle de double libéralité procédant de la technique de la charge personnelle. Ici encore, on ne saurait trouver le procédé de la stipulation pour autrui. Le second gratifié n'est investi d'aucun droit direct envers le premier gratifié, sa vocation ne dépend que de la volonté de ce dernier. Et c'est ce qui fait toute la singularité de cette double libéralité : si la charge précative est exécutée, son bénéficiaire est un gratifié, non pas du disposant originaire, mais du premier gratifié.

Au-delà de la technique de la charge personnelle, le disposant peut consentir une double libéralité en usant du vecteur de la charge réelle.

SECTION II : LES DOUBLES LIBERALITES REPOSANT SUR LA TECHNIQUE DE LA CHARGE REELLE

315. Charge réelle et usufruit. – La charge réelle se distingue de la charge personnelle en ce qu'elle est l'accessoire d'un droit réel, et non pas d'un rapport d'obligation¹. Lorsqu'elle est stipulée dans le cadre d'une libéralité à trois personnes, la charge réelle repose sur les ressorts de l'usufruit dont les règles légales prévoient des obligations de nature réelle à l'usufruitier et au nu-propiétaire. Et, sous cet angle, le démembrement de la propriété permet de rendre compte du rôle de chaque protagoniste de la libéralité à trois personnes.

Il en va ainsi de la double libéralité en usufruit et nue-propiété. Outre que les deux gratifiés recueillent des droits de nature différente sur un même bien, l'un – l'usufruitier – est investi de prérogatives de jouissance assorties de charges dont l'objet est d'assurer la transmission du bien au second gratifié – le nu-propiétaire –, à l'extinction de l'usufruit. Autrement dit, le gratifié en usufruit fait figure d'intermédiaire entre le disposant et le gratifié en nue-propiété.

Il en est également ainsi de la clause d'usufruits successifs. Cette clause, fort usitée en pratique et souvent mal dénommée clause de réversibilité d'usufruit², permet au disposant de donner ou léguer, au sein d'un même acte, l'usufruit d'un même bien à plusieurs personnes qui en jouiront tour à tour. Sous cet aspect, malgré la présence de plus de trois personnes, la clause d'usufruits successifs s'insère aisément dans l'économie des libéralités à trois personnes. Simplement, le premier usufruitier y exerce le rôle d'intermédiaire entre le disposant et le nu-propiétaire, et le second usufruitier s'y substitue à l'extinction du droit du premier.

316. Plan. – Partant, la double libéralité en usufruit et en nue-propiété (§ 1) et la double libéralité d'usufruits successifs (§ 2) sont les deux types de libéralités à trois personnes qui reposent sur la technique de la charge réelle.

§ 1 - LA DOUBLE LIBERALITE EN USUFRUIT ET EN NUE-PROPRIETE

317. Validité. – Nul ne conteste la validité de cette double libéralité. Cela paraît d'ailleurs si évident que l'on peut s'étonner que le législateur de 1804 ait cru devoir le dire expressément. Après que l'article 898 du Code civil décide que la substitution vulgaire ne saurait être « regardée

¹ Sur ce point, voir *supra* n°70 et s.

² Ce n'est pas le même usufruit qui est susceptible de revenir à quelqu'un d'autre – ce qu'appelle le vocable « réversible » – ce sont au contraire deux usufruits distincts qui sont constitués. D'où l'emploi du pluriel et du vocable « successif ».

comme une substitution, et sera valable », l'article 899 du Code civil ajoute, en effet, qu'« *il en sera de même de la disposition entre vifs ou testamentaire par laquelle l'usufruit sera donné à l'un, et la nue-propriété à l'autre* ». Sans doute, si les rédacteurs du Code civil ont cru devoir s'en expliquer, c'est à raison d'une certaine ressemblance que présentait avec la substitution fidéicommissaire la double libéralité en usufruit et en nue-propriété¹. Mais, depuis la réforme du 23 juin 2006, on s'explique mal le maintien de cet article, tout comme celui de l'article 896 du Code civil², dès lors que les substitutions fidéicommissaires ne sont plus prohibées.

Simplement, l'usufruit étant par essence viager, la libéralité en usufruit ne saurait produire d'effets au-delà de la mort de l'usufruitier, lorsqu'il est une personne physique³, au-delà de trente ans, lorsqu'il est une personne morale⁴.

318. Rapports entre le disposant et les deux gratifiés. – Le caractère gratuit du double rapport d'obligation qu'entretient le disposant avec le nu-propriétaire et l'usufruitier n'est pas douteux⁵. Il s'agit de deux libéralités, en vertu desquelles chacun des gratifiés reçoit, directement du disposant lui-même, son émolument en même temps, sans aucune éventualité ni condition de survie.

Surtout, il convient de souligner que, à la différence des libéralités à trois personnes qui procèdent d'une charge personnelle, le disposant n'a ici aucune prise sur l'intermédiaire. En effet, si le gratifié en usufruit agit en qualité d'intermédiaire de la libéralité consentie au gratifié en nue-propriété, en ce sens qu'il doit exercer ses prérogatives en tenant compte des intérêts du nu-propriétaire, il n'en demeure pas moins que le disposant ne peut pas le forcer à exécuter ses obligations. Au fond, on le voit, une fois la double libéralité formée, le disposant s'efface pour

¹ A cet égard, pour sauver la disposition de la nullité édictée par l'article 896 du Code civil, les juges du fond, sous le couvert de l'interprétation qui confinait bien souvent à la réfection, la qualifiaient de double libéralité en usufruit et en nue-propriété. Les décisions en ce sens sont nombreuses. Voir par exemple Cass. req., 20 janv. 1840, *S.* 1840. 1. 363 ; Cass. civ., 25 janv. 1865. 1. 74 ; *S.* 1865. 1. 73 ; Riom, 21 nov. 1887, *D.* 1890. 2. 38 ; Cass. req., 13 nov. 1918, *D.* 1921. 1. 119. Certaines décisions furent néanmoins cassées. Voir par exemple Dijon, 19 mars 1886 sous Cass. civ., 7 janv. 1889, *D.* 1889. 1. 11 ; *S.* 1891. 1. 461 ; Cass. req. 5 déc. 1910, *D.* 1911. 1. 24 ; *S.* 1911. 1. 395. Il était néanmoins difficile de trouver un critère juridique qui permettait de discerner, parmi les dispositions litigieuses, celles qui pouvaient être qualifiées de double libéralité en usufruit et nue-propriété. Sans doute, la jurisprudence de la haute juridiction paraissait bien davantage soutenue par des arguments d'ordre moral – la disposition litigieuse était-elle louable moralement ? – que de stricte logique juridique. Voir en ce sens J. Carbonnier, « De la distinction de la substitution prohibée et du double legs permis en usufruit et en nue-propriété », préc.

² Sur ce point, voir *supra* n°246.

³ Cass. ch. réunies, 16 juin 1933, *DH* 1933. 393.

⁴ C. civ., art. 619. Voir également Cass. civ 3^{ème}, 7 mars 2007, *Bull civ.* I, n°36 ; *D.* 2007. 2084, note F. Julienne ; *ibid.*, Pan. 2497, obs. N. Reboul-Maupin ; *JCP* 2007 I. 179, n°1, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker. Comp. art. 593, al. 1^{er} de l'avant-projet de loi de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens du Groupe de travail présidé par H. Périnet-Marquet, sous le haut patronage de l'Association Henri Capitant : « *L'usufruit viager s'éteint par la mort de son titulaire personne physique ou la dissolution de son titulaire personne morale sans que sa durée ne puisse, dans ce dernier cas, excéder trente ans* ».

⁵ Voir C. civ., art. 899.

laisser place à une nouvelle relation entre l'usufruitier – l'intermédiaire – et le nu-propiétaire – le bénéficiaire final.

319. Rapports entre les deux gratifiés. – Par où l'on voit que toute l'efficacité de l'opération réside dans les rapports entre les deux gratifiés. Pour autant, non sans un paradoxe, il est enseigné classiquement que l'usufruit et la nue-propiété sont deux droits réels parallèles, qui se côtoient en s'ignorant¹. Titulaires de droits réels distincts sur la chose, usufruitier et nu-propiétaire sont juridiquement indépendants l'un de l'autre. Aussi leurs rapports sont-ils dominés par l'ignorance réciproque : il n'y a pas communauté, mais séparation d'intérêts. De là l'inconvénient économique souvent dénoncé à l'encontre du démembrement de la propriété : mauvaise gestion des biens par l'usufruitier, lequel est plus enclin à tirer le maximum d'avantages de la chose, plutôt qu'à en sauvegarder la substance et à en garantir une gestion rationnelle².

Mais cette conception des rapports entre l'usufruitier et nu-propiétaire est contestable. Loin de s'ignorer l'un l'autre, nu-propiétaire et usufruitier sont unis, en réalité, par un intérêt commun : la conservation du bien. Proudhon l'avait du reste clairement montré : « *Mais comme les droits de l'un et de l'autre portent sur le même objet ; comme leurs intérêts à la conservation de la chose sont, sous beaucoup de rapports, et souvent indivisibles ; comme leurs droits respectifs sont dans une corrélation nécessaire ; comme dans l'exercice de ces droits, et dans l'accomplissement de leurs obligations, ils se trouvent fréquemment sous une dépendance mutuelle, nous devons dire, dès à présent, qu'ils sont dans une espèce de communion* »³. Ce faisant, cette communion d'intérêts permet d'organiser la double transmission de la jouissance d'un bien et d'en assurer la mise en valeur rationnellement à long terme. En témoignent les obligations réelles qui sont légalement imposées à l'usufruitier et au nu-propiétaire.

320. Nature réelle de l'obligation d'entretien du bien à la charge de l'usufruitier. – Ainsi, malgré la théorie classique qui postule une indépendance parfaite entre usufruitier et nu-propiétaire, il faut admettre que l'usufruitier n'est pas seul pour gérer ou administrer le bien. A cet égard, l'obligation d'accomplir des réparations d'entretien tendant à la conservation du bien est d'une nature particulière. Sans doute peut-on voir ici une obligation de nature personnelle. La

¹ Voir parmi d'autres J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., n°754 et s., p. 1676 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°781 et s., p. 700 et s.

² Voir ainsi J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 282 : « *L'usufruitier ne construit pas, il mange : il n'essaie même pas de retarder l'effet destructeur du temps, il vit. Donnez aux propriétaires l'esprit usufruitier... Ils chercheront à tirer de l'immédiat rendement maximum, dût le fonds en crever ; mais ne comptez pas sur eux pour lutter contre la dégradation des sols et l'érosion...* ».

³ Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. I, 1833, n°7, p. 4. Adde G. Cornu, *Les biens*, préc., n°64, p. 152 et s. ; Avant-projet de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens, sous l'égide l'Association Henri Capitant, art. 577 : « *La conservation des biens objets de l'usufruit est une obligation d'intérêt commun pour le propriétaire et l'usufruitier* ».

situation du nu-proprétaire en cas d'inexécution par l'usufruitier de son obligation d'entretien semble en effet attester l'existence d'une obligation de cette nature puisqu'il peut exiger l'accomplissement de ces dépenses¹, en réclamer le remboursement s'il les a lui-même payées², voire solliciter judiciairement la déchéance de l'usufruitier de ses droits³.

Mais cela procède à notre sens d'une qualification inappropriée. L'obligation d'entretien qu'assume l'usufruitier nous paraît bien plus relever de la catégorie des charges réelles. En effet, on l'a dit, l'obligation réelle est celle qui impose au débiteur d'accomplir une prestation à raison et dans la mesure de la chose qu'il détient⁴. C'est, pour reprendre les termes de Monsieur Aberkane, une obligation qui tend « *exclusivement à satisfaire le droit réel qu'elle extériorise* »⁵. Pour le dire autrement, l'obligation est réelle parce qu'elle est l'accessoire d'un droit réel principal, une condition d'efficacité de ce droit réel en permettant à son titulaire d'imposer au titulaire d'un droit concurrent des prestations positives. Or, telle est la fonction de l'obligation d'entretien assumée par l'usufruitier : elle vient compléter le droit du nu-proprétaire en lui assurant une garantie en vue de la restitution du bien à l'extinction de l'usufruit. Aussi bien l'obligation d'entretien à la charge de l'usufruitier doit-elle être considérée comme une véritable obligation réelle⁶.

Par là se justifie d'ailleurs le régime particulier de cette obligation. Naturellement, son créancier – le nu-proprétaire – dispose des mêmes moyens de coercition que le créancier personnel⁷. Mais, surtout, la qualification d'obligation réelle permet d'expliquer que cette charge

¹ Voir spécialement Cass. civ., 27 juin 1825, *S.* 1825. 1. 142 : « *il n'y a aucune loi qui autorise l'usufruitier à différer ou à suspendre l'exécution de l'obligation qui met à sa charge les réparations d'entretien, et le nu-proprétaire a un intérêt réel actuel à ce qu'elles soient faites sans délai, afin de conserver la substance de la chose et d'en prévenir le dépérissement ; il peut, par conséquent, contraindre l'usufruitier à les faire au moment où elles sont reconnues nécessaires* ». Dans le même sens Montpellier, 7 juin 1831, *S.* 1832. 2. 10 ; Colmar, 18 juill. 1952, *JCP* 1953. IV. 71. *Adde* Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°829 ; Ch. Atias, *Les biens*, préc., n°241.

² Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1962, *Bull. civ.* I, n°175 ; *JCP* 1963. II. 13272, note H. G. ; *RTD civ.* 1962. 527, obs. H. Solus.

³ C. civ., art. 618.

⁴ Voir *supra* n°70 et s.

⁵ H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. Fréjaville, LGDJ, 1957, spéc. n°27, p. 25. Dans le même sens, voir J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002, n°54 et s., p. 71 et s.

⁶ Voir en ce sens L. Michon, *Des obligations propter rem dans le code civil*, thèse Nancy, 1891, n°75, p. 69 ; M. de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937, p. 258 et s. ; H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préc., n°38 et s., p. 33 et s. ; J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, préc., n°273 et s., p. 289 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°775, p. 694 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°345, p. 503 et s. ; F. Rouvière, *JCl. Civil Code*, Art. 637 à 639, préc., n°37 et s. De façon plus nuancée voir C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°702 et s., p. 374 et s. Comp toutefois Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. X, n°577 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, par M. Picard, préc., n°837 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les biens*, préc., n°76.

⁷ Voir parmi d'autres H. Aberkane, *op. cit.*, n°106 et s., p. 140 et s. ; J. Scapel, *op. cit.*, n°273 et s., p. 289 et s. Voir ainsi la jurisprudence qui permet au nu-proprétaire de contraindre l'usufruitier à faire les dépenses d'entretien au moment où elles sont reconnues nécessaires : Cass. civ., 27 juin 1825, préc. ; Montpellier, 7 juin 1831, préc. ; Colmar, 18 juill. 1952, préc.

pèse sur le tiers acquéreur de l'usufruit¹. S'il s'était agi d'une obligation purement personnelle de l'usufruitier, son cessionnaire n'aurait en effet pas été tenu d'assumer les dépenses d'entretien. Aussi, si l'obligation d'entretien est transmise au nouvel usufruitier, c'est parce qu'elle suit le droit d'usufruit dont elle n'est que l'accessoire, autrement dit qu'elle est une obligation réelle. Semblablement, la qualification d'obligation réelle permet de comprendre l'extinction de l'obligation d'entretien suite à celle du droit d'usufruit. L'abandon de l'usufruit réalisant la réunion sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu-propiétaire, on ne voit guère comment l'ancien usufruitier ou ses ayants cause universels devraient continuer à entretenir la chose². Le caractère accessoire de cette obligation implique en effet la libération de l'usufruitier pour l'avenir si son droit s'éteint. Ainsi s'explique qu'il ne soit plus tenu, pour l'avenir, d'assumer l'entretien de la chose, s'il abandonne son droit³.

321. Nature réelle de l'obligation des grosses réparations à la charge du nu-propiétaire. – En outre, si l'usufruitier est tenu d'accomplir les réparations d'entretien, le nu-propiétaire est obligé d'effectuer les grosses réparations, à la condition qu'elles n'aient pas été rendues nécessaires suite au défaut d'entretien de l'usufruitier⁴.

Il reste qu'une jurisprudence bien assise refuse d'autoriser l'usufruitier à agir contre le nu-propiétaire pour le contraindre à exécuter cette obligation⁵, sauf si l'acte constitutif l'a prévu⁶. Et si l'usufruitier fait ses dépenses, il ne peut obtenir qu'une indemnisation à l'expiration de l'usufruit, dont le montant ne saurait dépasser ni les frais engagés ni la plus-value apportée au

¹ Le cessionnaire de l'usufruit peut ainsi être tenu envers le nu-propiétaire du paiement des réparations devenues nécessaires au cours de la jouissance du cédant, sauf à se retourner ensuite contre celui-ci.

² Voir Cass. req., 27 avr. 1909, *DP* 1912. 1. 245, qui décide que le nu-propiétaire est tenu des réparations d'entretien, dès lors qu'il a eu, en fait, la jouissance gratuite de la chose.

³ Reste la question de savoir si l'abandon libère l'usufruitier pour les réparations devenues nécessaires durant sa jouissance. Certains l'ont soutenu (Delvincourt, *Cours de droit civil*, t. I, préc., p. 523 et s.). D'autres subordonnent cette libération à la restitution des fruits perçus depuis l'entrée en jouissance (Proudhon, *op. cit.*, t. V, 1^{ère} éd., n°2191 ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. II, 6^{ème} éd., par P. Esmein, § 231, p. 675 et s.). Mais ces arguments ne sont guère convaincants. L'abandon ne peut libérer le débiteur d'une obligation actuelle et exigible. Comme toute obligation, la réparation d'entretien devenue nécessaire en cours de jouissance de l'usufruitier ne peut s'éteindre qu'en raison de l'un des modes d'extinction d'une obligation, dont le principal est le paiement. Aussi bien l'usufruitier ne peut-il pas être libéré pour le passé de son obligation d'entretien. Voir en ce sens L. Michon, *op. cit.*, n°101 et s. ; H. Aberkane, *op. cit.*, n°118 et s., p. 157 et s. ; J. Scapel, *op. cit.*, n°202 et s., p. 217 et s. ; A. Breton, « Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français », *RTD civ.* 1928. 261 et s., spéc. n°71, p. 360 et s. ; B. Boublé, « La fonction libératoire du déguerpissement », *JCP* 1973. I. 2518, spéc. n°31 ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°825, p. 734.

⁴ C. civ., art. 605, al.2.

⁵ Cass. req., 10 déc. 1900, *DP* 1901. 1. 209, note Guénée ; S. 1904. 1. 36 ; Cass. civ., 3^{ème}, 30 janv. 1970, *Bull. civ.* III, n°83 ; *RTD civ.* 1970. 593, obs. J.-D. Bredin ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 oct. 1985, *Bull. civ.* III, n°119 ; *Defrénois* 1986. 1502, obs. H. Souleau ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 mai 1989, *Bull. civ.* III, n°100 ; *Defrénois* 1990, art. 34750, n°11, obs. J.-L. Aubert ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 oct. 2009, n°07-12.488.

⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 9 oct. 1985, préc.

bien par les travaux¹. En somme, comme tout propriétaire, le nu-propriétaire est libre de ne pas prendre soin de son bien et de l'abandonner au dépérissement.

Cette position est critiquable. C'est omettre que la propriété est ici démembrée. Or, l'imbrication des droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire implique que le bien qui leur sert d'assiette commune soit maintenu en état. Et, dans cette logique, le nu-propriétaire doit effectuer les dépenses de conservation du bien qui excèdent celles de la jouissance, à savoir les grosses réparations. Sans doute pourra-t-on objecter que la nue-propriété et l'usufruit sont deux droits isolés l'un de l'autre, de sorte qu'aucun rapport personnel n'existe entre leurs titulaires. Mais c'est là une objection bien fragile. Comme on l'a vu, les deux droits sont unis par un intérêt commun à la conservation de la chose. Et celui-ci fonde chacun à demander à l'autre l'accomplissement de ses obligations. C'est ainsi que des obligations positives pèsent sur l'usufruitier, que le nu-propriétaire peut contraindre à accomplir. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi pour le nu-propriétaire ? Parce que le nu-propriétaire, privé des revenus du bien, serait contraint d'amputer son capital pour procéder aux réparations ? Mais on a justement souligné que « *l'usufruitier, avec les revenus dont il dispose, n'est pas plus que le propriétaire en mesure de faire face aux grosses réparations ; il n'est d'autre moyen qu'un emprunt hypothécaire ; or, seul le nu-propriétaire est en droit de le contracter* »². Au fond, on le perçoit, il est difficile de justifier ce défaut de symétrie entre la condition de l'usufruitier et celle du nu-propriétaire. Il nous semble, au contraire, que la communion d'intérêts existant entre usufruitier et nu-propriétaire commande à ce dernier de s'assurer de la conservation de la chose et, par voie de conséquence, d'effectuer immédiatement les grosses réparations³. A cet égard, à l'instar de l'obligation d'entretien de l'usufruitier, l'obligation des grosses réparations du nu-propriétaire est liée à sa qualité, de sorte que la nature de cette obligation est sans doute réelle. En effet, c'est parce qu'il est nu-propriétaire qu'il doit faire ces dépenses ; aussi, s'il devait céder son droit, son obligation serait également transmise à son ayant cause. En conséquence, loin d'être une obligation personnelle, attachée à la personne de son débiteur, l'obligation d'effectuer les grosses réparations est, en réalité, une obligation réelle⁴.

¹ Voir par exemple Cass. civ., 17 juill. 1911, *DP* 1911. 1. 457 ; Paris 27 mai 1936, *S.* 1937. 2. 42 ; Paris 31 oct. 1961, *D.* 1962. somm. 66.

² J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., n°767, p. 1696.

³ Voir en ce sens H. Aberkane, *op. cit.*, n°45 et s. ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°714 et s., p. 381 et s. ; Delvincourt, *Cours de droit civil*, préc. t. I, p. 524-525 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, préc., t. VI, n°548 ; Josserand, *Cours de droit civil*, préc., t. I, n°1890 ; J. Carbonnier, *op. cit.* ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°338, p. 497 et n°345, p. 503 et s. ; Berriat Saint-Prix, *Rev. crit. de leg. et de jurispr.* 1861. 193 et s. ; Durant, *Rev. crit. de leg. et de jurispr.* 1935. 34 et s. ; J.-F. Pillebout, *JCP éd. N* 1977. 173, spéc. n°33. Dans le même sens voir l'avant-projet de réforme de droit des biens, art. 578 et s., spéc. art. 580 : « *L'usufruitier ou le propriétaire peut demander au juge de contraindre l'autre à exécuter son obligation ou de l'autoriser à faire réaliser les travaux nécessaires incombant à l'autre* ».

⁴ Voir ainsi H. Aberkane, *op. cit.*, n°40 ; C. Brenner, *op. cit.*, spéc., n°716 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc.

§ 2 - LA DOUBLE LIBERALITE D'USUFRUITS SUCCESSIFS

322. Originalité de l'opération. – La double libéralité en usufruit et en nue-propiété peut être affectée d'une modalité, notamment d'une condition. La jurisprudence en a fait de multiples applications¹. Ainsi, la libéralité de l'usufruit à *Primus* et de la nue-propiété à ses enfants nés ou à naître et à défaut d'enfant à *Secundus* constitue une libéralité simple de l'usufruit et une libéralité conditionnelle de la nue-propiété, les enfants nés ou à naître de *Primus* étant gratifiés sous condition résolutoire de leur décès, *Secundus* étant gratifié sous condition suspensive du prédécès des enfants de *Primus*². Ainsi encore, au cas de libéralité de l'usufruit à *Primus* et *Secundus* et de la pleine propriété au survivant d'entre eux, il y a lieu de considérer qu'une libéralité de la nue-propiété est consentie à chacun d'eux sous la condition suspensive de sa survie³. Ainsi encore, la libéralité de l'usufruit à *Primus* et de la nue-propiété à l'aîné des enfants qu'il laissera à son décès doit être analysée en une libéralité simple de l'usufruit à *Primus* et en une libéralité conditionnelle de la nue-propiété, l'héritier légitime étant gratifié sous condition résolutoire que *Secundus* décède sans postérité⁴. Cependant, il ressort de ces différentes stipulations que l'économie est toujours la même. Le jeu de la condition fait qu'il y aura, en définitive, une libéralité en usufruit et une autre en nue-propiété.

Tel n'est pas l'effet produit par la stipulation d'une clause d'usufruits successifs. Cette clause, d'un usage fréquent en pratique, est le moyen pour le disposant de gratifier plus de deux personnes appelées à jouir successivement d'un même bien. En effet, il n'y a plus ici deux libéralités, mais trois libéralités : un gratifié en nue-propiété et deux gratifiés en usufruit, lesquels vont exercer successivement leur droit. Mais l'originalité de cette clause, on le perçoit, ne réside pas tant dans la réalisation de trois libéralités que dans cette double libéralité en usufruit. A cet égard, si l'on peut aisément convenir que chaque gratifié en usufruit exerce successivement la fonction d'intermédiaire de la libéralité que le disposant consent au gratifié en nue-propiété, il reste que la nature des droits de l'usufruitier de second rang est débattue.

323. Nature des droits de l'usufruitier de second rang. – La clause d'usufruits successifs a été l'objet de deux analyses opposées⁵. Suivant la première, le bénéficiaire de la réversion est un

¹ Sur l'analyse de ces manifestations, voir S. Godechot, *JCl Civil Code*, Art. 896 à 899, préc., n°72 et s.

² Cass. req., 13 nov. 1918, *DP* 1921. 1. 119.

³ Paris, 21 janv. 1909, *S.* 1909. 2. 270.

⁴ Cass. req., 30 avr. 1855, *DP* 1855. 1. 207 ; *S.* 1856. 1. 607.

⁵ Sur ces analyses, voir parmi d'autres L. Bélanger, *La condition de survie et l'acte juridique*, préc., n°226 et s., p. 184 et s. ; M. Grimaldi, « Les donations à terme », préc. ; C. Salinière, « La réversibilité des donations », *RTD civ.* 2004. 21 et s. ; C. Farge, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Deffrénois* 2005, art. 38249, p. 1560 et s. ; N. Petroni-Maudière, « Pour une nouvelle analyse de la clause de réversibilité d'usufruit au profit du conjoint survivant », *Deffrénois* 2006, art. 38362, p. 549 et s.

donataire d'un bien à venir¹ tandis que, suivant la seconde, il acquiert dès la donation un usufruit qui ne s'ouvrira qu'au décès du premier usufruitier, de sorte qu'il est un donataire d'un bien présent à terme². Mais le débat est aujourd'hui tranché en faveur de cette dernière. Reprenant l'analyse déjà donnée par la première Chambre civile le 21 octobre 1997, la chambre mixte de la Cour de cassation, par un arrêt du 8 juin 2007, a affirmé en termes clairs et nets que la clause de réversibilité doit être comprise comme « *une donation à terme de biens présents, le droit d'usufruit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis au jour de l'acte* », « *l'exercice de ce droit d'usufruit [étant simplement] différé au jour du décès du donateur* »³. Autrement dit, l'usufruitier de second rang est un gratifié « à terme », en ce sens qu'il ne peut exercer son droit réel qu'au jour du décès du premier usufruitier.

Encore faut-il relever que le caractère viager de l'usufruit affecte nécessairement l'effectivité des droits du second usufruitier. Le report de son exercice au jour du décès du premier usufruitier suppose, en effet, qu'il survive à celui-ci. Mais qu'on comprenne bien : ce n'est pas dire que la libéralité au second usufruitier est subordonnée à la réalisation d'une condition. Singulière figure que serait alors cette libéralité qui serait affectée à la fois d'un terme et d'une condition. En réalité, la survie du second usufruitier n'est pas une condition, entendue comme modalité d'une obligation. Cet événement futur et incertain ne subordonne nullement la naissance de l'usufruit ; bien au contraire, ce droit est acquis définitivement dès le jour de l'acte par le second usufruitier. Simplement, l'usufruit étant un droit viager, il s'éteint au décès de son titulaire. Aussi bien, le droit du second usufruitier s'étant éteint par suite de son décès, ses héritiers ne peuvent plus l'exercer à la survenance du terme. Voici pourquoi dit-on que l'exercice de son droit par le second usufruitier est reporté au décès du premier usufruit, à la condition qu'il lui survive.

En conséquence, il convient de retenir que le second usufruitier est investi définitivement d'un droit d'usufruit dès le jour de l'acte, mais l'exercice de son droit se trouve différé au décès du premier usufruitier.

Ainsi qualifiée, la clause d'usufruits successifs permet au disposant de prévoir une succession d'intermédiaires de la libéralité consentie au nu-propriétaire.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 1983, *JCP* 1984. II. 20257, note M. Salle de la Marnière ; *JCP éd. N* 1984. 116, note Ph. Rémy ; *RTD civ.* 1984. 349, obs. J. Patarin ; *Deffrénois*, 1983, art. 33158, obs. G. Champenois, et 33609, note M. Grimaldi. Voir également, de façon plus nuancée, Cass. com., 2 déc. 1997, *D.* 1998. 263, note G. Tixier ; *Deffrénois* 1998, art. 36782, note A. Chappert, qui affirme que « *le deuxième usufruit est soumis à la condition de survie du second bénéficiaire* » sans préciser pour autant que la donation n'est pas de bien présent.

² Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *Bull. civ.* I, n°291 ; *JCP* 1997. II. 22969, note I. Harel-Dutirou ; *RTD civ.* 1998. 271, obs. J. Patarin ; *ibid.*, 937, obs. F. Zenati ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, *Bull. civ.* III, n°220 ; *RTD civ.* 2003. 133, obs. J. Patarin. *Rapp.* Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, *Bull. civ.* I, n°128 ; *RTD civ.* 1992. 165, obs. J. Patarin ; *ibid.*, 598, obs. F. Zenati.

³ Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *D.* 2007. 1731, note C. Delaporte-Carré ; *JCP* 2007. II. 10130, note G. Goubeaux ; *RTD civ.* 2007. 588, obs. crit. Th. Revet ; *ibid.*, 605, obs. M. Grimaldi.

* * *

324. Conclusion de la Section. – La double libéralité peut reposer sur la technique de la charge réelle. A la différence de la charge personnelle, la charge réelle n'est pas une obligation que le disposant impose à son gratifié, mais une obligation inhérente au droit transmis par celui-ci. Il en est ainsi de l'usufruit : en transmettant à titre gratuit l'usufruit d'un ou plusieurs biens au premier gratifié et la nue-propiété correspondante au second gratifié, le disposant investit l'intermédiaire-gratifié d'un droit de jouissance, lequel, à raison de sa nature, emporte une série d'obligations envers le bénéficiaire final, gratifié en nue-propiété.

Mais la richesse de l'usufruit ne s'arrête pas là. Celui-ci peut être décliné presque à l'envi par le disposant. En ce sens, il est loisible au disposant de consentir un ou plusieurs usufruits successifs, chacun de ces usufruitiers en puissance étant également des intermédiaires potentiels de la libéralité consentie au second gratifié.

Au-delà de la charge réelle, la double libéralité peut encore reposer sur autre technique : la condition.

SECTION III : LES DOUBLES LIBERALITES REPOSANT SUR LA TECHNIQUE DE LA CONDITION

325. Domaine. Double libéralité sous condition inverse. – En tant que modalité de l’obligation, la condition peut affecter soit un seul effet de l’acte juridique tout en laissant purs et simples les autres, soit tous les effets de celui-ci ; on parle alors volontiers de contrat conditionnel. C’est dans cette mesure que la condition peut être un procédé d’une libéralité à trois personnes.

Précisément, l’efficacité de la double libéralité que consent le disposant à ses deux gratifiés est sous condition inverse. L’on dit aussi que cette double libéralité est une libéralité alternative¹. Mais qu’on comprenne bien. Il ne s’agit pas d’évoquer l’obligation alternative, c’est-à-dire l’obligation qui porte sur deux ou plusieurs prestations dont chacune est libératoire pour le débiteur². L’alternative dont il est ici question est celle qui concerne l’acte juridique, la libéralité, et non pas seulement l’obligation du disposant, la prestation qu’il doit accomplir. La libéralité alternative suppose ainsi la formation de deux libéralités, mais dont l’efficacité de chacune d’elles est soumise à une condition inverse. Le jeu de la condition fait qu’il existe deux libéralités parallèles : l’une est sous condition résolutoire, et doit être considérée comme non avenue si l’évènement arrive ; l’autre est sous condition suspensive, et se trouve subordonnée à l’arrivée de ce même évènement. Le mécanisme de la condition fait donc se succéder dans le temps une période d’incertitude puis une période de dénouement, laquelle connaît toujours la même alternative : défaillance ou réalisation de l’évènement.

Se dessine ainsi les rôles de chaque protagoniste de la libéralité à trois personnes : le disposant investit le premier gratifié de droits sous condition résolutoire, lequel assure alors la fonction d’intermédiaire de la libéralité sous condition suspensive. *Pendente conditione*, le gratifié sous condition résolutoire jouit seul des biens, qui forment l’objet de la libéralité ; simplement l’incertitude de l’évènement mis en condition frappe ses actes de précarité et lui impose, ce faisant, d’adopter un comportement respectueux des intérêts du gratifié sous condition suspensive.

326. Exclusion de la substitution vulgaire. – Encore convient-il de circonscrire, parmi les libéralités affectées d’une condition, celles qui sont des libéralités à trois personnes. A cet égard,

¹ F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°576, p. 466 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°366, p. 366.

² C. civ., art. 1189 et s.

bien qu'elle repose sur cette technique, la substitution vulgaire ne saurait faire partie de notre étude. En effet, la substitution vulgaire est une institution en sous-ordre. Elle est précisément la clause d'une libéralité en vertu de laquelle « *le disposant désigne subsidiairement une seconde personne qui recueillera le don ou le legs, mais seulement pour le cas où le donataire ou légataire appelé en première ligne ne le recueillerait pas* »¹. Le second gratifié n'est ainsi institué qu'à défaut du premier. Si la condition ne se réalise pas, les biens, qui forment l'objet de la libéralité, sont attribués à la personne désignée subsidiairement. Partant, la seconde libéralité ne prend naissance que dans l'hypothèse où la formation de la première est impossible, à raison notamment du prédécès ou de la non-acceptation du premier gratifié. Il n'y a ce faisant jamais deux libéralités valablement formées. Or, telle n'est pas la situation recherchée par le disposant d'une libéralité à trois personnes.

Au fond, on le perçoit, le mécanisme de la condition ne peut être utilisé que s'il confère au gratifié sous condition résolutoire des prérogatives de jouissance pendant la période d'incertitude tout en assurant aux deux gratifiés une vocation concurrente au bénéfice de la libéralité, au jour de la dissipation de l'incertitude.

327. Intérêts de la double libéralité conditionnelle. – Pour autant, depuis que les libéralités graduelles sont licites, les doubles libéralités conditionnelles ont perdu une partie de leur intérêt pratique, à telle enseigne qu'on pourrait douter de leur avenir. La jurisprudence, on l'a vu, souhaitant donner effet à des dispositions nulles comme constitutives de substitutions fidéicommissaires, les qualifiait volontiers de libéralités conditionnelles alternatives valables. Aussi, la libéralisation des libéralités graduelles n'est-elle pas dorénavant le signe d'une absence d'autonomie des doubles libéralités conditionnelles ? Rien n'est moins sûr. Car le domaine de la condition dépasse largement celui du mécanisme graduel. L'*ordo successivus* des libéralités graduelles suppose, en effet, que la seconde libéralité ne produise ses effets qu'au décès du premier gratifié. Aussi, la condition recouvre tout son attrait lorsque le disposant entend subordonner les droits du second gratifié à l'avènement d'une autre circonstance que celle du décès pur et simple du premier gratifié.

A cet égard, le disposant a en principe toute latitude pour définir les contours de l'évènement choisi comme condition². Il est ainsi libre de concevoir cet évènement sous une forme positive ou négative ; de l'enfermer ou non dans un temps fixe, c'est-à-dire de prévoir s'il doit survenir ou

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Substitution.

² Encore faut-il que la condition ne soit pas impossible, illicite ou immorale (C. civ., art. 900).

non avant telle échéance donnée ; de déterminer la façon dont l'incertitude doit se dissiper, sous réserve, en cas de donation, de ne pas enfreindre les dispositions de l'article 944 du Code civil¹.

Cependant, la technique de la condition se voit concurrencer également par la technique de la stipulation pour autrui. Or, ici encore, une certaine ressemblance de fait entre les résultats produits par la condition et la charge pourrait inciter l'interprète à leur assimilation. Mais si forte que soit, en fait, l'analogie entre ces opérations, elle ne justifie pas qu'on les soumette à un même régime. Alors que la charge suppose l'accomplissement par le premier gratifié d'une ou plusieurs obligations au profit du second gratifié, le jeu de la condition fait que les prérogatives de l'intermédiaire s'éteignent automatiquement, par l'effet de l'acte qui en est la source, par la survenance de l'évènement². Autrement dit, si charge et condition sont deux techniques concurrentes susceptibles d'aboutir au même résultat, elles ont chacune un domaine et une efficacité qui leur est propre.

328. Caractère accessoire de la condition. – L'autonomie des doubles libéralités conditionnelles acquise, il convient d'en présenter les principaux caractères. D'une part, la condition a ici une origine volontaire, en ce sens que c'est le disposant qui détermine l'évènement futur et incertain³. D'autre part, et surtout, la condition n'est qu'un élément accessoire de l'acte du disposant. En ce sens, le vocable accessoire a souvent pour objet de mettre en évidence le caractère nécessairement adventice de la subordination de l'effet de l'acte à l'évènement conditionnel⁴. Mais le terme accessoire met aussi l'accent sur le fait que la condition ne peut être essentielle à la structure de l'acte juridique⁵. Autrement dit, le caractère accessoire signifie,

¹ Si la condition est purement potestative de la part du donateur, elle entraîne la nullité de la donation. Pour autant, on pourrait douter de l'application de cet article à l'hypothèse de la double donation sous condition inverse. En effet, si la réalisation de l'évènement dépend exclusivement de la volonté du donateur, il ne reprend pas ce qu'il a donné au donataire sous condition résolutoire puisque la dissipation de l'incertitude profite nécessairement au gratifié sous condition suspensive. Il n'en demeure pas moins que la logique de ce texte est la même que celle du droit commun (C. civ., art. 1174), à savoir assurer le sérieux de l'engagement conditionnel. Or, si la condition est purement potestative, le consentement du donateur n'est pas réel. Qu'il nous suffise pour s'en convaincre de relire Pothier : « *l'obligation étant juris vinculum quo necessitate abstringimur, et renfermant essentiellement une nécessité de donner ou de faire quelque chose, rien n'est plus contraire à sa nature que de la faire dépendre de la pure volonté de celui qu'on supposerait la contracter ; et par conséquent une telle condition ne suspend pas, mais détruit l'obligation qui pèche en ce cas par le défaut de lien* » (*Traité des obligations*, préc., n°205). Par conséquent, les exigences de l'article 944 du Code civil doivent être applicables à la double donation sous condition inverse.

² Sur la distinction entre charge et condition, voir *supra* n°81 et s.

³ Sur la discussion plus générale du point de savoir si une condition peut être d'origine légale, voir R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. VIII, par G. Lagarde, 1937, n°730-731 ; J.-J. Tassiné, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°341 et s. ; O. Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, préc., n°1048 et s. ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préc., n°135 s. ; Ph. Derouin, « Pour une analyse fonctionnelle de la condition », *RTD civ.* 1978. 1, spéc. n 23 et s.

⁴ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIII, Obligations, t. II, 1907, n°745 et s. ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6^{ème} éd., par E. Bartin, § 302, p. 88.

⁵ Voir à ce propos la démonstration de J.-J. Tassiné, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., spéc. n°211 et s. Voir également M. Latina, *Essai sur la notion de condition en droit des*

d'abord, que l'évènement conditionnel ne conditionne pas l'existence de l'acte juridique, qu'elle n'est pas essentielle à sa formation et, ensuite, qu'elle est adventice, qu'elle n'affecte pas la structure de l'acte. Partant, si l'acte peut parfaitement exister indépendamment de la condition, c'est qu'elle ne peut être choisie parmi les éléments nécessaires à sa formation.

Appliquée à notre matière, cette exigence fait qu'il ne saurait y avoir une double libéralité conditionnelle si l'incertitude frappe l'un de ses éléments essentiels, requis par la loi pour sa formation même. Aussi bien l'incertitude ne saurait porter sur le consentement des deux gratifiés, leur capacité à recevoir à titre gratuit du disposant, l'objet de la libéralité, ou encore la cause de celle-ci. L'assertion est importante, notamment à l'égard du second gratifié puisqu'il doit être capable d'accepter la libéralité dès sa formation, c'est-à-dire être au moins conçu soit au moment de la donation, soit, si la libéralité est un testament, à la date du décès du testateur¹.

329. Rapports entre les deux gratifiés *pendente conditione*. – Durant l'incertitude, il est totalement fait abstraction de cette résolution. Aussi peut-on dire que le gratifié sous condition résolutoire est le maître absolu, un plein propriétaire, des biens compris dans la libéralité. Cependant, cet état de droit est contrarié par l'évènement conditionnel, de sorte qu'il se trouve obligé, en fait, d'adopter un comportement respectueux des intérêts du gratifié sous condition suspensive.

A cet égard, si l'on braque le projecteur sur le second gratifié, on observe que, *pendente conditione*, l'efficacité de la libéralité est paralysée : la condition suspensive l'empêche de produire son principal effet². Héritière de la *condicio a qua* romaine³, la condition suspensive entraîne une situation paradoxale : pendant cette période d'incertitude, l'obligation, dit-on, n'existe pas, mais le

contrats, préc., n°38 et s., p. 32 et s. Adde G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. I, spéc. n°611 et t. II, n°1342 ; J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, préc., spéc. n°292.

Sans doute, certains articles du Code civil suggèrent davantage l'affectation de l'exécution de l'obligation et non plus de son existence. Il en est ainsi des articles 1181, al. 2, 1040 et 1170, ou encore 1178 du Code civil, ce qui laisse entrevoir, pour certains, que « l'effet suspensif de la condition pourrait fort bien s'exercer à l'égard de phénomènes autres que la naissance d'obligations » (D. Bonnet, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. Vareilles-Simmières, LGDJ, 2005, n°782). Mais, à l'instar de la doctrine traditionnelle, il semble que ces dispositions ne sont pas significatives et ne sont, au vrai, que des conséquences de l'affectation par la condition de l'existence de l'obligation (J.-J. Taisne, *op. cit.*, n°280).

De surcroît, les codifications internationales savantes adoptent cette position. Voir les art. 49 et 50 de l'Avant-projet de Code européen des contrats, *Gaz. Pal.* 21 et 22 févr. 2003, n°52, p. 240 et s., spéc. p. 248 ; les Principes du droit européen du droit des contrats élaborés par la commission Lando, version française préparée par G. Rouhette avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon et C. Witz, *Société de législation comparée*, 2003, spéc. p. 575.

¹ Sur cette exigence, voir *infra* n°338 et s.

² Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 1955, *D.* 1956, somm. comm., p. 40 : « c'est à bon droit qu'après avoir relevé que la vente d'un immeuble sous condition suspensive était parfaite au moment où elle a été conclue, par l'effet de l'accord des parties sur la chose et sur le prix [...] » ; Cass. com., 10 juill. 1984, *Bull. civ.* IV, n°226 : « Mais attendu que si la vente ne pouvait être exécutée aussi longtemps que ne serait pas satisfaite la condition suspensive, cette vente n'en était pas moins parfaite dans sa conclusion [...] ».

³ R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 5^{ème} éd., 1970, n°210 et s., p. 288 et s.

bénéficiaire de l'engagement conditionnel n'est pas dépourvu de droit¹. Pour l'expliquer, il est fait appel à la notion d'obligation en germe, ou plutôt, selon l'expression consacrée, de « *germe de droit* »², lequel confère à son bénéficiaire un « *droit au bénéfice de la condition* »³. Concrètement, ce germe de droit n'emporte pas un démembrement de la propriété⁴. C'est seulement l'effet translatif de l'acte qui est atteint par la condition, et non pas le droit transmis⁵. Aussi, *pendante conditione*, le second gratifié ne peut-il pas accomplir tous les actes liés à la qualité de propriétaire⁶. Mais il serait difficile de comprendre l'utilité de l'engagement conditionnel si la suspension du transfert de propriété n'était tempérée par la possibilité pour le créancier de s'assurer du « *maintien des éléments nécessaires à l'acquisition du droit futur autres que la réalisation de la condition* »⁷. Ainsi, en vertu de l'article 1180 du Code civil, le bénéficiaire final peut-il se protéger contre les initiatives du débiteur par l'accomplissement de mesures conservatoires⁸. De même, comme tout droit patrimonial, ce germe de droit a une valeur patrimoniale. Aussi comprend-on qu'il soit transmissible entre vifs ou à cause de mort⁹.

¹ Voir par exemple F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVII, 1878, n°87, p. 107 : « Elle existe, mais elle n'existe pas encore d'une manière certaine, elle n'existera d'une manière certaine que lorsque la condition s'accomplira ». Adde F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc., n°1230, p. 1215 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., spéc., n°1238 ; B. Fages, *Droit des obligations*, préc., spéc., n°172 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, préc., spéc., n°136, p. 265 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, préc., spéc., n°280, p. 249 ; Th. Revet, « La prise d'effet du contrat », *RDC* 2004. 29 et s., spéc. p. 41.

² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* ; B. Fages, *op. cit.* ; J. Carbonnier, *op. cit.* ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.* ; Th. Revet, *op. cit.*

³ J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°291 et s., p. 406 et s. Voir dans le même sens Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 25, 1871, n°360, p. 352 : « *droit acquis, quoiqu'éventuel, à la prestation de ce qui fait la matière de l'obligation* » ; Colin et Capitant, *Traité de droit civil français*, t. 2, par Julliot de la Morandière, 1959, n°1695 : « *droit à la naissance de la créance* » ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 427 : « *droit à ce que la condition puisse utilement se réaliser plus tard* ». Adde J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, préc., spéc., n°281, p. 249 : « *c'est un droit en puissance, un droit potentiel qui peut ne jamais se réaliser pleinement* » ; B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, thèse Strasbourg III, 1999, p. 43 : « *droit actuel à la protection et à l'acquisition du droit futur et incertain* ».

⁴ Cass. req., 24 févr. 1896, *S.* 1896. 1. 485 : « *Attendu qu'il est constant que la condition à laquelle la vente était subordonnée n'a pas été accomplie, que le contrat verbal de 1872 est donc resté sans effet, et que, dès lors, [le vendeur] n'avait pas perdu la propriété des immeubles qui en formaient l'objet...* » ; Cass. civ., 7 janv. 1936, *S.* 1936. 1. 98 : « *En cas de vente d'un immeuble sous condition suspensive, la propriété continue à reposer sur la tête du vendeur et l'acquéreur ne possède, pendente conditione, aucun droit réel sur l'immeuble* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 avr. 1970, *Bull. civ.* I, n°148 ; *JCP* 1971. II. 16674, obs. L. Mourgeon.

Comp. R. Demogue, « De la nature et des effets du droit éventuel », préc., spéc. p. 251 : « *L'aliénateur sous condition garde pour lui la propriété jusqu'à l'événement de la condition, il garde également la propriété pour le temps postérieur pour le cas où la condition n'arriverait pas. Mais de son droit perpétuel de propriété qui s'étend depuis aujourd'hui jusque dans l'infini, il scinde une partie : celle qui s'étend après l'arrivée de la condition, et il la donne dès maintenant à l'acquéreur* ».

⁵ Il est dès lors impropre de parler de « *propriété conditionnelle* ». L'expression est en réalité un raccourci pour désigner la modalité affectant le transfert de propriété. Voir en ce sens, J. Deprez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, thèse Rennes, spéc. n°86, p. 92 ; Ph. Jestaz, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, spéc. p. 235, note n°8 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., spéc. n°283, p. 266 ; R. Libchaber, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* 2008, art. 38816, p. 1656 et s. ; M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., n°2, p. 16.

⁶ Voir *infra* n°444 et s.

⁷ J.-M. Verdier, *Les droits éventuels*, préc., spéc., n°248. Voir également J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., spéc., n°291.

⁸ Voir *infra* n°448 et s.

⁹ C. civ., art. 1179.

330. Rétroactivité de la condition ? – A la différence de la défaillance de la condition, « *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté* »¹. Le mécanisme de la rétroactivité concourt ainsi à l'effacement de la période, dite intermédiaire, pendant laquelle la condition est pendante². Puisque, *pendente conditione*, l'acte juridique soumis à une condition résolutoire produit tous ses effets, il est indispensable, lorsque l'évènement conditionnel est arrivé, de détruire ce qui a été fait pour préserver les parties du risque auquel elles voulaient précisément échapper. Pour respecter la fonction de la condition, on ne peut donc faire autrement que de défaire ce qui a été fait avant l'arrivée de l'évènement de la condition résolutoire, c'est-à-dire d'agir sur le passé, ce qui est l'objet même de la rétroactivité. Concrètement, la réalisation de la condition entraîne la réintégration des biens dans le patrimoine de l'aliénateur initial, c'est-à-dire le disposant. Ainsi, à la survenance de l'évènement, le disposant retrouve la propriété de ses biens, ce qui permet l'exécution de l'engagement qu'il avait pris, à savoir le transfert de ces mêmes biens au profit du bénéficiaire sous condition suspensive. Ce qui explique ainsi que la transmission des biens au profit du second gratifié ne s'effectue pas entre l'intermédiaire et celui-ci³. Tous deux tiennent leurs droits du disposant, qui a conclu un engagement alternatif.

Cependant, la portée de la rétroactivité des conditions ne doit pas être exagérée. D'une part, il n'est pas de l'essence de la condition d'être rétroactive⁴. Les parties peuvent donc valablement convenir que l'obligation ne produira la plénitude de ses effets qu'à partir du jour de la réalisation

¹ C. civ., art. 1179.

² La doctrine est partagée sur l'explication qu'il convient de donner à la rétroactivité de la condition. Pour de nombreux auteurs, elle est une pure fiction légale. De sorte qu'elle doit être interprétée restrictivement : soit aux situations juridiques immatérielles et non aux faits eux-mêmes (Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc., n°398), soit aux seules hypothèses expressément indiquées par le législateur (Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. IV, préc., p. 116 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *op. cit.*, n°809-1 *in fine*). Pour d'autres auteurs, la rétroactivité serait un mécanisme non seulement utile mais conforme à la réalité : le droit sous condition suspensive préexistait à l'état latent avant l'arrivée de la condition ; il n'est que confirmé par la survenance de l'évènement (V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, art. 1179, n°558 ; L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, préc., art. 1179, n°9 ; G. Cornu, note sous Cass. civ., 8 nov. 1950, *S.* 1951. 1. 128, col. 1). Sur cette discussion voir notamment F. Filderman, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, 1935 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n°272 et s., p. 258 et s. ; L. Bélanger, *La condition de survie et l'acte juridique*, préc., n°234 et s., p. 195 et s. ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préc., n°613 et s., p. 461 et s. ; A. Chausse, « De la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. crit. de lég. et de jurispr.* 1900. 529 ; Leloutre, « Etude sur la rétroactivité de la condition », *RTD civ.* 1907. 753 ; « Des cas d'inexistence et des effets de la condition », *Rev. crit. de lég. et de jurispr.* 1912, p. 232, p. 291 (suite), p. 362 (fin) ; R. Jambu-Merlin, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTD civ.* 1948. 271.

³ Ainsi s'explique que l'exigence selon laquelle le gratifié sous condition suspensive doit être capable d'accepter la libéralité dès sa formation, et non pas seulement au jour où elle devient efficace. Ce gratifié étant investi rétroactivement de la propriété des biens de la propriété, il ne serait guère possible d'avoir un tel effet s'il n'avait pas été capable d'accepter la libéralité dès sa formation.

⁴ Voir les explications lumineuses de J. Carbonnier, note sous Trib. civ. Châtelleraut, 8 févr. 1949, *D.* 1949. 470, col. 2.

de la condition¹. D'autre part, la loi elle-même écarte parfois le jeu de la rétroactivité : l'article 1182 du Code civil, relatif au transfert des risques, dispose, en effet, que, « *si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte* ». De même, la jurisprudence écarte, en cas de réalisation de la condition, la restitution des fruits par celui qui est resté propriétaire sous condition suspensive ou qui l'est devenu sous condition résolutoire². Enfin, certains actes accomplis *pendante conditione* demeurent valables : les actes conservatoires sont en toute hypothèse maintenus ; les actes d'administration, notamment les baux, survivent aussi ; les actes de disposition eux-mêmes peuvent parfois échapper à l'anéantissement rétroactif, par application, en matière mobilière, de la règle de l'article 2276 du Code civil, et, en matière immobilière, de l'absence de publicité foncière, de la théorie de l'apparence ou de la prescription acquisitive³.

Il n'en demeure pas moins qu'on peut s'interroger sur l'efficacité de la réalisation de la condition, lorsque le disposant a prévu sa non-rétroactivité. La première libéralité ne s'effaçant pas, il apparaît en effet difficile pour le second gratifié d'opposer son droit de plein propriétaire aux tiers ayant acquis des droits réels *pendente conditione*⁴.

* * *

331. Conclusion de la Section. – La condition est la troisième technique permettant de réaliser une double libéralité à trois personnes. Elle consiste à investir chaque gratifié d'un droit sous condition inverse. Proche des doubles libéralités procédant d'une charge personnelle, elle s'en distingue néanmoins en ce sens que l'intermédiaire, gratifié sous condition résolutoire – n'est pas grevé à proprement parler de charges. Toutefois, l'incertitude quant à l'efficacité de sa libéralité et, surtout, le fait que le second gratifié ait des droits identiques, mais sous condition inverse, suppose qu'il adopte un comportement respectueux des intérêts du second gratifié, afin de ne pas compromettre son éventuelle entrée en jouissance.

* * *

¹ Cass. req., 10 févr. 1925, *S.* 1925. 1. 61 ; *Gaz. Pal.* 1925. 1.763 ; Cass. civ., 29 avr. 1931 : *Gaz. Pal.* 1931, 2, p. 85 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 févr. 1966, *Bull. civ.* I, n°121 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 avr. 1970, *JCP* 1971. II. 16674, note Mourgeon.

² Voir *infra* n°416.

³ Voir *infra* n°507.

⁴ Sur cette difficulté, voir *infra* n°508.

Conclusion du Chapitre I

332. Les libéralités à trois personnes qui réalisent deux libéralités peuvent être classées en fonction des techniques qu'elles empruntent.

Certaines d'entre elles reposent sur la technique de la charge personnelle. S'agissant de charges dont un tiers est le bénéficiaire, les règles applicables à ces opérations sont en principe celles de la stipulation pour autrui. En ce cas, la seconde libéralité, celle faite au bénéficiaire de la charge, est alors dépendante de l'existence de la première. Il reste que la technique de la charge personnelle dépasse le cadre de la stipulation pour autrui. Il est des doubles libéralités faites par le vecteur de la charge personnelle qui présentent un caractère *sui generis*. Il en va ainsi des libéralités graduelles et résiduelles. Si les charges imposées au premier gratifié lui sont personnelles, il n'en demeure pas moins qu'à la différence de la stipulation pour autrui, la seconde libéralité est indépendante de la première. Dans le même ordre d'idées, les libéralités précatives constituent une espèce singulière au sein de la catégorie des doubles libéralités procédant d'une charge personnelle. La vocation du bénéficiaire de la charge dépend ici du bon vouloir du premier gratifié. De sorte que si la charge précative est exécutée, son bénéficiaire est un gratifié, non pas du disposant originaire, mais du premier gratifié.

La charge réelle peut être également un procédé des doubles libéralités. A la différence de la charge personnelle, la charge réelle n'est pas une obligation que le disposant impose à son gratifié, mais une obligation inhérente au droit transmis par celui-ci. Sont ici concernées les doubles libéralités réalisant un démembrement de la propriété : en transmettant à titre gratuit l'usufruit d'un ou plusieurs biens au premier gratifié et la nue-propriété correspondante au second gratifié, le disposant investit l'intermédiaire-gratifié d'un droit de jouissance, lequel, à raison de sa nature, emporte une série d'obligations envers le bénéficiaire final, gratifié en nue-propriété. De même, le disposant peut stipuler une série d'usufruits successifs, chaque usufruitier, gratifié de biens présents à terme, jouant alors le rôle d'intermédiaire entre le disposant et le gratifié en nue-propriété.

Enfin, la condition est la troisième technique susceptible de réaliser une double libéralité. Est ici concernée la double libéralité conditionnelle. En ce cas, l'intermédiaire et le bénéficiaire final sont gratifiés sous condition inverse. Précisément, l'intermédiaire est investi de la propriété des biens sous condition résolutoire, de sorte qu'il en jouit librement tant que la condition est pendante, sauf à rendre compte au bénéficiaire final, gratifié sous condition suspensive, de son comportement défectueux, si la condition se réalise.

CHAPITRE II : LE REGIME JURIDIQUE DES DOUBLES

LIBERALITES

333. Recherche d'unité. – Les différentes techniques que le disposant peut employer pour consentir une double libéralité entraînent nécessairement l'application de règles propres à chacune d'entre elles. Au demeurant, le contraire eût étonné. Si chaque technique a une nature juridique qui la distingue des autres, c'est qu'elle produit naturellement des effets qui attestent sa singularité.

Il reste que chacune de ces techniques est utilisée au service d'un objectif identique : le disposant donne ou lègue un ou plusieurs biens à deux gratifiés censés en jouir successivement. A cet égard, il faut convenir que si la charge personnelle, la charge réelle et la condition permettent de réaliser cet objectif, c'est que des règles juridiques leur sont communes. Aussi est-ce dans cette perspective que l'on doit envisager le régime juridique des doubles libéralités : rechercher le socle commun de règles applicables aux doubles libéralités sans méconnaître les règles spécifiques à chacune d'elles.

334. Plan. – L'analyse du régime juridique des libéralités à trois personnes réalisant une double libéralité suppose d'examiner leurs conditions de formation (Section I) avant d'étudier leurs effets (Section II).

Section I : Les conditions de formation

Section II : Le effets juridiques

SECTION I : LES CONDITIONS DE FORMATION

335. La formation d'une double libéralité exige la réunion de trois conditions qui tiennent aux personnes (§ 1), aux biens (§ 2) et à la forme de la libéralité (§ 3).

§ 1 - LES CONDITIONS RELATIVES AUX PERSONNES

336. Comme pour toute libéralité, il est loisible au disposant de désigner toute personne qui lui semble bon de gratifier, sous réserve de respecter les règles relatives à la capacité (A). Il est cependant dérogé à certaines de ces règles lorsque la double libéralité est réalisée par le vecteur d'une charge personnelle (B).

A. Le principe

337. Liberté de choix des gratifiés. – Aucune restriction n'est imposée quant aux qualités des deux gratifiés. Peu importe qu'ils soient des personnes physiques ou personnes morales¹, des successibles du disposant – parents, quel que soit l'ordre d'appartenance, ou conjoint – ou des non-successibles – parents qui ne sont point héritiers, amis, filleuls, etc. La liberté du disposant est complète². C'est ainsi que le disposant peut désigner, comme premier gratifié, son conjoint ou sa concubine, et comme second gratifié, ses enfants ; son enfant handicapé, puis ses autres enfants ou la personne morale qui l'a pris en charge.

338. Soumission de la double libéralité aux règles de capacité des libéralités. – Il reste que chaque protagoniste de l'opération doit remplir toutes les conditions de capacité exigées par la loi. En vertu de l'article 1123 du Code civil, « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». L'article 902 consacre également cette règle à propos des libéralités : « Toutes

¹ Notons toutefois que si le premier gratifié est une personne morale, l'opération projetée par le disposant ressortit, le plus souvent, à la fiducie-libéralité d'utilité sociale. Sur ce point, voir *infra* n°...

² Se pose la question de savoir si le disposant peut déléguer au premier gratifié le choix du second gratifié. L'*intuitus personae* de la libéralité paraît s'y opposer. La désignation du gratifié ne peut être, en effet, que l'œuvre strictement personnelle de l'auteur de la libéralité. Pour autant, ce principe souffre tempérament lorsque le disposant use de la technique de la stipulation pour autrui. En ce cas, le disposant peut stipuler une « charge d'élire » les bénéficiaires finaux. Simplement, il convient d'observer qu'en pratique la charge d'élection est usitée dans les opérations de fiducie-libéralité. Le grevé de la charge est nommé seulement afin de mettre en œuvre la volonté libérale du disposant. Chargé de transmettre les biens suivant les instructions du disposant, le grevé n'a alors aucune vocation à jouir de la plénitude des utilités des biens. Précisément, il assure une double mission : d'une part, fixer la propriété entre le décès du disposant et le choix du ou des bénéficiaires de la charge ; d'autre part, choisir le ou les bénéficiaires que le disposant ne pouvait matériellement gratifier.

personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, exceptées celles que la loi en déclare incapables ». Simplement, les incapacités sont ici plus nombreuses qu'en droit commun. Ainsi, la libéralité étant un acte particulièrement dangereux en ce qu'elle est de nature à appauvrir le disposant, certaines personnes sont considérées comme incapables de disposer à titre gratuit, alors qu'elles sont capables de conclure des actes à titre onéreux. La double libéralité que consent le disposant de la libéralité à trois personnes n'échappe pas à la règle : tant les incapacités absolues que les incapacités relatives de disposer à titre gratuit s'imposent au disposant vis-à-vis des deux gratifiés¹. De même, l'ensemble des règles posant des incapacités absolues ou relatives de recevoir à titre gratuit s'applique à chaque gratifié².

Ces incapacités de disposer et de recevoir doivent, en principe, s'apprécier à la date où l'intéressé exprime sa volonté : au jour où le disposant émet son offre de libéralité, au jour où le gratifié l'accepte³.

339. Application de l'article 906 du Code civil. – Sous cet aspect, il est important de souligner que la capacité de recevoir à titre gratuit de chaque gratifié doit exister au moment de l'acte, ce qui suppose, selon l'article 906 du Code civil, que chacun soit déterminé ou au moins déterminable, et conçu, soit à l'époque de la donation entre vifs, soit à l'époque du décès du testateur⁴. Concrètement, cela signifie qu'aucun des deux gratifiés ne peut être une personne future ou une personne indéterminée.

L'article 906 est le résultat d'une longue évolution. Contrairement au Droit romain classique⁵, notre Ancien droit avait admis très largement les libéralités à des personnes physiques futures⁶. Les dispositions à cause de mort au profit de tels bénéficiaires étaient valables et, en matière de donations entre vifs, l'on était parvenu à cette solution en recourant à une fiction de stipulation pour autrui. Le notaire, assimilé au *servus publicus* du droit romain, jouait ce faisant le rôle de

¹ Sur ces différentes incapacités de disposer à titre gratuit, voir parmi d'autres Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°321 et s., p. 161 et s.

² Sur ces règles, voir notamment Ph. Malaurie, *op. cit.*

³ On doit néanmoins réserver le cas particulier des incapacités de suspicion. Ainsi, au sujet de l'incapacité existant dans les rapports entre le pupille et son tuteur, la jurisprudence a décidé qu'il ne suffisait pas que le légataire fût devenu incapable à la date du décès du testateur et qu'il devait l'être au jour de la confection du testament (Cass. req., 27 nov. 1848, *S.* 1849. 1. 11 ; *D.* 1848. 1. 225). En édictant une telle incapacité, le législateur a entendu « interdire de recevoir des libéralités de ceux que l'on tient sous sa puissance » (M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1088, note 177). Aussi convient-il de retenir la date à laquelle le disposant émet sa volonté de gratifier l'incapable. *Mutatis mutandis*, le raisonnement vaut pour les incapacités énoncées par l'article 909 du Code civil et de l'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles, ainsi que pour l'incapacité de l'officier de bord vis-à-vis de ses passagers en cas de disposition à cause de mort (C. civ., art. 995).

⁴ Si la conception est postérieure, la libéralité n'est pas valable : Cass. req., 7 nov. 1911, *D.* 1915. 1. 85 ; Cass. civ., 1^{er} août 1927, *S.* 1927. 1. 373.

⁵ P. C. Timbal, *Droit romain et ancien droit français*, préc., n°229 et s., p. 125 et s. ; J.-Ph. Lévy et H. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., n°9037, p. 1220 et s.

⁶ J.-Ph. Lévy et H. Castaldo, *Histoire du droit civil*, préc., n°907, p. 1224 et s.

représentant de toutes les personnes absentes. Ainsi, plus qu'un témoin privilégié des parties à l'acte, le notaire en était l'un des acteurs, pour donner effet à une déclaration unilatérale du disposant. Ces stipulations notariales furent condamnées par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, et l'ordonnance du chancelier d'Aguesseau de 1735 prohiba, par son article 49, les institutions d'héritier en faveur des personnes non conçues, sans atteindre toutefois les legs particuliers ni les substitutions. Le Code civil acheva finalement cette évolution en exigeant, d'une manière générale, à l'article 906 que le gratifié doit exister à la date où la libéralité produit son effet translatif.

Cette interdiction de gratifier une personne future ou une personne indéterminée obéit à des raisons de logique juridique : un droit doit avoir un titulaire. A défaut, la transmission du droit provoquerait, en effet, une rupture dans la chaîne des titulaires. Or, la théorie française du patrimoine s'oppose à laisser pendant un certain temps des biens sans maître. Aussi bien, un droit ne peut-il être transmis qu'au profit de bénéficiaires qui sont au moins conçus et déterminables¹.

C'est là une exigence non négligeable qui limite sans doute l'attrait de la double libéralité en usufruit et en nue-propriété, de la double libéralité d'usufruits successifs, ainsi que de la double libéralité conditionnelle, par rapport aux doubles libéralités procédant de la technique de la charge personnelle.

B. Les dérogations tenant à la technique de la charge personnelle

340. Application de l'article 906 du Code civil au jour où la seconde libéralité produit ses effets. – En vertu de l'article 906 du Code civil, la capacité du gratifié est nécessaire soit au moment de la donation, ce qui suppose qu'il accepte avant le trépas du donateur, soit, si la libéralité est un testament, à la date du décès du testateur.

Reste que cette exigence n'est pas requise pour le second gratifié lorsqu'il est le bénéficiaire d'une charge personnelle. Lambert l'a montré de manière pénétrante à propos du legs avec charge : « *Le bénéficiaire de la charge ne reçoit pas par testament ; il reçoit en vertu d'un testament. Cette distinction peut paraître subtile ; mais elle a été maintes fois précisée par nos anciens auteurs, par d'Aguesseau, par Furgole ; et elle est la traduction d'une différence capitale dans les situations. Et d'ailleurs qu'importent les termes, quand l'esprit du testament est certain ; cet esprit ressort bien nettement des antécédents de l'article. On a voulu*

¹ Voir ainsi les propos de Treilhard lors de la discussion du Conseil d'Etat, le 20 janvier 1803, concernant le Titre deuxième consacré aux donations entre vifs et aux testaments : « *Les dispositions en faveur d'individus non-conçus laissent les propriétés incertaines, puisqu'on ignore si le propriétaire qui leur est donné existera et, dans l'intervalle, les propriétés sont frappées de stérilité ; elles sont hors du commerce ; elles dépérissent* » (P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, préc., p. 266). « *Sans doute il est permis à chacun de diviser la propriété de l'usufruit, pour donner l'un à son neveu, l'autre à ses petits-neveux ; mais c'est en supposant que ceux-ci soient du moins conçus ; s'ils n'existent pas, ce sont des êtres chimériques qui ne peuvent devenir l'objet de la libéralité du testateur ; la propriété qu'il leur laisse ne réside sur aucune tête* » (*ibid.*, p. 272).

éviter que la dévolution du patrimoine restât en suspens ; que la propriété fût sans titulaire ; que les droits, conférés par le décès du de cuius à ses héritiers, demeurassent indéfiniment instables. Ces motifs ne sauraient trouver place, Maillart et d'Aguesseau l'ont suffisamment démontré, en matière de charge apposée à un legs. Cet intermédiaire entre le testateur et le bénéficiaire dont Daguesseau constatait l'absence, dans le cas de l'institution d'héritier, il existe ici, c'est le légataire »¹. Et la démonstration vaut naturellement en matière de donation².

Ainsi, la règle selon laquelle il est impossible de transmettre directement des droits à une personne inexistante ou indéterminée ne doit pas être étendue à l'hypothèse où les droits sont transmis du disposant à la personne non conçue ou indéterminée après avoir figuré dans le patrimoine d'une tierce personne. Du moment où il existe un intermédiaire entre le disposant et le gratifié, les raisons d'appliquer la règle de l'article 906 n'existent pas. Les conditions imposées par cet article ne seront exigées qu'au jour où la libéralité qui lui a été consentie produira ses effets.

¹ E. Lambert, *La stipulation pour autrui. De la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, préc., spéc., § 175 p. 193-194. Pour l'Ancien droit, voir notamment Furgole, *Traité des testaments*, chap. 6, n°19 : « Ne parlant que de l'institution d'héritier et introduisant un droit contraire à l'usage reçu, il faut réserver sa disposition au cas précis de l'institution par testament, sans pouvoir l'étendre aux substitutions fidéicommissaires, ni au legs ou fidéicommis particuliers ; parce que, n'en parlant point, elle laisse subsister la jurisprudence dans l'état où elle était avant cette ordonnance ; sans que l'on puisse tirer à conséquence ce qu'elle ordonne touchant l'institution ; parce qu'il y a diversité de raisons, car l'institution d'héritier ne peut être suspendue ; elle doit avoir son effet après la mort du testateur, ce qui ne peut arriver quand l'héritier n'est ni né non conçu, auquel inconvénient les fidéicommis ni les legs ne sont point exposés ». Bourjon, *Droit commun de la France*, livre 2, 1^{ère} partie, chap. 2, sect. 1 : « On a mis en question ce que la raison manifeste. Celui qui n'est ni né ni conçu lors du décès du testateur est-il incapable de legs ? Je le pense très capable de legs particuliers, et il ne peut y avoir beaucoup de difficultés sur un legs universel, quoiqu'il semble parmi nous tenir lieu d'institution d'héritier ». Voir également Merlin, *V^o Légataire*, § 11, n°4.

Certes, cette position fut critiquée par certains auteurs : le bénéficiaire d'une charge est le bénéficiaire d'une « offre » de libéralité, de sorte que l'exigence de l'article 906 du Code civil s'impose immédiatement à lui (Laurent, *Principes de droit civil*, t. XI, préc., p. 254 et s. ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VI, préc., n°124 et s. ; Bertauld, note sous Caen 12 nov. 1869, DP 1869. 2. 225. Le même raisonnement a été soutenu à propos des fondations : A. Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, 1895, p. 141 et s. ; H. Levy-Ullmann et P. Grunebaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904. 253 et s., spéc. p. 266 et s. ; H. Levy-Ullmann, note sous Cass. civ. 12 mai 1902, *S.* 1905. 1. 137). Mais le raisonnement est contestable. La nullité qui sanctionne une libéralité consentie à une personne future ou indéterminée ne procède pas d'une incapacité du gratifié, mais d'une impossibilité matérielle d'exécuter la libéralité. Ainsi, l'interdiction des libéralités à personnes futures ou incertaines n'est pas la conséquence d'une prohibition légale, mais un effet nécessaire de leur propre nature. Au fond, l'« incapacité » des personnes futures ou indéterminées n'est qu'une incapacité de fait, en ce sens qu'il leur est impossible d'invoquer et d'exercer un droit propre. Cette impossibilité disparaît dès lors que le disposant a rendu la libéralité réalisable en désignant une personne réelle chargée d'exécuter ses intentions (Voir notamment E. J.-N.-E. Audouin, *Des dispositions en faveur de personnes incertaines en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1890, p. 69-70 ; L. Berthomieu, *Du legs avec charge et de son application aux œuvres d'intérêt public*, thèse Montpellier, 1896, p. 75 et s.).

² L. Berthomieu, *op. cit.*, p. 83 et s. ; Y. de Moustier, *Des dispositions au profit des personnes indéterminées et futures dans le droit français*, thèse Rennes, 1925, p. 170 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°134 et s., p. 232 et s. ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°620 ; Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. VI, par P. Voirin, préc., n°116 et s. ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, avec G. Ripert, n°3020 et s. ; R. Cassin, *Les libéralités avec charges et les fondations en droit français*, Cours préc., p. 346 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc., n°292 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, préc., spéc., n°281 p. 230 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., spéc., n°1114 p. 97 ; Ph. Malaurie, *Les successions, Les libéralités*, préc., spéc., n°520 p. 280 ; H. Simonnet, « Le legs avec charge, catégorie juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, p. 128, spéc. p. 135 et s. ; M. Nicod, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », préc., spéc. n°11 et s., p. 379 et s. ; Labbé, note sous Douai, 1^{er} mai 1894, *S.* 1895. 2. 1.

341. Plan. – L’assertion se vérifie en présence de toutes les institutions reposant sur la technique de la charge personnelle. Etudions successivement les libéralités procédant d’une stipulation pour autrui (1), les libéralités précatives (2) et les libéralités graduelles ou résiduelles, étant précisé pour ces dernières que leur singularité emporte en outre d’autres dérogations au principe suivant lequel le disposant bénéficie d’une liberté quant au choix des gratifiés (3).

1. Les libéralités procédant d’une stipulation pour autrui

342. Objections. – On peut aujourd’hui poser en principe qu’une stipulation au profit de personnes futures ou indéterminées est valable, à la double condition que le bénéficiaire soit né ou conçu, et déterminable, lorsqu’elle doit recevoir effet¹.

Pourtant, la validité d’une telle stipulation n’est pas d’une grande évidence. Il est admis, en effet, que le tiers bénéficiaire acquiert un droit direct contre le promettant et que ce droit existe dès la stipulation². Or, si ce droit est reconnu à une personne indéterminée ou future, il est sans titulaire. Sans doute la rétroactivité de l’acceptation du bénéficiaire permet-elle de considérer que le droit a eu un titulaire dès l’origine. Cependant, d’une part, la rétroactivité est de nul effet pour une personne future ; d’autre part, la rétroactivité de l’acceptation a seulement pour objet de rendre irrévocable la désignation, de sorte qu’elle n’est pas ici une condition de la naissance du droit du bénéficiaire. Aussi peut-on comprendre que la jurisprudence fut séduite, pendant un temps, par cette idée que le bénéfice d’une stipulation ne peut profiter qu’à ceux qui sont nés ou conçus et suffisamment déterminables avant la désignation des bénéficiaires³.

343. Justifications. – Cette position a néanmoins été écartée en matière d’assurances : l’article L. 132-8, alinéa 2 et 3, du Code des assurances, relatif aux assurances sur la vie, admet la désignation comme bénéficiaires les personnes qui « *sont suffisamment définies dans cette stipulation pour pouvoir être identifiées au moment de l’exigibilité du capital ou de la rente garantis* » (alinéa 2) et qui peuvent être « *des enfants nés ou à naître du contractant, de l’assuré ou de toute autre personne désignée* », ainsi que des « *héritiers ou ayants droit de l’assuré ou d’un bénéficiaire déterminé* » (alinéa 3).

¹ Voir parmi d’autres Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n°814, p. 423 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°533 et s., p. 544 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L’acte juridique*, préc., n°473 et s., p. 422 et s. ; Ch. Larroumet, *Les obligations – Le contrat*, n°810 et s., p. 985 et s.

² Voir *supra* n°247.

³ Voir ainsi en matière d’assurance sur la vie souscrite au profit d’enfants nés et à naître : Cass. civ., 7 févr. 1877, DP 1877. 1. 337 ; S. 1877. 1. 393 ; Cass. civ., 7 mars 1893, DP 1894. 1. 77 ; S. 1894. 1. 161 ; Rennes, 5 déc. 1899, DP 1903. 2. 377, note Dupuich ; S. 1902. 1. 165.

Et l'on doit, nous semble-t-il, étendre cette solution à toute stipulation pour autrui faite à titre gratuit au profit d'une personne future ou d'une personne indéterminée. On peut en effet expliquer la validité de telles stipulations en se fondant sur l'article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil, selon lequel l'obligation née du contrat peut porter sur une chose future. Le rapport d'obligation entre le stipulant et le promettant demeure parfaitement valable ; simplement, l'un de ses effets – l'engagement du promettant envers le tiers bénéficiaire – est différé jusqu'à ce que le tiers bénéficiaire soit conçu et déterminable. Ainsi, dès lors qu'il n'est pas partie au rapport d'obligation qui fait naître son droit, le tiers bénéficiaire n'a pas à consentir à ce rapport et n'a ce faisant pas à être conçu ou déterminable à ce moment là¹.

En somme, il ne faut pas confondre l'ouverture de la donation et du legs, et l'ouverture de la charge. La situation est loin d'être la même quand le droit est destiné à produire ses effets immédiatement ou lorsqu'il ne tend à les réaliser que dans l'avenir.

344. Catégorie dans laquelle le tiers bénéficiaire peut être choisi. – Toute personne peut donc être désignée comme bénéficiaire de la stipulation. Le second gratifié peut être indifféremment une personne physique ou une personne morale, un successible ou tiers, une personne isolée ou une pluralité de personnes.

Néanmoins, une hypothèse est susceptible de poser difficulté. Lorsque les héritiers du stipulant sont désignés comme tiers bénéficiaires, doit-on considérer qu'ils recueillent les biens en qualité de bénéficiaires d'une stipulation pour autrui ou en celle d'héritiers ? La question est importante. Si l'on rejette l'existence d'une stipulation pour autrui, on aboutit à deux conséquences : d'une part, les tiers bénéficiaires ne sont pas considérés comme gratifiés, de sorte que les règles relatives aux libéralités ne leur sont pas applicables² ; d'autre part, il y a lieu de considérer qu'ils sont les ayants cause du stipulant, de sorte que le bénéfice de la stipulation, passant par le patrimoine du stipulant, s'y trouve exposé à l'action des créanciers de celui-ci.

Le Code des assurances admet la validité de la stipulation pour autrui au profit des héritiers de l'assuré³. Mais il n'est pas certain qu'il faille étendre cette solution aux autres hypothèses⁴. Tout est question, ici, d'intention du stipulant. Sous cet aspect, on peut avancer les solutions suivantes. En souhaitant faire naître un droit au profit de *tous* ses héritiers, le stipulant les considère avant tout en leur qualité d'héritiers. L'intention libérale à leur égard est alors mise en doute. Il paraît

¹ Sur la question de la révocation, voir *infra* n°466 et s.

² A dire vrai, la conséquence est de faible portée lorsque tous les héritiers sont tiers bénéficiaires puisque les règles légales de dévolution vont aboutir aux mêmes résultats que s'il y avait eu libéralité.

³ C. ass., art. L. 132-8, al. 3.

⁴ Sur ce point, voir Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, préc., n°153 et s. ; du même auteur, *Les obligations – Le contrat*, préc., n°812, p. 987 et s.

dès lors difficile d'admettre une stipulation pour autrui en faveur des héritiers en général. En revanche, si un héritier ou certains d'entre eux *seulement* sont désignés comme tiers bénéficiaires, il est permis de considérer que le stipulant a voulu leur conférer un droit direct, et non pas successoral. Ils pourront alors invoquer ce droit même s'ils n'acceptent pas la succession.

2. Les libéralités précatives

345. Justification de la dérogation à l'article 906 du Code civil. – La possibilité de déroger aux exigences de l'article 906 du Code civil pour la désignation du second gratifié apparaît comme une évidence. Le rapport d'obligation qui unit le disposant et le premier gratifié ne fait pas naître de droit sur la tête du bénéficiaire de la charge précative. La charge n'a ici qu'un effet purement moral. Il n'est donc pas douteux qu'aucune solution de continuité ne peut être constatée dans la titularité des droits transmis.

Aussi bien, ici plus qu'ailleurs, le bénéficiaire de la charge précative peut-il être, au jour de la première transmission, une personne future ou une personne indéterminée.

3. Les libéralités graduelles et résiduelles

346. Principe de liberté de choix. – Souhaitant mettre fin aux « circuits d'étranglement »¹ des substitutions fidéicommissaires permises, le législateur a posé, en 2006, un principe de liberté pour le disposant de choisir les personnes susceptibles d'être les bénéficiaires d'une libéralité graduelle². Cette liberté de choix étant déjà l'apanage du legs *de residuo*³, elle a naturellement été étendue aux libéralités résiduelles⁴.

347. Limitation à deux degrés. – Il reste que le disposant ne peut organiser que deux transmissions, il ne peut étaler que « sur deux générations successives les effets d'une seule disposition »⁵. A dire vrai, cela n'est guère discutable pour une libéralité graduelle. Comme hier⁶, il est prévu que le second gratifié d'une libéralité graduelle ne peut être tenu, à son tour, de conserver et de

¹ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités – Une offre de loi*, préc., p. 83.

² C. civ., art. 1048. Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de la loi de 23 juin 2006, les substitutions fidéicommissaires n'étaient permises qu'en faveur du lignage (C. civ., art. 1048 et 1049 anc.). Le premier gratifié devait être un enfant ou, en l'absence de postérité, un frère ou une sœur du disposant ; quant aux seconds gratifiés, il ne pouvait s'agir que de la génération suivante prise dans son ensemble, « sans exception ni préférence d'âge ou de sexe » (C. civ., art. 1050 anc.). Voir notamment F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, préc., spéc. n°367 et s., p. 459 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., spéc. n°381 et s., p. 380 et s.

³ Voir M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1056 à 1061, fasc. 10, préc., n°29 et s.

⁴ C. civ., art. 1057.

⁵ J. Carbonnier, P. Catala, J. Bernard de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités – Une offre de loi*, préc., p. 89.

⁶ C. civ., art. 1048 anc. *in fine*.

transmettre à une troisième gratifié¹. Et si le disposant l'y obligeait, la libéralité ne serait pas nulle pour autant, mais serait simplement expurgée de cette obligation illicite².

En revanche, rien n'est dit à propos des libéralités résiduelles. L'article 1061 du Code civil n'opère pas, en effet, un renvoi aux dispositions de l'article 1053. Est-ce à dire que la clause résiduelle ne soit pas limitée dans le temps ? On peut sérieusement en douter. L'identité de structure entre les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles commande de borner de la même façon leurs effets dans le temps. Toutes deux ne sont qu'une libéralité à double détente. Aussi faut-il certainement considérer que le second gratifié d'une libéralité résiduelle ne peut être grevé d'une charge de transmettre³.

348. Plan. – Au-delà, ce principe de liberté de choix des deux gratifiés peut souffrir plusieurs restrictions, tenant à l'architecture même des libéralités graduelles ou résiduelles, ou encore aux règles de la réserve héréditaire. Aussi convient-il d'étudier l'étendue de la liberté du disposant quant au choix du premier gratifié (a) et du second gratifié (b).

a) Le choix du premier gratifié

349. Principe. – Qu'il s'agisse d'une libéralité graduelle ou d'une libéralité résiduelle, il est loisible au disposant de désigner comme premier gratifié un ou plusieurs de ses successibles – ses parents, quels que soient leur ordre d'appartenance, ou son conjoint – ou un ou plusieurs non-successibles, tels que son partenaire d'un pacte civil de solidarité, son concubin, ou encore un ami. Il suffit simplement, en vertu de l'article 906 du Code civil, que le gratifié soit conçu soit au moment de la donation, soit, si la libéralité est un testament, à la date du trépas du testateur.

350. Absence d'ordre successif en présence d'une personne morale. – De là faut-il déduire qu'une personne morale peut être désignée comme premier gratifié d'une libéralité graduelle ou d'une libéralité résiduelle ? La question est ancienne, mais les nouveaux textes ne semblent pas l'avoir tranchée⁴. Au sujet des substitutions fidéicommissaires, la jurisprudence

¹ C. civ., art. 1053, al. 1^{er}.

² C. civ., art. 1053, al. 2.

³ Voir en ce sens M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°15.

⁴ D'aucuns pourraient s'appuyer sur l'emploi par les articles 1048 et 1057 du Code civil des termes « *décès* » et « *mort* » pour écarter leur application lorsque le grevé est une personne morale. Mais l'argument serait bien faible. On objectera d'abord que les travaux parlementaires sont muets sur ce point. S'ils évoquent la question des personnes morales, c'est uniquement en qualité d'appelé (H. de Richemont, *Rapport de la commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, n°343, 2006, t. 1, p. 261). Aussi l'emploi desdits termes n'a-t-il pas été fait délibérément, en vue d'écarter les personnes morales du dispositif. On ajoutera qu'une jurisprudence constante applique les dispositions de l'article 906 aux personnes morales, alors que ce texte évoque la « *conception* » du bénéficiaire d'une libéralité.

considérerait qu'une telle combinaison ne devait pas échapper à la sanction de l'article 896 du Code civil¹. Partant, le grevé d'une libéralité graduelle ou résiduelle pourrait être une personne morale. A l'appui de cette considération, on peut avancer deux séries d'arguments par analogie. Il est possible de s'appuyer sur l'application aux personnes morales des règles de capacité des personnes physiques². Ainsi, si l'on impose aux personnes morales les règles relatives à la conception et la naissance des personnes physiques, on peut assimiler *a fortiori* la dissolution d'une personne morale au décès d'une personne physique³. La solution peut se recommander, de surcroît, de l'idée que l'ordre successif qu'imposent les libéralités graduelles et résiduelles n'exprime pas une dévolution successorale, qui serait propre aux personnes physiques, mais seulement un délai au terme duquel cessent les droits du grevé⁴. C'est dire *a contrario* qu'une personne morale peut être élevée au rang de grevé d'une libéralité graduelle ou résiduelle, dès lors que l'absence de perpétuité est constatée⁵.

Il n'en demeure pas moins qu'une telle compréhension de la notion d'ordre successif peut paraître contestable. Il est en effet difficilement concevable d'assimiler la longévité d'une personne morale à la durée d'une vie humaine⁶. Sous cet aspect, l'impossibilité de désigner une personne morale en qualité de grevé d'une libéralité graduelle ou résiduelle peut s'appuyer sur la *ratio legis* de la loi du 23 juin 2006. Ainsi peut-on observer que le disposant ne peut imposer la clause graduelle ou résiduelle qu'au premier gratifié. L'exigence est expressément édictée par

¹ Cass. req., 12 févr. 1896, DP 1896. 1. 545, rapp. Conseiller George-Lemaire ; S. 1896. 1. 305, note Ch. Lyon-Caen : « Attendu que le pourvoi objecte qu'elles ne créeraient aucun ordre successif entre les personnes civiles qui en seraient les bénéficiaires ; Que cette objection n'est pas fondée ; qu'en effet, ces dispositions ont un caractère successif nettement déterminé ; qu'elles feraient obstacle à ce que, en cas d'extinction des sociétés gratifiées, les biens à elles légués suivissent le sort du reste de leur patrimoine ; [...] que le testament de celle-ci ferait ainsi échec à la transmission normale desdits biens, pour les attribuer à la société instituée en second ordre ou à la Ville de Paris, instituée en troisième ordre » ; Trib. civ. Dunkerque, 28 mars 1878, S. 1879. 2. 337 : « qu'il n'y a pas non plus d'ordre successif ; puisque si l'Institut vient à être supprimé, il n'y aura pas lieu à l'ouverture d'une succession ; qu'il s'agit ici d'une personne morale, et que la transmission successorale n'a lieu qu'entre personnes humaines ; qu'évidemment l'évêché ne recueillera jamais les biens légués à titre successif et héréditaire ».

² Voir sur ce point l'application jurisprudentielle des conditions de l'article 906 du Code civil aux personnes morales, *supra* n°339.

³ L. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, t. III, préc., spéc., n°1869 p. 1088. *Contra* R. Savatier, *Cours de droit civil*, t. III, préc., spéc., n°916 p. 464 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, 6^{ème} éd., par P. Esmein, t. XI, préc., spéc., § 694 p. 180. Pour une critique de cette solution, voir Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, t. II, n°376 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, préc., spéc., n°3097 ; M. Planiol, note D. 1893. 2. 513 ; J. Bel, *Les substitutions prohibées et la jurisprudence française*, thèse Grenoble, 1935, p. 94 et s.

⁴ Relevons que certains auteurs, qui critiquaient la jurisprudence relative à l'application aux personnes morales de la prohibition des substitutions fidéicommissaires, s'appuyaient sur l'idée que l'ordre successif exprimait une dévolution particulière de la succession du grevé. La dissolution d'une personne morale n'ouvrant pas une succession, la disposition devait être validée lorsqu'une personne morale prend la qualité de grevé. Voir notamment C. Lyon-Caen, note préc. ; R. Savatier, *op. cit.* Voir le raisonnement contraire développé par le conseiller George-Lemaire (*ibid*), qui considère que les personnes morales connaissent un règlement de leur succession à leur dissolution, de sorte que la prohibition des substitutions devait s'étendre à celles-ci.

⁵ M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, déc. 2007, n°40.

⁶ Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP éd. N* 2006. 2419, spéc. n°3 : « Ce serait changer d'échelle que d'assimiler au "décès" de la personne physique la dissolution d'une personne morale ». Voir également E. Naudin, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Les Petites Affiches* 28 juin 2007, p. 21, spéc. p. 23.

l'article 1053 du Code civil pour les libéralités graduelles et doit également être appliquée aux libéralités résiduelles, malgré le silence de la loi¹. Cette limitation se justifie avant tout en raison des exigences de crédit et de libre circulation des biens. En ce qu'elle postule l'inaliénabilité, la charge graduelle doit être limitée à la vie du grevé afin « d'empêcher le disposant de "geler" des biens sur plusieurs générations »². Ces raisons se retrouvent-elles pour les personnes morales ? Nous ne le croyons pas. Passant outre la crainte de la mainmorte, qui entrave la libre circulation des biens, le législateur permet de consentir une libéralité assortie d'une affectation à un but social pour un temps indéfini³. En ce sens, on ne voit pas pour quelle raison la restriction de la charge graduelle ou résiduelle à un seul degré devrait s'imposer en présence de personnes morales⁴. Le principe de liberté d'affecter une chose à une personne morale, qui peut être perpétuelle, autorise la désignation d'une seconde personne morale, avec la même affectation, au cas où la première cesserait d'exister⁵. Plus fondamentalement, le disposant doit avoir la liberté d'imposer la charge graduelle ou résiduelle à plusieurs degrés, voire même de manière perpétuelle, lorsque les gratifiés successifs sont des personnes morales.

En définitive, la justification de la restriction de la charge graduelle ou résiduelle à un seul degré ne nous semble valoir que pour les personnes physiques. Cela ne signifie pas qu'une personne morale ne puisse pas pour autant se voir imposer une charge de conservation ainsi qu'une charge de transmission. Simplement, une telle disposition ne sera pas enfermée dans le cadre légal des libéralités graduelles et résiduelles. Cette disposition emprunte alors le mécanisme de la stipulation pour autrui et renferme bien plus une fiducie-libéralité qu'une double libéralité à trois personnes⁶.

¹ M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°15. Comp. toutefois G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. et patrimoine* mars 2007, p. 74, spéc. p. 81, qui relève que l'article 1053 du Code civil n'a pas été déclaré applicable aux libéralités résiduelles, « ce qui ne permet pas d'exclure qu'elles puissent jouer sur plusieurs générations ». Cela paraît néanmoins douteux. On peut objecter, d'abord, que telle n'est pas certainement la volonté du législateur. Ce dernier a institué « la libéralité résiduelle sur le modèle de la libéralité graduelle » (P. Voirin et G. Goubeaux, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, LGDJ, 25^{ème} éd., 2008, n° 866, p. 391). On peut invoquer, ensuite, ainsi que le relève judicieusement un auteur (M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°55), les précédents jurisprudentiels, qui limitaient à un seul degré le legs *de eo quod supererit* (Caen, 16 nov. 1830, confirmé implicitement par Cass. req., 5 juill. 1832, *S.* 1832, 1, p. 431 : « Considérant que ces sortes de dispositions [substitution de eo quod supererit], lorsqu'elles excèdent les degrés où la substitution fidéicommissaire est permise, sont prohibées comme tendant à troubler l'ordre des successions »).

² H. de Richemont, *Rapport de la commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, préc., spéc., p. 265.

³ Voir par exemple les associations reconnues d'utilité publique (L. 1^{er} juill. 1901, art. 11, al. 2) et les fondations (L. 23 juill. 1987, art. 18).

⁴ Sur ce point, voir *infra* n°suivant.

⁵ C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, 6^{ème} éd., par P. Esmein, t. XI, préc., spéc., § 694 p. 180.

⁶ Voir *infra* n°614 et s.

b) Le choix du second gratifié

351. Possibilité de gratifier une personne future ou indéterminée. – Au rebours des solutions antérieures relatives aux substitutions fidéicommissaires, le second gratifié n'est plus nécessairement un enfant du premier gratifié. Il est librement choisi par le disposant parmi ses successibles ou en dehors d'eux, et ce qu'il s'agisse d'une libéralité graduelle ou d'une libéralité résiduelle¹.

Sous cet aspect, il est permis au gratifiant de désigner une personne physique ou une personne morale². Il est également loisible au disposant de choisir une personne future ou indéterminée, et de déroger, ce faisant, aux exigences de l'article 906 du Code civil³. Sans doute, la loi du 23 juin 2006 n'a pas expressément ouvert au disposant une telle faculté. Que l'on ne s'y trompe pas, cependant. De la lettre même de l'article 1055, alinéa 2, il ressort qu'une donation graduelle ou résiduelle peut être acceptée par le second gratifié après le décès du donateur⁴. Or, permettre au donataire d'accepter la donation postérieurement au trépas du donateur, c'est concevoir qu'il ne soit pas capable d'accepter du vivant du donateur. A cet égard, on ne comprendrait guère le sens de cette disposition si elle ne pouvait permettre de gratifier une personne non encore conçue. Tel est au demeurant l'esprit qui animait les rédacteurs de cette disposition : « *Il s'agit, par cette dérogation au principe selon lequel une donation doit nécessairement être acceptée du vivant du donateur, de permettre à un grand-père, par exemple, de consentir la donation d'un bien immobilier à son fils à charge pour lui de le conserver et de le transmettre à l'ensemble de ses enfants nés et à naître* »⁵. Et tel était également le sens des propositions des auteurs de l'*Offre de loi*, dont on sait qu'elles ont fortement inspiré le législateur à l'occasion de la loi du 23 juin 2006⁶. Naturellement, cette solution vaut tant pour les actes entre vifs que pour les actes à cause de mort. On ne voit pas pourquoi, en effet, il faudrait imposer à l'appelé d'un legs graduel ou résiduel les règles de l'article 906 du Code civil, là où elles ne sont pas exigées au donataire en seconde ligne.

¹ C. civ., art. 1048, pour les libéralités graduelles ; art. 1057, pour les libéralités résiduelles.

² A la différence du choix du premier gratifié, il n'y a aucune contrariété aux éléments constitutifs des libéralités graduelles et résiduelles de désigner une personne morale en seconde ligne.

³ M. Nicod, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », in *Mélanges en l'honneur de G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 375 et s., spéc. n°7 et s., p. 378 et s.

⁴ On pourrait aussi tirer argument de l'article 1054, alinéa 4, pour trouver dans la loi l'expression de la possibilité de déroger à l'article 906 quant au choix du second gratifié. Mais l'argument paraît de faible portée. Cet article prévoit que les enfants nés et à naître sont de plein droit les appelés dès lors que la charge graduelle porte sur la part du grevé, avec son consentement. Si cette disposition déroge effectivement à l'article 906, il faut néanmoins admettre qu'elle est une dérogation légale et impérative. De sorte qu'il est difficile de tirer argument de cette exception légale pour affirmer que, dans tous les cas, le disposant peut choisir une personne future en qualité de second gratifié d'une libéralité graduelle.

⁵ H. de Richemont, *Rapport de la commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, préc., spéc., p. 267.

⁶ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités – Une offre de loi*, préc., art. 1036 et 1038, p. 86-87.

Au surplus, c'est le procédé même des libéralités graduelles ou résiduelles qui permet d'écartier les exigences de l'article 906 au second gratifié. Comme nous l'avons dit, l'interdiction de gratifier une personne future s'explique, d'une part, par l'idée qu'il ne faut pas que la volonté du disposant ait une emprise éternelle sur la dévolution de ses biens et, d'autre part, par l'impossibilité de provoquer une rupture dans la chaîne des titulaires de droits. Or, aucune de ces deux considérations n'est contrariée par les libéralités graduelles et résiduelles : « *cette petite immortalité de se choisir deux degrés de successeurs* »¹ est expressément permise en notre matière, et l'on n'observe aucune solution de continuité dans la mesure où entre le moment du décès du disposant et celui de la naissance du second gratifié, les biens ne restent pas sans maître. Au demeurant, cette interprétation commande une solution qu'impose le puissant renfort de l'histoire des substitutions fidéicommissaires. Si l'ordonnance de 1731 autorisait à désigner comme bénéficiaires de substitutions « *des enfants ou autres personnes nées ou à naître* »², c'était en raison de ce que l'acceptation du grevé suffisait à la validité de la libéralité faite aux appelés³.

En conséquence, aucun obstacle ne s'oppose à la désignation d'une personne future en qualité de second gratifié d'une libéralité graduelle ou résiduelle. La seule exigence, c'est que le second gratifié ait la capacité d'accepter au jour où s'ouvrent ses droits. Dans cette optique, le gratifié en seconde ligne peut être aussi une personne indéterminée. A l'instar d'une personne future, il suffit que le gratifié indéterminé soit déterminable au jour où s'ouvrent ses droits.

352. Restriction de la liberté de choix en cas de désignation d'un héritier réservataire en qualité de premier gratifié d'une libéralité graduelle. – La liberté de choix peut cesser lorsque les charges inhérentes aux clauses graduelles grèvent la réserve héréditaire du premier gratifié. La réserve héréditaire, on le sait, doit revenir à l'héritier « *libre de charges* »⁴. Partant, la clause graduelle ne peut, en principe, être imposée que sur la quotité disponible⁵. Il reste que la loi du 23 juin 2006 a posé une entorse au principe de la prohibition des pactes sur succession future en permettant à tout héritier réservataire présomptif de « *renoncer à exercer une action réduction dans une succession non ouverte* »⁶. Dans cette optique, il est loisible au premier gratifié d'une libéralité graduelle d'accepter que la clause graduelle grève tout ou partie de sa réserve⁷. Mais le consentement du grevé ne confère pas une liberté de choix au disposant pour désigner le second gratifié : « *La charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans*

¹ Ph. Rémy, note sous TGI Paris, 9 nov. 1981, *JCP* 1983. II. 20071.

² Art. 11 de l'ordonnance de février 1731.

³ M. Nicod, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », préc., spéc. n°9, p. 378-379.

⁴ C. civ., art. 912, al. 1^{er}.

⁵ C. civ., art. 1054, al. 1^{er}.

⁶ C. civ., art. 929, al. 1^{er}.

⁷ C. civ., art. 1054, al. 2 pour la donation graduelle ; al. 3, pour le legs graduel.

cette mesure, à l'ensemble de ses enfants nés et à naître »¹. De cette disposition, il résulte que les enfants du grevé ont automatiquement la qualité de second gratifié à concurrence des biens reçus formant sa réserve héréditaire, en sorte que le disposant ne retrouve sa liberté de choix qu'à proportion de la quotité disponible.

On aurait pu croire que la clause résiduelle subirait un traitement similaire à celui de la clause graduelle. Ce n'est cependant pas la voie prise par le législateur de 2006. L'article 1059, alinéa 3, énonce que « *lorsqu'il est héritier réservataire, le premier gratifié conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens qui ont été donnés en avancement de part successorale* ». Autrement dit, si le disposant souhaite que la charge grève tout ou partie de la réserve du premier gratifié, il lui est nécessaire de solliciter son consentement dans les conditions de forme de la renonciation anticipée à l'action en réduction, à savoir par « *un acte authentique spécifique reçu par deux notaires* »². Une telle différence entre la libéralité graduelle et la libéralité résiduelle peut, à première vue, difficilement s'expliquer. On relèvera toutefois que le législateur s'est sans doute inspiré des travaux des auteurs de l'*Offre de loi*, d'après lesquels la liberté de désigner le second gratifié ne devait être altérée que dans le cas et dans la mesure où la clause graduelle grèverait la réserve héréditaire du premier gratifié³. Cette différence peut également se justifier par référence à l'histoire de chacune des deux institutions. On sait, en effet, qu'avant la loi du 23 juin 2006, les substitutions fidéicommissaires présentaient la singularité d'être lignagères ; les appelés étaient nécessairement les enfants du grevé. Telle n'était pas l'analyse du legs *de residuo* puisque celui-ci permettait toutes les combinaisons possibles. Aussi peut-on voir, ici, une résurgence de cette analyse.

§ 2 - LES CONDITIONS RELATIVES AUX BIENS

353. Quant aux biens, un principe de liberté, assorti de certaines limites, régit les conditions de formation des doubles libéralités (A). Il est cependant dérogé à ces règles lorsque le disposant consent une libéralité graduelle ou résiduelle (B).

¹ C. civ., art. 1054, al. 4. Relevons que le consentement du réservataire n'a pas à être donné dans les formes de la renonciation anticipée à l'action en réduction, laquelle doit être « *établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires* » (C. civ., art. 930, al. 1^{er}). La dérogation à ce formalisme paraît singulière, car on peut estimer que le risque d'abus d'influence du disposant sera accru dans le cadre d'une libéralité graduelle. Sans doute pourra-t-on nous répondre que la loi limite indirectement ce type d'abus en prévoyant que les enfants nés ou à naître seront les bénéficiaires de second rang.

² C. civ., art. 930, al. 1^{er}.

³ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités – Une offre de loi*, préc., art. 1033, p. 85. On observera que l'alinéa 4 de l'article 1054 du Code civil reprend, au mot près, la même formulation que l'alinéa 3 de l'article 1033 de l'Offre de loi.

A. Le principe

354. Liberté de choix. – Une grande latitude est laissée au disposant quant au choix des biens susceptibles d'être l'objet d'une double libéralité. D'un point de vue qualitatif, la double libéralité peut porter sur toute espèce de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels¹, consommables ou non. Simplement, si la libéralité porte sur une chose consommable, le disposant exigera du premier gratifié, à l'instar de ce que prévoit l'article 587 du Code civil à propos de l'usufruitier, qu'il transmette au second gratifié une chose semblable ou d'une valeur équivalente. En cette occurrence, l'objet de la double libéralité sera alors la valeur représentative du bien dont se dépouille le disposant.

De même, liberté est offerte au gratifiant de disposer d'un bien particulier, d'une universalité de fait² ou d'une universalité de droit. Les règles de l'usufruit envisagent expressément ces possibilités³ ; et les techniques de la charge personnelle et de la condition ne s'y opposent aucunement.

355. Limites tirées de la réserve héréditaire. – Cependant, d'un point de vue quantitatif, la liberté du disposant trouve sa limite dans l'institution de la réserve héréditaire. Le législateur confère, en effet, aux descendants et au conjoint survivant, qui est appelé à défaut, un droit intangible sur une portion de l'hérédité. Aussi bien, la double libéralité que consent le disposant ne doit-elle pas porter atteinte à la réserve héréditaire, à peine d'être réduite à la quotité disponible.

¹ Lorsque le bien en cause est une créance, on peut s'interroger sur le point de savoir si un usufruit peut porter sur une créance. Cela ne paraît pas douteux lorsque la créance est frugifère. Dans ce cas, en effet, l'usufruitier de la créance a droit aux intérêts exigibles du débiteur, qui, en tant que fruits civils, s'acquiescent jour par jour. Mais qu'en est-il d'une créance non frugifère ? On peine à voir, en effet, l'effectivité des prérogatives de l'usufruitier. Il reste que le paiement entraîne le report de l'usufruit sur les sommes payées, le droit réel d'usufruit se transformant alors en quasi-usufruit (Cass. Req., 21 janv. 1845, *D.* 1845. 1. 104, maintenant Nancy, 17 févr. 1844, *D.* 1844. 2. 61 ; Cass. req., 8 nov. 1881, *D.* 1883. 1. 174 ; Cass. req., 2 juill. 1918, *D.* 1921. 1. 148 ; Cass. req., 21 mai 1930, *DH* 1930. 346. *Adde*, F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°752 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les biens*, par P. Jourdain, préc., n°86 ; F. Zenati et Th. Revet, *Les biens*, n°219 ; A. Françon, « L'usufruit des créances », préc., spéc. n°24 ; P. Sirinelli, « Le quasi-usufruit », *Les Petites Affiches* 21 et 26 juill. 1993, n°140 et s. ; J.-F. Pillebout, « Réflexions sur le droit d'usufruit », *JCP éd. N* 1977. 173, spéc. n°21 ; M. Grimaldi, « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Deffrénois* 1999. 193 et s., spéc. n°2. Comp. R. Libchaber, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », préc., spéc. 9 et s.). Sans doute pourra-t-on objecter que le paiement de la créance est une cause d'extinction de l'usufruit puisque, conformément à l'article 617 du Code civil, « l'usufruit s'éteint... par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi ». L'objection pourrait bien, néanmoins, être prise à revers. D'une part, la perception du remboursement de la créance est un acte d'administration, de sorte que l'usufruitier a le droit de l'exiger et doit pouvoir poursuivre l'exercice de son droit sur les sommes payées (A. Françon, « L'usufruit des créances », n°6). D'autre part, on peut invoquer le mécanisme de la subrogation réelle pour expliquer le report de l'usufruit sur le montant payé (F. Zenati, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *RTD civ.* 1990. 687 ; A. Françon, « L'usufruit des créances », n°3 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n°2).

² Sur la définition d'universalité de fait, voir *supra* n°41.

³ C. civ., art. 616 pour l'usufruit d'une universalité de fait ; C. civ., art. 612 pour l'usufruit d'une universalité de droit.

Sous cet aspect, il convient d'observer que la double libéralité peut être l'objet d'une action en réduction, alors même que celui qui l'exerce est l'un des deux gratifiés. En effet, en vertu de l'article 912 du Code civil, les héritiers réservataires ont vocation à une réserve intégrale, exempte de toutes restrictions, charges ou conditions qui leur seraient imposées par le *de cuius*. Aussi, si la libéralité peut former la réserve du gratifié, c'est à la condition qu'elle soit expurgée de toute obligation imposée par le *de cuius*. Pour le dire autrement, les charges et conditions imposées par le disposant ne peuvent porter que sur la quotité disponible¹. Si, donc, elles sont excessives, le gratifié peut en obtenir la réduction, sous la forme d'un cantonnement sur des biens représentant le disponible². C'est la raison pour laquelle la libéralité assortie de charges n'est prise en compte, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, qu'à concurrence de l'émolument net qu'elle procure au gratifié³. Semblablement, le disposant ne pouvant apporter aucune restriction aux prérogatives d'administration, de jouissance ou de disposition que l'héritier réservataire tient de la loi, il ne peut le contraindre à recevoir sa réserve en nue-propriété seulement⁴ – sauf, bien entendu, les libéralités faites en usufruit au conjoint⁵ –, ou en usufruit seulement⁶.

Encore faut-il que l'on soit en présence d'obligations véritables, c'est-à-dire qui limitent les prérogatives de l'héritier réservataire sur les biens qui sont susceptibles de composer sa réserve. Pour cela, il doit s'agir d'obligations que le disposant impose au gratifié et qu'il ne devrait normalement pas assumer. Il en va ainsi des libéralités graduelles et résiduelles et, plus généralement, des doubles libéralités réalisées par le vecteur d'une stipulation. Sous cet angle, les obligations inhérentes à la qualité de nu-propriétaire ou d'usufruitier ne doivent pas être prises en compte. De telles obligations ne sont pas imposées par le disposant ; elles sont fonction du statut de nu-propriétaire ou d'usufruitier, de sorte qu'elles ne sont pas de nature à diminuer l'avantage procuré au gratifié. Il est également évident que le grevé d'une charge précative ne peut demander

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1977, *Bull. civ.* I, n°100 ; *RTD civ.* 1978. 173, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *Bull. civ.* I, n° 100 ; *JCP* 1992. II. 21840, note P. Salvage ; *D.* 1992. somm. p. 229, obs. B. Vareille ; *Defrénois* 1992, art. 35408, n° 168, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1992. 162, obs. J. Patarin ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n°383 ; *JCP* 1998. I. 133, obs. R. Le Guidec ; *RTD civ.* 1997. 486, obs. J. Patarin.

² L'effet du cantonnement est de permettre au gratifié de recouvrer une complète liberté d'action sur les biens de la libéralité qui forment sa réserve héréditaire : les biens placés dans la quotité disponible restent grevés des obligations imposées par le disposant, ceux placés dans la réserve en sont libérés.

³ Sur ce point, voir *infra* n°518 et s.

⁴ Rouen 12 févr. 1887, *S.* 1888. 2. 42 ; *DP* 1889. 2. 181. Rappelons que l'article 917 du Code civil prescrit que, lorsque la libéralité « est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible ». Concrètement, une option est ouverte à l'héritier réservataire : soit consentir à l'entière exécution de la libéralité et se contenter ainsi de ce qu'elle lui laisse ; soit demander la réduction de la libéralité de façon à parfaire sa réserve, mais en abandonnant alors au gratifié la quotité disponible. Sur cette option, voir M. Grimaldi, « Réflexions sur la réduction des libéralités en usufruit et l'article 917 du Code civil », *Defrénois* 1984, art. 33430.

⁵ C. civ., art. 1094-1.

⁶ Cass. civ., 14 janv. 1925, *DP* 1927. 1. 32. Voir également Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, préc. (legs à un petit-neveu de l'usufruit d'une exploitation agricole, qui excédait la quotité disponible, à charge de servir au fils unique du testateur une rente viagère).

le cantonnement de la charge puisqu'il est libre de l'accomplir. En revanche, le gratifié sous condition est en droit de demander la réduction de la libéralité à la quotité disponible. Sans doute n'y a-t-il pas, à proprement parler, d'obligation pesant sur le gratifié ; mais l'efficacité de la libéralité étant subordonnée à la survenance de l'évènement conditionnel, c'est la réserve du gratifié qui risque d'être soumise à une telle incertitude. Or, si la réserve doit advenir à ses bénéficiaires francs de toute obligation imposée par le *de cuius*, aucune incertitude ne doit peser *a fortiori* sur son existence. De sorte que la double libéralité conditionnelle ne doit pas grever la réserve héréditaire de chaque gratifié.

356. Possibilité de renonciation anticipée à l'action en réduction. – Simplement, s'il est défendu au disposant de restreindre le contenu de cette protection légale, les bénéficiaires de celle-ci peuvent en revanche consentir à des atteintes aux droits que la loi leur accorde, dans la mesure compatible avec la prohibition des pactes sur succession future. La loi du 23 juin 2006 a en effet consacré la faculté de renonciation anticipée à l'action en réduction¹. La réserve héréditaire n'est plus ainsi un obstacle aux pactes de famille, en ce sens que le disposant peut agir de concert avec ses héritiers réservataires afin de procéder à une transmission de son patrimoine, sans qu'elle soit remise en cause au jour du règlement de sa succession².

Outre le formalisme rigoureux auquel la renonciation anticipée est sujette³, il convient d'observer qu'elle ne saurait valoir renonciation à la réserve elle-même, et encore moins renonciation à la succession elle-même. Aussi bien, la renonciation anticipée doit-elle toujours être faite au profit d'« *une ou plusieurs personnes déterminées* »⁴.

B. Les dérogations tenant aux libéralités graduelles et résiduelles

357. Exigences qualitatives et quantitatives. – Les biens susceptibles de former l'objet des libéralités graduelles et résiduelles doivent, selon l'article 1049, être « *identifiables* ». Le moins que

¹ C. civ., art. 929 à 930-5. Voir I. Dauriac, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006. 2574 ; N. Levillain, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP éd. N* 2006. 1349 ; F. Sauvage, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Fam.* 2006. 355.

² Sous cet aspect, cette renonciation risque d'être consentie, le plus souvent, sous l'influence prépondérante du disposant. Sur ce point, voir les critiques de Monsieur Pierre Catala, « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP éd. N* 2007. 1206, spéc. n°13 : « *la renonciation se présente comme une décision unilatérale de son auteur, mais qui peut imaginer qu'un héritier présomptif se présentera spontanément pour répudier sa réserve s'il n'y a pas été induit par d'affectueuses pressions ?* ».

³ A peine de nullité, la renonciation ne peut être établie que par un acte authentique spécifique reçu par deux notaires, le second ayant été désigné par le Président de la chambre des notaires. La renonciation doit faire l'objet d'un acte séparé, elle ne peut être incluse dans l'acte contenant la donation pour laquelle l'héritier renonce par anticipation à exercer son action en réduction. L'acte est signé par chaque renonçant en présence des seuls notaires et doit mentionner précisément les conséquences juridiques pour chaque renonçant (C. civ., art. 930).

⁴ C. civ., art. 929, al. 1^{er}.

l'on puisse dire est que l'emploi de ce terme, qui n'appartient pas à proprement parler au vocabulaire juridique, est critiquable en ce qu'il est source d'interprétations diverses. Il nous faut donc cerner le sens juridique de cette exigence, afin de déterminer les qualités des biens pouvant être l'objet de ces libéralités (1). Mais ce n'est pas tout. Les biens sont également appréciés quantitativement. Dans la mesure où ces libéralités limitent les droits de chaque gratifié, les biens qui en sont l'objet ne peuvent former leur réserve héréditaire (2).

1. Du point de vue qualitatif

358. Un bien déterminé et identique pour les deux libéralités. – L'article 1049 du Code civil, relatif aux libéralités graduelles mais déclaré applicable aux libéralités résiduelles par l'article 1061, dispose, en son premier alinéa, que « *la libéralité ainsi consentie ne peut produire son effet que sur des biens ou droits identifiables à la date de la transmission et subsistant en nature au décès du grevé* »¹. Deux conditions cumulatives sont ainsi exigées quant à la nature des biens : ils doivent être *identifiables* lors de la première libéralité et *subsister en nature* au jour du décès de leur titulaire initial, en vue de la seconde libéralité². Encore faut-il s'entendre sur le sens de cette double exigence. Sous cet aspect, elle doit sans doute être comprise à l'aune de la fonction qu'elle assure. C'est afin d'éviter que les droits de l'appelé soient illusoires que certaines qualités sont requises.

Pour le Grand Robert de la langue française, le verbe « *identifier* » signifie tour à tour : considérer comme identique, comme assimilable à autre chose ou comme ne faisant qu'un ; reconnaître ; reconnaître comme appartenant à une certaine espèce ou classe d'individus. Aussi bien, peut-on considérer qu'est identifiable tout bien qui est déterminé, que l'on reconnait comme appartenant à une certaine espèce. L'exigence postule donc que le bien, objet d'une clause graduelle ou résiduelle, soit *déterminé*. A n'en pas douter, tout corps certain, immeuble ou meuble, peut être l'objet d'une libéralité graduelle ou résiduelle³.

¹ La formulation n'est pas très heureuse. D'une part, la distinction entre « *biens* » et « *droits* » est malencontreuse puisque les droits sont nécessairement des biens (sur ce point, voir *supra* n°35). D'autre part, la référence à la date de la « *transmission* » peut laisser croire qu'il s'agit de celle de la transmission à l'appelé. Il faut comprendre, en réalité, la date de la transmission du disposant au grevé. Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc.

² Avant la réforme du 23 juin 2006, une telle exigence relative à la nature des biens n'était posée ni pour les substitutions fidéicommissaires ni pour les legs *de residuo*. Toutefois, les règles des substitutions permises prescrivaient au grevé certains actes afin d'assurer la conservation des biens : confection d'un inventaire (C. civ., art. 1058 anc.), vente des meubles (C. civ., art. 1062 anc.), emploi des deniers (C. civ., art. 1065 anc.).

³ Sur la question de savoir si une chose de genre peut être l'objet d'une libéralité graduelle ou résiduelle, voir *infra* n°361.

Encore faut-il que ce bien déterminé subsiste en nature au jour du décès du grevé¹. Cette seconde condition suppose que le bien transmis au second gratifié soit *identique* à celui reçu par le premier gratifié. Autrement dit, la subrogation réelle ne saurait ici être admise. Ainsi, par exemple, la libéralité d'un immeuble faite à *Primus* avec charge pour lui de transmettre, à son décès, à *Secundus* une somme d'argent équivalente à la valeur de l'immeuble ne peut être ni une libéralité graduelle ni une libéralité résiduelle².

359. Conséquence : impossibilité de stipuler une conservation en valeur. – De là il suit que les biens de la libéralité graduelle doivent nécessairement être conservés en nature et que la stipulation d'une obligation de conserver seulement en valeur les biens ne saurait être compatible avec la qualification de libéralité graduelle.

Bien sûr, nous sentons poindre les objections. D'une part, l'obligation de conserver en nature présente l'inconvénient de porter atteinte à la libre circulation des biens, de sorte qu'il doit être permis d'y déroger³. D'autre part, il est aisé de tourner cette exigence en apportant les biens concernés à une société, afin que seuls les droits sociaux forment l'objet de la libéralité⁴. Aussi, dans cette optique, devrait-il être accordé au disposant d'une libéralité graduelle la faculté de stipuler que la double charge de conserver et de transmettre ne porte que sur la valeur des biens dont il se dépouille.

Il est permis, néanmoins, de ne pas être convaincu par ces objections. A cet égard, une saine méthode impose de déterminer le domaine d'application de toute règle d'après le fondement sur lequel elle repose : *cessante ratione legis, cessat lex*. Or, ce que le disposant recherche en stipulant une clause graduelle, c'est qu'un bien déterminé, dont il est le propriétaire, soit l'objet d'une transmission successive. Et telle n'est pas la fonction d'une conservation en valeur. Dans ce cas, l'appelé est investi d'une créance contre le grevé, pour l'époque éventuelle de l'ouverture de la succession de celui-ci ; mais il n'y a pas un bien déterminé, appartenant au disposant, qui doit être conservé par le grevé pour être transmis à son décès à l'appelé. Par où l'on voit que la double exigence, édictée par l'article 1049, selon laquelle la libéralité graduelle ne peut porter que sur un

¹ Tel ne peut pas être le cas des choses consommables puisque le simple usage provoque leur destruction. Mais, pour ceux-ci, la parade pourrait consister à imposer au grevé de les vendre et d'employer le prix à l'acquisition de biens durables. Ainsi, la double charge de conserver et de transmettre porterait sur les biens nouvellement acquis.

En outre, il ne paraît guère concevable qu'un droit d'usufruit soit l'objet d'une libéralité graduelle ou résiduelle. Comment, en effet, le premier gratifié pourrait-il être tenu de conserver et de rendre, après sa mort, ce droit viager qui s'éteint à raison même de son trépas.

² Une telle disposition est néanmoins licite ; elle repose simplement sur le mécanisme de la stipulation pour autrui (sur l'articulation des règles de la stipulation pour autrui avec celles de l'article 896 du Code civil, voir *supra* n°246).

³ Voir en ce sens Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°800, p. 383.

⁴ G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. et patrimoine* mars 2007, p. 74 et s., spéc. p. 82 ; M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°82.

bien « identifiable » et « subsistant en nature au décès du grevé », implique l'identité du bien transmis au grevé avec celui qui doit être rendu à l'appelé, que seule une conservation en nature peut assurer. Telle était, au demeurant, l'analyse retenue par la jurisprudence¹ et la doctrine², relativement aux substitutions fidéicommissaires.

En conséquence, il ne nous paraît pas possible de stipuler, dans une libéralité graduelle, une obligation de conservation en valeur des biens. Sans doute, une telle analyse est de nature à affecter l'attrait des libéralités graduelles³, et l'on peut regretter, à ce titre, que le législateur de 2006 n'ait pas repris les propositions des auteurs de l'*Offre de loi*, qui suggéraient une conservation en valeur des biens de la libéralité graduelle, à défaut de volonté contraire du disposant⁴. Mais qu'on comprenne bien : que l'obligation de conservation en valeur soit incompatible avec la qualification de libéralité graduelle ne signifie pas pour autant qu'elle soit illicite ; simplement, en ce cas, la double libéralité est réalisée au moyen de la stipulation pour autrui, laquelle n'est autre que la technique de droit commun des libéralités assorties d'une charge personnelle au profit d'un tiers bénéficiaire⁵.

360. Cas particulier des valeurs mobilières ? – Toutefois, il semble que la subrogation réelle produise ses effets lorsque la clause graduelle ou résiduelle porte sur des valeurs mobilières.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1953, *Bull. civ.* 1953. I. n°302.

² F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XIV, préc., spéc., n°408 et s. p. 453 et s. ; Marcadé, *Explication du Code civil*, t. III, sur l'art. 896, n°III ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, préc., spéc., n°126 et s. p. 138 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., spéc., n°3115 p. 522 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, *op cit.*, n°303 p. 417 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, par L. Julliot de La Morandière, préc., spéc., n°1984 p. 1011. Comp. toutefois P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 199 et s.

³ P. Catala, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006. étude 43 : « *Le deuxième alinéa du même article [art. 1049] ne déroge à la règle ainsi posée que dans le cas des valeurs mobilières, en reportant l'effet de la charge, en cas d'aliénation sur les valeurs subrogées. Le choix néfaste du législateur risque de tuer dans l'œuf l'avenir des libéralités graduelles, car la conservation en nature est, de nos jours, un anachronisme absolu qui paralyse la vie des patrimoines, fussent-ils immobiliers* »

⁴ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., spéc., art. 1028, p. 83 et s. Le rapporteur de la Commission des lois du Sénat a toutefois expliqué les raisons de ce refus (H. de Richemont, *Rapport de la commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, préc., spéc., p. 263) : « *il n'est pas certain qu'une simple obligation de conservation en valeur permette d'atteindre ce résultat, le premier gratifié pouvant plus aisément dilapider son patrimoine. De surcroît, l'un des principaux objets de la substitution fidéicommissaire reste d'assurer la conservation de certains biens au sein de la famille. Enfin et surtout, l'obligation d'une conservation en nature des biens donnés ou légués semble nécessaire pour maintenir la fiction juridique selon laquelle le second gratifié est réputé tenir ses biens du disposant et non du premier gratifié, posée à l'article 1051 et qui permet de justifier son statut fiscal avantageux. Aussi est-il préférable de conserver cette obligation* ». Ces trois arguments n'emportent pas la conviction. *Primo*, si l'obligation de conserver en valeur affaiblit les chances de l'appelé, rien n'empêche le disposant de stipuler, sur les conseils de son notaire, des garanties au profit du second gratifié : « *obligations d'emploi et de remploi, comptes-rendus de gestion, voire même tutelle à l'exécution de la charge, ouverture d'un compte spécial pour le portefeuille de valeurs sujet à restitution, caution ou gage...* » (J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc.). *Deusio*, le principe de la conservation des biens au sein de la famille paraît très relatif dans la mesure où la liberté du disposant de choisir le grevé et l'appelé est complète. *Tertio*, l'obligation de conserver en valeur n'est nullement un obstacle à la règle selon laquelle l'appelé est censé tenir directement ses droits du disposant (J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, *ibid.*).

⁵ Sur la stipulation pour autrui, voir *supra* n°242 et s.

L'article 1049, alinéa 2, dispose, en effet, : « *Lorsqu'elle porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées* ». Mais cette disposition est-elle réellement une dérogation au principe de l'absence de subrogation réelle dans les libéralités graduelles et résiduelles ? On peut sérieusement en douter. En effet, il est question, ici, de valeurs mobilières, non pas prises *ut singuli*, mais appréhendées *ut universi*, faisant partie d'un portefeuille.

En ce sens, en tant qu'universalité de fait, c'est le portefeuille de valeurs mobilières qui est le bien, objet de la clause graduelle ou résiduelle. C'est dire que si la subrogation est admise, ce n'est qu'en cas d'arbitrage des éléments composants le portefeuille, mais non de vente de celui-ci. Tel est au demeurant l'esprit qui animait le législateur de 2006¹. Aussi bien faut-il voir dans l'alinéa 2 de l'article 1049 la consécration de la solution retenue par la jurisprudence pour le legs *de residuo* de valeurs mobilières, d'après laquelle les cessions de valeurs mobilières d'un portefeuille ne sont point des actes de disposition, mais seulement des actes d'administration². Partant de là, au décès du premier gratifié, le portefeuille de valeurs mobilières doit revenir, dans sa nouvelle composition, au second gratifié.

En revanche, si l'existence d'un portefeuille de valeurs mobilières n'est pas constatée³, les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1049 ne trouvent plus application, de sorte que l'alinéa 1^{er} retrouve son empire⁴.

La difficulté rebondit, alors. Dans la mesure où un portefeuille de valeurs mobilières peut être l'objet d'une libéralité graduelle et d'une libéralité résiduelle, il convient de déterminer ce qui les sépare.

S'agissant de la libéralité résiduelle, on est naturellement enclin à reprendre les solutions posées par la jurisprudence antérieurement à la réforme du 23 juin 2006. Ce faisant, on peut affirmer que le second légataire est fondé à faire valoir ses droits sur le portefeuille dans sa

¹ H. de Richemont, *Rapport de la commission des lois du Sénat*, n°343, 1^{ère} lecture, 2006, t. I, p. 263 : « *Votre commission vous soumet toutefois un amendement ayant pour objet, lorsqu'une libéralité résiduelle ou graduelle porte sur un portefeuille de valeurs mobilières, de permettre que la cession et le rachat de valeurs mobilières emportent subrogation sur les valeurs acquises en emploi. En effet, si elle devait être interprétée comme portant non pas sur le portefeuille mais sur les titres eux-mêmes, l'obligation de conserver le bien en nature pour que la libéralité produise son effet aurait pour conséquence d'empêcher toute gestion du portefeuille* » ; S. Huyghe, *Rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n°3122, 2nde lecture, p. 56 : « *Il convient effectivement d'éviter qu'une interprétation trop stricte par la jurisprudence des dispositions de l'article 1048 du Code civil n'empêche le premier gratifié de gérer un portefeuille de valeurs mobilières avec souplesse et efficacité, en cédant au besoin certaines valeurs pour en racheter d'autres* ».

² Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, D. 1993. 613, note D. Martin, JCP 1994. II. 22206, note J.-P. Couturier ; *Defrénois* 1993, art. 35638, note P. Buffeteau : « *les cessions de valeurs mobilières, dans la mesure où elles ont été suivies de leur remplacement par d'autres titres de bourse, s'analysaient en des actes de gestion normale du portefeuille et devaient être assimilées à des actes d'administration et non à des actes de disposition* ».

³ Sur les conditions d'existence d'une universalité de fait, voir *supra* n°41.

⁴ Concrètement, en cas de libéralité graduelle, le grevé est tenu de conserver en nature lesdites valeurs mobilières, de sorte que leur aliénation par le grevé n'est censée produire aucun effet sur les droits du second gratifié tandis que, dans l'hypothèse d'une libéralité résiduelle, l'absence de subrogation réelle fait que leur aliénation anéantit irrémédiablement les droits du second gratifié.

nouvelle composition ; mais si le contenu du portefeuille est altéré par suite de l'activité du grevé, l'appelé ne pourrait rien y faire puisqu'il n'a droit qu'au *residuum*. Pas davantage les droits du second gratifié ne saurait s'exercer sur le produit de la vente des articles du portefeuille¹. Car, si la subrogation réelle joue, ce n'est qu'au sein du portefeuille, ce qui suppose le remplacement de l'article cédé par un autre de même nature². En un mot, le premier gratifié a toute liberté pour aliéner, sa vie durant, les valeurs mobilières comprises dans le portefeuille, et le second gratifié n'a de droits que sur celles qui le composent au décès premier gratifié.

S'agissant de la libéralité graduelle, la mise en oeuvre de l'alinéa 2 de l'article 1049 peut poser plus de difficultés que pour la libéralité résiduelle. L'incertitude est d'autant plus forte que la jurisprudence ne s'était pas prononcée sur les substitutions fidéicommissaires portant sur un portefeuille de valeurs mobilières. A la différence du grevé d'une libéralité résiduelle, le premier gratifié a ici l'obligation de conserver le bien. Ce bien, on l'a dit, est le portefeuille de valeurs mobilières. Sous cet aspect, si le premier gratifié a le droit vendre les titres, car il ne fait qu'administrer le portefeuille qui les réunit, il ne saurait compromettre l'exercice des droits du second gratifié, ce qui exige qu'il remploie le prix dans l'acquisition de nouveaux titres.

361. *Quid des choses de genre ?* – De ce que les biens transmis à l'occasion d'une libéralité graduelle ou résiduelle doivent être déterminés et subsister en nature au jour du décès du grevé, d'aucuns pourraient croire que des choses fongibles ne pussent pas en être l'objet. Il est vrai que l'exigence de l'article 1049 du Code civil, selon laquelle les biens doivent être « *identifiables* » à la date de leur acquisition par le premier gratifié, ne paraît concerner que les corps certains, les biens individualisés³. Il est permis, néanmoins, d'en douter. Il nous semble, en effet, qu'aucun obstacle ne s'oppose à ce que des choses fongibles soient l'objet de libéralités graduelles ou de libéralités résiduelles. Pour s'en convaincre, plusieurs arguments peuvent être avancés⁴.

¹ Comp. toutefois Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2000, n°98-10.641 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n°04-10.616, *AJ fam.* 2006. 360, obs. F. Bicheron ; *JCP N* 2006. 1359, note P. Buffeteau ; *RTD civ.* 2006. 807, obs. M. Grimaldi, qui considère que le premier légataire, qui avait vendu les valeurs mobilières pour en placer le produit sur un compte ouvert chez le notaire au nom de la succession du testateur, « *n'avait pas effectué un acte de disposition quant à ces valeurs, mais une simple opération de gestion* » et « *que, même si l'on retenait qu'elle [le premier légataire] avait l'intention de constituer un capital pour ses fils, force était de constater que les fonds n'avaient subi aucun transfert de propriété et qu'elle n'en avait pas disposé* ». Comme on pu justement le relever, « *pareil raisonnement conduirait à admettre systématiquement le jeu d'une subrogation réelle qui permettrait au second légataire de faire valoir ses droits sur le prix de vente du bien légué, s'agirait-il même d'une oeuvre d'art ou d'un immeuble, tant du moins que ce prix reste individualisé* » (M. Grimaldi, obs. préc.). En faveur du maintien de cette solution en droit positif, voir M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, n°41.

² Tout au plus, on peut admettre que le second gratifié puisse exercer ses droits sur le prix de vente qui se retrouve, sous la forme de liquidités en instance d'emploi, dans le solde du compte titres.

³ Voir en ce sens, P. Voirin et G. Goubeaux, *Régimes matrimoniaux – Successions – Libéralités*, préc., n°872, p. 417.

⁴ Afin de tourner la difficulté en cas de libéralité graduelle, certains auteurs recommandent la stipulation d'une clause d'emploi ou de remploi des choses de genre dans l'acquisition d'un corps certain (M. Nicod, « *Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application* », *JCP éd. N* 2008. 1249 ; *JCl Civil Code*, Art. 1048 à 1056,

Un argument de texte, d'abord. L'article 1049, alinéa 1^{er}, du Code civil exige que les biens transmis soient « *identifiables* », nullement qu'ils soient « *individualisés* ». Or, les deux termes ne doivent pas être confondus : identifier n'est pas synonyme d'individualiser. « *Identifier* », on l'a vu, c'est reconnaître un élément à certains traits comme appartenant à une catégorie, alors que le verbe « *individualiser* » désigne l'action de différencier par des caractères individuels, de rendre individuel¹. Traduites juridiquement, ces définitions s'appliquent parfaitement à la distinction du corps certain et des choses de genre. Les choses de genre sont les choses qui, selon l'article 1246 du Code civil, ne sont déterminées que par leur espèce tandis que le corps certain est « *spécifié dans son individualité* »². En d'autres termes, un corps certain est une chose *déterminée* et *individualisée*, en ce sens qu'elle est unique et clairement spécifiée ; une chose de genre n'est pas individualisée, mais seulement *déterminée* dans son espèce et sa quantité. Aussi bien, si les choses de genre ont pour trait caractéristique de ne pas être individualisées, rien n'empêche qu'elles soient identifiables. De là il suit que, prise dans son sens littéral, l'exigence d'un bien identifiable posée à l'article 1049, alinéa 1^{er}, du Code civil ne vise pas seulement les corps certains, mais vaut également pour les choses de genre.

Ensuite, un argument historique peut être formulé. Lorsqu'elles étaient permises, les substitutions fidéicommissaires pouvaient porter sur des choses fongibles³. Dans cette logique, malgré plusieurs hésitations⁴, la jurisprudence s'était prononcée également dans le sens d'une application de la prohibition des substitutions fidéicommissaires aux dispositions portant sur des

n°52). L'insertion d'une telle clause nous paraît toutefois discutable au regard du principe selon lequel le jeu de la subrogation réelle n'est pas admis dans une libéralité graduelle (voir *supra* n°359).

¹ *Grand Robert de la langue française*, V° Individualiser.

² *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., spéc., V° Certain (corps).

³ C. civ., art. 1064 anc., qui imposait au grevé de rendre une valeur égale aux bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres ; C. civ., art. 1065 anc., qui imposait au grevé l'emploi des deniers.

⁴ Certaines décisions semblent avoir retenu la qualification de substitution fidéicommissaire : Cass. civ., 8 juin 1812, *S.* 1812-1814. 1. 115. En l'espèce, la Cour de cassation considéra que constituait une substitution prohibée la disposition par laquelle le testateur, après avoir institué un légataire universel, consent un legs de 20.000 francs à deux légataires particuliers pour le cas le légataire universel décéderait avant d'avoir atteint un âge déterminé. D'autres ont retenu une solution opposée. Mais ces décisions n'ont été déterminées par le caractère fongible de la chose léguée : Cass. req., 30 avr. 1867, *D.* 1867. 1. 40 ; *S.* 1867. 1. 329 : « *la seconde condition, c'est-à-dire l'obligation de conserver et de rendre la chose léguée, imposée à Sermezy fils faisait complètement défaut ; qu'en effet, la chose léguée à Simonard ne consistait pas en un corps certain, mais dans une somme de 400.000 fr, et qu'il n'est nullement justifié que cette somme se soit trouvée dans la succession de la dame de Sermezy.* » (En l'espèce, la testatrice, laissant un héritier du sang, avait légué à un tiers une somme de 400.000 fr., payable, soit à la mort de l'héritier, dans le cas où celui-ci décéderait sans postérité, soit au moment où il viendrait à vendre un immeuble désigné. La Cour de cassation, non plus d'ailleurs que la Cour de Lyon (*S.* 1866. 2. 45), n'a pas été déterminée par le caractère fongible de l'objet du legs pour rejeter la qualification de substitution fidéicommissaire) ; Limoges, 17 août 1864 sous Cass. civ., 13 juin 1866, *D.* 1866. 1. 478 : « *le sieur d'Anglars n'a pas fait une substitution prohibée, puisqu'il n'a pas chargé ses héritiers légitimes de conserver et de rendre à son légataire un objet certain et déterminé, compris dans sa succession* » (En l'espèce, le testateur avait consenti un legs de somme d'argent payable au décès de l'héritier ou de son enfant, pour le cas où le légataire survivrait à ces derniers). Voir toutefois plus nettement Nancy, 9 déc. 1871, *D.* 1872. 2. 164 ; *S.* 1872. 2. 71 : « *Attendu, en droit, que la substitution prohibée se trouve nettement définie par l'art. 896, C. civ., et que le signe auquel elle se reconnaît surtout, c'est l'obligation, par le donataire ou le légataire, de conserver pendant sa vie et de rendre à la mort la chose même qui fait l'objet de la donation ou du legs ; qu'il suit de là que l'argent et toutes les choses fongibles, lesquelles se consomment par l'usage, ne peuvent devenir la matière d'une substitution prohibée* ».

choses fongibles, et ce même en l'absence de clause d'emploi. La solution fut clairement posée par l'arrêt *Lajeunesse* rendu le 16 juin 1911 par la chambre des Requêtes. En l'espèce, le testateur s'exprimait ainsi : « *Le troisième tiers de ce qui m'appartient, je le lègue à Mlle Pauline Lajeunesse, comme le permet la loi. Ce troisième tiers est donc de 722.800 fr., en valeurs mobilières et propriété. En cas de décès, je dis décès de Pauline Lajeunesse, les 722.800 fr. feront de plein droit retour à Yvette Lajeunesse, sa fille, qui sera son héritière de cette somme* ». Les hauts magistrats rejetèrent le pourvoi, lequel considérait que la disposition ne pouvait comporter une substitution fidéicommissaire en raison du caractère fongible de la chose léguée : « *Mais attendu que l'art. 896, qui déclare nulle "toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier substitué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers", fait résulter la nullité qu'il prononce, sans distinguer entre les immeubles et les valeurs mobilières, de la disposition même qui y est spécifiée* »¹. Cette solution a été reprise par plusieurs décisions des juges du fond. C'est ainsi que dans un jugement rendu le 18 mars 1930, le tribunal civil du Nord considéra que « *la charge de conserver et de rendre peut très bien se concevoir, non seulement d'un objet individualisé, mais aussi d'une simple valeur que le disposant a voulu frapper d'indisponibilité pour en assurer la remise ultérieure à l'appelé* »². De même, la Cour d'appel de Paris retint la qualification de substitution fidéicommissaire à la disposition qui chargeait la légataire « *de conserver, sa vie durant, lesdits meubles ou leur valeur représentée par leur prix de vente, et de rendre, après sa mort, ces meubles ou leur valeur à son neveu* »³. Quant au legs de *residuo*, la jurisprudence a pareillement admis qu'il porte sur des deniers⁴.

De ce qui précède, il résulte qu'avant la loi du 23 juin 2006, une chose fongible pouvait être l'objet d'une substitution fidéicommissaire ou d'un legs de *residuo*. Pourquoi en serait-il aujourd'hui autrement ? Objectera-t-on, à l'instar de certains de nos anciens auteurs⁵, que la détention de choses fongibles entraîne leur consommation, et, par voie de conséquence, l'impossibilité d'assurer leur transmission au second gratifié ? On répondra simplement que le fondement de

¹ Cass. req., 16 juin 1911, *DP* 1913. 1. 382 ; *S.* 1918-1919. 1. 97, note E. Gaudemet.

² Trib. civ. du Nord (Lille), 18 mars 1930, *DH* 1930. 325 ; *RTD civ.* 1930. 822, obs. R. Savatier, *Rev. crit. de législ. et jurispr.* 1933. 62, obs. A. Trasbot : « *Attendu que la charge de conserver et de rendre peut très bien se concevoir, non seulement d'un objet individualisé, mais aussi d'une simple valeur que le disposant a voulu frapper d'indisponibilité pour en assurer la remise ultérieure à l'appelé ; que pour ne pas être sanctionnée par une action réelle et même efficace à l'égard du grevé ou de sa succession, la créance de l'appelé étant assortie d'une action en responsabilité et s'il est légataire, comme en l'espèce, garantie par l'hypothèque légale de l'article 1017 C. civ. ; qu'on comprend ainsi que l'article 896 C. civ. ne fasse aucune distinction en déclarant nulle "toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers" ; que cette prohibition rigoureuse s'applique donc même aux dispositions de sommes d'argent, comme en l'espèce, dès lors que le bénéficiaire est grevé de la charge de les conserver et de les rendre* ».

³ Paris, 26 avr. 1934, *JCP* 1934. 647, obs. H. M. ; *RTD civ.* 1934. 870, obs. R. Savatier.

⁴ Voir notamment Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, n°06-14-704, *Defrénois* 2008, art. 38754, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 2008. 345, obs. M. Grimaldi.

⁵ Marcadé, *Explication du Code civil*, t. III, sur l'art. 896, n°III. Voir également le rapport du Conseiller Renault d'Ubexi sous Cass. req., 30 avr. 1867, *S.* 1867. 1. 329, spéc. p. 330, 3^{ème} colonne : « *Il n'y a pas, à proprement parler, de substitution dans le legs de choses fongibles au profit d'un tiers qui ne doit le recueillir qu'au décès d'un premier institué, lorsque le testateur n'a pas prescrit l'emploi des choses léguées, de manière à en assurer la représentation au moment où le legs deviendra exigible, parce qu'autrement, les choses de cette nature se consommant par l'usage, et, en fait de meubles, la possession valant titre, rien n'en paralyse entre ses mains la libre disposition* ».

l'objection est fallacieux, en ce sens qu'il assimile les choses fongibles aux choses consommables. La fongibilité¹ traduit la possibilité qu'ont deux choses de se substituer l'une à l'autre tandis que la consommabilité² comprend les choses dont on ne peut faire usage sans les détruire³. C'est dire que la détention d'une chose fongible n'entraîne pas inéluctablement sa destruction et que sa conservation peut être assurée. Au-delà, objectera-t-on que la fongibilité de l'objet n'impose au grevé aucune inaliénabilité, ce que postule pourtant la libéralité graduelle⁴ ? Il est vrai que les actes d'aliénation de celui-ci ne pourront pas être résolus par l'ouverture des droits de l'appelé. Par suite, l'obligation imposée au grevé apparaissant comme dénuée de sanction, il ne pourrait y avoir de clauses graduelle ou résiduelle portant sur des choses fongibles. Mais c'est omettre que l'existence juridique d'une obligation ne dépend certainement pas de la facilité plus ou moins grande avec laquelle il est possible d'y échapper. Au surplus, l'objection pourrait bien être prise à revers par un argument *a pari*. Nul ne conteste qu'un meuble corporel puisse être l'objet d'une libéralité graduelle⁵. Il s'agit bien, en effet, d'un bien identifiable susceptible de subsister en nature au décès du grevé, tel que l'exige l'article 1049 du Code civil. Pourtant, l'aliénation d'une telle chose à un acquéreur de bonne foi sera opposable à l'appelé, tout comme le sera l'aliénation d'une chose fongible.

Aussi arrivons-nous à la conclusion que s'il n'est pas douteux qu'une chose mobilière de corps certain peut être l'objet d'une libéralité graduelle ou résiduelle, il est tout aussi clair qu'une chose fongible peut l'être également.

362. Conséquences de l'admission des choses de genre. – Encore faut-il bien percevoir ce qui sépare les deux libéralités.

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V° Choses fongibles.

² *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V° Choses consommables.

³ Sur cette distinction, voir notamment H. Humbert, *Essai sur la fongibilité et la consommabilité des meubles*, thèse 1940, p. 13 et s ; P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle, Étude sur la qualification juridique des biens*, Bibl. Institut A. Tunc, LGDJ, 2004, n°124 et s. p. 123 et s. ; Jaubert, « Deux notions de droit des biens : la consommabilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1945. 75 et s. ; A. Laude « La fongibilité », *RTD com.* 1995. 307 et s.

⁴ Tel était du reste l'argument opposé par une partie de la doctrine à l'encontre de la jurisprudence ancienne : J. Bel, *Les substitutions prohibées et la jurisprudence française*, thèse Grenoble, 1935, p. 81 et s., spéc. p. 85 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XIV, préc., spéc., n°408 et s. p. 453 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., spéc., n°3116 p. 522 ; J. Bonnecase, *Supp. au Traité de Baudry-Lacantinerie*, t. I, préc., spéc., n°184 p. 334 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. IV, préc., spéc., n°3880 p. 1230. De façon plus nuancée, J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., spéc. n°490 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc., n°564 p. 457.

⁵ *Contra* G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., spéc., n°3116 p. 522 ; J. Bonnecase, *Supp. au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. I, préc., spéc., n°184 p. 334 et s., qui soutenaient que la donation d'objets mobiliers corporels faite avec charge de conserver et de rendre ne constituait pas une substitution prohibée en raison de l'opposabilité à l'appelé des aliénations consenties à un tiers de bonne foi.

S'il s'agit d'une libéralité graduelle, il importe peu que le grevé puisse *en fait* éluder plus ou moins facilement son obligation de conservation¹. Il reste tenu *en droit* de rendre une chose de même nature. Mais qu'on comprenne bien. Si des choses fongibles peuvent être l'objet d'une libéralité graduelle, cela ne signifie pas pour autant que le grevé soit tenu d'une obligation de conserver et de transmettre en valeur. Simplement, si le grevé use de son droit d'en disposer entre vifs, sa succession sera obligée de se procurer une semblable pour la transmettre à l'appelé².

S'il s'agit d'une libéralité résiduelle, l'absence d'obligation de conservation doit faire échec à la maxime latine *genera non pereunt*. En effet, le second gratifié ne pouvant avoir de droits que sur le *residuum*, tout acte de disposition entre vifs du premier gratifié des choses fongibles comprises dans la libéralité compromet ses droits. Ici sans doute se dresse une difficulté. Comment savoir si le premier gratifié a annihilé les droits du second gratifié ? La réponse est évidente lorsqu'on ne trouve aucune chose identique à son décès. L'hésitation est en revanche permise lorsque se trouvent encore à son décès des choses de la même espèce. Prenons l'exemple d'une libéralité résiduelle portant sur divers biens dont une somme d'argent : s'il existe encore des liquidités au décès du premier gratifié, doit-on permettre au second gratifié d'exercer ses droits sur celles-ci ? Rien n'est moins sûr. Car ces liquidités peuvent être la valeur représentative d'autres biens – des corps certains, par exemple³. En réalité, la difficulté pourra être résolue de deux façons : en amont, c'est-à-dire au moment de la conclusion de la libéralité résiduelle, en isolant les choses de genre qui forment l'objet de la libéralité⁴ ; en aval, c'est-à-dire au dénouement de la libéralité résiduelle, en recensant toutes les opérations réalisées par le grevé sa vie durant pour déterminer l'origine des choses de genre existant encore au jour de son décès et connaître ainsi celles qui étaient réellement l'objet de la libéralité.

363. *Quid* des universalités de droit ? – Une dernière difficulté subsiste quant à la détermination de la qualité des biens pouvant être l'objet d'une libéralité graduelle ou résiduelle : peut-il s'agir d'une universalité de droit ? L'exigence de biens « *identifiables* » au jour de la première libéralité et « *subsistant en nature* » au jour où la seconde produit ses effets semble ne pas le permettre. Il est vrai que l'universalité de droit étant un ensemble de biens et d'obligations, on peine à voir comment celle-ci peut répondre à cette double exigence⁵. Sous cet aspect, comme on

¹ A. Trasbot, obs. préc.

² M. Grimaldi, *Successions*, préc., spéc., n°370 p. 373.

³ Voir en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, préc.

⁴ Par exemple, s'il s'agit de liquidités, les isoler au sein d'un compte spécial, clairement identifié (voir en ce sens, Ph. Malaurie, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, note préc. ; M. Nicod, *Jcl. Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, n°39).

⁵ Voir en ce sens P. Voirin et G. Goubeaux, *Régimes matrimoniaux – Successions – Libéralités*, préc., n°872, p. 417.

l'a justement remarqué, le législateur a certainement vu dans ces libéralités des dispositions à titre particulier¹.

Il n'en demeure pas moins qu'aucun obstacle technique ne s'oppose à ce que les libéralités graduelles et résiduelles portent sur une universalité de droit. D'une part, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 23 juin 2006, tant les substitutions fidéicommissaires que les legs *de residuo* pouvaient avoir pour objet une quote-part de la masse successorale du disposant. Or, si le législateur contemporain a voulu « *libéraliser* » ces libéralités, on ne doit pas interdire ce qu'il était possible de faire par le passé. D'autre part, et de manière plus significative, il suffit pour identifier les biens d'une universalité de droit de procéder à un inventaire. A l'instar des règles relatives aux substitutions permises², il est loisible au disposant d'inventorier dans l'acte, article par article, l'actif légué, d'enjoindre au grevé d'y procéder, ou de confier cette mission à un tiers³. Une telle formalité permettrait ce faisant d'identifier les biens et de vérifier s'il subsiste encore en nature au décès du grevé.

364. Conséquences de l'admission des universalités de droit. – Une telle admission pose néanmoins deux difficultés. La première, que l'on traitera par ailleurs, a trait au passif pouvant grever l'actif, et plus particulièrement la répartition définitive de la charge du passif entre les deux gratifiés⁴. La seconde concerne la qualification de la disposition. : l'inventaire des biens composant l'universalité n'est-il pas de nature à modifier le legs universel ou à titre universel en une série de legs à titre particulier ayant chacun pour objet un bien déterminé ? La question est importante, relativement notamment au passif. Il reste qu'une telle prétention ne saurait convaincre. La formalité de l'inventaire a pour objet d'identifier les biens composant l'universalité, nullement de les individualiser au point d'en modifier la nature de la disposition testamentaire. Aussi bien doit-on admettre que l'inventaire des biens d'une universalité de droit n'entraîne aucun changement de qualification de la libéralité graduelle ou résiduelle.

2. Du point de vue quantitatif

365. Distinction entre les deux types de libéralités. – En vertu de l'article 912 du Code civil, l'héritier réservataire doit recevoir sa réserve libre de toute charge. C'est dire que les charges inhérentes aux libéralités graduelles et résiduelles ne doivent pas grever la réserve héréditaire de

¹ M. Nicod, *Jcl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°49.

² C. civ., art. 1058 et s. anc.

³ Voir en ce sens M. Nicod, *Jcl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°53 ; Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°38.

⁴ Voir *infra* n°516.

chacun des deux gratifiés. Pour autant, cette protection n'est pas organisée de la même façon au sein de chacune d'entre elles.

a) La libéralité graduelle

366. Situation du premier gratifié. – Lorsque le premier gratifié est un héritier réservataire du disposant, la double charge de conserver et de transmettre ne peut porter que sur la quotité disponible¹. Aussi bien celui-ci a-t-il la faculté de procéder à un cantonnement de la double charge : les biens placés dans la quotité disponible demeurent grevés de celle-ci, ceux placés dans la réserve en sont libérés². Sur ce point, la réforme du 23 juin 2006 ne fait que reprendre les solutions des substitutions permises³.

Elle innove néanmoins en ce qu'elle organise la possibilité d'y déroger. S'il s'agit d'une donation graduelle, la consécration d'une possibilité de renonciation anticipée à l'action en réduction permet au premier donataire de consentir à ce que la double charge porte sur sa réserve héréditaire⁴. Simplement, la renonciation obéit à un formalisme différent selon qu'elle intervient dans l'acte de donation, auquel cas il suffit de suivre le formalisme des donations, ou postérieurement, et c'est alors le formalisme renforcé de la renonciation anticipée à l'action en réduction qu'il convient d'observer⁵. Dans le cas d'un legs graduel, le troisième alinéa de l'article 1054 prévoit que si le premier légataire n'agit pas en cantonnement de la double charge dans l'année de sa connaissance du testament, « *il doit en assumer l'exécution* ». Autrement dit, à

¹ C. civ., art. 1054, al. 1^{er}, qui n'est qu'une application de la définition de la réserve héréditaire énoncée par l'article 912 du Code civil.

² Cette faculté de demander le cantonnement pose deux difficultés. La première concerne le délai pour agir. Il semble qu'il faille distinguer selon que les droits du premier gratifié procèdent d'une donation ou d'un legs. Dans le premier cas, les textes ne prévoient pas de délai particulier, de sorte qu'il y a lieu de suivre les règles de droit commun édictées par l'alinéa 2 de l'article 921. Dans le second cas, l'article 1054, alinéa 2, enferme l'action en cantonnement dans un délai d'un an « *à compter du jour où il [le légataire] a eu connaissance du testament* ». Outre le fait que l'on s'explique mal ce bref délai, la rédaction est maladroite. D'une part, la simple connaissance de l'existence de l'acte suffit-elle ou faut-il qu'il ait connaissance de son contenu ? La seconde option doit certainement être retenue puisqu'il s'agit d'une action contre les dispositions contenues dans l'acte. D'autre part, le légataire peut naturellement avoir eu connaissance du testament avant le décès du testateur. Or, malgré cela, le point de départ pour agir ne commence à courir qu'au jour du décès, c'est-à-dire au jour où ses droits sont nés. Autrement dit, deux cas de figure peuvent se présenter : soit le légataire connaît l'existence du testament au jour du décès, auquel cas le délai d'un an commence à courir à partir de ce moment ; soit l'existence du testament lui est révélée postérieurement, alors le délai d'un an ne débute qu'à cette date.

Seconde difficulté, la conciliation du cantonnement avec l'existence d'une donation graduelle. On ne peut procéder au cantonnement qu'à compter du décès du disposant. C'est dire que, jusqu'à ce moment, le premier gratifié est contraint de respecter la double charge qui grève tous les biens à lui donnés.

³ Cass. req., 18 mars 1884, *D.* 1885. 345 ; Cass. req., 22 janv. 1906, *D.* 1907. 428 ; Cass. civ., 6 mars 1912, *S.* 1914. 1. 399 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, préc. *Adde* F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°569, p. 460 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°388, p. 386.

⁴ C. civ., art. 1054, al. 2.

⁵ C. civ., art. 1054, al. 2.

l'expiration du délai d'un an, le grevé est réputé avoir renoncé, de façon irréfugable, au cantonnement.

Il reste que le réservataire qui aurait abdiqué aux prérogatives que lui confère son statut emporte des conséquences sur le choix du second gratifié. Le quatrième alinéa de l'article 1054 ajoute, en effet, que « *la charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à l'ensemble de ses enfants nés et à naître* ». Partant, sur les biens de la libéralité qui forment la réserve du premier gratifié, ses enfants nés ou à naître ont automatiquement la qualité de second gratifié. Sans doute cette solution s'explique-t-elle aisément lorsque le premier gratifié est un enfant du disposant. Les biens qui forment la réserve sont ainsi conservés dans la famille, ce qui est l'illustration de la justification classique de la réserve héréditaire¹. En revanche, cette disposition aboutit à un résultat pour le moins paradoxal lorsque le grevé est le conjoint. Dans la mesure où le conjoint n'est réservataire qu'en l'absence de descendant du disposant, cela signifie que le second gratifié ne pourra être qu'un enfant futur du conjoint qui n'aura dès lors aucune parenté avec le disposant. Sous cet aspect, on peine à voir ici une manifestation de la dimension familiale de la réserve. Bien au contraire, le mécanisme législatif ainsi créé exclut toute transmission des biens de la libéralité, qui forment la réserve du conjoint, à un membre de la famille du disposant ! Pas davantage on ne saurait trouver dans les différentes justifications de la réserve subalterne du conjoint une explication plausible de cette disposition légale. Que l'on voit dans cette réserve une continuation *post mortem* de l'obligation alimentaire, une présomption légale d'affection renforcée, ou encore un droit subjectif venant renforcer la vocation héréditaire du conjoint pour des raisons économiques et sociales, cela n'explique aucunement que les biens de la libéralité qui forment la réserve du conjoint soient nécessairement transmis à ses enfants nés ou à naître. Aussi bien conviendrait-il, *de lege feranda*, de circonscrire le jeu de l'aliéna 4 de l'article 1054 à la seule hypothèse où le premier gratifié est un descendant du disposant.

367. Situation du second gratifié. – Un héritier réservataire du disposant peut également être désigné comme gratifié en second ligne. La loi est cependant muette quant à la protection de sa réserve. On peut expliquer ce silence législatif par l'idée que la libéralité consentie au premier gratifié doit être traitée comme toute autre libéralité pour déterminer les droits réservataires du second gratifié².

¹ Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°3, note 16 ; M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°59 ; C. Brenner, *JCl Civil Code*, Art. 912 à 930-5, fasc. 10, 2009, n°40.

² La solution n'est sans doute pas pleinement satisfaisante dans la mesure où le second gratifié a vocation à recevoir les biens de la libéralité. Sur cette difficulté liquidative, voir *infra* n°528 et s.

Au-delà, l'absence de précision légale signifie que le second gratifié peut renoncer à agir en réduction dans les conditions de droit commun.

b) La libéralité résiduelle

368. Singularité de la libéralité résiduelle. – A l'instar de la libéralité graduelle, la libéralité résiduelle impose une charge au premier gratifié, de sorte qu'elle ne peut porter sur sa réserve héréditaire. C'est la raison pour laquelle l'article 1059, alinéa 3, dispose que « *lorsqu'il est héritier réservataire, le premier gratifié conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens qui ont été donnés en avancement de part successorale* ». Si l'on peut regretter que la protection de la réserve du premier gratifié soit organisée différemment de celle du grevé d'une libéralité graduelle, on peut aussi – et surtout – déplorer la maladresse des termes employés.

369. Prérogatives du premier gratifié quant à la protection de sa réserve. – Le grevé peut demander la réduction, ou plutôt le cantonnement, à la quotité disponible. A la différence de la libéralité graduelle, l'action en cantonnement n'est pas ici enfermée dans un délai particulier¹. Aussi sont-ce les règles de droit commun édictées par l'article 921 du Code civil qui s'appliquent. Mais le grevé peut emprunter une autre voie, celle de renoncer à l'exercice de son action en cantonnement. Reste que, ici encore, les dispositions particulières des libéralités graduelles ne sont pas applicables. Aussi cette renonciation ne peut-elle être faite dans l'acte de donation résiduelle, mais doit être consentie dans un acte à part, suivant le formalisme prescrit par l'article 929 du Code civil, sous peine de tomber sous le coup du principe de la prohibition des pactes sur succession future².

L'effet du cantonnement est de permettre au premier gratifié de recouvrer une complète liberté d'action sur les biens de la libéralité qui forment sa réserve héréditaire. Dans cette mesure, il peut donc s'affranchir de l'interdiction de léguer et de l'éventuelle interdiction de donner que lui avait imposées le disposant. Ainsi peut-on observer que, à la différence de la libéralité graduelle, les descendants du premier gratifié ne sont pas désignés de plein droit en qualité de second gratifié sur les biens de la libéralité formant sa réserve.

Malgré le cantonnement, le premier gratifié peut ne pas avoir usé de sa liberté de disposer. On peut alors se demander qui est en droit de recevoir les biens cantonnés qui subsistent au décès du grevé : sont-ce ses héritiers *ab intestat* ou est-ce le second gratifié de la libéralité résiduelle ? Une

¹ On peine à comprendre l'existence d'une telle différence entre les deux types de libéralités.

² C. civ. art. 1130, al. 2. Une telle sanction n'est naturellement pas encourue si la renonciation est consentie postérieurement au décès du disposant.

interprétation littérale de l'alinéa 3 de l'article 1059 semble conduire à privilégier le second gratifié. Il est prévu, en effet, que le premier gratifié conserve la « *possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens* » reçus du disposant. Or, s'il n'a pas fait usage de cette faculté, la clause résiduelle doit produire ses effets. L'analyse nous paraît néanmoins contestable, eu égard à l'objet de l'action en cantonnement. Cette procédure est une action en réduction de nature particulière en ce qu'elle réalise une réduction de l'assiette de la charge. Plus précisément, elle consiste à individualiser les biens du *de cuius* formant le disponible et ceux composant la réserve héréditaire. Partant, si le cantonnement a pour effet d'identifier les biens de la libéralité sur lesquels le grevé aura toute liberté d'action, il entraîne également un cantonnement des droits éventuels du second gratifié sur les biens constituant la quotité disponible¹. Aussi bien doit-on considérer que le cantonnement a pour conséquence d'annihiler tout effet de la clause résiduelle sur les biens formant la réserve du premier gratifié, de sorte que ceux-ci doivent être dévolus à ses héritiers *ab intestat*, s'il n'a pas usé de sa faculté de disposer à titre onéreux ou à titre gratuit.

370. Difficultés quant à la détermination des prérogatives des ayants cause du premier gratifié. – Au-delà, il n'en demeure pas moins que la libéralité résiduelle ne se trouve pas cantonnée automatiquement au disponible ordinaire : comme toute libéralité excédant la quotité disponible, elle est, non pas réduite de plein droit, mais simplement *réductible*, c'est-à-dire, ici, « *cantonnable* »². Se pose dès lors la question de savoir si les ayants cause du grevé peuvent agir en cantonnement.

Encore faut-il, au préalable, apporter deux précisions. D'une part, les ayants cause du grevé ne sauraient se prévaloir de la réserve personnelle qu'ils ont dans la succession de leur auteur. En effet, le second gratifié tenant ses droits directement du disposant, son émolument ne provient pas du patrimoine du premier gratifié. Aussi, l'action en cantonnement dont il est ici question est celle qui appartenait au grevé, ce qui suppose qu'elle ne soit pas prescrite³. D'autre part, l'abstention du grevé ne doit pas valoir renonciation tacite à agir en réduction⁴. Sous le bénéfice de ces deux précisions, il convient de distinguer la situation des héritiers *ab intestat* du grevé de celle de ses gratifiés.

¹ Voir en ce sens Cass. req., 22 janv. 1906, *D.* 1907. 428 qui considère que la demande en cantonnement du grevé de substitution « *avait pour effet de transporter ces droits sur certains biens successoraux, en dégageant les autres* ». Voir également M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°45 : « *elle [l'opération de cantonnement] suppose d'abord d'établir le montant du disponible, puis, afin de fixer les bornes des droits du second bénéficiaire, d'y affecter certains biens successoraux en les isolant des autres* ».

² M. Grimaldi, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *Defrénois*, art. 36160, p. 1109 et s., spéc. n°11, p. 1115.

³ Rappelons que le délai pour agir est celui de l'article 921, alinéa 2.

⁴ Cette renonciation peut être tacite dès lors qu'elle est certaine et postérieure à l'ouverture de la succession du grevé. Sur ce point, voir Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1975, *Bull. civ.* I, n°311 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 1982, *Bull. civ.* I, n°252. *Adde* F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°1027, p. 828 et s.

371. Situation des héritiers légaux du premier gratifié. – S’agissant des héritiers *ab intestat* du grevé, l’article 921, alinéa 1^{er}, leur confère le droit de se prévaloir de la réserve de leur auteur, si celui-ci a négligé de le faire. Toutefois, il n’est pas certain qu’ils puissent s’en prévaloir dans le cadre d’une libéralité résiduelle. Ainsi, ils sont certainement dépourvus d’intérêt à agir lorsque le grevé a disposé à titre gratuit de tous les biens de la libéralité résiduelle : seuls les gratifiés seraient alors habiles à agir. Tout au plus pourraient-ils agir en réduction de ces libéralités, si elles portent atteinte à la réserve personnelle qu’ils ont dans la succession du grevé.

L’incertitude est en revanche plus prégnante si le grevé n’a pas disposé des biens de la libéralité. Suivant une première analyse, on peut considérer qu’ils n’ont aucun intérêt à demander le cantonnement de la libéralité résiduelle¹. Car, si les biens subsistent encore en nature au décès du grevé, le second gratifié les acquiert *ipso facto* de par la volonté du disposant. Aussi bien les héritiers *ab intestat* du premier gratifié sont-ils dépourvus d’intérêt à agir puisque l’unique effet du cantonnement serait de restituer à leur auteur décédé une liberté de disposer entre vifs ou à cause de mort qu’il n’a pas exercée².

Il est permis de ne pas être convaincu par cette analyse. C’est considérer, en effet, que la réserve héréditaire n’est pas totalement soustraite à toute influence de la volonté du *de cuius*³. Plus précisément, c’est admettre que le disposant puisse prévoir la dévolution ultérieure de la réserve de son gratifié, si celui-ci n’en a pas décidé lui-même. Sans doute, pour défendre cette opinion, l’on pourrait, à l’instar de certains auteurs⁴, s’appuyer sur le revirement opéré par la Cour de cassation lors de l’affaire *Hopp*⁵. En l’espèce, un père dont la fille était mariée sous le régime de la communauté universelle stipula dans son testament que les biens qu’elle recueillerait dans sa succession seraient exclus de la communauté et demeureraient propres à sa fille, y compris dans

¹ Naturellement, les héritiers *ab intestat* du premier gratifié ne peuvent pas opposer au second gratifié la réserve qu’ils peuvent avoir dans la succession du premier gratifié puisque le second gratifié tient ses droits directement du disposant, de sorte que son émolument ne provient pas du patrimoine du premier gratifié. En revanche, les héritiers réservataires du premier gratifié pourraient agir sur un autre terrain l’abstention du premier gratifié à demander le cantonnement pourrait être assimilée à une libéralité au profit du second gratifié.

² Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°9, note 42, du même auteur déjà note sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, préc., spéc. n°10 ; M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°45 ; G. Goubeaux, « Réserve et legs *de residuo* », *Deffrénois* 1990, art. 34699, p. 193 et s.

³ Sans doute, en faveur de cette idée, peut-on avancer la faculté accordée au disposant de déterminer les biens qui composeront la part de réserve de l’héritier qu’il gratifie (Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1983, *Deffrénois* 1984, art. 33195, p. 95 et s., note M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1984. 141, obs. J. Patarin). Mais, premièrement, consentir des libéralités à titre particulier qui vont s’imputer sur la quotité disponible, c’est nécessairement composer celle-ci, et *a fortiori* composer la réserve (voir en ce sens M. Grimaldi, note préc.). Deuxièmement, la volonté du *de cuius* se limite à la composition de la réserve et ne s’étend pas aux prérogatives que l’héritier pourra exercer sur les biens la composant.

⁴ G. Goubeaux, « Réserve et legs *de residuo* », préc.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, *Deffrénois* 1975, art. 30986, p. 1185 et s., note G. Morin ; *JCP* 1975. II. 18141, note R. Savatier ; *RTD civ.* 1975. 754, obs. R. Savatier, rejetant le pourvoi formé contre Colmar, 9 janv. 1973, *JCP* 1973. II. 17402, note R. Savatier ; *Deffrénois* 1974, art. 30553, n°17, obs. J.-F. Vouin, qui avait confirmé le jugement du TGI de Strasbourg, 10 janv. 1968, *D.* 1968. 720, note D. Schmidt ; *JCP* 1973. II. 15776, note R. Savatier.

la mesure où ils constitueraient sa part de réserve. Le mari de celle-ci attaqua le legs comme contraire à l'indisponibilité, pour le testateur, de la réserve de sa fille. Pour rejeter les prétentions du mari, la haute juridiction considéra que « *les règles impératives protectrices des droits de l'héritier réservataire ne peuvent être invoquées que par ce dernier ou ses ayants cause lorsqu'il a été porté atteinte à la réserve* ». La solution est certainement bien venue en ce qu'elle restaure l'esprit de la réserve du Code civil. La réserve est en effet un droit personnel du réservataire, et non une indisponibilité de biens obligeant le disposant à respecter une sorte de copropriété familiale. Aussi bien seul le réservataire peut-il agir s'il est porté atteinte à ses intérêts réservataires. Mais faut-il tirer de cette solution un argument d'analogie pour refuser aux héritiers légaux du premier gratifié d'une libéralité résiduelle le droit d'agir en cantonnement au nom de celui-ci ? Nous ne le croyons pas. Si, en l'espèce, le mari n'a pu agir en réduction, c'est parce que la clause d'exclusion de communauté stipulée dans le legs ne portait pas atteinte à la réserve de sa femme. Or, tel n'est assurément pas l'effet de la clause résiduelle puisque celle-ci est de nature à porter atteinte aux intérêts du réservataire. Au demeurant, cette analyse, suivant laquelle les héritiers légaux du gratifié réservataire ne pourraient agir cantonnement de la clause résiduelle, semble omettre que la Cour de cassation a reconnu aux héritiers du grevé d'un legs *de residuo* un tel intérêt à agir¹. Rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2006, cette décision n'en conserve pas moins toute sa valeur. En effet, le cantonnement, avons-nous dit, supprime tout effet au mécanisme résiduel sur les biens formant la réserve du grevé. Ainsi ces biens sont-ils dévolus aux héritiers *ab intestat* du grevé, s'il n'en a pas disposé.

Au fond, si la réserve héréditaire doit être laissée libre de charge, c'est afin de soustraire cette quote-part de la succession au pouvoir de la volonté du *de cuius*. Aussi est-ce l'idée de liberté qui innerve la réserve héréditaire. Et cette liberté, le réservataire peut en faire usage *expressément*, en disposant des biens la composant, ou *implicitement*, en laissant le libre jeu des règles légales de dévolution successorale. Dit autrement, si l'institution de la réserve permet à l'héritier de disposer librement de cette quote-part, elle lui permet aussi de ne pas en disposer et, ce faisant, de laisser s'appliquer les règles de la dévolution légale, lesquelles peuvent parfaitement correspondre à ses affections. Par où l'on voit que le disposant ne doit pas avoir le pouvoir de régler la dévolution de la réserve de son héritier qui n'en aurait pas disposé². Et, en conséquence, on privilégiera une seconde analyse qui consiste à reconnaître aux héritiers légaux du premier gratifié le droit d'agir

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1968, *Defrénois* 1969, art. 29290, p. 469 et s., note A. Breton : « *Mais attendu que l'héritier d'un réservataire peut demander, du chef de son auteur, la réduction d'une libéralité excessive, aussi bien lorsqu'elle a été faite à cause de mort que lorsqu'elle l'a été entre vifs, seules hypothèses expressément prévues par l'article 921 du Code civil ; qu'il peut de même demander la nullité d'une disposition, fût-elle à cause de mort, par laquelle il a été porté atteinte au droit de son auteur de recevoir la réserve libre de toute charge ; que, par suite, à bon droit la Cour d'appel a décidé que les héritiers d'Anne-Marie Paret "ont recueilli dans sa succession l'action qu'elle n'avait pas elle-même exercée...pour faire annuler le legs de residuo portant sur la réserve"* ».

² Voir en ce sens C. Brenner, *JCl Civil Code*, Art. 912 à 930-5, fasc. 10, préc., n°41.

en cantonnement de la libéralité résiduelle, lorsque celui-ci n'a pas usé de sa faculté de disposer des biens de la libéralité.

Sans doute pourra-t-on nous objecter qu'une telle conception amoindrit les utilités pratiques des libéralités résiduelles en ce qu'elle est susceptible de contrarier les desseins du disposant de transmettre le résidu au second gratifié. Cette objection doit néanmoins être relativisée dans la mesure où l'action des héritiers légaux du grevé sera finalement assez rare. En effet, ils ne peuvent se prévaloir de la réserve de leur auteur que s'il ne l'a pas vidée de son contenu en disposant des biens de la libéralité. En outre, à supposer que les biens de la libéralité formant sa réserve fussent dans son patrimoine à son décès, il faudrait encore s'assurer que l'inaction du grevé n'équivalait pas à une véritable renonciation à agir en cantonnement. Où l'on voit, du reste, que c'est essentiellement sur le terrain de la preuve – savoir si le grevé a renoncé à agir – que se règlera le litige entre le second gratifié de la libéralité résiduelle et les héritiers légaux du premier.

372. Situation des donataires et légataires du premier gratifié. – Quant aux gratifiés du grevé, la question de savoir s'ils peuvent agir en cantonnement paraît plus aisée à résoudre. Relevons, au préalable, que la question se pose toujours pour les légataires, mais qu'elle peut également être posée pour les donataires, lorsque le gratifiant de la libéralité résiduelle a interdit au grevé de disposer des biens par donation entre vifs¹.

L'article 921, alinéa 1^{er}, assimile aux héritiers réservataires leurs propres « *ayants cause* ». Par là, il faut certainement entendre les ayants cause universels – les légataires universels ou à titre universel – puisqu'ils continuent la personne de leur auteur. Mais la doctrine accorde également le droit d'agir aux ayants cause à titre particulier, lorsqu'ils sont cessionnaires de droits successifs². Sous cet aspect, il n'y a aucune difficulté en présence d'un legs résiduel : le premier légataire étant titulaire de droits successifs du testateur, ses ayants cause à titre particulier seront eux-mêmes titulaires de droits successifs.

En revanche, la situation n'est pas aussi assurée s'il s'agit d'une donation résiduelle : le premier gratifié peut en effet disposer à titre gratuit des biens à lui donnés du vivant du disposant, de sorte qu'aucun droit successif ne se trouve cédé. Pour autant, faut-il refuser à ces ayants cause le droit d'agir en cantonnement si leur auteur prédécédé s'est abstenu ? Rien n'est moins sûr. Tous les actes de disposition à titre gratuit que consent le grevé placent ses ayants cause en conflit

¹ C. civ., art. 1059, al. 2.

² Voir parmi d'autres Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des donations et testaments*, t. I, préc., n°866 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par Trasbot et Loussouarn, préc., n°100 ; J.-B. Donnier, *JCI Civil Code*, Art. 912 à 930-5, fasc. 40, 2010, n°11.

avec le gratifié du résidu. Aussi est-il nécessaire que ceux-ci puissent demander le cantonnement, afin de savoir s'ils peuvent exercer leurs droits sur les biens donnés ou légués¹.

373. Nature des libéralités résiduelles concernées par la protection de la réserve du premier gratifié. – A suivre strictement l'article 1059, alinéa 3 du Code civil, le premier gratifié ne pourrait demander le cantonnement de la clause résiduelle sur la quotité disponible que dans l'hypothèse où elle est stipulée dans une donation « *en avancement de part successorale* ». Cette disposition peut sans doute se comprendre par l'idée que la donation en avancement de part successorale s'impute prioritairement sur la réserve du gratifié². Ainsi, dans une telle occurrence, la clause résiduelle grève inéluctablement tout ou partie de la réserve du gratifié dans cette limite, de sorte que la levée de la charge s'avère nécessaire.

Mais une compréhension si restrictive de cet alinéa serait éminemment dangereuse. D'une part, il ne faut pas omettre que la donation rapportable s'impute sur le disponible ordinaire dans la mesure où elle excède la part de réserve du donataire. Aussi, on comprendrait difficilement que la clause résiduelle ne pût grever cette quotité³. Tel est d'ailleurs l'objet de l'opération de cantonnement, à savoir permettre au gratifié de conserver toute sa liberté sur sa réserve et limiter la clause résiduelle sur le disponible. D'autre part, on s'expliquerait mal que les libéralités hors part successorale ne fussent pas comprises par l'alinéa 3 de l'article 1059. Il n'est pas douteux en effet qu'une clause résiduelle stipulée dans une libéralité précipitaire puisse également porter atteinte à la réserve du gratifié⁴.

Un exemple permet de le comprendre aisément : un père institue son fils unique légataire universel à charge pour lui de transmettre, à sa mort, à une personne morale d'utilité publique ce dont il n'aura pas disposé. Le disposant laisse des biens existants d'une valeur estimée à 120 000 €. La masse de calcul de la quotité disponible s'établit à 120 000 €, dont la moitié, formant la quotité disponible, est de 60 000 €, et l'autre moitié, formant la part de réserve du fils, de 60 000 €. Le fils recueillant l'ensemble de la succession en vertu du legs universel, la clause résiduelle grève nécessairement sa part de réserve, de sorte qu'il est en droit de demander le cantonnement de celle-ci à la quotité disponible, soit sur 60 000 €. Par où l'on voit que les libéralités hors part successorale doivent faire aussi l'objet d'une action en cantonnement dès lors

¹ De là il suit que les légataires universels ou à titre universel sont dans une situation plus favorable que celle des légataires particuliers. En effet, la vocation des légataires universels ou à titre universels fait qu'ils auront nécessairement droit au disponible. A l'inverse, pour les légataire particuliers, tout dépend du point de savoir si le ou les biens qui leur ont été légués sont placés dans la réserve ou dans le disponible.

² C. civ., art. 919-1.

³ Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°9.

⁴ *Ibid.*

que la clause résiduelle porte sur la réserve du gratifié. Telle était au demeurant la position de la jurisprudence relative au legs *de residuo*¹.

En définitive, que la clause résiduelle soit stipulée dans une libéralité rapportable ou préciputaire, le premier gratifié est en droit demander le cantonnement de celle-ci dès lors qu'elle porte atteinte à sa réserve.

374. Situation du second gratifié. – A l'instar de la libéralité graduelle, la libéralité résiduelle peut porter atteinte à la réserve héréditaire qu'a le second gratifié dans la succession du disposant. La première libéralité doit donc être prise en compte dans les opérations nécessaires au calcul de sa réserve, sauf s'il a renoncé à agir en réduction dans les conditions de droit commun. Mais, dans la mesure où le second gratifié a également vocation à recevoir tout ou partie des biens reçus par le premier gratifié, la difficulté pratique consistera à évaluer chacune des deux libéralités².

§ 3 - LES CONDITIONS RELATIVES A LA FORME

375. En tant qu'acte juridique solennel, la libéralité doit respecter certaines conditions de forme. La double libéralité que consent le disposant d'une libéralité à trois personnes n'échappe pas à cette règle (A). Toutefois, le procédé de la charge personnelle est susceptible d'entraîner certaines dérogations de forme (B).

A. Le principe

376. Principe légal et assouplissements jurisprudentiels. – Les libéralités sont conçues par le Code civil comme des actes juridiques solennels. Qu'il s'agisse de donations ou de testaments, les libéralités sont soumises, en effet, à des conditions de forme : la donation doit être authentique tandis que le testament peut être authentique, olographe, mystique ou international. Mais ces exigences légales ont été assouplies par la jurisprudence, notamment à propos des donations pour lesquelles il est permis de donner autrement que par-devant notaire. Sous cet

¹ Voir notamment Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1968, *D.* 1969. 149, note A. Breton ; Rennes, 16 janv. 1967, *RTD civ.* 1967. 425, obs. R. Savatier. Comp. Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, n°93-12.099, *JCP* 1995. II. 22529, note Th. Vignal ; *Deffrénois* 1995, art. 36160, p. 1109 et s., note M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1995. 418, obs. J. Patarin ; *D.* 1996. 24, note M. Arrault et Ph. Delmas Saint-Hilaire, rejetant le pourvoi formé contre Nancy, 17 déc. 1992, *Deffrénois* 1993, art. 35584, p. 847 et s., note G. Goubeaux ; *RTD civ.* 1993. 865, obs. J. Patarin. Adde G. Goubeaux, « Réserve et legs de *residuo* », *Deffrénois* 1990. art. 34699, p. 193 et s. ; P. Buffeteau, « Réflexions sur le legs de *residuo* », *Deffrénois* 1993, art. 35626, p. 1153 et s.

² Sur cette difficulté, voir *infra* n°528 et s.

aspect, la double libéralité que consent le disposant doit respecter le même corps de règles de forme.

377. Formalisme des donations. – Suivant le principe de la solennité des donations énoncé par l'article 931 du Code civil, la double donation doit être passée « *devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ». Précisément, le notaire doit personnellement, à l'exclusion de ses clercs habilités, recueillir le consentement des parties¹ ; l'acte doit être reçu, non pas en brevet, mais en minute² ; et il doit contenir l'acceptation expresse du donataire³. Cependant, il est expressément prévu un étalement dans le temps de la formation du contrat de donation. L'article 932, alinéa 2, du Code civil dispose, ainsi, que « *l'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié* ». Ce faisant, si l'offre de donation et l'acceptation peuvent être constatées par des actes séparés, c'est à la double condition que cette dernière soit exprimée par acte notarié, en minute, et qu'elle soit notifiée avant que se produise l'un des événements mettant fin à l'offre, à savoir la survenance du décès ou d'une incapacité du donateur, ou encore la rétractation de celui-ci.

La double donation pourrait-elle être consentie par don manuel, par donation déguisée ou donation indirecte ? Pour ce qui est du déguisement ou de la voie indirecte, la réponse est sans doute négative. On imagine mal, en effet, comment les parties pourraient concevoir la double transmission, sans en dévoiler le caractère gratuit. En revanche, le don manuel paraît offrir une sérieuse alternative à la forme notariée. Le pacte adjoint que le donateur et le donataire peuvent apposer au don manuel peut comprendre diverses clauses qui peuvent affecter la tradition. Ainsi est-il possible de consentir le don manuel en nue-propriété ou en usufruit seulement, de stipuler une clause d'usufruits successifs, ou encore d'assortir le don d'une condition.

378. Formalisme des testaments. – Comme pour tout legs, le testateur peut librement user de l'une des quatre formes autorisées par le droit français – forme notariée, olographe, mystique ou internationale – pour consentir le double legs.

¹ L. 25 ventôse an XI, art. 10.

² A la différence de l'acte en brevet, l'acte en minute impose au notaire de conserver l'original.

³ C. civ., art. 932.

B. Les dérogations tenant à la technique de la charge personnelle

379. Les doubles libéralités réalisées au moyen de la technique de la charge personnelle ne connaissent pas les mêmes dérogations. Envisageons-les tour à tour.

1. Les libéralités procédant d'une stipulation pour autrui

380. Soumission de la première libéralité au formalisme des libéralités. – Lorsque l'acte principal réalise une libéralité, il n'est pas douteux que le formalisme doit être respecté. Ainsi, au cas de legs, le testateur doit emprunter l'une des formes de testaments autorisées par le droit français ; au cas de donation, la forme notariée est, en principe, requise¹, et le donataire auquel incombe l'exécution de la charge doit accepter la donation suivant les formes prescrites par l'article 932 du Code civil.

381. Dérogation limitée à la seconde donation. – Mais que décider pour la libéralité consentie au tiers bénéficiaire ? A son égard, on le sait, l'opération constitue une libéralité indirecte au moyen d'un acte neutre. Le tiers bénéficiaire réalise, grâce à la stipulation faite à son profit, une acquisition dont la cause n'est pas avouée et qui peut donc être tantôt à titre onéreux, tantôt à titre gratuit. Aussi bien, la stipulation pour autrui peut-elle échapper aux règles de forme des libéralités². Simplement, en notre occurrence, l'acte principal étant une donation ou un testament, la stipulation pour autrui emprunte la même forme. En revanche, le caractère indirect de la libéralité fait que l'acceptation du tiers bénéficiaire n'est soumise à aucune règle de forme. C'est ainsi que, suivant la formule de la haute juridiction, « *l'article 932 du Code civil, spécial aux donations entre vifs, est étranger aux stipulations régies par l'article 1121* »³. Concrètement, cela signifie que l'acceptation du bénéficiaire n'est soumise à aucune condition de forme et peut intervenir soit avant, soit après le décès du disposant⁴.

¹ Exceptée l'hypothèse du don manuel, voir *supra* n°377.

² Divers textes reconnaissent la validité de la donation réalisée sous seings privés par le procédé de la stipulation pour autrui : ainsi l'article 1973 du Code civil, relatif à la vente contre rente viagère à servir à un tiers, ou l'article L. 132-9 du Code des assurances, relatif à l'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie. La jurisprudence a étendu ces solutions à toute stipulation pour autrui précédant d'une intention libérale : voir notamment Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, *Bull. civ. I*, n°116 ; *Defrénois* 1986, art. 33792, 1^{ère} esp., note J. Massip, et 1987, art. 34120, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1987. 102, obs. J. Mestre, et 1988. 382, obs. J. Patarin ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ. I*, n°343 ; *RTD civ.* 1988. 382, obs. J. Patarin.

³ Cass. req., 30 juill. 1877, *DP* 1878. 1. 342. Voir dans le même sens Cass. req., 25 avr. 1853, *DP* 1853. 1. 161 ; *S.* 1853. 1. 488 ; Cass. req., 27 févr. 1884, *S.* 1886. 1. 422 ; Cass. req., 2 avr. 1912, *D.* 1912. 1. 524 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1978, *Bull. civ. I*, n°350 ; *Defrénois* 1979, art. 32077, p. 1177, obs. J.-L. Aubert.

⁴ Voir la jurisprudence citée note précédente. En doctrine, voir notamment E. Champeau, *La stipulation pour autrui en droit français*, thèse Paris, 1893, p. 157 et s. ; A. Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, préc., p. 165 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°153 et s., p. 271 et s. ; J.-F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1989, n°122 et s. ; J. François, *Les opérations juridiques triangulaires*

2. Les libéralités précatives

382. Particularités tenant à la nature de la charge. – Si la première libéralité est nécessairement soumise au formalisme des libéralités, la seconde peut cependant y déroger. La justification de cette dérogation se manifeste sans peine. La charge n'investit son bénéficiaire d'aucun droit, de sorte qu'aucune acceptation de sa part n'est requise. Les exigences de l'article 932 du Code civil ne sont donc pas imposées au second gratifié.

Toutefois, la formation de cette libéralité supposant l'accomplissement d'un acte du premier gratifié, l'on peut s'interroger sur la forme que celui-ci doit revêtir. Sous cet aspect, on l'a dit, en exauçant le vœu du disposant, le premier gratifié consent lui-même la libéralité au bénéficiaire de la charge¹. Partant de là, si la charge est exécutée de son vivant, le formalisme de l'article 931 du Code civil doit être respecté ; si la charge est exécutée à sa mort, c'est bien entendu la voie testamentaire qu'il y a lieu d'emprunter.

3. Les libéralités graduelles et résiduelles

383. Actes entre vifs ou à cause de mort. – Depuis la réforme du 23 juin 2006, il n'est plus douteux que les clauses graduelles ou résiduelles peuvent être insérées dans tout acte de disposition à titre gratuit². Aussi, qu'elles soient entre vifs ou à cause de mort, les libéralités graduelles et résiduelles obéissent aux règles régissant la donation ou le testament. Toutefois, le caractère successif des deux libéralités est susceptible d'emporter certaines dérogations formelles.

384. Formalisme des donations. – Dans la mesure où l'acte contenant une clause graduelle ou résiduelle réalise deux libéralités directes et indépendantes l'une de l'autre, les règles de forme des donations doivent, en principe, être respectées tant pour la donation faite au grevé que pour celle consentie à l'appelé. Ainsi, l'acceptation du premier gratifié ne vaut pas acceptation du second gratifié, de sorte qu'il incombe à ce dernier de manifester son acceptation dans les formes prescrites par l'article 932 du Code civil. Mais, par dérogation, l'article 1055, alinéa 2, du Code

attributives (stipulation pour autrui, délégation de créance), thèse Paris II, 1994, n°235, p. 175 ; M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, préc., n°370, p. 157 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°422 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°487, p. 395 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1333, p. 253 et s. ; M. Nicod, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », préc., spéc. n°11 et s., p. 379 et s.

¹ Voir *supra* n°312.

² Avant la loi du 23 juin 2006, il était débattu du point de savoir si une clause résiduelle pouvait être insérée dans une donation. Voir sur point A. Houis, « La donation *de residuo* », *Gaz. Pal.* 19 mai 2000, p. 25 et s.

civil permet au second gratifié d'accepter la donation après le décès du donateur¹. On observe ainsi une figure singulière, celle d'une offre de contracter qui se maintient postérieurement au décès du pollicitant. La dérogation se justifie néanmoins par le caractère successif des libéralités graduelles et résiduelles. En effet, dès lors que la présence du premier gratifié empêche toute solution de continuité dans la titularité des droits dont le disposant se dépouille, il suffit que le second gratifié soit capable d'accepter au jour où s'ouvrent ses droits, à savoir, le plus souvent, au décès du premier gratifié. Aussi bien comprend-on qu'il soit dérogé à l'exigence d'une acceptation du vivant du donateur².

385. Types de donations notariées. – Le particularisme des libéralités graduelles et résiduelles fait qu'elles ne peuvent être insérées dans toutes les donations notariées. Ainsi, les règles des donations matrimoniales paraissent difficilement conciliables avec celles des clauses graduelles et résiduelles. Cela n'est point douteux pour les donations entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, parce qu'elles ne profitent qu'à un seul bénéficiaire³. L'incertitude peut en revanche subsister en présence de donations faites par contrat de mariage aux époux puisque l'article 1082 du Code civil désigne deux catégories de bénéficiaires, les époux et les enfants à naître de leur mariage. Toutefois, il convient de relever que la situation juridique des enfants à naître n'est pas la même que celle d'un second gratifié d'une libéralité graduelle ou résiduelle. En effet, les enfants à naître sont admis au bénéfice de la donation qu'à défaut de l'époux donataire, précisément en cas de survie du donateur. Aussi bien, si les enfants à naître sont appelés en seconde ligne, c'est par l'effet d'une substitution vulgaire – par suite de l'inefficacité de la donation consentie à l'époux –, et non d'une double libéralité successive⁴.

Le particularisme de la donation-partage pourrait également entraîner certaines hésitations quant à la licéité de l'insertion d'une clause graduelle ou résiduelle dans cet acte⁵. Rien ne s'y oppose cependant⁶. Simplement, le cercle des bénéficiaires doit être circonscrit à la mesure de ce

¹ Les dispositions de l'article 1055 étant applicables aux libéralités résiduelles par renvoi de l'article 1061.

² Une telle dérogation, on l'a vu, permet au disposant de gratifier ses enfants en première ligne et ses petits-enfants à naître en seconde ligne pourvu qu'ils soient conçus au jour où s'ouvrira la seconde libéralité.

³ C. civ. art 1091 et s., spéc. art. 1093 qui précise que la donation « ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur ». Il reste que la question de savoir si les futurs époux peuvent stipuler que l'institution profitera aux enfants à naître si l'institué décède demeure discutée. Sur l'exposé de cette discussion, voir M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1636, p. 469 et s.

⁴ Voir en ce sens Aubry et Rau, *op. cit.*, t. XI, § 739, p. 509 ; de façon plus nuancée, M. Grimaldi, *JCl Civil Code*, Art. 1082 à 1083, 1991, n°35 ; M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°74. Comp. toutefois Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. V, par Trasbot et Loussouarn, préc., n°773 ; H.-L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1443, p. 631.

⁵ Sur cette hésitation, voir F. Sauvage, *V° Libéralités-partages*, 2009, n°49.

⁶ M. Nicod, « Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application », préc., spéc. n°6 ; du même auteur, *JCl Civil Code*, Art 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°72 ; *JCl Civil Code*, Art. 1057 à 1061, préc., n°53 ; G.

que permettent les règles des donations-partages. En ce sens, il ne peut s'agir que d'héritiers présomptifs du disposant¹ ou de ses descendants de degrés différents². Ainsi, s'il n'est pas permis au disposant d'allotir son enfant handicapé et, en seconde ligne, l'association qui l'a pris en charge³, il lui est loisible de désigner, en qualité de second gratifié, certains de ses héritiers présomptifs, tels que ses autres enfants. De même, l'acte de donation-partage dite transgénérationnelle pourra comprendre une telle clause. Songeons, par exemple, au souhait d'un ascendant qui veut allotir ses petits-enfants en lieu et place de ses enfants, et prévoir la dévolution des biens donnés en cas de décès des petits-enfants allotis.

386. Quid des donations non notariées ? – Au-delà des donations notariées, existent des donations non notariées dont la validité repose sur une certaine interprétation de l'article 931 du Code civil. Il reste que les clauses graduelles et résiduelles ne pourraient être insérées dans une donation déguisée ou une donation indirecte, car elles seraient de nature à révéler la cause de l'acte.

En revanche, le doute subsiste relativement au don manuel. A première vue, une réponse négative semble s'imposer. L'article 1048 du Code civil, applicable seulement aux libéralités graduelles énonce, en effet, que le second gratifié est « *désigné dans l'acte* ». L'exigence d'un acte instrumentaire paraît donc inconciliable avec le don manuel, dont la validité ne requiert aucun écrit⁴. Pour autant, il est fréquemment recouru, en pratique, à un pacte adjoint au don, comprenant diverses clauses, qui pourraient, nous semble-t-il, être une clause graduelle ou résiduelle⁵.

387. Formalisme des testaments. – Mais on peut penser qu'à l'instar du passé, le disposant sera plus enclin à stipuler ces clauses au sein d'un testament que dans une donation. Dans ce cas, le disposant pourra utiliser l'une des quatre formes de testament autorisées par le droit français, à savoir le testament olographe⁶, le testament authentique⁷, le testament mystique⁸, ou le testament

Dumont et S. Lerond, « La donation-partage transgénérationnelle graduelle / résiduelle », *Dr. et patrimoine*, sept. 2009, p. 40 et s.

¹ C. civ., art. 1075.

² C. civ., art. 1075-1.

³ En faveur d'une telle modification législative, voir les travaux du Congrès des notaires de France, *Les personnes vulnérables, Compte rendu des travaux des commissions*, 2006, texte de la proposition « Pour une pratique plus souple des libéralités résiduelles », p. 180.

⁴ On pourrait toutefois soutenir que « *l'acte* » n'est pas ici l'acte instrumentaire (*instrumentum*), mais l'acte juridique (*negotium*). Ce faisant, la donation graduelle ou résiduelle pourraient valablement résulter d'un don manuel.

⁵ Voir en ce sens M. Nicod, *JCI Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°73.

⁶ C. civ., art. 970.

⁷ C. civ., art. 971 et s.

⁸ C. civ., art. 976.

international¹. Simplement, le grevé doit être capable d'accepter le legs au jour du décès du testateur tandis que l'appelé ne doit l'être qu'au jour où s'ouvriront ses droits, soit, normalement, au décès du grevé.

* * *

388. Conclusion de la Section. – Quelle que soit la technique employée pour réaliser une double libéralité à trois personnes, on peut observer qu'il existe un socle commun de règles applicables à leurs conditions de formation. Ainsi, les deux gratifiés peuvent être librement choisis par le disposant, à la condition que ceux-ci soient capables d'accepter la libéralité dès sa formation. De même, il est loisible au disposant de déterminer les biens, objet de la double libéralité, à la condition de ne pas enfreindre la réserve héréditaire. Enfin, les mêmes conditions de forme sont en principe requises, à savoir le respect du formalisme des libéralités.

A ce droit commun, il est parfois dérogé à raison du particularisme qui entoure certaines doubles libéralités. Notons toutefois qu'aucune d'entre elles ne déroge d'une manière absolue aux règles de droit commun. Lorsqu'il y a des dérogations, elles ne sont que ponctuelles.

¹ Convention de Washington du 26 oct. 1973, entrée en vigueur en France le 1^{er} déc. 1994.

SECTION II : LES EFFETS JURIDIQUES

389. Deux périodes. – La double libéralité que consent le disposant est censée réaliser une double transmission de jouissance des biens qui forment l'objet des deux libéralités. Cet étalement dans le temps invite à distinguer deux périodes, celle de la première transmission et celle de la seconde¹. Les situations juridiques respectives du premier gratifié et du second ne sont

¹ Il convient ici rendre compte de la fiscalité applicable aux doubles libéralités, laquelle peut être l'élément déterminant du choix entre chacune des doubles libéralités.

Lorsque la *double libéralité procède d'une stipulation pour autrui*, il faut distinguer deux hypothèses. Soit le second gratifié n'accepte pas la libéralité à lui consentie dès le jour où la première est consentie. En ce cas, les droits de mutation à titre gratuit sont liquidés sur l'ensemble des biens de la libéralité en fonction du lien de parenté existant entre le disposant et le gratifié-promettant. Relevons à ce égard que les charges qui grèvent les biens, telles qu'une clause d'inaliénabilité, n'affecte pas la valeur vénale et n'autorise aucune décote sur l'assiette des droits de mutation à titre gratuit (Cass. com., 6 févr. 2007, n°05-12939, R/JF juin 2007, n°759). Et, au jour de l'acceptation du second gratifié, les droits sont acquittés par lui, au tarif prévu d'après le lien de parenté avec le disposant, déduction faite de ceux payés par le premier gratifié, mais sans restitution au cas où les droits dus par le second gratifié sont inférieurs à ceux acquittés par le premier (*D. adm.* 7 G-311, n°14). Soit le second gratifié accepte la libéralité à lui consentie dès le jour où la première est consentie. En ce cas, les deux gratifiés se partagent les droits de mutation : le premier gratifié n'est redevable de l'impôt que sur la différence entre la valeur totale des biens et la valeur que doit recueillir le second gratifié, lequel paie les droits à proportion de ce qu'il doit recevoir (*D. adm.* 7 G-311, n°14).

Lorsque le disposant consent une *libéralité graduelle ou une libéralité résiduelle*, il faut distinguer deux périodes. Au jour de la première transmission (la donation ou, s'agissant d'un legs, au moment du décès du testateur), le premier gratifié doit les droits de mutation sur la valeur des biens transmis ; le second gratifié ne doit rien (CGI, art. 784 C, al. 1^{er} ; *Inst.* 22 nov. 2007, 7 G-6-07). Ici encore, l'assiette des droits dus par le premier gratifié ne doit pas tenir compte de la double charge (Cass. com., 6 févr. 2007, préc.). Au décès du premier gratifié, le second gratifié doit les droits de mutation à titre gratuit sur les biens qu'il recueille au tarif applicable compte tenu de son degré de parenté avec le disposant et compte tenu de la valeur des biens au jour du décès du premier gratifié. En revanche, les droits déjà acquittés par le premier gratifié sont imputés sur ceux dus par le second (CGI, art. 784 C, al. 2 et 3 ; *Inst.* 22 nov. 2007, préc., n°76 à 78). Précisons que s'agissant d'une libéralité résiduelle, les droits dus par le second gratifié ne sont imputables que sur ceux initialement acquittés sur les mêmes biens. Aussi, pour déterminer le montant imputable, l'administration effectue une nouvelle liquidation des droits dus lors de la première libéralité, en fonction du reliquat existant au jour de la seconde (*Inst.* 22 nov. 2007, préc., n°79).

Lorsque le disposant consent une *libéralité précative*, le premier gratifié est redevable des droits de mutation à titre gratuit en fonction de son lien de parenté avec le disposant. Et s'il exécute la charge, celle-ci étant, selon nous, une libéralité qu'il consent directement au bénéficiaire de la charge, les droits de mutations que doit ce dernier sont calculés compte tenu des biens qu'il reçoit et de son lien de parenté avec le premier gratifié.

Lorsque le disposant consent une *double libéralité conditionnelle*, le gratifié sous condition résolutoire est redevable, dès la formation de la libéralité, des droits de mutation en fonction de son lien de parenté avec le disposant (*D. adm.* 7 A-233, n°14). Si l'évènement érigé en condition se réalise au profit du gratifié sous condition suspensive, celui-ci doit alors les droits de mutation à titre gratuit en fonction de son lien de parenté avec le disposant et compte tenu de la valeur des biens au jour de cet évènement, dans la mesure où la condition suspensive n'est pas en principe rétroactive en droit fiscal (CGI, art. 676 ; voir par analogie les solutions applicables à la réversion d'usufruit, laquelle était qualifiée fiscalement, avant la loi du 21 août 2007, de donation sous condition suspensive : Cass. com., 2 déc. 1997, R/JF mars 1998, n°335 ; *Inst.* 19 juill. 2009, 7 G-7-09, n°33). Le gratifié sous condition résolutoire est-il en droit de demander la restitution des droits perçus ? L'affirmative peut être soutenue. En effet, l'article 1961 du Code général des impôts n'exclut la restitution des droits perçus que dans des cas de résolution limités (articles 954 à 958, 1183, 1184, 1654 et 1659 du Code civil), dont le domaine ne concerne pas notre hypothèse. Aussi bien doit-il pouvoir demander la restitution des droits de mutation (voir, par exemple, Cass. com., 4 déc. 2007, n°06-12024 ; R/JF avril 2008, n°523, qui admet un droit à restitution en cas d'application d'un droit de retour conventionnel).

La *double libéralité en nue-propriété et en usufruit* présente les avantages fiscaux liés au démembrement de la propriété : l'usufruitier et le nu-propriétaire paient immédiatement les droits de donation ou de succession, calculés en fonction du barème de l'article 669 du Code général des impôts. Mais, à l'extinction de l'usufruit, aucun droit ne sera dû.

Que conclure ? Exceptée la libéralité précative, les différences entre toutes les doubles libéralités sont assez minces. Aucune d'elles n'emportent une double taxation. Simplement, on peut observer que la double libéralité en

pas en effet les mêmes selon que l'on se place au moment où les biens sont transmis au gratifié en première ligne (§ 1) ou à compter du jour où le second gratifié peut entrer en jouissance (§ 2).

§ 1 - LA PREMIERE TRANSMISSION

390. A la suite de la première transmission, les deux gratifiés sont dans une situation juridique radicalement opposée. L'un est entré en jouissance des biens de la libéralité tandis que l'autre est dans une situation d'attente. Pour bien le comprendre, il convient d'étudier la situation du premier gratifié (A), puis celle du second gratifié (B).

A. La situation juridique du premier gratifié

391. Droits et obligations du premier gratifié ? – Investi d'un droit réel – l'usufruit ou la propriété – le premier gratifié est tenu de prendre en compte les intérêts du second gratifié. Bien entendu, l'effet de cette contrainte varie selon la technique employée par le disposant pour réaliser la double libéralité. Pour s'en rendre compte, il y a lieu de déterminer les actes – de disposition (1), d'administration (2), conservatoires (3) – que le premier gratifié peut *ou* doit accomplir sur les biens de la libéralité, ainsi que les charges et les dettes qu'il doit acquitter (4). Enfin, il y aura lieu de s'interroger si celui-ci peut demander la révision des charges et conditions qui ont été stipulées dans la libéralité (5).

1. *Les actes de disposition*

392. Dualité d'actes de disposition. – Parmi les actes de disposition, il convient de distinguer ceux qui sont seulement juridiques et ceux qui n'ont qu'une portée matérielle. Sans doute la notion d'acte matériel peut-elle être fuyante, si on l'oppose à celle d'acte juridique. Et, sous aspect, il faut certainement reconnaître que les actes matériels relèvent bien plus de la catégorie des faits juridiques que de celles des actes juridiques. Mais, au vrai, il nous importe peu, ici, de discuter de cette distinction ; ce qui compte, c'est d'observer que les actes matériels sont

usufruit et en nue-propriété est peut-être plus intéressante que les autres doubles libéralités. En effet, dans la double libéralité en usufruit et en nue-propriété, la plus-value prise par le bien entre la première transmission et la seconde n'est pas taxée, ce qui n'est pas le cas des autres doubles libéralités, pour lesquelles le mécanisme d'imputation des droits spécifiques aux libéralités graduelles ou résiduelles ainsi que le mécanisme de restitution de la double libéralité procédant d'une stipulation pour autrui ou d'une double libéralité conditionnelle n'empêchent pas la taxation du second gratifié sur la plus-value prise par le bien entre les deux transmissions.

appréhendés par le droit en ce qu'il leur reconnaît des effets juridiques. En ce sens, nul n'ignore que le droit de disposer d'une chose présente un double aspect, juridique et matériel¹.

On étudiera donc successivement les actes juridiques de disposition (a), puis les actes matériels de disposition (b).

a) Les actes juridiques de disposition

393. Distinction. – Les libéralités à trois personnes ne font pas naître les mêmes droits à l'égard du premier gratifié. Certaines confèrent une liberté de disposer (i) tandis que d'autres restreignent la liberté de disposer (ii).

i) Opérations postulant un principe de liberté de disposer

394. Classement. – Les libéralités précatives (α) comme les libéralités résiduelles (β) octroient au premier gratifié une liberté de disposer.

α . Le grevé d'une charge précative

395. Liberté de disposer. – N'étant tenu d'aucune obligation juridique ni condition, le premier gratifié d'une libéralité précative jouit d'une liberté totale quant à la disposition des biens compris dans la libéralité. Il peut ce faisant en disposer librement, entre vifs ou à cause de mort, à titre onéreux comme à titre gratuit. A cet égard, ce principe de liberté ne souffre aucun tempérament. Une clause restreignant le droit de disposer du premier gratifié ne serait guère compatible avec la qualification de libéralité précative².

Au demeurant, la survenance de son décès n'étant pas de nature à ouvrir les droits du second gratifié puisqu'il faut pour cela qu'il dispose en sa faveur³, les droits acquis par ses ayants cause ne risquent aucune remise en cause par le second gratifié.

β . Le grevé d'une libéralité résiduelle

¹ J. Carbonnier, *Les biens – Les obligations*, préc., n°730, p. 1641 : « *Le propriétaire peut disposer de la chose, soit par des actes matériels, en la consommant (si elle est consommable par le premier usage), en la détruisant (progressivement, quant il en tire des produits ; ou même d'un seul coup), soit par des actes juridiques, en l'aliénant* ». Voir également Ch. Atias, *Les biens*, préc., n°61 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°433 ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°112 ; M.-L. Mathieu-Izorche, *Les biens*, préc., n°202, p. 81.

² En ce cas, il s'agirait sans doute d'une double libéralité procédant d'une stipulation pour autrui, laquelle est la qualification de droit commun des libéralités assorties d'une charge personnelle.

³ Sur ce point, voir *supra* n°312.

396. Liberté de disposer. – Comme tout propriétaire ordinaire, le grevé d'une libéralité résiduelle peut accomplir librement tout acte de disposition relatif aux biens reçus. Sous cet angle, sa situation est similaire à celle du grevé d'une libéralité graduelle. Mais elle s'en distingue en ce que ses ayants cause pourront valablement opposer leurs droits à l'appelé. En effet, en vertu de l'article 1058, alinéa 1^{er}, du Code civil, « *la libéralité résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus* ». Ainsi, à la différence du premier gratifié d'une libéralité graduelle, le grevé d'une libéralité résiduelle n'est pas soumis à une inaliénabilité conditionnelle¹. Ses actes de disposition entre vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit, de tout ou partie des biens reçus, ne peuvent être remis en cause par l'appelé, alors même qu'il lui survivrait. De même, les saisies pratiquées par ses créanciers ne sauraient souffrir de l'ouverture des droits de l'appelé.

397. Restrictions à la liberté de disposer. – Cette liberté de disposer connaît néanmoins plusieurs limites. La charge de transmettre, on l'a vu, lui impose, d'une part, de restituer, à sa mort, à l'appelé les biens dont il n'a pas disposé de son vivant et, d'autre part, de ne pas en disposer à cause de mort². Aussi bien la liberté de disposer est-elle circonscrite aux actes entre vifs.

En outre, cette liberté de disposer entre vifs peut être restreinte par le disposant en lui interdisant de consentir des donations entre vifs portant sur les biens compris dans la libéralité³. Cette interdiction, qui ne peut s'étendre aux biens de la libéralité formant la réserve héréditaire du grevé⁴, impose une véritable inaliénabilité entre vifs à titre gratuit. La fonction d'une telle interdiction est de « *permettre au gratifié de tirer de la donation ou du legs les moyens de subvenir à ses besoins, et non de faire le généreux* »⁵. Reste qu'à l'instar de l'inaliénabilité juridique à laquelle est soumis le premier gratifié d'une libéralité graduelle, l'interdiction de disposer entre vifs à titre gratuit n'est que conditionnelle, parce que subordonnée à la survie du gratifié en seconde ligne⁶.

ii) Opérations postulant une restriction, en droit ou en fait, à la liberté de disposer

398. Classement. – Certaines doubles libéralités emportent une restriction, de fait ou de droit, à la liberté de disposer du premier gratifié. Cette limitation se justifie par l'effet que ces

¹ Sur cette qualification, voir *infra* n°277 et s.

² C. civ., art. 1059, al. 1^{er}. Le texte interdit au grevé de « *disposer par testament des biens donnés ou légués à titre résiduel* » (nous soulignons). Le terme « *testament* » peut laisser croire que cela ne vise que les legs. L'esprit du texte commande cependant une compréhension plus large : il doit s'agir de tout acte à cause de mort, c'est-à-dire les legs mais aussi les institutions contractuelles entre époux.

³ C. civ., art. 1059, al. 2.

⁴ Voir *supra* n°365 et s.

⁵ M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°10.

⁶ C. civ., art. 1056, par renvoi de l'article 1061.

doubles libéralités sont censés produire, à savoir que le second gratifié entre, en définitive, en jouissance des biens de la libéralité. Il reste que ces restrictions au droit de disposer sont variables. On peut à cet égard ordonner ces doubles libéralités en commençant par celles dont l'interdiction de disposer est absolue et de droit, pour terminer avec celles dont l'interdiction de disposer n'est que de fait. On étudiera successivement le gratifié en usufruit (α), le gratifié-promettant (β), le grevé d'une libéralité graduelle (χ) et le gratifié sous condition résolutoire (δ).

α . Le gratifié en usufruit

399. Impossibilité de disposer. – En tant que titulaire du seul droit d'usufruit, le premier gratifié ne peut pas évidemment disposer juridiquement des biens soumis à son emprise. S'il peut disposer de son droit, il ne lui est pas permis de passer des actes de vente, de donation, ou encore des actes constitutifs d'hypothèques ou de servitudes sur les biens compris dans la libéralité. Pas davantage ses créanciers ne sauraient saisir la propriété des biens.

C'est, au demeurant, ce qui le distingue du grevé d'une libéralité graduelle et du gratifié sous condition résolutoire. Il reste que cette différence est, en fait, assez ténue. Ainsi que nous allons le voir, la liberté de disposer du grevé d'une libéralité graduelle et du gratifié sous condition résolutoire s'avère en effet difficile à exercer dans la mesure où l'efficacité de leurs actes dépend de la réalisation d'une condition¹. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il n'est pas toujours aisé pour l'interprète de savoir si le disposant a voulu consentir une double libéralité en usufruit et en nue-propriété, une libéralité graduelle, ou une double libéralité conditionnelle, lorsque l'évènement mis en condition est le décès du premier gratifié².

β . Le gratifié-promettant

400. Simple charge de transmettre. – Pour que la stipulation pour autrui puisse être le vecteur d'une double libéralité à trois personnes, la libéralité consentie au promettant doit, *a minima*, être assortie de la charge de transmettre, à échéance, au tiers bénéficiaire la propriété de tout ou partie des biens dont il s'est dépouillé. En toute logique, le promettant ne devrait pas pouvoir disposer du bien à transmettre. Il reste que s'il accomplissait un tel acte, le disposant pourrait demander judiciairement la révocation de la libéralité, à la condition que la charge fût

¹ Pour le grevé d'une libéralité graduelle, voir *infra* n°402 ; pour le gratifié sous condition résolutoire, voir *infra* n°403.

² Sur ces difficultés et les indices permettant de les résoudre, voir *supra* n°272 et s.

érigée en cause-condition, qu'elle fût la cause impulsive et déterminante de son consentement¹. En outre, le disposant bénéficie d'un droit découlant de la stipulation pour autrui qui lui permet de contrôler l'exécution par le promettant de son obligation envers le bénéficiaire. Il peut ainsi accomplir lui-même des actes nécessaires à la protection du droit du bénéficiaire. A cette fin, le disposant a la faculté de prendre des mesures conservatoires, par exemple, la mise sous séquestre des biens que le tiers bénéficiaire est censé recevoir².

Semblablement, dès lors qu'il accepte la stipulation faite à son profit, le tiers bénéficiaire peut exiger l'exécution de la créance dont il est titulaire et, si cela est impossible, il peut obtenir des dommages et intérêts conformément aux articles 1142 et 1147 du Code civil³. Surtout, en sa qualité de créancier du promettant, il doit lui être permis d'agir à titre conservatoire contre les actes du promettant menaçant la transmission à venir.

Encore faut-il, bien entendu, que la charge ait pour objet la transmission en nature des biens de la libéralité. De telles actions conservatoires ne seraient ouvertes ni au disposant ni au tiers bénéficiaire dans l'hypothèse où la charge consisterait à transmettre au second gratifié la valeur représentative de tout ou partie des biens de la libéralité. Dans cette occurrence, la vocation du second gratifié se reporte, suivant les indications de l'acte constitutif, soit sur le prix d'aliénation, soit – en cas de clause de remploi – sur le ou les biens subrogés.

401. Charge de transmettre assortie d'une charge de conservation. – Mais l'intérêt de la stipulation pour autrui réside dans la variation des charges que le disposant peut imposer au premier gratifié⁴. A cet égard, il lui est loisible d'associer à la charge de transmission une charge de conservation. Celle-ci prend alors la figure d'une clause d'inaliénabilité, laquelle peut naturellement n'interdire que certains actes de disposition. En ce cas, à supposer la clause licite⁵, l'acte d'aliénation encourt la nullité, qui ne peut être demandée que par le second gratifié dès lors qu'elle a été stipulée dans son intérêt.

¹ A noter que si telle n'était pas le cas, le juge pourrait condamner le promettant à verser des dommages et intérêts au disposant pour le préjudice personnellement subi par lui. Sur cette notion de cause impulsive et déterminante, voir *supra* n°223.

² Voir en ce sens Cass. civ., 16 avr. 1894, *S.* 1898. 1. 493 ; *DP* 1899. 1. 270 (renouvellement d'une inscription d'hypothèque en garantie du recouvrement de la créance du tiers).

³ Cass. com., 23 mai 1989, *Bull. civ.* 1989 IV, n°164 ; *Deffrénois* 1989, art. 34633, p. 1389, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990. 72, obs. J. Mestre ; Versailles, 6 juin 1991, *RTD civ.* 1992. 560, obs. J. Mestre. *Adde* M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, préc., n° 366.

⁴ Voir *supra* n°242 et s.

⁵ C. civ., art. 900-1, qui subordonne la validité de la clause d'inaliénabilité à deux conditions : qu'elle soit limitée dans le temps et justifiée par un intérêt légitime et sérieux. *Adde* J. Carbonnier, *Les obligations – Les biens*, préc., n°746 et s., p. 1662 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1221 et s., p. 165 et s. ; Ph. Simler, « Les clauses d'inaliénabilité », *D.* 1971, Act. leg. 416 ; M. Morin, « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », *Deffrénois* 1971, art. 29982 ; A. Raison, « Clauses d'inaliénabilité contenues dans les donations et les testaments », *Journ. not.* 1971, art. 50230 ; H. Corvest, « L'inaliénabilité conventionnelle », *Deffrénois* 1979, art. 32126.

χ. Le grevé d'une libéralité graduelle

402. Transmission au premier gratifié d'une propriété ordinaire grevée de charges. –

Que l'on lise les textes issus de la réforme du 23 juin 2006 ou ceux antérieurs à celle-ci, on n'y trouve aucune précision relative à la nature des droits du grevé. Malgré ce silence, le doute ne semble cependant pas permis. Certes, à la différence du grevé d'un legs *de residuo* dont on a guère remis en cause la qualité de propriétaire des biens légués¹, la situation du grevé de substitution a pu être plus incertaine, étant donné l'ampleur des charges qu'il doit accomplir. Mais, à dire vrai, la jurisprudence n'en a jamais douté. Ainsi, si par un arrêt du 6 mai 1997, la Cour de cassation décida que « *jusqu'au décès, le grevé est pleinement propriétaire du bien, sur lequel les appelés ne disposent que d'un droit éventuel* », elle ne fit, en réalité, que réaffirmer une solution émise dès 1830². Aussi bien doit-on, à l'instar de la majorité des auteurs³, considérer que le grevé d'une libéralité graduelle est propriétaire des biens qui lui ont été transmis.

Encore faut-il bien préciser qu'il exerce les prérogatives d'une propriété ordinaire, d'une propriété-droit subjectif, et non d'une propriété finalisée, d'une propriété-pouvoir⁴. Il a, en effet, toujours une vocation à conserver la propriété des biens reçus⁵. C'est dire que le grevé n'est pas un propriétaire pour autrui, à l'instar de ce que peut être un fiduciaire. Il est un propriétaire véritable, un propriétaire ordinaire. Simplement, l'exercice de cette propriété est limitée par les charges de conserver et de transmettre, qui lui imposent de tenir compte des intérêts du grevé.

Concrètement, en tant que propriétaire des biens de la double libéralité, le grevé peut librement en disposer juridiquement. Ainsi peut-il les aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit, consentir des droits réels, principaux ou accessoires, ou encore conférer des droits personnels de jouissance – qui seraient qualifiés d'actes de disposition, tels les baux de longue durée –, sans que

¹ Comp. toutefois R. Libhaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », préc., spéc., n°15, p. 322.

² Cass. req., 5 mai 1830, *S.* 1830. 1. 162, qui affirma que « *la propriété ne pouvant être flottante et incertaine, les droits qui en découlent résident dans les mains du grevé tant qu'il possède, sauf l'expectative de l'appelé, expectative purement éventuelle et subordonnée* ». Voir aussi Cass. civ., 6 mars 1912, *S.* 1914. 1. 399 : « *Il résulte de la combinaison des articles 1048 et 1053 du Code civil, que les droits des appelés ne s'ouvrent qu'au moment où cessent d'exister ceux du grevé, qui reste saisi, jusqu'à ce jour, de la pleine propriété des biens frappés de substitution* » ; Paris, 25 juill. 1850, *S.* 1850. 2. 459 ; Douai, 18 mars 1852, *S.* 1852. 2. 337 ; Cass. req., 18 mars 1884, *S.* 1884. 1. 345 ; *D.* 1884. 1. 419 ; Cass. req., 7 avr. 1886, *S.* 1886. 1. 484 ; *D.* 1887. 1. 220 ; Cass. civ., 28 févr. 1923, *DP* 1925. 1. 189, note J. Plassard ; *S.* 1925. 1. 273, note H. Vialleton.

Contra Trib. civ. Seine, 24 nov. 1921, *Gaz. Pal.* 1922. 1. 151.

³ Avant la réforme du 23 juin 2006, voir parmi d'autres Merlin, Répertoire, *V*° Substitution, sect. XIV, n°2, *in fine* ; Ch. Demolombe, *op. cit.* t. XXII, n°550 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *op. cit.*, t. II, n°3341 ; M. Planiol et G. Ripert, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, *op. cit.*, t. V, n°809 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°572, p. 462 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°387, p. 385. Depuis la réforme du 23 juin 2006 : M. Grimaldi « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., n°5 ; M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°6 et s.

⁴ Sur la distinction entre propriété-droit subjectif et propriété-pouvoir, voir *supra* n°175 et s.

⁵ C. civ., art. 1056, également applicable aux libéralités résiduelles, par renvoi de l'article 1061.

ces actes souffrent contestation de la part de l'appelé ou du disposant. Et, corrélativement, les biens peuvent être saisis entre les mains du grevé par ses propres créanciers¹.

Toutefois, les droits que le grevé concède sont soumis à la même éventualité que le sien propre. L'efficacité de tous ces actes et saisies est ainsi subordonnée à la survenance d'un événement sous condition résolutoire de la survie du second bénéficiaire², de sorte qu'ils ne seront pas opposables à l'appelé si son droit vient à s'ouvrir. Où l'on voit toute la difficulté qu'aura le grevé à convaincre les tiers contractants dont les droits nouvellement acquis seront éminemment fragiles. Aussi bien peut-on dire que si le grevé peut, *en droit*, disposer des biens de la libéralité, sa propriété est, *en fait*, inaliénable. A cet égard, cette inaliénabilité conditionnelle rapproche singulièrement le grevé d'une libéralité graduelle du gratifié sous condition résolutoire.

δ. Le gratifié sous condition résolutoire

403. Transmission au premier gratifié d'une propriété sous condition résolutoire. – Malgré la condition résolutoire qui affecte les effets de la libéralité qui lui a été consentie, le premier gratifié est considéré comme un propriétaire *ordinaire* des biens compris dans la libéralité. En ce sens, il n'est administrateur ni de la personne du second gratifié ni des biens de celui-ci ; il agit toujours pour lui-même et en son nom. Ainsi peut-il librement disposer juridiquement des biens : les aliéner à titre onéreux, les transmettre à titre gratuit ou encore les grever de droits réels, ce que l'article 2414, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit expressément à propos de l'hypothèque³.

Cependant, à l'instar de la libéralité graduelle, les ayants cause acquièrent alors un droit contaminé par la condition. Précisément l'efficacité des actes du gratifié sous condition résolutoire est soumise à la même éventualité que celle de la libéralité. De sorte que si la condition joue, la résolution atteint également les actes de disposition qu'il a accomplis.

Par où l'on voit que les situations juridiques du grevé d'une libéralité graduelle et du gratifié sous condition résolutoire sont identiques quant aux actes juridiques de disposition : s'ils peuvent accomplir tous actes juridiques de disposition, il n'en demeure pas moins que ceux-ci seront

¹ Voir notamment Orléans, 1^{er} févr. 1876, *D.* 1878. 2. 95 ; Douai, 25 avr. 1891, *D.* 1892. 2. 552.

² Encore faut-il relever que, par exception, certains actes de disposition peuvent être maintenus à l'ouverture des droits de l'appelé. Voir *infra*, n°505 et s.

³ C'est ainsi que le gratifié sous condition suspensive ne peut purger l'immeuble des hypothèques dont il est grevé, ni former tierce opposition contre la décision confirmant la vente sur saisie du bien objet de la libéralité : Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 1990, *Bull. civ.* II, n°59 : « Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, après avoir relevé que la donation dont se prévalent les consorts B. était affectée d'une condition suspensive qui, jusqu'à sa réalisation, rendait leurs droits incertains et précaires et que cette condition suspensive consistant dans la purge de l'hypothèque de la banque sur les biens saisis, objet de la donation, n'était pas réalisée, a retenu que les consorts B. ne justifiaient pas d'un intérêt à former tierce opposition ; qu'elle a pu en déduire que la tierce opposition n'était pas recevable ». *Adde* Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd., par Bartin, § 302, p. 105 ; A Gallet, *Etude sur la fiction de la rétroactivité dans le droit français*, thèse Poitiers, 1903, spéc. p. 90 et s.

inefficaces en cas de survenance de l'évènement permettant au second gratifié d'entrer en jouissance¹. Sous cet aspect, leur situation paraît en réalité bien proche de celle de l'usufruitier.

b) Les actes matériels de disposition

404. Distinction. – Dans la lignée de ce que nous avons dit à propos des actes juridiques de disposition, on peut faire le départ entre les opérations qui confèrent au premier gratifié une liberté de disposer (i) et celles qui commandent, en droit ou en fait, une restriction à la liberté d'agir (ii).

i) Opérations postulant un principe de liberté de disposer

405. Classement. – Si ces doubles libéralités confèrent au premier gratifié une complète liberté de disposer matériellement des biens de la libéralité, elles se séparent lorsqu'il s'agit d'examiner l'exercice de cette liberté : les actes du grevé d'une libéralité précative (α) ne sont jamais critiquables tandis qu'ils peuvent l'être s'agissant du grevé d'une libéralité résiduelle (β).

α . Le grevé d'une libéralité précative

406. Liberté d'accomplir des actes matériels de disposition. – Libre de disposer juridiquement des biens de la libéralité, le premier gratifié l'est également concernant les actes matériels d'aliénation. Là encore, la nature purement morale de la charge fait que ni son bénéficiaire ni le disposant ne peuvent le contraindre à s'abstenir. Et l'exécution de la charge n'y changera rien. Ayant cause d'un individu libre d'agir, le bénéficiaire de la charge ne saurait critiquer les actes accomplis par cet auteur.

β . Le grevé d'une libéralité résiduelle

407. Liberté d'accomplir des actes matériels de disposition. – A la différence du grevé d'une libéralité graduelle, le premier gratifié d'une libéralité résiduelle n'est pas obligé de conserver les biens que le disposant lui transfère. Ainsi s'explique qu'il ne soit pas tenu « *de rendre compte de sa gestion au disposant ou à ses héritiers* »². Concrètement, cette absence d'obligation de conservation lui confère la liberté d'accomplir tout acte matériel d'aliénation.

¹ Voir en ce sens J. Carbonnier, *Les obligations – Les biens*, préc., n°745, p. 1660 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°147, p. 147 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°1138, p. 1030 et s.

² C. civ., art. 1060.

Encore faut-il réserver l'hypothèse où l'action ou l'inaction du grevé relativement à la gestion des biens a pour unique objectif de compromettre les droits de l'appelé¹. En ce cas, un tel comportement devrait être sanctionnée. En effet, comme toute obligation, la charge de transmettre doit s'exécuter de bonne foi. Partant, il est concevable que l'appelé puisse réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice que le grevé lui a causé de son fait en dégradant la chose dans l'unique dessein de ruiner ses espérances². Telle était au demeurant la volonté des auteurs de l'Offre de loi, lorsqu'ils proposaient que le grevé « *engagerait, toutefois, sa responsabilité en passant des actes destinés à frustrer de ses droits le gratifié en second* »³.

ii) Opérations postulant une restriction, en droit ou en fait, à la liberté de disposer

408. Classement. – A l'imitation des actes juridiques, les actes matériels de disposition du premier gratifié de ces doubles libéralités sont par essence limités. La restriction n'est pas cependant toujours la même. Sous cet aspect, on peut proposer le classement suivant : de l'interdiction la plus absolue à celle qui l'est le moins.

On étudiera donc successivement le gratifié en usufruit (α), le grevé d'une libéralité graduelle (β), le gratifié sous condition résolutoire (γ) et le gratifié-promettant (δ).

α . Le gratifié en usufruit

409. Interdiction d'accomplir des actes matériels de disposition. – Pas plus qu'il ne peut disposer juridiquement des biens de la libéralité, l'usufruitier ne peut conclure des actes de disposition matérielle⁴, tels des actes de consommation, de destruction, de dégradation. La règle est évidente. C'est en cours de sa jouissance que les obligations imposées à l'usufruitier prennent toute leur ampleur. Car, durant cette période, le risque de compromission des droits du nu-propriétaire est important.

Ainsi l'usufruitier doit-il jouir du bien en bon père de famille, comme un propriétaire soigneux et diligent, ce qui implique qu'il en conserve « *la substance* »⁵. Sous cet aspect, cette

¹ Il pourrait en être ainsi, par exemple, si le premier gratifié incendie l'immeuble grevé.

² Voir en ce sens Ph. Malaurie, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Deffrénois* 2006, art. 38493, p. 1801 et s., spéc. n°30 ; M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1057 à 1061, préc., spéc. n°63.

³ Art. 1042, al. 3 de l'Offre de loi rédigée par J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., p. 88.

⁴ Encore faut-il relever deux exceptions. Si l'usufruit porte sur des biens *consumptibles* par le premier usage, l'usufruitier, en réalité quasi-usufruitier, a naturellement le pouvoir de les consommer (C. civ., art. 587). Si l'usufruit porte sur des biens qui se *détériorent peu à peu par l'usage*, l'usufruitier a le droit de s'en servir, et, par conséquent de les dégrader progressivement.

⁵ C. civ., art. 578 et 601.

directive comportementale exige une abstention de l'usufruitier. Il lui est ainsi imposé non seulement de ne pas détériorer le bien, mais encore de ne pas en modifier la destination, c'est-à-dire l'usage auquel il était affecté lors de la constitution de l'usufruit¹. Astreint de se conformer « à l'usage des anciens propriétaires »², l'usufruitier ne saurait, par exemple, transformer un local d'habitation en local commercial³. Et, dans cette optique, si le bien périclite, il en est responsable envers le nu-propiétaire, sauf à prouver la force majeure⁴.

β. Le grevé d'une libéralité graduelle

410. Interdiction d'accomplir des actes matériels de disposition qui auraient pour effet de compromettre l'exécution éventuelle de la charge de transmettre. – La restriction au droit de propriété du grevé prend toute son ampleur lorsqu'il est question d'actes matériels de disposition.

S'il est permis au grevé d'accomplir tous actes juridiques de disposition⁵, il n'en est pas de même des actes matériels de disposition. En effet, en dépit de l'éventualité de l'obligation de transmettre, la charge de conserver s'impose au grevé d'une manière instantanée et certaine⁶. Précisément, la charge de conserver exige du grevé qu'il s'abstienne de tout acte matériel pouvant compromettre la transmission à l'appelé : par exemple, en détruisant le bien en cause, en épuisant ses ressources, ou encore en ouvrant une carrière sur un terrain affecté jusque-là à une exploitation agricole⁷. Encore faut-il bien avoir à l'esprit qu'on ne saurait interdire au grevé d'accomplir des actes, qui tout en transformant le mode de jouissance du bien, ne compromettraient pas l'exécution éventuelle de l'obligation de transmettre. C'est d'ailleurs ce qui distingue clairement le grevé de l'usufruitier : par exemple, tandis que l'usufruitier ne pourrait défricher un bois pour le transformer en terre arable, alors même que ce défrichement constituerait un acte de bonne gestion, pareille opération ne saurait être interdite au grevé⁸.

Telle était, du reste, la conclusion d'Henri Vialleton, lequel considérait qu'« *en ce qui concerne les actes matériels de jouissance et d'exploitation, les mesures à prendre ne peuvent être renvoyées à l'avenir car la*

Cela suppose naturellement une chose non consommable, car l'usage et la jouissance d'une chose consommable ne peuvent être dissociés de l'*abusus*, de sorte que la constitution de l'usufruit opère un transfert de la propriété moyennant obligation de restituer en équivalent (C. civ., art. 589).

¹ Pour une analyse faisant de la destination du bien le sens véritable de la substance visée à l'article 578 du Code civil, voir E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.* 1995. 479, spéc. n°19 et s.

² C. civ., art. 591. La même expression se trouve également dans les articles 590, 593, 597 et 598.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 5 déc. 1968, *Bull. civ.* III, n°532 ; *D.* 1969. 274 ; *RTD civ.* 1969. 590, obs. J.-D. Bredin.

⁴ Voir par exemple Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 1991, *Bull. civ.* III, n°198 ; *RTD civ.* 1993. 168, obs. F. Zenati.

⁵ Voir *supra* n°392 et s.

⁶ Voir *supra* n°263 et s.

⁷ Cass. civ., 28 févr. 1923, *D.* 1925. 1. 189, note J. Plassard ; *S.* 1925. 1. 273, note H. Vialleton.

⁸ Exemple tiré des substitutions fidéicommissaires permises : *D. Jur. gén., Supplément, V^o Substitution*, n°317 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XIV, préc., n°576, p. 665.

rétroactivité est sans emprise sur des faits de cette nature, et les dommages-intérêts auxquels ils pourraient donner lieu et qui frapperaient peut-être un insolvable ne sont pas une sanction répondant suffisamment à l'idée d'organisation conservatrice qui domine la substitution »¹. On se permettra néanmoins d'être plus précis. L'acte matériel de jouissance et d'exploitation peut prendre la qualité d'acte d'administration ou de disposition. Or, ce ne sont que les actes matériels de disposition qui sont interdits au grevé, car seuls ceux-ci sont susceptibles de compromettre les droits de l'appelé.

Au demeurant, cette interdiction d'accomplir ces actes, qui est l'aspect négatif de la charge de conserver², a une vertu comminatoire. En effet, s'agissant d'une obligation au sens propre du terme, elle met l'appelé en position de créancier, de sorte que celui-ci est en droit d'intervenir pour faire cesser toute transgression, notamment en sollicitant une mise sous séquestre du bien³.

χ. Le gratifié sous condition résolutoire

411. Interdiction d'agir susceptible d'être sanctionnée au moment de l'accomplissement de la condition. – Le premier gratifié est un véritable propriétaire dont le titre, bien que résoluble, a, *pendente conditione*, la même efficacité que s'il était irrévocable. Pour autant, on enseigne que si la condition joue, les biens doivent être remis au gratifié sous condition suspensive dans l'état même où le disposant les avait transmis au gratifié sous condition résolutoire⁴. On veut dire par là qu'une interdiction de disposer matériellement de la chose est mise à la charge du premier gratifié⁵. Cela se comprend aisément en cas de rétroactivité de la condition. En ce cas, le gratifié sous condition suspensive est censé avoir été le seul gratifié, de sorte que le gratifié sous condition résolutoire doit restituer à l'identique, dans leur état initial, les biens de la libéralité. Mais l'assertion vaut également dans l'hypothèse où la condition ne serait pas rétroactive. L'interdiction de disposer matériellement s'explique suffisamment par le devoir de loyauté qui proscrit au gratifié sous condition résolutoire de mettre à profit le temps de l'incertitude pour anéantir les espérances du gratifié sous condition suspensive d'appréhender les biens de la libéralité. Aussi qu'elle soit rétroactive ou non, la condition exige du gratifié sous condition résolutoire qu'il s'abstienne d'accomplir tout acte matériel de disposition sur les biens de la libéralité.

¹ Note sous Cass. civ., 28 févr. 1923, préc. p. 275, 1^{ère} colonne.

² Sur l'obligation positive de conserver, voir *supra* n°263 et s.

³ Voir par exemple Cass. civ., 28 févr. 1923, préc. Sur la possibilité pour le second gratifié d'agir contre le premier gratifié afin de sauvegarder ses droits, voir *infra* n°447 et s.

⁴ P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 238.

⁵ *Ibid.* p. 247: « Certes, il [le gratifié sous condition résolutoire] est pleinement propriétaire, mais il ne doit pas oublier que son droit est seulement conditionnel. Il peut avoir à le transmettre à une autre personne. S'il commet des actes qu'il sait devoir empêcher définitivement cette transmission, il est en faute ».

Il n'en demeure pas moins que l'efficacité de cette interdiction paraît relative, dans la mesure où elle ne peut être mise en œuvre tant que la condition est pendante. En effet, *pendente conditione*, le gratifié sous condition résolutoire est un propriétaire véritable, doté de tous les attributs naturels de ce droit¹. Il n'est pas grevé de charges, ainsi que peut l'être le premier gratifié d'une libéralité graduelle. Partant, le second gratifié ne saurait intervenir durant cette période pour critiquer les actes du premier gratifié ou le contraindre à s'abstenir. Ce n'est donc qu'au jour où l'incertitude est levée, c'est-à-dire au jour où ses droits sont certains, que le gratifié sous condition suspensive peut agir contre le gratifié sous condition résolutoire². Tel est au demeurant ce que prévoit l'article 1182, alinéa 4, du Code civil : « *Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts* ». Autrement dit, le gratifié sous condition suspensive peut seulement demander réparation du préjudice qu'il a éprouvé, au jour où la condition s'accomplit. Certes, la perspective d'une action en responsabilité civile, et son corollaire pécuniaire, est de nature à restreindre la liberté d'action du gratifié sous condition résolutoire. Mais on ne saurait nier que la responsabilité civile paraît inadaptée à la situation présente. D'une part, la volonté du disposant est sans doute de permettre au gratifié sous condition suspensive de jouir des biens dans un état similaire à celui dans lequel ils étaient au jour où il s'est dépouillé. D'autre part, la condamnation du premier gratifié à des dommages et intérêts en réparation des dégradations ou destructions perpétrées peut s'avérer vaine en cas d'insolvabilité du gratifié sous condition résolutoire.

Pour autant, une solution plus expédiente et plus protectrice des droits du gratifié sous condition suspensive ne pourrait-elle pas être mise en œuvre sur le fondement de l'article 1178 du Code civil, qui décide que « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* » ? En effet, le législateur présume, selon la formule de Demolombe, que « *les parties s'en sont remises pour l'accomplissement de la condition au cours naturel des choses et qu'elles ont entendu que l'évènement devrait seul prononcer le sort de la convention* »³. Et dépassant les prévisions littérales de cet article, lequel ne vise que l'hypothèse d'un débiteur sous condition suspensive empêchant l'accomplissement de l'évènement qui le charge, la jurisprudence en induit un « *véritable principe général de loyauté* »⁴. En somme, les dispositions de l'article 1178 du Code civil

¹ Voir en ce sens, J. Carbonnier, *Les obligations – Les biens*, préc., n°745, p. 1660 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°146, p. 146 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°651, p. 201 et s.

² M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., n°767 et s., p. 428 et s. ; J.-J. Taisne, *JCl Civil Code*, Art. 1181 et 1182, fasc. 47, n°80.

³ Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, préc., n°349.

⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°1227. Voir ainsi Cass. civ. 3^{ème}, 28 mai 1970, *Bull. civ.* III, n°364. Sur cette extension *ratione materiae* de l'article 1178 du Code civil, voir notamment M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., n°684 et s., p. 369 et s. ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préc., n°565 et s., p. 430 et s.

impliquent une neutralisation du pouvoir de fait que détiennent les parties sur l'évènement conditionnel. Partant de là, peut-on dire que le gratifié sous condition résolutoire, qui accomplit des actes matériels de disposition, fait obstacle à la réalisation de l'évènement ? Rien n'est moins sûr. Certes, de tels actes sont de nature à ruiner la vocation du gratifié sous condition suspensive à jouir des biens de la libéralité ; mais ils ne font pas obstacle à la réalisation de l'évènement conditionnel¹. Que l'on songe pour s'en convaincre au précédès circonstancié ou non du premier gratifié qui peut être érigé en condition de la double libéralité : les dégradations commises par le gratifié sous condition résolutoire ne sont d'aucun effet sur la réalisation de cette condition. En conséquence, il apparaît que l'interdiction faite au gratifié sous condition résolutoire d'accomplir des actes de disposition matériels ne relève pas du domaine de l'article 1178 du Code civil.

412. Parade ? – Sans doute faut-il nuancer le propos. Comme tout créancier conditionnel, le gratifié sous condition suspensive peut obtenir judiciairement que soient prises des mesures conservatoires de ses droits².

Néanmoins, l'intensité de la protection du second gratifié n'est certainement pas la même que celle de l'appelé d'une libéralité graduelle. D'une part, comme nous le verrons par la suite, il est discuté du point de savoir si le titulaire d'un droit en formation peut agir pour sauvegarder l'*existence* de son droit ou s'il peut également agir pour en préserver l'*utilité*, ce que supposent les mesures de protection dont il est ici question, telle la demande de mise sous séquestre des biens de la libéralité³. D'autre part, à supposer cette action permise, elle ne devrait être recevable qu'en « *certaines circonstances particulièrement grosses de risques* »⁴ pour le second gratifié. Or, on l'a vu, de telles circonstances ne sont pas exigées pour mettre en œuvre l'obligation de conservation à laquelle est soumis le grevé d'une libéralité graduelle.

¹ Comp. toutefois G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., spéc. n°158-159, p. 152-153. Suivant l'analyse dualiste de l'obligation défendue par l'auteur, l'obligation conditionnelle emporte renonciation par l'acquéreur sous condition résolutoire à une partie de son autonomie juridique et au libre exercice de certaines de ses prérogatives. L'activité de l'acquéreur sous condition résolutoire est assujettie ce faisant au but poursuivi par l'acte juridique. De sorte que, durant la période d'incertitude, il ne peut rien faire qui compromette la réalisation de ce but, ce qui signifie, concrètement, qu'en cas de non-respect de cette obligation d'abstention, l'acquéreur sous condition suspensive pourrait recourir à la contrainte pour faire cesser l'inexécution. L'analyse nous paraît contestable. Il ne s'agit ici que de l'exigence de bonne foi qui s'impose au débiteur conditionnel. Et, comme on a pu justement le relever, la bonne foi n'est en rien une « *obligation contractuelle au sens technique que ce terme revêt dans la responsabilité contractuelle* » (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, spéc. n°177, p. 165). Elle n'est qu'« *un impératif de civilité et de loyauté régissant tout un chacun en société* » (*Ibid*), et se range donc « *explicitement du côté des devoirs sociaux* » (*Ibid*, spéc. n°154, p. 139). Il est à cet égard significatif que l'avant-projet « Catala » ait consacré l'existence, non pas d'une obligation, mais d'un « *devoir de loyauté dans l'accomplissement de la condition* » (Art. 1176 APC).

² Sur cette possibilité, voir *infra* n°447 et s.

³ Voir *infra* n°447 et s.

⁴ C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°497, p. 256.

Où l'on voit, en définitive, ce qui sépare le gratifié sous condition résolutoire et le grevé d'une libéralité graduelle, lequel, en raison de l'obligation de conservation qui lui est imposée, peut être contraint, pendant sa jouissance, de s'abstenir d'accomplir un acte matériel de disposition.

δ. Le gratifié-promettant

413. Interdiction d'accomplir des actes matériels de disposant en cas de stipulation d'une charge de conservation. – L'intensité de la contrainte pesant sur le premier gratifié varie selon les charges qui lui sont imposées. Si le disposant ne stipule qu'une charge de transmission, le promettant conserve sa liberté de disposer tant juridiquement que matériellement. Simplement, les actions du premier gratifié peuvent être contrariées par les éventuelles mesures conservatoires que le second gratifié pourrait prendre en vue de sauvegarder ses droits¹.

Au-delà, le disposant peut avoir stipulé une obligation de conservation des biens de la libéralité. En ce cas, à l'instar de l'appelé d'une libéralité graduelle, le tiers bénéficiaire est en droit de contraindre le promettant à cesser toute atteinte à l'intégrité des biens.

2. Les actes d'administration

414. Liberté d'administrer. – Qu'il soit usufruitier ou propriétaire, le premier gratifié peut librement accomplir tout acte d'administration sur les biens compris dans la libéralité. L'assertion est évidente s'agissant du gratifié propriétaire. S'il a le droit de disposer juridiquement des biens, à plus forte raison a-t-il le droit de les administrer. Encore faut-il préciser qu'il n'agit pas en tant qu'administrateur de la personne du second gratifié ou des biens de celui-ci. En ce sens, puisqu'il est un propriétaire ordinaire, c'est une conséquence naturelle qu'il administre les biens en son nom et pour son propre compte². Mais cette liberté d'administration est également naturelle s'agissant du gratifié en usufruit. A raison de sa nature, l'usufruit confère à son titulaire un droit d'usage sur le bien. L'usufruitier peut ainsi user de toutes les parties du bien sans restriction ainsi que de ses accessoires³.

Surtout, cette liberté d'administrer conférée au premier gratifié s'explique par la définition même de l'acte d'administration. Bien qu'il s'agisse d'une notion floue⁴, on s'accorde pour dire

¹ Voir *infra* n°447 et s.

² Comp. toutefois Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°578, p. 545, qui considère que le grevé d'une substitution fidéicommissaire permise est réputé avoir reçu « le mandat de faire, au nom des appelés, actes d'administration ».

³ C. civ., art. 597.

⁴ Sur ce constat, voir notamment P. Kayser, préface à la thèse de R. Verdot, *La notion d'administration en droit privé français*, LGDJ, 1963, p. 2 ; F. Leduc, *L'acte d'administration : nature et fonction*, Ester, 1992.

qu'un tel acte repose sur l'idée de mise en valeur *normale* de la chose¹, tel que le ferait un bon père de famille. Il est passé dans la perspective d'une bonne gestion des choses. Or, la prise en compte des intérêts du second gratifié, que commande la double libéralité, implique que le gratifié en première ligne jouisse des choses en bon père de famille. Les actes du premier doivent ce faisant être opposables au second dès l'instant où ils ont été passés dans l'intérêt d'une bonne gestion des biens, ce qui est l'apanage de l'acte d'administration². Aussi comprend-on que l'acte puisse être accompli librement par le premier gratifié et qu'il soit opposable au second.

415. Exemples d'application. – Ainsi le premier gratifié peut-il valablement céder les éléments d'une universalité de fait³, consentir des baux⁴, recevoir le paiement d'une créance venant à échéance et en donner quittance, ou encore faire subir aux biens certaines transformations comme défricher un bois pour le changer en terre de culture, si les exigences d'une gestion de bon père de famille le commandent⁵.

416. Acquisition des fruits. – En outre, le premier gratifié a le droit de percevoir, par lui-même et agissant seul, les fruits des biens et, de la même manière, de les conserver ou de les dépenser librement, sans en être comptable.

Cela n'est pas douteux pour le gratifié en usufruit : investi du droit de jouissance au sens le plus technique du terme, il a naturellement vocation à acquérir tous les fruits des biens soumis à son emprise, quelle que soit leur nature⁶ – naturels, industriels ou civils – et quel que soit le mode d'exploitation.

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., spéc., V° Administration (acte d) : « Opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle du patrimoine (entretien, assurance, dépôt, prêt, location sauf exception, etc.) qui peut varier selon la nature du bien administré (entreprise commerciale, exploitation agricole, immeuble de rapport) et comprend des actes d'aliénation (vente de marchandises ou de récolte), ou d'acquisition (achat de semences, d'engrais ou de petit outillage), opération qui occupe le deuxième degré dans l'échelle de gravité des actes juridiques (après les actes de disposition et avant les actes conservatoires) et dont l'ensemble détermine, en canon législatif, la limite des pouvoirs de l'administrateur du patrimoine d'autrui ». Adde Le Baron, *De l'acte d'administration en droit civil français*, thèse Paris, 1916, p. 131 et s. ; A. Trasbot, *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1921, p. 197 et s. ; R. Verdout, « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes "d'administration" et des actes de "disposition" », *RTD civ.* 1968. 449 ; F. Leduc, *L'acte d'administration : nature et fonction*, Ester, 1992, n°292 et s.

² A. Sériaux, *Les successions – Les libéralités*, préc., spéc., n°113 p. 217-218.

³ Voir, par exemple, pour la libéralité graduelle : C. civ., art. 1049, al. 2 ; pour l'usufruit : C. civ., art. 616, ainsi que la jurisprudence relative à l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières citée *supra* n°41.

⁴ Sur la question de l'opposabilité au second gratifié des baux consentis par le premier gratifié, voir *infra* n°510.

⁵ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XIV, préc., n°576, p. 665 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité théorique et pratique des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3351.

⁶ C. civ., art. 582 et s.

Mais cela est également certain pour le gratifié en propriété. La propriété dont il est ici question est une propriété ordinaire, une propriété-droit subjectif¹. A ce titre, il jouit d'une propriété pleine et entière pourvue de l'intégralité de ses attributs. Ainsi, qu'il s'agisse du premier gratifié d'une libéralité graduelle² ou résiduelle³, du gratifié sous condition résolutoire⁴, du grevé d'une charge précative, ou encore du gratifié-promettant d'une stipulation pour autrui, tous sont libres de percevoir les fruits des biens compris dans la libéralité *et* de les employer à leur gré⁵. Comme on le verra, en effet, les fruits produits au cours de la jouissance du premier gratifié lui restent acquis, par application de l'article 549 du Code civil, selon lequel le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

Sous cet aspect, la situation du premier gratifié diffère sensiblement de celle de l'intermédiaire qui serait investi d'une propriété-pouvoir. En ce cas, la propriété est finalisée, tout ou partie des utilités qu'elle comporte devant être affectées soit exclusivement soit de préférence à un but qui a été déterminé par le disposant⁶. Aussi en dissociant la titularité du droit et l'appropriation des richesses, la propriété-pouvoir fait que son titulaire ne peut pas user des biens comme bon lui plairait et ne peut non plus profiter des fruits⁷.

417. Quid des produits ? – La distinction des fruits et des produits est bien connue, en ce qu'elle résulte de la conjugaison de deux critères⁸. Selon le critère physique, les fruits se caractérisent par leur périodicité et leur reproduction, sans altération de la substance du bien, tandis que les produits ne peuvent être produits que grâce à l'altération de la substance du bien. Encore faut-il tenir compte du fait que la volonté individuelle peut changer la qualification des richesses issues de la chose. Ainsi un produit peut-il être qualifié de fruit. Tout dépend, pour cela, de la manière dont le bien est exploité par le propriétaire. En témoigne l'article 598, alinéa 1^{er}, du

¹ Rappelons qu'il y a une étroite corrélation entre la qualification de libéralité et celle de propriété ordinaire. Le gratifié est en effet investi d'un droit subjectif, et non pas d'un pouvoir, de sorte que s'il reçoit des droits en propriété, ce ne peut être que de la propriété ordinaire, de la propriété-droit subjectif. Pour le dire autrement, il y a une incompatibilité de principe entre la qualité de gratifié et celle de titulaire d'une propriété-pouvoir. Sur ce point, voir *supra* n°220.

² M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°14. Voir déjà pour les substitutions fidéicommissaires permises, M. Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, préc., n°637 et s., p. 195 et s.

³ M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1057 à 1061, préc., n°59.

⁴ M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., n°716 et s., p. 389 et s. ; J.-J. Taisne, *JCl. Civil Code*, Art. 1183, fasc. 48, n°12 et s. *Comp.* toutefois P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 241.

⁵ Sur la question de savoir jusqu'à quel moment le premier gratifié acquiert les fruits, voir *infra* n°509 et s.

⁶ Sur la définition de la propriété-pouvoir, voir *supra* n°180 et s.

⁷ Voir par exemple F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préc., n°387 et s. ; A. Perrot, « La vente à réméré de valeurs mobilières », *RTD com.* 1993. 1 et s., spéc. n°71 et s.

⁸ Sur cette distinction, voir notamment Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°160 et s., p. 51 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°809 et s., p. 716 et s. ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°125 et s., p. 191 et s.

Code civil, en vertu duquel les matières extraites d'une carrière qui sont, du point de vue leur nature, des produits en ce qu'elles épuisent progressivement la substance du bien, peuvent être qualifiées de fruits, si le propriétaire a organisé l'exploitation de la carrière.

De là découle une question : le premier gratifié peut-il percevoir les produits et les consommer librement, sans en fournir de récompense au second gratifié au jour où la seconde transmission devient effective ?

S'agissant de l'usufruitier, il est acquis qu'il n'a pas droit aux produits¹. Tenu de conserver la substance du bien, l'usufruitier ne peut en effet les percevoir librement. Du moins, s'il le fait, il ne les acquiert pas ; c'est au contraire le nu-propiétaire qui les acquiert grevés de l'usufruit. En témoignent les solutions relatives à la distribution des réserves d'une société : à la différence des dividendes, qui « *participent de la nature des fruits* »², les réserves sont des portions du capital de la société, de sorte que leur distribution entraîne seulement un report du démembrement de la propriété³.

La réponse semble également évidente pour le grevé d'une libéralité résiduelle ou d'une libéralité précative. Tous deux n'étant pas obligés de conserver matériellement la chose, il leur est donc loisible de percevoir les produits et de les employer comme bon leur semble.

En revanche, la solution paraît plus incertaine pour le grevé d'une libéralité graduelle, le gratifié sous condition résolutoire et le gratifié-promettant d'une stipulation pour autrui. A première vue, en tant que propriétaires ordinaires, ils ont, en vertu de l'article 546 du Code civil, droit au capital, aux fruits et aux produits. Mais on ne saurait nier que l'exercice de l'intégralité des attributs de la propriété se trouve ici modelé par l'obligation de tenir compte des intérêts du second gratifié. Précisément, ces gratifiés ne doivent rien faire qui compromette l'ouverture des

¹ Voir parmi d'autres J. Carbonnier, *Les obligations – Les biens*, préc., n°722, p. 1621 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°163, p. 49.

² Voir par exemple Cass. com., 5 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n°163 ; D. 2000. 552, note G. Morris-Becquet ; JCP 2000. I. 205, n°2, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Defrénois* 2000, art. 37090, n°1, obs. P. Le Cannu. Voir encore Cass. com., 10 févr. 2009, *Bull. civ. IV*, n°19, D. 2009. 1512, note Barabé-Bouchard ; JCP 2009. I. 127, obs. H. Périnet-Marquet.

³ J. Velliet, *Les droits de l'usufruitier sur les actions des sociétés*, thèse Paris, 1951, p. 19 et s. ; I. Renaudie, *La dissociation des prérogatives financières et le gouvernement dans les sociétés*, thèse Paris, 1988, n°121 et s. ; A. Rabreau, *L'usufruit des droits sociaux*, thèse Poitiers, 2001, n°130 ; P. Amiaud, *Des comptes de réserve dans les sociétés par actions*, Sirey, 2^{ème} éd., 1920, n°177 ; Labbé, note sous Cass. req., 14 mars 1877, *S.* 1978. 1. 5 ; P. Cordonnier, « De quelques problèmes concernant les actions grevées d'usufruit », *Journ. sociétés* 1961, p. 65 et s. ; J. Leblond, « Des droits respectifs du nu-propiétaire et de l'usufruitier dans les bénéfices, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de réserves », *Gaz. Pal.* 1956, 2, doct. 1 ; Michel, « Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire d'actions », *RJ sociétés* 1924, p. 135 ; A. Wahl, « Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires », *Journ. sociétés* 1925, p. 129 ; R. Besnard-Goudet : *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 1795, n°35 et s. ; R. Gentilhomme, « Démembrement de droits sociaux, affectation en réserves des résultats et donation indirecte » ; JCP éd. N 2008. 1218, spéc. n°12 ; J.-P. Garçon, note sous Cass. com., 10 févr. 2009, JCP éd. N 2009. 1171 ; Fl. Deboissy et S. Quilici, « SCI et optimisation fiscale », *Actes prat. et ing. sociétaire* 2008, n°141 et 142.

Comp. toutefois R. Mortier et Y. Kerambrun, « Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul », JCP éd. N 2009. 1264.

droits du second gratifié, ce qui implique qu'ils s'abstiennent d'accomplir tout acte qui aurait pour effet de diminuer ou déprécier les biens compris dans la libéralité. Partant de là, il nous paraît que si ces gratifiés perçoivent les produits¹, c'est à charge de récompenser le second gratifié, c'est-à-dire d'indemniser celui-ci au moment de la seconde transmission².

3. Les actes conservatoires

418. Définition. – L'acte conservatoire est un acte finalisé. Il est « *un acte de protection et de maintien en état, nécessaire et avantageux, préventif et patrimonial* »³. Autrement dit, l'acte conservatoire est celui qui a pour objet de protéger un bien contre les risques de dépréciation ou de disparition en le maintenant dans son état⁴.

419. Plan. – Partant s'il est loisible au premier gratifié de mettre en valeur les biens formant l'objet de la libéralité, en accomplissant des actes d'administration, il semble impérieux qu'il s'assure de la sauvegarde de ces biens, afin de protéger les intérêts du second gratifié. Pourtant, il n'en est pas toujours ainsi. Tout dépend de la technique employée par le disposant pour réaliser la double libéralité. Sous cet aspect, on distingue celles qui laissent au premier gratifié une liberté d'action, donc une faculté de conservation des biens (a), et celles qui commandent de les conserver (b).

a) Opérations postulant un principe de conservation facultative des biens

420. Unité. – Qu'il s'agisse d'une libéralité précative (i) ou d'une libéralité résiduelle (ii), le premier gratifié n'est aucunement contraint d'accomplir les actes de conservation.

¹ A la différence du gratifié sous condition résolutoire, le grevé d'une libéralité graduelle peut être contraint de cesser de percevoir les produits : voir en ce sens Cass. civ., 28 févr. 1923, préc. Sur cette distinction, voir *infra* n°447 et s.) A noter que, pour le gratifié-promettant d'une stipulation pour autrui, tout dépend des obligations que le disposant a mise à sa charge.

² Voir en ce sens, pour les substitutions fidéicommissaires permises, Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testament*, t. V, préc., n°573 et 574, p. 511-512.

³ C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°206, p. 107.

⁴ Comp. *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, *V°* Conservatoire (acte) : « *Acte juridique, qui, par opposition à l'acte de disposition ou l'acte d'administration, tend seulement à éviter une telle perte et qui, nécessaire et urgent, requiert un minimum de pouvoir (not. dans la gestion du patrimoine d'autrui)* » ; J. Carbonnier, *Les obligations – Les biens*, préc., n°294 p. 550.

i) Le grevé d'une libéralité précative

421. Liberté d'agir ou de s'abstenir. – Libre d'accomplir ou non la charge précative, la complétude du droit de propriété du premier gratifié est sans équivalent. A ce titre, il jouit d'une liberté absolue d'action ou d'abstention quant à la conservation des biens.

ii) Le grevé d'une libéralité résiduelle

422. Liberté d'agir ou de s'abstenir. – En tant que maître absolu des biens compris dans la libéralité, le premier gratifié est libre de les conserver comme il l'entend. N'étant qu'une charge doublement conditionnelle, en ce qu'elle suppose qu'il précède à l'appelé et, surtout, qu'il laisse les biens à sa mort, la charge de transmettre n'est pas ici de nature à brider cette liberté. Rien ne l'oblige, par exemple, à réaliser les réparations nécessaires à la sauvegarde des biens, interrompre la prescription qui menace son droit de propriété, à accomplir les formalités d'opposabilité de son droit, etc.

b) Opérations postulant, en droit ou en fait, la conservation obligatoire des biens

423. Classement. – Ici encore, il est possible de classer ces doubles libéralités en les hiérarchisant en fonction de la contrainte pesant sur le premier gratifié, du niveau le plus élevé au plus faible.

i) Le grevé d'une libéralité graduelle

424. Obligation d'accomplir tous les actes conservatoires. – L'obligation de conservation à laquelle est tenu le grevé procède de la condition juridique des biens de la libéralité graduelle. Ceux-ci doivent être identifiables à la date de la première transmission et subsister en nature au décès du grevé¹. Aussi le grevé doit-il tenir compte des intérêts de l'appelé sur lesdits biens, autrement dit ne pas compromettre l'ouverture éventuelle de ses droits. Le grevé doit donc accomplir dans un intérêt commun à l'appelé les différents actes conservatoires que requiert la sauvegarde des biens de la libéralité graduelle.

Concrètement, cela impose au grevé d'accomplir diverses mesures probatoires et de surveillance destinées à garantir les droits éventuels de l'appelé sur les biens. Tel est l'objet des formalités de publicité foncière à laquelle est soumise la charge de conserver lorsqu'elle porte sur un immeuble². Tels sont également l'inventaire et l'état descriptif en matière mobilière. Telle est

¹ Sur ces conditions, voir *supra* n°358 et s.

² C. civ., art. 1049, al. 3.

encore la présence du grevé à la levée des scellés et à l'inventaire¹. Au-delà, l'obligation de conservation suppose que le grevé prenne des mesures, dont le but est de prévenir la disparition du bien de la libéralité. C'est ainsi qu'il doit accomplir tout acte interruptif de prescription, afin d'éviter la disparition de l'action par voie de forclusion. De même, et surtout, il doit protéger le bien de toute dégradation ou destruction. Sous cet angle, la situation du grevé paraît proche de celle d'un usufruitier ; mais elle s'en distingue en ce sens que sa qualité de propriétaire réclame toutes les précautions nécessaires à la conservation de la chose, les grosses réparations comme celles d'entretien².

425. Sanctions du grevé ? – De ce que la charge de conserver s'oppose à chaque instant à tout ce qui peut compromettre la transmission future des biens de la libéralité graduelle, se pose la question de savoir quelle sanction le grevé est susceptible d'encourir s'il y contrevient. Sans doute le grevé peut-il être condamné à cesser son comportement et à la remise en état des biens³, ou encore au paiement de dommages et intérêts au jour de l'ouverture des droits de l'appelé. Mais l'effet dissuasif de ces sanctions pourrait s'avérer bien mince par rapport aux conséquences que le comportement du grevé pourrait produire sur les droits de l'appelé.

Aussi, de façon plus comminatoire, on pourrait songer à une révocation judiciaire de la libéralité consentie au grevé pour inexécution de la charge de conservation. Il reste qu'une telle sanction peut être malaisée à mettre en oeuvre. D'une part, la révocation suppose que la charge soit la cause impulsive et déterminante du consentement du disposant, ce qui paraît loin d'être acquis. D'autre part, l'action ne peut être intentée que par le disposant ou ses ayants causes universels, et non par l'appelé, tiers créancier de la charge. Or, s'il n'est pas douteux que le disposant agira pour assurer l'effectivité des droits de l'appelé, il n'est pas certain que ses héritiers agissent de la sorte puisque la révocation ne leur profitera pas. Enfin, à supposer que la révocation de la libéralité soit obtenue, il faut encore que l'appelé soit capable d'accepter la libéralité dans la mesure où l'anéantissement de la libéralité faite au grevé entraîne l'ouverture de ses droits⁴.

¹ C. proc. civ., art. 1317 et s.

² Voir en ce sens Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°567, p. 508 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3350 et s., p. 613 et s. ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. XI, par P. Esmein, préc., § 696, p. 215. Comp. toutefois M. Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, préc., n°682 et s., p. 207 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., spéc., n°806 p. 1003 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. IV, préc., spéc., n°3913 1241.

³ Telle était la sanction adoptée par Cass. civ., 28 févr. 1923, préc.

⁴ Voir *infra* n°488 et s.

Partant, d'autres sanctions doivent être envisagées. On peut ainsi se demander si le grevé peut être déchu de son droit s'il commet des abus graves de jouissance. L'intérêt d'une telle action par rapport à l'action en révocation de la libéralité serait de permettre à l'appelé d'agir directement et de ne pas dépendre du disposant ou de ses héritiers. En admettant une telle sanction, on ne ferait au fond qu'appliquer les dispositions de l'article 618 du Code civil relatives à l'usufruitier. Plusieurs auteurs ont soutenu une telle analogie¹. Pour autant, les situations juridiques respectives du grevé et de l'usufruitier ne sont pas comparables. L'usufruitier n'a que le droit temporaire de jouir de la chose d'autrui. Tout autre est le droit du grevé, qui est propriétaire, et dont la propriété peut sans doute s'éteindre, mais aussi devenir incommutable si les droits de l'appelé ne s'ouvrent pas. Aussi croyons-nous que l'action en déchéance n'est pas admissible lorsque le grevé contrevient à la charge de conservation. Et telle était, au demeurant, la conclusion à laquelle aboutissaient la plupart des auteurs à propos des substitutions fidéicommissaires permises².

Reste, en définitive, une sanction : la mise sous séquestre des biens grevés. Nommé judiciairement³, le séquestre doit ce faisant conserver les biens et les administrer « *dans la mesure que commandent la nature même de ceux-ci et l'étendue de sa mission* »⁴, jusqu'au moment où il devra les restituer. Une telle sanction nous semble parée de plusieurs vertus. D'une part, elle est une sanction beaucoup plus grave que la simple remise en état en ce sens qu'elle met fin au comportement répréhensible du grevé. D'autre part, elle est moins brutale que la révocation de la libéralité en ce qu'elle laisse intacte la vocation du grevé à recouvrer une propriété libre de charge en cas de caducité de la seconde libéralité. Aussi bien cette voie médiane que représente le séquestre judiciaire mérite-t-elle d'être privilégiée par rapport aux autres sanctions, dès lors que le grevé se rend coupable d'abus susceptibles de compromettre les droits éventuels de l'appelé⁵.

¹ Duvergier, sur Toullier, t. III, n°782, note ; Duranton, t. IV, n°601 ; Aubry et Rau, par Zachariae, t. VI, n°782. Relevons que ces auteurs n'étaient pas d'accord sur l'étendue de l'application de l'article 618 : les uns considèrent que le grevé puisse être déchu de la propriété (Duranton, Duvergier) ; les autres, ne permettant de le déclarer déchu que de son droit d'administration et de jouissance (Toullier ; Zachariae).

² La déchéance ne pouvait être prononcée que dans l'hypothèse où le grevé avait négligé de faire nommer un tuteur à l'exécution (C. civ., art. 1056 et 1057 anc.). Voir en ce sens G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3362, p. 617 ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°470 et s., p. 422 et s. ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, 6^{ème} éd., par P. Esmein, t. XI, § 696, p. 220.

³ Certes, aucun texte ne permet expressément cette action. Les hypothèses prévues par l'article 1961 du Code civil ne semblent pas davantage correspondre à notre situation. Pour autant, on sait que cette énumération n'est pas limitative. La jurisprudence décide, en effet, que le séquestre peut être ordonné chaque fois que les juges estiment qu'il convient de prescrire cette mesure pour assurer la conservation des droits des parties (voir notamment Cass. soc., 15 mars 1956, *Bull. civ.*, IV, n°256 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, *Bull. civ.*, I, n°237). Et telle est, à n'en pas douter, la situation de l'appelé dont les droits sont menacés de disparition en raison du comportement du grevé.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1959, *Bull. civ.*, I, n°169.

⁵ Voir en ce sens P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 88 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3363, p. 617 ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°575, p. 512 et s. ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, 6^{ème} éd., par P. Esmein, t. XI, § 696, p. 216 ; H. Vialleton, note sous Cass. civ. 28 févr. 1923, *S.* 1925. 1. 273.

ii) *Le gratifié en usufruit*

426. Formalités de type probatoire lors de l'entrée en jouissance. – Comme dans certaines hypothèses de dissociation de la propriété et de la jouissance¹, la loi prescrit à l'usufruitier de procéder à des formalités conservatoires de types probatoires. Ainsi, l'usufruitier « ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit »². Grâce à l'inventaire, le nu-propriétaire sait exactement ce que l'usufruitier a reçu et, partant, ce qui doit lui être restitué à la fin de l'usufruit. Il reste que le disposant peut l'en dispenser et, en tout état de cause, le défaut d'accomplissement de cette formalité n'est pas sanctionné par la déchéance de l'usufruitier de ses droits³.

On perçoit que la formalité de l'inventaire protège de manière insuffisante le nu-propriétaire. C'est la raison pour laquelle une garantie supplémentaire est exigée de la part de l'usufruitier. En vertu de l'article 601 du Code civil, l'usufruitier doit, en principe, fournir une caution de jouir en bon père de famille ou toute autre garantie équivalente. Mais, ici encore, l'efficacité de cette mesure est limitée. D'une part, cette garantie n'est pas de rigueur à l'égard de certains usufruitiers réputés dignes de confiance. Outre la clause de dispense de fourniture d'une caution que le disposant peut stipuler dans l'acte⁴, l'article 601 l'accorde de plein droit aux père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, ainsi qu'au vendeur ou donateur sous réserve d'usufruit. D'autre part, l'inexécution de l'obligation de l'usufruitier est sanctionnée avec mesure. Il n'encourt pas la déchéance, mais voit seulement son entrée en jouissance retardée⁵.

¹ *Comp.* en matière de baux régis par la loi du 6 juillet 1989 (art. 3, al. 2), la confection d'un état des lieux contradictoires entre le bailleur et le preneur est obligatoire. Pour les baux de droit commun, si la confection d'un état des lieux est facultative (C. civ., art. 1730 et 1731), il convient toutefois de souligner que le preneur est censé, en l'absence d'état des lieux, avoir reçu la chose en bon état de réparations locatives et devra, sauf preuve contraire, la rendre telle (C. civ., art. 1731).

² C. civ., art. 600.

³ Paris, 15 sept. 1993, *D.* 1994. Somm. comm. 162, obs. A. Robert ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, par M. Picard, préc. n°823 ; G. Thomas-Debenest, *JCl Civil Code*, Art. 600 à 604, 2003, n°80 et s.

⁴ On a pu discuter de la validité d'une telle dispense lorsque le nu-propriétaire est un héritier réservataire. Mais la jurisprudence, approuvée par la doctrine contemporaine, a admis sa validité : Cass. civ., 12 mars 1862, *DP* 1862. 1. 128 ; Cass. civ., 5 juill. 1876, *DP* 1877. 1. 277. *Adde* A. Rieg, *V° Usufuit, Rép. civ. Dalloz*, préc., n°329 ; G. Thomas-Debenest, *op. cit.*, n°202 et s.).

⁵ Il faut distinguer deux hypothèses. Soit l'usufruitier fournit tardivement caution. L'article 604 précise que ce retard « ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit ; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert ». Ainsi, au cas de double libéralité en usufruit et en nue-propriété, le nu-propriétaire est investi de la possession des biens, mais il ne peut s'approprier les fruits ; il doit les mettre en réserve pour les restituer à l'usufruitier lorsque celui-ci fournira caution. Soit l'usufruitier est dans l'impossibilité de fournir une garantie. En pareille hypothèse, les rédacteurs du Code civil se sont efforcés d'organiser la situation en cherchant un équilibre entre les intérêts du nu-propriétaire et ceux de l'usufruitier. Les immeubles sont loués ou mis en séquestre (C. civ., art. 602), les denrées et

427. Obligation d'accomplir certains actes conservatoires en cours de jouissance. –

L'exigence de jouir en bon père de famille suggère une série d'obligations positives. En effet, si l'usufruitier a le pouvoir d'administrer le bien sujet à usufruit, il a néanmoins le devoir de le faire en bon père de famille. Cette manière de jouir implique, ce faisant, une attitude active de conservation du bien. Précisément, la conservation du bien se traduit par l'obligation d'effectuer les réparations d'entretien¹, à l'exclusion des grosses réparations, mais encore par l'obligation d'accomplir les différents actes conservatoires que requiert la sauvegarde de droits dont la disparition rejaillirait sur les droits du nu-proprétaire, tels que les actes interruptifs de prescription², le renouvellement des inscriptions hypothécaires ou d'autres sûretés³.

A cet égard, le nu-proprétaire a le pouvoir de contraindre l'usufruitier à agir⁴; il peut également lui réclamer le remboursement s'il a lui-même engagé des frais pour accomplir de tels actes⁵, voire solliciter judiciairement la déchéance de l'usufruitier de ses droits⁶.

iii) Le gratifié-promettant

428. Variations. – Tout dépend des charges imposées au premier gratifié. La seule charge de transmission l'exonère de toute obligation de conservation. A cet égard, le tiers bénéficiaire ne peut le contraindre à agir; il peut seulement agir à titre conservatoire aux fins de protéger ses droits. En revanche, si une charge de conservation est stipulée, la situation du promettant apparaît similaire à celle du grevé d'une libéralité graduelle. A ce titre, il doit accomplir les différents actes conservatoires que requiert la sauvegarde des biens qui sont censés être transmis, à l'échéance, au tiers bénéficiaire.

iv) Le gratifié sous condition résolutoire

429. Absence d'obligation d'accomplir des actes conservatoires. – De ce que le gratifié sous condition résolutoire ne doit rien faire qui compromette la réalisation de la condition, on

meubles qui dépérissent sont vendus et leur prix placés, de même que les sommes d'argent, étant précisé que l'ensemble pouvant procurer des revenus qui pourront échoir à l'usufruitier (C. civ., art. 602 et 603).

¹ C. civ., art. 605, al. 1^{er}. Voir sur ce point P. Courbe, « L'entretien de la chose soumise à usufruit », *JCP* 1982. I. 3070; N. Raynaud de Lage, « L'entretien : contribution à l'étude de la notion de conservation », *RRJ* 2001. 1269. Sur la nature réelle de l'obligation d'entretien, voir *supra* n°320.

² Cass. req., 21 mai 1930, *DP* 1932. 1. 111.

³ Cass. req., 7 oct. 1813, *S.* 1813-1814. 445.

⁴ Cass. civ., 27 juin 1825, préc.; Montpellier, 7 juin 1831, préc.; Colmar, 18 juill. 1952, préc.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1962, préc.

⁶ C. civ., art. 618.

pourrait déduire qu'il est assujéti à une obligation de conservation des biens compris dans la libéralité¹. Il est permis néanmoins d'en douter. Sans doute, l'article 1182, alinéa 4, du Code civil permet au gratifié sous condition suspensive de réclamer, à l'avènement de la condition, des dommages et intérêts au gratifié sous condition résolutoire lorsque la détérioration du bien lui est imputable. Sous cet aspect, la perspective d'une sanction pécuniaire peut être un facteur comminatoire pour accomplir tous actes conservatoires.

Mais les dispositions de l'article 1182 ne sont en réalité que l'illustration du devoir de loyauté auquel le propriétaire sous condition résolutoire est tenu envers le propriétaire sous condition suspensive. Or, ce devoir n'implique nullement que le gratifié sous condition résolutoire soit soumis à une obligation de conservation, qui conférerait au gratifié sous condition suspensive le droit de le contraindre à l'exécution². Bien au contraire, à la différence d'un gratifié grevé de charges, il est *pendente conditione* un propriétaire qui n'est assujéti à aucune obligation. Aussi, si le jeu des conditions impose au titulaire du droit résolu qu'il restitue, dans son état initial, le bien sur lequel il exerçait son droit, on ne saurait le considérer comme débiteur d'une obligation de conservation, au sens technique du terme, puisque le créancier ne peut critiquer ses actes *pendente conditione*. En définitive, comme on l'a suggéré, loin de constituer une obligation de conservation, l'exigence posée à l'article 1182 du Code civil n'est qu'une application de la théorie des restitutions³.

Il reste que le second gratifié n'apparaît pas complètement démuné. Durant cette période d'incertitude, il lui est permis de prendre des mesures conservatoires de ses droits⁴.

4. Les charges et dettes

430. Définitions. – On entend par charges, les dépenses inhérentes aux biens compris dans la libéralité. Quant aux dettes, il s'agit des sommes dues par le disposant que le premier gratifié est susceptible de devoir acquitter.

a) Les charges des biens

431. Le premier gratifié est propriétaire. – Au-delà de la délimitation des actes que le premier gratifié peut et doit accomplir, demeure la question de l'identification des charges qu'il doit acquitter. Sans nul doute est-il redevable des charges afférentes à la jouissance des biens.

¹ Voir en ce sens C. Pons-Brunetti, *L'obligation de conservation dans les conventions*, thèse Paris II, 1992, n°192 et s.

² Voir en ce sens à propos des actes matériels de disposition, *supra* n°392 et s.

³ C. Brenner, *L'actes conservatoire*, préc., n°681, p. 363.

⁴ Voir *infra* n°442 et s.

C'est au fond la charge naturelle des fruits dont il profite. Mais il faut aller plus loin : en tant que propriétaire, il est tenu de régler l'ensemble des charges de la propriété, et ce qu'il s'agisse de menues ou de grosses réparations.

432. Le premier gratifié est usufruitier – Outre les obligations liées à la conservation du bien, l'usufruitier est tenu de payer certaines charges. Suivant l'article 608 du Code civil, il doit acquitter toutes les charges usufruituaires, à l'exclusion des grosses réparations. Entrent notamment dans cette catégorie les intérêts d'emprunt¹, les charges fiscales², ou encore les frais de procès qui concernent la jouissance et les condamnations auxquelles ils peuvent donner lieu³.

b) Les dettes du disposant

433. Le gratifié est propriétaire. – La transmission des dettes étant exclusivement liée aux transmissions de caractère universel, ne sont tenus des dettes du disposant que les légataires universels ou à titre universel, à l'exclusion des donataires et légataires à titre particulier. Ainsi, si le premier gratifié est l'ayant cause universel ou à titre universel du disposant, il est, comme tout héritier acceptant pur et simple, tenu de payer le passif successoral⁴.

434. Le gratifié est usufruitier. – Une difficulté survient lorsque le gratifié en usufruit tient ses droits d'une libéralité à cause de mort. Dans ce cas, on le sait, la libéralité peut être à titre particulier, à titre universel ou universel. D'où la question de savoir quelle doit être l'étendue de l'obligation de l'usufruitier quant aux dettes grevant le patrimoine du disposant. Distinction est ici faite par le Code civil suivant l'objet de l'usufruit : l'usufruitier à titre particulier n'a pas à acquitter les dettes qui étaient à la charge du disposant⁵, tandis que l'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter une partie du passif successoral, à savoir uniquement les intérêts de la totalité du montant du passif ou seulement d'une fraction de ceux-ci, selon que sa vocation est universelle ou à titre universel⁶. Et si l'usufruitier à titre universel ou universel accepte purement

¹ Voir ainsi Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, Authier, *Bull. civ.* I, n°96 ; *Deffrénois* 1992. 1121, obs. G. Champenois ; *JCP* 1993. II. 22003, note J.-F. Pillebout ; *ibid.* 22041, note A. Tisserand, qui qualifie, dans le cadre de la communauté, les intérêts d'emprunt contractés pour financer l'acquisition d'un bien de « *charges de la jouissance* ».

² Il en est ainsi de l'impôt sur les revenus des biens, la taxe d'habitation, l'impôt foncier, la taxe sur les véhicules, l'impôt sur la fortune (CGI, art. 885 G). Voir sur ce point D. Grillet-Ponton, « Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-propriétaire », *D.* 1989. chron. 250.

³ C. civ., art. 613.

⁴ Sur la possibilité d'agir en contribution contre le second gratifié, voir *infra* n°511 et s.

⁵ C. civ., art. 611.

⁶ C. civ., art. 612. A noter que l'article 610 qui met à la charge de l'usufruitier le legs d'une rente ne s'applique pas à une rente viagère à laquelle le défunt avait été condamné, celle-ci obéissant aux règles fixées à l'article 612. Voir en

et simplement, il est alors tenu indéfiniment, *ultra vires*, mais seulement à concurrence des intérêts des dettes successorales¹, de sorte qu'il peut opposer au créancier le bénéfice de division de la dette entre le nu-propriétaire et lui-même, afin de ne payer que les intérêts².

Il reste que la qualification d'un legs en usufruit est incertaine. Il n'est pas aisé, en effet, de savoir si l'usufruitier est un gratifié universel, à titre universel ou à titre particulier. A dire vrai, la difficulté se concentre sur la libéralité de l'usufruit de tous les biens du disposant³. En cette occurrence, bien que les articles 610 et 612 du Code civil suggèrent que l'usufruitier puisse être un légataire universel, la jurisprudence considère qu'un légataire de la totalité de la succession en usufruit ne peut être considéré que comme un légataire à titre universel⁴. Autrement dit, le legs en usufruit n'est jamais un legs universel ; il peut être soit à titre universel, s'il porte, comme le prescrit l'article 1010 du Code civil, sur tout ou partie de la succession ou sur tous les meubles ou sur tous les immeubles, soit à titre particulier dans tous les autres cas.

La justification de cette solution réside dans l'analyse que la jurisprudence fait du legs universel : s'il se caractérise par la vocation éventuelle de son bénéficiaire à recueillir la totalité de la succession, encore faut-il que cette vocation soit en propriété. Il n'en demeure pas moins qu'on s'explique mal qu'un critère qualitatif – l'exigence de droits de propriété – soit ajouté au critère quantitatif de l'étendue des droits conférés au légataire pour qualifier la disposition de legs universel. L'article 1003 du Code civil, qui définit le legs universel, ne vise, en effet, que l'assiette des droits du légataire, « *l'universalité des biens* » du *de cuius* ; aucune référence n'est faite à la nature des droits du légataire. Au surplus, la jurisprudence se satisfait du seul critère quantitatif pour qualifier le legs à titre universel⁵. On aboutit ainsi à des analyses contradictoires pour les notions de legs universel et à titre universel, alors même que nul ne conteste qu'elles sont fonction l'une de l'autre. Aussi bien devrait-on admettre que ce qui importe pour la qualification de legs universel ou à titre universel, ce n'est pas la nature, mais l'étendue des droits conférés au légataire.

ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 2004, *Bull. civ. I*, n°168 ; *JCP* 2004. II. 10174, note F. Sauvage ; 2005. I. 187, n°1, obs. R. Le Guidec ; *RTD civ.* 2004. 720, obs. J. Hauser ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *Bull. civ. I*, n°353 ; *D.* 2006. IR. 2278.

¹ J. Flour et H. Souleau, *Les successions*, préc., n°248, p. 174 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV, 2^{ème} vol., par A. Breton, préc., n°1233, p. 484 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°757, p. 625 ; M. Grimaldi, *Successions*, n°560, p. 529 ; Ph. Rémy, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1981, *JCP* 1981. II. 19693.

² Voir ainsi Cass. civ. 23 avr. 1888, *DP* 1889. 1. 233 ; S. 1889. 1. 25, note Lacointa ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 1970, *Bull. civ. I*, n°108 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1981, note préc. de Ph. Rémy ; *RTD civ.* 1981. 884, obs. J. Patarin ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, *Bull. civ. I*, n°255 ; *D.* 2004. somm. 2336, obs. V. Brémond.

³ La qualification de legs particulier n'est en effet pas douteuse lorsque l'objet de l'usufruit est un bien particulier.

⁴ Cass. req., 31 janv. 1893, *DP* 1893. 1. 359 ; S. 1893. 1. 438 ; *GAJC* n°256 ; Cass. req., 29 juin 1910, *D.* 1911. 1. 49, note H. Capitant ; S. 1913. 1. 33, note H. Hugueney ; Paris, 12 juill. 1979, *JCP* 1980. II. 19373, note E. S. de La Marnière ; *RTD civ.* 1980. 800, obs. R. Savatier.

⁵ En témoignent la jurisprudence précitée sur le legs d'usufruit.

Et, à suivre cette logique, le legs de l'usufruit de l'universalité de la succession devrait être qualifié de legs universel, et non pas de legs à titre universel¹.

435. Conclusion. – Au fond, on le voit, la question de l'obligation aux charges des biens et aux dettes du disposant ne pose guère de difficultés. Tout autre, en revanche, est celle de savoir si le premier gratifié peut répéter au second tout ou partie des charges et dettes qu'il a réglées. Cette question est celle de la contribution à la dette, et elle se posera uniquement au jour de la seconde transmission².

5. La révision des charges et conditions

436. Domaine. – Deux dispositions légales permettent au gratifié de demander judiciairement la révision des charges stipulées dans la libéralité : la loi du 3 juillet 1971 ouvre au gratifié la possibilité d'obtenir, dans certains cas, la mainlevée judiciaire d'une clause d'inaliénabilité³ ; la loi du 4 juillet 1984, plus générale, organise, à certaines conditions, la révision judiciaire des « *charges et conditions* » grevant la libéralité⁴.

437. Doubles libéralités exclues. – Le premier gratifié d'une double libéralité à trois personnes peut-il en bénéficier ? Il faut certainement distinguer selon la nature de la double libéralité.

La libéralité précative n'est évidemment pas concernée puisque le premier gratifié n'est tenu d'aucune obligation civile. De même, la libéralité résiduelle ne semble pas visée dans la mesure où l'unique charge qui pèse sur le premier gratifié est de restituer les biens dont il n'a pas disposé de son vivant. Le gratifié en usufruit paraît également exclu. Certes, des charges grevent sa jouissance ; mais celles-ci résultent de son statut d'usufruitier, et non pas de la volonté du disposant.

La solution apparaît plus incertaine pour le gratifié sous condition résolutoire. S'il ne peut assurément pas se prévaloir de l'article 900-1 du Code civil, faute d'une clause d'inaliénabilité grevant sa libéralité, il pourrait en revanche se fonder sur l'article 900-2 du Code civil. Cet article

¹ Voir en ce sens Zachariae, § 711, texte et note 11 ; Labbé, note *P.* 1863. 1. 113.

² Voir *infra* n°515 et s.

³ C. civ., art. 900-1. Sur cette loi, voir Ph. Simler, « Les clauses d'inaliénabilité (C. civ., art. 900-1 nouveau) », *D.* 1971. Act. leg. 416 ; M. Morin, « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments (L. n°71-526, 3 juill. 1971) », *Defrénois* 1971, art. 29982 ; H. Corvest, « L'inaliénabilité conventionnelle », *Defrénois* 1979, art. 32126.

⁴ C. civ., art. 900-2 à 900-8. Sur cette loi, voir F. Boulanger, « La loi du 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités », *JCP* 1985. I. 3177 ; D. Martin, « La révision des conditions et charges apposées à certaines libéralités », *D.* 1985. Act. lég. 1 ; C. Witz, « La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984 », *D.* 1984. chron. 101 et s.

dispose en effet que « *tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus [...]* ». En associant conditions et charges, le législateur de 1984 marque ainsi son refus d'entrer dans la querelle relative à la distinction de la charge et de la condition. Il ne semble pas, cependant, qu'il faille ici confondre les deux termes. Sans doute, la révision suppose l'exécution d'une prestation, ce qui se conçoit plus aisément à propos d'une charge que d'une condition. Mais, on l'a dit, la notion de prestation n'est pas inconciliable avec la condition¹. La condition peut impliquer en effet l'exécution d'une prestation, positive ou négative. Simplement, opérant dans l'ordre extra-patrimonial, elle est insusceptible d'exécution forcée. Malgré cette absence de contrainte, on peut parfaitement concevoir qu'une condition soit révisée suivant les modalités des article 900-2 du Code civil². Toutefois, en notre occurrence, on peut sérieusement douter de ce que le gratifié sous condition résolutoire puisse demander une quelconque révision dans la mesure où, *pendente conditione*, il est un propriétaire qui ne connaît aucune restriction juridique.

438. Doubles libéralités concernées. – En définitive, seule la double libéralité réalisée par le vecteur d'une stipulation pour autrui et la libéralité graduelle sont susceptibles de connaître de telles révisions.

S'agissant du promettant-gratifié, il peut être autorisé judiciairement à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause d'inaliénabilité a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige³. Il peut également prendre appui sur les article 900-2 à 900-8 du Code civil pour solliciter la révision des autres charges qui grevent sa libéralité. Les causes de révision sont néanmoins difficiles à remplir. Définies à l'article 900-2 du Code civil, elles supposent un changement de circonstances, lequel doit rendre, eu égard aux moyens dont dispose le gratifié, l'exécution de la charge soit « *extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable* ». Encore faut-il, selon l'article 900-5, que la révision soit demandée dix ans après la mort du disposant ou une précédente révision. Si l'ensemble de ces conditions sont remplies, le juge dispose alors d'un large pouvoir de révision, en ce sens qu'il peut réviser la charge proprement dite, prendre des mesures

¹ Voir *supra* n°77 et s.

² Voir notamment en ce sens B. Ancel et A. Harmand-Luque, *JCl. Civil Code*, Art. 900-2 à 900-8, 2010, n°7 et s.

³ C. civ., art. 900-1. Cette levée judiciaire de la clause peut-elle être sollicitée par les créanciers du gratifié, agissant par voie oblique ? Après une période d'hésitations, la jurisprudence s'est ralliée à la thèse négative : « *l'action tendant à être autorisée à disposer du bien donné avec clause d'inaliénabilité, subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral ou familial, est exclusivement attachée à la personne du donataire* », de sorte qu'elle ne peut être exercée par un créancier agissant par voie oblique (Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, *Bull. civ. I*, n°149, *Defrénois* 2004. 1397, obs. R. Libchaber ; Cass. com., 9 nov. 2004, *D.* 2004. 3068, obs. A. Lienhard ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, *Bull. civ. I*, n°265 ; *Dr. fam.* 2005, n°15, note B. Beignier ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, *Bull. civ. I*, n°117 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *Bull. civ. I*, n°344).

relatives au bien donné ou légué, qui est le moyen d'exécuter la charge, voire même modifier l'objet de la libéralité¹.

Semblablement, le grevé d'une libéralité graduelle peut agir sur le fondement de ces mêmes articles pour obtenir une révision de la charge de conservation. En application de l'article 900-4, le juge peut ainsi permettre au grevé d'aliéner le bien, à charge de remployer le prix².

B. La situation juridique du second gratifié

439. Certitude et incertitude de la situation du second gratifié. – Si l'on braque le projecteur sur le second gratifié au cours de cette période intermédiaire, pendant laquelle les deux gratifiés coexistent, on peut observer qu'il peut être dans deux situations distinctes. D'une part, sa vocation à recueillir les biens de la libéralité peut être certaine. Tel est l'effet produit par la double libéralité en usufruit et en nue-propiété. D'autre part, la situation du second gratifié peut être précaire, en ce sens qu'il n'est pas assuré d'entrer en jouissance. Il en va ainsi dans toutes les doubles libéralités où le premier gratifié est propriétaire.

Partant, il convient de distinguer la situation du nu-propiétaire (1) de celle des autres gratifiés en seconde ligne (2).

1. La situation du gratifié en nue-propiété

440. Une vocation certaine à la pleine propriété. – En consentant une double libéralité en usufruit et en nue-propiété, le disposant confère à chaque gratifié un droit réel. Sans doute le droit réel du nu-propiétaire paraît largement théorique dans la mesure où l'usufruitier dispose de prérogatives immédiates sur le bien. Il reste que ce droit réel lui confère, de façon certaine, une vocation à la pleine propriété, à l'extinction de l'usufruit. Ainsi, son droit ne s'éteint pas par la survenance d'un événement, tel son décès ; son droit réel lui survit en ce sens qu'il est transmis à ses héritiers. Autrement dit, en gratifiant le second gratifié de la nue-propiété d'un ou plusieurs biens, le disposant lui assure la certitude d'entrée en jouissance des biens de la libéralité.

441. Le droit d'action individuelle du nu-propiétaire. – Durant la jouissance de l'usufruitier, le nu-propiétaire ne peut profiter du bien, il est en attente. Ses prérogatives sont

¹ C. civ., art. 900-4.

² Voir en ce sens plusieurs décisions rendues avant la loi du 4 juillet 1984 : Poitiers, 22 mars 1883, *DP* 1884. 2. 40 : « on peut reconnaître aux tribunaux le droit d'autoriser la vente des biens grevés de substitution, lorsqu'il y a nécessité de le faire, soit dans quelque autre intérêt évident et grave de l'hérédité et non du grevé [...] » ; Trib. civ. Seine, 26 mai 1922, *DP* 1925. 2. 149, note J. Plassard ; TGI Dieppe, 27 nov. 1968, préc.

donc fort réduites. A cet égard, il est inexact de dire, selon une formule classique, que le nu-proprétaire conserve l'*abusus*. En vérité, le droit de disposition qui demeure sur sa tête est loin de lui conférer tous les pouvoirs d'un plein propriétaire. S'il peut aliéner les biens ce n'est qu'en réservant l'usufruit¹. Lorsqu'un litige porte sur la propriété, seul le nu-proprétaire a qualité pour plaider en justice au pétitoire. Ainsi peut-il seul contester ou faire reconnaître une servitude, intenter une action en partage ou en bornage².

Par ailleurs, la conception traditionnelle d'indépendance de l'usufruitier et du nu-proprétaire postule que ce dernier ne puisse s'immiscer dans la gestion du bien. Toutefois, ici encore, cette analyse est battue en brèche. Titulaire d'un droit, le nu-proprétaire doit pouvoir employer les moyens nécessaires à sa conservation lorsqu'il est menacé. A ce titre il dispose du droit d'agir à titre conservatoire sans que l'usufruitier puisse lui faire grief du trouble de jouissance qui en résulterait³. De même, comme on l'a dit, il peut agir contre l'usufruitier en cas d'abus de jouissance⁴.

442. Obligations. – Titulaire d'un droit concurrent de celui de l'usufruitier, le nu-proprétaire est tenu d'une obligation générale de respecter les droits de l'usufruitier. L'article 599 du Code civil l'énonce sous la forme d'un principe : « *le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit nuire aux droits de l'usufruitier*. Ainsi ne peut-il pas modifier la destination des biens, ni leur consistance⁵.

En outre, sa qualité de propriétaire suppose qu'il assume les charges grevant le capital. Aussi la loi lui attribue-t-elle la charge des grosses réparations, à la condition qu'elles n'aient pas été rendues nécessaires suite au défaut d'entretien de l'usufruitier⁶. Il s'agit là de toutes les dépenses qui sont prises sur le capital, comme, par exemple, les frais de remplacement d'un élément de structure du bâtiment sujet à usufruit. Cependant, non sans un paradoxe, s'il peut contraindre l'usufruitier à exécuter les réparations d'entretien, la réciproque n'est pas admise : l'usufruitier ne peut exiger l'accomplissement de son obligation. Cette absence de symétrie, on l'a dit, est éminemment critiquable⁷. A cet égard, la communion d'intérêts existant entre usufruitier et nu-

¹ C. civ., art. 621, al. 2.

² G. Cornu, *Les biens*, préc., n°67, p. 162 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, préc., n°268, p. 310

³ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1991, *Bull. civ. I*, n°129 ; *RTD civ.* 1994. 387, obs. F. Zenati ; Paris, 4 mai 1994, *D.* 1994. IR. 134.

⁴ Voir *supra* n°318 et s.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 1972, *Bull. civ. I*, n°264.

⁶ C. civ., art. 605, al.2.

⁷ Voir *supra* n°319

propriétaire postule que ce dernier s'assure de la conservation de la chose et, par voie de conséquence, exécute les grosses réparations¹.

443. Difficultés liées au legs universels ou à titre universel. – Au-delà, apparaît une difficulté lorsque le nu-propriétaire est un légataire universel ou à titre universel². En effet, s'il accepte purement et simplement, il se trouve obligé *ultra vires*. Mais est-il obligé au paiement tant des dettes de capital que des dettes d'intérêts ? De ce que l'usufruitier n'est tenu indéfiniment que des intérêts des dettes successorales, l'on pourrait déduire que l'obligation indéfinie au passif du nu-propriétaire ne porte que sur le capital. Il n'en est pourtant rien. Une jurisprudence séculaire énonce que le créancier peut exiger du nu-propriétaire le paiement de la dette de capital et intérêts, au motif qu'il conserve le droit « *de poursuivre directement l'héritier comme il aurait pu poursuivre le défunt dont il est le continuateur sauf tel recours que de droit de sa part* »³. En ce sens, le nu-propriétaire est tenu de payer l'ensemble du passif successoral, sauf à demander à l'usufruitier de contribuer au passif à concurrence des intérêts, en application de l'article 612 du Code civil.

Les objections ne manquent pas⁴. La première méprise réside dans l'idée que seul le nu-propriétaire est le continuateur du *de cuius*. L'usufruitier n'étant pas le continuateur de la personne du défunt, il ne saurait être tenu *ultra vires*, de sorte que le nu-propriétaire, en tant qu'unique héritier universel, ne peut bénéficier de la division des dettes. Or, on le sait, cette conception est surannée⁵. Nul ne conteste aujourd'hui que l'héritier de l'universalité de la succession en usufruit est un successeur universel. En témoigne le conjoint survivant héritier légal de l'usufruit de toute la succession. En témoigne encore la solution jurisprudentielle qui qualifie le legs de l'usufruit de tous les biens de la succession de legs à titre universel, et non pas de legs à titre particulier. Au surplus – et c'est la seconde objection – ce n'est pas parce qu'un seul successeur est tenu *ultra vires* qu'il ne peut pas opposer au créancier le bénéfice de division des dettes. En effet, dès lors que la division des dettes se justifie par la division de l'actif, elle doit en toute logique jouer au profit du successeur tenu *ultra vires*, alors même que ses cosuccesseurs ne sont tenus qu'*intra vires*⁶.

¹ Voir en ce sens les propositions de réforme de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, préc., spéc. art. 578 : « *Sauf convention contraire* :

- *Le propriétaire est tenu des travaux concernant la structure et la solidité générale de l'immeuble et notamment ses éléments porteurs, la réfection intégrale de sa couverture, la reconstruction des ouvrages de soutènement et de clôture ou les digues.*

- *L'usufruit est tenu des travaux rendus nécessaires par le maintien en l'état de l'immeuble, ainsi que des dépenses périodiques* ».

² A la différence de l'usufruitier, le nu-propriétaire qui est légataire d'une quote-part des biens est un légataire à titre universel. Voir notamment Cass. req., 3 déc. 1872, DP 1873. 1. 233 ; S. 1873. 1. 73 ; Angers, 25 mars 1895, S. 1897. 2. 270.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1960, D. 1960. 681, note G. Holleaux ; JCP 1961. II. 12148, note A. Ponsard ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 1970, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1981, préc. ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 janv. 2005, Bull. civ. II, n°15..

⁴ Sur ces critiques, voir G. Holleaux, note préc. ; A. Ponsard, note préc. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°595.

⁵ Sur cette conception, voir notamment Ch. Demolombe, op. cit., t. XV, n°521.

⁶ Voir particulièrement M. Grimaldi, *op. cit.*

En conséquence, rien ne justifie que le nu-proprétaire acceptant pur et simple soit tenu du paiement du capital et intérêts des biens successoraux. Et, s'agissant précisément du légataire universel ou à titre universel en nue-proprété, il devrait, dès lors qu'il accepte purement et simplement, pouvoir bénéficier de la division des dettes entre usufruitier et nu-proprétaire pour n'être tenu que du capital.

2. La situation des autres gratifiés de second rang

444. Précarité. – A la différence du nu-proprétaire, la situation des autres gratifiés en seconde ligne est nettement moins confortable. Ils ne sont pas assurés d'entrer en jouissance. Autrement dit, la libéralité qui leur est consentie peut s'avérer inefficace. Mais il est significatif de constater que la précarité des droits du second gratifié n'est pas la même selon la technique employée par le disposant. Sous cet aspect, on peut observer une gradation croissante dans la fragilité de la situation du second gratifié.

a) Le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui

445. Droit direct contre le premier gratifié. – L'une des originalités de la stipulation pour autrui est de conférer au tiers bénéficiaire un droit direct contre le promettant. La naissance de ce droit ne nécessite pas l'acceptation de son bénéficiaire, il naît par le seul effet de l'accord des volontés du stipulant et du promettant. Il reste que la situation du tiers bénéficiaire diffère selon qu'il a accepté ou non.

Tant que le tiers bénéficiaire n'a pas accepté, sa situation est éminemment fragile. D'abord, le stipulant peut, en vertu de l'article 1121, révoquer la stipulation. Au vrai, la situation n'est pas si singulière qu'elle y paraît. Car, comme pour toute libéralité, le disposant peut la révoquer tant que son bénéficiaire ne l'a pas acceptée. Ensuite, le droit du bénéficiaire a sa source dans le rapport d'obligation unissant le stipulant et le promettant ; il en est l'accessoire. Il en résulte que le droit direct du tiers bénéficiaire dépend uniquement de cette relation. De sorte que si ce rapport d'obligation est anéanti, la stipulation pour autrui est dénuée d'effet. Ainsi, par exemple, la renonciation du promettant au bénéfice de sa libéralité entraîne l'inefficacité de celle consentie au tiers bénéficiaire.

En revanche, l'acceptation interdit la révocation de la stipulation et la rend donc irrévocable. Ainsi consolide-t-elle le droit direct du bénéficiaire. D'aucuns pourraient alors en déduire que le tiers bénéficiaire est assuré de percevoir le bénéfice de la stipulation. En réalité, rien n'est moins sûr. Sans doute, le bénéficiaire jouit d'une action directe contre le promettant qui prolonge son

droit direct contre lui et le rend effectif¹. Mais on ne saurait nier le caractère accessoire de la stipulation pour autrui par rapport au lien d'obligation entre le stipulant et le promettant. Le droit direct du bénéficiaire ne saurait exister en dehors de ce rapport d'obligation. C'est ainsi que le promettant peut opposer au bénéficiaire non seulement les exceptions de nullité, mais encore celles qui tiennent à la nature du rapport de droit principal, telles que la résolution.

446. Actes conservatoires. – Il reste qu'une telle conséquence n'est pas inéluctable. En effet, à partir du moment où le bénéficiaire a manifesté son intention de se prévaloir du droit né à son profit, il devient, en principe, seul juge de ses intérêts. Aussi est-ce la raison pour laquelle on enseigne que l'opposabilité au bénéficiaire de la disparition du rapport d'obligation principal suppose qu'il ait été en mesure de défendre ses intérêts². Ce n'est que s'il a été mis en cause dans l'instance opposant le promettant et le stipulant, que l'anéantissement du rapport principal lui est opposable. A cet égard, ce n'est là que l'illustration du droit pour le tiers bénéficiaire d'agir à titre conservatoire aux fins de protéger ses droits.

b) L'appelé d'une libéralité graduelle et le gratifié sous condition suspensive

447. En dépit de leurs droits de nature différente (i), l'appelé d'une libéralité et le gratifié sous condition suspensive sont dans une situation sensiblement similaire (iii). La seule différence, certes importante, réside dans l'existence d'une créance de conservation pour le second gratifié d'une libéralité graduelle (iii).

i) Droits en formation de nature différente

448. Droits en formation dont l'auteur est le disposant. – Qu'il s'agisse de l'appelé d'une libéralité graduelle ou du gratifié sous condition suspensive, tous deux ont des droits en formation. Ils ont en effet vocation à recueillir les biens de la libéralité si un événement survient : le prédécès du grevé au cas de libéralité graduelle, tout autre événement extérieur à la volonté des

¹ Cass. req., 13 juin 1877, *S.* 1877. 1. 307 ; *DP* 1877. 1. 784 ; Cass. req., 12 févr. 1879, *S.* 1880. 1. 449 ; Cass. req., 30 avr. 1888, *S.* 1890. 1. 407 ; Cass. req., 15 nov. 1909, *DP* 1911. 1. 393, note P. Dupuich ; Cass. com., 1^{er} févr. 1955, *JCP* 1955. II. 8772, obs. J. Hémar ; *D.* 1956. 338, note P. M.-F. Durand ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 janv. 1969, *Bull. civ.* 1969 III, n° 108 ; Cass. com., 23 mai 1989, *Bull. civ.* 1989 IV, n° 164 ; *Defrénois* 1989, art. 34633, p. 1389, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990, n° 8, p. 72, obs. J. Mestre. *Adde* M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, n° 362 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, préc., n°481, p. 453 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 526, p. 540.

² Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, préc., n°170 et s., p. 387 et s. ; du même auteur, *Les obligations – Le contrat*, n°822, p. 997 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.* ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n°818, p. 432.

parties au cas de double libéralité conditionnelle alternative. Pour autant, leurs droits ne demeurent pas, durant cette période, à l'état de pure espérance, de simple expectative qui correspondent à des situations de fait plutôt qu'à des situations juridiques. Aussi est-ce pour cette raison qu'ils entrent dans la catégorie des droits en formation.

Au surplus, ils tiennent tous deux leurs droits du disposant, et non pas de l'intermédiaire-gratifié. Si cela n'est pas douteux pour le gratifié conditionnel, on pourrait en revanche en douter pour l'appelé puisque, en tant que bénéficiaire d'une charge, les règles de la stipulation pour autrui devraient en principe s'appliquer. Toutefois, comme on l'a vu, le mécanisme de la stipulation est inapte à expliquer les singularités de la libéralité graduelle. A cet égard, ainsi que le prévoit l'article 1051 du Code civil, les droits du second gratifié procèdent directement du disposant.

449. Droits éventuels de l'appelé. – Du vivant du grevé, la situation juridique de l'appelé est incertaine. Sous cet aspect, sa vocation éventuelle le rapproche singulièrement du gratifié sous condition suspensive. A l'instar de celui-ci, il est dans l'attente de la survenance d'un événement sur lequel il n'a aucun pouvoir. Mais cette proximité de situation n'est pas synonyme d'identité. L'incertitude dont il est ici question affecte un élément essentiel de l'opération. En effet, comme nous l'avons vu, l'existence d'une double libéralité successive dont la seconde ne doit recevoir effet qu'au décès du premier gratifié est un élément constitutif du mécanisme graduel. L'événement futur et incertain, à savoir la survie de l'appelé au grevé, est ce faisant, non pas un élément extérieur à la double libéralité, mais un élément intrinsèque de celle-ci.

Et conséquemment, les droits de l'appelé sont, pendant la jouissance du grevé, des droits éventuels, et non pas conditionnels.

ii) Identité de régime juridique aux droits en formation

450. Appartenant à la catégorie des droits en formation, les droits conditionnels et les droits éventuels sont soumis à un régime juridique similaire tant que l'incertitude n'est pas levée¹. En témoignent les règles applicables à la protection de leur situation et à l'aliénation de leurs droits.

¹ R. Demogue, « De la nature et des effets du droit éventuel », préc., spéc. p. 282 et s ; J.-M. Verdier, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préc., spéc., n°226 et s., p. 190 et s. ; E. Putman, *La formation des créances*, préc., spéc. n°403 et s. ; Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préc. spéc. n°41 et s., p. 37 et s. ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., spéc., n°483 et s., p. 250 et s. *Adde*, L. Josserand, *Cours de droit civil français*, préc., spéc., t. I, n°113, p. 91 ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., spéc. n°165, p. 298.

451. Actes conservatoires. – De ce que l'appelé et le gratifié sous condition suspensive ont des droits différents de ceux du premier gratifié, il en résulte qu'ils ne sont pas en état d'indivision avec celui-ci. Partant, aucun d'entre eux ne peut ni provoquer la licitation des biens de la libéralité¹, ni concourir au partage à intervenir entre le premier gratifié et les autres héritiers du disposant².

Il n'en demeure pas moins que chacun peut agir aux fins de protection de ses propres droits³. Sous cet aspect, la jurisprudence confond volontiers les notions de droits éventuels et de droits conditionnels en appliquant à l'un et à l'autre des titulaires les dispositions de l'article 1180 du Code civil. Il reste que cet article peut laisser perplexe lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des actes conservatoires que peut accomplir le premier gratifié. En effet, il nous enseigne que le titulaire du droit en formation peut « *exercer tous les actes conservatoires de son droit* ». Or, à le comprendre de façon restrictive, seules des mesures conservatoires intéressant l'*existence* de son droit lui sont permises, à l'exclusion de celles qui ont pour objet d'en sauvegarder l'*utilité*⁴. Il semble cependant que la jurisprudence autorise le titulaire du droit en formation à agir à titre conservatoire tant pour préserver son droit que pour veiller à la conservation des biens. Ainsi peut-il intervenir à une instance à laquelle est partie le premier gratifié si la décision est de nature à compromettre l'intégrité de ses droits. De même peut-il agir pour interrompre une prescription susceptible de lui nuire⁵. C'est ainsi encore qu'il peut également agir contre le premier gratifié pour qu'il cesse d'avoir une attitude néfaste à l'état des biens grevés, dès lors que ce comportement atteint une gravité telle qu'il menace leur remise au second gratifié⁶. A cet égard, si ces circonstances existent, il doit être permis au premier gratifié la mise sous séquestre des biens. Cela n'est pas douteux pour le grevé d'une libéralité graduelle, pour lequel la charge de

¹ Cass. req., 22 janv. 1906, *S.* 1912. 1. 564.

² Cass. req., 20 nov. 1911, *S.* 1913. 1. 502 ; *DP* 1914. 1. 104.

³ En ce sens P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 244 et s. Voir plus généralement sur la possibilité du titulaire d'un droit éventuel d'exercer tous les actes conservatoires de son droit : R. Demogue, « De la nature et des effets du droit éventuel », préc. ; N. Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse, Paris, 1907, n°229 et s. ; J.-M. Verdier, *Les droits éventuels. Contribution à la formation successive des droits*, préc., n°171 et s. ; P. Hébraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mélanges P. Kayser*, t. II, 1979, PUAM, p. 40.

⁴ Sur ce débat, voir C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°484 et s., p. 250 et s.

⁵ M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°5 ; M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 10, préc., n°33.

⁶ Pour l'appelé d'une libéralité graduelle, voir Cass. civ. 28 févr. 1923, préc. (solution rendue sous l'empire du droit antérieur mais qui demeure parfaitement applicable) ; pour le gratifié sous condition suspensive, voir Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, préc., n°372 ; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, préc., t. II, art. 1180, n°5-6 ; J.-J. Tassin, *La notion de condition dans les actes juridiques*, préc., n°299 et s. ; du même auteur, *JCl. Civil Code*, Art. 1181 à 1882, fasc. 47, préc., n°21 et s.

conservation lui offre une telle faculté, mais il doit en être de même en faveur du gratifié sous condition suspensive¹.

452. Aliénation des droits en formation. – En outre, de ce que les droits des deux gratifiés procèdent du disposant et non pas d'une vocation à la succession du premier gratifié, il suit qu'ils peuvent en disposer à titre gratuit ou à titre onéreux au profit de toute personne². En effet, de tels actes ne sont pas constitutifs de pactes sur succession future, et donc entachés de nullité absolue, puisque les droits aliénés ne sont pas des droits sur la succession future du premier gratifié³. Pas davantage on ne saurait raisonnablement soutenir qu'il y a pacte sur la succession future du disposant⁴. Ce qui caractérise l'objet d'un tel pacte, c'est que sa consistance ne peut être déterminée au moment où l'acte est passé, parce qu'elle dépend du bon vouloir du futur défunt. Or, tel n'est pas l'objet de la cession conclue par le second gratifié. Le disposant s'est dépouillé de ses droits dès la première libéralité faite au premier gratifié, de sorte la concrétisation des droits du gratifié de second rang n'est nullement subordonnée au prédécès du disposant, et encore moins à l'absence d'aliénation volontaire par celui-ci des droits cédés, mais seulement à la réalisation de l'évènement dissipant l'incertitude⁵.

Dans cette optique, le second gratifié peut également renoncer au bénéfice de ses droits en faveur du premier gratifié ou d'une autre personne. Simplement, si elle est translatrice, la

¹ Voir en ce sens C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°497, p. 256 : « il semble juste de reconnaître au créancier sous condition la faculté de solliciter une mesure de séquestre lorsque ses droits sont compromis par des dégradations perpétrées par le débiteur virtuel sur le bien possiblement dû, car, loin de nier l'incertitude qui plane sur les droits du créancier, l'acte conservatoire qui les appréhende alors dans leur dimension concrète vient à leur secours en empêchant le débiteur de les ruiner avant qu'ils aient pu naître ».

² Pour le grevé d'une libéralité graduelle : Cass. civ., 10 juin 1918, *DP* 1919. 1. 90 ; *S.* 1922. 1. 25, note A. Naquet (constitution d'hypothèque) ; Amiens, 6 déc. 1892, *DP* 1893. 2. 129 ; Paris, 14 janv. 1926, *D.* 1928. 2. 9, note J. Plassard (cession de tous les droits). Pour le gratifié sous condition suspensive : C. civ., art. 2414, al. 1^{er} (constitution d'une hypothèque) ; Cass. civ., 12 juin 1850, *DP* 1850. 1. 195 ; Paris, 23 déc. 1859, *DP* 1860. 5. 389 ; J.-J. Tassin, *JCL. Civil Code*, Art. 1181 et 1182, préc., n°30 et s.

³ Comp. toutefois J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°516, p. 335.

⁴ Naturellement la question ne se pose que dans l'hypothèse où le disposant est encore en vie au jour de la cession. Lorsque la succession du disposant est ouverte, il n'y a évidemment pas de pacte sur succession future.

⁵ Sans doute le caractère éventuel des droits de l'appelé est susceptible d'entraîner une cession à vil prix (voir notamment en ce sens J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les successions et les libéralités*, préc., n°669, p. 448 ; J. Plassard, note *S.* 1928. 2. 10). L'incertitude qui plane sur les droits de l'appelé est en effet de nature à alimenter les spéculations de certains individus qui, moyennant paiement immédiat en liquidités, obtiendraient facilement les espérances de l'appelé. Par là, on rejoindrait d'ailleurs l'un des fondements de la prohibition des pactes sur succession future en ce qu'elle cherche à éviter le risque du *pactum corvinium*. Aussi, à défaut d'une protection légale, une parade pourrait consister à stipuler dans la libéralité une clause d'inaliénabilité concernant les droits éventuels de l'appelé (G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités ; entre évolution, révolution et contre-révolution », préc., spéc. p. 81). Mais l'existence d'un tel risque ne nous paraît pas d'une grande évidence. Bien qu'il soit titulaire de droits éventuels, l'appelé n'en connaît pas moins la consistance et la valeur puisque la charge du grevé lui impose de transmettre les mêmes biens (voir en ce sens A. Sériaux, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°113, p. 217 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°389, p. 368). En conséquence, la crainte que l'appelé soit abusé sur le prix de ses droits doit être relativisée, ce qui limite l'intérêt d'une clause d'inaliénabilité. Toutefois, cette stipulation pourrait servir un autre intérêt, celui du disposant qui ne veut pas que la vocation de l'appelé profite à une tierce personne, qui serait, par exemple, extérieure à la famille disposant.

renonciation peut être qualifiée de libéralité, ce qui suppose le respect du formalisme légal des donations.

iii) La protection renforcée de l'appelé d'une libéralité graduelle

453. Bénéficiaire d'une obligation de conservation. – On a pu observer que, malgré le caractère éventuel de ses droits, l'appelé peut les préserver en agissant à titre conservatoire.

Mais la protection de ses droits apparaît particulièrement renforcée grâce à la charge de conservation imposée au grevé. On sait, en effet, que cette charge n'est pas conditionnelle, mais qu'elle s'impose au grevé d'une manière instantanée et certaine. Elle exige du grevé qu'il s'abstienne de tout acte matériel pouvant compromettre la transmission à l'appelé et qu'il accomplisse tous les actes conservatoires sur les biens de la libéralité. Par là, la situation de l'appelé est nettement moins fragile que celle du gratifié sous condition suspensive.

454. Organisation *ab initio* de la protection des droits en formation. – A cet égard, afin d'éviter tout litige entre les deux gratifiés, il peut être de bonne pratique d'organiser, lors de la rédaction de l'acte de la double libéralité, la protection des droits du second gratifié.

Sous cet aspect, à la différence de ce qu'il prévoyait pour les substitutions fidéicommissaires permises, le Code civil renvoie dorénavant au disposant – et surtout au notaire rédacteur de l'acte – le soin de « *prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge* »¹. Sans doute pourra-t-on s'inspirer des textes anciens. Ainsi le disposant peut-il imposer au grevé de nommer un tuteur à l'exécution de la charge ayant pour mission de faire « *toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée* »². Le recours à un tiers protecteur des intérêts de l'appelé sera d'autant plus utile que l'appelé peut être incapable d'agir, à raison, par exemple, de son inexistence juridique. De même, il peut être opportun de stipuler que le grevé devra dresser inventaire des biens compris dans la libéralité universelle ou à titre universel³, procéder à l'estimation des meubles⁴, voire vendre ceux qui se consomment par le simple usage (les biens consommables) et d'employer le prix à l'acquisition de biens durables⁵.

¹ C. civ., art. 1052.

² C. civ., art. 1073 anc.

³ C. civ., art. 1058 anc.

⁴ C. civ., art. 1058 anc.

⁵ C. civ., art. 1065, al. 1^{er}, et 1066 anc., relatifs à l'emploi des deniers. *Mutatis mutandis*, la règle vaut pour tous les biens consommables.

Au-delà de ces mesures purement conservatoires, le disposant peut exiger du grevé qu'il fournisse des garanties, telle la constitution d'une sûreté réelle ou personnelle au profit de l'appelé.

c) L'appelé d'une libéralité résiduelle

455. Fragilité de la situation de l'appelé. – La situation de l'appelé d'une libéralité résiduelle est nettement plus incertaine que celle de l'appelé d'une libéralité graduelle. Si l'efficacité de sa libéralité est, à l'instar de celle consentie à l'appelé d'une libéralité graduelle, subordonnée à sa survie au grevé, elle dépend en outre du comportement de ce dernier. En effet, comme l'indique le vocable « résiduelle », c'est une libéralité du résidu, des « *dépouilles* »¹, qui est consentie à l'appelé ; il ne peut recueillir que les biens compris dans la libéralité que le grevé laisse à sa mort. Autrement dit, il ne peut contester les actes de disposition entre vifs accomplis par le grevé, sauf le jeu d'une éventuelle d'une clause d'inaliénabilité à titre gratuit stipulée par le disposant. Pas davantage il ne saurait prétendre au bénéfice d'une quelconque subrogation réelle : ses droits « *ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis* »². Encore faut-il que l'acte en cause soit effectivement un acte de disposition. Et tel ne sera pas le cas pour les aliénations des articles d'une universalité de fait, telles les valeurs mobilières d'un portefeuille.

Corrélativement, cette précarité explique que l'appelé d'une libéralité résiduelle ne puisse accomplir des actes conservatoires afin d'assurer la sauvegarde de ses droits éventuels.

456. Organisation *ab initio* de la protection des droits éventuels de l'appelé. – Il n'en demeure pas moins que le disposant peut souhaiter protéger les droits éventuels de l'appelé. L'article 1052 du Code civil, applicable par renvoi de l'article 1061, le lui permet. Mais il paraît difficile, ici, de stipuler des mesures similaires à celles que le disposant peut imposer au grevé d'une libéralité graduelle. Le caractère exorbitant des prérogatives du premier gratifié que la loi lui confère n'accorde pas en effet le droit d'en limiter conventionnellement l'exercice.

Tout au plus peut-on stipuler des clauses qui permettent à l'appelé de prouver l'assiette de ses droits sur le reliquat. Il en va notamment ainsi de l'obligation imposée au grevé d'accomplir les formalités de publicité foncière, de dresser un inventaire des biens donnés ou légués³.

¹ R. Savatier, *RTD civ.* 1972. 625.

² C. civ., art. 1058, al. 2.

³ Voir en ce sens M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°56.

457. Aliénation des droits éventuels. – A l’instar du gratifié en seconde ligne d’une libéralité graduelle, l’appelé d’une libéralité résiduelle peut valablement aliéner ses droits éventuels. En effet, l’appelé n’aliène pas des droits sur succession future, et cela qu’il s’agisse de la succession du disposant ou du grevé. D’une part, relativement au disposant, celui-ci a déjà aliéné ses droits au profit du grevé, de sorte que la concrétisation des droits de l’appelé ne dépend pas du bon vouloir du disposant. D’autre part, relativement au grevé, il n’existe aucune relation d’auteur à ayant cause entre celui-ci et l’appelé, de sorte que la concrétisation des droits de l’appelé n’est pas subordonnée au prédécès de la personne titulaire de la succession future.

Aussi bien le second gratifié peut-il céder ses droits à titre onéreux ou à titre gratuit, ou y renoncer. Simplement, en pratique, la précarité des droits de l’appelé limitera le nombre d’acquéreurs prêts à s’engager dans une opération aussi aléatoire.

d) Le bénéficiaire d’une charge précative

458. Simple expectative. – En cas de libéralité précative, la précarité de la situation du second gratifié atteint son paroxysme. Simple bénéficiaire d’une charge purement morale, sa vocation dépend purement et simplement du bon vouloir du premier gratifié. Titulaire d’une simple expectative, il ne peut rien faire pour assurer une quelconque certitude à sa vocation.

En somme, il est condamné à attendre ; attente d’autant plus longue que sa vocation dépend des dernières volontés du premier gratifié. Ce qui suppose, au demeurant, qu’il soit encore en vie.

§ 2 - LA SECONDE TRANSMISSION

459. Sens du vocable « transmission ». – La seconde transmission est le complet accomplissement des volontés du disposant. En quelque sorte, le mécanisme à double détente instauré par celui-ci produit tous ses effets : le premier gratifié a joui, pendant un temps, des biens de la libéralité avant de laisser au second gratifié le droit de faire de même. A cet égard, la seconde transmission lui permet de jouir de la plénitude des utilités des biens, autrement dit d’être un plein propriétaire.

Seulement, cette seconde transmission n’a pas toujours la même nature. Il est des cas où la transmission réalise un transfert de propriété. Il en est ainsi de l’exécution de la charge du gratifié-promettant ou du grevé d’une charge précative. Dans ces deux types de doubles libéralités, il y a une véritable relation d’auteur à ayant cause entre l’intermédiaire-gratifié et le second gratifié quant à la propriété. Il est en revanche d’autres cas où la transmission n’est que l’accomplissement d’une obligation de restitution : le second gratifié est déjà propriétaire au jour

où la seconde transmission s'accomplit, soit depuis longtemps, tel le nu-proprétaire, soit depuis peu de temps, tels l'appelé d'une libéralité graduelle ou résiduelle, ou le gratifié sous condition suspensive.

Encore faut-il savoir à quel moment peut intervenir cette seconde transmission.

460. Plan. – Aussi, après avoir déterminé les hypothèses susceptibles de réaliser cette transmission (A), il conviendra de préciser les rapports juridiques qu'elle entraîne entre les deux gratifiés (B).

A. Les hypothèses de réalisation de la seconde transmission

461. Plan. – Déterminer les hypothèses de réalisation de la seconde transmission, c'est s'interroger sur les causes d'ouverture des droits du second gratifié. Encore faut-il, naturellement, que ces droits puissent s'ouvrir. Partant, il convient de rechercher les causes susceptibles d'empêcher la seconde transmission (a), avant d'identifier celles qui assurent sa réalisation (b).

1. Les causes susceptibles d'empêcher la seconde transmission

462. Trois causes. – Il existe trois causes susceptibles d'empêcher la seconde transmission des biens de la libéralité. La libéralité consentie au second gratifié peut être caduque du chef de l'un des deux gratifiés (a), ou par suite de la disparition de son objet (b), ou encore tout simplement révoquée (c).

a) La caducité du chef de l'un des deux gratifiés

463. Application aux gratifiés dont la situation est incertaine. Exclusion du nu-proprétaire et du bénéficiaire d'une charge précativ. – Comme le définit le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, est caduc « un acte juridique valablement formé mais attendant encore de l'avenir, pour sa pleine efficacité, un élément de perfection (accomplissement d'une condition, diligence, confirmation, etc.), qui tombe sans valeur sous le coup d'un évènement ultérieur du fait que celui-ci, au contraire de lui apporter l'élément attendu, en marque la défaillance [...] »¹. Ainsi, il n'y a caducité d'une libéralité que dans l'hypothèse où elle n'est pas pleinement efficace dès sa formation. Autrement dit, on ne peut parler de caducité de la seconde libéralité qu'à propos des doubles libéralités plaçant le

¹ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc. *V° Caduc.*

second gratifié dans une situation incertaine, l'efficacité de ses droits dépendant de la réalisation d'un événement sur lequel il n'a aucune prise.

Partant de là, on ne saurait évoquer la question de la caducité de la libéralité en nue-propriété. Celle-ci est en effet parfaite et produit tous ses effets dès sa formation ; son gratifié acquérant, dès ce moment, des droits certains. Il importe peu dès lors qu'il précède à l'usufruitier ou qu'il soit incapable au jour de l'extinction de l'usufruit.

Une solution identique doit être affirmée pour le bénéficiaire d'une charge précativ. Mais les raisons sont ici diamétralement opposées à celles données pour le nu-propriétaire. En effet, le bénéficiaire de la charge est dans une situation d'attente et ses droits n'existent qu'à l'état de simples expectatives. Aussi bien ne saurait-il être question de caducité pour cette libéralité qui n'est pas encore formée, qui prendra naissance au jour où le grevé exécutera la charge.

En revanche, il en va différemment des autres gratifiés. Bien qu'ils aient accepté la libéralité, ils demeurent dans une situation incertaine. La pleine efficacité de leurs droits dépendant de la survenance d'un événement. Le risque de caducité varie néanmoins selon le type de double libéralité que le disposant consent. Sous cet aspect, on peut remarquer que la situation de l'appelé d'une libéralité graduelle est la même que celle de l'appelé d'une libéralité résiduelle (i). Une fois cette analyse faite, il nous restera à étudier la situation du gratifié sous condition suspensive (ii) et, enfin, celle du tiers bénéficiaire d'une stipulation à titre gratuit (iii).

i) L'appelé d'une libéralité graduelle ou résiduelle

464. Causes de caducité du seul chef du second gratifié. – De ce que les deux libéralités se succèdent dans le temps et que les droits de l'appelé sont censés s'ouvrir à la mort du grevé, on pourrait déduire que l'inefficacité de la première est une cause de caducité de la seconde. Il n'en est pourtant rien. Rappelons, en effet, que les deux libéralités sont indépendantes l'une de l'autre et que, par voie de conséquence, la seconde n'est pas l'accessoire de la première. Aussi, lorsque la première libéralité est atteinte de caducité, telles l'incapacité, la renonciation ou la mort du grevé, la seconde disposition libérale conserve sa pleine validité ; l'exécution, comme on le verra, au lieu de rester suspendue, va avoir lieu immédiatement, mais de façon provisoire.

Partant, si la seconde libéralité peut être caduque, ce ne peut être que du seul chef de ce gratifié.

465. Appréciation des causes de caducité au moment de la seconde transmission. – Malgré son acceptation de la libéralité à lui consentie, l'appelé n'est pas certain d'entrer dans ses

droits. En vertu de l'article 1056 du Code civil, « lorsque le second gratifié précède au grevé ou renonce au bénéfice de la libéralité graduelle, les biens ou droits qui en faisaient l'objet dépendent de la succession du grevé, à moins que l'acte prévoit expressément que ses héritiers pourront recueillir ou désigne un autre second gratifié »¹. Cette disposition n'est au fond qu'une application de l'une des caractéristiques des libéralités graduelles et résiduelles, à savoir que le trait de temps qui sépare les deux libéralités doit se terminer au décès du grevé. En réalité, il faut être plus précis : si les droits de l'appelé s'ouvrent, en principe, au décès du grevé, ils peuvent, exceptionnellement, s'ouvrir de façon anticipée². Aussi bien est-ce au jour où les biens lui sont transmis qu'il convient de vérifier si la libéralité qui lui a été consentie n'est pas caduque.

Les causes de caducité du chef de l'appelé sont multiples. Précisément, le prédécès, l'incapacité ou la renonciation du second gratifié emportent caducité de la libéralité qui lui a été consentie. Ainsi, même si l'appelé a accepté, il lui est loisible d'y renoncer. Surtout, malgré son acceptation du vivant du grevé, l'appelé n'est pas assuré d'acquiescer ses droits. Encore faut-il qu'il lui survive et, plus précisément, qu'il soit né ou simplement conçu au jour où les biens de la libéralité lui sont transmis, soit, en principe, au jour du décès du grevé. Sous cet aspect, ses descendants ne peuvent le représenter, à moins que le disposant n'ait stipulé une clause en ce sens³.

En somme, le prédécès, l'incapacité ou la renonciation du second gratifié au jour où s'opère la transmission des biens à son profit sont des causes de caducité de la libéralité.

ii) Le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui

466. Causes de caducité du chef du premier et du second gratifié. – A la différence des libéralités graduelles et résiduelles, les deux libéralités que consent le disposant ne sont pas indépendantes l'une de l'autre. Bien au contraire, le mécanisme de la stipulation pour autrui fait qu'il existe un rapport de dépendance de la seconde envers la première. Il y a ici une disposition principale et une disposition accessoire, qui est incapable de se soutenir toute seule. Par conséquent, si la première libéralité est anéantie, pour cause de nullité, de résolution ou de caducité, la seconde tombe également.

¹ Inscrite pour les libéralités graduelles, cette disposition est applicable aux libéralités résiduelles, par renvoi de l'article 1061.

² Sur les causes d'ouverture anticipée, voir *infra* n°488 et s.

³ Telle était la solution adoptée par l'Ordonnance d'août 1747 : « La représentation n'aura point lieu dans les substitutions, soit en ligne directe ou collatérale...à moins que l'auteur de la substitution y serait déférée suivant l'ordre des successions ».

467. Difficultés d'analyse des causes de caducité du chef du second gratifié. – Au-delà, se pose la question de savoir à quel moment il faut apprécier les causes de caducité du chef du second gratifié. On enseigne que l'acceptation de la stipulation par le tiers bénéficiaire interdit toute révocation de la stipulation par le stipulant, et par la même occasion, de la libéralité¹. Ainsi, la libéralité ne devient irrévocable qu'au jour de son acceptation.

De là il suit que la libéralité est parfaite et produit tous ses effets dès l'acceptation du tiers bénéficiaire. Il importe peu, en effet, qu'il n'entre en jouissance des biens qu'au jour de la survenance d'un évènement. Sa libéralité ne peut plus être affectée d'une cause de caducité de son propre chef. Ainsi, son prédécès ou la survenance d'une incapacité n'est pas de nature à anéantir la libéralité².

Cependant, ce principe souffre tempérament lorsque l'évènement qui retarde l'entrée en jouissance du tiers bénéficiaire est érigé en condition. Tel est le cas, par exemple, de la libéralité grevée de la charge de transmettre à un tiers bénéficiaire le prix d'aliénation ou, en cas de clause remploi, le bien subrogé, à la condition que ce tiers bénéficiaire survive au premier gratifié³.

468. Difficultés liées au prédécès du tiers bénéficiaire sans avoir accepté. – Malgré l'absence d'acceptation, le droit direct du tiers bénéficiaire existe déjà, puisqu'il prend naissance à la date même de la stipulation. Partant, il importe de savoir si le prédécès du tiers bénéficiaire sans avoir accepté emporte caducité de la désignation faite à son profit.

La logique de la stipulation pour autrui s'y oppose. En effet, le droit direct du bénéficiaire contre le promettant est dans son patrimoine avant même son acceptation⁴. Aussi, dès lors qu'elle n'est pas le fait générateur du droit direct, l'acceptation doit pouvoir intervenir après le décès du tiers bénéficiaire. C'est dire que si le bénéficiaire décède sans avoir manifesté d'intention, ses héritiers peuvent accepter à sa place puisque, en principe, ils recueillent tous les droits de leur auteur⁵.

Cependant, par exception, il en va différemment lorsque le stipulant a entendu réserver le bénéfice de la stipulation à la seule personne désignée. Or, une telle intention ne doit-elle pas être

¹ Voir parmi d'autres A. Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, préc., p. 218 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, vol. 1, préc., n°290, p. 303.

² Excepté bien entendu le cas de renonciation par le tiers bénéficiaire. En cas, il est évident que la libéralité devient caduque.

³ Certains pourraient voir, dans cette double libéralité, une libéralité graduelle. La qualification est, selon nous contestable, dans la mesure où la libéralité graduelle exige une conservation en nature du bien.

⁴ Voir notamment Cass. com., 23 février 1993, *Deffrénois* 1993, art. 35617, n° 101, p. 1060, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1994. 99, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, *Deffrénois* 2001, art. 37365, n°39, p. 700, obs. R. Libchaber ; *D.* 2001. 3482, note I. Ardeef.

⁵ Voir parmi d'autres M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, préc., n° 360, p. 464 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, vol. 1, préc., n°290, p. 303 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, préc., n°483, p. 452 et s.

présumée lorsque le tiers bénéficiaire est gratifié ? D'éminents auteurs l'ont soutenu¹. Cette position peut du reste trouver un renfort de poids avec les solutions de l'assurance sur la vie. L'article L. 132-9, alinéa 4, du Code des assurances prévoit, en effet, que, « *l'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie, à une personne déterminée est présumée faite sous la condition de l'existence du bénéficiaire à l'époque de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis, à moins que le contraire ne résulte des termes de la stipulation* ». Ainsi, sauf clause contraire, le décès du bénéficiaire avant le décès de l'assuré rend caduque la stipulation qui avait été faite à son profit. Sans doute, cette disposition légale est-elle circonscrite à l'hypothèse du prédécès du bénéficiaire *avant* celui du stipulant-assuré. Mais la jurisprudence adopte une solution similaire toutes les fois que le bénéficiaire désigné décède *après* le souscripteur sans avoir pris parti sur la stipulation et que, dans le contrat, le souscripteur avait désigné d'autres bénéficiaires, de même rang ou en sous-ordre². Autrement dit, il est considéré que le disposant a entendu gratifier le bénéficiaire et non les héritiers de celui-ci. La raison en est que, comme toute libéralité, le bénéfice de la stipulation est consentie *intuitu personae*.

De là il suit, plus généralement, que le décès du tiers bénéficiaire sans avoir accepté doit provoquer la caducité de la stipulation.

iii) Le gratifié sous condition suspensive

469. Limitation des cas de caducité. – La double libéralité conditionnelle ne déroge pas aux règles de droit commun relatives à la formation des libéralités³. Ainsi est-il requis que les deux gratifiés acceptent soit avant le décès du donateur, soit, si la libéralité est un testament, à la date du décès du testateur. Ceci suppose donc qu'il soit capable d'accepter à ce moment. Partant, il importe peu que le gratifié sous condition suspensive devienne par la suite incapable.

Il en va de même, en principe, dans l'hypothèse où il décèderait avant le gratifié sous condition résolutoire. En ce cas, le bénéfice de la condition est transmis à ses héritiers⁴. Tout cela n'est que l'application de l'article 1179 du Code civil. Mais cette règle de principe souffre deux tempéraments. D'une part, l'article 1040 du Code civil frappe le legs de caducité si le légataire

¹ M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.* et *loc. cit.*

² Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1992, *D.* 1992. 493, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1993. II. 22142, note J. Maury ; Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1998, *Deffrénois* 1998, art. 36895, n°142, p. 1416, obs. Ph. Delebecque ; *RGDA* 1998. 786, note J. Kullmann ; *RTD civ.* 1999. 834, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 septembre 2005, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. n°364. Sur cette série, v. Ph. Delmas Saint-Hilaire, « Turbulences dans l'assurance-vie ! », *Resp. civ. et assur.* 1999, chron n° 4.

Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008 et Cass. civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, *JCP éd. N* 2008. II. 1364, note S. Hovasse ; *RJPF* 2008, n°12, p. 29, note F. Sauvage ; *Resp. civ. et assur.* 2009, Etude n°2, par G. Courtieu ; *Deffrénois* 2009, art. 38916, n°3, p. 657, obs. R. Libchaber, et 2009. 1585, note Pétroni-Maudière.

³ Voir *supra* n°375 et s.

⁴ Voir parmi d'autres F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc. n°1230 ; J.-J. Taisne, *JCl. Civil Code*, Art. 1181 et 1182, préc., n°28.

vient à mourir alors que la condition est toujours pendante, ce qui s'explique par le caractère *intuitu personae* du legs. Ainsi, par exception aux règles de droit commun, son droit conditionnel n'est pas transmis à ses héritiers. D'autre part, la libéralité devient caduque lorsque le disposant a érigé en condition le prédécès du premier des deux gratifiés. Ainsi, si le gratifié sous condition suspensive vient à mourir en premier, la libéralité qui lui a été consentie devient caduque.

b) La caducité en raison de la disparition de l'objet de la libéralité

470. Distinction. – La disparition du bien de la libéralité, pendant la jouissance du grevé, peut être de nature à entraver la seconde transmission. Bien entendu, la solution dépend de la nature de la double libéralité. On peut à cet égard établir la distinction suivante : pour les unes, la seconde transmission est systématiquement empêchée par suite de la disparition du bien (i) tandis que pour les autres, la non-réalisation de la seconde transmission dépend du point de savoir si la disparition est imputable au premier gratifié (ii).

i) Doubles libéralités pour lesquelles la seconde transmission est systématiquement empêchée

471. Libéralités précatives et libéralités résiduelles. – Il est des doubles libéralités où la disparition du bien anéantit systématiquement la vocation du second gratifié. Ce sont celles qui n'exigent pas du premier gratifié qu'il conserve l'émolument de la libéralité. Il en va naturellement ainsi de la libéralité précative, laquelle ne prescrit qu'une obligation de nature morale au grevé.

Semblablement, la libéralité consentie à l'appelé d'une libéralité résiduelle est caduque en cas de perte du bien par le grevé. Car, ici encore, le grevé n'est tenu d'aucune charge de conservation¹.

ii) Doubles libéralités pour lesquelles la seconde transmission est seulement empêchée par suite d'une disparition fortuite

472. Solution. – Lorsque la double libéralité postule, en fait ou en droit, la conservation obligatoire du bien par le premier gratifié, il en résulte que la perte du bien n'empêche pas systématiquement la seconde transmission. Distinction est faite selon que la perte est fortuite ou imputable à la faute du premier gratifié.

¹ Toutefois, la destruction du bien par le grevé dans le seul but de nuire à l'appelé devrait être sanctionnée.

473. Double libéralité en usufruit et en nue-propiété. – En vertu de l'article 607 du Code civil, « *ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit* ». Ainsi, le nu-propiétaire est tenu d'effectuer les grosses réparations, mais non de reconstruire. La solution se justifie par le fait que la perte de la chose emporte extinction de l'usufruit.

Simplement, il convient d'observer que si la perte de la chose entraîne l'extinction de l'usufruit, elle ne libère l'usufruitier, débiteur d'un corps certain¹, que sur la preuve d'une cause étrangère². Autrement dit, au cas de perte fortuite, le nu-propiétaire ne reçoit aucun bien³. Reste que la perte de la chose a pu donner lieu au versement d'une indemnité. En ce cas, le droit d'usufruit est reporté sur elle par le jeu de la subrogation réelle. Mais est-ce à dire que le nu-propiétaire puisse en profiter ? La doctrine établit une distinction à propos de l'indemnité d'assurance selon que le bien a été assuré dans l'intérêt exclusif de l'usufruitier ou dans l'intérêt commun à l'usufruitier et au nu-propiétaire : dans le premier cas, l'usufruitier acquiert définitivement l'indemnité, car elle représente uniquement la valeur de son droit ; dans le second cas, l'usufruitier doit la restituer au nu-propiétaire à la fin de l'usufruit⁴.

474. Double libéralité conditionnelle. – La perte fortuite du bien, objet de la libéralité, doit être supportée par le gratifié sous condition suspensive. En effet, le bien est resté à ses risques puisqu'il est réputé avoir été l'unique propriétaire. Mais qu'en est-il lorsque la perte du bien a été compensée par une indemnité d'assurance ? La réponse est pour le moins incertaine. On pourrait néanmoins raisonner par analogie avec les solutions dégagées en matière de retour conventionnel. A l'instar du retour conventionnel, qui n'a de sens qu'appliqué aux biens considérés dans leur identité physique⁵, la double libéralité conditionnelle a pour objet de conférer aux deux gratifiés une vocation alternative sur un bien déterminé. Aussi bien, la subrogation réelle ne devrait-elle pas jouer au profit du gratifié sous condition suspensive.

¹ Bien entendu, au cas de quasi-usufruit, c'est-à-dire lorsque l'usufruit porte sur une chose consommable, la perte de la chose n'est pas une cause d'extinction du quasi-usufruit, car le quasi-usufruitier a le droit de la consommer, donc de la détruire. Dans ce cas, à l'extinction de son droit, le quasi-usufruitier doit rendre soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de restitution (C. civ., art. 587).

² Voir, par exemple, Cass. civ. 3^{ème}, 26 juin 1991, *Bull. civ.* III, n°198.

³ Exceptée l'hypothèse où l'objet de l'usufruit serait un immeuble : auquel cas l'usufruitier restituerait le terrain.

⁴ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VI, n°671 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. II, 7^{ème} éd., par P. Esmein, § 231, n°432 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, 2^{ème} éd., par M. Picard, n°805, p. 796 ; A. Rieg, *V^o Usufruit*, *Rép. civ. Dalloz*, 1990, n°164.

⁵ Voir ainsi Nîmes, 20 juin 1860, *S.* 1861. 2. 358. Dans le même sens M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par Trasbot et Loussouarn, préc., n°458, p. 588.

En revanche, une destruction, totale ou partielle, imputable à la faute du gratifié sous condition résolutoire l'oblige à indemniser le gratifié sous condition suspensive¹. Ce n'est là que l'application de l'interdiction de disposer matériellement de la chose qui est mise à la charge du gratifié sous condition résolutoire².

475. Libéralité graduelle. – Puisque le grevé est tenu de conserver le bien jusqu'à son décès, on pourrait croire que la perte de celui-ci ne produit aucun effet sur la vocation de l'appelé. En réalité, il faut distinguer deux hypothèses.

Soit le bien péri du fait du grevé, d'une faute de sa part, l'appelé, en tant que créancier, est alors en droit d'obtenir une restitution par équivalent³.

Soit la perte du bien résulte d'un cas fortuit, l'appelé perd alors sa vocation⁴. Rappelons, en effet, que l'appelé ne peut invoquer une quelconque subrogation réelle ; il recueille les biens, pourvu qu'ils subsistent en nature au décès du grevé⁵. Aussi bien ne peut-il prétendre à l'indemnité d'assurance ou aux dommages-intérêts dus au grevé.

476. Libéralité réalisée par le vecteur d'une stipulation pour autrui. – La variété des charges susceptibles d'être imposées au gratifié-promettant rend difficile toute recherche de systématisation. Sous le bénéfice de cette remarque, on peut raisonner sur l'hypothèse la plus fréquente, celle où le disposant n'a prescrit qu'une charge de transmettre. En ce cas, tout dépend du point de savoir s'il s'agit d'une charge de rendre en valeur ou en nature le bien de la libéralité.

Naturellement, la destruction du bien n'est d'aucun effet sur la situation du tiers bénéficiaire lorsque le disposant a stipulé une charge de rendre par équivalent. Au fond, la situation est comparable à celle du quasi-usufruit : comme le quasi-usufruitier, le grevé n'est pas libéré par la perte du bien ; il doit restituer un bien de valeur équivalente à celle du bien reçu.

Lorsque la charge lui impose de rendre le même bien, il convient, nous semble-t-il, de distinguer selon que la perte est fortuite ou imputable par sa faute. Pour autant, la solution ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Une certaine logique juridique commande même une

¹ En ce sens P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 248.

² Sans doute le versement de dommages et intérêts produit un effet étranger à la finalité de la double libéralité conditionnelle, puisque le gratifié sous condition suspensive reçoit une somme d'argent au lieu du bien lui-même. Toutefois, cette situation résulte, non pas d'une quelconque subrogation réelle, mais de la mise en œuvre des règles applicables au mécanisme conditionnel, à savoir l'article 1182, alinéa 4, du Code civil.

³ M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°47.

⁴ *Ibid.*

⁵ C. civ., art. 1049, al. 1^{er}. Reste qu'en pratique, la solution n'est pas toujours évidente. Que décider, par exemple, lorsque le bien détruit est reconstruit à l'identique grâce à l'indemnité d'assurance ? Refuser à l'appelé de recueillir le nouveau bien n'aurait sans doute guère de sens.

autre solution, qui consisterait à faire peser sur le gratifié-promettant tous les risques de la chose. Il y aurait lieu d'appliquer ce faisant la théorie des risques ; plus précisément, l'article 1138 du Code civil, en vertu duquel les risques sont pour le créancier de la livraison de la chose, c'est-à-dire pour l'acquéreur. Appliquée à libéralité avec charge de transmettre, cette règle fait donc que le gratifié-promettant demeure tenu d'exécuter la charge, malgré la perte fortuite du bien, objet de la libéralité. Demolombe s'exprimait d'ailleurs en ce sens : « *il y a, dans une donation ainsi faite, quelque chose d'aléatoire, et le donataire qui l'a acceptée, ne peut pas se plaindre de ce que la chance lui a été contraire, car elle pouvait lui être favorable, et puisqu'il était propriétaire, il y a tout lieu de lui appliquer la règle res perit domino* »¹.

Il est permis néanmoins de ne pas être convaincu par une telle analyse. D'abord, si l'on admet que le tiers bénéficiaire peut contraindre le gratifié-promettant à exécuter sa créance de restitution, alors même que le bien a péri par cas fortuit, cela revient à exiger qu'il acquitte la charge sur son propre patrimoine. Autrement dit, loin de s'être enrichi, le gratifié-promettant subit en définitive une perte. Or, telle n'est certainement pas l'économie d'une libéralité, fût-elle assortie de charges. Ensuite, et surtout, cette logique de l'adage *res perit domino* ne nous paraît guère applicable à l'hypothèse d'une double libéralité réalisée au moyen d'une stipulation pour autrui. En effet, celui-ci ne s'applique qu'aux conventions synallagmatiques emportant transfert de la propriété d'un corps certain : les risques passent sur la tête de l'acquéreur au moment même où devient propriétaire parce que le vendeur a accompli son obligation principale ; aussi l'acquéreur doit-il exécuter l'obligation qui est la sienne, peu important que le bien acquis vienne fortuitement à périr. Or, on l'a dit, on ne saurait voir un rapport synallagmatique entre le stipulant et le promettant lorsque le premier consent une libéralité au second. La charge que le disposant stipule au profit du tiers bénéficiaire n'est aucunement la cause déterminante de son engagement envers le gratifié-promettant. Car, s'il en est était ainsi, le rapport serait synallagmatique et donc onéreux. Ainsi s'explique, en ce cas, que le prétendu gratifié puisse subir en définitive une perte, qu'il soit forcé d'exécuter la charge aux dépens de sa fortune personnelle.

Aussi bien, l'article 1138 du Code civil ne saurait régir les conséquences de la perte du bien par le gratifié-promettant. Il nous paraît dès lors plus juste de distinguer selon que la disparition du bien lui est ou non imputable². Partant, si le bien périt par cas fortuit, le gratifié-promettant se trouve exonéré de la charge de transmettre, de sorte que la libéralité consentie au tiers bénéficiaire

¹ Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. III, préc., n°577, p. 512. Dans le même sens, voir F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°669, p. 680 et s.

² Voir en ce sens L. Berthomieu, *Du legs avec charge et de son application aux œuvres d'intérêt public*, préc., p. 236 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°166, p. 292 et s.

devient caduque¹. En revanche, si le bien est détruit par la faute du grevé, le second gratifié est en droit d'obtenir une restitution par équivalent.

c) La révocation de la libéralité

477. Il y a lieu de distinguer deux périodes : celle où le second gratifié n'a pas encore accepté (i) et celle où il a accepté (ii).

i) Avant l'acceptation du second gratifié

478. Règle d'évidence. – La révocation peut intervenir avant toute acceptation du second gratifié. Il n'y a, ici, qu'une application des règles de droit commun régissant la donation ou le testament : le donateur peut rétracter son offre jusqu'à la notification de son acceptation par le donataire² ; le testateur peut révoquer son testament, expressément ou tacitement, jusqu'à son trépas³.

479. Position du problème. – Mais là n'est pas la difficulté. La situation est en revanche embarrassante lorsqu'il est permis au second gratifié d'accepter sa libéralité après le décès du disposant. On vise ici les doubles libéralités qui se concrétisent au moyen d'une charge personnelle. Qu'il s'agisse d'une libéralité réalisée par le vecteur d'une stipulation pour autrui ou des libéralités graduelles et résiduelles, il est acquis que le second gratifié peut accepter, alors même que le disposant est décédé depuis fort longtemps⁴. Se pose alors la question de savoir si les héritiers du disposant ont le droit de révoquer l'« offre » de libéralité faite au second gratifié.

Pour y répondre, étudions, d'abord, le droit commun des charges personnelles, à savoir les règles de la stipulation pour autrui pour voir (α), ensuite, si les solutions dégagées peuvent s'appliquer aux libéralités graduelles et résiduelles (β).

¹ Telle est au demeurant l'analyse que l'on peut tirer de certains arrêts : Caen, 12 nov. 1869, *S.* 1870. 2. 145, note Labbé ; Cass. req., 21 juin 1870, *DP* 1871. 1. 97 ; *S.* 1870. 1. 367 : « *Attendu qu'il a été jugé souverainement en fait que c'est par sa faute que la ville d'Allençon est exposée à ne pas recevoir le montant du legs qui lui a été fait ; que c'est donc à bon droit que l'arrêt attaqué l'a condamnée à acquitter la charge qui lui avait été imposée et à laquelle elle s'était volontairement soumise* ».

² C. civ., art. 932.

³ C. civ., art. 1035 et s.

⁴ Voir ainsi en matière de stipulation pour autrui à titre gratuit Cass. req., 27 févr. 1884, *S.* 1886. 1. 422 : « *ces libéralités, acceptées avant toute révocation, ne constituent pas des donations entre vifs faites directement, mais bien des stipulations au profit de tiers, stipulations accessoires au contrat principal* ».

α. Le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui

480. Solution jurisprudentielle : transmission aux héritiers du droit de révocation. –

Nul ne conteste que le droit de révocation est réservé au stipulant. Ainsi, le promettant ne peut jamais révoquer seul la stipulation pour autrui qui a force obligatoire à son égard¹. Pas davantage on ne saurait autoriser les créanciers du stipulant à exercer par la voie oblique le droit de révocation. Le caractère personnel de ce droit s'y oppose.

Mais ce droit est-il transmis à ses héritiers ? Si la doctrine a été partagée², la jurisprudence, quant à elle, a admis la transmissibilité de ce droit³. La solution est peu satisfaisante pour l'équité. Le risque est grand, en effet, que les héritiers soient tentés par une révocation à laquelle le bénéficiaire, lorsqu'il ignore la stipulation à son profit, est exposé⁴.

481. Code des assurances : obligation pour les héritiers de sommer le bénéficiaire de prendre parti. – Les dangers de la solution jurisprudentielle ont été pratiquement écartés dans le domaine de l'assurance sur la vie. En effet, l'article L. 132-9, alinéa 3, du Code des assurances permet aux héritiers d'exercer le droit de révocation, mais à deux conditions. Ils ne peuvent le faire d'abord « *qu'après l'exigibilité de la somme assurée* » et ensuite « *au plus tôt trois mois après que le bénéficiaire a été mis en demeure, par acte extrajudiciaire, d'avoir à déclarer s'il accepte* ». Ainsi, le risque de révocation de la stipulation que le bénéficiaire ne peut accepter faute de la connaître est éliminé.

482. Portée des solutions du droit des assurances. – Quelle est la portée de cette disposition légale ? Faut-il généraliser cette solution ? La réponse est incertaine. Il est vrai que le caractère particulier de cette obligation de sommer le tiers bénéficiaire milite en faveur de son cantonnement à l'assurance sur la vie⁵. Cependant, comme on l'a souligné, la solution mériterait d'être généralisée, sauf à exiger un délai raisonnable de mise en demeure⁶.

¹ Cass. civ. 3^{ème}, 30 oct. 1969, *Bull. civ.* 1969 III, n° 696 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, préc., n° 358, p. 462 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, préc., n°485, p. 454 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°528, p. 542.

² En faveur de la transmission : C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. IV, par E. Bartin, préc., § 343 ter, p. 453 ; M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.* Contre la transmission : G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, vol. 1, préc., n° 290.

³ Cass. req., 22 juin 1859, *DP* 1859. 1. 385 ; *S.* 1861. 1. 151 ; Cass. req., 27 févr. 1884, préc. ; Douai, 10 déc. 1895, *DP* 1896. 2. 417, note crit. P. Dupuich ; Bordeaux, 1^{er} avr. 1897, *DP* 1898. 2. 169, note P. de Loynes ; *S.* 1900. 2. 241, note A. Wahl.

⁴ Voir en ce sens G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.* ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* Pour éliminer ce risque, le stipulant pourrait, dans une clause du contrat, se réserver ce droit et en interdire l'exercice à ses héritiers. Voir ainsi Grenoble, 6 avr. 1881, *DP* 1882. 2. 9.

⁵ M. Mignot, *JCl. Civil Code*, Art. 1121 et 1122, fasc. unique, 2008, n°154.

⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations – 1. L'acte juridique*, préc., n°485, p. 398.

Fondée en équité, cette analyse le serait également en droit. Le caractère éminemment personnel du droit de révocation suppose, en principe, son intransmissibilité aux héritiers du stipulant. Partant, si l'on admet de tempérer ce principe de non-transmission, il ne convient certainement pas d'adopter la solution inverse, qui ferait la part trop belle aux héritiers du disposant, mais bien plus une voie moyenne, telle que l'a retenue le Code des assurances. Aussi bien, il nous semble que la règle édictée par l'article L. 132-9 du Code des assurances devrait être étendue à toutes les stipulations pour autrui à titre gratuit.

β. L'appelé d'une libéralité graduelle et résiduelle

483. Absence de solution légale. Proposition d'extension des solutions du droit des assurances. – La donation consentie à l'appelé peut être acceptée après le décès du disposant¹. Aussi, corrélativement, il doit être permis aux héritiers du donateur de révoquer l'offre de leur auteur. Et, *mutatis mutandis*, il doit en être également ainsi pour les héritiers du testateur. Cependant, la situation du gratifié de second rang serait bien fragile si l'on ne bornait pas le droit des héritiers de révoquer la libéralité. Celle-ci étant susceptible, le plus souvent, de préjudicier à leurs droits héréditaires, on imagine aisément que l'usage de la révocation *post mortem* sera fréquent.

Est-ce à dire que la situation du second gratifié se consolide, en ce sens qu'aucun autre individu ne pourrait révoquer l'offre de donation, ou, au contraire, que le droit de révoquer est transmis aux héritiers *ab intestat* du disposant, lesquels pourraient alors librement en faire usage ? A dire vrai, aucune des ces deux solutions ne paraît opportune, et c'est sans doute vers une voie médiane qu'il convient de s'orienter. La proximité de situation du second gratifié avec celle du bénéficiaire d'une assurance sur la vie pourrait nous inciter à reprendre les solutions que prévoit le Code des assurances². Il y aurait lieu de considérer, ce faisant, que les successeurs universels du disposant ne pourraient révoquer la désignation du second gratifié qu'après l'avoir sommé de prendre parti³.

ii) Après l'acceptation du second gratifié

¹ C. civ., art. 1055, al. 2

² C. assur., art. L. 132-9, al. 3.

³ Voir en ce sens M. Grimaldi, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°3.

484. Application des règles de droit commun. – Malgré l'acceptation du second gratifié, la libéralité qui lui a été consentie peut, ensuite, être révoquée judiciairement. La révocation judiciaire pourrait être prononcée pour ingratitude envers le disposant¹, mais aussi en cas de survenance d'enfants du donateur². En revanche, la révocation ne saurait, selon nous, être fondée sur l'inexécution des charges. En effet, à supposer qu'une charge soit imposée au premier gratifié, il nous paraît difficile que son inexécution emporte révocation dès lors qu'elle n'aura pas été déterminante du consentement du disposant.

2. Les causes de réalisation de la seconde transmission

485. Trois causes. – La cause principale de réalisation de la seconde transmission est la survenance de l'évènement à laquelle elle est subordonnée (a). Deux autres causes peuvent, par exception, entraîner la seconde transmission : l'inefficacité de la première libéralité (b) et l'abandon de jouissance du premier gratifié, lequel n'est applicable qu'aux libéralités graduelles (c).

a) Cause principale : la survenance de l'évènement

486. Le décès du premier gratifié. – L'entrée en jouissance du second gratifié est subordonnée, le plus souvent, au décès du premier gratifié.

Il en est ainsi du gratifié en nue-propriété dont le droit de jouissance est en principe retardé jusqu'au décès de l'usufruitier.

Telle est également la situation de l'appelé d'une libéralité graduelle ou résiduelle. L'*ordo successivus* qu'instaurent ces libéralités suppose que la seconde transmission des biens s'opère au décès du premier gratifié. En ce sens, la cause principale de l'ouverture des droits du second gratifié est le décès du grevé. A cette date, la propriété des biens de la libéralité subsistants en nature est donc transmise directement à l'appelé, si celui-ci est encore en vie.

De même, le décès du gratifié-promettant peut avoir été l'échéance de la charge de transmission au tiers bénéficiaire.

Semblablement, la transmission des biens de la libéralité au profit du gratifié sous condition suspensive peut se réaliser au décès du gratifié sous condition résolutoire lorsque le disposant a érigé cet évènement en condition.

¹ C. civ., art. 955 et s., pour les donations ; art. 1046, pour les testaments.

² C. civ., art. 960.

Enfin, ce n'est qu'au décès du premier gratifié que le bénéficiaire de la charge précative peut espérer obtenir l'exécution de la charge.

487. Autre évènement. – A l'exclusion des libéralités graduelles et résiduelles, pour lesquelles le prédécès du grevé constitue l'un de leurs éléments essentiels, il est permis au disposant de prévoir un autre évènement que le décès du premier gratifié pour que le second gratifié puisse entrer en jouissance. Ainsi, l'extinction de l'usufruit, l'exécution de la charge de transmettre, ou encore l'évènement mis en condition peuvent avoir été fixés à tout autre date. De même, rien n'empêche le gratifié d'une charge précative de l'exécuter à un autre moment qu'à son décès.

b) Cause exceptionnelle : l'inefficacité de la première libéralité

488. Position du problème. – La libéralité consentie au gratifié de premier rang peut être privée de son efficacité juridique. Songeons, tout d'abord, aux vices affectant la formation de la libéralité, tels que l'incapacité du disposant ou du premier gratifié, le non-respect du formalisme légal. Pensons, ensuite, à la caducité de la libéralité, en raison notamment de la renonciation du premier gratifié. Evoquons, enfin, la révocation de la première libéralité pour une cause légale : inexécution des charges¹, ingratitude², voire survenance d'enfants du donateur³. Dans toutes ces hypothèses, les biens de la libéralité passent-ils au second gratifié, et le cas échéant, à quel titre lui parviennent-ils ?

489. Doubles libéralités concernées. – En premier lieu, il convient de s'assurer que la seconde libéralité n'est pas affectée par l'inefficacité de la première. Or, tel n'est pas le cas s'agissant de la stipulation pour autrui, la seconde libéralité n'étant que l'accessoire de la première. Il en est également ainsi pour le bénéficiaire de la charge précative puisque seul le grevé était habile à l'exécuter.

En revanche, l'inefficacité de la première libéralité entraîne la transmission des biens au second gratifié pour les autres doubles libéralités, telles que la double libéralité en usufruit et en nue-propriété, les libéralités graduelles et résiduelles et la double libéralité conditionnelle. En ces

¹ C. civ., art. 954. Cela suppose que les charges soient la cause impulsive et déterminante du disposant. Voir *supra* n°223.

² C. civ., art. 955 et s.

³ C. civ., art. 960.

occurrences, la seconde libéralité est en effet une disposition indépendante de la première, et non pas une disposition accessoire. Aussi peut-elle survivre à la nullité, à la caducité ou à la révocation de la libéralité faite au premier gratifié¹.

490. Conséquences particulières pour les libéralités graduelles et résiduelles. – En second lieu, une difficulté particulière survient au cas de libéralités graduelles et résiduelles. S'il n'est pas contesté que les biens sont susceptibles d'être transmis au second gratifié, reste à savoir à quel titre il peut les recevoir – en tant que bénéficiaire d'une charge, graduelle ou résiduelle, ou en tant que gratifié ordinaire ? – et s'il les reçoit de façon définitive.

L'enjeu est important car il s'agit de déterminer le sort de l'appelé incapable de recevoir au jour de l'inefficacité de la première libéralité, en raison notamment de son inexistence. Jadis, la question était très débattue en doctrine. Pour certains, la substitution s'ouvrait immédiatement, de sorte que seuls pouvaient en profiter les appelés au moins conçus à l'époque de l'inefficacité de la première libéralité² ; pour d'autres, il convenait de distinguer selon la cause d'inefficacité de la libéralité faite au grevé³ ; enfin, pour une autre partie des auteurs, la substitution s'ouvrait au bénéfice de tous les appelés nés et à naître : s'il y avait des appelés existants, c'est eux qui recueillaient les biens, sous réserve du droit des appelés à venir ; s'il n'y avait pas d'appelés existants, les biens revenaient aux héritiers du disposant, à charge pour eux de les restituer aux appelés qui pourraient survenir⁴. Au fond, on le voit, la résolution de cette question dépend de la nature des charges qu'imposent les clauses graduelles et résiduelles. Or, on l'a dit, ces charges ne sont pas des charges réelles, capables de se maintenir malgré la défaillance de la première libéralité, mais des charges personnelles, attachées à la personne du grevé. Aussi convient-il d'admettre qu'en cas d'inefficacité de la première libéralité, la seconde transmission s'opère au profit, uniquement, de l'appelé capable de recevoir à titre gratuit à cette date.

La difficulté rebondit alors : l'appelé acquiert-il les biens de la libéralité de façon définitive ou, au contraire, de façon provisoire ? La condition de survie, qui est l'un des éléments essentiels de ces libéralités, exige que l'ouverture des droits du second gratifié ne soit que provisoire. Seul le prédécès du premier gratifié est la cause définitive de l'ouverture des droits du second gratifié.

¹ Voir, par exemple, à propos des substitutions fidéicommissaires : Cass. req., 26 févr. 1855, *J.* 1855. 1. 182 ; Cass. civ., 19 mars 1873, *J.* 1874. 1. 5.

² A. Duranton, *Cours de droit civil français*, 1834, t. IX, n°594 et 602 ; M. Dagot, note sous Cass. civ., 12 juin 1968, *JCP éd. N* 1968. II. 15657.

³ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. XI, § 696, note 86 et 87, p. 218 et s.

⁴ Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°648 et s., p. 576 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3401, p. 632 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, t. III, p. 971 ; P. Esmein, sur Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. XI, § 696, note 86 *in fine*.

Aussi bien, si celui-ci peut entrer dans ses droits avant le prédécès du grevé, ce n'est qu'à titre provisoire¹. En témoignent, au demeurant, les dispositions légales prévues en cas d'abandon de jouissance.

c) Cause propre aux libéralités graduelles : l'abandon de jouissance

491. Première vue. – Les droits du second gratifié peuvent s'ouvrir de façon anticipée, en raison de l'abandon par le grevé de la jouissance des biens de la libéralité². Mais cet abandon anticipé présente une double singularité. D'une part, il ne concerne que les libéralités graduelles³. D'autre part, il produit des effets limités. Tel est à tout le moins le cas pour les ayants cause du grevé. L'aliéna 3 de l'article 1050 du Code civil dispose, en effet, que « *cet abandon anticipé ne peut préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon, ni aux tiers ayant acquis, de ce dernier, un droit sur le bien ou le droit abandonné* ». Il ne saurait être question de voir, dans cette disposition légale, un cas spécial d'application de l'action paulienne. L'abandon anticipé est inopposable aux ayants cause du grevé, sans que ceux-ci n'aient à prouver une quelconque fraude du grevé⁴. Cet effet limité de l'abandon de jouissance s'explique par le fait que les ayants cause du grevé ne sont avertis que d'un seul risque, celui du prédécès du grevé. Aussi l'efficacité de leurs droits ne doit-elle pas dépendre de la volonté du grevé, mais seulement de cet événement objectif qu'est le prédécès du grevé. Tant que cet événement ne s'est pas produit, ils doivent conserver leurs droits ; ils ne les perdrons que si le grevé vient à mourir avant l'appelé.

492. Difficultés d'analyse. – Une incertitude demeure, en revanche, quant aux effets produits par cet abandon de jouissance sur les situations respectives du grevé et de l'appelé. Le silence de la loi sur ce point suscite en effet une série de questions. Le grevé perd-il définitivement ses droits sur les biens de la libéralité ? Corrélativement, l'ouverture des droits de l'appelé est-elle définitive ou seulement provisoire ? Et, si elle n'est que provisoire, qui doit alors recueillir les biens en cas de caducité de sa libéralité ?

¹ Comp. toutefois M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°53 et s.

² C. civ., art. 1050, al. 2 et 3.

³ L'article 1061 du Code civil ne renvoie pas aux dispositions de l'article 1050. Cette exclusion peut s'expliquer par la charge de conservation qui n'oblige que le grevé d'une libéralité graduelle. Celui-ci peut ne plus être en mesure d'assumer cette charge, en sorte que possibilité lui est offerte par la loi d'abandonner la jouissance au profit du second gratifié.

⁴ Cette règle, déjà inscrite dans l'ancien article 1053 du Code civil, puise son origine dans les dispositions de l'Ordonnance de 1747, dont l'article 42 du titre I énonçait, en termes forts explicites, que « *la restitution du fidéicommis, faite avant le temps de son échéance, par quelque acte que ce soit, ne pourra empêcher que les créanciers du grevé de substitution, qui seront antérieurs à ladite remise, ne puissent exercer, sur les biens substitués, les mêmes droits et actions, que s'il n'y avait point eu de restitution anticipée ; et ce, jusqu'au temps où le fidéicommis devait être restitué ; ce qui aura lieu, même à l'égard des créanciers chirographaires, pourvu que leurs créances aient une date certaine avant ladite remise* ».

Au fond, on le voit, c'est sur la nature juridique de cet abandon anticipé qu'il convient de s'interroger. A dire vrai, la question n'est pas nouvelle. Relativement aux substitutions fidéicommissaires permises, les auteurs analysaient volontiers l'abandon de jouissance fait par le grevé comme une abdication définitive de ses droits par celui-ci au profit de ceux-ci¹. Simplement, entre les appelés, l'abandon produisait un effet provisoire, en ce sens que cela ne devait pas porter atteinte aux droits des appelés, non encore conçus à l'époque de l'abandon. Aussi bien si des appelés naissaient entre le jour de l'abandon et le jour du décès du grevé, les biens compris dans la substitution devaient-ils être partagés avec les nouveaux venus². Reste que la question de la survenance du décès de tous les appelés avant celui du grevé n'était guère envisagée³. Le prédécès de tous les appelés entraînait-il la caducité de l'ouverture anticipée de ses droits et, ce faisant, restitution des biens ? Et, le cas échéant, au profit de qui : du grevé, qui aurait conservé sa vocation, ou du disposant et de ses héritiers ? On peut néanmoins déduire de ces analyses doctrinales que le prédécès de tous les appelés devait entraîner la caducité de la substitution et que la restitution devait être faite au profit des héritiers du disposant. En effet, il était relevé qu'en cas de prédécès de l'un des appelés, les autres recueillaient sa part dans les biens compris dans la substitution par droit d'accroissement. C'était donc dire que chaque appelé n'acquerrait pas un droit définitif, transmissible à ses héritiers, mais seulement un droit provisoire,

¹ Pothier, *Traité des substitutions*, par Bugnet, préc., n°190 et s., p. 519 : « Lorsque le grevé de substitution a volontairement restitué ou substitué les biens sujets à la substitution, sans attendre l'accomplissement de la condition d'où elle dépendait, cette restitution rend, par rapport à lui et au substitué, la substitution ouverte, et même consommée » ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°626 et s., p. 555 et s. ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XIV, préc., n°588 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3364 et s., p. 617 et s. ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, préc., t. VII, § 696, p. 357.

Relevons au surplus que les rares décisions jurisprudentielles ont adopté une solution identique. Voir Cass. civ., 24 juin 1889 (solution implicite), *D.* 1890. 1. 17, avec une note explicite de G. Dubois ; *J.* 1891. 1. 225 ; Caen, 3 mars 1860, *D.* 1860. 2. 65 : « Considérant qu'il est donc évident, en ce qui concerne la dame de Grenonville [le grevé], que l'acte du 21 déc. 1858 a opéré définitivement et irrévocablement l'ouverture de la substitution, et qu'elle est complètement dessaisie au profit de ses enfants de tous les droits qui lui appartenaient sur les biens compris dans la substitution » ; Trib. civ. Soissons, 15 janv. 1910, *RTD civ.* 1910. 867, obs. J. Hémar : « En cas de décès du grevé, les effets de la substitution sont définitivement réglés à l'égard de tous, tandis que s'il abandonne son droit de son vivant, sa renonciation est bien définitive entre lui et les appelés existants, mais elle n'est que provisoire et conditionnelle dans les rapports des appelés entre eux, de telle sorte que les appelés existants ne reçoivent les biens que sous réserve des appelés à naître qui auront droit à leur part des biens substitués lors de la mort du grevé, comme si l'abandon anticipé n'avait pas eu lieu ».

² Ch. Demolombe, *op. cit.*, n°627, p. 557 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *op. cit.*, n°3369, p. 619 ; C. Aubry et C. Rau, *op. cit.* ; R. Savatier, *Cours de droit civil*, t.III, préc., n°927, p. 469 ; Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. VII, avec P. Voirin, préc., n°432, p. 222 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., n°3327, p. 965 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par Y. Loussouarn et A. Trabant, préc., n°815, p. 1013-1014 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°519, p. 337 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les successions et les libéralités*, préc., n°675, p. 500 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°570, p. 461, note 5 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°400, p. 374.

³ Sans doute, en pratique, la question se posait rarement sous le droit antérieur à la réforme du 23 juin 2006 puisque les appelés étant nécessairement les descendants du grevé. Mais, depuis cette réforme, la liberté de choisir le second gratifié peut faire que le grevé et l'appelé seront de la même génération, de sorte que le prédécès de l'appelé ne sera pas qu'une hypothèse d'école.

Comp. les hésitations des auteurs lorsqu'ils ont envisagé cette question : Pothier, *Traité des substitutions*, préc., n°194, p. 521 ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°631, p. 562 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc. spéc.

de sorte que si tous les appelés venaient à mourir avant le grevé, la substitution devait être réputée caduque. En outre, l'abandon anticipé étant réputé avoir un caractère définitif pour le grevé, il ne pouvait prétendre recueillir les biens substitués en cas de prédécès des appelés. Aussi la restitution ne pouvait-elle être faite qu'au profit des héritiers du disposant¹.

Cette analyse doit-elle être maintenue ? Rien n'est moins sûr. Elle paraît, en premier lieu, difficilement explicable au regard des qualifications juridiques. En effet, le caractère abdicatif de l'abandon anticipé pour le grevé impliquerait qu'il perdît au profit de l'appelé la propriété des biens qu'il n'aurait pas encore aliénés². Or, il est difficile d'y voir un transfert de propriété. Les termes de l'article 1050 du Code civil semblent du moins l'exclure : d'une part, l'alinéa 2 emploie le terme « *jouissance* », et non pas celui de « *propriété* » ; d'autre part, l'alinéa 3 laisse aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon le droit de faire valoir leurs droits sur les biens, et donc de pratiquer d'éventuelles saisies. L'appelé serait donc un curieux propriétaire puisqu'il ne pourrait pas opposer son droit aux ayants cause du grevé³. De surcroît, la perte de la propriété étant définitive pour le grevé, l'abandon anticipé réaliserait en réalité un double transfert de propriété sous condition inverse au profit de l'appelé et du disposant, le même événement – le prédécès de l'appelé – valant condition résolutoire pour la mutation à l'appelé, condition suspensive pour celle au disposant. Or, ici encore, on s'explique mal comment un appelé, qui pourrait être non encore conçu au jour de l'abandon, serait bénéficiaire d'une propriété sous condition résolutoire.

En second lieu, l'idée que l'abandon serait définitif pour le grevé paraît difficilement conciliable avec l'alinéa 3 de l'article 1050. Comment, en effet, ne pas voir le paradoxe de l'analyse qui consiste à dire que les ayants cause du grevé antérieurs à l'abandon voient leur droits sur les biens confirmés par le prédécès de l'appelé alors que leur auteur a définitivement perdu les siens dès l'abandon ? Au vrai, si l'abandon anticipé est inopposable aux ayants cause du grevé antérieurs à l'abandon, c'est parce que le risque que leurs droits soient anéantis dépend d'un élément objectif, le décès du grevé avant celui de l'appelé. Ils conservent ainsi leur situation jusqu'à ce que la cause normale d'ouverture se produise. On verra alors ce que valent leurs droits. Concrètement, si le grevé précède, les droits de l'appelé s'ouvrent définitivement. Les

¹ Voir notamment J. Hémar, note sous Trib. civ. de Soissons, 15 janv. 1910, *RTD civ.* 1910. 867 : « *La renonciation à l'égard du grevé a un caractère définitif ; il ne saurait y revenir, la rétracter, et surtout il a perdu tout sur les biens substitués pour le cas où les appelés viendraient à décéder avant lui* ».

² La question ne se pose que pour les biens compris dans la libéralité que le grevé n'a pas encore aliénée. Pour ceux qui ont été aliénés, l'alinéa 3 de l'article 1050 du Code civil indique en effet que l'abandon est inopposable aux tiers ayant déjà acquis un droit sur les biens.

³ Voir en ce sens H. de Richemont, *Rapport de la Commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, n°343, 2006, t. 1, p. 264 : « *Admettre que le premier gratifié puisse abandonner la propriété au second reviendrait à faire tomber les droits des tiers et rendrait la condition résolutoire, sous laquelle sont conclues les conventions, purement potestative. Enfin, il n'est pas non plus possible d'envisager que le transfert de propriété puisse intervenir du vivant du premier gratifié vers le second en conservant les droits des tiers jusqu'au décès du premier gratifié car cela reviendrait à priver le second gratifié d'une partie de ses pouvoirs de propriétaire* ».

créanciers du grevé perdent ce faisant leurs droits qu'avait pu leur assurer une saisie des biens et l'appelé peut attaquer les droits des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. En revanche, si l'appelé vient à mourir avant le décès du grevé, les droits de ses ayants cause se trouvent consolidés. Or, comment expliquer cette solution, si ce n'est parce que leur auteur a conservé la propriété.

Où l'on voit que l'abandon anticipé fait par le grevé ne réalise qu'une ouverture provisoire et conditionnelle des droits de l'appelé, qui ne modifie nullement les vocations concurrentes du grevé et de l'appelé quant à la *plena in re potestas* sur les biens de la libéralité. Aussi bien doit-on considérer que l'abandon de jouissance réalise une forme de démembrement de la propriété – l'appelé devenant titulaire d'un droit réel de jouissance, tel un usufruit, le grevé conservant une sorte de nue-propriété – qui s'éteindra au jour du prédécès du premier d'entre eux¹.

De là il suit plusieurs conséquences dans les rapports entre le grevé et l'appelé. *Primo*, l'ouverture des droits de l'appelé n'étant que provisoire, il est difficile de considérer qu'il recueille les biens en vertu de la libéralité graduelle. Il nous semble bien plus que l'abandon anticipé crée un rapport de droit direct entre le grevé et l'appelé. Dit autrement, l'appelé tient son droit réel de jouissance temporaire du grevé, de sorte que la qualification de donation n'est pas à exclure². *Deusio*, le prédécès de l'appelé entraîne l'extinction de son droit réel de jouissance ainsi que la caducité de la libéralité qui lui avait été consentie, de sorte que le grevé voit sa propriété devenir incommutable. *Tertio*, seul le prédécès du grevé provoque l'ouverture définitive des droits du second gratifié ; aussi, en cas de pluralité d'appelés, c'est ce moment qu'il convient d'apprécier leur existence.

B. Les effets de la transmission

493. Conséquences de l'entrée en jouissance. – La seconde transmission permet au second gratifié d'entrer en jouissance des biens. Il devient, à cet instant, plein propriétaire. Toutefois, si cette transmission procède toujours du premier gratifié, en ce sens qu'il accomplit une obligation de transmettre, il faut observer qu'elle n'a pas toujours le même visage. Transfère-t-il au second gratifié la propriété ou lui restitue-t-il simplement les biens (1) ?

En outre, cette transmission produit des effets tant sur les droits que les tiers ont pu acquérir au cours de la jouissance du premier gratifié (2) que sur les actes conservatoires et d'administration accomplis par le premier gratifié (3), qu'il convient d'analyser. Enfin, dans la

¹ Voir en ce sens M. Nicod, *JCI Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°20.

² Cette qualification ne peut être combattue que sur le terrain de l'intention libérale. Pour cela, le grevé pourra démontrer que son abandon est causé par l'importance de la charge de conservation qui s'impose à lui.

mesure où le second gratifié est désormais plein propriétaire, se pose la question de la contribution, entre les deux gratifiés, aux charges relatives à la propriété (4) et aux dettes du disposant (5).

1. L'accomplissement de la transmission

494. La transmission que réalise le premier gratifié au profit du second n'a pas toujours le même objet. Il peut s'agir d'un véritable transfert de propriété (a) ou, au contraire, d'une simple mise en possession, le transfert de propriété s'étant déjà opéré par la volonté du disposant (b).

a) Doubles libéralités dans lesquelles le premier gratifié exécute une obligation de transférer la propriété

495. Libéralité précative et libéralité réalisée au moyen du mécanisme de la stipulation pour autrui. – Le disposant peut avoir mis à la charge du premier gratifié une obligation de transférer la propriété des biens de la libéralité au second gratifié.

Nul n'en doute s'agissant du bénéficiaire de la charge précative. Tenu d'une charge purement morale, le premier gratifié jouit d'une liberté d'agir que personne ne peut contrarier. Aussi est-ce pour cette raison que l'acquisition du bénéficiaire ne peut résulter que d'un acte juridique du premier gratifié ayant pour objet de lui transmettre la propriété de tout ou partie des biens de la libéralité.

Tel est également l'effet produit par la stipulation pour autrui. Le tiers bénéficiaire n'acquiert pas automatiquement la propriété des biens de la libéralité par la survenance de l'évènement qui subordonnait la transmission à son endroit. En effet, on le sait, le mécanisme de la stipulation pour autrui a pour particularité de conférer un droit direct au tiers bénéficiaire contre le promettant, sans que cette créance soit transmise par le stipulant qui l'aurait d'abord acquise pour son propre compte. Ainsi, le bénéficiaire acquiert les biens de son propre chef, et non comme ayant cause du disposant¹.

b) Doubles libéralités dans lesquelles le premier gratifié exécute une obligation de restitution

¹ Ce qui suppose, donc, un transfert de propriété entre le promettant et le tiers bénéficiaire. Le procédé se distingue ainsi de la technique de la condition, où le second gratifié devient propriétaire par le simple effet de l'avènement de la condition suspensive, ainsi que de la technique des libéralités graduelles ou résiduelles, dans lesquelles l'appelé devient propriétaire par l'effet du décès du grevé.

496. Double libéralité en usufruit et en nue-propiété. – A l’extinction de l’usufruit, s’opère la réunion sur la même tête des qualités d’usufruitier et de nu-propiétaire. La propriété appartenant au nu-propiétaire depuis l’origine du démembrement, l’extinction de l’usufruit n’emporte à la charge de l’usufruitier ou de ses successeurs universels qu’une obligation de restitution du bien. Cette restitution porte soit sur le bien même qui avait été remis à l’usufruitier, soit sur un bien équivalent ou une somme d’argent quand il s’agissait de biens consommables ou lorsque la chose a péri par sa faute¹.

497. Libéralité graduelle et résiduelle. Double libéralité conditionnelle. – De ce qu’il tient ses droits du disposant, et non pas du premier gratifié, le second gratifié devient, dès l’ouverture de ses droits, instantanément propriétaire des biens. Il est investi de la propriété des biens, non seulement avec les accessoires qui dépendaient lors de l’entrée en jouissance du grevé, mais encore avec les accessions qu’ils peuvent avoir reçues². Il reste que la propriété lui est transmise, pourvu que les biens de la libéralité subsistent en nature³. Cette exigence n’a pas cependant la même signification pour chacune d’elles.

Pour les libéralités graduelles et la double libéralité conditionnelle, elle signifie seulement que le second gratifié ne peut invoquer une quelconque subrogation réelle en cas de disparition matérielle de tout ou partie des biens de la libéralité. Peu importe, en revanche, que les biens soient dans le patrimoine d’un autre que celui du grevé, dès lors qu’ils subsistent en nature. Il bénéficie, en cette occurrence, d’une action en revendication contre les tiers acquéreurs.

Cette règle a une autre signification pour les libéralités résiduelles. Le premier gratifié n’étant pas tenu de conserver les biens reçus, il peut librement en disposer entre vifs à titre onéreux comme à titre gratuit. Aussi bien le second gratifié ne devient-il propriétaire que des biens qui sont encore présents dans le patrimoine du grevé à l’instant même où s’ouvrent ses droits.

Au-delà, si le second gratifié de l’un de ces trois types de libéralités est automatiquement investi de la propriété des biens subsistants, il n’en demeure pas moins qu’ils les reçoit des mains du premier gratifié. Autrement dit, à l’égard de la possession, c’est du premier gratifié que le second reçoit les biens. Par là, l’intermédiaire-gratifié ne fait qu’exécuter son obligation de restitution qu’impose la charge de transmettre. Naturellement, l’ouverture des droits du second gratifié étant le plus souvent déclenchée par le décès du grevé, ce sont ses ayants cause qui exécuteront cette obligation de restitution.

¹ Voir par exemple Cass. civ. 3^{ème}, 26 juin 1991, *Bull. civ.* III, n°198 ; *JCP* 1991. IV. 348.

² Sur les améliorations, voir *infra* n°512 et s.

³ C. civ., art. 1049, al. 1^{er}, pour la libéralité graduelle ; C. civ., art. 1058, al. 1^{er}, pour la libéralité résiduelle.

498. Quid de la délivrance du legs à l'appelé et au légataire sous condition suspensive ? – Se pose toutefois une question lorsque le second gratifié est un légataire non saisi. La saisine, on le sait, permet à l'héritier de se mettre en possession de la succession, de sorte que le légataire qui n'en bénéficie pas doit demander la délivrance de son legs. Partant, l'appelé ou le légataire sous condition suspensive non saisi doivent-ils obtenir la délivrance de son legs¹ ? On raisonnera sur la situation de l'appelé d'une libéralité graduelle ou résiduelle, étant entendu que celle du légataire sous condition suspensive est la même.

Sous cet aspect, on ne peut guère se fonder sur les règles du Code civil antérieures à la réforme du 23 juin 2006 pour y apporter des éléments de réponse. En effet, la question ne se posait pas pour les substitutions fidéicommissaires permises, en raison de leur caractère lignager². Tout au plus pouvait-elle se poser pour le legs *de residuo*, mais, à notre connaissance, ni les auteurs ni la jurisprudence ne l'ont envisagée. Aussi bien, devant le silence de la loi, pourrait-on être enclin à appliquer les règles de droit commun et exiger ce faisant que le second gratifié non saisi demande la délivrance de son legs. Ce serait au demeurant un retour aux solutions posées par l'ordonnance de 1747, laquelle prévoyait que « *le fidéicommissaire même à titre universel ne sera point saisi de plein droit, encore que la substitution eût été faite en ligne directe, mais il sera tenu d'obtenir la délivrance ou la remise du fidéicommiss et les fruits ne lui seront dus que du jour de l'acte par lequel l'exécution de la substitution aura été consentie, ou la demande qu'il aura formée à cet effet, sans qu'il puisse évincer les tiers possesseurs des biens compris dans la substitution, qu'après avoir obtenu ladite délivrance ou remise* »³. Il est permis néanmoins de douter du bien-fondé d'une telle solution. En effet, à suivre les prescriptions de l'ordonnance de 1747, la délivrance devrait être demandée au grevé ou à ses héritiers, au motif que la propriété et la possession des biens substitués passait du grevé à l'appelé⁴. Or, telle n'est assurément plus la situation actuelle puisque, suivant l'article 1051 du Code civil, il n'existe aucun rapport d'auteur à ayant cause entre le grevé et l'appelé.

En réalité, s'il faut imposer cette formalité à l'appelé, ce ne peut être qu'après des héritiers du disposant. Mais, ici encore, une telle exigence paraît fortement critiquable. Comme on l'a justement souligné, les héritiers du disposant « *risquent d'être un peu surpris qu'on leur demande de*

¹ La question ne se pose pour le légataire en nue-propriété. Ayant été investi de droits certains dès la première transmission, c'est à cette occasion, c'est-à-dire au décès du testateur, que la question de la délivrance s'est posée. Sous cet aspect, comme tout légataire non saisi, il a dû demander la délivrance de son legs.

² Voir en ce sens R. Dupuy, *Des substitutions permises*, thèse Toulouse, 1907, p. 137 et s. ; H. Mérignhac, *Des substitutions permises*, préc. spéc. p. 116 et s. ; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II, n°3390 ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, n°617 ; Laurent, *op. cit.*, t. XIV, n°590 ; Marcadé, sur art. 1053, n°8. Comp. toutefois Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. XI, par P. Esmein, préc., § 696, p. 215, note 78.

³ Ordonnance août 1747, Titre 1^{er}, art. 40.

⁴ Furgole, *Commentaire de l'ordonnance de Louis XV sur les substitutions*, préc., p. 204 et s. ; Merlin, Répertoire, V^o Substitution, sect. VI, §3, n°2 ; Pothier, sect. VI, art. 2, § 1^{er}.

délivrer des biens qui ne figurent plus dans le patrimoine successoral depuis de nombreuses années »¹. Au surplus, il est de bonne méthode de déterminer le domaine d'application de toute règle d'après le fondement sur lequel elle repose. Or, sous cet angle, le fondement même de la saisine héréditaire semble s'opposer à ce que l'appelé soit soumis à la formalité de délivrance de son legs. En effet, si la saisine opère une dissociation entre la titularité des droits et leur exercice, c'est afin de parer à deux dangers – l'imposture et le dépérissement des biens héréditaires –, qui n'existent que durant la situation troublée consécutive au décès. Or, on voit mal comment de tels risques pourraient encore exister au jour où l'appelé devient propriétaire des biens légués. Il suit de là que le second gratifié d'un legs graduel ou résiduel doit être dispensé de la formalité de délivrance de son legs. Et, conséquemment, il a droit aux fruits des biens dès l'ouverture de ses droits².

2. Les effets de la transmission sur les droits réels des tiers

499. Distinction. – Les droits réels que les tiers auraient acquis pendant la jouissance du premier gratifié peuvent être soit résolus ou maintenus par suite de la seconde transmission. On peut ainsi distinguer les doubles libéralités pour lesquelles le principe est le maintien des droits réels des tiers (a) et celles pour lesquelles le principe est inverse (b).

a) Doubles libéralités dans lesquelles le principe est le maintien des droits réels des tiers

500. Libéralité précative – Le maintien des droits des tiers sur les biens grevés d'une charge précative résonne comme une évidence. N'étant tenu d'aucune obligation juridique, le premier gratifié peut naturellement disposer de tous les biens de la libéralité. De même, les droits des tiers résultant des saisies ou des jugements prononcés contre le gratifié seront pleinement opposables au second gratifié.

501. Libéralité réalisée au moyen du mécanisme de la stipulation pour autrui. – Une solution identique doit être posée pour les tiers ayant acquis des droits réels sur les biens reçus par le gratifié-promettant. Nul ne saurait le contester s'agissant d'une charge de transmettre en valeur puisque le promettant peut alors en disposer librement et n'est débiteur que d'une somme d'argent.

¹ M. Nicod, *JCl Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°62. Voir également du même auteur à propos des libéralités résiduelles *JCl Civil Code*, Art. 1057 à 1061, fasc. 10, préc., n°75.

² L'ensemble des solutions dégagées sont applicables au légataire sous condition suspensive, sa situation étant sur ce point identique à celle de l'appelé d'un legs graduel ou résiduel.

Mais cela doit valoir également lorsque la charge de transmettre est en nature. Ici encore, le gratifié-promettant est libre de disposer des biens de la libéralité. Et s'il ne peut exécuter correctement la charge, le tiers bénéficiaire ne saurait réclamer qu'une exécution par équivalent. En témoignent du reste les règles de la publicité foncière. Le tiers bénéficiaire, bien qu'ayant accepté, ne peut faire publier son droit direct puisqu'il n'est titulaire que d'une créance contre le promettant, et non d'un droit réel sur les biens de la libéralité.

La protection du tiers bénéficiaire serait en revanche mieux assurée en cas de stipulation d'une charge d'indisponibilité, telle une clause d'inaliénabilité. En ce cas, à condition qu'elle soit valable¹, la clause emporte tant l'inaliénabilité des biens que leur insaisissabilité, de sorte que le tiers bénéficiaire peut demander la nullité de l'aliénation ou de la saisie².

502. Libéralité résiduelle. – A la différence de la libéralité graduelle, la libéralité résiduelle n'impose au premier gratifié aucune obligation de conservation, de sorte qu'aucune inaliénabilité conditionnelle ne grève les biens de la libéralité. Partant, les droits réels acquis par les tiers ne sauraient être inopposables à l'appelé.

Tout au plus doit-on relever que le disposant peut prescrire une telle charge relativement aux donations entre vifs que consentirait le grevé³. En cette occurrence, seulement, l'ouverture des droits du second gratifié est de nature à entraîner la nullité l'acquisition des biens par les tiers.

b) Doubles libéralités dans lesquelles le principe est la résolution des droits réels des tiers

503. Doubles libéralités concernées. – La réalisation de la seconde transmission est susceptible d'entraîner la résolution des droits réels que les tiers ont acquis pendant la jouissance du premier gratifié. Cela est évident pour la double libéralité en usufruit et en nue-propriété (i). La solution est identique pour la libéralité graduelle, bien qu'elle souffre quelques tempéraments (ii). Il en va de même pour la double libéralité conditionnelle, alors même que la condition opérerait sans rétroactivité (iii).

i) La double libéralité en usufruit et en nue-propriété

¹ C'est-à-dire qu'elle soit temporaire et justifiée par un intérêt réel et sérieux (C. civ., art. 900-1).

² Sur cette clause, voir particulièrement l'exposé de M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1221 et s., p 167 et s.

³ C. civ., art. 1059, al. 2.

504. Acquisition de droits limités à la durée de l'usufruit. – La propriété étant démembrée pendant la durée de l'usufruit, les tiers ne sauraient acquérir des droits réels sur les biens sans l'assentiment conjoint de l'usufruitier et du nu-propiétaire. Aussi, dans les rapports exclusifs avec l'usufruitier, les tiers ne peuvent acquérir que le droit de celui-ci, avec les mêmes prérogatives et obligations. Ce qui signifie qu'à l'extinction de l'usufruit, le nu-propiétaire reçoit la pleine propriété, libre de toute charge.

ii) La libéralité graduelle

505. Inopposabilité des droits réels des tiers. – La charge de conservation à laquelle est tenu le premier gratifié d'une libéralité graduelle permet au gratifié en seconde ligne de recueillir les biens de la libéralité libres de toutes charges. En effet, la condition affectant la charge d'inaliénabilité s'étant réalisée, il en résulte que les titres d'acquisition des droits réels des tiers sur les biens de la libéralité sont nuls.

Concrètement, l'appelé est en droit de demander la nullité des sûretés réelles prises du chef du grevé, notamment la radiation des inscriptions hypothécaires. Il peut également revendiquer les biens de la libéralité entre les mains du tiers acquéreur ou adjudicataire au jour de l'ouverture définitive de ses droits¹.

506. Cas où les droits réels des tiers sont maintenus. – Il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, les droits réels des ayants cause du grevé sont opposables à l'appelé.

Ainsi, les tiers acquéreurs de bonne foi des meubles corporels sont protégés par l'article 2276 du Code civil². De même, les tiers peuvent opposer à l'appelé les droits réels principaux ou accessoires qu'ils ont acquis sur des immeubles pour lesquels les formalités de publicité n'ont pas été accomplies³. De ce que les actions relatives aux biens résident en la seule personne du grevé, il suit que c'est contre lui que court la prescription de ces actions. Ainsi, une fois accomplie contre le grevé, la prescription est opposable à l'appelé, fût-il non conçu ou mineur pendant cette période. La maxime latine *contra non valentem agere non currit praescriptio* n'est ici d'aucun secours pour l'appelé. C'est contre le grevé, et non contre l'appelé, que la prescription court, de sorte que

¹ Notons que dans le cas où la libéralité graduelle porte sur un portefeuille de valeurs mobilières, les arbitrages du grevé sont opposables à l'appelé car ils sont qualifiés d'actes d'administration, et non d'actes de disposition (C. civ., art. 1049, al. 2).

² Sans être ayants cause du grevé, certains acquéreurs pourront aussi faire valeur une prescription acquisitive (C. civ., art. 2258 et 2272 et s.).

³ C. civ., art. 1049, al. 3.

ce dernier ne saurait se prévaloir d'une cause de suspension existant dans sa personne pour soutenir que le cours de la prescription a été suspendu en sa faveur. Il reste que le propos doit être nuancé : d'une part, l'appelé est, ici aussi, en droit d'intervenir pour interrompre la prescription ; d'autre part, le grevé n'est certainement pas libre d'agir ou non pour interrompre la prescription. S'agissant en effet d'actes de nature conservatoire, en ce qu'ils préservent un droit menacé de disparition, les actes interruptifs de prescription s'imposent au grevé. Aussi sera-t-il rare en pratique d'observer la prescription d'actions à l'encontre de l'appelé.

En outre, le second gratifié peut être un héritier du grevé. Or, s'il accepte purement et simplement la succession de ce dernier, il est tenu à ce titre de l'obligation de garantie qui, en vertu de l'article 1122 du Code civil, lui interdit d'évincer tout titulaire de droits réels¹.

On peut ajouter que l'acte de disposition passé par le grevé peut avoir été autorisé, de sorte qu'il ne peut être contesté par l'appelé. Il en est ainsi, d'abord, lorsque le disposant lui a expressément permis de le faire². Dans ce cas l'appelé ne pourrait revendiquer les biens aliénés. Simplement, on voit mal comment une telle autorisation pourrait se concilier avec la double charge de conserver et de transmettre, inhérente aux libéralités graduelles, si elle n'était pas accompagnée d'une obligation de remploi du prix de vente afin de permettre à l'appelé de conserver sa vocation intacte. En effet, à défaut de cette obligation, le grevé aurait le pouvoir d'annihiler la vocation de l'appelé, en sorte que la situation ainsi créée serait bien proche de celle d'une libéralité résiduelle. Aussi bien, pour maintenir la qualification de libéralité graduelle, doit-on considérer qu'à l'instar de ce qu'il était exigé pour les substitutions fidéicommissaires permises³, le disposant ne peut autoriser l'aliénation que sous condition de remploi du prix, afin de permettre à l'appelé d'exercer ses droits éventuels sur le bien nouvellement acquis.

Le grevé peut, ensuite, obtenir une autorisation judiciaire de passer l'acte de disposition, afin de rendre celui-ci inattaquable par l'appelé. A cet égard, en sollicitant une autorisation judiciaire, le grevé demande une révision de la charge qui s'impose à lui. Ce sont donc les dispositions des

¹ Voir par exemple Paris, 10 janv. 1962, *RTD civ.* 1962. 534, obs. R. Savatier. *Adde* M. Dagot, note sous TGI Dieppe, 27 nov. 1968, *JCP* 1969. II. 15801 ; Amiens, 6 déc. 1892, *D.* 1893. 2. 129 ; Paris, 10 janv. 1962, *D.* 1962. somm. 69 ; Trib. civ. Seine, 26 mai 1922, *DP* 1925. 2. 149, note J. Plassard.

² Il a été défendu l'idée que cette autorisation serait implicite lorsque l'objet de la libéralité est une quotité des biens du disposant (P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 122-123). L'assertion nous paraît critiquable. L'article 1049 du Code civil exige, on l'a dit, que les biens qui forment l'objet de la libéralité soient identifiables. Si cela n'interdit pas d'insérer une clause graduelle dans une libéralité universelle ou à titre universel (voir *supra*), cela suppose néanmoins qu'un inventaire des biens de l'universalité soit dressé. L'obligation de conserver en nature s'impose donc au grevé pour chaque bien de l'universalité. De sorte qu'en cette occurrence, on ne doit pas présumer une autorisation tacite pour le grevé de disposer des biens de l'universalité.

³ TGI Saint-Nazaire, 27 déc. 1935, *Gaz. Pal.* 1936. 1. 476.

articles 900-2 à 900-8 du Code civil qu'il convient d'appliquer¹. Ainsi, le juge ne l'autorisera qu'eu égard aux circonstances, notamment en raison de la nécessité ou d'avantages évidents pour l'appelé². De même, il est vraisemblable que le juge n'autorisera l'aliénation pourvu que le prix en soit remployé, et ce afin de reporter la vocation de l'appelé sur le bien acquis en remploi, et ce alors même que la subrogation réelle n'est en principe pas applicable³.

Enfin, l'appelé peut lui-même consentir à l'acte et, ce faisant, renoncer à l'attaquer⁴. Reste que la portée de ce consentement sur la vocation de l'appelé est incertaine. Nos anciens auteurs considéraient qu'il ne saurait être interprété comme une renonciation au bénéfice de la substitution, de sorte que l'appelé consentant n'en conserve pas moins son droit sur le prix du bien aliéné⁵. Le raisonnement, pour séduisant qu'il est, nous paraît excessif. On ne voit guère, en effet, en vertu de quel fondement les droits de l'appelé seraient automatiquement reportés sur les biens acquis en remploi. Sans doute pourra-t-on faire valoir que la volonté de l'appelé, exprimée ou tacite, est assurément que sa vocation soit reportée sur les biens acquis en remploi. Mais l'argument prouve trop. Une telle logique aboutit à contrevenir à la volonté du disposant, lequel, en imposant au grevé la double charge de conserver et de rendre, souhaite qu'un même bien soit transmis successivement à deux gratifiés. Rien n'autorise, en effet, les deux gratifiés à modifier l'objet de la libéralité. Par où l'on voit que l'accord de l'appelé aux actes de disposition passés par le grevé ne produit qu'un seul effet, à savoir éviter la remise en cause de l'acte par l'ouverture définitive des droits de l'appelé. En revanche, la vocation de l'appelé ne saurait se reporter sur les biens acquis en remploi, sauf à obtenir l'assentiment du disposant ou du juge.

iii) La double libéralité conditionnelle

507. Assimilation de la double libéralité conditionnelle à la libéralité graduelle lorsque la condition est rétroactive. – Lorsque la condition s'accomplit de façon rétroactive, la situation

¹ Remarquons que l'article 900-1 n'a pas lieu d'être appliqué. Il s'agit ici d'adapter les charges qui grèvent la jouissance du premier gratifié eu égard à un changement de circonstances, ce à quoi répondent les articles 900-2 à 900-8 du Code civil, et non pas de libérer le premier gratifié, ce à quoi procède l'article 900-1.

² Poitiers, 22 mars 1883, DP 1884. 2. 40 : « on peut reconnaître aux tribunaux le droit d'autoriser la vente des biens grevés de substitution, lorsqu'il y a nécessité de le faire, soit dans quelque autre intérêt évident et grave de l'hérédité et non du grevé [...] » ; Trib. civ. Seine, 26 mai 1922, DP 1925. 2. 149, note J. Plassard ; TGI Dieppe, 27 nov. 1968, préc.

³ C. civ., art. 900-4, al. 2.

⁴ M. Grimaldi, « Les libéralités graduées et les libéralités résiduelles », préc., spéc. n°6 ; M. Nicod, *JCI Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°69. Voir déjà Trib. civ. Nevers, 11 déc. 1929, *Gaz. Pal.* 1930. 1. 315 ; Trib. civ. Saint-Nazaire, 27 déc. 1935, *JCP* 1936. 465 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°810, p. 1008 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc. n°398, p. 372.

⁵ C.-E. Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. II, n°107 ; Rolland de Villargues, *Des caractères auxquels on doit reconnaître les substitutions prohibées*, préc., n°16 ; J.-B.-C. Coin-Delisle, *Commentaire du titre II du livre II du Code civil*, art. 1048, n°33 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°810, p. 1008.

du gratifié sous condition suspensive est similaire à l'appelé d'une libéralité graduelle. Tous les droits réels concédés sur la chose par le gratifié sous condition résolutoire sont rétroactivement effacés en application de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*¹. La règle s'applique aux actes de disposition directe consentis par le premier gratifié, qu'il s'agisse de la transmission de la propriété ou seulement de l'un de ses démembrements. La résolution produit également ses effets sur les actes de dispositions indirectes résultant des saisies ou des jugements prononcés contre le gratifié sous condition résolutoire².

Cependant, les droits des tiers peuvent être maintenus en certaines circonstances : tel est le cas si ces tiers peuvent invoquer la règle de l'article 2276, l'absence de publicité foncière, les règles de la prescription³, de l'article 1122 du Code civil, ou encore si l'aliénation a été autorisée par le disposant ou le juge. Au fond, on le voit, ces solutions souffrent les mêmes tempéraments qu'en matière de libéralité graduelle⁴.

508. Difficultés d'analyse lorsque la condition n'est pas rétroactive. – L'application du principe d'attribution rétroactive de la propriété au gratifié sous condition suspensive fait que les droits réels des tiers ont été acquis *a non domino*. Mais qu'en est-il lorsque la condition s'accomplit sans rétroactivité ?.

A l'instar de certains auteurs, il suffirait d'appliquer la maxime *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ips habet* pour assurer la sécurité du gratifié sous condition suspensive face aux actes par lesquels le premier gratifié aurait amoindri son droit de propriété au profit de tiers pendant la période d'incertitude⁵. Mais, comme on l'a justement souligné, cet adage ne permet la protection du second gratifié qu'à dater de la réalisation de la condition⁶.

Aussi bien, faut-il se résoudre à considérer que les droits réels des tiers doivent être maintenus malgré la réalisation de la seconde transmission. Cependant, du point de vue pratique, la solution mérite d'être nuancée. En effet, les règles de la publicité foncière peuvent ici venir au secours du second gratifié. En vertu de l'article 28, 1° du décret du 4 janvier 1955, l'acte translatif d'un droit

¹ Voir parmi d'autres F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°1235, p. 1174 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. – 3. Le rapport d'obligation*, préc., n°290, p. 274 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n°1319, p. 702 ; J.-J. Taisne, *JCl. Civil Code*, Art. 1181 et 1182, préc., n°65 et s. ; Art. 1183, préc., n°41 et s.

² Bordeaux, 2 nov. 1886, *DP* 1887. 2. 157.

³ Le jeu des règles de la prescription demeure néanmoins discuté. Sur cette discussion, voir J.-J. Taisne, *JCl. Civil Code*, Art. 1183, préc., n°48.

⁴ *Comp.* P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 233, qui considère que les deux gratifiés peuvent aliéner le bien sous condition sans avoir à obtenir l'accord ni du disposant ni du juge.

⁵ A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil français*, t. II, par L. Julliot de La Morandière, Dalloz, 1959, n°1694 et s.

⁶ H. Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n°430 et s. ; A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, 1973, n°55 et s.

réel immobilier, assorti d'une condition résolutoire ou suspensive, doit être publié. Autrement dit, dès lors que la libéralité aura pour objet un immeuble, sa publicité fera que les droits du gratifié sous condition seront opposables aux tiers. Par où l'on voit que la situation ne diffère guère de la condition rétroactive.

3. Les effets de la transmission sur les actes conservatoires et les actes d'administration

509. Opposabilité des actes conservatoires et d'administration du premier gratifié. –

Par ailleurs, si le gratifié en seconde ligne recueille, en principe, la propriété des biens compris dans la libéralité libre de charges, il reste que certains actes accomplis par le premier gratifié lui sont toujours opposables. Précisément, il y a une certaine unité en la matière : quelle que soit la double libéralité en cause, les actes conservatoires ou d'administration accomplis par l'intermédiaire-gratifié ne sont pas menacés par la seconde transmission¹.

Ainsi s'explique, au demeurant, que celui-ci ne doive en aucun cas rendre les fruits qu'il aurait perçus jusqu'à la réalisation de la seconde transmission. Pour autant, si nul n'en doute pour l'usufruitier, le grevé d'une charge de transmettre, ou le grevé d'une charge précative, cela a pu être discuté pour le gratifié sous condition résolutoire². En effet, la condition opérant de façon rétroactive, le gratifié sous condition résolutoire devait rendre les fruits perçus *pendente conditione*. Mais jurisprudence et doctrine sont aujourd'hui unanimes pour accorder au gratifié sous condition résolutoire le droit de les conserver³.

510. Cas particulier des baux. – Cette solution de principe est parfois difficile à mettre en oeuvre lorsqu'il est question de baux consentis par le premier gratifié. A cet égard, seules les dispositions légales relatives à l'usufruit règlent la question. L'article 595, alinéa 2 et 3, du Code civil prévoit, en effet, que la conclusion ou le renouvellement d'un bail est opposable au nu-propriétaire dès lors qu'il n'a pas été conclu pour plus de neuf ans. Pour le bail d'une durée

¹ Voir par exemple P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., spéc., p. 94 et s.

² Sur cette discussion, voir J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, préc., n°331 et s.

³ En jurisprudence, voir notamment Cass. req., 26 févr. 1908, *S.* 1909. 1. 461 ; Cass. civ., 18 nov. 1924, *DP* 1925. 1. 25 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 févr. 1975, *Bull. civ.* I, n°67 ; *D.* 1975. Somm., p. 71. En doctrine, voir H. Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n°257 et s. ; J.-J. Taisne, *op. cit.* ; M. Bouteille, *Les propriétés conditionnelles*, préc., n°717, p. 389 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°1236, p. 1176. Comp. toutefois P. Bouzat, *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, préc., p. 241.

supérieure, son opposabilité au nu-propiétaire est au maximum de neuf ans à compter de la cessation de l'usufruit¹.

Mais qu'en est-il des autres gratifiés, notamment du grevé d'une libéralité graduelle ? Dans quelle mesure ces baux sont-ils opposables à l'appelé à l'ouverture de ses droits ? Il s'agit là d'une question vivement débattue qui montre l'opposition de deux idées que le droits des libéralités graduelles met en conflit. : d'un côté, la pensée de conservation des biens ; de l'autre, le désir de paralyser au minimum leur bonne exploitation. A cet égard, l'accord est loin de régner en doctrine, et ce d'autant plus que la jurisprudence s'est assez peu prononcée². Ainsi, certains auteurs ont soutenu l'opinion d'après laquelle tous les baux passés par le grevé seraient inopposables à l'appelé³. Sans insister sur les inconvénients économiques d'une position aussi rigoureuse, il nous suffit, pour la rejeter, d'en montrer la faiblesse juridique, à savoir qu'elle nie au grevé tout pouvoir d'administration. A l'inverse, certains ont proposé d'assimiler le grevé à l'acheteur à réméré afin d'appliquer l'article 1673 du Code civil, en vertu duquel les baux passés sans fraude par l'acheteur à réméré son opposables au vendeur qui exerce sa faculté de réméré⁴. Mais, ici encore, il est permis de ne pas être convaincu par cette position en ce qu'elle fait fi de la distinction entre les actes d'administration et de disposition. Partant, il convient de revenir à la distinction traditionnellement faite suivant la durée du contrat de bail. Lorsque sa durée n'excède pas neuf ans, la conclusion du bail et son renouvellement à l'époque habituelle sont considérés comme des actes courants et normaux et donc versés dans la catégorie des actes d'administration ; dans le cas contraire, ils sont qualifiés d'actes de disposition⁵. Il reste que le renforcement des prérogatives de certains preneurs par la législation moderne, notamment en leur reconnaissant un droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux, justifie que la conclusion de tels baux, ou leur renouvellement, soit qualifiée d'acte de disposition⁶. Aussi bien

¹ Il reste que, dans certains baux, le preneur bénéficie d'un droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux. Il en est ainsi des baux commerciaux, des baux ruraux et les baux d'habitation encore soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948. Le plafond de neuf ans prévu à l'article 595 alinéa 2 paraît alors illusoire. Aussi, l'alinéa 4 de cet article exige le concours du nu-propiétaire aux baux ruraux et commerciaux conclus par l'usufruitier, sauf autorisation judiciaire en cas de refus injustifié du nu-propiétaire.

² Tout au plus peut-on citer les décisions suivantes : Trib. civ. Seine, 26 mai 1922, *DP* 1925. 2. 114, qui considère que les baux consentis sans fraude par le grevé de substitution sont opposables à l'appelé, pourvu qu'ils n'excèdent pas dix-huit ans ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1965, *Bull. civ. I*, n°339, qui rejette le pourvoi formé par l'appelé au motif que le bail conclu sans fraude par le grevé n'est pas nul (en l'espèce, il devait sans doute s'agir d'un bail commercial, mais rien n'indique qu'il était soumis au décret du 30 septembre 1953).

³ M. Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, préc., n°696 et s., p. 211 ; de façon plus nuancée, Ricard, *Traité des substitutions*, préc., chap. 10, n°28. Voir également Th. Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VI, préc., n°418-7.

⁴ Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°566, p. 507 ; J. Plassard, note sous Trib. civ. Seine, 26 mai 1922, *DP* 1925. 2. 114.

⁵ Voir sur ce point C. Brenner, *V^o Acte*, *Rép. civ. Dalloz*, 2006, n°307 et s.

⁶ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1993, *Bull. civ. I*, n°172 ; *D.* 1994. 25, note G. Paisant ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 avr. 1995, *Bull. civ. III*, n°109.

est-on volontiers enclin à raisonner par analogie avec plusieurs dispositions légales, qui expriment une dissociation, réelle ou latente, entre le pouvoir d'administrer et celui de disposer, et qui soumettent ces baux au régime des actes de disposition¹, ou limitent la durée de jouissance du preneur², afin de traiter le bail comme un acte d'administration³.

4. La contribution aux charges de la propriété

511. Comptes entre nu-propiétaire et usufruitier. – La question de la contribution aux charges de la propriété ne saurait poser guère de difficultés en présence d'une double libéralité en usufruit et en nue-propiété. Comme on l'a vu, chaque gratifié est obligé à la dette dès la formation de la double libéralité, l'usufruitier étant redevable des dépenses de réparations, le nu-propiétaire, des grosses réparations.

A tout le moins, l'extinction de l'usufruit donne lieu à l'établissement d'un compte entre les parties relatant leurs différentes dettes réciproques. Au passif du compte figurent les fruits que l'usufruitier a perçus après la cessation de son droit, ainsi que les indemnités qu'il doit en raison des dégradations qui lui sont imputables, même pour celles qui résultent d'un usage normal de la chose. A l'actif apparaissent les créances qui sont dues à l'usufruitier, notamment les plus-values résultant des grosses réparations qu'il aurait financées pour le compte du nu-propiétaire. En revanche, contrairement au droit commun, l'article 599, alinéa 2, du Code civil énonce que les améliorations apportées au bien par l'usufruitier ne sont pas génératrices d'une créance⁴. Outre l'iniquité de cette règle, elle est de nature à dissuader l'usufruitier de mettre en valeur le bien⁵. Surtout, on peut difficilement la justifier si l'on considère que l'usufruitier et le nu-propiétaire sont unis par un intérêt commun relatif au bien. En effet, en application de la théorie des impenses, le caractère utile des dépenses d'amélioration devrait assurer une indemnisation à l'usufruitier.

¹ C. civ., art. 595, al. 4 (rapports entre usufruitier et nu-propiétaire) ; 815-3 (rapports entre indivisaires) ; 1425 (rapports entre époux communs en biens).

² C. civ., art. 595, al. 2 et 3 ; art. 1425 ; 1718 (rapports entre le tuteur et la personne protégée) ; 1873-6, al. 2 (rapports entre le gérant de l'indivision conventionnelle et les indivisaires).

³ Voir déjà en ce sens G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3356 et s., p. 614 et s. ; D. R. Martin et P. Catala, *JCl Civil Code*, Art. 1053 à 1074, fasc. 20, 2004, n°99 et s.

⁴ La jurisprudence a étendu cette règle aux constructions neuves (Cass. req., 4 nov. 1885, *DP* 1886. 1. 361, rapp. Almeras-Latour ; *S.* 1886. 1. 113 ; Paris, 2 mai 1994, *D.* 1994. IR. 177). Pour une critique voir F. Deboissy, « Le sort des constructions nouvelles édifiées par l'usufruitier : retour sur une controverse ancienne », in *Mélanges Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 745.

⁵ Voir en ce sens J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Les biens*, préc., n°270, p. 311 ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°856, p. 750 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°837, n°281.

512. Position du problème pour les autres doubles libéralités. – Quant aux autres doubles libéralités, la question de la contribution aux charges de la propriété ne se pose pas pendant la jouissance du premier gratifié. Durant cette période, les droits du second étant en formation – conditionnels, éventuels ou simples expectatives –, il ne peut être obligé par le premier gratifié à contribuer aux charges de la propriété. En revanche, au jour où l'éventualité est levée, c'est-à-dire au jour où le second gratifié devient propriétaire des biens compris dans la libéralité, se pose la question de savoir si le premier gratifié peut demander au second de contribuer aux charges qu'il a dues acquitter pendant sa jouissance.

Sous le bénéfice de ces remarques, on peut distinguer, à première vue, deux groupes : les libéralités graduelles, les doubles libéralités conditionnelles et la stipulation pour autrui à titre gratuit, d'une part, et les libéralités résiduelles et les libéralités précatives, d'autre part.

513. Libéralité graduelle. Double libéralité conditionnelle. Stipulation pour autrui à titre gratuit. – On raisonnera d'abord sur le cas de la libéralité graduelle, pour voir, ensuite, si les solutions dégagées sont transposables à la double libéralité conditionnelle et à la stipulation pour autrui à titre gratuit.

S'agissant des libéralités graduelles, l'on sait que la double de charge de conserver et de rendre qui pèse sur le grevé lui impose de tenir compte des intérêts de l'appelé. Tenu d'accomplir toutes diligences conservatoires, il doit notamment faire les réparations de toute espèce, les grosses comme celles d'entretien. Mais peut-il exiger que l'appelé lui rembourse tout ou partie des frais engagés ? De même, le grevé a pu réaliser des améliorations sur les biens compris dans la libéralité. Là encore, on peut se demander s'il peut réclamer à l'appelé une quelconque indemnisation.

Pour y répondre, il convient de recourir à la théorie des impenses. Sous cet aspect, distinction est classiquement faite entre les impenses nécessaires, qui ont pour objet la conservation du bien, les impenses utiles, qui ont pour effet d'améliorer le bien et lui donnent une plus-value, et les impenses voluptuaires, qui sont faites pour le seul plaisir, telles les dépenses d'agrément¹. Et, en application de l'adage *Ubi emolumentum ibi onus*, ces frais incombent définitivement à ceux qui en profitent. En ce sens, cette corrélation entre la charge et le profit invite à rechercher au bénéfice de qui l'acte est accompli. Appliquée aux libéralités graduelles, elle suppose donc de savoir si la dépense engagée par le grevé est faite dans son intérêt exclusif, dans un intérêt qu'il partage avec l'appelé, ou dans le seul intérêt de celui-ci. Si l'on reprend la classification tripartite des impenses, on doit ce faisant admettre que les dépenses voluptuaires sont la charge définitive de celui qui les

¹ Voir notamment *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Impenses.

a engagées, à savoir le grevé. Quant aux impenses utiles, il semble qu'elles soient accomplies dans un intérêt commun aux deux gratifiés. Aussi bien peut-on considérer, à l'instar de ce qu'enseignaient nos anciens auteurs¹, que le grevé est fondé à réclamer à l'appelé le montant des dépenses de travaux à concurrence de la plus-value procurée aux biens au moment de la restitution². Quant aux impenses nécessaires, il est admis la répartition suivante : le menu entretien à celui qui use du bien, les dépenses nécessaires d'entretien à celui qui fait siens les fruits, les grosses réparations à celui à qui revient le capital³. Sous le bénéfice de cette clef de répartition, il est permis au grevé de répéter le montant des dépenses qui sont à la charge du capital⁴. De sorte que les grosses réparations doivent être à la charge définitive de l'appelé. Sans doute profitent-elles également au grevé, en ce sens qu'il retire pendant sa jouissance les utilités concrètes du bien, mais les objectifs auxquels répondent ces dépenses militent en faveur d'une attribution définitive de leur montant à l'appelé. En effet, comme on l'a justement souligné, « *si les grosses réparations sont à la charge du capital, c'est parce qu'elles ont la double particularité de conserver la structure du bien et d'être d'une efficacité durable, de sorte qu'en définitive, elles profitent prioritairement à celui qui est appelé à récupérer la propriété du bien* »⁵. De là il suit que la charge définitive des dépenses en capital incombe à celui des deux gratifiés dont la propriété devient incommutable au jour où l'éventualité cesse.

Conséquemment, si le grevé doit répondre des dégradations et détériorations, il doit néanmoins être indemnisé pour les impenses utiles, à concurrence de la plus-value prise par les biens, ainsi que pour les impenses nécessaires relatives au capital.

L'application de la théorie des impenses commande de transposer cette solution à la double libéralité conditionnelle⁶, ainsi qu'à la double libéralité réalisée au moyen d'une stipulation lorsque le promettant est grevé d'une charge de transmettre en nature. En effet, dans ces deux types de doubles libéralités, la situation des deux gratifiés apparaît, d'un point de vue économique, similaire au grevé et à l'appelé d'une libéralité graduelle.

¹ Pothier, *Traité des substitutions*, n°138, p. 501 ; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°568, p. 509 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°3353, p. 614 ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. XI, par P. Esmein, préc., § 696, p. 215.

² Voir en ce sens M. Nicod, *JCl. Civil Code*, Art. 1048 à 1056, fasc. 20, préc., n°63.

³ M.-C. Fayard, *Les impenses*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1969, n°13 et s., p. 22 et s. ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°700, p. 373 et s. ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°204, p. 327 et s.

⁴ Ricard, *Traité des substitutions*, chap. XV, n°153 ; Marcadé, *op. cit.*, t. IV, n°220 ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. XI, par p. Esmein, préc., § 696, p. 215 ; C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°682, p. 364.

⁵ C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n°796, p. 431.

⁶ Voir dans le même sens en cas d'exercice du réméré : l'article 1673 du Code civil admet que l'acquéreur puisse répéter les réparations nécessaires, c'est-à-dire celles qui ont permis de conserver le bien, mais les dépenses d'entretien qui ont augmenté la valeur du fonds.

514. Libéralité résiduelle. Libéralité précative. – S’agissant des libéralités résiduelles, le doute quant à l’existence, entre les deux gratifiés, d’une contribution aux charges de la propriété est nettement plus fort qu’à propos des libéralités graduelles. En effet, de ce que le premier gratifié n’a pas à rendre compte de sa gestion au disposant ou à ses héritiers¹, il suit qu’il est parfaitement libre de gérer les biens comme il l’entend. On pourrait dès lors considérer que cette liberté a un corollaire : celui de ne pas pouvoir exiger de l’appelé une quelconque contribution aux charges de jouissance. Mais cette position paraît heurter la théorie des impenses. Les motifs d’équité qui sont à la base de cette théorie militent en faveur d’une répartition de certaines dépenses entre les deux gratifiés. En effet, lorsque la dépense est justifiée par l’existence d’un intérêt non exclusif à celui qui l’a engagée, il est de bonne justice que celui-ci n’en supporte pas définitivement le coût total². Et, dans cette optique, on doit pouvoir reconnaître l’existence d’une contribution aux charges de la propriété entre les deux gratifiés. Précisément, pour les biens qu’il laisse à l’appelé, le grevé est en droit de réclamer une indemnisation des impenses utiles ainsi que pour celles relatives au capital.

La même logique doit, nous semble-t-il, être appliquée à la libéralité précative puisque le premier gratifié est tout aussi libre que le grevé d’une libéralité résiduelle de gérer les biens comme il l’entend. Et s’il décide d’exécuter la charge, on doit pouvoir considérer qu’il a droit également à être indemnisé.

5. La contribution aux dettes du disposant

515. Position du problème. Exclusion de certaines doubles libéralités. – Une autre source de difficulté existe dans les rapports entre les deux gratifiés. Lorsque la double libéralité est universelle ou à titre universel, se pose la question de savoir comment régler, entre les deux gratifiés, la charge du passif successoral du disposant, ce qui suppose, naturellement, qu’ils aient accepté purement et simplement la succession du disposant.

Toutefois, la question ne concerne pas toutes les doubles libéralités. Il y a lieu d’exclure, d’abord, la double libéralité en usufruit et en nue-propriété. En ce cas, la question de la répartition du passif successoral est résolue dès le décès du disposant, chaque gratifié étant tenu à proportion de son droit. Elle ne se pose pas non plus pour la stipulation pour autrui à titre gratuit. En effet, le tiers bénéficiaire est l’ayant cause du promettant, et non du disposant. S’il est un gratifié de ce dernier, il n’est pas en revanche son ayant cause universel ou à titre universel.

¹ C. civ., art. 1060.

² Voir M.-C. Fayard, *Les impenses*, préc., n°167 et s., p. 193 et s. ; C. Brenner, *L’acte conservatoire*, préc., n°791, p. 428 et s. ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*

Semblablement, on ne saurait évoquer cette question à propos de la libéralité précative puisque le bénéficiaire de la charge est, ici encore, l'ayant du premier gratifié.

En définitive, la question de la contribution aux dettes du disposant ne concerne que les doubles libéralités dans lesquelles, d'une part, les deux gratifiés tiennent leurs droits du disposant et, d'autre part, le second gratifié n'est pas obligé aux dettes tant que ses droits ne sont pas devenus certains. Cela vise donc les libéralités graduelles et résiduelles, ainsi que la double libéralité conditionnelle¹.

Encore faut-il relever que la question ne se pose pratiquement que dans deux cas : soit le premier gratifié a acquitté tout ou partie du passif successoral à l'aide de biens qui ne sont pas compris dans la libéralité², soit, plus rarement, tout ou partie du passif n'est pas encore réglé à l'ouverture des droits du second gratifié³.

516. Libéralités graduelles et résiduelles. – Cette question de la contribution à la dette n'a pas été résolue par la réforme du 23 juin 2006. Pas davantage n'était-elle réglée par le droit antérieur. Tout au plus peut-on relever l'existence d'une décision de la Cour de cassation concernant le legs *de residuo*, aux termes de laquelle il fut considéré que « *que le legs de residuo est soumis à la double condition qu'au décès du premier légataire institué, la chose léguée subsiste dans son patrimoine et le second légataire survive ; qu'en cas de réalisation de la condition, seul le second légataire est tenu des dettes et charges de la succession du testateur* »⁴. Il reste que la solution n'est guère convaincante puisqu'elle repose sur une analyse erronée du legs *de residuo*. A l'instar de la libéralité résiduelle, le legs *de residuo* n'est pas, en effet, une double libéralité conditionnelle, mais une double libéralité successive dont l'ouverture des droits du second légataire s'opère sans rétroactivité.

¹ Tant que les droits du second gratifié ne sont qu'en formation, seul le gratifié en première ligne est tenu au paiement. Le caractère éventuel ou conditionnel des droits du second gratifié s'oppose en effet à ce que les créanciers du *de cuius* puissent lui réclamer le paiement.

² Dans l'hypothèse où le premier gratifié acquitterait le passif à l'aide des biens compris dans la libéralité, on ne voit guère sur quel fondement il pourrait exercer un recours en contribution contre le gratifié en seconde ligne puisqu'il réduit à concurrence du montant du passif qui s'impute sur les biens compris dans la libéralité l'émolument du second gratifié. Corrélativement, on ne voit pas le fondement qui permettrait à ce dernier de contester le caractère définitif du paiement effectué. Nul ne doute qu'il en soit ainsi pour le second gratifié du *residuum* puisqu'il doit souffrir des actes de disposition à titre onéreux accomplis par le premier gratifié. Et une solution analogue doit être retenue pour l'appelé d'une libéralité graduelle et le gratifié sous condition suspensive. En effet, tant les actes conservatoires que les actes d'administration accomplis par le premier gratifié lui sont opposables, ce qui peut être le plus souvent le cas du paiement de certaines dettes successorales (C. civ., art. 784). Et si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire si l'acte est qualifié d'acte de disposition à titre onéreux, l'aliénation sera alors autorisée judiciairement, de sorte que le second gratifié ne pourra revendiquer le bien aliéné. Comp. Poitiers, 22 mai 1883, DP 1884. 2. 40 « *on peut reconnaître aux tribunaux le droit d'autoriser la vente des biens grevés de substitution, lorsqu'il y a nécessité de le faire, soit pour l'acquittement des dettes de la succession, soit dans quelque autre intérêt évident et grave de l'hérédité et non du grevé [...]* ».

³ Tel était le cas d'espèce de Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, n° 02-12.103 ; Bull. civ. 2005, I, n° 80 ; D. 2005. 1674, note C. Brenner ; JCP éd. N 2005. 1315, étude G. Mahinga ; AJ Famille 2005. 235, obs. F. Chénédy ; Dr. famille 2005, comm. 85, obs. B. Beignier ; Les Petites Aff. 9 janv. 2006, p. 12 et s., note J.-P. Couturier.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, préc.

Sous le bénéfice de cette remarque, il convient de concilier le particularisme des libéralités graduelles et des libéralités résiduelles, à savoir la succession de deux gratifiés dans le temps, avec le principe suivant lequel chaque ayant cause universel ou à titre universel du *de cuius* doit supporter une fraction de la dette proportionnelle à ses droits¹. Au fond, on le voit, toute la difficulté est de déterminer la part contributive de chaque gratifié. Sous cet aspect, la difficulté n'est sans doute pas la même selon qu'il s'agit d'une libéralité graduelle ou d'une libéralité résiduelle.

Quant aux libéralités graduelles, on pourrait, suivant une première analyse, appliquer le principe selon lequel le passif doit se répartir proportionnellement à la vocation de chacun des successeurs. La vocation des deux gratifiés étant identique, à savoir la propriété pleine et entière des biens compris dans la libéralité, il en résulte que le passif devrait être supporté par celui qui recueille définitivement la propriété. Mais, à raisonner ainsi, on fait abstraction du caractère successif des deux libéralités, de sorte que la libéralité graduelle se confond avec un double legs universel conditionnel. En réalité, c'est un partage de la charge définitive du passif qu'il convient d'opérer entre les deux gratifiés. A cet égard, il paraît préférable de suivre une autre analyse, dont le raisonnement est ici encore analogique. Précisément, la proximité de situation que crée la libéralité graduelle avec celle qui procède d'un double legs universel en usufruit et en nue-propriété peut nous inciter à reprendre les mêmes solutions². Cette analyse, qui reçoit le puissant renfort de l'Ancien droit³, est d'autant plus séduisante qu'elle correspond à la réalité économique existant à l'ouverture des droits du second gratifié. A cette date, l'appelé recueille la pleine propriété de tous les biens compris dans la libéralité, de sorte que le grevé apparaît en définitive comme une sorte d'usufruitier qui a joui desdits biens sa vie durant. Sur le fondement de cette idée, la répartition du passif doit donc être la suivante : le grevé supporte les dettes usufructuaires échues pendant sa jouissance, à savoir les intérêts des dettes successorales, tandis que l'appelé acquitte définitivement les dettes en capital qui n'ont pas été réglées au moyen des deniers compris dans la libéralité.

Quant aux libéralités résiduelles, une première démarche pourrait consister à partager le passif en fonction de l'émolument réellement recueilli par chaque gratifié. La vocation du second

¹ Cette solution de principe ressort, depuis 1804, de l'article 870 du Code civil, suivant lequel « *les cohéritiers contribuent entre eux au paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend* », et de l'article 871, d'après lequel « *le légataire à titre universel contribue avec les héritiers, au prorata de son émolument [...]* ».

² Voir en ce sens C. Brenner, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005 ; du même auteur *JCl Civil Code*, Art. 870 à 877, 2011, fasc. 10, n°119.

³ Pothier, *Traité des substitutions*, préc., n°134 : « *Le grevé d'une substitution universelle peut retenir sur les biens substitués tout ce qu'il a payé pour les dettes de la succession. Il faut néanmoins en excepter les arrérages des rentes et intérêts courus depuis la mort de l'auteur de la substitution, pendant tout le temps que le grevé a eu la jouissance des biens substitués ; car ces arrérages et intérêts sont des charges de cette jouissance* » ; Merlin, *Répertoire universel de jurisprudence*, 4^{ème} éd., t. XIII, V^o Substitution fidéicommissaire, sect. XII, § II, II.

gratifié n'étant que résiduelle, en ce sens qu'elle est subordonnée à ce que laisse le grevé à sa mort, sa part contributive devrait être fixée en fonction de ce qu'il reçoit réellement. Concrètement, la répartition serait la suivante : au grevé la charge des dettes afférentes aux biens dont il a disposé entre vifs ; à l'appelé celle des dettes portant sur le reliquat. Il reste qu'une telle analyse conduit à des résultats opposés entre les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, alors que leur identité de structure milite en faveur de solutions analogues.

Aussi bien faut-il, nous semble-t-il, adopter la même analyse pour les deux opérations. En ce sens, dès lors que la vocation du second gratifié dépend des agissements du grevé, il est d'une élémentaire justice, en même temps que de bonne politique, que d'écarter toute contribution entre les deux gratifiés sur les biens qui ont été aliénés par le grevé, afin de limiter l'assiette de la part contributive de l'appelé aux seuls biens qu'il recueille réellement. En revanche, sur lesdits biens qui forment le reliquat de la libéralité, la charge du passif doit être répartie entre les deux gratifiés, à l'instar de ce qui est proposé pour les libéralités graduelles : au grevé les intérêts des dettes successorales échus pendant sa jouissance ; à l'appelé les dettes en capital qui n'auraient pas été acquittées au moyen des deniers compris dans la libéralité.

517. Double libéralité conditionnelle. – La solution diffère vraisemblablement selon que la condition est rétroactive ou non.

Lorsqu'elle opère rétroactivement, il y a lieu, nous semble-t-il, d'appliquer la solution posée par la Cour de cassation dans son arrêt du 8 février 2005, d'après laquelle « *en cas de réalisation de la condition, seul le second légataire est tenu des dettes et charges de la succession du testateur* »¹. Par l'avènement de la condition suspensive, les droits du second gratifié sur les biens transmis se sont concrétisés au décès du premier gratifié et ont rétroactivement effacé ceux qui appartenaient jusque-là à celui-ci sur les mêmes biens.

Lorsque la condition opère sans rétroactivité, la proximité de situation des deux légataires avec les deux gratifiés d'une libéralité graduelle nous incite à transposer la solution dégagée pour ces derniers : le gratifié sous condition résolutoire contribue aux dettes usufruituaires échues pendant sa jouissance tandis que le gratifié sous condition suspensive acquitte définitivement les dettes en capital qui n'ont pas été réglées au moyen des deniers compris dans la libéralité.

§ 3 - LE RAPPORT ET LA REDUCTION DE LA DOUBLE LIBERALITE

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, préc. Il est vrai que cet arrêt a été rendu à propos d'un legs *de residuo*. Il reste que l'analyse de cette opération est erronée en ce qu'elle l'assimile à un double legs conditionnel.

518. Soumission de la double libéralité aux règles du rapport et de la réduction. –

Comment liquider la succession du disposant d'une double libéralité à trois personnes ? Il s'agit d'envisager ici les questions du rapport et de la réduction de la double libéralité : est-elle soumise au rapport des libéralités ? est-elle réductible ? La réponse est assurément affirmative. Qu'on en juge avec les définitions respectives du rapport et de la réduction des libéralités.

Le rapport, comme l'énonce l'article 843 du Code civil, oblige l'« héritier » qui a reçu une libéralité du *de cuius* à en rendre compte à ses cohéritiers, à la rapporter à la masse à partager¹. Quant à la réduction, elle prive d'effets les libéralités qui portent atteinte à la réserve héréditaire².

Sans doute rapport et réduction n'ont pas le même domaine. Le rapport a pour fin le respect des vocations légales, il est dû uniquement entre héritiers *ab intestat*, ce qui suppose une pluralité d'héritiers, tandis que la réduction sanctionne les libéralités qui excèdent la quotité disponible, ce qui requiert l'existence d'au moins un héritier réservataire. Mais ces deux mécanismes assurent une fonction identique : neutraliser tout ou partie des libéralités consenties par le *de cuius* afin d'améliorer la consistance de la masse à partager.

Partant, il est évident que la double libéralité peut être rapportable et réductible. Surtout, il convient d'observer que tant la première que la seconde libéralité doivent être prises en compte dans la liquidation du disposant.

519. Position du problème. – En réalité, la difficulté est ailleurs. C'est la mise en œuvre de ces règles qui est susceptible de poser de sérieux problèmes. Pour quel montant chaque libéralité

¹ Deux observations : 1°) Sous le vocable « héritier », l'article 843 du Code civil désigne, non pas tous ceux qui viennent, à un titre quelconque, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la volonté du disposant, recueillir une part de la succession, mais seulement ceux qui sont appelés par la loi à la succession. La solution s'explique par le fondement même de l'institution. Le rapport est destiné à maintenir l'égalité des vocations héréditaires, telle que la loi l'organise. C'est dès lors seulement dans la succession *ab intestat*, c'est-à-dire entre les héritiers qui reçoivent leur vocation de la loi, que l'obligation au rapport est établie. Par conséquent, les légataires universels ou à titre universel ne peuvent exiger le rapport ni en profiter et, corrélativement, ils ne sont pas tenus, envers les héritiers légaux, au rapport des libéralités qu'ils ont reçues du défunt (Cass. civ. 28 mai 1894, *D.* 1895. 1. 86 ; Cass. civ., 8 janv. 1934, *DH* 1934. 138 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2003, *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2003, concl. J. Sainte-Rose). Certes, l'on pourrait critiquer une telle orthodoxie : faire d'un individu son successible universel ou à titre universel, n'est-ce pas au fond l'instituer héritier ? On répondra que l'égalité, qui est à la base du rapport, est surtout l'égalité des parts héréditaires, dans la proportion où la loi les a établies. Il reste que le disposant peut déroger à cette solution en imposant au légataire universel ou à titre universel le rapport des donations qu'il lui ont été consenties. L'assertion peut se recommander de ce que l'obligation au rapport est fondée également sur une présomption de volonté de la part du disposant. Ainsi est-il permis au disposant de stipuler une clause de préciput dans une donation (C. civ., art. 843, al. 1^{er}) et d'assortir un legs d'une clause de rapport (C. civ., art. 843, al. 2). Partant, le donateur doit pouvoir, par une clause expresse de sa libéralité, astreindre au rapport un futur légataire universel ou à titre universel (voir en ce sens Cass. req., 26 juin 1905, *S.* 1907. 1. 217, note E. Naquet).

2°) Le rapport peut affecter tant une donation qu'un legs (C. civ., art. 843, al. 2). Mais il se conçoit plus aisément pour celle-ci que pour celui-là. S'agissant de la donation, le rapport ne fait que l'atteindre alors qu'elle a déjà reçu exécution. Il a ainsi profité de toutes les utilités du bien jusqu'à l'exigibilité du rapport. En revanche, le rapport atteint le legs au moment de son exécution. Ce faisant, il faut bien voir que ce légataire n'est pas ici un véritable gratifié, puisque la valeur du bien légué vient diminuer ses droits légaux. Aussi bien le legs dit rapportable n'est-il qu'un legs d'allotissement, de sorte qu'il ne se conçoit que si le rapport est dû en valeur.

² C. civ., art. 920.

doit-elle être prise en compte dès lors que le gratifiant ne s'est appauvri que d'un même bien au profit des deux gratifiés¹ ?

La réponse varie selon que le décès du disposant survient après que la double libéralité a produit tous ses effets (A) ou avant qu'elle ne se dénoue (B).

A. Le double libéralité dénouée avant le décès du disposant

520. Rareté de la situation. – Cette hypothèse est sans doute assez rare. Elle suppose, en effet, que le second donataire soit entré en jouissance des biens de la libéralité avant le décès du donateur. Dès lors que l'évènement générateur de cette seconde transmission est, le plus souvent, le décès du premier gratifié, on peut considérer que la question du traitement liquidatif de cette situation ne se posera guère en pratique.

Sa résolution dépend, nous semble-t-il, du point de savoir si le premier gratifié a conservé ou non une partie des biens de la libéralité.

521. Le premier gratifié a conservé la propriété d'une partie des biens. – Il est des doubles libéralités dans lesquelles la vocation du second gratifié dépend du pouvoir du premier gratifié. Tel est le cas de la libéralité résiduelle. Et tel peut être le cas de la double libéralité réalisée par le vecteur d'une stipulation pour autrui, dès lors que la charge de transmettre ne porte pas sur tous les biens.

En ces occurrences, si le second gratifié ne recueille qu'une partie des biens, il y a lieu d'appliquer aux deux libéralités les mêmes règles liquidatives qu'aux libéralités de droit commun. La valeur en propriété des biens de chaque libéralité peut être soumise au rapport et doit être prise en compte dans la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible.

522. Le second gratifié est propriétaire de tous les biens. – Qu'en est-il en revanche lorsque le second gratifié se trouve propriétaire de tous les biens compris dans la libéralité au jour du décès du disposant ?

Pour tenter de résoudre cette question, on peut s'appuyer sur les solutions énoncées pour la double libéralité en usufruit et en nue-propriété. En la matière, dès lors que la pleine propriété

¹ Cette difficulté ne concerne pas la libéralité précative dans la mesure où le bénéficiaire de la charge, s'il entre dans ses droits, est un gratifié du grevé.

s'est reconstituée avant le décès du disposant, la donation en usufruit n'a pas à être prise en compte dans la liquidation. Quoiqu'elle paraisse à première vue étonnante, la solution est, en réalité, parfaitement justifiée. En vertu de l'article 922 du Code civil, il y a lieu, pour déterminer la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible, de réunir fictivement aux biens existants les biens donnés, lesquels doivent être évalués *au jour du décès* compte tenu de leur état au jour de la donation. Or, l'usufruit s'étant éteint avant le décès, on ne peut plus réunir fictivement la donation¹. Semblablement, la donation de l'usufruit n'est pas sujette à rapport. A supposer que le gratifié en usufruit soit obligé au rapport², l'indemnité de rapport serait nulle puisque l'usufruit s'est éteint.

De là il suit que seuls les droits du second gratifié, originairement investi de la nue-propiété et désormais plein propriétaire, doivent être pris en compte dans les opérations liquidatives. C'est alors la valeur en toute-propiété qui doit être réunie fictivement aux biens existants et, éventuellement, rapportée.

Cette solution peut-elle être étendue aux autres doubles libéralités ? La situation nous semble comparable pour celles dans lesquelles le second gratifié recueille tous les biens compris dans la libéralité. Il en est toujours ainsi de la libéralité graduelle et de la double libéralité conditionnelle. En ces occurrences, le second gratifié est, au jour du décès du disposant, propriétaire de l'ensemble des biens de la libéralité, de sorte qu'on doit appliquer une solution identique à celle posée pour la double libéralité en usufruit et en nue-propiété.

Partant, dès lors que le second gratifié est propriétaire, au décès du disposant, de tous les biens de la double libéralité, il doit être uniquement tenu compte de cette libéralité dans la liquidation de la succession.

B. La double libéralité dénouée après le décès du disposant

523. Distinction. – Lorsque la double libéralité produit ses effets postérieurement au décès du disposant se pose la question de savoir dans quelle mesure il y a lieu de prendre les deux libéralités dans les opérations liquidatives.

Sans doute doit-on procéder à un partage de la valeur du bien dont le disposant s'est dépouillé. Mais à quelle date convient-il de faire ce partage : au jour où la seconde transmission

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1981, *Bull. civ.* I, n°296: « Si le bien donné doit, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, être évalué à la date de la donation, c'est en tenant compte des droits que le gratifié possède sur ces biens au jour où naîtra le droit à la réserve héréditaire » (Solution rendue en application du décret-loi du 17 juin 1938). Voir en ce sens M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°735, p. 720.

² Le rapport n'étant dû que par l'héritier à ses cohéritiers, cela suppose que l'usufruitier soit encore en vie au jour du décès du disposant. Si tel n'est pas le cas, il est seulement dérogé au cas de représentation, le représentant devant le rapport des libéralités qu'avait reçues le représenté (C. civ., art. 848).

s'opère, laquelle peut se réaliser dans un temps fort éloigné de celui du décès du disposant ? au jour où le second gratifié accepte, et ce alors même que ses droits peuvent être encore incertains, parce qu'en formation ?

A cet égard, on peut observer que le niveau de difficulté n'est pas toujours le même. Lorsque le second gratifié est certain d'entrer en jouissance, il est aisé d'évaluer chacune des libéralités, de sorte que les opérations liquidatives ne sauraient être par trop délicates. Il en est tout autrement lorsque le second gratifié n'est pas certain d'entrer dans ses droits. La perspective d'un dénouement attendu mais inconnu est ici de nature à troubler le travail du liquidateur.

Aussi bien convient-il de distinguer selon que les droits du second gratifié sont certains (1) ou incertains (2).

1. Doubles libéralités dans lesquelles les droits du second gratifié sont certains

524. Doubles libéralités concernées. – Bien que la seconde transmission ne soit encore réalisée, les droits du second gratifié peuvent être certains. En ce sens, il a une vocation certaine à entrer en jouissance des biens de la libéralité, et s'il ne le peut pas, il lui est possible, en principe, d'obtenir des dommages et intérêts de la part du premier gratifié. Telle est assurément la situation du gratifié en nue-propriété (a). Telle est également la situation du tiers bénéficiaire acceptant d'une stipulation pour autrui. En effet, en acceptant la stipulation, le tiers bénéficiaire consolide le droit direct contre le promettant, de sorte qu'il se trouve investi d'une créance certaine, qui peut être exigible immédiatement ou à terme¹ (b).

a) La double libéralité en usufruit et en nue-propriété

525. Méthodes d'imputation. – Lorsque le démembrement de propriété persiste au décès du disposant, il n'est pas douteux que chaque libéralité peut être soumise au rapport. Simplement, pour que le rapport soit exigible, il faut qu'il existe une pluralité d'héritiers légaux et que le gratifié soit l'un d'eux.

Semblablement, chaque libéralité peut excéder la quotité disponible. Il reste que l'inscription de chaque libéralité dans la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible est sujette à discussion. Deux méthodes sont concevables. Sous cet aspect, il convient de remarquer que la valeur finale à comptabiliser est toujours la même, à savoir la pleine propriété. De sorte que le

¹ Il convient d'excepter l'hypothèse où l'évènement qui retarde l'exigibilité de la créance est mis en condition. En cas, le tiers bénéficiaire se trouve être titulaire de droits incertains.

choix de la méthode n'a pas d'incidence au stade de l'établissement de la masse de calcul, mais seulement en ce qui concerne les imputations.

Suivant la première, il y a lieu d'inscrire dans la masse de calcul l'usufruit et la nue propriété pour leur valeur respective en procédant à leur évaluation, en « *valorisant* » l'usufruit en fonction de l'espérance de vie de l'usufruitier et de l'importance des revenus qu'est susceptible de produire le bien¹. Autrement dit, il s'agit de « *capitaliser* » l'usufruit.

La seconde méthode exclut cette évaluation en distinguant dans la masse de calcul l'usufruit et la nue propriété du bien démembré, afin d'inscrire dans chacune des deux colonnes correspondantes l'entière valeur du bien². Cette seconde méthode est de loin la meilleure. Car, comme il a judicieusement été souligné, « *d'une part, elle seule respecte la réserve, qui se définit – comme on y a déjà insisté –, non pas seulement par une quotité, mais d'abord et surtout par la nature des droits dont elle assure l'intangibilité. A celui auquel la loi accorde une réserve en propriété, le de cuius ne saurait laisser que de la nue-propriété ou de l'usufruit, fût-ce d'une valeur équivalente parce qu'en quantité supérieure. [...]. D'autre part et corrélativement, cette méthode respecte aussi la quotité disponible, qui, comme la réserve, se définit par la nature des droits dont elle permet la disposition. Comme la liberté de disposer d'une quotité en propriété se trouverait-elle épuisée par une disposition en usufruit seulement ?* »³. Et telle est, ce semble, la solution retenue par la jurisprudence⁴.

b) La double libéralité réalisée par le vecteur d'une stipulation pour autrui

526. Première libéralité. – Lorsqu'une libéralité est assortie d'une charge évaluable en argent, il est acquis, de façon séculaire, qu'elle ne doit être prise en compte, pour la détermination du rapport et le calcul de la réserve et de la quotité disponible, qu'à concurrence de l'émolument net qu'elle procure au gratifié⁵. Car c'est dans cette mesure qu'il y a libéralité au profit du grevé. Cependant, la recherche de l'émolument net du grevé n'est pas toujours aisée.

¹ P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, préc., n°72-b, p. 149.

² F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°1006, p. 809 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°735, p. 721, n°766 et s., p. 748 et s. ; H., L. et J. Mazeaud, et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n° 921.

³ M. Grimaldi, *Successions*, préc., spéc. n°767, p. 750. Comp. toutefois N. Duchange, « Démembrements de propriété et libéralité : recherche d'un système cohérent d'imputation », *RTD civ.* 2001. 795, qui propose de compléter cette méthode en précisant que lorsqu'une fraction d'une quotité disponible en propriété a été utilisée pour l'imputation d'une libéralité portant sur un droit démembré, seule reste à pouvoir être imputée sur cette fraction une libéralité portant sur une autre composante du droit de propriété du même bien.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *Bull. civ.* I, n°99 ; *D.* 1992. Somm. 229, obs. B. Vareille ; *RTD civ.* 1992. 162, obs. J. Patarin ; *JCP* 1992. II. 21840, note Ph. Salvage ; *Defrénois* 1992, art. 35408, obs. G. Champenois.

⁵ Cass. civ., 27 nov. 1877, *DP* 1878. 1. 16 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1981, *Bull. civ.* I, n°262. Comp. C. civ., art. 922, al. 2 : « *Les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, [...], après qu'ont été déduites les dettes ou les charges les grevant* ». ; C. patrimoine, art. L. 621-29-7 : « *Pour l'application des articles 829, 860 et 922 du code civil, lorsqu'un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques, transmis par donation ou succession, est affecté d'une clause*

Si la charge consiste à payer un capital, son évaluation ne saurait poser guère de difficulté. A dire vrai, la seule incertitude porte sur la question de savoir si, au cas de donation, la charge à déduire doit être évaluée au jour de son exécution ou si elle doit au contraire être réévaluée au jour de l'ouverture de la succession en fonction de l'évolution de la valeur du bien donné. Si cette seconde analyse a pu être défendue¹, seule la première semble devoir être retenue², dans la mesure où aucun texte ne prévoit une telle valorisation.

Si la charge a pour objet de verser une rente, il a été débattu en doctrine, au lendemain de la réforme de 1971, du point de savoir si les fruits du bien donné devaient ou non venir en déduction du montant de la charge³. Par un arrêt du 24 novembre 1987, la première Chambre civile de la Cour de cassation a considéré que : « *pour l'évaluation d'une donation avec charge, le montant de cette charge n'est déductible qu'après avoir été diminué des revenus tirés par le donataire du bien donné* »⁴. Rendue au sujet du rapport, la solution vaut également pour la réunion fictive de la donation à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible. Simplement, elle appelle plusieurs observations⁵. D'abord, la généralité de la formule employée par les hauts magistrats semble militer en faveur d'une extension de la solution aux libéralités dont la charge est de verser un capital. Cela paraît néanmoins discutable. Car « *la donation d'un bien frugifère à charge de rente modifie certainement la présomption de volonté. Dans un tel cas, le disposant escompte évidemment que le donataire ne dépensera pas les fruits pour lui, mais qu'il les affectera au service de la rente dont il a accepté la charge* »⁶. Ensuite, tous les revenus, c'est-à-dire les fruits et les produits, semblent devoir être pris en compte. Si cela n'est pas douteux pour les fruits, cela paraît nettement plus discutable pour les produits, lesquels constituent une émanation du capital⁷. Enfin, dès lors qu'il s'agit d'évaluer la

d'inaliénabilité, l'évaluation de l'immeuble est diminuée des charges, y compris d'entretien, nécessaires à sa préservation durant toute la durée de la clause ».

¹ G. Morin, *La loi du 3 juillet 1971 sur les rapports à succession, la réduction des libéralités et les partages d'ascendants*, Defrénois, 1984, 5^{ème} éd., n°12, exemple 1 ; A. Ponsard, *Liquidations successorales. Rapport - Réduction - Partage d'ascendant. Commentaire de la loi du 3 juillet 1971*, Sirey, 1977, n°52.

² H., L. et J. Mazeaud, et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L et S. Leveneur, préc., n° 917, note 5 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°997, p. 802, note 3 ; C. Brenner, *JCl. Civil Code*, Art. 912 à 930-5, fasc. 20, mars 2009, n°67. Cette analyse peut du reste se recommander de la jurisprudence relative à la donation à charge de rente : Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, *Bull. civ. I*, n°355 ; *JCP* 1992. I. 3604, n°7, obs. F.-X. Testu ; *JCP éd. N* 1992. II. 420, note Moreau ; *RTD civ.* 1992. 622, obs. J. Patarin ; *D.* 1993. Somm. 228, obs. B. Vareille ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *Bull. civ. I*, n°114 ; *D.* 1995. Somm. 333, obs ; B. Vareille.

³ Pour leur prise en compte : G. Morin, *La loi du 3 juillet 1971 sur les rapports à succession, la réduction des libéralités et les partages d'ascendants*, préc., n°12, exemple 2 ; A. Ponsard, *Liquidations successorales. Rapport - Réduction - Partage d'ascendant. Commentaire de la loi du 3 juillet 1971*, préc., n°52. Contre leur prise en compte : P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, préc., n°44.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1987, *Bull. civ. I*, n°312 ; *JCP* 1989. II. 21193, note F.-X. Testu ; *D.* 1998. 260, note G. Morin. Voir dans le même sens Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, préc.

⁵ Sur l'ensemble de ces observations, voir la note de F.-X. Testu, préc.

⁶ G. Morin, note préc., *in fine* ; F.-X. Testu, *op. cit.*, n°10.

⁷ F.-X. Testu, *op. cit.*, n°17.

charge effectivement supportée par le donataire, seuls les fruits nets, c'est-à-dire après impôt, devraient être déduits des arrérages¹.

Par ailleurs, cet arrêt laissait en suspens le point de savoir si la charge devait être évaluée au jour de son exécution ou, au contraire, être réévaluée au jour de l'ouverture de la succession. A la différence de la charge en capital, la question n'est pas restée sans réponse. Par un arrêt du 17 décembre 1991, la première Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'absence de réévaluation de la charge².

Il en résulte que la charge d'arrérages, qui doit être soustraite à la valeur du bien, doit être diminuée des fruits procurés au donataire par le bien donné et être déterminée au jour de son exécution.

527. Seconde libéralité. – Dès qu'il accepte, le bénéficiaire de la charge consolide son droit de créance contre le promettant. Autrement dit, sa créance est certaine ; simplement, son exigibilité peut être immédiate ou retardée à l'échéance d'un terme³.

Partant, c'est à cette date que la seconde libéralité doit être prise en compte pour la détermination du rapport et le calcul de la réserve et de la quotité disponible.

2. Doubles libéralités dans lesquelles les droits du second gratifié sont incertains

528. Doubles libéralités concernées. Méthodes concevables. – Bien qu'il accepte la libéralité à lui consentie, le second gratifié demeure dans une situation incertaine, en ce sens que l'efficacité de la libéralité est subordonnée à la survenance d'un événement. Il en va ainsi des libéralités graduelles et résiduelles, de la double libéralité conditionnelle. Toutes ont pour point commun de placer le second gratifié dans une situation précaire.

La question principale qui se présente au liquidateur de la succession du disposant est la suivante : à quelle date doit-on rendre compte de la seconde libéralité ? au jour où la seconde transmission s'opère, c'est-à-dire au jour la libéralité produit tous ses effets ? au jour où le gratifié accepte, et ce alors même que ses droits ne sont qu'en formation, c'est-à-dire conditionnels ou éventuels ?

La question est évidemment d'une grande importance pratique. Car, selon la réponse donnée, les résultats obtenus risquent d'être très différents. Pour s'en rendre compte, il convient

¹ *Ibid.* n°14 ; C. Brenner, *JCl. Civil Code*, Art. 912 à 930-5, fasc. 20, préc., n°66.

² Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, préc.

³ Comme on l'a dit, si une condition subordonne l'exigibilité de la charge, les droits du tiers bénéficiaires sont alors incertains.

d'analyser les deux méthodes possibles : soit faire abstraction de la seconde libéralité à la liquidation de la succession du disposant (a), soit, au contraire, en tenir compte dès ce moment (b).

a) Première méthode : ne pas tenir compte de la seconde libéralité au moment de la liquidation de la succession du disposant

529. Présentation. – Comment peut-on raisonnablement tenir compte dans les opérations liquidatives d'une libéralité dont l'efficacité est suspendue à la survenance d'un événement incertain ? Face à une telle incertitude, mieux vaut en faire abstraction. Et ce d'autant plus que le premier gratifié étant plein propriétaire, la masse de calcul, expression comptable du patrimoine reconstitué, comprendra bel et bien la valeur du bien en toute propriété.

Tels sont, au fond, les principaux arguments qui militent en faveur de cette méthode.

530. Conséquences. – Il n'en demeure pas moins que la seconde libéralité ne doit pas être complètement occultée. Car, si elle produit ses effets, il n'est pas douteux qu'elle doit être retenue dans la liquidation de la succession du disposant. C'est dire que la liquidation faite au lendemain du décès du disposant sera modifiée par suite de l'ouverture définitive des droits du second gratifié.

Sous cet aspect, cette méthode s'avère critiquable. La seconde libéralité peut devenir efficace fort longtemps après le décès du disposant. Or, la nouvelle liquidation risque de bouleverser les droits de l'ensemble des ayants cause du disposant, résultant de la première liquidation. Et ce bouleversement sera d'autant plus fréquent que les deux gratifiés peuvent être choisis librement par le disposant. La voie est ainsi ouverte à toutes les combinaisons. Qu'il nous suffise de songer à l'exemple suivant : le disposant peut tour à tour donner les mêmes biens à un tiers, puis à un héritier réservataire. Or, si la première donation n'est pas soumise au rapport et s'impute exclusivement sur la quotité disponible, la seconde peut être rapportable et s'imputer sur la part de réserve du gratifié et subsidiairement sur le disponible ordinaire. Ce faisant, l'ouverture des droits du second gratifié est susceptible d'affecter l'ensemble de la première liquidation : tant les résultats des imputations, en ce sens que le secteur d'imputation de la première et de la seconde libéralité n'est pas toujours le même, que le partage lui-même puisque la seconde libéralité peut, à la différence de la première, être rapportable.

Par où l'on voit l'incongruité à laquelle mènerait la méthode, qui consiste à reporter la prise en compte de la seconde libéralité à l'ouverture des droits du gratifié¹.

b) Seconde méthode : tenir compte de la seconde libéralité au moment de la liquidation de la succession du disposant

531. Présentation. – Suivant cette méthode, il y a lieu, dans les opérations liquidatives consécutives au décès du disposant, de tenir compte de la seconde libéralité, et ce malgré le caractère incertain des droits du gratifié. On doit, dans cette optique, traiter la seconde libéralité comme une autre tant au regard des règles du rapport que de celles protectrices de la réserve héréditaire. Surtout, cette liquidation est intangible : l'ouverture définitive des droits du second gratifié n'y changera rien.

Sans doute pourra-t-on objecter que cette méthode ne traduit pas la réalité définitive. Si le second gratifié ne peut entrer en jouissance, il aura, néanmoins, peut-être été redevable d'une indemnité de rapport et de réduction. A l'inverse, si ses droits s'ouvrent, ces indemnités ne correspondront pas à la valeur définitive de ses droits. L'objection, toutefois, pourrait bien être prise à défaut. Cette méthode ne fait que rendre compte de l'aléa qui entoure la situation du second gratifié. A cet égard, nul ne conteste que celui-ci puisse céder ses droits en formation. Or, s'il peut disposer de ses droits, pourquoi ne devrait-on pas en tenir compte dans la liquidation successorale ? Au surplus, cette méthode a le mérite de rendre compte de la valeur des droits du premier gratifié. Tant que l'incertitude règne quant au dénouement de la double libéralité, la liberté du premier gratifié se trouve limitée par l'obligation qui lui est faite de respecter les intérêts du second gratifié. Aussi, bien que le premier gratifié soit plein propriétaire, il n'en demeure pas moins que la valeur de ses droits est diminuée par cette obligation.

532. Conséquences. – Mais la difficulté se déplace sur le terrain des évaluations. Comment évaluer les droits respectifs des deux gratifiés sur le bien qui forme l'objet de la double libéralité ? Chaque gratifié ayant vocation à la pleine propriété du bien, il est évident que cette valeur doit être partagée entre les deux gratifiés.

¹ Au surplus, se poserait inévitablement un problème d'évaluation. Dès lors que la seconde libéralité n'anéantit pas rétroactivement la première, on devrait procéder à un partage de la valeur du bien entre les deux gratifiés. A cet égard, la date d'évaluation sera certainement celle du décès du disposant, et non pas le jour où la seconde transmission s'opère, puisque c'est au décès du *de cuius* que la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible est évaluée (C. civ., art. 922). Mais reste entière l'évaluation des droits de chaque gratifié.

Sous cet aspect, si le dénouement de l'opération tient seulement à l'ordre des décès des deux gratifiés, la valeur à retenir devrait être celle du bien, au jour du décès du disposant, dans son état au jour de la première libéralité, recoupée par l'espérance de vie comparée des deux gratifiés¹.

533. Difficultés d'application. – Il reste que cette méthode peut s'avérer difficilement applicable dans certains cas.

En premier lieu, elle ne peut être mise en œuvre lorsque le second gratifié est une personne future ou indéterminée au jour du décès du disposant. En effet, pour pouvoir évaluer les droits du gratifié, encore faut-il qu'il ait accepté la libéralité. Partant, en cas de défaut d'acceptation du second gratifié au jour du règlement de la succession du disposant, il convient de ne prendre en compte que la première libéralité. Une seconde liquidation sera alors nécessaire au jour de l'acceptation du second gratifié.

En second lieu, on peut éprouver quelques difficultés à évaluer les droits du second gratifié d'une libéralité résiduelle. Car l'ouverture de ses droits dépend du prédécès du grevé, mais aussi de l'existence, à cette date, du bien dans le patrimoine de celui-ci. Pour autant, les chances résiduelles que l'appelé conserve d'entrer en définitive en jouissance du bien doivent être prises en compte.

En troisième lieu, on peut faire valoir que cette méthode ne correspond pas à l'hypothèse de la réalisation rétroactive de la condition. En ce cas, les droits du premier gratifié sont rétroactivement anéantis pour ne laisser place qu'aux droits du second gratifié. Or, si la seconde libéralité est censée avoir toujours existé, ne faut-il pas remettre en cause la liquidation de la succession ayant pris en compte la libéralité résolue ? Rien n'est moins sûr. On peut, sur ce point, raisonner par analogie avec les effets de la révocation d'une libéralité, laquelle opère rétroactivement. En ce cas, nul ne considère que la succession du disposant doive être à nouveau liquidée.

En définitive, exceptée l'hypothèse de l'absence d'acceptation du second gratifié au jour du décès du disposant, cette méthode peut être mise en œuvre. Il nous semble donc qu'elle doit être privilégiée par rapport à la première.

* * *

¹ Voir en ce sens B. Vareille, « Communauté et opérations en cours non dénoués », *JCP éd. N* 2009. 1187, spéc. n°28, pour la question similaire de l'évaluation, au jour de la liquidation de la communauté réduite aux acquêts, du bien acquis en tontine.

534. Conclusion de la Section. – Si toutes les doubles libéralités ont pour finalité de permettre aux deux gratifiés de jouir successivement de l'objet de la libéralité, l'examen leurs effets juridiques montre que la réalisation de cet objectif dépend de l'institution utilisée par le disposant. Précisément, on peut observer que la vocation du second gratifié à entrer dans ses droits est fonction de l'intensité de la contrainte pesant sur le premier gratifié. Dans cette optique, deux groupes de doubles libéralités peuvent être établis.

Le premier regroupe des doubles libéralités qui confèrent au premier gratifié une grande liberté d'action et qui, à titre de corollaire, réduisent d'autant les chances du second gratifié à entrer dans ses droits. Tel est le cas de la libéralité précative, qui place le second gratifié dans la situation la plus incertaine. Simple expectative, sa vocation dépend entièrement du bon vouloir du premier gratifié. Tel est également le cas, dans une moindre mesure, de la libéralité résiduelle, laquelle interdit seulement au premier gratifié de ne pas léguer les biens de la libéralité.

Le second groupe rassemble des doubles libéralités dans lesquelles les agissements du premier gratifié sont, en principe, sans effet sur la vocation du second gratifié. Il en va ainsi de la libéralité avec charge procédant d'une stipulation pour autrui, de la libéralité graduelle, de la double libéralité conditionnelle et de la double libéralité en usufruit et en nue-propriété.

Conclusion du Chapitre II

535. La double libéralité que consent le disposant est censé réaliser une double transmission de jouissance des biens qui forment l'objet des deux libéralités. Naturellement, la pluralité des techniques employées fait que la réalisation de cet objectif n'est pas toujours assuré. En dépit de cette diversité, on peut néanmoins observer un socle commun de règles applicables à l'ensemble de ces doubles libéralités.

Quant aux conditions de formation, le disposant est soumis peu ou prou aux mêmes exigences. Ainsi, les deux gratifiés doivent en principe être au moins conçus soit au moment de la donation, soit, si la libéralité est à cause de mort, à la date du décès du disposant. A ce principe, il est simplement dérogé lorsque le disposant s'appuie sur la technique de la charge personnelle. En ce cas, ces exigences ne sont applicables au second gratifié qu'au jour où sa libéralité produit ses effets. Ainsi également, le formalisme des libéralités doit être observé pour les deux libéralités consenties. Il est simplement dérogé à ce principe pour la seconde libéralité résultant d'une stipulation pour autrui. Ainsi encore, les biens, qui forment l'objet de la double libéralité, ne peuvent pas composer la réserve héréditaire de chaque gratifié dans la mesure où celle-ci doit être libre de toute charge. Toutefois, il est parfois dérogé à ce principe : soit parce que le gratifié y consent, soit parce qu'il n'y a pas à proprement d'obligations qui pèsent sur le gratifié, ce qui est le cas de la libéralité précative.

Quant aux effets produits par ces doubles libéralités, la situation de chaque gratifié n'est pas la même selon la technique employée par le disposant pour accomplir sa volonté libérale. On peut discerner, parmi les doubles libéralités, deux groupes. Dans un premier ensemble, on peut constater que la situation du second gratifié est précaire, en ce sens que sa vocation à entrer dans ses droits dépend de l'activité du premier gratifié. Il en va évidemment ainsi de la libéralité précative puisque le premier gratifié n'est tenu que d'une obligation naturelle. Il en va également ainsi de la libéralité résiduelle, dans la mesure où le second gratifié n'a vocation qu'au résidu, c'est-à-dire les biens de la libéralité que le premier gratifié laisse à sa mort. Dans le second groupe, la situation du second gratifié est nettement moins fragile. Sa vocation à entrer dans ses droits ne dépend pas de l'activité du premier gratifié. Précisément, on peut, au sein de ce second ensemble de doubles libéralités, établir une nouvelle subdivision. La vocation du second gratifié peut être certaine : tel est le cas du gratifié en nue-propriété, ou encore du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, dès lors qu'il a accepté la libéralité à lui consentie. La vocation du second gratifié peut être également éventuelle, en ce sens qu'elle dépend de la survenance d'un événement sur lequel

aucun des agents de l'opération n'a de prise : tel est le cas de la double libéralité conditionnelle et de la libéralité graduelle.

Conclusion du Titre I

536. La volonté du disposant d'une double libéralité à trois personnes est de réaliser deux libéralités à double détente, le second étant appelé, à la suite du premier, à jouir des biens dont il se dépouille. C'est donc un double transfert de jouissance à titre gratuit que sont censées accomplir les doubles libéralités. De nombreuses institutions connues de notre droit ont cette finalité. Il en va ainsi de la double libéralité procédant d'une stipulation pour autrui, de la libéralité graduelle, de la libéralité résiduelle, de la libéralité précative, de la double libéralité en usufruit et en nue-propriété, ainsi que de la double libéralité conditionnelle.

537. Malgré cette diversité, une typologie des doubles libéralités peut être dressée. Dans cette optique, c'est eu égard aux techniques mises en œuvre qu'une classification peut être opérée.

Un premier type de doubles libéralités est réalisé par le vecteur d'une charge personnelle. On aura reconnu les libéralités procédant d'une stipulation pour autrui. Mais le domaine de la technique de la charge personnelle dépasse celui de la stipulation pour autrui. Il est des doubles libéralités faites par le truchement d'une charge personnelle qui présentent un caractère *sui generis*. Tel est le cas des libéralités graduelles et des libéralités résiduelles. A la différence de la stipulation pour autrui dans laquelle la seconde libéralité est dépendante de l'existence de la première, la libéralité faite à l'appelé d'une libéralité graduelle ou résiduelle est autonome par rapport à la celle consentie au grevé. De même, les libéralités précatives, si elles procèdent d'une charge personnelle, présentent un caractère *sui generis* en ce sens que la charge est ici de nature purement morale.

Une deuxième type de doubles libéralités est réalisé par le vecteur de la charge réelle. A la différence de la charge personnelle, la charge réelle n'est pas une obligation que le disposant impose à son gratifié, mais une obligation inhérente au droit transmis par celui-ci. Il en va ainsi des doubles libéralités réalisant un démembrement de la propriété : en transmettant à titre gratuit l'usufruit d'un ou plusieurs biens au premier gratifié et la nue-propriété correspondante au second gratifié, le disposant investit l'intermédiaire-gratifié d'un droit de jouissance, lequel, à raison de sa nature, emporte une série d'obligations envers le bénéficiaire final, gratifié en nue-propriété.

Un troisième type de doubles libéralités est réalisé par le vecteur de la condition est la troisième procédé capable de réaliser une double libéralité. Il est ici question des doubles libéralités conditionnelles, qui consistent à gratifier deux personnes sous une condition inverse. Le même évènement vaut ainsi condition résolutoire pour la première, condition suspensive pour l'autre.

538. De cette typologie, l'on pourrait s'attendre à ce que les règles applicables à chacune de ces trois catégories de doubles libéralités fussent différentes les unes des autres. Pourtant, à l'analyse, on peut observer qu'il existe des règles communes à toutes les doubles libéralités.

Quant aux conditions formation, d'abord. Elles sont le plus souvent identiques à toutes les doubles libéralités. Les conditions de capacité sont en principe exigées aux deux gratifiés soit au moment de la donation, soit, si la libéralité est à cause de mort, à la date du décès du disposant. Ce principe est simplement tempéré au profit du second gratifié d'une libéralité assorties de charges personnelles. En ce cas, il est seulement exigé que le second gratifié soit capable au jour où sa libéralité produit ses effets. Semblablement, les doubles libéralités sont soumises aux formalisme des libéralités. Ce principe souffre exception uniquement pour la seconde libéralité résultant d'une stipulation pour autrui. De même, les biens de la double libéralité ne peuvent pas composer la réserve héréditaire de chaque gratifié. Il est toutefois dérogé à ce principe dans deux cas : soit parce que le gratifié y consent, soit parce qu'il n'y a pas à proprement d'obligations qui pèsent sur le gratifié, ce qui est le cas de la libéralité précative.

Quant aux effets juridiques, ensuite. L'analyse des effets des doubles libéralités montre que celles-ci connaissent des règles communes qui dépassent les techniques qui permettent de les réaliser. Précisément, deux ensembles peuvent être établis. Le premier rassemble les doubles libéralités dans lesquelles la vocation du second gratifié dépend en tout ou partie de la volonté du premier gratifié. Tel est naturellement le cas de libéralité précative, puisque la charge précative est de nature purement morale. Tel également le cas, mais dans une moindre mesure, de la libéralité résiduelle, laquelle interdit au premier gratifié de léguer les biens de la libéralité. Ce qui signifie que la vocation du second gratifié n'est que résiduelle, en ce sens qu'il ne peut bénéficier que des biens de la libéralité que le premier gratifié laisse à sa mort. Le second ensemble regroupe les doubles libéralités dans lesquelles la vocation du second gratifié ne dépend pas de la volonté du premier gratifié. Au sein de cet ensemble, il est possible de faire une distinction. Soit la vocation du second gratifié est certaine, en ce sens qu'il est assuré de bénéficier des biens à la fin de la jouissance du premier gratifié. Tel est le résultat produit par une double libéralité en usufruit et en nue-propriété, ou de la double libéralité procédant d'une stipulation pour autrui, dès lors que le bénéficiaire a accepté la libéralité à lui consentie. Soit la vocation du second gratifié est éventuelle, en ce sens qu'elle dépend de la survenance d'un événement sur lequel aucun des agents de l'opération n'a de prise : tel est le cas de la double libéralité conditionnelle et de la libéralité graduelle.

TITRE II

LES LIBERALITÉS A TROIS PERSONNES REALISANT UNE SEULE LIBERALITÉ

539. Une mission conférée à l'intermédiaire. – Lorsque la libéralité à trois personnes réalise une seule libéralité, l'intermédiaire est investi d'une mission, celle d'assurer la mise en œuvre de la volonté libérale du disposant. Dans son acception la plus courante, le terme désigne « la charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose, et par extension (sans idée de déplacement), de faire quelque chose »¹. Fréquemment employé dans la langue juridique², le vocable mission est défini par le Vocabulaire de l'Association Henri Capitant comme « ce qui est confié par une personne à une autre (détermination d'où résulte la limite des pouvoirs de celui qui reçoit mission) ; l'opération confiée »³.

Ainsi entendue, la mission permet de déterminer les prérogatives de celui qui en est investi et délimite, à titre de corollaire, ses devoirs. Comme on l'a justement souligné, « toutes les personnes chargées d'une mission ont certes le pouvoir d'agir dans les limites de leurs attributions, mais ils ont aussi l'obligation de s'acquitter de leur mission, d'employer les pouvoirs qui leur ont été conférés en vue de satisfaire la fin qui a justifié leur investiture »⁴.

540. Types de prérogatives de l'intermédiaire. – De là il résulte que les prérogatives de l'intermédiaire sont, non pas des droits subjectifs, mais des pouvoirs⁵. L'exercice de ses prérogatives est en effet commandé par sa mission. C'est dire, de façon plus concrète, que l'intermédiaire va agir dans l'intérêt du tiers bénéficiaire.

Pour ce faire, le disposant peut naturellement recourir au mécanisme de la représentation. Exerçant les droits du représenté, l'intermédiaire agit alors pour le compte de celui-ci. Mais, on l'a vu, la propriété peut aussi être instrumentalisée. En procédant à une dissociation entre la titularité du droit et le profit qui en résulte, le disposant peut ainsi investir l'intermédiaire de la qualité de propriétaire tout en s'assurant que la richesse de la propriété soit transmise au gratifié.

¹ *Le Grand Robert de la langue française*, V^o Mission, 1^o.

² Par exemple, C. civ., art. 115, 410, 417, 418, 420, 425, 437, 454, 511, 812-1-2, 812-4, 813-6 et s., 1025 et s., 1792-1, 2018 et s. ; C. pr. civ., art. 12, 21, 233 et s., 1456 et s., 1549 et s. ; C. com., art. L. 134-1, L. 146-1 et s., L. 611-3 et s., L. 626-1 et s.

³ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Mission, 1.

⁴ C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n^o634, p. 354.

⁵ Sur la distinction entre droit subjectif et pouvoir, voir *supra* n^o153 et s.

On peut ce faisant observer que deux types de pouvoirs peuvent être conférés à l'intermédiaire : soit des pouvoirs de propriétaire, étant entendu qu'il s'agit alors d'une propriété finalisée, d'une propriété-pouvoir ; soit des pouvoirs de représentation.

541. Plan. – Aussi est-ce à l'aune de cette distinction qu'il convient d'analyser les libéralités à trois personnes qui ne réalisent qu'une seule libéralité : en premier lieu, celles dans lesquelles l'intermédiaire est propriétaire (Chapitre I) ; en second lieu, celles dans lesquelles l'intermédiaire est un représentant (Chapitre II).

Chapitre I : L'intermédiaire-propriétaire

Chapitre II : L'intermédiaire-représentant

CHAPITRE I

L'INTERMEDIAIRE - PROPRIETAIRE

542. L'existence d'une fiducie-libéralité. – Lorsque la libéralité à trois personnes réalise une seule libéralité et que l'intermédiaire est investi de la propriété des biens, l'opération présente un caractère fiduciaire. En effet, tel un fiduciaire, l'intermédiaire n'acquiert la propriété des biens qu'afin de la gérer et de la transmettre, au bout d'un certain temps, à un tiers bénéficiaire.

Mais cette fiducie-libéralité ne relève pas d'une catégorie nommée de notre droit. Elle se réalise sous couvert d'institutions connues de notre droit, telles que l'assurance sur la vie au bénéfice d'un tiers, les libéralités à caractère collectif, ou, plus généralement, les libéralités assorties d'une charge de transmettre au profit d'un tiers.

543. Dualité de fiducie-libéralité. – A cet égard, on peut distinguer deux types de fiducie-libéralité¹.

Le premier type est à caractère individuel. Le disposant s'adresse à l'intermédiaire dans le dessein de procurer un avantage à une ou plusieurs personnes déterminées. Le transfert de la propriété que le disposant consent à l'intermédiaire vise à gratifier le ou les tiers bénéficiaires. Ce faisant, l'intermédiaire n'est ni un gratifié ni un propriétaire ordinaire ; il est un fiduciaire.

Le second type de fiducie-libéralité présente un caractère collectif. L'intention libérale du disposant est dirigée vers une collectivité et dépasse les intérêts individuels de chaque individu. Ainsi, si un individu vient à profiter de la libéralité, c'est à titre anonyme et en tant que membre d'une catégorie humaine. Au fond, dans la fiducie-libéralité à caractère collectif, le disposant est mû par le désir de satisfaire l'intérêt général. Ce n'est donc que par l'intermédiaire d'une personne morale, dont l'objet statutaire est la satisfaction d'un service d'intérêt général, que le disposant peut accomplir sa volonté libérale. Ici encore, l'intermédiaire agit comme un fiduciaire. La propriété des biens ne lui est transmise qu'aux fins d'accomplissement de sa mission d'intérêt général. Reste que, non sans un paradoxe, si elle est un propriétaire fiduciaire, la personne morale apparaît aussi comme un gratifié du disposant.

¹ Comp. C. civ. Québec, art. 1266 qui prévoit trois catégories de fiducies : la fiducie personnelle, la fiducie d'utilité privée et la fiducie d'utilité sociale. Si la fiducie d'utilité privée n'a pas pour finalité de réaliser une libéralité (C. civ. Québec, art. 1268 et s.), il en tout autrement des deux autres. Précisément, la fiducie personnelle est celle constituée « dans le but de procurer un avantage à une personne » (C. civ. Québec, art. 1267) tandis que la fiducie d'utilité sociale est faite dans « un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique » (C. civ. Québec, art. 1270).

544. Plan. – Partant, la fiducie-libéralité recouvre deux réalités distinctes qu’il convient d’analyser tour à tour : la fiducie-libéralité à caractère individuel, d’une part (Section I) la fiducie-libéralité à caractère collectif, d’autre part (Section II).

Section I : La fiducie-libéralité à caractère individuel

Section II : La fiducie-libéralité à caractère collectif

SECTION I : LA FIDUCIE-LIBÉRALITÉ À CARACTÈRE INDIVIDUEL

545. Problématique. – Aucun texte ne consacre l'existence de la fiducie-libéralité à caractère individuel. Aussi, si elle existe en droit positif français, n'est-ce que de façon innommée. Pour autant, c'est la licéité même de l'opération qui paraît aujourd'hui contestable. En effet, depuis la loi du 19 février 2007 qui a introduit la fiducie dans le Code civil, l'article 2013 dispose que « *le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire* ». Quelle est la portée de cette prohibition ? Doit-on la comprendre *lato sensu*, en ce sens qu'une fiducie-libéralité ne serait jamais permise, sauf si un texte y déroge ? Doit-on l'entendre *stricto sensu*, en ce sens qu'une libéralité ne pourrait être consentie par le vecteur du contrat de fiducie du Code civil, mais qu'elle serait licite en dehors de ce cadre ?

C'est, nous semble-t-il, la seconde analyse qu'il convient d'adopter. Pour s'en convaincre, il faut, en premier lieu, analyser un cas de fiducie-libéralité à caractère individuel dont la licéité n'est point discutée. Il s'agit de la libéralité qui procède d'une assurance sur la vie, opération dans laquelle l'assureur exerce une mission de propriétaire fiduciaire (§ 1). Au-delà de ce cas particulier, il nous faut, en second lieu, démontrer la licéité générale de la fiducie-libéralité à caractère individuel (§ 2).

§ 1 - UN CAS PARTICULIER DE FIDUCIE-LIBERALITE A CARACTERE INDIVIDUEL :

L'ASSURANCE SUR LA VIE AU PROFIT D'UN TIERS

546. Domaine limité aux assurances modernes dites de placement. – On ne saurait voir une fiducie-libéralité innommée dans tous les contrats d'assurance sur la vie. La doctrine s'accorde aujourd'hui au moins sur un point : c'est qu'il existe, de fait, deux formes de contrats d'assurance sur la vie.

Une forme, dite classique, où l'assureur s'engage à payer le capital si, et seulement si, le risque, de décès ou de survie, se réalise. Il en va ainsi de l'assurance temporaire-décès, laquelle couvre le risque de décès de l'assuré pendant une période déterminée. Si, à l'échéance prévue, le risque ne s'est pas réalisé (l'assuré est toujours en vie), l'assureur conserve les primes sans autre obligation. Il en va également ainsi de l'assurance de survie du bénéficiaire, l'assureur s'obligeant à verser un capital ou une rente au bénéficiaire désigné, uniquement dans le cas où celui-ci survit à l'assuré. Il en va encore de même de l'assurance de capital différé, qui garantit le paiement d'un capital déterminé si l'assuré est encore en vie à l'échéance du contrat, celle-ci étant soit une date déterminée, soit tel âge atteint par l'assuré, soit tant d'années après la souscription du contrat.

A côté de ces assurances sur la vie où chacun des contractants court un risque de gain et de perte, s'est développée une autre forme, dite « *moderne* »¹, dont la finalité est simplement de placement. Dans ces contrats, l'assureur promet de verser à l'échéance du contrat, en cas de vie ou en cas de décès, la contre-valeur capitalisée – l'épargne acquise – des versements effectués par le souscripteur. Tel est le cas des contrats d'assurance « *mixtes* » et des contrats d'assurance sur la vie « *contre-assurés* »². Ainsi, l'assureur garantit au bénéficiaire en cas de vie – généralement le souscripteur – le versement de la provision mathématique existant au terme du contrat et il garantit au bénéficiaire en cas de décès – généralement un tiers – le versement de cette même provision acquise au jour du décès de l'assuré, supposé antérieur à l'échéance en cas de vie.

Par où l'on voit que seule cette dernière forme d'assurance sur la vie est une fiducie-libéralité dès lors que le capital assuré est versé, à titre gratuit, à un bénéficiaire. A l'instar du fiduciaire, l'assureur reçoit en effet la propriété des primes à charge pour lui de la gérer et de la restituer, au terme convenu, sous la forme d'un capital ou d'une rente, au souscripteur ou au tiers bénéficiaire³. Autrement dit, pour reprendre les termes d'un auteur, ces contrats d'assurance à finalité de placement « *sont en réalité des mécanismes fiduciaires, et plus précisément de fiducie-gestion. L'assureur reçoit la propriété de deniers, avec mission de les placer pour en restituer le produit à l'échéance* »⁴.

547. Problématique. – Il reste que ce consensus doctrinal quant à l'admission de cette dichotomie de fait cesse lorsqu'il s'agit de savoir si elle produit des effets de droit. Précisément, s'agissant des contrats modernes – ceux qui sont de simples placements –, deux questions liées se posent : ces contrats sont-ils ou non des assurances ? Et, dans l'affirmative, doivent-ils être régis par les règles propres aux contrats d'assurance sur la vie ? La querelle est vive et la plume souvent

¹ Le terme est emprunté à J. Ghestin, « L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie », *JCP* 1995. I. 3881, et à J. Bigot, note sous Colmar, 19 mars 1993, *JCP* 1996. II. 22595.

² Le contrat d'assurance « *mixte* » peut être défini comme celui par lequel « *l'assureur s'engage à verser au terme fixé la somme stipulée à l'assuré s'il est encore vivant à cette date, à ses héritiers ou un tiers s'il meurt auparavant* » (P. Sumien, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1937, n°153, p. 91). Après des années d'engouement ce contrat a connu une importante désaffection en raison du coût important pour le cumul de deux garanties contradictoires. Il est aujourd'hui supplanté par le contrat d'assurance sur la vie « *contre-assuré* ». Il s'agit ici de permettre le remboursement au bénéficiaire désigné ou ayants droits des primes versées par le souscripteur, lorsque le décès avant terme de l'assuré en cas de vie frappe de caducité l'engagement fourni de ce chef par l'assureur. Mais, ainsi conçue, la contre-assurance laisse entre les mains de l'assureur le profit constitué par la capitalisation des primes. Ce qui pourrait laisser croire à l'existence d'un aléa financier... Mais les formules contemporaines proposent d'associer le bénéficiaire de la contre-assurance au bénéfice de la capitalisation, soit en majorant le montant nominal des primes d'un pourcentage prélevé sur les intérêts, soit, le plus souvent, en affectant l'intégralité de la provision mathématique au bénéficiaire. Dans cette dernière formule, l'assureur assume ce faisant un engagement équivalent en cas de vie ou en cas de décès. Voir sur ces différentes formules Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, préc., n°890 et s., p. 754 et s. ; Ph. Pierre, in *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préc., n°2093 et s., p. 1361 et s.

³ Notons qu'à la différence d'un dépôt ou d'un placement bancaire, dans lesquels les valeurs appartiennent au déposant, les primes versées par le souscripteur sont la propriété de l'assureur, de même que les biens dans lesquels elles sont investies.

⁴ M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841, spéc. n°30.

acérbe entre les tenants de l'affirmative et ceux qui, au contraire, prônent la négative ou, du moins, l'exclusion de ces contrats du champ des textes des assurances sur la vie. L'enjeu de la qualification est essentiel du point de vue successoral¹. Si le contrat n'est pas une assurance sur la vie, alors, son bénéfice ne relève pas des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances, qui permettent au bénéficiaire de repousser toute demande de rapport de ses cohéritiers ainsi que toute demande de réduction des héritiers réservataires du souscripteur pour atteinte à leur réserve, sauf si les primes sont manifestement exagérées.

Par plusieurs arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 2004, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur des premiers d'entre eux : les contrats d'assurance modernes sont régis par les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances. Autrement dit, ces contrats sont de véritables contrats d'assurance sur la vie. La cause paraît entendue. Et pourtant, au-delà des critiques d'une partie de la doctrine, on observe que la jurisprudence concède aujourd'hui divers tempéraments à cette solution de principe. Il en est un qui retient plus particulièrement notre attention en ce qu'il consiste à requalifier le contrat en donation eu égard aux circonstances de la cause. Ceci laisse entendre qu'il y aurait une sorte d'incompatibilité entre la qualification de contrat d'assurance sur la vie et celle de libéralité, autrement dit qu'il ne saurait y avoir de contrat d'assurance sur la vie qui réalise une libéralité.

A suivre cette logique, l'assurance sur la vie n'aurait guère de place dans notre étude puisqu'il n'y aurait aucune libéralité. C'est bien évidemment tout le contraire. Les contrats d'assurance sur la vie de placement qui se dénouent au profit d'un bénéficiaire à titre gratuit sont *toujours* des libéralités, et plus précisément des fiducies-libéralités innommées d'intérêt privé. Au demeurant, nul ne le conteste en doctrine. Simplement, on le verra, c'est le paradoxe – voire même l'incohérence – de la jurisprudence de la Cour de cassation que d'avoir retenu la qualification d'assurance sur la vie pour ces contrats de placement, tout en cherchant, par des moyens indirects, à tempérer les conséquences de cette malheureuse qualification.

548. Plan. – Aussi convient-il, d'abord, de démontrer que l'assurance de placement est une libéralité au profit du tiers bénéficiaire, qu'elle est donc une fiducie-libéralité innommée d'intérêt privé (A) pour, ensuite, analyser son régime juridique (B).

A. La qualification de l'assurance placement au profit d'un tiers

¹ L'enjeu est également crucial pour les régimes matrimoniaux – ces contrats relèvent-ils de l'article L. 132-16 du Code des assurances ? – et pour les procédures civiles d'exécution : les primes versées sont-elles saisissables ?

549. Démarche. – L'assurance placement au profit d'un tiers bénéficiaire est-elle une libéralité ? Pour y répondre, il importe de déterminer la nature juridique de ce contrat (1) avant de voir si la qualification retenue est compatible avec celle de libéralité (2).

1. La qualification des contrats de placement

550. Position du problème. – Suivant l'article 1964 du Code civil, le contrat d'assurance est classé parmi les contrats aléatoires. Une jurisprudence bien établie rappelle que l'aléa est « *l'essence même du contrat* »¹ d'assurance sur la vie². Sous cet aspect, le contrat d'assurance sur la vie se distingue du contrat de capitalisation. Un arrêt de la Cour d'appel de Colmar l'exprime clairement : « *L'assurance sur la vie, de nature essentiellement aléatoire, est un contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur, moyennant une prime à verser au bénéficiaire désigné une somme déterminée, l'exécution de son obligation dépendant d'un événement ou d'un terme convenu par les parties au contrat. La capitalisation est en revanche un contrat par lequel l'entreprise d'assurance s'engage, moyennant un versement unique ou des versements périodiques, à payer un capital déterminé, soit à l'échéance du contrat soit par anticipation. Cette opération de capitalisation n'est pas une opération d'assurance, car elle n'a pas pour objet la garantie d'un risque* »³.

Partant, sans aléa le contrat ne peut être qualifié d'assurance. D'où une interrogation relative aux contrats de placement : peut-on dire qu'il y a un aléa relatif au risque garanti et aux prestations dues dès lors que l'assureur s'engage à verser à l'assuré, s'il est en vie au terme du contrat ou, s'il meurt avant, au bénéficiaire désigné, la provision mathématique⁴ du contrat qui, dans les deux cas, est égale au total des primes versées, plus les produits financiers, sous déduction des frais de gestion⁵ ?

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 1994, *Bull. civ.* I, n°277. Voir également Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 1990, *Bull. civ.* I, n°52, qui affirme le principe « *selon lequel le contrat d'assurance [est] par nature aléatoire* ».

² Comme l'a écrit Picard et Besson, « *le risque est l'élément essentiel de l'assurance, ce pour quoi l'assurance existe* » (in *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. I, 1938, n°29).

³ Colmar, 19 mars 1993, *JCP* 1993. II. 22595, note J. Bigot.

⁴ La provision mathématique, constituée au moyen des primes versées par l'assuré, est définie comme « *la différence entre les valeurs actuelles des engagements respectivement pris par l'assureur et par les assurés* » (C. assur., art. R. 331-3, 1°).

⁵ Sur cette question, sans prétendre à l'exhaustivité, voir M. Grimaldi, « *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille* », *Defrénois* 1994. 737 ; L. Mayaux, « *Les relations du droit de l'assurance et de la famille* », *RGAT* 1994. 423 ; F. Lucet, « *Le sort des contrats d'assurance-vie non dissous à la dissolution de la communauté* », *Defrénois* 1993. 271 ; J. Kullmann, « *Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte* », *D.* 1996. chron. 205 ; J. Ghestin, « *L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie* », *JCP* 1995. I. 3881 ; J. Aulagnier, « *L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ?* », *Dr. et patrimoine* 1996, n°44, p. 44 ; F. Sauvage, « *L'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille* », *RGDA* 1997. 13 ; H. Lécuyer, « *Assurance vie, libéralité et droit des successions* », *Dr. famille* 1998. chron. 7 ; L. Mayaux, « *L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ?* » *RGAT* 2000. 767 ; J. Ghestin et M. Billau, « *Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation* », *JCP* 2001. I. 329 ; M. Giray, « *L'assurance-vie hors succession : la mort d'une fiction ?* », *Dr. et patrimoine* 2001. 27 ; M. Grimaldi, « *L'assurance-vie et le droit des successions* », *Defrénois* 2001, art. 37726 ; G. Durry, « *A propos des arrêts de la chambre mixte du 23 nov. 2004* », *Risques* 2005, n°64, p. 117 ; J. Ghestin, « *La Cour de*

551. Solution de la jurisprudence. – Le célèbre arrêt Leroux, en date du 18 juillet 2000, a paru donner un élément de réponse : « *les dispositions des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances ne s'appliquent pas aux contrats de capitalisation* »¹. La solution pouvait laisser croire, en effet, que le contrat d'assurance placement constitue en réalité une opération de capitalisation. Mais la formulation « *succincte et énigmatique* »² rendait difficile l'appréciation de sa portée³. Une décision ultérieure de la haute juridiction n'était pas plus éclairante⁴. Il n'en demeure pas moins que ces décisions ne firent qu'aviver le débat doctrinal, certains soutenant que les contrats d'assurance placement n'étaient qu'une variété d'assurance sur la vie⁵, d'autres opinant de plus fort que de tels contrats ne présentaient pas le caractère aléatoire de l'assurance sur la vie⁶.

Devant cette incertitude, c'est dire combien les arrêts rendus, en chambre mixte, par la Cour de cassation le 23 novembre 2004 étaient attendus. Et, sous cet angle, la haute juridiction ne déçoit guère. Elle tranche clairement la question en affirmant, en termes identiques dans les quatre arrêts, que « *le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un*

cassation s'est prononcée contre le requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP* 2005. I. 111 ; F. Leduc et Ph. Pierre, « Assurance-placement : une qualification déplacée », *Resp. civ. et assur.* 2005. chron. 3 ; Ph. Delmas Saint-Hilaire, « Assurance-vie et chambre mixte : *Alea jacta est!* », *RJPF* févr. 2005. 25 ; J.-L. Aubert, « L'aléa et l'assurance sur la vie », in *Mélanges H. Groutel*, Litec, 2006, p. 13 ; V. Heuzé, « Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie », in *Mélanges J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 193 ; L. Mayaux, « Assurance-vie : faut-il distinguer là où la loi ne distingue pas ? », in *Mélanges J. Bigot*, préc., p. 281.

Voir aussi V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. Héron, LGDJ, 1996, spéc. n°747 et s., p. 321 et s. et l'étude très fouillée de C. Béguin, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 2011, spéc. n°658 et s., p. 685 et s. Adde Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2011, n°969 et s., p. 841 et s. ; H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préf. G. Durré, Litec, 2008, n°2070 et s., p. 1341 et s. (partie rédigée par Ph. Pierre) ; J. Bigot, Ph. Baillot, J. Kullmann et L. Mayaux, *Traité des assurances. Les assurances de personnes*, t. IV, n°76 et s., p. 42 et s.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, *Bull. civ.* I, n°213 ; *JCP* 2000. II. 10434 et aperçu rapide de J. Bigot, p. 2215 « Tempête ou vaguelette sur l'assurance-vie ? » ; G. Courtieu, « Assurances sur la vie : les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées ? », *Resp. civ. et assur.* 2000. chron. 28 ; L. Mayaux, « L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? », préc. ; M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions (à propos de Cas. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, arrêt Leroux) », *Defrénois* 2001, art. 37276 ; C. Charbonneau et F.-J. Pansier, « Le contrat d'assurance-vie à la croisée des qualifications entre assurance-épargne et capitalisation, l'assurance balance », *Gaz. Pal.* 16-17 mars 2001. 54 ; F. Sauvage et D. Faucher, « L'assurance-vie est-elle toujours hors succession », *JCP éd. N* 2001. 54 ; J.-G. Raffray, « L'arrêt Leroux et ses suites », préc.

² Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, préc., n°969, p. 842.

³ En témoigne le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2000 (La documentation française, 2001, p. 404) qui mentionnait ainsi qu'« *il faut tout de suite observer que le pourvoi a évité d'aborder le problème majeur qui est celui de la qualification du contrat, assurance vie ou opération de capitalisation, qu'il n'a pas remis en cause celle donnée à la convention par les juges du fond et n'a soumis en définitive que cette question de moindre intérêt, qui est celle de savoir si les contrats "de capitalisation" bénéficient ou non, comme les contrats "d'assurance vie" des dispositions de l'article L. 132-12* ».

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 29 janv. 2002, *Pirion*, *Bull. civ.* I, n°29 ; *Resp. civ. et assur.* 2002, n°179 ; *Dr. fam.* 2002. chron. 18, D. Vigneau ; *JCP éd. N* 2002. I. 178, n°11, obs. R. Le Guidec ; *Rev. dr. banc. et fin.* 2002, n°44, p. 67, obs. F. Lucet et D. Coron.

⁵ Voir parmi d'autres J. Ghestin et M. Billau, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », préc. ; L. Mayaux, « L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? », préc.

⁶ Voir notamment M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc. ; 96^{ème} Congrès des notaires de France, notamment la 5^{ème} proposition de la quatrième commission, qui souhaitait ajouter un alinéa à l'article L. 132-13, C. assur., selon lequel « *dans la mesure où, en vertu des dispositions du contrat, le capital assuré représente la valeur acquise des primes versées, le capital perçu par le bénéficiaire est soumis aux règles du rapport et de la réduction* ».

aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1,20 du Code des assurances, et constitue un contrat d'assurance sur la vie »¹. Il en résulte que les dispositions des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances qui soustraient les contrats d'assurance sur la vie au jeu du droit des successions leur sont applicables.

552. Analyse critique. – A suivre les hauts magistrats, la durée de la vie humaine a une incidence sur les effets du contrat, imprimant par là-même à celui-ci un caractère aléatoire. Le raisonnement n'emporte pas la conviction.

En effet, on sait que la notion de contrat aléatoire s'oppose à celle de contrat commutatif d'après l'article 1104 du Code civil, aux termes duquel le contrat « *est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle* » tandis que « *lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un évènement incertain, le contrat est aléatoire* ». Autrement dit, ce qui différencie le contrat aléatoire du contrat commutatif, c'est que l'équivalence résulte de « *la chance de gain ou de perte pour chacune des parties* » que provoque l'évènement incertain envisagé par elles. Ainsi, le contrat est aléatoire lorsque chacune des parties « *court une chance de gain et un risque de perte entre lesquels il y a réciprocité : le même évènement détermine le gain de l'un et la perte de l'autre* »².

Or, peut-on considérer que le contrat est aléatoire parce que ses effets dépendent de la durée de la vie humaine³ ? Le soutenir revient à dire, alors, que l'aléa n'est pas nécessairement une

¹ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *Bull. ch. mix.* n° 5 à 8 ; rapport A.-E. Credeville, « *Qualification des contrats d'assurance vie* », *RJDA* févr. 2005. 71 ; avis R. de Gouttes, « *Quelle est la nature des contrats d'assurance-vie dits "de placement" ?* », *Bulletin des conclusions fiscales* 2005. 47 ; *Grands arrêts*, tome 1, n° 132, p. 740 et s. ; *Dr. et patrimoine* janvier 2005, p. 11, obs. L. Aynès ; *Resp. civ. et assur.* 2005, repère 1, obs. Ph. Pierre ; *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 42, note H. Groutel ; *RGDA* 2005. 110, note L. Mayaux ; *RJPF* février 2005. 25, note Ph. Delmas Saint-Hilaire ; *RDC* 2005. 297, obs. A. Bénabent ; *RTD civ.* 2005. 434, obs. M. Grimaldi ; *RLDC* 2005/1, n° 504, note M. Leroy ; *AJ Fam.* 2005. 70, obs. F. Bicheron ; *JCP éd. N* 2006. 1071, n°2, obs. R. Le Guidec ; *JCP* 2005. I. 111, note J. Ghestin ; *JCP N* 2005. 1003, note P. Grosjean. *Adde*, F. Leduc et Ph. Pierre, « *"Assurance-placement" : une qualification déplacée (À propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004)* », art. préc. ; Ph. Pierre, « *"Assurances-placements" et protection des héritiers : l'exclusivité retrouvée de l'article L. 132-13 du Code des assurances* », *Rev. Notaires* avril 2005, p. 4 ; H. Lécuyer, « *Promesses jurisprudentielles d'une longue vie à l'assurance-vie* », *Dr. fam.* 2005, étude 6 ; B. Beignier, « *La poule d'eau est-elle de la viande ou l'assurance-vie de placement est-elle une libéralité ?* », *D.* 2005. 1905 ; G. Durry, « *À propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004* », art. préc. ; M. Périer, « *Chronique d'une assurance ordinaire : l'assurance-vie devant la chambre mixte de la Cour de cassation* », *Gaz. Pal.* 21 juin 2005, doct. p. 2 ; J.-L. Aubert, « *L'aléa et l'assurance sur la vie* », art. préc.

² Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, préc., n°970. Voir également A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, préc., n°924, qui définit le contrat aléatoire comme « *celui où l'équivalent [la contre-prestation] dépendant, soit pour toutes les parties, soit pour l'une d'entre elles, d'un évènement incertain, le résultat, quant aux avantages et aux pertes dépend, pour chacune des parties, de cet évènement incertain* ». *Adde* F. Grua, « *La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs* », *RTD civ.* 1983. 263.

³ Telle est du reste la lettre de l'article L. 310-1, 1° du Code des assurances qui, à propos des entreprises soumises au contrôle de l'Etat, vise celles qui « *contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine* ». Ceci expliquerait le visa de cet article dans les arrêts de la haute juridiction. Mais, ainsi qu'on l'a souligné, ce texte est placé dans le livre 3 du Code des assurances relatif aux entreprises d'assurance, et non pas dans le livre 1^{er} relatif au contrat d'assurance, de sorte que « *l'article 310-1, 1° n'a aucune portée normative en ce qui concerne la notion de contrat d'assurance* » (J.-L. Aubert, art. préc.).

chance de gain ou de perte¹. Mais, à suivre cette logique, il faut retenir cette qualification pour les contrats commutatifs affectés d'une condition, alors que l'éventualité qui est envisagée par la condition n'affecte pas le rapport d'équivalence des prestations réciproques auxquelles les parties s'engagent. Semblablement, cela conduit à dire que tout contrat qui s'éteint prématurément au décès de l'une des parties est de nature aléatoire. Par où l'on voit qu'on ne peut raisonnablement soutenir que la seule référence à la durée de la vie d'une personne suffit à conférer au contrat un caractère aléatoire². Pas davantage on ne saurait soutenir que l'incertitude sur l'identité finale du bénéficiaire entraîne le contrat dans le domaine de l'aléa³. Sans doute, « *le souscripteur ne "récupérera la valeur acquise de son épargne" que s'il survit à l'échéance du contrat* »⁴. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il existe, pour lui, un risque de perte qui est en même temps une chance de gain pour l'assureur. Où est le risque de perte du souscripteur en cas de dénouement par décès, dès lors que le capital assuré est versé au bénéficiaire qu'il a désigné ? En effet, l'attribution du capital assuré au bénéficiaire est la cause de l'engagement du souscripteur envers l'assureur pour le cas où le contrat se dénoue par le décès de l'assuré. Il n'y a donc aucune perte pour le souscripteur. Quant à l'assureur, sa prestation est toujours identique, qu'elle soit due au souscripteur ou au bénéficiaire. Aussi bien faut-il considérer que l'identité finale du bénéficiaire s'avère parfaitement neutre dans l'appréciation des engagements réciproques des parties⁵.

Soutiendrait-on qu'au-delà de cette incertitude liée à la durée de la vie de l'assuré, il y a un véritable aléa financier dans les contrats de placement ? A l'appui de cette prétention, on a ainsi fait valoir que l'assureur prend un risque de taux d'intérêt ou de taux de rendement en

¹ Voir en ce sens J. Ghestin et M. Billau, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », préc., spéc. n°8 : « *si le contrat d'assurance est un contrat aléatoire, en ce sens qu'il suppose un événement de réalisation incertaine dans son existence ou dans sa date d'arrivée, l'existence d'une chance ou de gain ne participe pas de sa nature* ».

² J. Aulagnier, « Actualité du contrat d'assurance », *Dr et patrimoine* nov. 2003, p. 63, spéc. p. 67 : « *On ne peut pas confondre l'aléa du contrat d'assurance avec la survenance incertaine de l'événement lié à la durée de vie humaine, pas plus qu'on ne peut le confondre avec le risque* ».

³ C'est pourtant en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée dans l'une de ses décisions : les conventions litigieuses méritent d'être qualifiées de contrats d'assurance dès lors qu'à la date de son engagement, la personne qui les a souscrites « *ignorait qui d'elle ou des bénéficiaires recevrait le capital puisque le créancier de l'obligation de l'assureur différait selon que l'adérent était vivant ou non au moment où le versement du capital devait intervenir* » (pourvoi n°01-13592). Voir déjà Paris, 13 avr. 1999, *RGDA* 1999. 412, note J. Bigot : « *Ce contrat d'assurance sur la vie et décès est dépendant de l'aléa de la durée de la vie tant du souscripteur que du bénéficiaire qui détermineront le réel récipiendaire du capital et son montant qui resteront imprévisibles à l'intérieur du temps contractuel* » ; Paris, 23 sept. 2001, *Resp. civ. et assur.* 2002. comm. 345, note J.-G. Raffray ; Paris, 9 oct. 2001, *Dr. fam.* 2002. comm. 130 (3^{ème} arrêt), obs. B. Beignier ; Paris, 19 avr. 2002, *RGDA* 2002. 1017.

⁴ J. Ghestin, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », préc., spéc. n°23. Voir également J. Kullmann, « Contrats d'assurance sur la vie, la chance de gain ou de perte », préc., spéc. n°8 ; du même auteur, in *Lamy Assurances* 2012, n°156 et s. ; J. Bigot, note préc. sous Colmar, 19 mars 1993 ; E. Bonnet, « L'assurance-vue, un succès qui inquiète ? », *Dr. et patrimoine* sept. 1996, p. 16 ; T. Corfias, « Assurance vie : technique et produits », *L'Argus de l'assurance* 2003, p. 315 ; J.-P. Moreau, « L'assurance vie moderne n'est pas une simple opération d'épargne », *Rev. not. assur. vie* 1996, n°101, p. 1.

⁵ G. Courtieu, « Assurance sur la vie, les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées ? », préc. : « *Ce n'est certainement pas le fait de désigner un bénéficiaire qui transforme un contrat d'épargne en un contrat d'assurance !* ». Dans le même sens M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc., spéc. n°10 ; *GAJC*, préc., spéc. n°7 ; A. Bénabent, obs. préc. ; V. Heuzé, art. préc.

garantissant un certain résultat financier¹, mais aussi un risque de rachat en tant que celui-ci « *va priver l'assureur de sa rémunération de gestion des capitaux gérés et l'exposer à devoir réaliser des actifs à un moment peut-être inopportun compte tenu de la conjoncture économique, ce qui peut entraîner pour lui de lourdes pertes* »². Il reste qu'on ne voit pas en quoi l'une ou l'autre de ces incertitudes devrait entraîner la qualification de contrat aléatoire. D'une part, de telles incertitudes existent dans les contrats de capitalisation, alors même que nul ne conteste l'absence d'aléa dans ceux-ci. D'autre part, il ne s'agit pas, ici, de contingences économiques qui procèdent de l'évènement mis en risque. Bien au contraire, comme on l'a justement souligné, chacune de ces incertitudes « *ne correspond à rien d'autre qu'à une déception des prévisions de l'assureur, c'est-à-dire à ce que recouvre très banalement l'hypothèse de l'imprévision dans les contrats commutatifs* »³. Pour le dire autrement, il ne faut pas confondre la chance de gain ou de perte réciproque, qui sert à justifier l'exécution de prestations potentiellement déséquilibrées, avec le risque de perte auquel chaque partie s'engage dans un contrat commutatif.

De là il suit que ces contrats de placement sont dépourvus de tout aléa⁴. Aussi ne peut-on que s'étonner que la Cour de cassation s'éloigne « *sensiblement des principes les mieux assurés du droit contractuel – en bouleversant la notion de contrat aléatoire et la distinction de celui-ci du contrat commutatif –*

¹ Voir notamment J. Bigot, note préc sous Colmar, 19 mars 1993 : « *l'assureur est d'abord exposé à un risque de taux d'intérêt, dans la mesure où légalement, ou contractuellement, il garantit un taux de rendement. Même si par la suite, l'assureur n'est pas en mesure de placer ses actifs à un taux supérieur, il doit honorer ses engagements non seulement à l'échéance, mais pendant toute la durée du contrat et à tout moment* ».

² R. de Gouttes, concl. préc. sous Cass. ch. mixte, 25 nov. 2004.

³ V. Heuzé, art. préc. spéc. p. 203. Dans le même sens Ph. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préc., spéc. n°2080, p. 1349 : « *Une chose est de constater qu'un contrat, tourné vers l'avenir, s'expose à de multiples facteurs d'incertitude économique. Soutenir l'inverse serait au demeurant prétendre abolir l'inéluctable influence de l'écoulement du temps sur l'équilibre financier des engagements. Une autre chose est de conclure à la présence de l'aléa d'assurance, d'assimiler l'aléa dans le contrat et l'aléa qualificatif du contrat* ».

⁴ On a avancé deux autres arguments en faveur de l'existence d'un aléa. Le premier réside dans l'idée que les contrats de placement sont la combinaison de deux contrats de type « *capital différé* » et « *temporaire-décès* » qui, pris séparément, comportent indubitablement un aléa financier pour chacune des parties. Il n'y aurait donc pas lieu de globaliser ces deux éventualités – le décès prématuré de l'assuré et sa survie au terme – mais de les dissocier (L. Mayaux, « *L'assurance est-elle soluble dans la capitalisation ?* », préc., spéc. p. 785). A quoi l'on peut répondre, d'un point de vue technique, que cette thèse d'une dualité de contrats individuels « *fait long feu faute de prime et de garantie discernables dans la contre-assurance de l'épargne constituée* » (Ph. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préc., spéc. n°2109, p. 1385) et, d'un point de vue plus général, que « *deux corps peuvent, s'ils sont associés, perdre le caractère qu'ils avaient en commun à l'état isolé : l'oxygène et l'hydrogène sont deux gaz, qui, assemblés, donnent de l'eau. C'est de la chimie, non de l'alchimie* » (M. Grimaldi, « *L'assurance-vie et le droit des successions* », préc., spéc. n°10). Le second argument consiste à dire qu'il existe bien un aléa puisque l'assureur réalise un gain toutes les fois où le contrat n'a pas été réclamé (J. Kullmann, « *Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte* », préc.). Comme on l'a dit, il s'agit là « *d'un argument de détresse ! Comment fonderait-on la qualification d'un contrat sur les conséquences de son inexécution fortuite ?* » (M. Grimaldi, art. préc.). Au surplus, la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 relative au financement de la sécurité sociale décide que les sommes dues au titre d'un contrat d'assurance sur la vie « *en désérence* » sont acquises à l'Etat quand elles ne sont pas réclamées depuis trente ans à compter du décès de l'assuré ou du terme du contrat (art. 18). Il n'y a donc plus de gain possible pour l'assureur. Cet interventionnisme de l'Etat est très critiqué par certains qui n'hésitent pas à dénoncer « *un législateur spoliateur* » (L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, préf. J. Bigot, LGDJ, 2011, n°264, p. 183). Qu'on nous permette de répondre que c'est au contraire heureux. Heureux, parce que l'assureur n'est jamais censé conserver la propriété du capital assuré. Il n'est, dans l'esprit du souscripteur, qu'un fiduciaire, un propriétaire pour autrui. Au surplus, on lira avec profit l'exposé des motifs de la loi (Projet de la loi AN, n°3362, 11 oct. 2006, p. 25), selon lequel « *la proximité de l'assurance-vie avec les produits d'épargne devrait conduire à leur réserver [aux sommes en désérence de l'assurance sur la vie] le même traitement que les avoirs et dépôts* », lesquels sont acquis à l'Etat, passés trente ans (CGPPP, art. L. 1126-1).

comme du droit des assurances – en consacrant un contrat d'assurance qui ne couvre aucun risque inhérent à sa qualification spécifique »¹. Car il faut l'admettre : la haute juridiction a créé un « monstre »², « le contrat commutatif d'assurance sur la vie »³.

553. Conséquences successorales. – Surtout, cette solution n'est pas sans conséquence pour le droit successoral. En effet, dès lors que ces contrats bénéficient du régime particulier édicté par les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances, il s'ensuit que le capital assuré échappe au rapport et à la réduction, sauf si les primes sont manifestement exagérées.

N'est-ce pas là un moyen facile de tourner l'ordre public de la réserve héréditaire ? N'est-ce pas aussi un moyen pernicieux pour le *de cuius*, qui ne se doute guère des effets successoraux de la souscription d'un tel contrat ? Un exemple très simple, mais fréquent en pratique, permet de s'en rendre compte. Le *de cuius*, père de trois enfants, souscrit un contrat d'assurance placement, verse 200 de primes et désigne son aîné en qualité de bénéficiaire du contrat. Il laisse deux immeubles, chacun estimé 200, qu'il lègue à chacun de ses autres enfants. La masse de calcul de la quotité disponible s'établit à 400 (les deux immeubles) dont le 1/4 forme la quotité disponible, soit 100. Par conséquent, l'aîné, qui aura déjà reçu le capital assuré, pourra demander la réduction des deux legs, afin d'être rempli de ses droits réservataires (100), de sorte que les deux legs subiront une réduction proportionnelle d'un quart. Ainsi, là où le *de cuius* projetait sans doute d'assurer une égalité en valeur entre ses enfants, on constate en définitive un déséquilibre au profit de l'enfant bénéficiaire de l'assurance sur la vie, celui-ci percevant 300 (sans compter les produits financiers du contrat) tandis que les deux autres ne recevant chacun que 150. Au fond, comme on l'a écrit, « selon qu'au hasard d'une conversation à un guichet de banque un individu place ses capitaux en assurance-vie ou en parts d'OPCVM, le voilà en situation d'en disposer à sa guise ou dans les seules limites de la quotité disponible »⁴.

Sans doute pourra-t-on objecter que la réserve est « d'un autre temps »⁵, en ce sens que « toutes les réformes du droit successoral depuis un demi-siècle ont contribué à la réduire dans sa portée »⁶. Sous cet angle, il est vrai que la loi du 23 juin 2006 ne fait qu'assombrir le tableau, notamment avec la fameuse renonciation anticipée à l'action en réduction, prévue à l'article 929 du Code civil. Et, d'ailleurs, les fondements de la réserve se trouvent sérieusement écornés. Institution de solidarité familiale, la réserve ne l'est plus guère depuis qu'elle est fermée aux ascendants ; institution de conservation

¹ J.-L. Aubert, « L'aléa et l'assurance sur la vie », préc., spéc. n°13.

² V. Heuzé, « Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie », préc.

³ *Ibid.*

⁴ M. Grimaldi, obs. sous préc. sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004.

⁵ B. Beignier, note préc., spéc. p. 1907.

⁶ *Ibid.*

des biens dans la famille, la réserve ne l'est plus guère non plus depuis qu'elle est uniquement en valeur. Pour autant, la réserve héréditaire existe toujours bel et bien en droit français. Cette même loi du 23 juin 2006 l'a réaffirmé implicitement en ne modifiant pas l'alinéa 2 de l'article 721 du Code civil, issu de la loi du 3 décembre 2001, qui pose le principe de la réserve héréditaire. Simplement, son fondement s'est déplacé. Pour reprendre les termes d'un auteur, « *tout se passe comme si la réserve devait désormais être comprise, non plus comme un devoir réversible, mais comme un pur droit subjectif venant renforcer la vocation héréditaire de certains successibles privilégiés pour des raisons économiques et sociales* »¹.

Or, s'il est interdit au *de cuius* de priver, de son propre chef, certains de ses héritiers de tout ou partie dans la réserve, comment peut-on admettre qu'il puisse y procéder au moyen de l'assurance sur la vie ? Rien ne le justifie. Et certainement pas la loi du 13 juillet 1930 à l'origine des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances. A cette époque, l'assurance sur la vie était essentiellement une opération de prévoyance par laquelle l'assuré anticipait une perspective défavorable, en se protégeant ou en protégeant ses proches contre les conséquences de la réalisation de l'évènement mis en risque, de vie ou de décès. Sous cet aspect, on comprenait les dérogations faites aux règles du droit des régimes matrimoniaux et du droit des successions : il s'agissait d'inciter les individus à la prévoyance. Or, on le sait, tel n'est pas l'esprit qui commande l'assurance moderne – l'assurance placement. Celle-ci tend simplement à faire prospérer un état de fortune, à « *transporter dans le temps un capital accumulé et en assurer une bonne protection contre les risques économiques* »².

Simple produit financier, l'assurance placement doit dès lors être régie, du point de vue du droit patrimonial de la famille, comme les autres produits du même genre.

554. Justifications de la solution ? – Alors, pourquoi la haute juridiction n'a-t-elle pas admis ce particularisme de l'assurance placement ? L'argument de la nullité du contrat, pour manque d'aléa, ne tient pas³. M. Philippe Pierre l'a démontré : « *Lorsque la nullité d'une assurance en l'absence d'aléa est prononcée par la Cour de cassation, il ne s'agit que d'apprécier la validité d'une convention dont la nature n'est aucunement contestée. Tout autre est la restitution par le juge de l'exacte qualification d'un accord, discutée comme telle par les parties au sein d'une collection de possibilités alternatives. Et il serait pour le moins*

¹ C. Brenner, « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *Actes du colloque du 19 décembre 2006, La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, sous la dir. A. Leborgne, PUAM, 2008, p. 33 et s., spéc. p. 40.

² J. Aulagnier, « Peut-on échapper à une réforme de l'assurance-vie ? », *JCP éd. N* 1996. 1744.

³ Voir cependant en ce sens la conclusion du conseiller rapporteur, Mme Crédeville : « *Si l'absence d'aléa était constatée, c'est la nullité qu'encourrait le contrat si elle était demandée par les parties au contrat et qui rendrait sans intérêt la question de la disqualification* ».

spécieux de maintenir les assurances autrement qualifiées dans la dépendance de l'aléa, alors que celui-ci est propre à la qualification abandonnée »¹.

En réalité, ce sont principalement des raisons économiques qui sont avancées. Les conclusions de l'avocat-général de Gouttes sont, à cet égard, éloquentes : la requalification « affecterait profondément les stratégies de prévoyance, d'épargne et de transmission patrimoniale pour lesquelles les contrats d'assurance vie mixtes fournissent un outil simple et très efficace à des millions de Français »². Et reprenant la lettre du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie : « *Compte tenu des montants en jeu et de l'image très sécurisante de l'assurance vie, un tel bouleversement serait, non seulement, porteur de risques systémiques pour la place de Paris, mais ne manquerait pas de susciter une crise de confiance profonde des épargnants vis-à-vis de l'ensemble du régime légal et fiscal mis en place par l'Etat autour des produits d'épargne et de prévoyance* »³. Devant cet argument-massue, on peut comprendre que les hauts magistrats aient prudemment décidé de ne pas tenter une quelconque requalification.

Pour autant, à bien y réfléchir, on ne voit pas en quoi cette requalification eût provoqué une perte durable de confiance à l'égard de l'assurance sur la vie. En effet, si un tel cataclysme est avancé, c'est que la requalification des assurances placements aurait eu pour effet la perte pour les particuliers des avantages civils et fiscaux de l'assurance sur la vie⁴.

Du point de vue civil d'abord, on peine à croire que la souscription de tels contrats soit commandée par les conséquences qui sont attachées à l'assurance sur la vie, à savoir que la communauté n'a droit ni au capital assuré ni à une récompense à raison des primes qu'elle aurait payées, sauf excès manifeste⁵, et que le capital payable lors du décès de l'assuré au bénéficiaire n'est sujet ni au rapport ni à la réduction pour atteinte à la réserve, non plus que les primes versées, sauf excès manifeste⁶. Perçus comme des produits financiers parmi d'autres, les contrats de placement sont bien souvent dans l'esprit des souscripteurs des biens comme les autres et qui doivent, à ce titre, connaître la même dévolution successorale. A cet égard, il n'est pas rare d'observer l'embarras des notaires lorsqu'il leur faut expliquer aux héritiers que celui d'entre eux qui a été bénéficiaire d'une assurance placement peut prétendre aux mêmes droits que ses cohéritiers sur les autres biens et qu'il peut demander la réduction de libéralités qui leur ont été

¹ Ph. Pierre, *Traité de contrat d'assurance terrestre*, préc., spéc. n°2111, p. 1387.

² R. de Gouttes, concl. préc. sous Cass. ch. mixte, 25 nov. 2004.

³ *Ibid.*

⁴ Au demeurant, l'exemple du Livret A, qui assure le financement du logement social, ne pâtit d'aucune désaffectation de la part des épargnants, alors même qu'il ne procure pas d'avantages analogues à ceux de l'assurance.

⁵ C. assur., art. L.132-16.

⁶ C. assur., art. L. 132-13.

consenties, sans avoir à souffrir d'une telle demande quant aux sommes perçues au titre du contrat d'assurance¹.

Du point de vue fiscal ensuite, la question de la requalification est sans doute plus sérieuse. En effet, si l'assurance sur la vie jouit d'un tel succès auprès des particuliers, c'est avant tout pour les avantages fiscaux qu'elle procure. A ce titre, il est avancé que *« si les contrats en cause ne sont plus considérés comme des contrats d'assurance, les sommes versées devraient être taxables dans le patrimoine de celui qui les perçoit, lors du décès de l'assuré, sauf si la loi fiscale décidait expressément que les assurances de placement, indépendamment de leur régime juridique, devaient rester exonérées des droits de mutation pour des raisons de politique d'incitation fiscale à l'épargne à long terme »*². Pourtant, à lire les dispositions du Code général des impôts, on ne peut manquer de remarquer que leur application n'est nullement subordonnée à la nature du contrat : l'article 990 I du Code général des impôts, qui instaure un abattement de 152 500 euros au profit des bénéficiaires puis une taxation de 20 % du montant du bénéfice ne vise que *« les sommes, rentes, ou valeurs quelconques dues directement ou indirectement par un ou plusieurs organismes d'assurances et assimilés »* ; pareillement, l'article 757 B du même Code n'évoque que *« les sommes, rentes ou valeurs quelconques dues directement ou indirectement par un assureur, à raison du décès de l'assuré »*, pour soumettre aux droits de mutation par décès la fraction des primes versées par le souscripteur après l'âge de soixante-dix ans, excédant 30 500 euros. Cet argument de texte se recommande, en outre, de l'esprit de ces mêmes textes. Car ce régime fiscal dérogatoire *« se justifie, non pas par le titre auquel le bénéficiaire recueille le capital assuré, mais par le souci de drainer l'épargne vers les produits d'assurance-vie »*³.

En conséquence, on le voit, la requalification des contrats de placement n'aurait sans doute pas provoquer les *« risques systémiques »*⁴ tant redoutés. Bien au contraire, elle aurait permis de soumettre ces placements aux règles civiles du droit patrimonial de la famille tout en soustrayant, fiscalement, ceux-ci au paiement des droits de mutation⁵. On aurait, une fois encore, l'illustration de l'autonomie du droit fiscal par rapport au droit civil.

¹ Voir d'ailleurs le 96^{ème} Congrès des notaires de France, notamment la 5^{ème} proposition de la quatrième commission, qui souhaitait ajouter un alinéa à l'article L. 132-13, C. assur., selon lequel *« dans la mesure où, en vertu des dispositions du contrat, le capital assuré représente la valeur acquise des primes versées, le capital perçu par le bénéficiaire est soumis aux règles du rapport et de la réduction »*.

² Avis de l'avocat-général R. de Gouttes, sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004.

³ M. Grimaldi, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *RTD civ.* 2011. 167.

⁴ Expression employée dans la lettre du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, citée dans les conclusions précitées de l'avocat-général de Gouttes.

⁵ Au surplus, si l'on doutait que ces contrats pussent bénéficier de ces règles fiscales dérogatoires, rien n'empêchait le législateur de l'affirmer clairement à la suite de la requalification décidée par la Cour de cassation. Sous cet aspect, n'est-il pas singulier que les risques économiques de cette requalification soient avancés par le ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, alors même que les textes fiscaux sont élaborés au sein même de celui-ci ?

555. Conclusion. – Quoi qu’il en soit, il faut aujourd’hui admettre que, pour l’heure, l’assurance placement est une assurance sur la vie. Ce qui signifie, sur le plan successoral, que les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances lui sont applicables.

Il n’en demeure pas moins que la solution de la Cour de cassation est éminemment critiquable. Sous cet aspect, les juges français seraient bien inspirés d’emprunter la voie tracée par les juges de la Cour constitutionnelle belge, lesquels, après avoir qualifié les contrats d’assurance modernes « *d’authentiques instruments de placement financier* », concluent à l’inconstitutionnalité de l’article 124 de la loi du 25 juin 1992, qui exclut le capital assuré des règles du rapport et de la réduction¹.

Au-delà, on peut observer que cette solution de principe souffre plusieurs tempéraments. Il est probable, à cet égard, que le contentieux de la qualification se reportera sur celui de la preuve de ces tempéraments. Le premier d’entre eux est d’origine légale ; il réside dans le caractère exagéré des primes². En effet, au cas d’excès manifeste, tout ou partie des primes est sujet à rapport et réduction³. Le second tempérament résulte de la volonté du souscripteur. Ainsi que l’a admis la Cour de cassation, il est loisible au souscripteur d’une assurance sur la vie d’inclure le capital assuré dans sa succession et d’en attribuer le bénéfice à titre de legs⁴. Enfin, la jurisprudence apporte un troisième correctif à ce principe, dès lors qu’une donation indirecte est décelée eu égard aux circonstances. Ce tempérament paraît surprenant, car il laisse entendre qu’un contrat d’assurance placement n’est qu’exceptionnellement une donation. C’est ce qu’il nous faut désormais démontrer.

¹ Cour. const. Belge, 26 juin 2008, *Journ. Trib.* 2008. 597, obs. Y. Leleu et J.-L. Renchon ; *RTD civ.* 2008. 526, obs. M. Grimaldi : « *Par voie de conséquence, la mesure en cause [l’article 124 de la loi du 25 juin 1992] peut avoir des effets disproportionnés en ce qui concerne le traitement des différentes catégories d’héritiers réservataires, selon qu’ils sont bénéficiaires ou non du contrat d’assurance-vie du de cuius. Il en est d’autant plus ainsi que désormais il n’existe pas de justification pour traiter les héritiers réservataires, bénéficiaires d’un contrat d’assurance-vie, autrement, pour ce qui concerne le rapport et la réduction, que les héritiers réservataires, bénéficiaires d’une autre libéralité, comme une donation. Le risque d’une atteinte portée à la part réservée n’est, dans les deux cas, pas à ce point différent qu’il puisse offrir une justification objective et raisonnable, dans le premier cas, à la limitation du rapport et de la réduction prévue par l’article 124 en cause* ».

² Certains auteurs forment ainsi le vœu que « si la moralisation de l’utilisation de l’assurance-vie ne vient pas de la déqualification des contrats de placement qui n’ont guère de l’assurance que le nom, au motif que leurs effets précis dépendent de la durée de la vie humaine (Cass. ch. mixte 23 nov. 2004), au moins une application sans faille des dispositions du Code des assurances qui protègent le patrimoine familial (art. L. 132-13) doit-elle être vivement encouragée » (Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, 13^{ème}, Dalloz, 2011, n°970, p. 844).

³ Sur cette question, voir *infra* n°573 et s.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *AJ fam.* 2010. 445, obs. F. Bicheron ; *RTD civ.* 2011. 167, obs. M. Grimaldi ; *Deffrénois* 2011, art. 39225, p. 703 et s., obs. B. Vareille.

2. La qualification de libéralité résultant de la désignation à titre gratuit du bénéficiaire d'un contrat de placement

556. Solution de la jurisprudence. – Outre les tempéraments légaux et volontaires au principe, selon lequel le capital assuré d'une assurance placement bénéficie du régime particulier édicté par les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances, la jurisprudence admet un troisième correctif.

Il a été initié par le Conseil d'Etat à propos de la récupération de l'aide sociale. Suivant l'article 132-8, 2° du Code de l'action sociale et des familles, une action en récupération de l'aide sociale est ouverte au département, notamment « *contre le donataire, lorsque la donation est intervenue postérieurement à la demande de l'aide sociale ou dans les dix ans qui ont précédé cette demande* ». S'est donc posée la question de savoir si une telle récupération pouvait avoir lieu en cas de souscription d'un contrat d'assurance placement par le bénéficiaire de l'aide sociale. Par un arrêt du 19 novembre 2004, le Conseil d'Etat a admis, à certaines conditions, que l'administration de l'aide sociale était en droit d'obtenir une telle récupération. Après avoir énoncé sous la forme d'un principe « *qu'un contrat d'assurance vie soumis aux dispositions des articles L. 132-1 et suivants du code des assurances, par lequel il est stipulé qu'un capital ou une rente sera versé au souscripteur en cas de vie à l'échéance prévue par le contrat, et à un ou plusieurs bénéficiaires déterminés en cas de décès du souscripteur avant cette date, n'a pas en lui-même le caractère d'une donation, au sens de l'article 894 du code civil* », les hauts magistrats considèrent « *toutefois, que l'administration de l'aide sociale est en droit de rétablir la nature exacte des actes pouvant justifier l'engagement d'une action en récupération ; que le même pouvoir appartient aux juridictions de l'aide sociale, sous réserve, en cas de difficulté sérieuse, d'une éventuelle question préjudicielle devant les juridictions de l'ordre judiciaire ; qu'à ce titre, un contrat d'assurance vie peut être requalifié en donation si, compte tenu des circonstances dans lesquelles ce contrat a été souscrit, il révèle, pour l'essentiel, une intention libérale de la part du souscripteur vis-à-vis du bénéficiaire et après que ce dernier a donné son acceptation ; que l'intention libérale doit être regardée comme établie lorsque le souscripteur du contrat, eu égard à son espérance de vie et à l'importance des primes versées par rapport à son patrimoine, s'y dépouille au profit du bénéficiaire de manière à la fois actuelle et non aléatoire en raison de la naissance d'un droit de créance sur l'assureur ; que, dans ce cas, l'acceptation du bénéficiaire, alors même qu'elle n'interviendrait qu'au moment du versement de la prestation assurée après le décès du souscripteur, a pour effet de permettre à l'administration de l'aide sociale de le regarder comme un donataire, pour l'application des dispositions relatives à la récupération des créances d'aide sociale* »¹. Autrement dit, l'assurance placement peut être

¹ CE, 19 nov. 2004, Req. n°254797 ; JCP 2005. II. 10018, concl. D. Devys ; RDC 2005. 302, obs. A Bénabent ; RGDA 2005. 485, note J. Bigot ; RJPf mars 2005. 40, note Ph. Delmas Saint-Hilaire ; Defrénois 2006, art. 38306, note F. Sauvage ; AJDA 2005. 194, obs. C. Lendais et F. Lénica ; RFD adm. 2005. 375. Solution confirmée à plusieurs reprises : CE, 6 févr. 2006, Req. n°259385 ; RGDA 2006. 741, note L. Mayaux ; CE, 17 nov. 2010, Req. n°312594 ; RGDA 2011, n°1, note L. Mayaux. Voir dans le même sens Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, n°05-15306, RGDA 2008. 402, note L. Mayaux.

l'instrument d'une donation en fonction des circonstances de la cause. De sorte que l'attribution à titre gratuit du capital assuré d'une assurance placement n'est pas, en principe, une donation, mais qu'elle *peut* l'être si l'intention libérale est établie, notamment eu égard à l'espérance de vie du souscripteur et à l'importance des primes versées par rapport à son patrimoine.

Une analyse analogue est faite en droit fiscal¹. Afin de soumettre le capital assuré aux droits de mutation à titre gratuit, la Cour de cassation affirme, en effet, « *qu'un contrat d'assurance-vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable* ». Précisément, en raison de l'espérance de vie réduite du souscripteur, « *la cour d'appel a pu déduire, en l'absence d'aléa dans les dispositions prises, le caractère illusoire de la faculté de rachat et l'existence chez l'intéressé d'une volonté actuelle et irrévocable de se dépouiller* »².

Ici encore, la qualification de donation n'est possible qu'eu égard à des circonstances exceptionnelles. Bien plus, à suivre la Cour de cassation, la révélation de l'existence d'une donation est de nature à « *requalifié[r]* » le contrat d'assurance.

557. Analyse critique. – C'est, selon nous, une analyse erronée.

Primo, donation et assurance placement sont parfaitement compatibles. En témoigne l'alinéa 2 de l'article L. 132-13 du Code des assurances, selon lequel les primes manifestement exagérées emportent l'application des règles du rapport et de la réduction. Si l'excès manifeste est constaté, il n'y a pas pour autant requalification du contrat d'assurance. En témoignent aussi les cas de révocation de la désignation du bénéficiaire du contrat fondés sur le droit des libéralités³. C'est ainsi qu'en dépit d'une acceptation, le souscripteur peut révoquer la désignation sur le fondement de l'article 1096 du Code civil, lorsque le conjoint est le bénéficiaire⁴. C'est ainsi, également, que la révocation de la désignation du bénéficiaire acceptant peut être fondée sur l'une de causes

¹ P. Catala, « Assurance-vie, capitalisation, donation. Variations civiles et fiscales », in *Mélanges J.-P. Le Gall*, préc., p. 153 et s.

² Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *Bull. civ. ch. mixte* n°13 ; *D.* 2008. 218, note G. Burgière-Fontnille ; *RJF* 3/2008, n°370, étude B. Hatoux ; *JCP* 2008. II. 10029, note L. Mayaux ; *Resp. civ. et assur.* 2008. Etude 5, par Ph. Pierre et R. Gentilhomme ; *Dr. fam.* 2008. comm. 30, note B. Beignier ; *RGDA* 2008. 210, note J. Bigot ; *RTD civ.* 2008. 137, obs. M. Grimaldi ; V. Nicolas, « Assurances vie : chassez le fisc par la porte, il revient par la fenêtre », *Dr. fam.* 2008. Etude 11. Voir dans le même sens Cass. com. 26 oct. 2010, n°09-70927 ; *RJF* 2/2011, n°245 ; *RGDA* 2011, n°1, note F. Douet ; Dijon, 20 mai 2003, *RJF* 11/2003, n°1317 ; Chambéry, 26 oct. 2005, *RJF* 6/2006, n°790.

³ M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. IV, 1945, n°198 et s., p. 481 et s.

⁴ Voir en ce sens avant la loi du 26 mai 2004 : Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1982, *Bull. civ.* I, n°195 ; *Deffrénois* 1982, art. 32944, obs. G. Champenois ; Cass. civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, *Bull. civ.* II, n°143 ; *D.* 2005. 2928, note M. Robineau ; *RGDA* 2005. 676, note J. Kullmann ; depuis la loi du 23 juin 2006, voir en ce sens Ph. Pierre, « La révocation de la désignation du conjoint, bénéficiaire acceptant d'une assurance sur la vie. Une brève histoire de temps », *Resp. civ. et assur.* 2006. Etude 14 ; A. Depondt et H. Marck, « L'assurance-vie et la modification de l'article 1096 du Code civil », *Dr. et patrimoine* juillet-août 2006, p. 40.

Sur la difficulté d'application de l'article 1096 suite à la loi du 26 mai 2004, voir C. Brenner, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Deffrénois* 2005. 93 et s., spéc. n°16 et s.

d'ingratitude prévues par l'article 955 du Code civil, ou encore par suite de la survenance d'enfants du souscripteur¹. En témoigne encore l'application des règles du recel à l'assurance placement : « *s'agissant d'un contrat d'assurance-vie, dès lors que le capital ou la rente payables au décès du souscripteur et que les primes versées par lui, sauf preuve judiciairement constatée du caractère manifestement exagéré de celles-ci eu égard à ses facultés, ne sont pas soumis à rapport à la succession, la non-révélation de l'existence du contrat par un héritier n'est pas constitutive, par elle-même, d'un recel successoral, faute d'élément intentionnel* »². Autrement dit, si la dissimulation d'un tel contrat par un héritier n'est pas constitutive d'un recel successoral, c'est parce qu'il n'est pas soumis aux règles du rapport et de la réduction. C'est donc dire, implicitement, qu'une telle attribution est une libéralité.

En conséquence, l'existence d'une donation n'a jamais pour effet de requalifier le contrat d'assurance. Ce n'est pas parce que la Cour de cassation a maintenu aux contrats de placements la qualification d'assurance sur la vie qu'ils ne peuvent recevoir celle de libéralité.

Mais il faut aller plus loin. *Secundo*, la qualification de donation par le vecteur d'une assurance placement ne saurait se limiter à l'existence de circonstances particulières lors de la désignation du bénéficiaire, notamment l'espérance de vie réduite du souscripteur. En effet, dira-t-on que la désignation bénéficiaire est à titre onéreux au motif que le souscripteur est en parfaite santé ? Assurément, non. Ce qui fait qu'il y a une libéralité, et plus précisément donation, entre le souscripteur et le tiers bénéficiaire, c'est que le premier a l'intention d'enrichir le second en cas de dénouement du contrat par décès. Et le caractère aléatoire du contrat – au sens où l'entend la Cour de cassation – n'y change rien. Ce n'est pas parce que le rapport d'obligation entre le souscripteur et l'assureur est aléatoire, qu'il ne peut y avoir de libéralité faite au profit du bénéficiaire. Au surplus, le fait que la loi affranchisse l'assurance sur la vie de certaines règles normalement applicables aux donations est bien la preuve qu'elle la considère comme telle, sinon elle n'eût pas spécifié que certaines règles ne la régissaient pas.

Par où l'on voit le paradoxe de la jurisprudence en matière d'assurance placement : d'une part, elle persiste à voir dans ces contrats un aléa et lui applique ce faisant les règles dérogatoires au rapport et à la réduction ; d'une autre part, elle tente de limiter cette solution malheureuse en requalifiant parfois l'assurance placement de donation. Mieux eût valu que la haute juridiction affirmât le caractère particulier de l'assurance placement, afin de soumettre le montant de la libéralité aux règles du rapport et de la réduction.

¹ C. civ., art. 960. Voir notamment F. Lucet et D. Coron, « Assurance-vie, union libre et révocation pour survenance d'enfant », *Deffrénois* 2000, art. 37183.

² Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, *Bull. civ.* I, n°391 ; *JCP éd. N* 2008. 1210, note S. Hovasse ; *RGDA* 2008. 399, note L. Mayaux ; *RTD civ.* 2008. 135, obs. M. Grimaldi.

558. Qualification de donation. – En réalité, on le perçoit, il est simplement question de savoir quelle est la cause de la désignation. Elle peut être faite à titre onéreux, lorsque le souscripteur désigne un individu envers qui il a une obligation¹. Mais, dans les autres cas, la désignation constitue une libéralité². Et il importe peu, à cet égard, que celle-ci soit entourée de circonstances particulières. Pour reprendre les termes de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Leroux, l'opération n'est pas autre chose que « *la transmission d'une épargne en vertu d'une intention libérale* ».

Plus précisément, cette désignation est le fait générateur de la donation au bénéficiaire³. Mais qu'on comprenne bien : d'une part, si cette donation existe dès la désignation, elle ne devient irrévocable qu'au jour de son acceptation, laquelle peut intervenir après le trépas du souscripteur-assuré ; d'autre part, malgré l'acceptation, la donation est conclue sous condition suspensive, à savoir que le bénéficiaire survive au souscripteur-assuré⁴.

Il reste qu'on peut alors s'interroger sur l'objet de cette donation. Comme on l'a souligné, trois éléments rendent l'analyse incertaine : d'abord, les valeurs qui quittent le patrimoine du donateur arriveront dans celui du donataire avec un décalage chronologique important ; ensuite, les titres qui président au mouvement de valeurs sont différents puisque le donateur paie des primes tandis que le bénéficiaire reçoit le capital assuré ; enfin, les montants versés diffèrent, le montant des primes n'étant pas égal au montant du capital assuré⁵.

¹ Cette obligation peut être civile. En ce cas, il n'est pas douteux que la désignation est faite à titre onéreux. Cette obligation peut être aussi naturelle. Doit-on alors en déduire que la désignation est à titre onéreux ? Il faut, nous semble-t-il, distinguer selon la nature du devoir de conscience. S'agit-il d'un devoir de justice, son exécution ne peut constituer une libéralité ; s'agit-il d'un devoir de charité, son exécution réalise alors une libéralité. Sur cette distinction, voir *supra* n°311 et s.

² Voir en ce sens, H. Simonnet, *L'assurance sur la vie au profit de tiers d'après la jurisprudence civile et la loi du 13 juillet 1930*, thèse Nancy, 1932, p. 17 et s. ; A. Wahl, « L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses », *RTD civ.* 1902. 24 et s. ; L. Balleudier et H. Capitant, « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence », in *Livre du centenaire du Code civil*, 1904, p. 517 et s. ; Th. Milcamps et F. Berdot, « Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités », in *Etudes offertes à A. Besson*, LGDJ, 1976, P. 235 et s. ; P. Dupuich, *L'assurance-vie. Théorie et pratique. Jurisprudence*, 1922, n°93 et s. ; M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. IV, préc., n°174 et s., p. 409 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 2^{ème} éd., par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur et A. Besson, 1954, n°1415, p. 833 ; J. Bigot, Ph. Baillot, J. Kullmann et L. Mayaux, *Traité des assurances, t. IV, Les assurances de personnes*, préc., n°288, p. 240 et s. Comp. M. Belmont et H. Lascombes, « Stipuler n'est pas donner », *Dr. et patrimoine* avr. 2006, p. 24 et s.

³ L'objection qui tendrait à dire qu'il n'y a pas de donation tant que le bénéficiaire n'a pas accepté sa désignation n'est pas tenable. L'acceptation n'est en effet qu'un élément qui participe de la validité de la donation. Autrement dit, l'irrévocabilité de la donation entre vifs participe seulement de sa nature, non pas de son essence, dont les seuls éléments sont l'élément économique – un appauvrissement et un enrichissement corrélatif – et l'élément intentionnel – l'intention libérale. Au demeurant, on ne discute pas de la qualification de certaines donations, alors même qu'elles peuvent être révoquées directement ou indirectement par le donateur (C. civ., art. 1096). Sur cette question, voir H. Lécuyer, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 405 et s.

⁴ C. ass., art. L. 132-9, al. 4, qui réserve toutefois le cas d'une clause inverse, par laquelle le souscripteur aurait ménagé les droits des héritiers du bénéficiaire prédécédé.

⁵ R. Libchaber, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000. 1409, spéc. n°19.

Au fond, l'hésitation semble permise entre les primes et le capital assuré. On pourrait d'abord croire que la donation a pour objet le capital assuré, effectivement reçu par le bénéficiaire, sans tenir compte des primes versées par le donateur. Au soutien de cette analyse, on peut observer que ce qui est recueilli gratuitement par le bénéficiaire, c'est la créance contre l'assureur, laquelle donne droit à la somme assurée. Telle fut au demeurant la solution adoptée par la jurisprudence au cours du XIX^e siècle¹. Elle était parfaitement logique à une époque où l'on expliquait la nature de l'assurance sur la vie au profit de tiers par la théorie de l'offre : le capital assuré étant réputé acquis d'abord au souscripteur, puis transmis par lui au bénéficiaire, il ne pouvait que constituer l'objet de la donation. Mais cette solution se trouve condamnée par la théorie du droit direct, selon laquelle c'est sur la tête du bénéficiaire que naît le droit au capital. Adoptée la première fois par les célèbres arrêts de 1888, pour empêcher de donner satisfaction aux créanciers du stipulant², cette théorie fut consacrée en matière successorale par un arrêt de la Chambre civile du 29 juin 1896 : « *le capital stipulé, n'ayant jamais fait partie du patrimoine du stipulant, ne constituant pas une valeur successorale, ne saurait, par suite, entrer en compte pour le calcul de la réserve* »³. Ainsi, le capital n'est pas considéré comme étant sorti du patrimoine du souscripteur pour entrer dans celui du bénéficiaire : celui-ci l'acquiert directement de l'assureur et, s'il le recueille gratuitement, en revanche le souscripteur n'est pas censé le lui avoir transmis. Dès lors, l'objet de la donation ne peut être que les sommes décaissées par le souscripteur en vue de gratifier le bénéficiaire⁴. Donc, sans préjudice des règles d'évaluation du rapport et de la réduction, seules les primes versées par le souscripteur constituent l'objet de la donation.

559. Conséquences de la qualification de donation. – La qualification de donation entraîne plusieurs conséquences.

Du point de vue du droit civil, la donation est soumise aux règles de fond des donations, à l'exception des règles du rapport et de la réduction, sauf excès manifeste des primes. Pour

¹ Cass. req., 21 juin 1876, *DP* 1878. 1. 429 ; *S.* 1876. 1. 400 ; Besançon, 15 déc. 1869, *DP* 1870. 2. 95 ; Montpellier, 15 déc. 1873, *DP* 1874. 2. 102 ; Alger, 15 juin 1876, *DP* 1878. 2. 116 ; Paris, 26 nov. 1878, *DP* 1879. 2. 152 ; Paris, 5 mars 1886, *S.* 1888. 2. 227, Douai, 14 févr. 1887, *DP* 1887. 2. 136 ; Amiens, 31 janv. 1889, *DP* 1891. 2. 9 ; Agen, 25 mai 1894, *DP* 1895. 2. 513. Comp. rapport Crépon, *S.* 1885. 1. 5.

² Cass. civ., 6, 9, 22 et 27 mars 1888, *DP* 1888. 1. 193 ; *Grands arrêts*, t. 2, n°169.

³ Cass. civ., 29 juin 1896, *DP* 1897. 1. 73 ; *S.* 1896. 1. 361.

⁴ Voir ainsi Cass. civ., 4 août 1908, *DP* 1909. 1. 185, note P. Dupuich ; *S.* 1909. 1. 5, note M. Lyon-Caen : « *Si, dans les assurances sur la vie contractées au profit d'un tiers déterminé, le capital assuré, n'ayant jamais fait partie du patrimoine du stipulant, ne peut donner lieu à aucun rapport et à aucune réduction, il en est autrement des primes par lui versées à la compagnie d'assurances* ». Dans le même sens Cass. civ. 2 août 1909, *DP* 1910. 1. 328 ; *S.* 1910. 1. 541 ; Cass. req., 30 mai 1911, *DP* 1912. 1. 172 ; *S.* 1911. 1. 560 ; Cass. civ., 2 nov. 1937, *DP* 1938. 1. 57, note Nast. Notons toutefois que ces arrêts apportent une réserve à ce principe : le rapport et la réduction peuvent être écartés à raison de la modicité des primes et du but de prévoyance poursuivi. Cette réserve s'explique par rapport à la définition de libéralité : d'une part, les règles du rapport et de la réduction s'attachent à l'élément matériel de la libéralité, de sorte que la modicité des primes justifie qu'on ne les prenne pas en compte ; d'autre part et surtout, le but de prévoyance est le signe que le souscripteur exécute un devoir moral de justice, qui justifie le refus de qualification de libéralité.

reprendre les termes de Picard et Besson, « *bien que l'assurance à titre gratuit au profit d'un tiers s'analyse en une libéralité, cette libéralité n'obéit pas aux règles des donations indiquées expressément par la loi ; elle doit en revanche obéir aux règles dont la loi ne l'a pas affranchie* »¹.

Du point de vue du droit de l'aide sociale, l'administration est *toujours* en droit de réclamer contre le tiers bénéficiaire ayant reçu le capital assuré l'allocation versée au souscripteur au titre de l'aide sociale, dès lors que les conditions de l'article 132-8, 2° du Code de l'action sociale et des familles sont remplies.

Du point de vue du droit fiscal, l'administration n'est *jamais* fondée à réclamer le paiement des droits de mutation à titre gratuit de droit commun, dans la mesure où la donation faite par le truchement d'un contrat d'assurance sur la vie bénéficie d'un régime fiscal dérogatoire, sauf la preuve d'un excès manifeste des primes.

560. Conclusion. – Au regard de ce qui précède, l'assurance placement au profit d'un tiers bénéficiaire désigné à titre gratuit est une fiducie-libéralité innommée. Bien que qualifié de contrat aléatoire, le contrat d'assurance placement est, en réalité, un contrat commutatif. Il n'existe aucun risque de perte ou de gain pour les parties. L'assureur s'oblige seulement à faire fructifier les primes qui lui seront versées. Ce qu'il doit payer en toute hypothèse, soit au souscripteur, soit au tiers bénéficiaire, selon que le contrat se dénoue par l'échéance du terme ou par le décès de l'assuré, est strictement égal à ce qu'il a reçu, augmenté de ses produits financiers, et diminué des frais de gestion qu'il doit supporter ainsi que de sa rémunération. Quant au souscripteur, il ne réalise ni gain ni perte lorsque le contrat se dénoue à son profit et il réalise une perte lorsque le contrat se dénoue au profit du bénéficiaire, mais c'est alors une libéralité, précisément une donation.

Reste à savoir désormais quel est le régime juridique de cette fiducie-libéralité qui ne dit pas son nom.

B. Le régime juridique de l'assurance placement au profit d'un tiers

561. Objectif. – Il n'est pas dans notre dessein d'analyser l'ensemble des règles qui régissent le contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers, lesquelles reposent au demeurant sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. Nous souhaitons, ici, exposer seulement les principales particularités relatives à la donation que consent le souscripteur au tiers bénéficiaire. Pour ce faire,

¹ M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, préc., n°59, p. 134.

il convient d'étudier les conditions de formation de cette donation (1), ses effets (2) et, enfin, les causes susceptibles d'affecter son efficacité (3).

1. Les conditions de formation

562. Quant aux personnes. – En qualité de souscripteur du contrat d'assurance, le disposant peut désigner toute personne de son choix. Simplement, les règles de capacité de droit commun, ainsi que celles qui sont spéciales aux libéralités doivent être respectées.

A ce titre, il y a lieu d'apprécier la capacité du disposant à la date de l'émission de sa volonté libérale, c'est-à-dire au jour où il désigne le bénéficiaire¹. Ainsi un tel acte doit-il être refusé au mineur non émancipé puisqu'il est frappé d'une incapacité absolue de faire des donations². S'agissant du majeur protégé, la conciliation des différents textes applicables conduit à considérer que le majeur en tutelle ne peut faire cette désignation avec l'assistance du tuteur ou au besoin être représenté par lui qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille³ et que le majeur en curatelle ne peut y consentir qu'avec l'assistance du curateur⁴. Lorsque la clause bénéficiaire est rédigée par voie testamentaire, le majeur en tutelle peut y procéder seul après avoir obtenu l'autorisation du juge ou du conseil de famille tandis que le majeur en curatelle dispose d'un monopole de principe⁵.

Quant au bénéficiaire, sa capacité doit s'apprécier, en principe, au jour où il accepte la désignation⁶. En effet, bien qu'il acquière contre l'assureur un droit propre et direct « à partir du

¹ A la suite de la loi du 17 décembre 2007, qui exige le consentement du souscripteur pour que l'acceptation du bénéficiaire puisse produire ses effets, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il ne faut pas apprécier de nouveau la capacité du souscripteur, à la date à laquelle il manifeste son consentement à l'acceptation du bénéficiaire. En faveur de la négative, on pourrait tirer argument de l'aliéna 3 de l'article L. 132-4-1 du Code des assurances (ou de l'article L. 223-7-1 du Code de la mutualité), selon lequel « l'acceptation du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie, conclu moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle du stipulant peut être annulée sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du contractant à l'époque où les actes ont été passés ». En effet, si l'acceptation peut être annulée sur la preuve que l'incapacité était notoire ou connue du bénéficiaire [ce n'est pas l'assureur qui est visé par le texte, mais bien le bénéficiaire quoiqu'il ne soit pas à proprement parler cocontractant : G. Courtieu, *Resp. civ. et assur.* 2007. 169] à l'époque où les actes ont été passés, c'est qu'un contrôle de la capacité du souscripteur n'est pas exigé au jour de l'acceptation. Sur cette question, voir S. Gaudemet, « A la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie : sur quelques apports de la loi du 17 décembre 2007 », *RDC* 2008. 875.

² C. civ., art. 904.

³ C. civ., art. 476, al. 1^{er} et C. assur., art. L. 132-4-1. Voir en ce sens, sous l'empire du droit antérieur à la loi du 5 mars 2007, Cass. civ. 2^{ème}, 15 mars 2007, *D.* 2007. 1932, note D. Noguéro ; *RTD civ.* 2007. 309, obs. J. Hauser.

⁴ C. civ., art. 470, al. 2 et C. assur., art. L. 132-4-1 in fine.

⁵ Sous cet aspect, on peut observer une concordance parfaite entre les textes pour le majeur en tutelle : tant l'article 476, alinéa 2, du Code civil que l'article L. 132-4-1 du Code des assurances exigent une telle autorisation. Le doute est en revanche permis pour le majeur en curatelle : l'article 470 du Code civil lui confère une liberté d'action tandis que l'article L. 132-4-1 du Code des assurances semble imposer l'assistance du curateur. Toutefois, l'intimité de la rédaction du testament commande de ne pas exiger la présence du curateur. Comp. Ph. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préc., n°2130, p. 1417 qui suggère l'autorisation préalable du juge des tutelles.

⁶ L'acceptation peut émaner aussi bien du représentant légal du majeur en tutelle que, dans le cas d'un mineur, d'un ascendant. L'acte étant *a priori* sans danger pour le bénéficiaire, il ne suppose aucune autorisation. Le fondement

jour du contrat »¹, son acceptation est nécessaire pour rendre ce droit irrévocable, et pour permettre sa mise en jeu. Autrement dit, si la donation existe dès sa désignation, elle ne devient irrévocable qu'au jour de son acceptation. Toutefois, ce principe doit être écarté pour les incapacités de suspicion. En les édictant, le législateur a entendu « *interdire de recevoir des libéralités de ceux que l'on tient sous sa puissance* »². Le risque d'abus existe ce faisant au jour où la personne protégée a voulu disposer à titre gratuit. Aussi convient-il, en ces occurrences, de retenir la date à laquelle le disposant émet sa volonté de gratifier l'incapable. Telle est l'analyse adoptée par la Cour de cassation à propos de l'article 909 du Code civil. Ainsi, le médecin est déclaré incapable s'il a été désigné comme bénéficiaire à une époque où le souscripteur était frappé de la maladie dont il devait décéder³. *Mutatis mutandis*, le raisonnement vaut pour les incapacités édictées par l'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles, ainsi que pour l'incapacité du tuteur à l'égard du pupille⁴ et de l'officier de bord vis-à-vis de ses passagers en cas de disposition à cause de mort⁵.

Par ailleurs, l'interdiction de consentir une libéralité aux personnes futures ou indéterminées, qui résulte de l'article 906 du Code civil, n'est pas applicable. Reposant sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, la désignation d'un tel bénéficiaire est, en effet, parfaitement valable. L'article L. 132-8, aliéna 2 et 3, du Code des assurances le consacre expressément. Il suffit donc que le bénéficiaire soit né ou simplement conçu et déterminable au jour de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis.

563. Quant aux biens. – Dès lors que le bénéfice du contrat n'est soumis ni au rapport ni à la réduction, le souscripteur jouit d'une liberté quant au montant des primes à verser. La seule

textuel de la solution n'est pas évident. L'article 935, aliéna 1^{er}, du Code civil dispose que « *la donation faite à un mineur non émancipé ou à un majeur en tutelle, devra être acceptée, par son tuteur, conformément à l'article 463 au titre De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* ». Il reste que le nouvel article 463, issu de la loi du 5 mars 2007, ne traite plus de cette question. Quoiqu'il en soit, en ce qui concerne les personnes en tutelle, l'on peut se fonder sur le décret du 22 décembre 2008, lequel regarde l'acceptation d'une donation non grevée de charge comme un acte d'administration. Ce qui signifie donc que l'administrateur légal ou le tuteur peut accepter la donation sans autorisation. Qu'en est-il de l'aliéna 2 de l'article 935, qui prévoit que « *les père et mère du mineur non émancipé, ou les autres ascendants, même vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs du mineur, pourront accepter pour lui* » ? Cet aliéna conserve toute sa vigueur, de sorte tout ascendant du mineur peut accepter. Quant au majeur en curatelle, il peut accepter seul la donation, dès lors que cet acte est qualifié d'acte d'administration.

En revanche, il en va différemment si la libéralité est grevée de charges. Tel peut être le cas de la stipulation d'une clause graduelle ou résiduelle. L'acceptation présente alors un caractère de gravité tel qu'elle ne peut être faite sans autorisation. A cet égard, le décret du 22 décembre 2008 qualifie d'acte de disposition l'acceptation d'une telle libéralité.

¹ C. assur., art. L. 132-12.

² M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1088, note 177.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2003, *D.* 2003. 2404, concl. J. Sainte-Rose ; *Deffrénois*, 2004. art. 37853, note N. Peterka ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, *RTD civ.* 2011. 163, obs. M. Grimaldi.

⁴ C. civ., art. 907, al. 1^{er}. Voir en ce sens, pour une libéralité directe, Cass. req. 27 nov. 1848, préc.

⁵ C. civ., art. 995.

limite réside dans l'article L. 132-13, alinéa 2, du Code des assurances, qui exige l'application des règles du rapport et de la réduction en cas de primes manifestement exagérées¹.

564. Quant à la forme. – La forme de la désignation du bénéficiaire est très souple. Celle-ci peut être effectuée soit au moment de la souscription du contrat et dans la police elle-même, soit ultérieurement et jusqu'à la mort de l'assuré, par simple lettre missive envoyée à l'assureur, par avenant ou par testament².

Quant à l'acceptation du bénéficiaire, il n'est pas douteux que l'exigence d'une acceptation expresse, formulée par l'article 932 du Code civil, ne vaut que pour les donations notariées, et non pour les donations manuelles, déguisées ou indirectes³. Il n'en demeure pas moins qu'un certain formalisme doit être respecté. Jusqu'à la loi du 17 décembre 2007, l'acceptation pouvait intervenir sans forme particulière, même tacitement, et en tout cas sans l'accord du souscripteur. Il n'y avait au fond que l'application du droit commun de la stipulation pour autrui. Pour autant, la règle pouvait apparaître critiquable eu égard aux effets de l'acceptation. Si celle-ci consolide le droit direct du bénéficiaire contre l'assureur, elle a surtout pour effet de rendre la désignation irrévocable, ce qui est susceptible de bloquer la faculté de rachat du souscripteur⁴. Or, arguait-on, il n'est pas rare d'observer que des bénéficiaires acceptent à l'insu du souscripteur ou contre son

¹ Sur ce point, voir *infra* n°572 et s.

² C. assur., art. L. 132-8.

³ Solution acquise depuis Cass. civ., 18 oct. 1909, *DP* 1910. 1. 462 ; *S.* 1911. 1. 489, note A. Tissier. *Adde* M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, préc., n°37 et s.

⁴ La question de la possibilité de revendiquer un rachat – total ou partiel – nonobstant l'acceptation du bénéficiaire a été fortement débattue en doctrine : contre le rachat après acceptation, voir notamment A. Astegiano-La Rizza, *L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, préf. L. Mayaux, Defrénois, coll. Droit & Notariat, 2004, n°801, p. 336 ; M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, préc., n°206 et s., p. 507 et s. ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, préc., n°957, p. 829 ; S. Hovasse-Banget, « Insaisissabilité de la valeur de rachat du contrat d'assurance vie », *Defrénois* 1998, art. 36837. D'opinion inverse, J. Kullmann, « Pour le maintien du droit au rachat en dépit de l'acceptation du bénéficiaire, à propos des contrats d'assurance sur la vie », in *Mélanges Gavalda*, Dalloz 2001, p. 199 et s.

Cette incertitude était également présente dans la jurisprudence (contre le rachat après acceptation, voir Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2001 (de façon implicite), *RGDA* 2001. 366, note crit. J. Kullmann ; TGI Belfort, 23 mars 1999, *RGDA* 1999. 400, note J. Bigot ; *Resp. civ. et assur.* sept. 1999, Repères H. Groutel : « Hold-up sur succession future » ; TGI Lyon, 1^{er} juill. 2002, *JCP* 2003. II. 10063, note L. Gimalac et J.-M. Portal ; Lyon, 18 déc. 2003, *RGDA* 2004. 148, note J. Bigot ; Paris 22 juin 2004, *Rev. not. assur. vie* 2004, n°108, p. 32 ; *RGDA* 2004. 1014, note J. Kullmann ; en sens inverse, voir TGI Paris, 22 mars 2001, *JCP* 2001. II. 10621, note J. Bigot ; Paris, 27 mai 2003, *RGDA* 2004. 1010, note J. Kullmann ; Rennes, 4 mars 2004, *Dr. et patrimoine* mars 2005, p. 39, note M. Leroy ; Bordeaux, 1^{er} oct. 2005, *Defrénois* 2007. 253, note J. Charlin), avant que la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, ne tranche la question par un arrêt .du 22 février 2008, *JCP* 2008. II. 10058, note L. Mayaux ; *JCP éd. N* 2008. 1162, note S. Hovasse ; *RDC* 2008. 880, obs. S. Gaudemet ; J. Kullmann, « Le droit de rachat et l'acceptation du bénéficiaire, la découverte simultanée de deux droits positifs, celui du passé et celui du futur », *RGDA* 2008. 277 : « Lorsque le droit au rachat du souscripteur est prévu dans un contrat d'assurance vie mixte, le bénéficiaire qui a accepté sa désignation n'est pas fondé à s'opposer à la demande de rachat du contrat en l'absence de renonciation expresse du souscripteur à son droit ». Dans le même sens, voir Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 2009, *RGDA* 2009. 542, note J. Kullmann ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, *Rev. dr. banc. et fin.* 2011. comm. 23, obs. F. Sauvage ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 nov. 2011, n°10-25364 ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 nov. 2011, n°10-23913 et 10-15536. *Adde* M. Leroy, « Rachat d'un contrat d'assurance-vie et acceptation antérieure au 18 décembre 2007 », *Gaz. Pal.* 8-9 févr. 2012, p. 5.

gré, et refusent par suite de consentir à un quelconque rachat. Aussi, afin d'éviter ce genre de situation, le législateur, par la loi du 17 décembre 2007¹ – applicable à tous les contrats en cours, du moins ceux qui n'avaient pas encore donné lieu à acceptation à la date de son entrée en vigueur, soit le 19 décembre 2007² – a soumis l'acceptation du bénéficiaire à des conditions particulières. Dorénavant, ce n'est que si ces conditions sont remplies qu'elle produit ses effets. Précisément, deux périodes doivent être distinguées.

Pendant la vie de l'assuré et du souscripteur, l'acceptation du bénéficiaire est subordonnée à un accord du souscripteur. Concrètement, « *l'acceptation est faite par un avenant signé de l'entreprise d'assurance, du stipulant et du bénéficiaire. Elle peut également être faite par un acte authentique ou sous seing privé, signé du stipulant et du bénéficiaire, et n'a alors d'effet à l'égard de l'entreprise d'assurance que lorsqu'elle lui est notifiée par écrit* »³. Ainsi, l'acceptation n'est plus un simple acte unilatéral, mais une convention qui suppose le consentement du souscripteur, autrement dit une sorte de « *contrat d'irrévocabilité* »⁴. La loi ajoute une condition de délai lorsque la désignation du bénéficiaire est faite à titre gratuit : un délai de réflexion est conféré au souscripteur en ce sens que l'acceptation ne peut intervenir qu'après trente jours au moins à compter du moment où le souscripteur est informé que le contrat d'assurance est conclu⁵.

Après le décès de l'assuré ou du souscripteur, l'acceptation est libre⁶. Au regard du droit des donations, la figure pourrait de prime abord surprendre. Comment l'acceptation du donataire peut-elle être postérieure au décès du donateur ? Elle doit, en principe, être antérieure : l'article 932 du Code civil l'affirme en permettant que l'acceptation soit faite par acte séparé « *du vivant du donateur* ». Mais il est acquis de longue date en jurisprudence que, lorsque la donation résulte d'une stipulation pour autrui, l'acceptation peut intervenir après le décès du donateur⁷. Aussi ne saurait-on s'étonner que la loi du 17 décembre 2007 consacre expressément l'acceptation *post mortem*⁸. A

¹ L. n°2007-1775 du 17 déc. 2007 ; C. assur., art. L. 132-9, II ; C. mut., art. L. 223-11, II. Sur cette loi, voir G. Courtieu, « Assurance-vie : nouveaux ajustements législatifs II », *Resp. civ. et assur.* 2008, étude 1 ; J. Kullmann, « Le droit de rachat et l'acceptation du bénéficiaire », *RGDA* 2008. 277 ; L. Mayaux, « Assurance-vie : les audaces tranquilles du législateur », *JCP* 2008. I. 106 ; C. Grimaldi, « L'acceptation de l'acceptation » d'un contrat d'assurance vie. Un « OJNI » (objet juridiquement non identifié), *Deffrénois* 2008. 1645 ; S. Gaudemet, « A la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie : sur quelques apports de la loi du 17 décembre 2007 », préc.

² C. civ., art. art. 1^{er}.

³ C. assur., art. L. 132-9, II, al. 1^{er}.

⁴ C. Grimaldi, art. préc.

⁵ C. assur., art. L. 132-9, II, al. 2 ; C. mut., art. L. 223-11, II, al. 1^{er}.

⁶ C. assur., art. L. 132-9, II, al. 3 ; C. mut., art. L. 223-11, II, al. 3.

⁷ Cass. req., 22 juin 1859, *D.* 1859. 385 ; Cass. req., 27 févr. 1884, *DP* 1884. 1. 389 ; et plus récemment, Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *Dr. fam.* 2008. comm. 30, note B. Beignier ; *D.* 2008. 218, note G. Bruguière-Fontenille ; *RTD civ.* 2008. 137, obs. M. Grimaldi ; M. Nicod, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », in *Mélanges G. Goubeaux*, préc., p. 375 et s., spéc. n°11 et s. *Adde* M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°422 et s.

⁸ Notons que cette possibilité était déjà consacrée de façon implicite par l'article L. 132-8, qui valide la désignation d'un bénéficiaire futur.

ce titre, la volonté du bénéficiaire suffit ; elle peut être expresse, – par signature de la police ou de l’avenant de désignation, ou par l’envoi d’une lettre à l’assureur – ou même seulement tacite¹.

2. Les effets

565. Avant le dénouement du contrat. – Tant que le bénéficiaire n’a pas accepté, le droit direct dont il bénéficie à l’encontre de l’assureur est précaire. Le souscripteur peut en effet révoquer la désignation soit directement, en modifiant la clause bénéficiaire, soit indirectement, en exerçant ses droits sur le compte en demandant, par exemple, à en percevoir la valeur de rachat.

Ce n’est donc que s’il accepte la désignation – plus précisément, si le souscripteur consent à l’acceptation – que le bénéficiaire consolide son droit. En effet, ainsi que le prévoit l’article L. 132-9, I, alinéa 1^{er}, du Code des assurances, tel qu’il résulte de la loi du 17 décembre 2007, le bénéfice de l’assurance « *devient irrévocable par l’acceptation* », de sorte que « *le stipulant ne peut exercer sa faculté de rachat et l’entreprise d’assurance ne peut lui consentir d’avance sans l’accord du bénéficiaire* »².

Il reste que si la donation devient irrévocable dès le moment de l’acceptation, son efficacité est subordonnée au prédécès du souscripteur-assuré. L’article L. 132-9, I, alinéa 4, du Code des assurances l’affirme expressément : « *l’attribution à titre gratuit du bénéfice d’une assurance sur la vie à une personne déterminée est présumée faite sous la condition de l’existence du bénéficiaire à l’époque de l’exigibilité du capital ou de la rente garantis* »³. Autrement dit, la donation est affectée d’une condition suspensive, à savoir que le bénéficiaire survive au souscripteur-assuré. Il y a là, croyons-nous, une dérogation au mécanisme de la stipulation pour autrui, d’après lequel la libéralité consentie au tiers bénéficiaire acceptant n’est pas faite, en principe, sous la condition de sa survie.

La loi présume ainsi que l’attribution à titre gratuit est faite *intuitu personae*⁴. Concrètement, si le bénéficiaire prédécède, ses héritiers ou ayants cause ne peuvent être considérés comme bénéficiaires au lieu et place de leur auteur. Dès lors, si le bénéficiaire décède avant l’échéance

¹ Par exemple par « *l’attribution du bénéfice du contrat* » : Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, préc.

² Pareillement, l’acceptation a pour effet d’empêcher le souscripteur de mettre son contrat en nantissement, sans l’accord du bénéficiaire (C. assur., art. L. 132-10, al. 2). L’ensemble de ces dispositions nouvelles s’applique aux contrats en cours, n’ayant pas encore, à la date d’entrée en vigueur de la loi, soit le 19 décembre 2007, donné lieu à acceptation bénéficiaire. Pour les contrats ayant été acceptés avant cette date, la Cour de cassation considère : « Lorsque le droit au rachat du souscripteur est prévu dans un contrat d’assurance vie mixte, le bénéficiaire qui a accepté sa désignation n’est pas fondé à s’opposer à la demande de rachat du contrat en l’absence de renonciation expresse du souscripteur à son droit » (Cass. ch. mixte, 22 février 2008, préc. ; dans le même sens Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, préc. ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 nov. 2011, préc. ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 nov. 2011, préc.).

³ Avant la loi du 13 juillet 1930, cette condition de survie était, le plus souvent, formulée expressément dans les polices. Voir en ce sens P. Dupuich, *L’assurance-vie. Théorie et pratique. Jurisprudence*, préc., n°443 et s.

⁴ Voir notamment M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, préc., n°191 et s., p. 461 et s.

du contrat, les sommes assurées reviendront *jure hereditario* aux héritiers du souscripteur¹ ou *jure proprio* au nouveau bénéficiaire désigné ou au bénéficiaire en sous-ordre.

Mais il faut remarquer que la loi ne pose qu'une présomption simple en faveur de la condition de survie, qui peut être écartée par le souscripteur, à la condition que cette volonté contraire « résulte des termes de la stipulation »². Tel est au demeurant le cas dans les polices types d'assurance sur la vie, lesquelles visent « les descendants, héritiers ou ayants cause ».

566. Au dénouement du contrat. – Si le bénéficiaire est toujours en vie au jour du décès de l'assuré, la donation acquiert sa pleine efficacité. Il convient toutefois d'observer que le mécanisme de la stipulation pour autrui ne permet pas un transfert automatique des sommes assurées au profit du bénéficiaire. Le prédécès de l'assuré fait que sa créance à l'encontre de l'assureur devient simplement exigible.

A cet égard, la règle peut poser de sérieuses difficultés d'application lorsque le bénéficiaire n'a pas connaissance du décès de l'assuré ou encore de la stipulation faite à son profit. Afin d'éviter que, faute de réclamation, nombre de contrats tombent en déshérence, le législateur a successivement instauré plusieurs dispositifs de nature à garantir le règlement du capital ou de rente garantis. Par une loi du 15 décembre 2005, il a été mis à la charge de l'assureur une obligation de recherche des bénéficiaires dont les coordonnées étaient portées au contrat³ et d'instaurer une procédure de recherche de stipulation bénéficiaire⁴. Cette double innovation était insuffisante. D'une part, dès lors que l'assureur ignore le décès de l'assuré ou qu'il n'a pu identifier le bénéficiaire, le contrat risque de se trouver en déshérence. D'autre part, si toute personne a la faculté de demander à l'assureur à être informée de l'existence d'une stipulation effectuée à son profit dans un contrat souscrit par la personne décédée, c'est encore à la condition qu'elle ait connaissance de la souscription d'un contrat par le *de cuius*. Aussi, à l'invitation du notariat, le législateur, par la loi du 17 décembre 2007, a renforcé sensiblement ce dispositif en prévoyant que les entreprises d'assurances doivent s'informer du décès éventuel de leurs assurés *via* leurs organismes professionnels, lesquels sont autorisés à consulter le Répertoire national d'identification des personnes physiques géré par l'INSEE⁵. Obligation est ainsi faite aux assureurs de se renseigner sur le devenir de leurs assurés. En outre, dès lors que l'assureur a connaissance du décès de l'assuré, il est tenu de rechercher le bénéficiaire et de l'informer de la

¹ C. assur., art. L. 132-11.

² C. assur., art. L. 132-9, I, al. 4, *in fine*.

³ C. assur., art. L. 132-8, dern. al., réd. L. n°2005-1564 du 15 décembre 2005.

⁴ C. assur., art. L. 132-9-2, réd. L. n°2005-1564 du 15 décembre 2005.

⁵ L. n°2007-1775 du 17 déc. 2007 ; C. assur., art. L. 132-9-3.

stipulation¹. Partant, l'obligation des assureurs apparaît généralisée : ils sont tenus de s'informer du devenir des assurés et, lorsque le décès de ceux-ci est établi, de rechercher les bénéficiaires du contrat, sans plus de restriction tenant à l'inscription des coordonnées de ces bénéficiaires au contrat².

3. Les causes d'inefficacité

567. Trois causes. – Outre les causes de nullité de droit commun des contrats – vices du consentement, incapacité, illicéité ou immoralité de l'objet ou de la cause de l'opération –, l'attribution au gratifié du bénéfice du contrat peut être affectée par trois causes d'inefficacité : le prédécès du donataire (a), la révocation de la donation (b) et le rapport et la réduction en cas de primes manifestement exagérées (c).

a) Le prédécès du donataire

568. Caducité. – Qu'il ait accepté ou non, le bénéficiaire ne peut prétendre au capital assuré s'il précède à l'assuré. La solution est énoncée à l'article L. 132-9, alinéa 4, du Code des assurances : « *L'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie, à une personne déterminée est présumée faite sous la condition de l'existence du bénéficiaire à l'époque de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis, à moins que le contraire ne résulte des termes de la stipulation* ». Ainsi, sauf clause contraire, le décès du bénéficiaire avant le décès de l'assuré rend caduque la stipulation qui avait été faite à son profit.

Certes, cette disposition paraît circonscrite à l'hypothèse du prédécès du bénéficiaire avant celui de l'assuré. Mais la jurisprudence adopte une solution similaire toutes les fois que le bénéficiaire désigné décède après le souscripteur sans avoir pris parti sur la stipulation et que, dans le contrat, le souscripteur avait désigné d'autres bénéficiaires, de même rang ou en sous-ordre³. Autrement dit, elle considère que le disposant a entendu gratifier le bénéficiaire, et non les héritiers de celui-ci.

¹ C. assur., art. L. 132-8, dern. al.

² L'effectivité du dispositif est en outre assurée par deux autres mesures : d'une part, l'existence d'une revalorisation du capital assuré dans les contrats comportant une valeur de rachat, cette revalorisation devant intervenir au plus tard à compter du premier anniversaire du décès de l'assuré (C. assur., art. L. 132-5, al. 3) ; d'autre part, la règle selon laquelle les sommes garanties produiront intérêt de plein droit, à un taux progressif fixé par la loi, un mois après la réception par l'assureur des pièces nécessaires au paiement (C. assur., art. L. 132-23-1).

³ Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1992, *D.* 1992. 493, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1993. II. 22142, note J. Maury ; Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 1998, *Defrénois* 1998, art. 36895, n°142, p. 1416, obs. Ph. Delebecque ; *RGDA* 1998. 786, note J. Kullmann ; *RTD civ.* 1999. 834, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 septembre 2005, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. n°364 ; Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008 et Cass. civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, *JCP éd. N* 2008. II. 1364, note S. Hovasse ; *RJPF* 2008, n°12, p.

b) La révocation

569. Avant l'acceptation. – Tant que le bénéficiaire n'a pas accepté – plus précisément, tant que le souscripteur n'a pas consenti à l'acceptation – la désignation est librement révocable. Ainsi, le souscripteur peut-il modifier la clause bénéficiaire, mais aussi exercer ses droits normalement attachés à l'existence de la provision mathématique, notamment procéder au rachat du contrat¹.

Mais ce droit est-il transmis à ses héritiers ? Pour le dire autrement, les héritiers du souscripteur peuvent-ils révoquer la désignation après le décès de l'assuré, dès lors que le bénéficiaire n'a pas accepté ? Si on devait l'admettre, le risque serait grand que les héritiers soient tentés par une révocation. Ce danger est pratiquement écarté en notre matière. En effet, l'article L. 132-9, alinéa 3, du Code des assurances permet aux héritiers d'exercer le droit de révocation, mais à deux conditions. Ils ne peuvent le faire d'abord « *qu'après l'exigibilité de la somme assurée* » et ensuite « *au plus tôt trois mois après que le bénéficiaire a été mis en demeure, par acte extrajudiciaire, d'avoir à déclarer s'il accepte* ». Le risque de révocation intempestive de la stipulation par les héritiers du souscripteur est ainsi éliminé.

570. A compter de l'acceptation. – Depuis le 19 décembre 2007, date d'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 2007, il est acquis que le souscripteur ne peut plus révoquer, directement – en désignant un autre bénéficiaire de même rang – ou indirectement – en exerçant sa faculté de rachat –, la désignation dès lors qu'il a consenti à l'acceptation du bénéficiaire².

29, note F. Sauvage ; *Resp. civ. et assur.* 2009, Etude n°2, par G. Courtieu ; *Deffrénois* 2009, art. 38916, n°3, p. 657, obs. R. Libchaber, et 2009. 1585, note Pétroni-Maudière.

¹ En raison de son caractère strictement personnel, le droit de révocation ne peut être exercé que par le souscripteur. En effet, aux termes de l'article L. 132-9 du Code des assurances, du vivant du souscripteur, ni ses représentants légaux ni ses créanciers ne peuvent le mettre en œuvre. Cette dernière exclusion s'explique par le fait que le stipulant est seul juge des sentiments et des mobiles qui le guident dans l'attribution du bénéfice : ses créanciers ne sauraient s'immiscer dans l'exercice d'un droit exclusivement attaché à la personne (M. Picard et A. Besson., *Les assurances terrestres, t. I, Le contrat d'assurance*, LGDJ, 1982, n 510). Elle conduit à interdire aux créanciers du souscripteur de saisir la valeur de rachat du contrat. Semblablement, les représentants légaux du souscripteur n'ont pas davantage le droit d'exercer ce droit de révocation. S'agissant des personnes en tutelle ou en curatelle, le législateur est toutefois intervenu pour prévoir une dérogation à ce principe. L'article L. 132-9, I, al. 2 a été modifié une première fois par la loi du 17 décembre 2007. Il était alors prévu : « *lorsqu'une curatelle ou une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la révocation ne peut intervenir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué* ». Toutefois, si les modalités de cette révocation apparaissaient satisfaisantes s'agissant des personnes en tutelle, elles révélaient en revanche une certaine incohérence s'agissant des majeurs en curatelle. En effet, concernant ces derniers, l'article L. 132-4-1 du Code des assurances dispose que la désignation ou la substitution du bénéficiaire peuvent être accomplies avec la seule assistance du curateur. Dès lors, rien ne justifiait que la révocation doive, quant à elle, être autorisée par le juge des tutelles. Aussi, l'article L. 132-9, I, al. 2 a à nouveau modifié par une ordonnance du 30 janvier 2009 afin d'exclure de son champ d'application les majeurs en curatelle.

² C. assur., art. L. 132-9, I, al. 1^{er}. Pour les contrats ayant été acceptés avant cette date, l'acceptation entraîne l'irrévocabilité de la désignation (C. assur., art. L. 132-9, I, al. 1^{er}, réd. antérieure à L. n°2007-1775 du 17 déc. 2007). Simplement, s'il est certain que le souscripteur ne peut plus, à compter de l'acceptation, choisir un autre bénéficiaire de même rang, il lui semble néanmoins permis de procéder au rachat du contrat. La Cour de cassation décide en effet

En revanche, la donation est soumise aux dispositions relatives aux causes générales de révocation des libéralités. C'est ainsi que la donation peut être révoquée pour cause d'ingratitude¹ ou pour survenance d'enfants du souscripteur².

Semblablement, lorsque la désignation est faite au profit du conjoint, les causes de révocations des donations entre époux sont éventuellement applicables. Sous cet angle, se pose la question de savoir si la donation peut être révoquée sur le fondement des dispositions de l'article 1096 du Code civil, telles qu'elles résultent de la loi du 23 juin 2006. Depuis cette loi, on sait que seules sont librement révocables la donation de biens à venir entre époux et la donation de biens présents entre époux qui ne prend pas effet au cours du mariage. Autrement dit, seule la donation de biens présent faite entre époux, qui prend effet au cours du mariage, est irrévocable. Partant de

que « lorsque le droit au rachat du souscripteur est prévu dans un contrat d'assurance vie mixte, le bénéficiaire qui a accepté sa désignation n'est pas fondé à s'opposer à la demande de rachat du contrat en l'absence de renonciation expresse du souscripteur à son droit » (Cass. ch. mixte, 22 février 2008, préc. ; dans le même sens Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, préc. ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 nov. 2011, préc. ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 nov. 2011, préc.). Ainsi, pour les contrats acceptés avant le 19 décembre 2007, le Cour de cassation entend considérer que l'acceptation du bénéficiaire ne fait pas obstacle à la possibilité, pour la souscripteur, d'exercer sa faculté de rachat prévue par le contrat, sauf renonciation expresse de sa part. La solution est toutefois difficile à expliquer. A suivre les hauts magistrats, la faculté de rachat n'est possible que si elle est stipulée au contrat. En faisant référence à la mention, par le contrat, du droit au rachat du souscripteur, la haute juridiction semble souscrire à l'idée selon laquelle le bénéficiaire, par son acceptation, admet tel qu'il est le contrat conclu entre le souscripteur et l'assureur, en sorte qu'il accepte toutes les clauses de ce contrat, au rang desquelles figure la faculté de rachat. Ainsi, cette stipulation contractuelle qu'est la faculté de rachat se présente comme une condition résolutoire des droits du bénéficiaire (J. Kullmann, « Pour le maintien du droit au rachat en dépit de l'acceptation du bénéficiaire. A propos des contrats d'assurance sur la vie », préc.). Mais il faut alors convenir que cette clause est une condition potestative de la part du souscripteur-donateur. Or, une telle condition est prohibée par l'article 944 du Code civil. Peu importe, à ce égard, que la condition soit purement potestative ou simplement potestative, au motif qu'en exerçant sa faculté de rachat, le souscripteur interromprait l'opération d'épargne qui peut lui profiter. L'article 944 du Code civil prohibe toute condition potestative de la part du donateur, même simplement potestative. Aussi bien la solution de la Cour de cassation nous paraît contraire aux qualifications du droit des donations. Sans doute pourra-t-on nous objecter que la donation ainsi consentie n'est que de biens à venir. Soit. Mais il n'est pas possible d'affirmer que cette qualification dépend d'une clause du contrat. Au surplus, la qualification de donation de biens à venir apparaît critiquable. On ne saurait soutenir qu'il n'y a pas donation de biens présents tant que la disposition faite demeure librement révocable par le disposant. L'irrévocabilité de la donation entre vifs participe seulement de sa nature, non pas de son essence. La preuve en est d'ailleurs qu'en cas d'acceptation, le bénéficiaire peut disposer de son droit – certes résoluble – sans avoir besoin d'attendre l'évènement qui l'autorisera à entrer en possession. Car si cette cession est possible, ce n'est que parce que la donation porte sur des biens présents et non pas sur des biens à venir. En réalité, rien ne justifie la solution de la Cour de cassation. Sous cet aspect, mieux eût valu qu'elle décide clairement que l'acceptation du bénéficiaire ne bloque jamais la faculté de rachat du souscripteur.

¹ Toulouse, 11 oct. 2001, *Rev. dr. banc. et fin.* 2003. 17.

² Avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 (le 1^{er} janvier 2007), la révocation pour survenance d'enfants a suscité, en matière d'assurance sur la vie, des difficultés particulières. En effet, jusqu'au 1^{er} janvier 2007, il résultait de l'article 960 du Code civil que lorsque la désignation est intervenue alors que le souscripteur n'avait pas d'enfant, cette stipulation se trouvait de plein droit révoquée s'il survenait un enfant (voir par exemple Besançon, 24 juin 1994, *Rev. dr. banc. et bourse, Cahiers de Gestion du Patrimoine*, 1995, n 52, p. 2, obs. F. Lucet). La solution était difficile à mettre en œuvre lorsque le souscripteur n'avait pas manifesté son intention de modifier la désignation après la survenance de son enfant. Cela signifiait-il que le souscripteur avait implicitement renouvelé son intention libérale au profit du bénéficiaire ou, au contraire, que le bénéfice de l'assurance se trouvait sans bénéficiaire et devait donc faire partie de la succession du souscripteur ? Sur cette difficulté, voir D. Coron et F. Lucet., « Assurance vie, union libre et révocation pour survenance d'enfant », préc., qui opinent en faveur d'un renouvellement implicite de l'intention libérale du souscripteur.

là, la donation entre époux par le vecteur d'une assurance sur la vie demeure révocable¹. En effet, l'efficacité de la donation est subordonnée à la survenance d'un événement extérieur aux volontés des parties, à savoir le prédécès de l'assuré. De sorte que la donation ne prend pas effet au cours du mariage, et qu'elle est donc librement révocable, malgré l'acceptation du conjoint bénéficiaire².

c) Le rapport et la réduction

571. En vertu de l'article L. 132-13 du Code des assurances, les primes versées par le défunt souscripteur sont, selon les cas, soumises à rapport, réunion fictive, voire réduction, toutes les fois qu'elles apparaissent manifestement excessives eu égard aux facultés du souscripteur. La compréhension de la règle suppose d'envisager successivement la détermination des éléments d'appréciation de l'excès (i), le montant assujéti au rapport et à la réduction (ii) et, enfin, la date de libéralité réductible (iii).

i) Les éléments d'appréciation de l'excès

572. Critères énoncés par les arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004. – La détermination des primes manifestement exagérées ne fait l'objet d'aucune quantification par la loi³. Il incombe donc aux juges d'apprécier l'exagération. A cet égard, avant ses arrêts de principe du 23 novembre 2004, la Cour de cassation se bornait à rappeler que l'appréciation du caractère manifestement exagéré des primes incombait aux juges du fond⁴, lesquels se référaient à trois principaux critères que sont l'importance de la prime, l'âge du souscripteur et le mobile de la souscription⁵.

¹ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, préc., n°963, p. 834 et s. ; Ph. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préc., n°2283, p. 1589 et s. ; Ph. Pierre, « La révocation de la désignation du conjoint, bénéficiaire acceptant d'une assurance sur la vie. Une brève histoire de temps », *Resp. civ. et assur.* 2006. Etude 14 ; A. Depondt et H. Marck, « L'assurance-vie et la modification de l'article 1096 du Code civil », *Dr. et patrimoine* juillet-août 2006, p. 40.

² A noter que l'article 46 de la loi du 23 juin 2006 a pris le soin de préciser que « *sauf clause contraire, les donations de biens présents qui ne prennent pas effet au cours du mariage, consenties entre le 1^{er} janvier 2005 et la date d'entrée en vigueur de la présente loi [le 1^{er} janvier 2007] sont librement révocables dans les conditions prévues par l'article 1096 du Code civil dans sa rédaction antérieure au 1^{er} janvier 2005* ».

³ Interrogée sur ce point, l'Administration a répondu qu'il incombe aux héritiers du souscripteur de prouver ce caractère excessif et qu'il n'y avait pas lieu de fixer des critères légaux d'appréciation du caractère exagéré des primes (Rép. min. à QE n°49208, *JOAN Q.* 6 juill. 1992, p. 3050 ; Rép. min. à QE n°14681, *JOAN Q.* 14 nov. 1994, p. 5666 ; dans le même sens, Rép. min. à QE n°84252, *JOAN Q.* 14 mars 2006, p. 2784).

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, *Resp. civ. et assur.* 1997, comm. n 141 ; *RGDA* 1997. 820, note J. Bigot ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *Bull. civ.* I, n°217 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, *JCP éd. N* 2001. 1275.

⁵ Sur ce point, voir, sans prétendre à l'exhaustivité, P. Buffeteau, « Réflexions sur l'article L. 132-13 du Code des assurances », *JCP éd. N* 1997. 1417 ; F. Bertout, « La sanction de l'utilisation abusive du contrat d'assurance vie. L'article L. 132-13 du Code des assurances », *Ren. dr. banc. et fin.* 2001, n°4, p. 256 ; O. Boitte, « La notion de primes manifestement exagérées », *Trib. assur.* 2002, n°57, p. 28 ; H. Lascombes et M. Belmont, « Les risques juridiques et

Toutefois, l'appréciation de l'excès a été précisée par la Cour de cassation par deux des quatre célèbres arrêts du 23 novembre 2004¹. D'une part, la haute juridiction valide les critères d'appréciation du caractère manifestement exagéré des primes qu'avaient retenus les juges du fond, sans se référer au pouvoir souverain de ces derniers². Autrement dit, la Cour entend désormais contrôler, sur le fondement du manque de base légale, la qualification des primes manifestement exagérées. D'autre part, elle énonce que le caractère exagéré des primes « s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge ainsi que des situations patrimoniale et familiale du souscripteur ». La Cour de cassation pose ainsi les critères d'appréciation de l'excès : il faut tenir compte de l'âge et des situations patrimoniale et familiale du souscripteur. La référence légale aux « facultés » du souscripteur apparaît ainsi remodelée par ces critères d'évaluation. A ce titre, la haute juridiction s'en explique dans son Rapport pour 2004 : « *Le caractère manifestement exagéré des primes s'apprécie en tenant compte de divers facteurs : la situation de fortune globale du souscripteur, qui permet au juge de procéder à un véritable contrôle de proportionnalité, le mobile de la souscription qui démontre que l'on est passé de la volonté de gratifier à une attitude de reconnaissance ou à l'expression du devoir de secours entre époux, ainsi que l'utilité de la souscription de ce type de contrat pour le souscripteur. Le critère de l'âge renvoie à celui de l'utilité ou de la finalité de l'opération* »³. Partant, deux critères principaux se dégagent.

Le premier est quantitatif. Il consiste à apprécier la situation patrimoniale du souscripteur, autrement dit son état de fortune au moment du paiement de la prime. Ce faisant, comme on l'a souligné, « si le souscripteur, riche au moment où il a souscrit, meurt ruiné, les enfants ne pourront invoquer ni rapport ni atteinte à leur réserve »⁴. Sous cet aspect, la jurisprudence fait preuve d'une grande mansuétude. C'est ainsi, dit la Cour de cassation, que des primes qui absorbaient le quart de la fortune mobilière de l'assuré, laquelle constituait l'essentiel de son patrimoine, n'étaient pas manifestement excessives⁵, ou encore que des primes absorbant près de la moitié du patrimoine

fiscaux d'une souscription tardive », *JCP éd. N* 2002. 1404 ; G. Courtieu, « Que sont les primes “manifestement exagérées” ? », *Resp. civ. et assur.* 2003. chron. 2.

¹ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n°01-13592 et 02-17507. *Adde* reprenant la même solution : Cass. civ. 2^{ème}, 17 et 24 févr. 2005, *RGDA* 2005. 480, note J. Bigot ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 juill. 2007, *RGDA* 2007. 881, note L. Mayaux ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 juill. 2008, n°07-14098 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n°08-15050 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 sept. 2009, n°08-17040, *RGDA* 2009. 1227, note L. Mayaux ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n°09-15291 ; *RGDA* 2010. 1126, note L. Mayaux. *Adde* A. Maurice, « L'exagération manifeste des primes versées au titre d'un contrat d'assurance vie », *JCP éd. N* 2005. 636 ; S. Prigent, « Le traitement des primes manifestement exagérées », *JCP éd. N* 2006. 872.

² « que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a exactement déduit que les primes [...] n'étaient pas manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

³ Rapport C. cass. 2004, *La vérité*, Doc. fr. 2005, p. 354 et s., spéc. p. 356.

⁴ M. Grimaldi, obs. préc. sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004.

⁵ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n°01-13592 : « attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que Mme X..., âgée de 65 ans au moment des versements est décédée à l'âge de 72 ans laissant un seul héritier, que ses pensions et retraites lui assuraient un revenu mensuel de 30 000 francs, que ses comptes présentaient un solde largement créditeur depuis la souscription des contrats outre les placements effectués en 1992 et qu'elle disposait de valeurs mobilières ; que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a exactement déduit que les primes d'un montant global de 310 000 francs qui ne représentaient qu'un quart du patrimoine mobilier, n'étaient pas manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

de l'assuré lors de la souscription (à un âge très avancé) des contrats n'avaient pas à être prises en compte¹.

Le second critère est d'ordre qualitatif. Il réside dans l'utilité de l'opération, laquelle s'apprécie au regard de l'âge du souscripteur et de sa situation familiale. Envisagée du point de vue du souscripteur, l'utilité permet de faire le départ entre la prévoyance personnelle et la transmission patrimoniale². Si le paiement de la prime a une finalité de transmission patrimoniale, l'acte devient inutile pour le souscripteur et la prime apparaît alors exagérée. Et cette finalité transmissive est d'autant plus avérée que le souscripteur est âgé. C'est ainsi que l'on a tiré argument du grand âge du souscripteur pour considérer qu'il avait peu de chances de percevoir le capital assuré prévu en cas de vie et que, par conséquent, l'objectif de transmission était patent³.

¹ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n°02-17507 : « attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que Mme Z... veuve X..., âgée de 73, 78 et 79 ans au moment des versements est décédée à 82 ans laissant plusieurs héritiers, qu'elle disposait de valeurs mobilières d'un montant de 1 200 000 francs en 1992, possédait un mobilier estimé à 336 000 francs en 1990, des biens immobiliers évalués à 500 000 francs lors de l'ouverture de sa succession et percevait une retraite mensuelle de 11 000 francs ; que la cour d'appel en a exactement déduit que les primes versées d'un montant global de 900 000 francs n'étaient pas manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ».

² Toutefois, on a justement fait remarquer que l'utilité pouvait également s'envisager du chef du bénéficiaire : « La présence d'un enfant handicapé, par exemple, pourrait justifier une ponction plus forte sur le patrimoine » et « s'il s'agit d'une opération de prévoyance, on ne voit pas pourquoi l'âge avancé du souscripteur ferait présumer le caractère excessif des primes » (G. Champenois, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997).

³ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *Dr. fam.* 1997. comm. 146, note B. Beignier ; *RGDA* 1997. 822, note J. Bigot ; *JCP* 1998. I. 133, obs. R. Le Guidec ; *D.* 1998. 543, note S. Choisez ; *Defrénois* 1998, art. 36765, obs. G. Champenois : « attendu que la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés des premiers juges, que les primes litigieuses représentaient plus du tiers de l'actif de Gabrielle X... ; que celle-ci, âgée de 84 ans, avait peu de chances de percevoir le service de la rente au terme du contrat alors qu'elle aurait 92 ans ; que le deuxième versement était intervenu au moment où elle venait de sortir de l'hôpital et où son état physique était nécessairement très dégradé puisqu'elle devait décéder 4 jours plus tard, de sorte que ce versement n'avait pas d'utilité pour elle ; que la cour d'appel en a déduit que les circonstances et époques du paiement des primes, ainsi que leur importance, établissaient que celles-ci étaient manifestement excessives et devaient être rapportées intégralement à la succession. » (nous soulignons) ; Paris, 27 janv. 2000, *RGDA* 2000. 1095, 2^{ème} esp., note L. Mayaux : « eu égard à l'âge de l'intéressée, dont l'espérance de vie était réduite, la souscription d'un tel contrat ne présentait pour elle aucune utilité et son seul intérêt résidait dans le mode de transmission de son patrimoine qu'elle lui offrait » (nous soulignons) ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 juill. 2006, n°05-15895 : « attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que les contrats ont été souscrits en 1989 et 1990 à une époque où Yvette X... était âgée de 65 ans ; que ces contrats présentaient un intérêt indéniable pour elle, compte tenu de l'espérance de vie des femmes et de son âge » ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 févr. 2007, n°05-13803 : « que ces souscriptions ne présentaient pas d'utilité pour lui dont le pronostic vital était engagé à raison des graves et multiples pathologies dont il était affecté et n'avaient pour mobile que de faire échapper son patrimoine à sa succession au bénéfice de Mme Y... alors que d'autres placements financiers auraient présenté pour lui des perspectives identiques de revenus réguliers » (nous soulignons) ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 juill. 2007, n°06-16382 : « attendu que la cour d'appel a relevé que Germaine Y... bénéficiait de revenus mensuels s'élevant à 13 101,62 francs, qu'elle disposait d'économies puisqu'elle avait perçu sa part sur la vente de biens immobiliers communs après le décès de son époux, qu'elle était titulaire d'un compte-titulaire d'un compte-rentes lui procurant alors des revenus, d'un Livret A, d'un Codevi et d'un Livret d'épargne populaire, qu'elle faisait apparemment face à ses besoins tout en restant à son domicile puisqu'elle payait son loyer et les charges d'aide familiale à domicile facturées par la Croix Rouge ; qu'elle a retenu que l'utilité d'un tel contrat pour une personne âgée de 91 ans au moment de sa souscription, s'agissant d'un placement destiné à être optimisé en huit ans, n'était toutefois que partielle au regard de l'importance des primes versées, puisque Germaine Y... avait la possibilité d'effectuer des retraits anticipés en cas de besoin si ses dépenses personnelles avaient dû augmenter et que les sommes qu'elle avait retirées en juin 1993 sur le Livret A (90 000 francs) et sur le Codevi (10 000 francs) lui avaient permis de placer des économies sur ces deux comptes dont le maximum des crédits autorisés avait de nouveau été atteint dès 1996 ; que, s'étant ainsi déterminée en fonction de l'âge de la souscriptrice et de ses situations patrimoniale et familiale au moment du versement, la cour d'appel a pu estimer que les primes étaient manifestement exagérées eu égard aux facultés de Germaine Y... et qu'elles devaient être rapportées à sa succession à hauteur de 54 000 euros » (nous soulignons).

573. Analyse critique. – L’appréciation de l’exagération manifeste des primes demeure éminemment variable. Cela conduit les juges à « *procéder à un contrôle de proportionnalité* »¹, dont la mise en œuvre est source d’insécurité pour le règlement successoral².

Plus fondamentalement, elle revient à fournir à ceux qui entendent soustraire une bonne partie de leur patrimoine au caractère impératif de la réserve héréditaire des moyens d’y parvenir d’autant plus redoutables qu’ils sont indolores pour le souscripteur³. C’est là que gît tout le paradoxe de la jurisprudence relative aux assurances sur la vie dites de placements. Comment, en effet, appliquer un texte, l’article L. 132-13 du Code des assurances, alors qu’il n’a été pensé qu’en perspective de l’assurance sur la vie assurant une fonction de pure prévoyance ? Qu’on en juge avec l’esprit qui a animé les rédacteurs de la loi de 1930, selon lesquels l’article 68, alinéa 2 – l’article L. 132-13, alinéa 2, du Code des assurance – doit permettre d’éviter que « *la libéralité ou la fraude ne commencent à apparaître* »⁴. Ainsi conçu, le versement de primes d’une assurance sur la vie n’est qu’une opération aléatoire de pure prévoyance, insusceptible d’être qualifiée de libéralité, mais il perd ce caractère pour devenir une libéralité dès lors que les primes apparaissent exagérées par rapport à la fortune du souscripteur ; « *et c’est dans ce cas et dans cette mesure seulement qu’il y aura lieu à rapport ou à réduction pour permettre l’égalité du partage ou pour évaluer la quotité disponible en vue d’effectuer la réduction successorale* »⁵. Précisément, dans cette forme d’assurance, le paiement des primes n’est que l’exécution d’un devoir de conscience du souscripteur envers le bénéficiaire, afin de mettre ce dernier à l’abri des difficultés financières que pourrait lui causer son décès. Et l’on comprend que ce devoir de conscience se transforme en une pure libéralité lorsque les primes sont manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur.

Il reste que ce n’est pas l’économie de l’assurance placement. Il n’est plus question d’aléa, mais de gestion patrimoniale. Le souscripteur est « *assuré* » de ce que le bénéfice du contrat lui revienne, s’il est encore en vie au terme du contrat, ou, s’il précède, qu’il soit transmis au bénéficiaire. Il n’y a plus, dès lors, l’exécution d’un devoir de conscience envers le bénéficiaire, mais une libéralité à son endroit. Partant, la détermination du *quantum* de la libéralité ne saurait emprunter le détour des primes excessives, mais la voie du droit commun des libéralités. Dans

¹ Rapport C. cass. 2004, *La vérité*, préc.

² Sur cette critique, voir M. Grimaldi, « L’assurance-vie et le droit des successions », préc., spéc. n°20 ; du même auteur, obs. sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004.

³ Par exemple, il a pu être retenu, avec l’aval de la Cour de cassation, qu’au regard de l’âge ainsi que de la situation patrimoniale et familiale du souscripteur, la prime versée au bénéfice de la fille qu’il avait eue d’un premier lit ne présentait pas, au moment de son versement, un caractère manifestement exagéré alors qu’elle représentait 73 % du capital disponible qu’il venait de recueillir dans la liquidation consécutive à son divorce (Cass. civ. 2^{ème}, 4 juill. 2007, Bull. civ. II, n°182).

⁴ J. Hémar, *Exposé des motifs de la loi du 13 juillet 1930*, JO 14 août 1925, p. 64.

⁵ *Ibid.*

cette optique, c'est l'intégralité des primes qui devrait être soumise aux règles du rapport et de la réduction.

Sans doute pourrait-on nous objecter que l'assurance placement n'a pas qu'une finalité de transmission, mais qu'elle peut aussi servir l'intérêt personnel du souscripteur. Celui-ci peut en effet exercer sa faculté de rachat tant que le bénéficiaire n'a pas accepté et il peut obtenir les sommes assurées si le contrat se dénoue en cas de vie. Mais l'objection pourrait bien être prise à revers. Car c'est confondre l'existence de la donation et ses effets. La donation n'existe pas au jour de l'attribution du capital assuré au bénéficiaire ; elle existe dès la désignation du bénéficiaire. Simplement, on l'a dit, cette donation est conditionnelle, en ce sens que son efficacité est subordonnée à la survenance d'un événement extérieur à la volonté des intéressés, à savoir que le bénéficiaire survive à l'assuré. Aussi bien, si l'on doit prendre en compte cette donation dans les opérations liquidatives de la succession du souscripteur, ce n'est évidemment que si elle a produit ses effets.

En conséquence, dans l'assurance placement, l'ensemble des primes forme l'élément matériel de la donation. Et rien ne justifie, nous semble-t-il, de circonscrire l'application des règles du rapport et de la réduction aux seules primes manifestement exagérées.

ii) Le montant assujetti au rapport et à la réduction

574. Tout ou partie des primes ? – Lorsque les règles du rapport et de la réduction sont applicables, à quel montant la prime doit-elle être assujettie à ces règles ? Les dispositions de l'article L. 132-13, aliéna 2, du Code des assurances ne livrent aucune réponse.

Les solutions sont diverses tant en jurisprudence¹ qu'en doctrine. Certains auteurs opinent en faveur de la soumission de la seule portion excessive aux règles du rapport et de la réduction². La solution se justifie par l'idée que « *c'est seulement au-delà de la limite raisonnable que les primes excessives constituent, à ce point de vue, une libéralité* »³. Mais un tel cantonnement paraît critiquable. Dès lors que l'excès s'analyse sous un angle qualitatif, et non pas seulement quantitatif, c'est la totalité des

¹ Pour l'admission de toutes les primes, Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, préc. ; Paris, 9 oct. 2001, *Dr. fam.* 2002. comm. 130, note B. Beignier ; Paris, 19 févr. 2002, préc. En sens inverse, Rennes, 11 sept. 2001, n°435, cité par O. Boitte, « La notion de primes manifestement exagérées », préc., spéc. note 10 ; Paris, 2 oct. 2011, *Dr. fam.* 2002. comm. 130, note B. Beignier.

² M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, préc., n°219 et s., p. 542 et s. ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil* d'après le Traité de Planiol, t. IV, préc., n°2906 ; L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. IV, Les assurances de personnes, préc., n°374, p. 345 et s. ; *Lamy assurances*, n°4132 ; S. Prigent, « Le traitement des primes manifestement exagérées », préc., spéc. n°11.

³ M. Picard et A. Besson, *op. cit.*, p. 543.

primes qui doit être soumise aux règles successorales¹. En effet, à suivre la logique de la jurisprudence, l'excès manifeste fait basculer l'assurance de la prévoyance personnelle du souscripteur vers la transmission patrimoniale. Aussi bien peut-on en déduire que le montant total des primes doit être considéré comme une libéralité². Simplement, ainsi que l'article L. 132-13 du Code des assurances le suggère, « les sommes versées par le contractant à titre de primes », sont entendues de leur valeur nominale, quoique que la solution ne s'impose pas avec la force de l'évidence³.

iii) La date de la libéralité réductible

575. Analyses doctrinales divergentes. – A quelle date la libéralité consentie est-elle réputée intervenue ? La question ne se pose pas en ce qui concerne le rapport. La date est indifférente puisque, quelle qu'elle soit, l'ensemble des primes doit être rapporté. En revanche, la hiérarchie qui gouverne l'imputation des libéralités impose qu'il soit tenu compte de la date de la libéralité⁴.

Dans le silence des textes, la doctrine n'est pas unanime pour déterminer la date de cette donation qui produit ses effets au décès du donateur. Certains opinent en faveur de la date de la souscription du contrat, au motif que l'assurance sur la vie, comme toute stipulation pour autrui, confère un droit direct contre l'assureur dès sa souscription⁵ ; d'autres considèrent au contraire qu'il y a lieu de retenir la date de paiement effectif des primes, car c'est à ce moment que le juge doit se placer pour apprécier l'excès manifeste⁶.

¹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°325, p. 446 ; Ph. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préc., n°2303, p. 1615 et s. ; E.-H. Perreau, « La réduction, le rapport et la récompense des primes ou du capital dans l'assurance vie », *RGAT* 1931. 721 ; M. Grimaldi, « L'assurance-vie et les successions », préc., spéc. n°20. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse exceptionnelle où le montant du capital assuré est inférieur à celui des primes (hypothèse envisageable lorsque le contrat est en unités de compte), auquel cas la valeur à rapporter et à réunir à la masse de calcul de la quotité disponible doit être celle du capital assuré.

² Bien entendu, si la jurisprudence devait prendre en compte la singularité de l'assurance placement, il y aurait lieu de soumettre *in globo* les primes aux règles successorales.

³ Rappelons en effet que l'article L. 132-13 est issu de la loi 13 juillet 1930, date à laquelle le mécanisme de dettes de valeur n'existait pas encore en matière successorale. Aussi bien comprend-on que l'article 132-13 ne prévoit pas de revalorisation de l'indemnité de réduction. Partant de là, on pourrait également comprendre que la jurisprudence mette aujourd'hui en œuvre le mécanisme de la dette de valeur, applicable à toutes les libéralités.

⁴ C. civ., art. 923.

⁵ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, par L. Julliot de la Morandière, préc., n°1559 ; R. Savatier, *Cours de droit civil*, t. III, préc., n°618 ; Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. VI, par P. Voirin, préc., 184 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°112 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°1019, p. 822, note 1 ; A. Wahl, « L'assurance en cas de décès dans la succession et la communauté », préc., spéc. n°15.

⁶ H. Le Roy, *L'assurance et le droit pécuniaire de la famille*, préf. D. Martin, av-propos P. Esteva, LGDJ, 1985, n°539 et s. ; M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, préc., n°220 ; Ph. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préc., n°2304 ; L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. IV, *Les assurances de personnes*, préc., n°375 ; *Lamy assurances*, préc., n°4132 ; J. Bigot, note sous Paris, 19 févr. 2002, *RGDA* 2002. 1017 ; S. Prigent, « Le traitement des primes manifestement exagérées », préc., spéc. n°12.

576. Analyse retenue. – Il nous semble que ni l'une ni l'autre de ces positions n'emportent la conviction. A dire vrai, la réponse dépend ici des considérations qui fondent l'ordre des réductions de libéralités. A cet égard, l'on s'accorde pour dire que celui-ci repose sur la règle de l'irrévocabilité des donations et, subsidiairement, sur la date de dessaisissement du disposant et l'acquisition du gratifié¹. Dans cette optique, dès lors que la donation faite par le vecteur d'une assurance sur la vie devient irrévocable par l'acceptation du bénéficiaire, c'est au jour de cette acceptation que doivent être imputées les primes².

Pratiquement, cela signifie que si l'acceptation intervient après le décès-souscripteur assuré, c'est à la date du décès qu'il convient de se placer pour imputer la donation. Reste alors à savoir si elle doit s'imputer au même rang que les legs ou avant eux³. La question est d'importance puisque, dans le premier cas, elle fait l'objet, avec les legs, d'une réduction proportionnelle, tandis que, dans le second cas, elle n'est réduite qu'après eux. La difficulté semble ici assez proche de celle rencontrée en matière de libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un *trust* entre vifs. Par un arrêt du 20 février 1996, la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé d'imputer de telles libéralités à un rang propre, après toutes les donations, avant tous les legs⁴. Tout en reprenant la solution énoncée par la haute juridiction, la Cour de renvoi a motivé sa décision en soulignant que l'« *ordre retenu par les parties n'est pas critiquable dès lors qu'il prend en compte tant l'existence du dépouillement partiel de Marie-Louise L. (le disposant) que les droits résultant de la "propriété équitable" conférée par le droit américain aux bénéficiaires du trust qui conduisent à préférer ces bénéficiaires aux*

¹ Voir notamment M. Grimaldi, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse Paris II, 1977, spéc. n°91 et s., p. 90 et s. ; du même auteur, note sous Poitiers, 7 mars 1979, *Deffrénois* 1981, art. 32766 ; *D.* 1982. 195 ; Y. Lequette, « De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un *trust* entre vifs (à propos d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 20 février 1996) », *D.* 1996. 231 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°1020, p. 822 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°742 et s., p. 727 et s. ; C. Brenner, *JCl Civil Code*, Art. 912 à 930-5, fasc. 30, 2009, n°55 et s.

² F. Sauvage, « Examen de quelques questions relatives à l'assurance-vie et à la réduction des libéralités », *Bull. Cridon* de Paris, 1^{er} sept. 1999, n° 17 ; A. Maurice, « L'exagération des primes versées au titre d'un contrat d'assurance-vie », préc. ; S. Pommier, « Libéralités réalisées par l'intermédiaire d'un contrat d'assurance-vie », *Dr. et patrimoine* sept. 2002. 75.

³ On ne saurait, selon nous, tirer argument d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 12 novembre 1998, pour affirmer que la donation faite au bénéficiaire du contrat d'assurance doit nécessairement s'imputer avant les legs (*Bull. civ. I*, n°314 ; *D.* 1999. 325, note J.-P. Langlade-O'Sughrue ; *JCP* 1999. I. 189, obs. R. Le Guidec ; *JCP éd. N* 1999. 592, note N. Duchange ; *RTD civ.* 1999. 680, obs. J. Patarin). En l'espèce, la haute juridiction s'est prononcée sur un don manuel fait du vivant du donateur, mais qui était dépourvu de date certaine : « *Vu les articles 894 et 923 du Code civil ; Attendu qu'il résulte de ces textes qu'un legs, qui ne prend effet qu'au décès du testateur, doit être réduit avant une donation qui, même dépourvue de date certaine, a dessaisi le disposant de son vivant* ». On comprend donc que la Cour de cassation ait considéré que la donation doit s'imputer avant les legs. Car il n'était pas douteux que celle-ci fût intervenue avant la mort du donateur – tant le dessaisissement du donateur et que l'acquisition de l'objet de la donation par le donataire avaient eu lieu du vivant du donateur –, seule était incertaine la date de la donation. Telle n'est pas l'hypothèse de la donation faite au moyen d'un contrat d'assurance dont l'acceptation intervient au décès de l'assuré. Car, ici, la donation ne s'est pas réalisée de son vivant, mais seulement à son décès par suite de l'acceptation du bénéficiaire.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *JCP* 1996. II. 22647, note M. Behar-Touchais ; *D.* 1996. 231 chron. Y. Lequette ; *Rev. crit. DIP* 1996. 692, note G.A.L. Droz ; *Deffrénois* 1997. 26, note Th. Vignal ; *RTD civ.* 1996. 454, obs. J. Patarin.

légataires »¹. Autrement dit, la libéralité à cause de mort, révocable, réalisée au moyen d'un *trust* entre vifs n'entraîne qu'un dépouillement partiel du disposant, de sorte qu'elle s'impute au jour du décès, mais un instant de raison avant les legs. La motivation n'est guère convaincante au regard des fondements de l'ordre légal de réduction des libéralités. Comme on l'a justement fait remarquer, « du fait du caractère révocable de la libéralité renfermée par le *trust* litigieux et de son antériorité par rapport aux donations, la règle de l'irrévocabilité des donations était ici inopérante. Restaient donc, pour classer cette libéralité par rapport aux donations consenties par le de cujus, les dates de dessaisissement du disposant et d'acquisition par le gratifié. Afin de justifier sa solution, la Cour de Paris met l'accent sur le dépouillement limité du disposant. Il aurait été, à notre sens, plus judicieux d'insister sur l'acquisition différée par le gratifié. Et de fait, si l'on creuse le second fondement, ce sont beaucoup plus des considérations liées à l'acquisition par le gratifié qu'au dessaisissement du disposant qui commandent l'ordre de réduction des libéralités »². Partant, il serait bien plus logique de placer ces libéralités au même rang que les legs³.

Le raisonnement nous paraît transposable à la libéralité réalisée, au moyen d'un contrat d'assurance sur la vie dont le désignation bénéficiaire n'est pas acceptée du vivant du souscripteur. En effet, tant que le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie n'a pas accepté, le souscripteur est libre de le révoquer et, par conséquent, de procéder au rachat du contrat. Aussi est-ce à la date d'acquisition du gratifié qu'il convient de se placer pour imputer la libéralité. Pour le dire autrement, dès lors que le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie accepte sa désignation après le trépas du souscripteur-assuré, il y a lieu d'imputer sa libéralité au même rang que les legs, de telle sorte qu'en cas d'atteinte à la réserve héréditaire, elle doit faire l'objet, avec les legs, d'une réduction proportionnelle.

§ 2 - POUR LA RECONNAISSANCE GENERALE D'UNE FIDUCIE-LIBERALITE A CARACTERE INDIVIDUEL

577. L'intermédiaire : un individu non gratifié et titulaire d'une propriété-pouvoir. – Il est des situations dans lesquelles le disposant transfère la propriété d'un bien à un intermédiaire afin que celui-ci la gère et la transmette à son tour, au bout d'un certain temps, à un tiers gratifié.

¹ Paris, 7 avr. 1999, *D.* 1999. 683, note Y. Lequette ; *Rev. crit. DIP* 1999. 693, note M. Goré ; *RTD civ.* 1999. 682, obs. J. Patarin ; *Dr. fam.* 1999, comm. 30, note B. Beignier. Relevons que, par suite de l'accord des appelants et des intimés en vertu duquel, dans le cas où serait retenue l'imputation au jour du décès, celle-ci devait avoir lieu avant les legs, la Cour de renvoi était tenue de faire sienne cette analyse.

² Y. Lequette, note préc., spéc. n°10.

³ Y. Lequette, chron. préc., spéc. n°17 ; note préc., spéc. n°10.

L'intermédiaire est alors dans une situation singulière en ce sens qu'il n'est ni un gratifié ni un propriétaire ordinaire.

Non gratifié d'abord, parce que le disposant est dépourvu de toute intention libérale à son endroit. La cause de l'engagement du disposant réside, en effet, dans l'accomplissement de la mission de l'intermédiaire. Bien que l'on constate une diminution du patrimoine du disposant, on doit néanmoins relever qu'il existe une contrepartie subjective, signe de l'inexistence d'intention libérale : la prestation que doit accomplir l'intermédiaire est « regardée comme l'équivalent »¹ de ce que le disposant s'oblige à transférer. Au fond, la mission de l'intermédiaire de gérer le bien et de le transmettre au tiers gratifié est *ce pour quoi* le disposant s'engage². Et, corrélativement, l'intermédiaire ne s'engage qu'en considération de la rémunération qu'il escompte.

Non propriétaire ordinaire ensuite, parce qu'il n'a jamais vocation à la *plena in re potestas*. La propriété qui lui est transmise n'est ici qu'un moyen au service d'un fin. Elle n'est qu'une étape dans l'opération, voulue par le disposant, qui doit aboutir à l'attribution de l'objet de la libéralité au bénéficiaire. De sorte que, d'une part, cette propriété est nécessairement temporaire – elle s'éteint en même temps que la mission prend fin, et ce que celle-ci ait été exécutée ou qu'elle ne puisse plus l'être – et que, d'autre part, elle n'est pas un élément de richesse pour son titulaire – tant le bien reçu ou celui qui le remplace que les revenus produits doivent être gérés dans l'intérêt du tiers gratifié.

Où l'on voit que l'intermédiaire est dans une situation analogue à celle d'un fiduciaire et que la libéralité à trois personnes est ici une fiducie-libéralité.

578. Position du problème : une fiducie-libéralité inavouée. – Mais c'est alors une fiducie-libéralité qui ne dit pas son nom. Aucun texte ne consacre, en effet, son existence. Bien au contraire, le contrat de fiducie, institué par le Code civil, est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Au-delà de cette difficulté cruciale, qui consiste à savoir si la fiducie-libéralité peut exister en dehors du cadre légal qui la proscriit, il en est une autre qui réside dans la découverte de son existence. Dès lors qu'elle ne bénéficie pas d'une structure qui lui est propre, la fiducie-libéralité « ne peut se glisser dans notre droit qu'en inconnue, et sous le manteau d'une de ces institutions »³. Précisément, c'est au moyen du procédé de la libéralité avec charges que la fiducie-libéralité se réalise. C'est ce faisant en tant que gratifié, pour la forme, que le fiduciaire accomplit

¹ C. civ., art. 1104, al. 1^{er}.

² Voir C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., n°96, p. 86-87 : « l'auteur de la libéralité ne lui [l'intermédiaire] cède les biens donnés ou légués que pour qu'il les gère au profit d'autrui et qu'il les transfère au destinataire final de la libéralité, à l'expiration d'une certaine période ».

³ Voir déjà R. Savatier, « La fiducie en droit français », *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Paris, 1937, Sirey, 1938, p. 57 et s., spéc. p. 58.

sa mission. On perçoit ainsi toute l'ambivalence de la libéralité avec charges, capable de rassembler des situations dans lesquelles le grevé est un gratifié ou un fiduciaire. Pour autant, les règles applicables diffèrent sensiblement selon que cet intermédiaire est gratifié ou fiduciaire. Aussi, plutôt que de déformer la catégorie de la libéralité avec charges dont l'essence même est que le grevé soit un gratifié, mieux vaudrait que la fiducie-libéralité soit véritablement consacrée en droit français.

579. Plan. – Pour s'en convaincre, il convient, d'abord, de présenter les arguments en faveur de la licéité de la fiducie-libéralité (A) et, ensuite, de proposer les éléments d'un régime juridique qui singularise cette institution (B).

A. Les arguments en faveur de la licéité de la fiducie-libéralité

580. Démarche à suivre. – Est-il possible, en droit français, de transférer une propriété-pouvoir à un intermédiaire afin de gratifier un tiers bénéficiaire ? Autrement dit, la fiducie-libéralité est-elle licite ? Des obstacles tirés de la loi et de la jurisprudence s'y opposent. Mais, à l'analyse, il paraît possible de les surmonter. Etudions donc le dépassement de l'obstacle légal (1) puis le dépassement de l'obstacle jurisprudentiel (2).

1. Le dépassement de l'obstacle légal

581. Obstacle tiré de la fiducie du Code civil¹. – La loi du 19 février 2007, qui a consacré le contrat de fiducie dans le Code civil, sème le trouble sur la possibilité d'investir l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes de la qualité de fiduciaire. Limité à l'origine aux seules personnes morales, le périmètre de la fiducie est étendu désormais aux personnes physiques². Toute personne est ainsi autorisée à « *transférer des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires* »³. Il reste que ce « *but* » ne peut être une libéralité. L'article 2013 du Code civil dispose en effet : « *Le contrat de fiducie est nul s'il*

¹ Nous n'évoquons pas ici l'obstacle de l'article 896 du Code civil. Nous avons vu, en effet, que cet article ne remettait pas en cause la validité des libéralités faites par le vecteur d'une stipulation pour autrui. Aussi bien, que le promettant soit un gratifié ou un fiduciaire, cela ne modifie pas la conclusion selon laquelle l'article 896 du Code civil est compatible avec l'article 1121 du Code civil.

² Loi n°2008-776 du 4 mars 2008, art. 18-I abrogeant l'article 2014 du Code civil.

³ C. civ., art. 2011. Cette disposition existait déjà alors même que le constituant ne pouvait être qu'une personne morale. Il s'agissait alors de combattre les libéralités par personne morale interposée, le disposant faisant apport de biens à une personne morale, laquelle les plaçait ensuite en fiducie. L'intention libérale qu'évoque la loi n'est donc pas celle de la personne morale, qui serait constituant de la fiducie, mais celle de son fondateur.

procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ». De là il suit qu'une libéralité ne peut pas être consentie dans le cadre d'un contrat de fiducie¹.

582. Faiblesse des raisons de cette prohibition. – Face à cette prohibition, on ne peut que s'interroger sur les raisons qui la justifient, et ce d'autant plus que les sanctions sont d'une grande sévérité. Du point de vue civil d'abord, il s'agit d'une nullité d'ordre public. Cet ordre public est sans doute de direction, et non de protection ; aussi, tout intéressé, notamment le ministère public, peut agir en nullité². Du point de vue fiscal ensuite, la sanction est double : les droits de mutations à titre gratuit sont exigibles selon le tarif applicable entre personnes non parentes³, soit au taux de 60 %, assortis d'une majoration de 80 %⁴. Mais qu'on comprenne bien : cette sanction

¹ Pour une critique de cette exclusion, voir F. Tripet, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 2006, n°294, p. 6.

Deux procédés pourraient être imaginés afin d'éviter la nullité.

Le premier consiste à procéder non pas en un seul acte – le contrat de fiducie –, mais en deux actes – le disposant transmettant à un individu la propriété du bien dont il envisage de se dépouiller à charge pour ce dernier de conclure un contrat de fiducie dont le bénéficiaire serait déterminé par le disposant. L'opération se décomposerait alors en deux temps : un premier acte conclu entre le disposant et l'intermédiaire de transmission, lequel n'est pas gratifié, puis, un second acte – le contrat de fiducie – conclu entre l'intermédiaire de transmission et le fiduciaire, lequel est tenu d'accomplir une mission de gestion pour le compte du bénéficiaire. Sans doute, le contrat de fiducie ne procède pas d'une intention libérale : l'intermédiaire de transmission qui fait office de constituant n'est animé d'aucune intention libérale envers le bénéficiaire. Par là, la lettre de l'article 2013 apparaît respectée. Mais la ficelle n'est-elle pas un peu grosse ? Plus précisément, deux objections pourraient être avancées. Premièrement, on pourrait considérer que l'opération ne serait qu'une simulation frauduleuse. Au vrai, la qualification n'est pas évidente. L'intermédiaire de transmission n'est certainement pas une personne interposée car l'acquisition du bien n'est pas fictive. De sorte que l'intermédiaire de transmission n'est pas un intermédiaire fictif, mais réel. En revanche – c'est la seconde objection –, on peut critiquer l'opération sous l'angle de sa cause, plus précisément de sa licéité (C. civ., art. 1131). On sait que le contrôle de la licéité d'un acte juridique suppose qu'on dépasse son apparence objective et qu'on scrute les mobiles qui animent chacune des parties, autrement dit qu'on recherche si les parties ne se proposent pas d'enfreindre une règle d'ordre public. Or, la cause du premier acte n'est-elle précisément de transgresser la règle d'ordre public édictée par l'article 2013 ? On peut sérieusement le redouter. En effet, l'élément qui a déterminé l'engagement du disposant n'est autre que la charge qu'il impose au grevé, laquelle a pour objet de tourner une règle d'ordre public, à savoir l'interdiction de conclure un contrat de fiducie en vue de gratifier le bénéficiaire. En conséquence, l'opération ainsi décrite nous paraît affectée d'une cause illicite devant entraîner sa nullité (C. civ., art. 1131).

Le second suppose, ici encore, à procéder en deux temps : d'abord, la conclusion d'une fiducie-gestion dont le constituant serait le bénéficiaire, puis la cession à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, de la créance fiduciaire (ce procédé était proposé par M. J. Charlin en vue de l'élaboration d'un contrat de fiducie-libéralité : « La fiducie-libéralité. Essai de synthèse en vue d'un contrat », in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 sept. 1984, Feduci et LGDJ, 1985, p. 135 et s., spéc. 10 et 14). A supposer que cette cession soit possible, il faut convenir que l'opération confine à la fraude à la loi, le contrat de fiducie-gestion n'ayant été conclu que dans l'unique dessein de tourner la prohibition légale. A cet égard, la fraude sera d'autant plus aisément caractérisée que la succession des deux actes sera rapprochée dans le temps.

² Voir en ce sens H. de Richemont, *Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, n°343, 2007, 49 ; X. de Roux, *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale*, 1^{ère} lecture, n°3655, p. 36.

³ Code général des impôts, art. 792 bis, alinéa 1^{er} : « *Lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens, droits ou fruits ainsi transférés, appréciée à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes mentionné au tableau III de l'article 777* ».

⁴ Code général des impôts, art. 1729 : « *Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'Etat entraînent l'application d'une majoration de : [...] c. 80 % en cas de manœuvres frauduleuses ou de dissimulation d'une partie du prix stipulé dans un contrat ou en cas d'application de l'article 792 bis* ».

fiscale est dépendante de la sanction civile. Ainsi, si l'administration fiscale, constatant l'existence d'une libéralité, est fondée à taxer le bénéficiaire, ce n'est que dans l'hypothèse où la nullité du contrat de fiducie n'a pas été prononcée¹.

Les travaux préparatoires à la loi du 19 février 2007 nous livrent deux raisons susceptibles de justifier cette interdiction.

En premier lieu, elle tiendrait au fait que la fiducie-libéralité présenterait moins d'intérêt compte tenu des évolutions récentes du droit des libéralités : « *voire commission estime que la mise en oeuvre de cette dernière application [la fiducie-libéralité] pourrait désormais présenter moins d'intérêt en droit français compte tenu de la consécration récente du mandat à effet posthume ainsi que des libéralités graduelles et résiduelles par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités* »². La comparaison de la fiducie-libéralité avec les libéralités graduelles et résiduelles est étonnante. Le disposant de telles libéralités consent une double libéralité tandis qu'il n'en consent qu'une seule au cas de fiducie-libéralité. Le grevé d'une libéralité graduelle et résiduelle est un véritable gratifié, ainsi qu'un propriétaire ordinaire, alors que le fiduciaire n'est ni un gratifié ni un propriétaire ordinaire. Le rapprochement de la fiducie-libéralité et du mandat à effet posthume est en revanche plus exact. Tant le mandataire que le fiduciaire ont pour mission de gérer les biens que le disposant leur confie. Mais cette proximité de situation n'est pas synonyme d'identité. Les règles du mandat à effet posthume sont plus étroites que celles de la fiducie. La fiducie peut produire ses effets du vivant du disposant, là où le mandat ne prend effet qu'à son décès. La durée de la mission n'est pas la même : la fiducie ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans³ tandis que le mandat ne peut être donné que pour une durée n'excédant pas deux ans, prorogeable une ou plusieurs fois par décision du juge, ou pour une durée n'excédant pas cinq ans, prorogeable dans les mêmes conditions, en raison de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers ou de la nécessité de gérer les biens professionnels⁴. Le fiduciaire a assurément le pouvoir de disposer des biens, alors que cette prérogative est en principe refusée au mandataire. Enfin, le fiduciaire a l'exclusivité de gestion sur les biens, de sorte que celle-ci est entièrement soustraite à l'action du constituant et du bénéficiaire, ce qui ne saurait être le cas du mandataire puisque sa mission peut s'achever par « *l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat* »⁵.

¹ Si le juge prononce la nullité du contrat de fiducie utilisé à des fins de transmissions, l'administration fiscale est alors tenue de restituer les droits indûment perçus en application des dispositions de l'article 1961 du Code général des impôts. Voir en ce sens *Doctrine pratique Francis Lefebvre*, ENR (Enregistrement), division IX (Conventions et actes divers), n°16720 et s.

² H. de Richemont, *Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat*, 1^{ère} lecture, n°343, 2007, , p. 15. Voir dans le même sens, X. de Roux, *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale*, 1^{ère} lecture, n°3655, p. 11.

³ C. civ., art. 2018 2°, modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008. Auparavant, la durée maximale était fixée à trente ans. Notons toutefois que cette durée résulte d'un amendement parlementaire.

⁴ C. civ., art. 812-1-1, alinéa 2.

⁵ C. civ., art. 812-4 6°.

On voit ainsi que cette première raison n'emporte aucunement la conviction. La seconde ne paraît pas plus décisive. De l'aveu du promoteur de la loi instituant la fiducie, c'est « *afin d'éviter les difficultés fiscales et les risques de fraudes en cas de transmission* »¹ que la fiducie-libéralité est prohibée. Cette interdiction « *permet d'éviter que la fiducie soit utilisée dans le seul but de détourner les règles, récemment modifiées, relatives aux libéralités et à la dévolution successorale* »². Là est peut-être la raison principale de la prohibition de la fiducie-libéralité. En ce sens, la fiducie à des fins de libéralités est perçue comme un instrument de fraude. Toutefois, on peine à trouver les règles du droit des successions et des libéralités susceptibles d'être détournées. Sans doute est-il implicitement fait référence aux règles protectrices de la réserve héréditaire. Mais il est difficile de concevoir qu'une libéralité réalisée par le truchement d'une fiducie puisse déroger à ces règles. En témoignent, au demeurant, le projet de loi n°2583 déposé le 20 février 1992 à l'Assemblée nationale, qui n'a jamais été discuté par les parlementaires, mais qui avait prévu des dispositions sanctionnant l'atteinte aux droits des héritiers réservataires³, ou encore le célèbre arrêt *Zieseniss* aux termes duquel la Cour de cassation a tenu compte, dans la masse de la succession, de libéralités consenties au moyen d'un *trust*⁴.

En définitive, on le voit, rien ne justifie que la fiducie du Code civil ne puisse pas procéder d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Certainement, aujourd'hui comme hier, ce sont des raisons inavouées d'ordre fiscal qui ont conduit à cette prohibition. Simplement, dès lors que les transmissions à titre gratuit réalisées par le vecteur d'un *trust* sont désormais affublées d'un ensemble de règles fiscales⁵, on ne voit plus ce qui empêche le législateur de doter le droit français d'un corps de règles concernant la fiducie-libéralité.

583. Licéité d'une fiducie-libéralité innommée ? – Pour l'heure, il n'en demeure pas moins que la fiducie du Code civil ne peut avoir pour objet une libéralité au profit du bénéficiaire. Mais cela signifie-t-il que le disposant ne puisse pas procéder à une aliénation fiduciaire en dehors du contrat de fiducie ? Une réponse négative est de loin préférable. Deux arguments permettent de s'en convaincre.

¹ Ph. Marini, *Exposé des motifs à la proposition de loi n°178 du 8 févr. 2005 instituant la fiducie*.

² H. de Richemont, Rapport préc., p. 48 ; X. de Roux, Rapport préc., p. 35.

³ Le texte a été partiellement reproduit à la revue *Dr. fiscal* 1993, n°13, p. 572 et s. et reprend en substance le texte de l'avant-projet de loi du 1^{er} juill. 1991, publié en annexe de l'article de M. M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet qui la consacre », préc.

⁴ Cass. civ., 20 févr. 1996, *Bull. civ.* I, n°93; *JCP* 1996. II. 22647, note M. Behar-Touchais ; *Rev. crit. DIP* 1996. 692, note G.A.L. Droz ; *Deffrénois* 1997. 26, note Th. Vignal ; *RTD civ.* 1996. 454, obs. J. Patarin ; Y. Lequette, « De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un *trust* entre vifs », *D.* 1996. chron. 231.

⁵ Loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, art. 14 (CGI, art. 792-0 bis). Sur ces règles fiscales, voir M. Grimaldi, « Brèves observations sur l'imposition des droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via un trust* », *Deffrénois* 2011. 1474 ; J.-P. Le Gall, « Le nouveau régime fiscal des *trusts* : une copie à revoir », *Dr. fisc.* 2011. 604.

Un argument de texte, d'abord. En posant, à l'article 2012 du Code civil, que « *la fiducie est établie par la loi ou par contrat* », le législateur « *a semble-t-il voulu par cette adjonction inutile réserver la création à l'avenir de fiducies spéciales et hors du Titre XIV* »¹. En témoignent ainsi les articles 2372-1 et 2488-1 qui disposent que la propriété d'un meuble (art. 2372-1) ou immeuble (art. 2488-1) « *peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030* ». Or, comme on l'a souligné, « *dire que la propriété d'un bien "peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du code civil" ne veut pas dire qu'elle ne peut l'être qu'en vertu d'un tel contrat* »².

On peut, ensuite et surtout, remarquer que l'un des éléments essentiels du contrat de fiducie du Code civil est de créer un patrimoine d'affectation. Ainsi que le prévoit l'article 2011 du Code civil, l'acquisition à titre fiduciaire est nécessairement constitutive d'un patrimoine d'affectation. Sous cet aspect, c'est le *trust*, et non la *fiducia* romaine, qui a inspiré le législateur. Le patrimoine fiduciaire est ainsi le gage des seuls créanciers de la fiducie, c'est-à-dire des seuls créanciers dont le droit est né du fonctionnement de la fiducie, à l'exclusion des créanciers personnels du fiduciaire³. Il reste que rien n'interdit aux parties de ne pas accompagner ce transfert fiduciaire de la constitution d'un patrimoine d'affectation. Au demeurant, les contraintes comptables et financières imposées au fiduciaire du contrat de fiducie ne répondent pas nécessairement aux enjeux de l'opération envisagée par les parties. Aussi apparaît-il préférable de laisser aux parties la liberté de recourir à des aliénations fiduciaires plus légères que celles de l'article 2011 et suivants, sans patrimoine d'affectation⁴. Autrement dit, ainsi que l'a souligné M. Laurent Aynès, « *l'entrée de la fiducie dans le code civil le 19 février 2007 n'aura pour conséquence que la nécessité de distinguer désormais la fiducie innommée à effets restreints, de la fiducie du code civil, créatrice d'un patrimoine d'affectation ; une fiducie créée de fait, en somme, voisine mais distincte de la fiducie légale* »⁵.

Ainsi, bien qu'il soit regrettable que la fiducie nommée ne puisse être l'instrument d'une libéralité au profit du bénéficiaire, il ressort de l'analyse des règles de celle-ci que cet objectif peut être réalisé par le truchement d'une fiducie innommée, c'est-à-dire sans patrimoine d'affectation. Et pourtant, telle ne semble pas l'analyse de la jurisprudence, autre obstacle qu'il faut combattre pour démontrer le bien-fondé de la fiducie-libéralité à caractère individuel.

¹ Ph. Dupichot, « Opération fiducie sur sol français », *JCP* 2007, art. 121.

² M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009. 670, spéc. n°9.

³ C. civ., art. 2024. Ce qui explique du reste que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le fiduciaire est sans effet sur le patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 2024). A noter toutefois que la réciproque n'est pas vraie : les créanciers de la fiducie ont un droit de poursuite subsidiaire contre le constituant (C. civ., art. 2025, alinéa 2), sauf si la convention a écarté ce droit de poursuite et si les créanciers acceptent de renoncer à droit subsidiaire (alinéa 3).

⁴ M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », préc.

⁵ Note sous Cass. com., 19 déc. 2006, *D.* 2007, p. 961.

2. Le dépassement des obstacles jurisprudentiels

584. Obstacle tiré de la jurisprudence – Si l'analyse de la fiducie du Code civil semble laisser aux libertés individuelles la possibilité de réaliser une convention fiduciaire sans patrimoine d'affectation, la jurisprudence paraît en revanche s'y opposer.

En effet, par arrêt rendu le 19 décembre 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé qu'« *en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance* »¹. Autrement dit, une cession fiduciaire ne saurait être permise sans texte. Malgré la critique quasiment unanime de la doctrine², la solution a récemment été confirmée³.

Sans doute cette jurisprudence n'a-t-elle plus une portée considérable en matière de sûretés, compte tenu de la consécration de la fiducie-sûreté par la loi du 19 mars 2007 et de l'extension de son champ d'application au fil des réformes successives⁴. Mais il en est autrement en notre matière dès lors qu'aucun texte – excepté le cas de l'assurance sur la vie, prévu par le Code des assurances – ne permet de réaliser une fiducie-libéralité d'utilité privée.

Pour autant, l'analyse de la jurisprudence ne paraît guère convaincante. Rien ne justifie, nous semble-t-il, qu'une intervention législative soit requise pour autoriser une fiducie-libéralité sans patrimoine d'affectation⁵. Une série d'arguments le démontre.

585. Absence de *numerus clausus* de contrats translatifs de propriété. – En affirmant que la cession fiduciaire ne saurait être licite sans qu'un texte ne l'autorise, la Cour de cassation paraît contrevenir au principe de liberté contractuelle qui innerve le droit français⁶. A cet égard, on doit admettre qu'il n'y a aucun *numerus clausus* des contrats translatifs de propriété. En témoigne l'article 711 du Code civil qui prévoit que « *la propriété des biens s'acquiert et se transmet par*

¹ Cass. com., 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n°250 ; *D.* 2007. 76, obs. X. Delpech ; *ibid.* 344, note Ch. Larroumet ; *JCP* 2007. II. 10067, rapp. M. Cohen-Branche, note D. Legeais ; *ibid.* I. 161, n°16, obs. A.-S. Barthez ; *RTD civ.* 2007. 160, obs. P. Crocq ; *Deffrénois* 2007. 448, obs. E. Savaux ; *ibid.*, 2008. 414, obs. Ph. Théry ; *RDC* 2007. 273, obs. Y.-M. Laithier ; D. Damman et G. Podeur, « Cession de créances à titre garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *D.* 2007. 319 ; L. Aynès, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007. 961.

² Voir les auteurs précités, note précédente. Comp. D. Legeais, obs. préc. ; voir déjà du même auteur, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. Ph. Rémy, av.-propos J. Stoufflet, Economica, 1986, n°216 et s.

³ Cass. com., 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n°194 ; *D.* 2010. 2201, note N. Borga ; *RTD civ.* 2010. 597, obs. P. Crocq ; *Dr. et patr.* 2010, n°195, p. 96, obs. Ph. Dupichot ; *RDC* 2010. 1338, obs. A. Aynès ; *JCP* 2011. I. 226, n°19, obs. Ph. Delebecq : « *la cession des loyers faite par la société Fidenx à la société GOBTP en garantie du remboursement du prêt consenti a été signifiée au locataire conformément aux dispositions de l'article 1690 du code civil, de sorte que la société GOBTP avait la qualité de créancier nanti* ».

⁴ Ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 et loi dite « *de simplification* » n°2009-526 du 12 mai 2009. Voir en particulier C. civ., art 2372-1, al. 1^{er} : « *La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030* ».

⁵ Comp. art. 1257-1 de l'avant-projet « *Catala* » qui consacre la cession de créances de droit commun à titre de garantie.

⁶ Voir notamment en ce sens P. Crocq, obs. préc. ; Y.-M. Laithier, obs. préc. ; Ch. Larroumet, note préc. ; L. Aynès, art. préc.

succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations »¹. Le transfert de propriété peut s'opérer ce faisant par des actes juridiques autres que ceux traditionnellement considérés comme translatifs de propriété. Et tel pourrait être le cas d'une cession fiduciaire. Ainsi que l'a démontré M. Witz, « aucun principe n'interdit en droit français de transférer la propriété en vertu d'un contrat innomé [...] il n'existe pas de *numerus clausus* des contrats de translatifs de propriété ou, si l'on préfère des contrats pouvant contenir une obligation de donner »².

En réalité, il faut sans doute inverser la proposition des hauts magistrats. Simplement, la difficulté se déplace. Si une telle convention peut être licite, c'est à la condition qu'elle ne heurte pas les règles impératives du droit des biens et du droit des contrats³.

586. Licéité au regard du droit des biens. – Sans doute se dresse ici une difficulté propre au droit des biens. Nous avons pu observer, dans différents textes, l'émergence d'une propriété particulière, finalisée, asservie à la satisfaction d'un but. Si cette propriété-pouvoir diffère sensiblement de la propriété ordinaire, encore faut-il savoir si elle peut exister sans texte. Autrement dit, peut-il être reconnu aux volontés individuelles d'instrumentaliser ainsi le droit de propriété ? La réponse est assurément positive.

On peut relever, d'abord, que la Cour de cassation n'a pas été toujours aussi hostile qu'elle le montre à l'égard de la cession de créance à des fins de garantie⁴.

On ne saurait nier, en outre, qu'il existe en pratique des cessions fiduciaires, dont nul ne conteste la licéité. Que l'on songe, par exemple, à la convention de portage par laquelle une personne, le porteur, s'engage envers une autre, le donneur d'ordre, à acquérir ou à souscrire des titres sociaux, puis à les céder, au bout d'un certain temps et à un prix convenu, soit au donneur d'ordre, soit à un tiers⁵. La jurisprudence juge licite une telle convention¹. Et bien qu'elle ne la

¹ Nous soulignons.

² C. Witz, « La fiducie-sûreté en droit français », in *L'évolution du droit des sûretés*, *RJ com.* 1982, n°Spécial, p. 67 et s., spéc. p. 84 ; du même auteur, « La fiducie en droit privé français », préc., n°244 et s., p. 238 et s. Sur cette démonstration, voir également P. Crocq, *Propriété et garantie*, préc., n°151 et s., p. 129 et s.

³ Nous n'évoquerons pas ici les règles du droit des sûretés qui ne concernent que la cession fiduciaire à des fins de garanties. Sur ces difficultés, voir notamment Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n°937 et s., p. 703 et s. Adde L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, préc., n°767, p. 361.

⁴ Cass. com., 3 juin 1997, *RTD com.* 1997. 663, obs. M. Cabrillac ; *ibid.* 686, obs. A. Martin-Serf ; *D.* 1998. 61, note J. François, qui admet la licéité de remise de sommes d'argent en garantie, qualifiée de transfert de propriété : « les sommes d'argent dont la propriété lui [au créancier] avait été transférée à titre de garantie » ; Cass. civ.1^{ère}, 20 mars 2001, *D.* 2001. 3110, note L. Aynès ; *JCP* 2002. II. 10124, note O. Goaziou, qui admet qu'une garantie puisse prendre la forme d'une cession de créances futures ; Cass. com., 4 oct. 2005, *Bull. civ.* IV, n°198, *D.* 2005. 2591, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2006. 2862, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006. 481, obs. A. Martin-Serf ; *RTD civ.* 2006. 319, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP* 2006. I. 130, n°11, obs. M. Cabrillac, qui valide l'opération en la qualifiant de délégation de loyers alors qu'en réalité il s'agissait d'une cession de loyers futurs à titre de garantie. Sur l'analyse de ces solutions, voir Ph. Dupichot, préc., spéc.

⁵ D. Schmidt, « Les opérations de portage de titres de sociétés », in *Les opérations fiduciaires*, préc., spéc. p. 29 et s. ; P. Soumari, *Le portage d'actions*, préf. B. Oppetit, LGDJ, 1996, n°430 et s., p. 251 et s. ; F.-X. Lucas, *Les transferts*

qualifie pas expressément de fiducie, il faut convenir que la nature fiduciaire du portage n'est guère discutable : si le porteur est l'unique titulaire de tous les droits attachés aux titres sociaux et le seul à les exercer, il n'en demeure pas moins qu'il les exerce pour le compte du donneur d'ordre². Remarquons, au demeurant, que notre matière n'est pas dépourvue de cessions fiduciaires sans texte. Qu'il nous suffise d'envisager le procédé du legs avec charge de fonder. Le légataire institué est certes investi de la propriété des biens, mais il doit poursuivre la reconnaissance d'utilité publique de l'œuvre et, surtout, lui transmettre, une fois reconnue, les biens légués³. Le légataire est donc titulaire du droit de propriété en attendant l'affectation des biens à la fondation, mais il ne reçoit rien, il n'a jamais vocation à jouir de la plénitude des utilités des biens légués : soit la fondation est reconnue, alors il doit lui transmettre les biens ; soit elle ne peut l'être, alors son legs est révoqué pour inexécution de la charge. Ici encore, la nature fiduciaire du legs est évidente, et la jurisprudence, sans le qualifier ainsi, a toujours reconnu sa licéité⁴.

En réalité, on le voit avec ces exemples, toute la construction repose sur cette idée qu'il est nécessaire de trouver un propriétaire intermédiaire. A ce titre, le droit de propriété apparaît comme une technique juridique susceptible d'une multitude d'utilisations au gré des volontés individuelles, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de M. Perrot, « une technique initiale [...] dont la finalité est très peu accusée, car le législateur, loin de la décrire à propos d'une institution déterminée, la présente à l'interprète un peu comme un instrument technique "passe-partout", dont l'utilisation est apparemment polyvalente »⁵. Qu'il n'y ait pas d'équivoque, cependant. Ce n'est pas dire que la propriété est devenue une notion évanescence, insusceptible de se distinguer avec les autres droits réels. A la

temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie des valeurs mobilières, préf. L. Lorvellec, LGDJ, 1997, n°103 et s., p. 55 et s., n°491 et s. p. 250 et s. ; B. Treille, « Les conventions de portage », *Rev. soc.* 1997. 721.

¹ Voir Paris, 9 juin 1983, *D.* 1984. IR. 81, obs. M. Vasseur ; TGI Lille, 28 oct. 1986, *Rev. dr. banc.* 1987. II. 55, obs. M. Jeantin et A. Viandier ; *Rev. soc.* 1987. 600, note C. Witz ; *D.* 1987. 506, obs. M. Vasseur.

² Voir notamment F. -X. Lucas, préc., spéc. ; D. Schmidt, art. préc. ; M. Vasseur, notes préc. ; C. Witz, note préc.

³ C. Witz, « Synthèse », in *Rev. dr. banc. et de la bourse*, n°spécial fiducie, mai-juin 1990, p. 120 : « C'est sans doute dans le domaine des libéralités que les juges ont le plus aisément admis l'idée qu'une personne pût être investie de la pleine propriété des biens à gérer et à transmettre ultérieurement au destinataire gratifié : un legs demeure un legs même si la charge absorbe l'intégralité de l'émolument. Et c'est ce mécanisme fiduciaire, moulé dans le cadre de la libéralité avec charges, qui a maintes fois été utilisé pour permettre la création d'une fondation après le décès du fondateur ».

⁴ Voir par exemple Cass. req., 7 nov. 1859, *Etablissement des Saints-Pères*, *D.* 1859. 1. 444 ; Cass. req., 21 juin 1870, *Société de placement des enfants pauvres d'Alençon*, *D.* 1871. 1. 97 ; Cass. req., 8 avr. 1874, *Asile du Bon-Secours*, *D.* 1876. 1. 225 ; Cass. civ., 5 juill. 1886, *Ecole confessionnelle d'Azay-le-Rideau*, *D.* 1886. 1. 465 et, après renvoi, Cass. req., 6 nov. 1888, *D.* 1889. 1. 314 ; Trib. civ. Seine, 5 août 1887, confirmé par Paris, 1^{er} mars 1900, *Académie Goncourt*, *Gaz. Trib.* 16 mars 1900 ; *Gaz. Pal.* 1900. 1. 608 ; *J.* 1905. 2. 78 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, 1^{er} arrêt Marcel Dupré, *Bull. civ.* I, n°258 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, 2^{ème} arrêt, *Marcel Dupré*, *Bull. civ.* I, n°159 ; *D.* 1992. 149, note E. Agostini. Sur cette analyse, voir notamment R. Cassin, *Des libéralités avec charges et des fondations en droit français*, préc., p. 123 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°70 et s. ; H. Souleau, *L'acte de fondation en droit privé*, préc., n°170 et s. ; C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°98 et s. ; P.-Y. Gautier, « La "solution Goncourt" : les fondations directes en droit d'auteur », *D.* 1991. chron. 145.

⁵ R. Perrot, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préc., n°12, p. 25.

différence des autres droits réels, la propriété est exclusive. Le bien se trouve sous le pouvoir d'une seule personne, le propriétaire, et échappe au pouvoir de toute autre personne. En ce sens, à la suite de ce que nous avons constaté relativement aux cas légaux de propriété-pouvoir, il faut admettre que l'exclusivité suffit à caractériser la propriété.

Et conséquemment, dès lors que l'expression des volontés individuelles aboutit à conférer une telle prérogative à l'une des parties, il y a lieu de reconnaître à celle-ci la qualité de propriétaire. Simplement, la teneur du droit de propriété n'est pas toujours la même. Si chaque propriétaire bénéficie de cette exclusivité sur le bien, tous n'ont pas la même vocation : certains ont vocation à la *plena in re potestas* tandis que d'autres ne l'ont pas. Aussi, plutôt que de faire abstraction de cette réalité, il nous apparaît opportun d'en rendre compte en distinguant deux types de propriété : la propriété ordinaire – la propriété-droit subjectif –, qui est un élément de richesse pour son titulaire, et la propriété fiduciaire – la propriété-pouvoir –, laquelle est dépouillée des utilités de la propriété ordinaire.

Par où l'on voit que la cession fiduciaire ne heurte pas les principes du droit des biens, et plus particulièrement la notion de propriété.

587. Licéité au regard du droit des contrats. – Si la notion de propriété n'est pas incompatible avec la fiducie, le problème de sa licéité pourrait venir du droit des contrats, et plus précisément de la notion de cause. A cet égard, l'on pourrait douter de l'existence d'une cause véritable et sérieuse dans le transfert de propriété au fiduciaire. Il est certain que celui-ci n'est pas fait à titre gratuit puisque le fiduciaire est dépourvu de toute intention libérale à l'endroit du fiduciaire. Peut-il être à titre onéreux ? Certains en doutent au motif qu'aucune contrepartie matérielle n'est constatée¹. Il est vrai qu'aucun prix n'est versé par le fiduciaire, de sorte qu'on ne peut y voir une vente. Pas davantage on ne saurait soutenir qu'il y a un échange dès lors que le fiduciaire ne transfère aucun bien au fiduciaire.

Mais, on l'a dit, l'économie l'opération fiduciaire relève moins des conventions translatives que des conventions de services. Ainsi, en matière de fiducie-sûreté, « *la transmission de la propriété du bien trouve sa contrepartie dans l'octroi par le créancier fiduciaire du crédit subordonné à la constitution d'une garantie fiduciaire* »². Et, en matière de fiducie-gestion et de fiducie-libéralité, la contrepartie du transfert de propriété réside dans la mission que doit accomplir le fiduciaire : service de gestion des biens, service de relais rendu au fiduciaire et au bénéficiaire qui n'est pas encore en mesure

¹ R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », préc., p. 303 et s., spéc. n°6 et s., p. 310 et s. ; du même auteur, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1^{ère} partie) », *Deffrénois* 2007, p. 1094 et s., spéc. n°20 et s., p. 1110 et s.

² Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préc., n°937, p. 704. Voir également Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n°1409, p. 757.

d'acquérir le bien, etc. Or, que l'on sache, il n'y a rien de contraire à l'ordre public à admettre qu'un transfert de propriété puisse avoir pour contrepartie, non pas une somme d'argent ou un autre bien, mais l'exécution d'une prestation de services par l'acquéreur. En ce sens, la fiducie-gestion ou la fiducie-libéralité sont des conventions pour lesquelles la réalisation de la prestation du fiduciaire suppose le transfert de propriété d'un bien à son endroit. Objectera-t-on que « l'exécution de la mission ne peut servir de justification à la propriété, car le fiduciaire ne s'appauvrit pas dans une mesure proportionnée à la propriété qui lui échoit »¹. L'objection, toutefois, pourrait bien être prise à revers. D'une part, le transfert de propriété est consubstantiel à l'opération de fiducie. Car ce qui est recherché par le fiduciaire, c'est de conférer au fiduciaire l'exclusivité aux fins d'exécution de sa mission, autrement dit « c'est de permettre au fiduciaire de gérer comme un propriétaire ordinaire et d'exclure de la gestion tout autre que lui »². D'autre part, la fiducie se présente sous la forme d'une propriété temporaire qui n'est pas source de richesse pour le fiduciaire. De sorte qu'on peut observer un rapport de proportionnalité entre le transfert de propriété et la mission du fiduciaire.

588. Utilités de la fiducie-libéralité innommée sans patrimoine d'affectation. – Au-delà du caractère licite de la fiducie-libéralité sans patrimoine d'affectation, il faut lui reconnaître de sérieux atouts pratiques. En effet, seule la technique de la propriété-pouvoir, c'est-à-dire la propriété fiduciaire, est de nature à donner pleine efficacité à la volonté libérale du disposant.

C'est ainsi que la fiducie-libéralité prévient toute discontinuité dans la titularité de la propriété, ce qui permet ce faisant d'assurer la transmission du profit de la libéralité à des personnes futures ou indéterminées.

En outre, il faut convenir que l'institution voisine du mandat ne peut répondre aux besoins économiques qu'impose la gestion de biens dans l'intérêt d'autrui, à savoir mettre le gestionnaire à l'abri d'une révocation *ad nutum*, lui donner à l'égard des tiers une complète autonomie, et faire échapper les biens qu'il gère aux poursuites de ses créanciers personnels, comme de ceux du constituant³. Certes, le mandat peut être stipulé irrévocable et même *post mortem*⁴. Mais un mandat,

¹ R. Libchaber, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », préc., spéc. p. 313.

² M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., spéc. n°17 ; du même auteur, « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale de l'Association Henri Capitant*, t. XV, Dalloz, 2011, p. 5 et s., spéc. p. 8.

³ Voir en ce sens L. Aynès, « L'introduction de la fiducie en droit français », RLDC mai 2009. 63 et s. ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°271, p. 430, qui, à propos de la comparaison de la fiducie et les mécanismes généraux de la représentation, en concluent que « la différence est importante ; elle permet de mettre en place une gestion beaucoup plus dynamique que celle fondée sur le mandat. Ne pas le comprendre serait pour le droit français perdre une chance d'enrichir ses techniques ».

⁴ Cass. req., 11 juin 1913, DP 1914. 1. 242 ; Poitiers, 29 févr. 1944. DA 1994. 72. Sur le mandat *post mortem*, voir *infra* n°650 et s.

même irrévocable, ne prive pas « du droit de disposer personnellement en qualité de propriétaire »¹. Dira-t-on que le mandant qui donne procuration irrévocable à son mandataire est censé renoncer à ses propres pouvoirs concernant les actes envisagés par le mandat ? En ce sens, comment concevoir que la stipulation d'irrévocabilité n'emporte pas renonciation alors que l'usage des pouvoirs emporte révocation du mandat ? Cette remarque, qui a pour elle les apparences de la logique, ne peut pas convaincre. Le mandat est un contrat conclu dans l'intérêt du mandant. Il ne peut entraîner un dépérissement des pouvoirs que le mandant a sur ses propres biens. Ainsi, à la différence de l'institution fiduciaire dans laquelle le fiduciaire a l'exclusivité de la gestion de la chose, le régime du mandat laisse toujours au mandant la possibilité d'agir et de concurrencer le mandataire. En témoigne d'ailleurs l'institution du mandat à effet posthume, qui, si elle est d'inspiration fiduciaire, laisse néanmoins aux héritiers le droit d'aliéner les biens, qui forment l'objet du mandat².

589. Propositions. – En définitive, *de lege lata*, l'admission d'une fiducie-libéralité innommée, sans patrimoine d'affectation, ne se heurte à aucun obstacle dirimant.

En effet, on ne voit pas quelles objections l'on pourrait avancer à l'encontre de la licéité d'une disposition ainsi conçue : *Primus transmet à Secundus tels et tels biens, en propriété, avec faculté d'en disposer à titre onéreux, mais à charge d'effectuer le emploi du prix des biens aliénés, et de verser ou de capitaliser les revenus desdits biens au profit de Tertius, auquel les biens ainsi gérés devront être transmis, à échéance* (par exemple, sa majorité). En ce sens, la disposition emporte à la charge du fiduciaire une obligation qui est à la fois, et de façon liée, une obligation de faire – gérer les biens – et de donner – restituer les biens au dénouement de l'opération. Où l'on voit que ce qui paraît, de prime abord, purement romain, est, en réalité, assez moderne. Car c'est ici la *fiducia* romaine qui est consacrée³, c'est-à-dire une fiducie qui ne crée aucun patrimoine d'affectation et qui ne protège le disposant et le gratifié ni contre les actes d'aliénation du fiduciaire (faute d'un droit de suite) ni contre son insolvabilité (faute d'un droit de préférence). Au fond, cette fiducie ne crée pour le fiduciaire que des obligations purement personnelles, qui n'ont comme garantie pratique que « l'honnêteté et la solvabilité du fiduciaire »⁴.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1970, *D.* 1971. 261, note J.-L. Aubert.

² C. civ., art. 812-4 4[°].

³ La *fiducia* consistait en un « transfert de propriété (*datio*), accompagné d'une convention par laquelle celui qui a reçu la chose s'oblige à la rendre à celui qui la lui avait transférée ou, parfois, à une personne » (R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., n[°]96. Voir également la définition que propose M. Witz, in *La fiducie en droit privé français*, préc., n[°]16 : « l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit, au bout d'une certaine période, soit au fiduciaire, soit à un tiers bénéficiaire »).

⁴ R. Demogue, « La fiducie en droit moderne », préc., spéc. p. 5.

Ne pas admettre la licéité de cette opération pour le seul motif qu'il n'y a pas de texte qui la prévoit serait une erreur. Cette conception serait d'autant plus erronée que la fiducie-libéralité innommée existe déjà. Elle se tapit en effet dans la catégorie des libéralités avec charges, dont nul ne conteste la licéité. Simplement, le régime juridique des libéralités avec charges lui sied mal, dans la mesure où le fiduciaire n'est ni un gratifié ni un propriétaire ordinaire, en ce sens qu'il n'a pas vocation à la *plena in re potestas*. Alors pourquoi ne pas convenir que la fiducie-libéralité puisse procéder d'un acte juridique quelconque, et non pas seulement d'une donation ou d'un testament ?

Il reste que les solutions du droit positif, telles qu'elles résultent des règles du Code civil relatives au contrat de fiducie et de l'analyse de la jurisprudence, sont sans doute de nature à refréner les intentions des parties, et surtout des praticiens. Sous cet aspect, c'est certainement *de lege ferenda*, par une nouvelle disposition du Code civil consacrant la fiducie-libéralité, que l'on pourrait éviter un tel écueil. A cet égard, aucun obstacle civil ou fiscal ne saurait se dresser devant cette reconnaissance légale.

Du point de vue fiscal, les craintes de fraude que l'on redoutait naguère semblent aujourd'hui dissipées. En témoigne l'adoption récente d'un corps de règles propres aux transmissions à titre gratuit réalisées par l'intermédiaire d'un *trust*. Si le droit fiscal français a su saisir, bon gré, mal gré, les arcanes d'une institution aussi singulière que le *trust*, il devrait, à n'en pas douter, pouvoir en faire autant pour l'institution voisine qu'est la fiducie-libéralité.

Du point de vue civil, la consécration légale de la fiducie-libéralité aurait le mérite de clarifier nombre de situations dans lesquelles l'intermédiaire de transmission est affublé du titre de gratifié, alors qu'il n'est, en réalité, qu'un fiduciaire. La catégorie des libéralités avec charges retrouverait ainsi tout son sens, ce qui éviterait de surcroît des interprétations passablement divinatoires de la part du juge.

La licéité de la fiducie-libéralité reconnue, il nous reste à apprécier les principales règles qui la régissent, notamment celles qui la singularisent par rapport à la libéralité avec charges.

B. Les éléments d'un régime juridique de la fiducie-libéralité

590. Stipulation pour autrui. – L'acte constitutif de la fiducie-libéralité est conclu entre le disposant et le fiduciaire. Le gratifié est ainsi un tiers à cet acte, alors même qu'il en est le bénéficiaire. La fiducie-libéralité renferme donc, au profit du gratifié, une stipulation qui relève naturellement des règles de la stipulation pour autrui.

Aussi est ce à l'aune de ce mécanisme que le régime juridique de la fiducie-libéralité doit être examiné tant du point de vue de ses conditions de formation (1) que de ses effets (2) et de ses causes d'inefficacité (3).

1. Les conditions de formation

591. Il convient d'étudier les conditions quant aux personnes (a), quant aux biens (b) et quant à la forme de l'acte constitutif de la fiducie-libéralité (c).

a) Les conditions relatives aux personnes

592. Choix du fiduciaire. – Le fiduciaire peut être une personne physique ou une personne morale. A l'instar de la *fiducia cum amico*, le fiduciaire, qui rend au disposant un service d'ami, peut être choisi au sein d'un cercle de proches¹. Mais, à notre époque moderne, le fiduciaire est le plus souvent un professionnel, qui présente des garanties suffisantes de compétence et de moralité. A ce égard, le choix du disposant ne saurait se borner aux professionnels désignés par l'article 2015 du Code civil. Sans doute le fiduciaire peut-il être un établissement de crédit, une entreprise d'assurance, un avocat ; mais il peut être ici un notaire, ou encore tout autre professionnel.

Au demeurant, le nombre de fiduciaires n'est pas limité. Il peut d'ailleurs être de bonne méthode d'en désigner plusieurs. Comme on l'a souligné, « *il est conseillé d'en choisir au moins deux, qui conjuguent leurs talents – un professionnel de la gestion (pour l'aspect technique), un proche du bénéficiaire (pour l'aspect humain) – en même temps qu'ils se surveillent l'un l'autre* »².

593. Choix du gratifié. Difficultés d'analyse en cas de personne future. – Il est loisible au disposant de désigner le gratifié de son choix. Encore faut-il qu'aucune cause d'incapacité n'atteigne le disposant ou le gratifié³.

Dès lors que la libéralité procède d'une stipulation pour autrui, il est permis au disposant de désigner une personne future en qualité de gratifié. Les exigences de l'article 906 du Code civil sont en effet requises, non pas au jour où le disposant transfère les biens au fiduciaire, mais seulement au jour où le fiduciaire transférera les biens au gratifié. Il importe peu, dès lors, que le

¹ R. Jacquelin, *De la fiducia*, thèse Paris, 1891, p. 353 et s. ; C. Witz, *La fiducia en droit privé français*, préc., n°23 et s., p. 23 et s. ; J. de Guillenschmidt, « La fiducia pour quoi faire ? », *Rev. dr. banc. et bourse*, n°spécial « fiducia », mai-juin 1990, p. 105 et s.

² M. Grimaldi, « La fiducia : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet qui la consacre », *Defrénois* 1991, art. 35094, p. 961 et s., spéc. n°39, p. 970.

³ Sur ce point, il y a lieu de raisonner à l'identique de l'assurance sur la vie.

gratifié ne soit pas encore conçu au décès du disposant, l'opération demeurant valable en ce sens qu'elle ne crée aucune vacance dans la propriété.

Il reste que la fiducie-libéralité peut alors devenir pour le disposant un instrument d'une emprise excessive sur l'avenir. En effet, en l'absence d'une durée maximum de la fiducie, la libéralité peut être prise au bénéfice d'individus qui vivront dans un temps très lointain de celui du disposant. Il suffit pour cela que le disposant prévoie une succession de plusieurs fiduciaires personnes physiques ou, mieux encore, une succession de plusieurs personnes morales. Techniquement concevable, le procédé n'en demeure pas moins critiquable au regard de la *ratio legis* de l'article 906 du Code civil. Si cet article est édicté afin d'éviter toute rupture dans la chaîne de la titularité des droits, c'est aussi afin d'empêcher que la volonté du disposant soit « *d'une emprise éternelle des morts sur les vivants* »¹. C'est au fond cette idée que l'on ne peut se survivre à soi-même en programmant la dévolution de ses biens au-delà d'une certaine période. C'est du reste pour cette raison que le législateur de 2006 a refusé qu'une libéralité graduelle ou résiduelle puisse produire ses effets au-delà d'un degré². C'est pour une raison identique que l'avant-projet de loi de 1991 enfermait la fiducie-libéralité dans une durée maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans³, et que l'actuelle fiducie du Code civil borne celle-ci à la même durée⁴.

Autrement dit, cette manifestation de la toute-puissance du disposant ne saurait s'imposer pour l'éternité. Et cette illusion d'immortalité, dont nous avons déjà fait état à propos des libéralités graduelles et résiduelles, doit être limitée et parfois neutralisée. Aussi bien la fiducie-libéralité à caractère individuel ne devrait-elle pas dépasser la durée d'existence accordée à la plupart des personnes morales, à savoir moins d'un siècle⁵.

594. Choix du gratifié. Difficultés d'analyse en cas de charge d'élection. – En outre, le disposant peut charger le fiduciaire d'élire le ou les gratifiés. Une telle mission est fréquente dans l'institution voisine du *trust*. Cette charge paraît toutefois heurter le principe selon lequel la désignation du gratifié ne peut être que l'œuvre personnelle de l'auteur de la libéralité⁶.

¹ M. Grimaldi, *Libéralités-Partages d'ascendants*, préc., n°1115, p. 98. voir également du même auteur, « Les dernières volontés », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 177 et s. Comp.art. 28 de la Déclaration des droits adossée à la Constitution du 24 juin 1793 : « *Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* ».

² C. civ., art. 1053.

³ Art. 2063, reproduit en annexe de l'article de M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », préc.

⁴ C. civ., art. 2018 2°.

⁵ C. civ., art. 1838.

⁶ Comme l'écrit M. Patarin, « *manifestation ultime et souveraine de la volonté et de la personnalité du de cujus, le testament est et doit être son œuvre personnelle et de nul autre* » (obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1984, RTD civ. 1985. 431). *Mutatis mutandis*, l'assertion vaut pour la donation.

Pour autant, la jurisprudence admet de longue date qu'un legs soit assorti de la charge pour le légataire d'en transmettre le bénéfice à une personne de son choix¹. En effet, à la différence du legs avec faculté d'élire, qui est prohibé, le legs à charge d'élire est valable². A cet égard, on peut observer que le legs à charge d'élire n'est autre qu'une fiducie testamentaire. Le légataire grevé n'est en effet ni un gratifié ni un propriétaire ordinaire : il est chargé de transmettre les biens selon les instructions du disposant et n'a aucune vocation à en faire son profit personnel.

Toutefois, cette charge d'élection ne saurait être discrétionnaire. Abandonner le choix du gratifié au libre arbitre d'un tiers, en l'occurrence au fiduciaire, serait, comme l'a affirmé la Cour de cassation, faire de ce dernier le « véritable disposant »³. Ainsi, si la charge d'élection peut être admise, c'est à la condition que le disposant ait pu se faire une opinion précise des gratifiés à élire au moment où il disposait. Autrement dit, la charge doit être stipulée au bénéfice d'une personne relevant d'une catégorie déterminée, « de sorte que le bénéficiaire final se trouve dans une certaine mesure défini par la volonté du testateur »⁴. Telle était au demeurant la position défendue par les auteurs de l'Offre de loi, lesquels, afin de mettre fin à la distinction artificielle entre le legs à charge d'élire et le legs avec faculté d'élire, proposaient de valider de manière limitée le legs avec faculté d'élire : « le testateur peut confier à l'un de ses héritiers ou légataires, ou à l'exécuteur testamentaire le soin de déterminer les bénéficiaires des legs dès lors que ceux-ci doivent être choisis, soit au sein d'une catégorie de personnes physiques ou morales qu'il a définie, soit par un mode de désignation qu'il a lui-même arrêté »⁵.

Aussi bien, c'est seulement lorsque le choix du fiduciaire ne peut être opéré qu'à l'intérieur d'une catégorie de personnes que le disposant a fixée, que la charge d'élection nous paraît licite⁶.

b) Les conditions relatives aux biens

595. Liberté de choix. – Le disposant jouit d'une complète liberté pour choisir les biens qu'il veut transférer au fiduciaire. Ainsi la fiducie peut-elle porter sur tout ou partie des biens du

¹ Cass. req., 8 avr. 1874, *DP* 1876. 1. 125 ; Cass. req., 27 juin 1899, *DP* 1899. 1. 592 ; *Grands arrêts*, n°126-127 ; Cass. req., 7 janv. 1902, *DP* 1903. 1. 302 ; Cass. req., 14 janv. 1941, *JCP* 1941. II. 1699, 1^{ère} esp., note P. Voirin ; Cass. civ., 4 nov. 1952 ; *JCP* 1953. II. 7554, note A. Ponsard.

² La raison principale de cette différence tient au fait qu'entre le décès et le choix du gratifié, la propriété est fixée sur la tête du légataire chargé d'élire, ce qui ne peut être le cas du simple mandataire qu'est celui ayant la faculté d'élire. Sur les difficultés à distinguer le legs avec faculté d'élire et le legs à charge d'élire, voir *infra* n°646 et s.

³ Cass. civ., 12 août 1863, *DP* 1899. 1. 592 ; *S.* 1901. 1. 271 ; *G.A.J.C.*, n°126-127. Dans le même sens, Cass. req., 19 juill. 1938, *DH* 1939. Somm. 14 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1952, *JCP* 1953. II. 7696 bis, note P. Voirin ; Paris, 28 mars 1938, *DH* 1938. 376.

⁴ M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1471, p. 357.

⁵ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., art. 1045, p. 90.

⁶ Comp. art. 2063, alinéa 3, du Code civil, tel qu'il résultait de l'avant-projet de loi de 1991 : « Il [le disposant] désigne les bénéficiaires ou les règles de leur désignation ainsi que les conditions dans lesquelles, à la fin du contrat, les biens doivent être représentés au constituant ou transmis au bénéficiaire »

disposant, meubles ou immeubles, ce qui autorise les transferts universels ou à titre universel comme les transferts à titre particulier¹.

Toutefois, le transfert fiduciaire ne doit pas porter atteinte à la réserve héréditaire. En effet, bien qu'il soit consenti à titre onéreux envers le fiduciaire, il faut bien observer qu'il est réalisé dans l'unique but de consentir une ou plusieurs libéralités au profit du ou des bénéficiaires. Aussi, comme toute libéralité que consent le *de cuius*, la fiducie-libéralité ne doit pas excéder la quotité disponible. A cet égard, il faut souligner que la fiducie peut préjudicier à l'héritier réservataire de façon différente selon la personne de son bénéficiaire. Si c'est un non-réservataire, elle le prive de sa réserve, en l'attribuant en tout ou partie à autrui, de sorte la réduction peut être demandée soit contre le fiduciaire, s'il n'a pas encore transmis les biens, soit, s'il les a transmis, au bénéficiaire. Si c'est un réservataire, la fiducie grève sa réserve d'une charge, de sorte qu'en application de l'article 912 du Code civil qui veut que la réserve revienne à son bénéficiaire libre de toute charge, il peut en obtenir le cantonnement sur des biens représentant le disponible².

c) Les conditions relatives à la forme

596. Fiducie à cause de mort. – L'acte constitutif de la fiducie-libéralité est-il soumis au formalisme des libéralités ? Ou peut-il revêtir n'importe quelle forme, écrite ou verbale, qui sied au disposant ?

Nul doute que le transfert à cause de mort des biens au fiduciaire implique la rédaction d'un testament. Peu importe que la charge imposée au fiduciaire introduise un élément onéreux ; seul le testament peut être le vecteur d'une transmission à cause de mort. En témoignent les décisions relatives aux fondations de messe, lesquelles peuvent être des actes à titre onéreux à cause de mort dès lors que le montant de la fondation est équivalent au prix des messes prévues, ou encore, de façon plus générale, les décisions concernant les legs *sub modo*, lorsque la charge est considérée pour le testateur comme la contrepartie de son legs : « *Peu importe encore que par son importance, elle [la charge] donne à l'acte considéré dans son ensemble le caractère commutatif : elle n'en sera pas moins soumise à la nécessité d'un acte solennel, tout comme si elle constituait une pure libéralité* »³. Où l'on voit

¹ Comp. art. 2062, alinéa 1^{er}, du Code civil, tel qu'il résulte de l'avant-projet de loi de 1991 : « *La fiducie est un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé, au profit de bénéficiaires* » (nous soulignons).

² Sur la mise œuvre de la réduction de la fiducie-libéralité, voir *infra* n°607 et s.

³ M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°152, p. 270-271. Voir également J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., n°238, p. 248 : « *C'est là un problème de terminologie plus que de fond : il s'agit de savoir si le qualificatif de legs doit être attaché à toute disposition testamentaire patrimoniale ou à la seule disposition testamentaire gratuite. Certains arrêts ont [...] associé étroitement l'idée de legs et de gratuité. On peut, pour éviter toute confusion, conserver le même point de vue, en admettant alors que le testament peut contenir et des legs et des dispositions onéreuses* » ; C.

l'ambivalence de la nature du testament, lequel peut renfermer des dispositions gratuites ou onéreuses. Sous cet aspect, la consécration légale de la fiducie-libéralité aurait le mérite de clarifier la situation¹.

597. Fiducie entre vifs. – En revanche, qu'en est-il lorsque l'acte constitutif de la fiducie est réalisé entre vifs ? La fiducie-libéralité se glissant, pour l'heure, dans le manteau de la libéralité avec charges, l'acte constitutif prend la forme d'une donation authentique, voire d'un don manuel, auquel est adjoind un pacte contenant la charge².

Pour autant, cet acte ne pourrait-il pas s'écarter du formalisme des donations ? On a pu le soutenir au motif que le contrat conclu entre le disposant et le fiduciaire est purement onéreux³. Et il est vrai que la donation est faite par le truchement d'une stipulation pour autrui, laquelle est un acte neutre. Aussi, à l'instar du fidéicommiss réalisant deux libéralités, la donation consentie au tiers bénéficiaire n'est pas ostensible, mais seulement indirecte, et donc soustraite au formalisme légal des donations.

Encore faut-il, néanmoins, que l'acte constitutif de la fiducie-libéralité n'avoue pas sa cause. Car si le disposant exprime clairement son intention libérale à l'endroit du bénéficiaire, la donation est ostensible, de sorte que le formalisme des donations doit être suivi. En l'occurrence, il est certainement de bonne méthode que le disposant procède ainsi. Mieux vaut en effet un acte où les rôles de fiduciaire et de gratifié sont clairement distingués, qu'une donation avec charges où la qualité de gratifié n'appartient pas seulement au bénéficiaire de la charge, mais aussi, pour la forme, au fiduciaire. Telle était au demeurant l'analyse retenue par l'avant-projet de loi de 1991 consacrant la fiducie⁴.

Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°97, p. 87 : « Par l'effet de la jurisprudence, la notion de legs est devenue essentiellement formelle ».

¹ A noter que l'avant-projet de loi de 1991 relatif à l'introduction de la fiducie en droit français ne visait que les fiducies contractuelles. Cette restriction peut se justifier par l'idée que l'efficacité de la fiducie suppose que le fiduciaire ait accepté sa mission du vivant du disposant. Sous cet angle, il est vrai que la voie testamentaire entraîne une incertitude puisque le consentement du fiduciaire n'est émis qu'après le décès du disposant. Toutefois, rien ne devrait limiter la liberté du disposant. Aussi bien conviendrait-il de prévoir aussi la fiducie testamentaire, si un nouveau projet de fiducie-libéralité devait être élaboré.

² N. Peterka, *Les dons manuels*, préc., n°220 et s., p. 179 et s.

³ A Ponsard, *Les donations indirectes en droit civil français*, préc., p. 167 ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°153, p. 272 ; C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°268, p. 261 et s.

⁴ L'article 2062 du Code civil, tel qu'il résultait de l'avant-projet, exigeait, en effet, que le constituant exprime le but pour lequel il transférait la propriété des biens au fiduciaire.

2. Les effets juridiques¹

598. Première vue. – L'acte constitutif de la fiducie opère un transfert de propriété au profit du fiduciaire. Simplement, celui-ci est propriétaire, non pas comme un propriétaire ordinaire, qui est tel pour lui-même et pour son avantage, mais un propriétaire dans l'intérêt d'autrui. Autrement dit, si le fiduciaire reçoit la propriété, c'est à charge d'accomplir une mission. En cas de fiducie-libéralité, la mission du fiduciaire est double : gérer le bien et transférer au bout d'une certaine période au gratifié le bien subsistant ou le ou les biens qui lui ont été subrogés.

Où l'on voit l'originalité de la fiducie : le fiduciaire est propriétaire du bien qui lui a été confié, mais sa mission l'empêche de tirer profit des prérogatives attachées au bien. Etudions cette singularité à l'aune des principales obligations mises à la charge du fiduciaire : gérer le bien pendant le cours de la fiducie (a), puis le transmettre à son dénouement (b).

a) Pendant la fiducie

599. Exclusivité de gestion. – Précisément, le fiduciaire gère, sans l'intervention du disposant et du bénéficiaire, le bien qui lui a été transmis. L'assertion appelle trois remarques.

D'une part, en transférant la propriété du bien au fiduciaire, le disposant perd toute prérogative sur celui-ci et n'en transmet aucune au gratifié. C'est là un effet essentiel de la fiducie : conférer au fiduciaire une exclusivité de gestion, en l'occurrence. Il est donc seul à gérer le bien et peut donc exclure de la gestion tout autre que lui.

D'autre part, la mission de gestion fait que le fiduciaire est bien plus qu'un simple administrateur². Non seulement il passe les actes courants tels que ceux consistant à conclure des

¹ Quant aux effets fiscaux, deux voies peuvent être empruntées. La première consisterait à reprendre les textes de l'avant-projet de loi du 1^{er} juillet 1991, lesquels prévoyaient que le transfert des biens au fiduciaire rendaient exigibles les droits de mutation à titre gratuit en fonction du lien de parenté existant entre le disposant et le bénéficiaire (art. 21 et 22 de l'avant-projet ; voir J.-P. Le Gall, « Premières réflexions sur les dispositions fiscales de l'avant-projet de la loi relatif à la fiducie », *Dr. fisc.* 1991. 558 ; J.-C. Goldsmith, « Quel statut fiscal pour la fiducie », *Rev. Banque* juill.-août 1991. 725). La seconde voie consisterait à étendre à la fiducie-libéralité les règles récemment adoptées relatives à l'imposition aux droits de mutation à titre gratuit des libéralités réalisées par l'intermédiaire d'un *trust* (Loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, art. 14 ; voir M. Grimaldi, « Brèves observations sur l'imposition des droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via* un *trust* », préc. ; J.-P. Le Gall, « Le nouveau régime fiscal des *trusts* : une copie à revoir », préc.). Ce régime, qu'énonce le nouvel article 792-0 bis du Code général des impôts, pose comme principe d'imposition le transfert des biens au bénéficiaire du *trust*. Leur transfert au *trustee* est fiscalement inexistant. Quant à la date du transfert au bénéficiaire, il s'agit sans doute de celle où celui-ci aura acquis sur tout ou partie des actifs du *trust* un droit irrévocable, fût-il à terme (voir en ce sens M. Grimaldi, préc.).

² *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, , préc., V° Gestion : « *Acte de gérer un bien ou un ensemble de biens en vertu de la loi [...], d'un jugement [...] ou d'une convention [...] qui englobe en général les actes d'administration stricto sensu (gestion ordinaire) et parfois (suivant l'étendue de la mission confiée) des actes de disposition [...]* ». Voir également P.-F. Cuif, *Le contrat de gestion*, préf. L. Aynès, Economica, 2004, n°316 p. 217, qui définit la mission de gestion comme « *l'obligation pour le gestionnaire d'organiser, de coordonner tous les actes nécessaires à l'accomplissement du service de gestion. L'appréciation de l'exécution de l'obligation de gérer doit se faire, en principe, en termes de responsabilité et non selon les principes de la représentation qui prévoient que l'acte accompli par le représentant n'est efficace qu'à la condition d'être conforme à son pouvoir* ».

baux, faire des réparations, etc., mais il peut aussi, si le disposant n'a pas stipulé une clause d'inaliénabilité¹, les aliéner, employer l'argent à en acheter d'autres qui lui paraissent d'un revenu meilleur². En réalité, la fiducie se prête à toute combinaison que le disposant préfère. Ainsi, par exemple, le fiduciaire peut être chargé de payer les revenus du bien au bénéficiaire jusqu'à ce que le temps arrive de lui en remettre la propriété, ou bien il peut y avoir un bénéficiaire qui ne reçoit que des revenus et un autre à qui la propriété ira à l'échéance prévue. Simplement, dans tous les cas, le fiduciaire doit suivre dans sa gestion les instructions que lui a données le disposant et, à tout le moins, rester fidèle à l'esprit de la mission³.

Enfin, le fait que le fiduciaire soit l'unique propriétaire entraîne des conséquences particulières lorsque la fiducie-libéralité est à cause de mort. Lorsque celle-ci est universelle ou à titre universel, se pose la question de savoir qui du fiduciaire ou du gratifié doit être considéré comme le continuateur de la personne du défunt⁴. A cet égard, dépourvu de tout droit immédiat sur le patrimoine du *de cuius*, le gratifié doit être écarté du processus successoral, et ce à l'inverse du fiduciaire. En effet, seul ce dernier assure la continuité dans la chaîne de propriété ; aussi, est-il l'ayant cause du défunt, et donc le continuateur de sa personne. Dans cette optique, l'exercice de l'option successorale appartient au seul fiduciaire, et seul celui-ci peut être investi de la saisine successorale⁵.

¹ A la suite de la loi du 3 juillet 1971, consacrant des règles propres aux clauses d'inaliénabilité contenues dans une donation ou un testament (C. civ., art. 900-1 et s.), on a pu s'interroger sur le point de savoir si une telle clause pouvait être stipulée dans un acte à titre onéreux. Si certains ont pu en douter (A. Bénabent, *Les contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n°54 ; J. Huet, *Les principaux contrats*, LGDJ, 2^{ème} éd., n°11147. Comp. Ch. Atias, *Les biens*, préc., spéc. n°64-a ; Y. Strickler, *Les biens*, préc., spéc. n°264 ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., spéc. n°131 ; R. Marty, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *Les Petites Affiches* 21 nov. 2000, p. 4 et s.), la Cour de cassation, par un arrêt du 31 octobre 2007, a mis un terme à l'incertitude : « dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être insérée dans un acte à titre onéreux » (Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 2007, *Bull. civ.* I, n°337 ; D. 2008. 963, note A.-L. Thomas-Raynaud ; RDC 2008. 248, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2008. 125, obs. Th. Revet). En conséquence, la haute juridiction aligne les conditions de la validité de la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux sur celles posées par l'article 900-1 du Code civil, renouant ainsi avec le régime prétorien des clauses d'inaliénabilité antérieur à la loi du 3 juillet 1971 (Cass. req., 27 juill. 1863, DP 1864. 1. 494 ; Cass. req., 11 juin 1913, DP 1914. 1. 242 ; Cass. req., 20 févr. 1939, DC 1941. 22 ; note M. Maguet ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1953, D. 1953. 282 ; RTD civ. 1953. 549, obs. J. Carbonnier. Adde A. Raison, « Des clauses d'inaliénabilité dans les contrats à titre onéreux », *Journ. not.* 1954. 121 et s.).

² Si le fiduciaire peut aliéner les biens, encore faut-il observer que dans la mesure où il doit rendre la valeur représentative de ceux-ci, il ne peut en disposer qu'à titre onéreux. De surcroît, l'émolument qui provient de lui-même doit, dans l'intérêt d'une bonne gestion, être réemployé en d'autres biens, qui peuvent être, selon les instructions du disposant, soit productifs de revenus, soit d'une nature telle que le risque de dépréciation économique est faible.

³ Comp. art. 2070 du Code civil, tel qu'il résultait de l'avant-projet de loi de 1991 : « *Le fiduciaire doit exercer sa mission dans le respect de la confiance du constituant* ». J. de Guillenschmidt, « La fiducie pour quoi faire ? », préc., p. 105 et s.

⁴ La question se pose de façon similaire à propos du trust testamentaire. Sur ce point, voir M. Goré, *L'administration des successions en droit international privé*, préc., n°27 et s., p. 25 et s. ; S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préc., n°299 et s., p. 284 et s.

⁵ Pratiquement, la solution n'est cependant pas pleinement satisfaisante. Sans doute peut-on présager que le légataire-fiduciaire privilégiera l'acceptation à concurrence de l'actif net, afin d'opérer un isolement des patrimoines (Comp. C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°279, p. 271, note 2, qui considère que cette option n'est guère

600. Nature personnelle des charges du fiduciaire. – Reposant sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, la fiducie-libéralité impose au fiduciaire des obligations de nature personnelle et non des obligations *propter rem*¹. On sait que ces dernières présentent la singularité de n'être à la charge du débiteur qu'en tant que celui-ci est titulaire d'un droit réel, de sorte qu'elles se transmettent aux ayants cause à titre particulier du bien et que le débiteur peut s'en décharger en abandonnant ce bien. Or, aucune de ces deux règles ne se retrouve dans la fiducie-libéralité. D'une part, les charges qui pèsent sur le fiduciaire ne se transmettent pas aux sous-acquéreurs : soit la transmission est prohibée en raison d'une clause d'inaliénabilité et la mutation risque alors d'être annulée ; soit la cession est autorisée et les charges se reportent par l'effet de la charge de remploi – souvent stipulée – sur le ou les biens nouvellement acquis². D'autre part, il est difficile de concevoir que le fiduciaire puisse se libérer de ses obligations par l'abandon du bien confié. Car, tenu par son consentement, il ne peut choisir entre la restitution et l'exécution de ses obligations.

La nature personnelle de ces charges a naturellement une incidence sur les droits du disposant et du gratifié. Mais il n'y a là que l'application des règles de la stipulation pour autrui. Ainsi, en raison de la nature synallagmatique du rapport d'obligation entre le disposant et le fiduciaire, le disposant bénéficie d'une double action : soit agir en résolution du contrat principal, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, soit agir en exécution de la stipulation pour autrui. Quant au gratifié, il acquiert, par le seul effet de la stipulation, un droit direct de créance contre le fiduciaire que son acceptation ne fait que consolider. Aussi, dès lors qu'il accepte, le gratifié peut poursuivre le fiduciaire pour exiger l'accomplissement de la prestation stipulée à son profit.

Il reste que le fiduciaire peut se trouver dans une situation où l'exécution des charges est devenue, pour lui, extrêmement difficile ou sérieusement dommageable. Peut-il alors, à l'instar d'un gratifié grevé de charges, en demander la révision ? Une solution négative paraît s'imposer. La loi du 4 juillet 1984 n'organise une telle révision que pour les charges grevant les libéralités. En

envisageable, parce que le fiduciaire serait « *contraint de liquider la succession, tâche qui le plus souvent est inconciliable avec la mission impartie par le testateur au fiduciaire* ». Mais ce qui paraît en réalité contestable, c'est que le légataire-fiduciaire soit titulaire de l'option successorale. Car, à dire vrai, celui-ci n'est le continuateur du défunt que dans la perspective de sa mission. Autrement dit, ce légataire va se comporter bien plus comme un tiers administrateur de la succession que comme un héritier. Aussi serait-il opportun de conférer l'option aux véritables héritiers, à savoir les tiers gratifiés. En ce sens, le légataire-fiduciaire aurait un statut similaire à celui du curateur d'une succession vacante (C. civ., art. 809 et s.). Il reste que ce n'est que *de lege ferenda*, que l'on pourrait étendre ces règles au légataire-fiduciaire. Pour l'heure, il ne nous semble pas possible de retirer au légataire-fiduciaire l'option successorale.

¹ Comp. P. Gulphe, « Quelques réflexions sur l'institution d'un trust à la française », in *Mélanges offerts à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 159 et s.

² C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°309, p. 293.

dehors de ce cadre, le juge, on le sait, ne dispose pas d'un tel pouvoir de révision¹. Aussi bien, le fiduciaire, en tant qu'acquéreur à titre onéreux, ne pourrait pas demander la révision judiciaire des charges qui lui ont été imposées².

601. Dangers menaçant les droits du gratifié. – De ce que le disposant et le gratifié ont des droits personnels contre le fiduciaire, et non des droits réels sur le bien, il résulte que la situation du gratifié semble assez fragile.

En effet, à l'instar du disposant, le gratifié ne bénéficie ni d'un droit de préférence par rapport aux créanciers du fiduciaire, ni d'un droit de suite qui lui permettrait de revendiquer le bien entre les mains d'un tiers acquéreur³. La situation du gratifié apparaît d'autant plus fragile que le bien transféré au fiduciaire n'est pas isolé au sein de son patrimoine. Malgré les atteintes dont elle est aujourd'hui l'objet, la règle de l'indivisibilité du patrimoine continue de caractériser la théorie du patrimoine en droit positif français. En dehors des cas légaux, il n'est pas possible de scinder son

¹ Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, *D.* 1876. 1. 193, note Giboulot : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

L'amorce d'une évolution semble s'être produite sur le fondement de la bonne foi. Par deux arrêts, la Cour de cassation a imposé aux parties sur le fondement de la bonne foi une obligation de renégocier le contrat en cas de bouleversement contractuel dû à certaines circonstances (Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP* 1993. II. 22614, note G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre ; Cass. com., 24 nov. 1998, *Deffrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre). Cependant, cette jurisprudence est, à ce jour, restée isolée. Surtout, elle doit s'analyser en contemplation d'une autre série d'arrêts de la Cour de cassation cantonnant le rôle de la bonne foi : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties » (Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. civ.* IV, n°188 ; *D.* 2007. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.* 2844, note P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 2007. 1454, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2007. 773, obs. B. Fages ; *RDC* 2007. 1107, obs. L. Aynès ; *ibid.* 1110, obs. D. Mazeaud ; *Grands arrêts*, t. II, préc., n°164 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, *Bull. civ.* III, n°275 ; *D.* 2010. 473, note J. Billefont ; *RDC* 2010. 561, obs. Y.-M. Laithier ; *ibid.* 564, obs. D. Mazeaud. *Adde* « Les prérogatives contractuelles », *Actes du colloque du 30 novembre 2010*, *RDC* 2011. 639 et s.). Autrement dit, distinction est faite entre la substance des droits et obligations, c'est-à-dire les termes de l'échange, le cœur du contrat, sur lequel le juge ne peut intervenir, et les prérogatives contractuelles, prérogatives unilatérales, périphériques, dont l'usage est contrôlé par le juge et sanctionné en cas d'abus, d'usage déloyal, de mauvaise foi. On retrouve ce faisant l'idée que le juge ne peut pas réviser le contenu du contrat, le cœur du contrat. Il reste que la théorie de l'imprévision pourrait trouver un nouveau fondement avec la cause. En effet, par un arrêt du 29 juin 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt de censure au visa de l'article 1131 du Code civil : « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » (n°09-37369 ; *D.* Mazeaud, « L'arrêt Canal "moins" », *D.* 2010. 2481 ; T. Genicon, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance », *D.* 2010. 2485 ; T. Favario, « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion », *JCP* 2010. 1056 ; *Les Petites Affiches* 24 décembre 2010, n° 256, p. 7, note A-S. Choné.

² Pour une critique de cette solution, voir M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., spéc. n°56, p. 983 : « Mais, malgré ce silence, on pourrait sans témérité, appliquer cette loi [loi du 4 juillet 1984] à la fiducie-libéralité, sans s'arrêter à l'objection, assez formelle, suivant laquelle on réviserait alors, non pas une charge grevant une libéralité, mais une charge, constitutive d'une libéralité, grevant une aliénation fiduciaire. Ce serait en donner, dans un contexte rénové, une interprétation conforme à son fondement ».

³ Voir notamment en ce sens C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°286, p. 276 ; C. Jauffret-Spinosi, « Trust et fiducie », in *Etudes à la mémoire d'A. Sayag*, Litec, 1997, p. 329 et s., spéc. p. 337.

patrimoine en plusieurs masses distinctes obéissant à un régime propre. De sorte que le bien transféré au fiduciaire d'une fiducie-libéralité obéit, pour l'heure, au même régime juridique que ses autres biens. Partant, tous les créanciers du fiduciaire peuvent saisir l'ensemble des biens du fiduciaire, sans qu'il y ait lieu de faire une distinction entre les créanciers personnels du fiduciaire et ceux dont la créance est née de la gestion fiduciaire. Sous cet aspect, le gratifié n'est pas en mesure de s'y opposer¹. Non seulement les biens transmis au fiduciaire ne peuvent être soustraits à l'action de ses créanciers, mais de surcroît le prix provenant de leur réalisation n'est pas affecté au désintéressement du gratifié².

Toutefois, ce principe semble souffrir tempérament lorsque le disposant a stipulé une clause d'inaliénabilité. En effet, si cette clause interdit tout acte d'aliénation entre vifs, elle emporte également insaisissabilité du bien grevé³. Et le fait que la clause soit insérée dans un acte à titre onéreux n'y change rien⁴. La protection du gratifié paraît ainsi assurée. La clause étant stipulée

¹ Il serait sans doute audacieux de considérer que le gratifié peut opposer aux tiers la propriété temporaire du fiduciaire. Si elle est effectivement temporaire, elle ne l'est qu'entre les parties à l'opération. Telle est ici la faiblesse principale de la fiducie-libéralité. M. Blanluet, à la fin de sa thèse de doctorat, a souligné à juste titre cette faiblesse propre à toutes les opérations fiduciaires innommées, et a proposé plusieurs pistes : « *La qualification d'un droit personnel [celui du bénéficiaire l'opération] en droit de propriété économique pourrait avoir pour effet de renforcer la sanction du droit en lui assurant une protection aujourd'hui réservée aux seuls droits réels. [...] Faire de l'obligation contractée par le propriétaire juridique [le fiduciaire] envers le propriétaire économique une obligation réelle ou propter rem. [...] Instituer des mesures de publicité afin de renforcer l'opposabilité du droit de propriété économique* » (in *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préc., spéc. n°719, p. 435-436). Comp. M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., spéc. n°58 : « *On débattrait probablement longtemps de la nature du droit du bénéficiaire : simple droit personnel contre le fiduciaire ou droit réel sur les biens fiduciaires. Le bénéficiaire est assurément titulaire d'un droit personnel, en ce qu'il est créancier des obligations dont est tenu le fiduciaire. Mais il semble l'être aussi d'un droit réel ; dans la mesure où la loi l'autorise à revendiquer, le moment venu, les biens entre les mains des tiers acquéreurs de mauvaise foi, lui conférant ainsi un droit de suite, qui est la marque du droit réel* ».

² H. Souleau n'a pas manqué de relever ces risques à propos du legs à charge de fonder, in *L'acte de fondation en droit français*, préc., n°183 et s., p. 323 et s. Voir également C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°287 et s., p. 277 et s. ; F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préc., n°480, p. 389 ; D. Schmidt, C. Witz et J.-L. Bismuth « Les opérations fiduciaires en droit français », in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préc., p. 305 et s. ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°385, p. 253.

³ Cass. req., 27 juill. 1863, DP 1864. 1. 494 ; Cass. req., 16 janv. 1923, DP 1923. 1. 177, note G. R. ; Cass. req., 20 févr. 1939, DH 1939. 196 ; DC 1941. 22. note L. Maguet. Certes, l'on a pu se demander un temps si la Cour de cassation n'entendait pas revenir sur l'insaisissabilité traditionnellement attachée à la clause d'inaliénabilité par deux arrêts ayant considéré que l'inscription d'hypothèques judiciaire et légale de créanciers du donataire n'emportait pas révocation de la donation pour inexécution des charges (Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976, Bull. civ. I, n°414 ; RTD civ. 1977. 359, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, Bull. civ. I, n°200 ; D. 1981. IR. 90, obs. D. Martin ; Defrénois 1981. 468, obs. G. Champenois ; RTD civ. 1981. 671, obs. J. Patarin). Mais le doute a été dissipé par plusieurs arrêts venant préciser que l'inscription d'hypothèque judiciaire « ne tient pas en échec une clause d'inaliénabilité en ce sens qu'elle ne permet pas la saisie tant que cette clause est en vigueur » (Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1985, Bull. civ. I, n°252 ; RTD civ. 1986. 662, obs. J. Patarin ; Defrénois 1987. 499, obs. L. Aynès ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, D. 1995. 342, note A. Leborgne ; D. 1995. Somm. 50, obs. M. Grimaldi ; RTD civ. 1995. 919, obs. F. Zenati ; *ibid.* 666, obs. J. Patarin ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 oct. 1997, Bull. civ. II, n°245). Comp. toutefois Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2007, Bull. civ. I, n°337 ; RTD civ. 2008. 126, qui admet l'attribution au créancier, après licitation du bien de la fraction du prix correspondant à la quote-part du débiteur non affectée par la clause d'inaliénabilité.

⁴ Certains auteurs soutiennent que la clause d'inaliénabilité stipulée dans un acte à titre onéreux ne devrait pas emporter l'insaisissabilité du bien, au motif que cela permettrait « à un débiteur de soustraire tout ou partie de ses biens à la masse de ses créanciers, qui plus est sans qu'ils puissent s'en rendre compte s'agissant des meubles, à défaut de publicité » (*Les principales clauses des contrats d'affaires*, sous la direct. J. Mestre et J.-Ch. Roda, Lextenso, 2011, n°853, p. 491). L'assertion nous paraît contestable. Elle semble reposer sur l'idée de fraude. Or, on ne voit pas pourquoi la fraude devrait être

dans l'intérêt du gratifié, il lui est permis, en effet, de poursuivre directement la nullité des actes d'aliénation accomplis en violation de la clause ou de s'opposer aux saisies pratiquées par les créanciers du fiduciaire¹. Par ailleurs, la situation du gratifié apparaît d'autant plus renforcée que la jurisprudence refuse aux créanciers le droit de demander, par la voie oblique, la mainlevée de l'inaliénabilité².

Mais la question rebondit alors, lorsque la clause d'inaliénabilité est en valeur. A l'instar de l'institution du *trust* où le principe est que les biens mis en trust sont interchangeables, en ce sens qu'ils forment un *fund*, le disposant d'une fiducie-libéralité peut stipuler une clause en vertu de laquelle le fiduciaire peut aliéner le bien, à charge d'en remployer le prix dans l'acquisition d'un ou plusieurs autres biens dont les caractéristiques auront été indiquées dans l'acte constitutif de fiducie. Une telle clause rend-elle insaisissable les nouveaux biens par les créanciers du fiduciaire ? En faveur de l'affirmative, on peut observer que la clause d'inaliénabilité en valeur est soumise aux mêmes conditions de validité que la clause d'inaliénabilité en nature³. De sorte qu'à une identité quant aux conditions de validité devrait répondre une identité quant aux effets⁴. Néanmoins, la solution peut paraître excessive. En effet, c'est faire une application généralisée du mécanisme de la subrogation réelle, là où le droit français ne prévoit son application que pour des cas particuliers⁵. En outre, si l'on peut concevoir que le mécanisme subrogatoire joue entre les parties à l'opération, cela paraît plus douteux à l'égard des tiers. Pour que l'insaisissabilité des

systématique en présence d'une telle stipulation. Bien au contraire, si la clause d'inaliénabilité est stipulée, c'est pour sauvegarder le droit du créancier de récupérer son bien. Que l'on songe, par exemple, à la vente avec rente viagère où le vendeur veut se ménager la garantie de reprendre son bien (voir en ce sens R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2005, n°147, p. 156). Au surplus, on peut relever que la jurisprudence admet que cette clause, stipulée dans un acte à titre onéreux, a pour effet de faire échapper le bien à toute saisie de la part des créanciers de l'acquéreur : Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1953, préc. ; Paris, 10 juin 1953, *D.* 1954. 9, note A. Tunc ; Trib. civ. Mayenne, 26 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1937. 1. 213 ; *JCP* 1937. 126, note H. M.

¹ Mais ces sanctions seront sans effet à l'encontre du tiers acquéreur qui pourrait se prévaloir de l'article 2276 du Code civil en matière mobilière ou des règles de publicité foncière en matière immobilière.

² Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, *Bull. civ.* I, n°149, *Deffrénois* 2004. 1397, obs. R. Libchaber ; Cass. com., 9 nov. 2004, *D.* 2004. 3068, obs. A. Lienhard ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n°265 ; *Dr. fam.* 2005, n°15, note B. Beignier ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, *Bull. civ.* I, n°117 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, *Bull. civ.* I, n°344

³ Cass. civ., 24 janv. 1899, *DP* 1900. 1. 533, note L. Sarrut ; Cass. req., 30 oct. 1911, *S.* 1916. 1. 5, note L. Sarrut.

⁴ C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°290, p. 279 : « Si les deux variétés d'inaliénabilité sont soumises aux mêmes conditions de validité, on ne comprendrait pas pour quelles raisons leur régime juridique n'obéirait pas à des règles communes parmi lesquelles figure l'insaisissabilité des biens grevés ». Voir dans le même sens D. Schmidt, C. Witz et J.-L. Bismuth « Les opérations fiduciaires en droit français », in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préc., p. 305 et s., spéc. p. 324.

Au soutien de cette analyse, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation rendu le 23 janvier 1900 (*DP* 1900. 1. 535). Si, en l'espèce les hauts magistrats ont admis le caractère saisissable des biens acquis suite à la charge de remploi, c'est par interprétation de volonté du testateur : « Attendu que le sieur Pavin a imposé à ses légataires l'obligation du remploi pour les biens de sa succession mais qu'ils restent saisissables faute d'une déclaration formelle de la part du testateur ». Partant, la volonté contraire du disposant devrait rendre les biens insaisissables. En outre, plus près de nous, on peut remarquer que telle était l'opinion de la Commission de réforme du Code civil : l'article 10 du projet prévoyait que la clause d'aliénabilité à charge de remploi insérée dans une libéralité entraîne l'insaisissabilité des biens de la même manière que la clause d'inaliénabilité en nature, in *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, année 1950-1951, Sirey, 1952, p. 538.

⁵ Voir particulièrement en ce sens C. Jauffret-Spinosi, « Trust et fiducie », préc., spéc. p. 339.

biens subrogés leur soit opposable, il est nécessaire que les formalités de publicité aient été accomplies. Aussi, pour le dire autrement, à supposer que les biens acquis en remploi soient insaisissables, il faut encore que la clause soit publiée à l'occasion de chaque acquisition.

b) Au dénouement de la fiducie

602. Transfert de propriété. – A l'issue de sa mission, le fiduciaire doit accomplir une obligation de donner envers le gratifié. Précisément il doit transmettre au gratifié la propriété du bien ou des biens qui le représentent. Ce transfert de propriété ne procède sans doute pas de l'unique volonté du disposant. Reposant sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, l'attribution de la propriété des biens au gratifié ne s'opère pas de plein droit au dénouement de la fiducie¹. Le droit direct que lui confère la stipulation faite à son profit n'est qu'un droit de créance à l'encontre du fiduciaire. L'acquisition de la propriété nécessite donc un acte juridique de la part du fiduciaire.

Aussi bien, la fiducie-libéralité n'impose au fiduciaire qu'une obligation de transmettre qui n'a pas plus d'effet qu'une obligation quelconque. Autrement dit, à l'issue de la fiducie, le bénéficiaire n'est pas directement investi de la propriété ; il est seulement créancier d'une obligation. Du point de vue technique, il ne peut donc pas agir en revendication, mais seulement en exécution de l'obligation de transmettre la propriété².

3. Les causes d'inefficacité

603. Plusieurs causes peuvent affecter l'efficacité de la fiducie-libéralité. Bien entendu, celle-ci est exposée aux causes de nullité des contrats – vices du consentement, incapacité, illicéité ou immoralité de l'objet ou de la cause de l'opération fiduciaire – ainsi qu'aux causes des libéralités

¹ Comp. C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°309, p. 293 ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., n°57, p. 984.

² Pareillement, si les biens ne se retrouvent pas dans le patrimoine du fiduciaire, on ne voit guère comment le gratifié pourrait opposer son droit aux tiers. Car, s'il est vrai que la propriété n'était que temporaire, celle-ci nous paraît néanmoins difficilement opposable aux tiers. En réalité, l'organisation de la propriété fiduciaire, c'est-à-dire les limites qu'elles imposent à l'exercice de son droit par le fiduciaire, ne vaut qu'entre les parties à l'opération. Sur les faiblesses de la fiducie innommée et de l'intérêt d'une reconnaissance légale d'un droit de suite au bénéficiaire, voir R. Savatier, *Intervention orale in* « La fiducie en droit moderne », *Travaux de la semaine internationale de droit*, préc., spéc. p. 149 ; G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préc., spéc. n°719, p. 435-436 ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., spéc. n°58.

en général, telles que les incapacités de disposer à titre gratuit ou de recevoir à titre gratuit, ou encore la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations entre vifs¹.

Au-delà de ces causes de nullité, on peut distinguer les causes d'inefficacité qui procèdent de l'un des acteurs de l'opération (a) et celle, plus particulière, de la réduction pour atteinte à la réserve (b).

a) L'inefficacité du chef de l'un des acteurs de la fiducie-libéralité

604. Du chef du disposant. – Nul doute que la fiducie-libéralité à cause de mort est librement révocable par le disposant. La liberté testamentaire du disposant doit en effet être sauvegardée, à peine d'enfreindre la prohibition des pactes sur succession future. Lorsque la fiducie-libéralité est faite entre vifs, l'application des règles de la stipulation pour autrui conduit à laisser au disposant le droit de révoquer la stipulation faite au profit du gratifié, tant qu'il ne l'a pas acceptée². Après son acceptation, la libéralité étant formée, la révocation n'est possible qu'en raison de l'une des causes propres aux libéralités, par exemple la révocation pour ingratitude³. En ce cas, le rapport d'obligation entre le disposant et le fiduciaire n'est sans doute pas caduc. Le disposant peut désigner un autre gratifié et, en l'absence de désignation, la fiducie est constituée au profit du disposant lui-même.

En outre, le disposant et surtout ses héritiers peuvent agir en résolution en cas de défaillance du fiduciaire dans l'exécution de sa mission. La conséquence est grave puisqu'elle emporte également anéantissement de la libéralité. René Savatier l'avait à juste titre dénoncé : *« Qu'on suppose, en effet, le fiduciaire infidèle à sa mission. Il faut sans doute reconnaître au bénéficiaire une action pour l'obliger à la remplir. Mais cette action court le risque d'être devancée et écartée par une autre : la demande en révocation de la libéralité pour inexécution des charges. Cette dernière action appartient non seulement au disposant, mais à ses héritiers. Et si elle est couronnée de succès, la disposition qui contenait la fiducie, surtout s'il s'agit d'une disposition testamentaire, risque de disparaître complètement, les charges périssant avec le legs auquel elles étaient attachées. Tout le patrimoine grevé de fiducie reviendrait alors libre de cette dernière entre les mains des héritiers du*

¹ Bien que donataire indirect, le bénéficiaire de la fiducie demeure protégé par l'article 944, suivant lequel *« toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur sera nulle »*. Ainsi, dès lors que le donataire a accepté, le disposant ne peut se réserver le moyen, direct ou indirect, de reprendre ce qu'il a donné. Comme on l'a souligné, cela signifie que le disposant ne peut conserver un contrôle des biens fiduciaires qui lui permettrait, par exemple, *« de moduler les revenus promis au bénéficiaire »* (M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet qui la consacre », préc., n°61, p. 986).

² La question se pose de savoir si les héritiers du disposant peuvent révoquer la désignation faite par leur auteur. Ainsi que nous l'avons dit, les règles de l'assurance sur la vie mériteraient d'être étendues à toute stipulation pour autrui à titre gratuit.

³ C. civ., art. 958.

disposant »¹. Mais le propos doit être nuancé. Dès lors que le gratifié a accepté, la résolution du contrat principal demandée par le disposant ou ses héritiers équivaut à une révocation de la libéralité, laquelle n'est, en principe, plus possible. C'est la raison pour laquelle les auteurs s'accordent pour exiger que le gratifié soit mis en cause pour que la résolution lui soit opposable². A ce titre, le gratifié peut demander que le fiduciaire soit condamné à remplir sa mission³.

605. Du chef du fiduciaire. – Le fiduciaire n'étant pas un gratifié, il ne saurait être question d'appliquer à son endroit les règles relatives à la révocation des libéralités. L'avant-projet de loi instituant la fiducie avait prévu plusieurs causes d'inefficacité de la fiducie tenant au fiduciaire : son décès, s'il est une personne physique, sa dissolution, s'il est une personne morale, sa disparition consécutive à son absorption, ou à sa cession prononcée dans le cadre d'une procédure collective, ou encore sa liquidation judiciaire⁴.

La survenance de l'un de ces événements entraîne la fin de la fiducie. Aussi, en l'absence d'un fiduciaire subsidiaire que le disposant aurait nommé, le bien mis en fiducie profite soit au gratifié, s'il a accepté, soit, dans le cas contraire, au disposant ou à ses héritiers⁵.

606. Du chef du gratifié. – La libéralité consentie au bénéficiaire de la fiducie peut être affectée d'une cause de caducité, telles la renonciation du gratifié, son inexistence ou son indétermination au jour où le bien mis en fiducie doit lui être transmis, ou encore son prédécès avant toute acceptation⁶.

En ces occurrences, le fiduciaire ne saurait conserver le bien qui lui a été remis. Telle est, ici encore, une différence importante de la fiducie-libéralité par rapport à la libéralité avec charges : l'inefficacité de la charge ne profite jamais au fiduciaire tandis qu'elle profite toujours au grevé. Cette différence de régime s'explique parfaitement au regard de la notion de libéralité. Dans la fiducie, le disposant n'a transféré la propriété du bien au fiduciaire que pour qu'il le gère et le

¹ R. Savatier, « La fiducie en droit moderne », préc., spéc., p. 68.

² Voir notamment C. Witz, *La fiducie en droit privé*, préc., n°305, p. 291 ; Ch. Larroumet, *Les obligations – Le contrat*, préc., n°821, p. 997.

³ Comme le souligne M. Witz, il est conseillé au disposant « de nommer, dans l'acte constitutif de fiducie, un second fiduciaire qui recueillera les biens lors de la résolution des droits du premier fiduciaire ou, plus généralement, si celui-ci n'est plus en mesure de poursuivre sa mission » (*Ibid.*, n°305, p. 292).

⁴ Art. 2070-2 2° du Code civil, tel qu'il résultait de l'avant-projet.

⁵ Se pose toutefois la question de savoir si la charge ne peut pas être transmise aux héritiers du disposant. Ce serait dire alors qu'il s'agit d'une charge réelle, qui se transmet avec les biens. Mais, à la différence de la charge de fonder, la charge imposée à l'intermédiaire d'une fiducie-libéralité d'utilité privée présente essentiellement un caractère personnel. Si le disposant s'adresse à l'intermédiaire-fiduciaire, c'est en fonction des qualités personnelles celui-ci, ses compétences professionnelles de gestion, sa probité, etc. Au fond, le fiduciaire n'est pas ici un simple relais de transmission, mais aussi un gestionnaire. De sorte que cette mission ne peut incomber à d'autres individus que le fiduciaire choisi par le disposant.

⁶ Sur l'absence de transmission du droit direct aux héritiers du tiers bénéficiaire non-acceptant, voir *supra* n°562.

transmette, au bout d'un certain temps, au gratifié. Si l'obligation de transmission à laquelle le fiduciaire est tenu ne peut être accomplie, le disposant ou ses héritiers sont en droit de demander la résolution de la fiducie. En revanche, en présence d'une véritable libéralité avec charges au profit d'un tiers, les charges ne constituent pas la contrepartie de l'engagement du disposant envers le grevé. Pour le dire autrement, les charges, notamment celles de transmettre au second gratifié, ne sont pas la cause de son appauvrissement, de sorte que l'intention libérale à l'endroit du grevé n'est pas douteuse.

b) L'inefficacité tenant à la réduction pour atteinte à la réserve

607. L'efficacité de la fiducie-libéralité peut être « *neutralisée* »¹ par les règles protectrices de la réserve héréditaire². En effet, comme toute libéralité, celle qui est réalisée par l'intermédiaire du fiduciaire ne saurait porter atteinte à la réserve héréditaire³. Déterminer si la libéralité est ou non réductible suppose, d'abord, de la prendre en compte dans la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible (i), de procéder, ensuite, à son imputation (ii) et de définir, enfin, les modalités de la réduction (iii).

i) La prise en compte de la fiducie-libéralité dans la masse de calcul

608. Inclusion de la libéralité. – La masse de calcul, telle qu'elle est définie à l'article 922 du Code civil, tend à reconstituer le patrimoine du *de cuius* comme s'il n'avait consenti aucune libéralité. Il en résulte que toutes les libéralités, quelle que soit leur forme, doivent être incluses dans la masse. Simplement, selon que la libéralité est à cause de mort ou entre vifs, le bien est compté parmi les biens existants ou leur est fictivement réunis.

609. Evaluation du bien. – La difficulté se déplace en revanche sur l'évaluation du bien, qui forme l'objet de la libéralité. Selon l'article 922, alinéa 2, du Code civil, « *les biens dont il a été disposé*

¹ L. Maerten, *Le trust anglo-américain en droit privé français*, thèse Paris II, 1990, spéc. p. 414.

² Nous n'évoquons pas ici la question du rapport de la libéralité. A vrai dire, la question se pose rarement et ne pose guère de difficultés. En effet, la mise en œuvre des règles du rapport suppose que la fiducie-libéralité ait produit tous ses effets du vivant du disposant et qu'elle ait été consentie en avancement de part successorale (C. civ., art. 843, al. 1^{er}). En ce cas, en application de l'article 860, « *le rapport est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation. Si le bien a été aliéné avant le partage, on tient compte de la valeur qu'il avait à l'époque de l'aliénation. Si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, on tient compte de la valeur de ce nouveau bien à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation du nouveau bien était, en raison de sa nature, inéluctable au jour de son acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation* ».

³ Comme on l'a dit, la fiducie-libéralité peut préjudicier aux héritiers réservataires de façon différente selon la personne désignée en qualité de bénéficiaire. Si celui-ci est un non-réservataire, l'opération prive les réservataires de leur réserve ; si c'est un réservataire, l'opération prive les autres de leur réserve, mais elle greève aussi le bénéficiaire d'une charge, en plaçant sa part de réserve sous la puissance du fiduciaire.

par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession, après qu'en ont été déduites les dettes ou les charges les grevant. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation. S'il y a eu subrogation, il est tenu compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation ». Sans doute n'y a-t-il pas d'incertitude lorsque la libéralité est à cause de mort. En ce cas, le bien est évalué pour sa valeur et son état au jour du décès.

Mais qu'en est-il lorsque la libéralité est entre vifs ? Plusieurs méthodes sont concevables. L'avant-projet de loi sur la fiducie prévoyait que *« pour l'application de l'article 922 du présent Code, il est tenu compte, après en avoir déduit les dettes, de la valeur et de l'état des biens fiduciaires au jour du décès du constituant s'ils n'ont pas été transférés aux bénéficiaires. Pour les biens transférés aux bénéficiaires, il est tenu compte de leur état au jour de ce transfert et de leur valeur au jour du décès du constituant. Si les biens ont été aliénés par les bénéficiaires, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation et, s'il y a eu subrogation, de la valeur des nouveaux biens au jour du décès du constituant »*¹. En ce sens, il est fait abstraction de la gestion du fiduciaire. Il importe peu que le fiduciaire ait aliéné le bien et qu'il ait remployé le prix. Il importe peu également que l'état du bien ait varié sous l'influence du fiduciaire. Au fond, il y a une application pure et simple de l'article 922 : le bien donné est évalué au jour du décès sans tenir compte des plus ou moins-values dues au seul gratifié. C'est dire que les changements de l'état du bien imputables au fiduciaire sont traités comme les plus ou moins values fortuites : ils profitent ou nuisent à la succession, et non au gratifié.

Cette méthode apparaît néanmoins critiquable. C'est méconnaître, en effet, que la gestion du fiduciaire est censée profiter au gratifié. Aussi est-ce pour cette raison qu'il a été soutenu que l'évaluation devait bien plus se faire en fonction *« de la valeur des biens au jour du décès selon leur état au jour de la transmission au fiduciaire »*². Au vrai, la proposition est peut-être excessive. Elle repose sur l'idée que la gestion du fiduciaire est toujours réalisée dans l'intérêt du *seul* gratifié. Or, tant que celui-ci n'a pas accepté la donation, celle-ci demeure librement révocable par le disposant. De sorte que, pendant cette période, il est difficile d'exclure tout intérêt du disposant. Aussi bien

¹ Art. 1100-4 du Code civil, tel qu'il résultait de l'avant-projet. Voir dans le même sens l'article 2070-7 du Code civil, tel qu'il résultait du projet de loi du 20 février 1992 : *« pour l'application de l'article 922, il est tenu compte de la valeur et de l'état des biens fiduciaires au jour du décès du constituant s'ils n'ont pas été transmis au bénéficiaire. Pour les biens transmis au bénéficiaire, il est tenu compte de leur état au jour de cette transmission et de leur valeur au jour du décès »*.

² S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préc., spéc. n°335 et s., p. 320 et sn°338, p. 323.

convient-il, croyons-nous, de considérer que le bien doit être évalué au jour du décès d'après son état au jour où la donation est devenue irrévocable¹.

ii) *L'imputation de la fiducie-libéralité*

610. Rang d'imputation. – A quel rang la libéralité doit-elle s'imputer ? Nul ne doute qu'en cas de libéralité à cause de mort, celle-ci s'impute au jour du décès concurremment avec les autres legs².

Il est en revanche malaisé d'y répondre franchement en cas de libéralité entre vifs. En effet, la dissociation entre le moment de la dépossession du disposant et celui de l'acquisition par le gratifié est de nature à perturber l'analyse³. Sur ce point, l'avant-projet de loi sur la fiducie est susceptible de nous apporter un élément de réponse. Il précisait : « *pour l'application de l'article 923 du présent Code, il est tenu compte de la date du transfert pour les biens transférés aux bénéficiaires et de la date du décès du constituant pour les biens non encore transférés aux bénéficiaires* »⁴. Autrement dit, la libéralité prend rang soit au jour de la constitution de la fiducie, soit, si le gratifié n'a pas encore recueilli le bien, au jour du décès du disposant.

¹ Voir en ce sens, de façon implicite, M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., art. 35094, n°63, p. 989.

² C. civ., art. 923.

³ La question se pose de la même façon les libéralités réalisées au moyen d'un trust. Mais la difficulté est plus accrue en raison du polymorphisme de l'institution. Si le trust peut être entre vifs ou à cause de mort, il peut être révocable ou irrévocable. Ainsi peut-il être constitué un trust entre vifs révocable en vue d'une transmission à cause de mort. Cette difficulté à faire entrer le trust dans les catégories françaises de la donation et du legs a donné lieu, dans la célèbre affaire *Zieseniss*, à des décisions contradictoires. S'agissant, en l'espèce, d'une libéralité à cause de mort réalisée au moyen d'un trust entre vifs, la Cour de cassation a décidé que celle-ci devait s'imputer au jour du décès, après les donations, mais avant les legs (Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1996, *JCP* 1996. II. 22647, note M. Béhar-Touchais ; *D.* 1996. 390, chron. Y. Lequette ; *Rev. crit. DIP* 1996. 692, note G. A.-L. Droz ; *RTD civ.* 1996. 454, obs. J. Patarin ; *Deffrénois* 1997. 26, note Th. Vignal, qui casse Paris, 28 sept. 1993, *RTD civ.* 1994. 401, obs. J. Patarin, ayant assimilé le trust litigieux à un legs. La solution a été diversement accueillie. Certains étant favorables à l'imputation du trust à la date du dessaisissement du constituant (M. Josselin-Gall, « L'intégration d'un trust dans l'ordre de réduction des libéralités d'une succession internationale soumise à la loi française », *JCP éd. N* 1999. 1851 ; G. A.-L. Droz, note préc.), d'autres opinant pour son imputation à la date de l'acte constitutif (M. Béhar-Touchais, note préc.). Enfin, un auteur lui a reproché judicieusement que la logique qui commande l'ordre d'imputation des libéralités avait été négligée (Y. Lequette, chron. préc.). A cet égard, il est démontré qu'un tel trust emportant dessaisissement immédiat du constituant au profit du trustee, mais repoussant au décès du constituant l'acquisition effective et définitive par les bénéficiaires, c'est uniquement au jour de l'ouverture de la succession qu'il devrait être imputé, à la manière d'un legs. Pour autant, la Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi de l'arrêt du 20 février 1996 a conclu à l'imputation des libéralités résultant du trust après les donations, mais avant les legs (Paris, 7 avr. 1999, *D.* 1999. 683 et *erratum* p. 723, note Y. Lequette ; *Rev. crit. DIP* 1999. 693, note M. Goré ; *RTD civ.* 1999. 682, obs. J. Patarin ; *Dr. fam.* 1999, comm. 30, note B. Beignier). *Adde* S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préc., spéc. n°342 et s., p. 327 et s., qui propose une solution mettant en avant la notion anglaise de *vested right*, autrement dit de droits acquis (spéc. n°359 et s., p. 341 et s.).

⁴ Art. 1100-5 du Code civil, tel qu'il résultait de l'avant-projet. Voir dans le même sens l'article 2070-8 du projet de loi du 20 février 1992 : « *pour l'application de l'article 923, il est tenu compte pour les biens transmis au bénéficiaire, de la date à laquelle la désignation de ces derniers ne peut plus être modifiée et de la date du décès du constituant pour les biens non encore transmis aux bénéficiaires* ».

La règle est critiquable¹. Elle méconnaît en effet les considérations qui fondent l'ordre des réductions. A cet égard, chacun sait que l'ordre légal de réduction des libéralités repose sur la règle de l'irrévocabilité des donations et, subsidiairement, sur la date de dessaisissement du disposant et d'acquisition par le gratifié². Partant, la donation consentie par l'intermédiaire du fiduciaire ne saurait prendre date, ni au jour où le bien est transmis au fiduciaire ni au jour où le gratifié le recueille, mais seulement au jour où la donation devient irrévocable. Pour le dire autrement, la donation prend rang au jour où le gratifié a accepté, même si le bien ne lui a été transmis ensuite³. Au demeurant, on retrouve ici une solution identique à celle posée à propos de la réduction des primes excessives de l'assurance sur la vie : c'est à compter de l'acceptation du bénéficiaire que l'assurance sur la vie devient irrévocable, et c'est donc à cette date que doivent être imputées les primes versées par le souscripteur.

Pour autant, toutes les difficultés ne sont pas réglées. Comment imputer la donation lorsque le donataire ne l'a pas encore acceptée au décès du disposant ? Cette question renvoie d'ailleurs à un problème plus général qui est celui de savoir comment l'on doit traiter la libéralité – la donation ou le legs – consentie à une personne future ou non encore déterminée au jour du décès du disposant ? Un point est néanmoins certain. C'est la date d'ouverture de la succession qui compte pour le calcul de la réserve et l'imputation des libéralités. Aussi bien, malgré le défaut d'acceptation du gratifié, la libéralité doit-elle être imputée au jour du décès du disposant. De sorte que si la libéralité était réductible, c'est contre le fiduciaire qu'il y aurait lieu de demander la réduction⁴.

611. Secteur d'imputation. – Quant au secteur d'imputation de la libéralité, trois hypothèses doivent être distinguées⁵.

Soit le gratifié n'est pas un héritier réservataire, il est alors évident que la libéralité s'impute sur le disponible¹. Soit le gratifié est un héritier réservataire, mais la libéralité n'a pas produit ses effets

¹ M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., n°63, p. 989. Voir également R. Family, *L'acte de fiducie, étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Paris II, 2000, spéc. n°517, p. 387. Comp. S. Godechot, *op. cit.*, n°334, p. 337.

² Voir notamment M. Grimaldi, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse Paris II, 1977, spéc. n°91 et s., p. 90 et s. ; du même auteur, note sous Poitiers, 7 mars 1979, *Defrénois* 1981, art. 32766 ; *D.* 1982. 195 ; Y. Lequette, « De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs (à propos d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 20 février 1996 », *D.* 1996. 231 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°1020, p. 822 et s. ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°742 et s., p. 727 et s. ; C. Brenner, *JCl Civil Code*, Art. 912 à 930-5, fasc. 30, 2009, n°55 et s.

³ M. Grimaldi, art. préc. ; R. Family, *op. cit.*

⁴ On pourra sans doute nous objecter que la libéralité ne produira peut-être pas ses effets, faute de la naissance du gratifié ou, plus généralement, par suite de sa renonciation. Mais, en ces occurrences, la fiducie ne saurait perdurer. Autrement dit, la fiducie serait alors atteinte d'une cause d'inefficacité, ce qui devrait entraîner un retour du bien dans le patrimoine du disposant, et donc un nouveau partage entre ses héritiers.

⁵ L'avant-projet de loi sur la fiducie prévoyait un seul secteur d'imputation : le disponible (art. 1100-3). Comme on l'a souligné, la règle est trop absolue (M. Grimaldi, art. préc.).

au décès. Le gratifié, on l'a dit, doit recevoir sa réserve libre de toute charge. Aussi, le bien qui compose la libéralité ne saurait composer sa réserve, ce qui signifie que la libéralité doit s'imputer sur la quotité disponible. Soit le gratifié réservataire a recueilli le bien lors du décès, ou antérieurement, alors la libéralité est réputée avoir été consentie en avancement de part successoral, et s'impute donc sur la réserve du gratifié et subsidiairement sur le disponible ordinaire².

iii) Les modalités de la réduction

612. Réduction en valeur. – Ainsi que le prévoit désormais le Code civil, la réduction de la libéralité se fait en valeur³. Naturellement, la règle n'est que facultative et conditionnelle. Facultative, parce que, d'une part, le gratifié peut se prévaloir d'une réduction en nature⁴ et que, d'autre part, c'est une réduction en nature, par la voie d'un cantonnement, qu'il y a de pratiquer lorsque le gratifié est un héritier réservataire⁵. Conditionnelle, parce que le gratifié peut être incapable de payer l'indemnité de réduction, à raison de son insolvabilité⁶.

* * *

613. Conclusion de la Section. – La fiducie-libéralité présente un caractère individuel lorsque le disposant ne transfère des droits à un intermédiaire qu'en vue de gratifier une ou plusieurs personnes déterminées. La cause de l'engagement du disposant est alors la mission que doit accomplir l'intermédiaire au profit des tiers gratifiés. Ni gratifié ni propriétaire ordinaire, l'intermédiaire est donc un fiduciaire. Il reste que la fiducie-libéralité à caractère individuel n'existe que de façon innommée, aucun texte n'en consacrant expressément l'existence. Aussi est-ce en analysant chaque opération que l'on peut détecter sa présence.

Il en va notamment ainsi de l'attribution gratuite du bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie. Dans sa version moderne, l'assurance sur la vie est dite de placement. Elle est un placement en ce sens que l'assureur reçoit la propriété des primes, avec pour mission de les gérer et d'en restituer le produit à l'échéance. Et lorsque le contrat se dénoue par le décès du souscripteur-

¹ C. civ., art. 919-2.

² C. civ., art. 919-1, al. 1^{er}.

³ C. civ., art. 924, al. 1^{er}. Comp. le texte de l'avant-projet de loi sur la fiducie qui prescrivait que la réduction ne pouvait être qu'en valeur (art. 1100-6).

⁴ C. civ., art. 924-1.

⁵ Comp. F.-Ch. Jeantet, « Réserve héréditaire et "fiducie" », in *Mélanges offerts à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 175 et s., spéc. p. 179.

⁶ C. civ., art. 924-4.

assuré, le bénéficiaire n'est autre que le gratifié d'une fiducie-libéralité. Simplement, la difficulté que pose cette opération réside dans le point de savoir si les sommes que reçoit le bénéficiaire doivent être régies par les règles du droit commun des libéralités ou, au contraire, par les règles propres aux contrats d'assurance sur la vie, qui permettent au bénéficiaire de repousser toute demande de rapport de ses cohéritiers ainsi que toute demande de réduction des héritiers réservataires du souscripteur pour atteinte à leur réserve, sauf si les primes ont été manifestement exagérées. Par plusieurs arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 2004, la Cour de cassation a considéré que les contrats modernes – les contrats de placement – demeurent régis par les règles du droit assurance. Pour les hauts magistrats, il y a, dans ces contrats, un aléa, caractéristique du contrat d'assurance, dans la mesure où leurs « *effets dépendent de la durée de la vie humaine* ». La solution est éminemment critiquable. D'une part, d'un point de vue conceptuel, elle déforme la notion d'aléa. Ce n'est pas parce que les effets d'un contrat dépendent de la durée de vie de l'un des cocontractants qu'il est aléatoire. L'aléa est une chance de gain ou de perte pour chacune des parties au contrat. Or, dans l'assurance placement, aucun risque de ce genre n'est pris ni par le souscripteur ni par l'assureur. D'autre part, du point de vue successoral, cette solution fait que le capital assuré échappe au rapport et à la réduction. C'est donc admettre qu'il existe un moyen légal de tourner l'ordre public de la réserve héréditaire. Il faut néanmoins relever l'existence de tempéraments à cette qualification. La jurisprudence admet, d'abord, que le souscripteur puisse inclure le capital assuré dans sa succession. Elle concède, également, qu'il n'y a pas d'aléa lorsque les circonstances montrent que le souscripteur n'avait aucune « chance » d'exercer sa faculté de rachat et d'obtenir le capital assuré. Le raisonnement est contestable car toute assurance placement réalise une libéralité au profit du tiers bénéficiaire. Simplement, c'est une libéralité au régime particulier, en ce sens que les règles du rapport et de la réduction sont en principe exclues. Où l'on voit d'ailleurs le paradoxe de la jurisprudence : tout en persistant à appliquer aux contrats de placement les règles dérogatoires au rapport et à la réduction, elle tente de limiter cette solution en les requalifiant parfois en donation. Outre ses tempéraments jurisprudentiels, la loi prévoit l'application des règles du rapport et de la réduction lorsque les primes sont manifestement exagérées. Il reste que ce tempérament légal est d'une mise en œuvre incertaine. Le caractère manifeste conduit les juges à procéder à un contrôle de proportionnalité puisqu'il s'apprécie au regard de la situation patrimoniale du souscripteur et de l'utilité que peut lui procurer le contrat. En outre, à supposer l'excès démontré, on ne sait si ce sont l'ensemble des primes ou seulement la portion excessive qui doit être soumise aux règles du rapport et de la réduction. A suivre la logique de la jurisprudence, il nous semble que l'excès manifeste fait

basculer le contrat de la prévoyance personnelle vers la transmission patrimoniale, de sorte que le montant total des primes doit être considéré comme une libéralité.

Au-delà de l'assurance placement, et de façon plus générale, la fiducie-libéralité à caractère individuel se réalise sous le couvert des libéralités avec charges au profit de tiers. S'il n'est toujours aisé de découvrir l'existence d'un rapport fiduciaire, la difficulté est surtout de savoir si cette opération fiduciaire est licite. En effet, la loi du 19 février 2007, qui a introduit la fiducie dans le Code civil, prescrit la nullité du contrat de fiducie lorsqu'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Il nous semble toutefois que cet obstacle légal peut être dépassé. L'essence du contrat civil de fiducie réside dans l'existence d'un patrimoine d'affectation, d'un patrimoine autonome par rapports aux autres biens du fiduciaire. Aussi est-il permis de réaliser des opérations fiduciaires à effets restreints, sans patrimoine d'affectation. Sans doute faut-il nuancer notre propos puisque la jurisprudence semble considérer qu'une cession fiduciaire ne pourrait être permise sans texte. Pourtant, à bien y réfléchir, on ne saurait tirer aucun argument ni du droit des contrats ni du droit des biens pour interdire la réalisation d'une fiducie-libéralité à caractère individuel. Qu'il suffise pour s'en convaincre de penser à la jurisprudence séculaire qui admet la licéité du legs à charge de fonder, alors même que le légataire institué n'est ni un gratifié ni un propriétaire ordinaire.

Il n'en demeure pas moins que c'est certainement *de lege ferenda*, par une nouvelle disposition du Code civil consacrant la fiducie-libéralité, que l'on pourra dissiper les doutes. Cette consécration sera d'autant plus bienvenue que le régime actuel des libéralités avec charges ne correspond guère au mécanisme fiduciaire. En témoigne notamment les dangers menaçants les droits du gratifié pendant l'exercice de ses pouvoirs par le fiduciaire. N'étant titulaire que d'un droit de créance contre l'intermédiaire-fiduciaire, il ne bénéficie d'aucun droit lui permettant de revendiquer, le moment venu, les biens entre les mains des tiers acquéreurs.

SECTION II : LA FIDUCIE-LIBERALITE A CARACTERE COLLECTIF

614. Finalité d'intérêt général. – Au lieu de gratifier une ou plusieurs personnes déterminées, le disposant peut vouloir faire profiter de sa générosité tout un ensemble de personnes, par exemple, les pauvres, les malades, les étudiants, voire un ensemble encore plus vaste de personnes, en favorisant une cause générale comme la recherche scientifique ou médicale.

La libéralité revêt ce faisant un caractère d'intérêt général¹. Présentée comme étant « à caractère collectif »², cette libéralité est atypique à plusieurs égards. D'une part, ses bénéficiaires sont indéterminés. Au moment où il dispose, le gratifiant n'a généralement pas une idée précise du ou des futurs gratifiés. Mais, à vrai dire, peu lui importe de ne pas pouvoir précisément les déterminer ; ce qu'il recherche, c'est s'appauvrir au profit d'une œuvre d'intérêt général, grâce à laquelle divers individus tireront un profit. D'autre part, cette libéralité a vocation, le plus souvent, à se prolonger dans le temps. L'objet même de la libéralité l'explique. En souhaitant apporter un soutien financier à une œuvre d'intérêt général, le disposant entend donner aux biens dont il se dépouille une affectation d'intérêt général, laquelle correspond à la durée de l'œuvre.

615. Support de la libéralité. – Il reste que les singularités de cette libéralité à caractère collectif peuvent faire douter de sa validité. Notamment, à raison du caractère incertain de ses bénéficiaires, la libéralité paraît irrégulière³. Une exigence rationnelle l'impose, fort analogue à celle des personnes futures : un droit ne peut prendre naissance qu'au profit d'un titulaire déterminé. Aussi, ni une catégorie de personnes ni une œuvre, dépourvue de personnalité juridique, ne peuvent être gratifiées directement. Toutefois, à l'instar des personnes futures, il est permis qu'une personne incertaine bénéficie d'une libéralité indirecte, qu'elle recueille par

¹ Selon le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, est d'intérêt général, « ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous » (V° Intérêt – public, général). En ce sens, l'œuvre d'intérêt général visée par la libéralité peut être à caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, mais aussi une œuvre qui concourt à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel, à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques, etc.

² On trouve cette expression la première fois chez J. Flour et H. Souleau, in *Les libéralités*, préc., n°345, p. 223. Elle est depuis reprise par de nombreux auteurs. Voir ainsi F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°577, p. 467 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1670, p. 493 ; J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, « Les libéralités à caractère collectif », in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. M. Grimaldi, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011, n°360, p. 1060.

³ Il est vrai qu'aucun texte ne l'édicte expressément. Mais tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent pour la nullité d'une telle disposition. En jurisprudence, voir Cass. civ., 13 juill. 1859, *D.* 1959. 1. 322 ; Cass. civ., 28 mars 1859, *D.* 1859. 1. 442 ; Cass. civ., 21 avr. 1898, *D.* 1898. 1. 456 ; Cass. req., 14 janv. 1941, *JCP* 1941. II. 1699, 1^{ère} esp., note P. Voirin ; *RTD civ.* 1941. 475, obs. R. Savatier ; en doctrine, voir notamment F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°285, p. 232 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1120, p. 103.

l'intermédiaire d'un tiers. Il incombe dès lors au disposant de choisir un intermédiaire, capable de porter l'objet de la libéralité.

Pour ce faire, le disposant peut songer à s'adresser à une personne physique, en la chargeant de recevoir les biens, de les gérer et de les affecter, conformément à ses prescriptions, puis, après elle, de transmettre le flambeau à d'autres qui agiront de même, et ainsi de suite. Telle est la manière dont a été constituée l'une des plus anciennes fondations d'Occident, l'Académie Platon¹. Toutefois, la pérennité d'une telle œuvre d'intérêt général réalisée entre particuliers est éminemment précaire. Le disposant, on le sait, ne peut pas imposer la dévolution de ses biens au-delà d'un degré, de sorte que la survie de l'œuvre dépend de la volonté de chaque individu institué².

En réalité, c'est par l'intermédiaire de la personnalité morale que la volonté libérale peut produire pleinement ses effets. Précisément, le disposant va solliciter le concours d'une personne morale, dont l'objet statutaire est de mener l'activité d'intérêt général qu'il a en vue.

Concrètement, il en va naturellement ainsi de l'Etat et des collectivités locales, à qui sont dévolues de façon générale les activités d'intérêt général, mais aussi de certains établissements de droit public, telles que les universités ou encore l'Institut de France et les Académies qui le composent. Au-delà de la sphère du droit public, le disposant peut s'adresser à des personnes morales de droit privé à but non lucratif, dont l'objet social est de mener des activités d'intérêt général. Tel est ainsi le cas de la fondation, qui est une personne morale reconnue d'utilité publique ayant pour mission d'assurer l'exécution de l'acte de fondation, lequel est « *l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif* »³. Tel est également le cas du fonds de dotation, défini par la loi, comme « *une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général* »⁴. Tel peut être encore le cas de certaines formes d'associations, telles que les associations d'utilité publique, dont la reconnaissance postule une activité d'intérêt général à caractère non lucratif⁵, et des associations simplement déclarées, qui « *ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale* »⁶. Simplement, là où la fondation et le fonds de dotation peuvent avoir une vocation perpétuelle, l'association est

¹ Sur cette fondation, voir les conclusions de BJ.-N.-E. Audouin sous Cass. civ., 12 mai 1902, DP 1902. 425.

² Notons néanmoins que l'Académie de Platon, créée vers 388 avant J.-C., a duré pendant près d'un millénaire puisqu'elle fut officiellement dissoute, en 529 après J.-C., par Justinien.

³ L. n°85-571 du 23 juill. 1987, art. 18.

⁴ L. n°2008-776 du 4 août 2008, art. 140.

⁵ L. 1^{er} juill. 1901, art. 10, mod. par L. du 23 juill. 1987.

⁶ L. 1^{er} juill. 1901, art. 6, al. 2, mod. par L. du 23 juill. 1987.

nécessairement à durée déterminée, ce qui peut être, pour le disposant, un critère de discrimination entre ces personnes morales.

616. Problématique. – Par où l'on voit que la personne morale est le support nécessaire du disposant afin d'assurer l'effectivité de sa libéralité d'intérêt général. Surtout, on peut observer qu'on est face à un autre type de libéralité d'inspiration fiduciaire. La personne morale est en effet chargée d'affecter le produit de la libéralité au but d'intérêt général visé par le disposant. Autrement dit, tel un fiduciaire, la personne morale n'est investie des biens qu'aux fins d'assurer une mission. Pour autant, et c'est là que gît toute l'originalité de cette fiducie-libéralité, l'activité d'intérêt général que doit mener la personne morale correspond à son activité statutaire.

D'où la question : en tant que fiduciaire, la personne morale a-t-elle néanmoins la qualité de gratifié du disposant ou, au contraire, ne sont-ce pas plutôt les bénéficiaires de son activité – c'est-à-dire celle que le disposant a eu en vue – qui sont les véritables gratifiés ?

617. Plan. – Aussi est-ce à l'aune de cette question qu'il convient d'identifier les caractères de cette opération (§ 1), afin de pouvoir présenter les principales règles qui la régissent (§ 2).

§ 1 - LES CARACTERES DE LA FIDUCIE-LIBERALITE A CARACTERE COLLECTIF

618. Originalités. – La fiducie-libéralité à caractère collectif présente deux traits caractéristiques qui la singularise par rapport aux autres libéralités à trois personnes : l'intermédiaire, ici la personne morale, est un fiduciaire (A) qui a également la qualité de gratifié (B).

A. L'existence d'un rapport fiduciaire entre le disposant et la personne morale

619. Plan. – Il est une personne morale de droit privé dont on ne discute guère le rôle de fiduciaire : il s'agit de la Fondation de France (1). Mais, au-delà de ce cas particulier, il nous apparaît que tout transfert de biens à une personne morale d'intérêt général présente un caractère fiduciaire (2).

1. Le cas particulier de la Fondation de France

620. Définition. – La Fondation de France, dont la dénomination provisoire était « *Fondation générale fiduciaire* »¹, a été créée par le décret du 9 janvier 1969. Elle tire son origine de l'idée d'introduire en France le système des *trusts* charitables anglo-américains, et plus précisément celui des *Community Trusts* américains. En ce sens, il s'agissait d'avoir en droit français une fondation privée, à caractère fiduciaire et à vocation générale².

En témoigne l'article 1^{er} des statuts : « *L'établissement dit "Fondation de France" a pour but de recevoir toutes libéralités, sous forme notamment de dons et legs ou de versements manuels, d'en assurer la gestion et de redistribuer ces libéralités, ou leurs fruits et produits disponibles, au profit de personnes, œuvres ou organismes d'intérêt général, ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement ou à la diffusion de la culture française, en se conformant, pour ce faire, aux intentions, charges et conditions éventuellement stipulées par les donateurs. Il a vocation, dans les conditions prévues aux présents statuts, à recevoir des versements pour le compte d'œuvres ou d'organismes mentionnés aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôts, qui s'assignent un but analogue aux siens* ».

Ainsi, la Fondation de France agit comme une entreprise de services, sans but lucratif, mettant en œuvre, avec l'appui des établissements financiers qui en sont les fondateurs, et plus particulièrement la Caisse des Dépôts et Consignations, toutes ses ressources juridiques ou administratives afin de tenir lieu d'intermédiaire de transmission. Pour reprendre les termes d'Henri Souleau elle « *apparaît comme un intermédiaire actif entre les disposants et les œuvres d'intérêt général, comme un catalyseur favorisant l'affectation des libéralités à des missions désintéressées* »³.

Pour ce faire, la Fondation de France a vocation à recevoir des libéralités de toute nature, de toute origine, de tout montant (même modique), affectées à l'intérêt général, à charge pour elle, d'une part, d'en assurer la gestion conformément aux vues des gratifiants, d'autre part, d'en affecter le produit disponible dans les divers secteurs de l'intérêt général⁴. Autrement dit, la Fondation de France n'assume pas personnellement le fonctionnement d'un service d'intérêt

¹ Sur cette origine, voir M. Pomey, *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1980, p. 282.

² Michel Pomey, alors Maître des Requêtes au Conseil d'Etat, proposa, dans un rapport sur Le mécénat et les fondations, de « *favoriser la création et le développement de nouvelles fondations [...] du type, entièrement nouveau en France, des Community Trusts anglo-saxons, c'est-à-dire à caractère fiduciaire et à vocation générale. De telles fondations auraient essentiellement un rôle d'intermédiaire et de catalyseur [...]. En raison de l'importance de leur rôle financier, de telles fondations devraient être créées, tout comme les Community Trusts anglo-saxons, auprès d'établissements financiers offrant toutes garanties, par exemple, pour le secteur public, la Caisse des Dépôts et Consignations dont la vocation statutaire et la compétence particulière sont déjà, précisément, d'assurer une telle gestion fiduciaire de fonds privés* » (in *Note et Etude documentaire*, La Documentation française, n°3334, novembre 1966, cité également in *Traité des fondations d'utilité publique*, par M. Pomey, préc., p. 281).

³ H. Souleau, « Les libéralités adressées à la Fondation de France », *Deffrénois* 1970. 257 et s., spéc. p. 258.

⁴ Ainsi qu'on l'a souligné, « *cette vocation, essentiellement fiduciaire, explique la généralité même de ses buts : il s'agit pour elle d'être en état de faire face à toute éventualité, c'est-à-dire à toute libéralité d'intérêt général* » (M. Pomey, *Traité des fondations d'utilité publique*, préc., p. 221).

général, sa fonction est de gérer et de redistribuer à d'autres personnes les libéralités qu'elle a centralisées. Pour dire les choses de façon plus concrète, l'action de la Fondation de France recouvre deux réalités.

621. Service de relais. – En premier lieu, le rôle de la Fondation de France consiste à assurer la gestion des biens cédés par les disposants, à choisir les personnes qui profiteront en définitive des libéralités et à répartir celles-ci entre les différents bénéficiaires, et ce en tenant compte des indications des disposants¹.

Elle peut ainsi servir de relais pour transmettre, sinon les biens reçus, du moins la valeur représentative de ceux-ci, à une catégorie de personnes physiques ou à une personne morale existante, conformément à l'affectation prévue par le disposant. Semblablement, elle peut servir d'appui pour créer une personne morale, telle une fondation *post mortem*, en entreprenant alors, elle-même, toutes diligences à cet effet.

Par ailleurs, la Fondation de France peut recevoir des versements pour le compte de personnes morales à caractère d'intérêt général qui ne sont pas elles-mêmes reconnues d'utilité publique, parce que simplement déclarées².

622. Service de fondations sous égide. – En second lieu, la Fondation de France permet la création, en son sein, de « *fonds* » ou « *fondations* ». Ces fondations sous égide, encore dénommées fondations abritées, sont des masses de biens individualisés, dépourvues de la personnalité morale, qui portent chacune le nom choisi par le disposant et qui sont affectées à l'œuvre d'intérêt général à laquelle celui-ci s'est attaché. Sans autonomie juridique propre, ces fondations se trouvent ainsi incorporées au patrimoine de la Fondation de France, tout en y ayant, chacune, leurs caractéristiques particulières et bénéficiant des services de gestion de la Fondation de France.

Cette mission d'accueil et de gestion des fondations individualisées pour le compte des disposants, qui a est à l'origine même de la création de la Fondation de France, a été consacrée par la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. Après avoir énoncé que « *seules les fondations reconnues d'utilité publique peuvent faire usage, dans leur intitulé, leurs statuts, contrats, documents ou publicité, de l'appellation de fondation* », l'article 20 de cette loi habilite toute fondation reconnue

¹ Il se peut aussi que le disposant n'ait prescrit aucune indication. Cela ne signifie pas pour autant que la Fondation de France soit libre de conserver comme elle l'entend les biens reçus. Elle doit, conformément à son objet statutaire, redistribuer l'émolument reçu à toute œuvre d'intérêt général de son choix.

² Cette pratique a pu être discutée au motif qu'elle expose à des abus d'utilisation du nom de la Fondation de France et lui fait jouer un rôle d'intermédiaire à peine actif à des fins purement fiscales. Elle a été néanmoins consacrée par l'article 5 de la loi du 23 juillet 1987 relative au développement du mécénat.

d'utilité publique à abriter en son sein des fondations dépourvues de personnalité morale : « *peut également être dénommée fondation l'affectation irrévocable, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif, de biens, droits ou ressources à une fondation reconnue d'utilité publique dont les statuts ont été approuvés à ce titre, dès lors que ces biens, droits ou ressources sont gérés directement par la fondation affectataire, et sans que soit créée à cette fin une personne morale distincte* ».

Ainsi, par exemple, il est possible à un disposant de créer une fondation de bourse ou de prix. La Fondation de France verse ainsi ces prix ou bourses en son nom en précisant qu'ils sont alimentés par tel ou tel bienfaiteur lui-même fondateur d'une fondation abritée par la Fondation de France.

Comme on l'a souligné, ces fondations sous égide représentent la catégorie la plus nombreuse des fondations¹. A cet égard, bien que d'autres personnes morales de droit privé aient la faculté d'abriter des fondations, il faut reconnaître que la Fondation de France jouit en la matière d'un monopole de fait².

2. Le cas général des autres personnes morales d'intérêt général

623. Existence d'un transfert fiduciaire. – La mission fiduciaire peut-elle être également affirmée à l'endroit des autres personnes morales d'intérêt général, telles que les fondations, les

¹ *Rapport du Conseil d'Etat pour l'année 1996*, « Rendre plus attractif le droit des fondations », La Documentation française, 1997, p. 129.

² Ainsi, une loi du 2 juillet 1996 a créé la Fondation du patrimoine, laquelle peut gérer en son sein, sous la dénomination de fondations, les biens qui lui sont affectés en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général à but non lucratif se rattachant à la promotion de « *la connaissance, la conservation et la mise en valeur du patrimoine national* » (L. n°96-590 du 2 juill. 1996, art. 2 et 9). Au 31 décembre 2010, la Fondation du patrimoine abritait moins de dix fondations. A titre de comparaison, la Fondation de France a déclaré qu'il existait, au 31 décembre 2010, 682 fondations sous son égide. Sur la Fondation du patrimoine, voir A. Garol-Giuglaris, « Réflexions sur la Fondation du patrimoine », *Les Annonces de la Seine* 1996, n°66, p. 13 et s. et n°70, p. 14 et s. ; M. Drapier, « Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la "Fondation du patrimoine", une institution à l'équilibre incertain », *D.* 1997. chron. 212.

En outre, divers établissements de droit public ont la faculté d'abriter des fondations. Le plus connu est sans doute l'Institut de France, lequel abrite plus d'un millier de fondations. Son rôle éminent en matière scientifique, culturelle, artistique et philanthropique a en effet favorisé les dons et legs, soit sous la forme de dotations affectées à une œuvre ou à la délivrance de prix, soit, de façon plus significative encore, sous la forme d'œuvres et de biens immobiliers affectés de charges (par exemple, le domaine de Chantilly que le duc d'Aumale transmet à l'Institut en 1886, le musée Jacquemart-André, ou encore la maison Claude Monet à Giverny). Semblablement, depuis la loi du 11 août 2007, « *les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel et les établissements publics de coopération scientifique peuvent créer en leur sein une ou plusieurs fondations universitaires, non dotées de la personnalité morale, résultant de l'affectation irrévocable à l'établissement intéressé de biens, droits ou ressources apportés par un ou plusieurs fondateurs pour la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif conformes aux missions du service public de l'enseignement supérieur* » (C. éducation, art. L. 719-12).

fonds de dotation, certaines associations¹, ou encore les personnes de droit public comme l'Etat et les collectivités locales ? Cela ne nous paraît pas douteux.

Certes, on peut faire valoir qu'à la différence de la Fondation de France, ces personnes morales recueillent les biens et en jouissent pour leur propre compte², de sorte qu'elles ne feraient pas office d'intermédiaire de transmission entre les disposants et leurs bénéficiaires.

Une telle analyse omet cependant que, dans l'esprit des disposants, les biens ne sont cédés que pour obtenir un résultat d'intérêt général. Et il importe peu, à ce égard, que le disposant ait stipulé une charge. Car, qu'il y ait charge ou non, le transfert des biens à la personne morale est toujours commandé par l'idée d'affectation, à savoir la mission d'intérêt général³. La charge d'affectation n'a au fond que pour objet de limiter le champ d'action de la personne morale, en ce sens que le disposant détermine la mission d'intérêt général. Ces personnes morales apparaissent dès lors comme un instrument technique aux fins d'exécution des libéralités des disposants. Sans doute leur intervention est-elle rendue nécessaire à raison du caractère collectif des libéralités, mais elles ne sont que des intermédiaires sur lesquels les disposants prennent appui pour réaliser leurs desseins libéraux.

Au demeurant, on peut remarquer que le transfert des biens à ces personnes morales présente les caractères d'un transfert fiduciaire. D'une part, les prérogatives sur les biens qui leur sont transmis sont nécessairement limitées, car exercées en vue d'assurer l'activité d'intérêt général que le disposant a eu en vue. D'autre part, la richesse de ces biens est affectée à la satisfaction des bénéficiaires de leur activité, en sorte qu'elles ne font pas leur profit personnel des biens dont elles ont la propriété.

Par où l'on voit que les biens ne sont remis à ces personnes morales qu'aux fins de transmission du produit résultant de leur gestion aux tiers bénéficiaires de leur mission d'intérêt général. C'est donc dire qu'elles sont des fiduciaires ayant pour mission d'assurer l'exécution de libéralités d'intérêt général⁴.

¹ On vise ici les associations qui ont pour objet statutaire une activité d'intérêt général, c'est-à-dire les associations reconnues d'utilité publique, et les associations simplement déclarées qui « *ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale* » (L. 1^{er} juill. 1901, art. 6, al. 2, mod. par L. du 23 juill. 1987).

² C'est d'ailleurs pour cette raison que l'on redoute la mainmorte à l'égard des personnes morales de droit privé.

³ Sur la notion d'affectation, voir *supra* n°60.

⁴ En témoigne au demeurant le vocabulaire employé par les acteurs des libéralités à finalité d'intérêt général : « *fiducie philanthropique* » (Termes employés par l'Institut Pasteur à propos des Assises qu'il organise annuellement sur le thème de la gestion de patrimoine et de la philanthropie) ; « *philanthro-capitalisme* » (V. Seghers, *La nouvelle philanthropie*, éd. Autrement, 2009, p. 37).

B. L'existence d'une libéralité au profit de la personne morale

624. Arguments en faveur de la qualité d'acquéreur à titre onéreux. – De ce que la personne morale est un fiduciaire, faut-il déduire qu'elle n'est pas un gratifié du disposant ?

Sans doute l'élément économique de la libéralité est-il bien présent. On constate, en effet, un appauvrissement du disposant et un enrichissement corrélatif de la personne morale¹.

En revanche, l'existence de l'élément intentionnel paraît plus discutable. Le disposant contribue à une œuvre collective, entreprise dans un but d'intérêt général qu'il compte voir atteindre. Aussi, en transférant ses biens à la personne morale, le disposant se propose moins de l'enrichir que d'assurer l'affectation de ses biens à l'œuvre d'intérêt général qu'il a en vue. Simple fiduciaire, la personne morale ne reçoit les biens *que pour* les affecter à la mission d'intérêt général voulue par le disposant. L'affectation des biens apparaît dès lors comme la cause de l'engagement du disposant ; il s'engage envers la personne morale pour qu'elle en consacre l'émolument aux bénéficiaires de son activité de bienfaisance. C'est donc considérer, suivant l'expression de Truchy, que « *l'intention principale et dominante a été de procurer l'exécution de la charge imposée* »², autrement dit, pour reprendre les termes de Furgole, que la libéralité « *n'est faite qu'en considération*

¹ Ainsi s'explique que l'apport à une association ne constitue pas une libéralité. Car, en cas d'apport, l'apporteur dispose d'un droit de reprise, en nature ou en valeur, en cas de dissolution de l'association. De sorte qu'à la différence du gratifiant, l'apporteur ne se dépouille pas de façon définitive. Voir, de façon implicite, Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, *Rev. soc.* 1983. 826, note G. Soussi ; *RTD com.* 1983. 572, note E. Alfanderi et M. Jeantin ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2000, *Deffrénois* 2000. 1226, note R. Crône. Voir aussi S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, préc., n°198 ; P. Chassagne-Belmin, « Les apports aux associations », *Journ. notaires et des avocats* 1958, art. 45646, p. 577 et s. ; R. Brichet, *Associations et syndicats*, 6^{ème} éd., Litec, 1992, n°450, p. 173 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1001, p. 8.

Sans doute cette conception est-elle contestée par certains auteurs, qui soutiennent que le critère de distinction entre l'apport et la donation réside dans les effets produits par l'acte en cause : à la différence du donateur, l'apporteur devient sociétaire et a ainsi le pouvoir d'influer sur les destinées de l'association (Ph. Potentier et X. Meyer, in *Rapport du 92^{ème} congrès des notaires de France*, Deauville, 1996, Travaux de la première commission, p. 50 et s., spéc. p. 56, n°77 ; R. Crône, note préc.). Cette analyse ne doit pas échapper à la critique. D'une part, comme on l'a justement souligné, pour exercer un tel pouvoir dans l'association, il suffit « *de payer sa cotisation annuelle* » (M. Béhar-Touchais, note sous Cass. civ. 1^{ère} mars 1988, *JCP* 1989. II. 21373, spéc. n°12). Il est en effet surprenant de trouver dans l'acquisition d'une qualité dépourvue de toute valeur économique – la qualité de sociétaire – la contrepartie d'une aliénation à titre onéreux. D'autre part, et de façon plus générale, c'est faire écho à la notion d'intérêt moral à laquelle certains arrêts ont certes eu recours pour distinguer la donation et l'apport à une association (Cass. civ. 1^{ère} mars 1988, préc. ; Lyon, 8 juin 1971, *D.* 1971. 557, note M. Chavrier ; *Deffrénois* 1972. 202, note Ph. Malaurie). Mais, on l'a dit, celui qui entend faire une libéralité y trouve toujours un intérêt moral, de sorte que retenir la satisfaction morale du cédant n'est autre qu'une « *machine à faire sauter le droit des libéralités* » (M. Béhar-Touchais, note préc., spéc. n°6). A ce compte, dira-t-on qu'il n'y a pas de libéralité en cas de transfert de biens à une fondation ou à un fonds de dotation au motif que le cédant y exerce une fonction de direction ? En réalité, l'apport à une association, tout comme la libéralité qui lui est faite, réalise une opération fiduciaire. Simplement, là où la libéralité opère un dessaisissement définitif, et donc un appauvrissement et un enrichissement corrélatif de l'association, l'apport n'opère pas un dépouillement définitif car l'apporteur bénéficie d'un droit de reprise à la dissolution de l'association.

² H. Truchy, *Des fondations*, thèse Paris, 1888, p. 246.

de la charge »¹. A raison de cela, les véritables gratifiés sont, non pas la personne morale, mais tous ceux au profit desquels celle-ci va agir².

625. Objections. Qualification de libéralité. – Cette analyse, pour séduisante qu'elle soit, n'est pas sans réplique.

D'une part, sa mise en œuvre peut s'avérer délicate, voire impossible. Il est, en effet, bien souvent difficile d'identifier les bénéficiaires de l'opération. Sans doute peut-on y arriver lorsque le disposant a désigné une catégorie d'individus. Tel est le cas des fondations de prix ou bourses, pour lesquelles le fondateur détermine la catégorie des bénéficiaires à élire. Mais que dira-t-on lorsque le disposant entend affecter ses biens, non pas à un service d'intérêt général dont profitera une catégorie d'individus, mais plutôt au progrès général de l'humanité, telle la recherche scientifique ou médicale ? Peut-on prétendre, en cette occurrence, que la libéralité est l'œuvre personnelle du disposant, qu'il a choisi dans une certaine mesure ses gratifiés ? On en doute sérieusement. Mais, à dire vrai, cela s'explique aisément. Ce que veut le disposant, c'est avant tout contribuer à une cause d'intérêt général. Sans nul doute existe-t-il toujours des individus susceptibles de bénéficier de l'activité de la personne morale, mais la finalité de l'appauvrissement du disposant, sa cause, n'est autre que de gratifier une œuvre d'intérêt général. Partant, est-ce à dire qu'il faille distinguer, parmi les libéralités d'intérêt général, celles qui ont pour bénéficiaires une catégorie d'individus déterminée par le disposant et celles qui ont des bénéficiaires indéterminés ? Nous ne le croyons pas. Car, dans cette vue, seules les premières seraient de véritables libéralités faites aux tiers bénéficiaires ; mais quel serait, alors, la qualification des secondes : des libéralités faites à la personne morale ou, au contraire, des contrats commutatifs niant l'existence même d'une libéralité³ ? Quoi qu'il en soit, est-il raisonnable et opportun d'établir une telle distinction, alors même que le disposant s'appauvrit toujours en vue d'une même finalité, à savoir l'intérêt général ? En réalité, dans l'esprit du

¹ J.-B. Furgole, *Des Testaments*, chap. 7, sect. 3, n°112.

² Voir en ce sens G. Bourcart, note S. 1895. 2. 209 : « Il n'est pas exagéré de dire que la libéralité n'est qu'un moyen, et que le but poursuivi, c'est la réalisation d'un résultat qui ne saurait être confondu avec la pure intention bienfaisante ». Voir également N. Peterka, « Brèves observations sur les dons en ligne », *Communication – Commerce électronique* mai 2005, p. 27, spéc. n°8, qui distingue selon le degré que les tiers bénéficiaires sont déterminés ou non : lorsque les tiers bénéficiaires sont expressément définis et l'intégralité des fonds absorbés, « l'association ne s'enrichit pas et, de fait, le cyber-donateur n'est pas animé à son endroit d'une intention libérale. Le prétendu don avec charges correspond, en réalité, à un don effectué par le biais d'un intermédiaire de transmission, œuvrant à la manière d'un fiduciaire ».

³ La qualification d'acte à titre onéreux aurait pour effet de permettre à tout individu de disposer de ses biens au profit d'une personne morale sans risquer de porter atteinte à la réserve de ses héritiers. A. Geouffre de Lapradelle s'était élevé, à juste titre, contre une telle qualification à propos des fondations : « De toutes les dispositions charitables, celle qui par sa perpétuité présente les conséquences les plus graves serait en même temps celle qui se créerait avec la plus grande facilité ! Plus l'acte a d'effets importants et dangereux pour la famille et la société, plus il serait libre ! » (in *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, préc., p. 282).

disposant, la personne morale est le « *représentant* » des bénéficiaires de son activité d'intérêt général, en ce sens qu'il identifie ceux-ci au travers de celle-ci.

De surcroît, c'est d'autre part un argument de technique juridique qu'il faut avancer à l'encontre de l'analyse suivant laquelle la personne morale ne serait pas gratifiée. Si, du point de vue du disposant, la personne morale n'est qu'un moyen de parvenir à ses fins libérales, autrement dit qu'il ne s'engage envers elle que pour qu'elle accomplisse sa mission d'intérêt général, la situation est toute autre lorsqu'on se place du point de vue de la personne morale. Peut-on considérer, en effet, qu'il existe à proprement parler une charge pesant sur la personne morale ? Celle-ci reçoit des biens qu'elle doit utiliser à un service conforme à ses attributions statutaires. Une telle affectation lui permet ainsi de mieux accomplir sa mission en lui procurant un moyen d'action supplémentaire. Pour le dire autrement, dès lors que la charge d'affectation correspond à l'objet statutaire de la personne morale, l'acquisition des biens lui procure un avantage, en ce sens qu'elle augmente « *sa puissance d'action* »¹. Ce faisant, on ne trouve pas, entre le disposant et la personne morale un rapport d'équivalence, caractéristique du titre onéreux, car, pour celle-ci, la charge d'affectation n'est pas regardée comme un « *sacrifice* »². Comme l'enseignait Ripert, « *pour une personne morale, sa vie, son activité se manifeste par le développement de ses œuvres, et quand un donateur lui donne des biens pour créer des œuvres, ce donateur permet en réalité à la personne morale de remplir sa mission, d'accomplir sa fonction, donc il l'enrichit* »³.

L'assertion n'est du reste pas nouvelle. Tant la jurisprudence⁴ que la doctrine⁵ s'accordent pour dire que la disposition est à titre gratuit ou à titre onéreux selon que l'exécution de la charge d'affectation s'inscrit ou non dans le cadre sa mission¹.

¹ M. Planiol, note sous Nîmes, note sous Nîmes, 22 janvier 1890, *D.* 1891. 2. 113.

² Le terme est employé par M. Jean-Jacques Dupeyroux pour expliquer la différence entre le titre gratuit et le titre onéreux, in *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préc., spéc. n°140 et s., p. 153 et s.

³ G. Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité*, préc., p. 316.

⁴ Voir notamment Cass. civ., 28 oct. 1895, *S.* 1895. 1. 289, note A. Wahl (qualification onéreuse de la disposition faite à un hôpital en vue de créer un lit destiné aux habitants d'une commune voisine, alors que cet hôpital n'est légalement tenu de recevoir que les habitants de la commune) ; Cass. req., 17 nov. 1913, *D.* 1922. 1. 73, 4^{ème} esp., note L. Sarrut (qualification gratuite de la disposition au profit d'une fabrique à charge de construire un presbytère) ; Trib. civ. Saint-Dié, 15 déc. 1892, *S.* 1897. 1. 290 : « *Attendu que lorsqu'une disposition est faite en faveur d'un hospice, l'obligation de créer de nouveaux lits, c'est-à-dire d'étendre l'action secourable de l'établissement, ne saurait être considérée comme une charge ; que tel est, en effet, indépendamment de toute stipulation particulière, l'usage normal des ressources nouvelles acquises par ces établissements ; que les personnes morales de ces catégories ne jouissent de leurs biens qu'en les affectant au service des malades et des indigents ; que, dès lors, toute disposition qui leur permet de secourir un plus grand nombre de malheureux leur procure en réalité une augmentation de richesse ; qu'à ce point de vue il importe peu que le bénéfice de la donation soit affecté à une classe particulière de malades indigents, puisqu'une telle destination reste toujours conforme au but de l'institution hospitalière ; qu'il est toujours vrai de dire, dans ce cas, que l'hospice bénéficie, par cela même qu'il est mis à même de distribuer plus de secours* » ; Trib. civ. Lunéville, 31 oct. 1894, *S.* 1897. 1. 290.

⁵ Voir parmi d'autres J. Ray, *La notion de donation en droit civil français*, préc., p. 132 et s. ; J. Champeaux, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, préc., p. 28 et s. ; M. Bouyssou, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préc., n°104 et s., p. 175 et s. ; J.-J. Dupeyroux, préc. ; H. Souleau, *L'acte de fondation en droit français*, préc., n°68 et s., p. 125 et s. ; G. Ripert, préc. ; P. Esmein, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, préc., p. 102 et s. ; R. Cassin, *Les libéralités avec charges et les fondations en droit français*, préc., p. 216 et s. ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III,

Aussi bien faut-il convenir que la personne morale est gratifiée par le disposant, dès lors que l'affectation des biens voulue par le disposant s'accorde avec son objet statuaire.

626. Conséquences. – Que faut-il déduire de cette qualification ?

S'il y a une libéralité à l'endroit de la personne morale, ce n'est pas dire pour autant que le disposant consent une seconde libéralité aux tiers bénéficiaires. Comme l'a justement souligné Henri Souleau, « *l'intérêt général prime la personnalité individuelle des personnes qui en profiteront* »². Il n'y pas en effet une double libéralité, mais une seule libéralité. Ce que le disposant a en vue, c'est l'intérêt général, et non les individus susceptibles de bénéficier de l'activité bienfaisante de la personne morale. Ce qui signifie, concrètement, que les règles des libéralités ne sont pas applicables aux tiers bénéficiaires, et ce qu'il s'agisse des règles particulières de capacité ou des règles relatives à la réduction des libéralités.

En revanche, on peut s'interroger sur la portée de notre analyse consistant à dire que la personne morale est à la fois un fiduciaire et un gratifié. Quel intérêt y a-t-il à qualifier l'opération de fiducie-libéralité si le fiduciaire est en définitive un gratifié ? N'est-ce pas simplement nommer autrement une opération sans qu'il n'y ait d'effets juridiques qui en découlent ? Nous ne le pensons pas. S'il y a bien une libéralité, il faut également reconnaître qu'elle est d'une nature particulière et que, à ce titre, certaines règles des actes à titre onéreux lui sont applicables. En témoignent les règles relatives à la résolution de la libéralité pour inexécution des charges.

Étudions donc, désormais, le régime juridique de la fiducie-libéralité à caractère collectif.

§ 2 - LE REGIME JURIDIQUE DE LA FIDUCIE-LIBERALITE A CARACTERE COLLECTIF

627. Objectif. – Il n'est pas dans notre dessein de faire un examen exhaustif des libéralités à caractère collectif, mais d'exposer seulement les principales règles de cette libéralité, qui la démarquent des autres libéralités à trois personnes³. Pour ce faire, il convient d'étudier les

préc., n°3012, p. 845 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, n°148 et s., p. 97 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – partages d'ascendants*, préc., n°1200, p. 139 et s.

¹ La conclusion est la même pour ceux qui refusent de voir une libéralité avec charges, mais une libéralité avec affectation spéciale, car « malgré l'affectation spéciale qui accompagne la libéralité, celle-ci conserve toute son ampleur et développe ses conséquences intégralement » (L. Josserand, *Evolutions et actualités*, préc., p. 150 ; du même auteur, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, préc., n°332).

² H. Souleau, *op. cit.*, n°85, p. 148.

³ Par exemple, on n'envisagera pas les règles de fonctionnement des différentes personnes morales susceptibles d'être gratifiées. Sur cette question, voir M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1670 et s., p. 493 et s. ; J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, « Les libéralités à caractère collectif », in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. M. Grimaldi, préc., n°360 et s., p. 1060 et s. ; *Fondations – Fonds de dotation*, sous la dir. F. Charhon et I. Combes, Juris éditions, 2011.

conditions de formation de cette libéralité (A), ses effets (B). et, enfin, les causes susceptibles d'affecter son efficacité (C).

A. Les conditions de formation

628. Libéralité à une personne morale existante. – La personne morale ne peut être bénéficiaire que des seules libéralités dont la charge correspond à sa spécialité statutaire¹. Encore faut-il qu'elle ait la capacité de recevoir à titre gratuit. Sous cet aspect, distinction est faite entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

Si la capacité de jouissance ne pose guère de difficultés lorsque la personne morale est de droit public², il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une personne morale de droit privé dont l'objet social est d'assurer une mission d'intérêt général. Bien qu'elles soient dotées de la *grande personnalité*, les associations reconnues d'utilité publique ne peuvent recevoir tous les dons et legs. L'article 11 de loi du 1^{er} juillet 1901 leur interdit en effet de recevoir des immeubles, qui ne seraient pas nécessaires à son fonctionnement, et d'accepter des donations avec réserve d'usufruit au profit du donateur. Et il en va de même des associations simplement déclarées, qui « *ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale* »³. Au-delà, les autres associations simplement déclarées ne jouissent que d'une *petite personnalité*, de sorte qu'elles ne peuvent recevoir que des dons manuels ou des donations des établissements d'utilité publique, comme la Fondation de France⁴. Cependant, il convient d'observer que la jurisprudence fait preuve d'une grande mansuétude lorsqu'un legs est adressé à une telle association, n'hésitant pas à procéder à une substitution de légataire. Par interprétation de volonté, le juge déclare, ainsi, que le legs est adressé, non pas à l'association incapable, mais à une autre personne morale, capable de

¹ Sur l'analyse du principe de spécialité des personnes morales, voir Ph. Malaurie, *Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2010, n°436 et s., p. 205 et s. ; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 2, préc., n°616 : « *La capacité, si large soit-elle, de toute personne morale se trouve limitée par le principe de sa spécialité* » ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°584, p. 471 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1683 et s., p. 507 et s.

² L'Etat, qui a vocation à recueillir les successions en déshérence (C. civ., art. 768), jouit d'une capacité à recevoir des dons et legs que lui reconnaît implicitement l'article L. 1121-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Il en va de même pour les communes (CGCT, art. L. 2242-1), pour les départements (L. 10 août 1871, art. 46-5°), pour les régions (L. 6 janv. 1986, art. 20, 2°, c) et pour les établissements publics, à la condition pour ces derniers que la libéralité corresponde à leur principe de spécialité (CGCT, art. L. 2242-3, pour établissements publics communaux ; CGPPP, art. L. 1121-2, pour les établissements publics dépendant de l'Etat). Sur l'ensemble de la question voir J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, « Les libéralités aux personnes morales de droit public », in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. M. Grimaldi, préc., n°381.11 et s., p. 1091 et s.

³ L. 1^{er} juill. 1901, art. 6, al. 2, mod. par L. du 23 juill. 1987.

⁴ L. 1^{er} juill. 1901, art. 6, al. 1^{er}, mod. par L. du 23 juill. 1987.

recevoir à titre gratuit, ayant un objet statutaire similaire¹. A rebours des associations, les fondations et les fonds de dotation jouissent de la capacité de recevoir tous les dons et legs².

Il reste que si la personne morale a la capacité de jouissance d'accepter la libéralité, il faut également qu'elle en ait la capacité d'exercice. Les personnes morales de droit ont, en principe, la pleine capacité d'exercice³. Quant aux personnes morales de droit privé, leur capacité d'exercice est limitée, en ce sens que le représentant de l'Etat du département de leur siège dispose d'un droit d'opposition postérieurement à l'acceptation de la libéralité par la personne morale⁴.

629. Legs à une personne morale à créer. – On a longtemps objecté au legs adressé à une personne morale à créer la prohibition des libéralités aux personnes futures édictée par l'article 906 du Code civil⁵. Et de fait, la Cour de cassation décidait qu'un legs n'est valable que si la personne morale existe au décès, la propriété des biens légués se trouvant sinon vacante entre le décès et la constitution de la personne morale⁶. Mais cette jurisprudence a perdu de sa portée

¹ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n°09-68221, *Dr. fam.* 2010. comm. 167, note B. Beignier ; Ph. Viudes et Ch. Albouy, « De la théorie de l'affiliation en matière de libéralités faites à des associations », *JCP éd. N* 2011. 1164, qui approuve les juges du fond d'avoir donné effet utile à un legs adressé à diverses associations simplement déclarées défendant la cause animale en y substituant la CNSPA de France, reconnue d'utilité publique, au motif que les associations désignées étaient affiliées à celle-ci : « *Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté, que Marthe X... avait clairement testé en faveur de l'association Société des amis des chats de Toulon, sans chercher à contourner par une interposition de personnes l'interdiction de recevoir directement une libéralité frappant cette association, que manifestement elle ignorait, en a exactement déduit que le mécanisme juridique admis par l'autorité administrative, consistant à autoriser l'organisme d'utilité publique auquel l'association gratifiée est affiliée à accepter le legs, à charge pour lui d'en affecter le montant à une oeuvre ou une action de cette association, dans le respect de la volonté du testateur, ne constitue pas une interposition de personne prohibée au sens de l'article 911 ancien du code civil ; que le moyen n'est pas fondé* ». Adde A. Ponsard, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments, préc., spéc. n°10.

² L. du 23 juill. 1987, art. 18, pour les fondations, L. 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III, pour les fonds de dotation.

³ CGPPP, art. L. 1121-1, pour l'Etat ; CGCT, art. L. 2242-1 pour les communes, CGCT, art. L. 3213-6, pour les départements ; L. 4 févr. 1901, sur la tutelle administrative, art. 4, pour les établissements publics. Ce principe souffre deux tempéraments : d'une part, une réclamation de la famille du disposant a pour effet de subordonner l'acceptation à une autorisation donnée par décret en Conseil d'Etat ; d'autre part, les établissements publics ne peuvent accepter ou refuser une libéralité grevée de charges, de condition ou d'affectation immobilière qu'après une autorisation donnée par arrêté préfectoral à l'établissement est communal ou départemental, par décret en Conseil d'Etat si l'établissement est national. Sur ces tempéraments, voir J.-P. Marguénaud et B. Dauchez, « Les libéralités aux personnes morales de droit public », in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. M. Grimaldi, préc., n°381.20 et s., p. 1091 et s.

⁴ C. civ., art. 910, al. 2 et 3, mod. par Ord. n°2005-856 du 28 juill. 2005. Antérieurement, l'acceptation des libéralités était subordonnée à une autorisation administrative préalable. Deux précisions : d'une part, le droit d'opposition de l'administration doit être exercé dans un délai de deux mois pour une donation et de quatre mois pour un legs à compter de la date mentionnée par le préfet dans l'accusé de réception du dossier transmis en préfecture (D. n°2007-807 du 22 mars 2007, art. 2) ; d'autre part, cette procédure d'opposition n'est pas applicable, curieusement, aux libéralités consenties aux fonds de dotation (L. 4 août 2008, art. 140, III ; voir F. Sauvage et E. Pornin, « L'émergence des fonds de dotation dans le paysage du mécénat français », *Bull. Joly Sociétés* juin 2009. 620 et s.). Sur l'ensemble de la question voir notamment J.-F. Sagaut, « Regard notarial sur le nouveau régime des libéralités faites aux associations, congrégations et fondations », *JCP éd. N* 2007. 1200.

⁵ V. Guedj, *Essai sur le régime juridique des fondations*, préc., n°269 et s., p. 193 et s.

⁶ Cass. civ., 12 avr. 1864, *DP* 1864. 1. 218 ; Cass. civ., 14 août 1866, *DP* 1867. 1. 110 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n°258. Comp. l'analyse du Conseil d'Etat qui écarte l'objection tirée de l'article 906 du Code civil, au motif que la reconnaissance d'utilité publique rétroagit au décès (CE, avis, 30 juill. 1884, n°51580 ; CE, avis, 20 juin 1892, n°92176, cités par M. Pomey, *Traité des fondations d'utilité publique*, préc., p. 408).

suite à la loi du 4 juillet 1990 modifiant la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. Après avoir posé dans son article 18, alinéa 2 que « *Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale, la fondation ne jouit de la capacité qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'Etat accordant la reconnaissance d'utilité publique* », elle ajoute dans son article 18-2 : « *Un legs peut être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession sous la condition qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique. La demande de reconnaissance d'utilité publique doit, à peine de nullité du legs, être déposée auprès de l'autorité administrative compétente dans l'année suivant l'ouverture de la succession. Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 18, la personnalité morale de la fondation reconnue d'utilité publique rétroagit au jour de l'ouverture de la succession* ».

Ainsi, la fondation directe par testament est désormais licite. Simplement elle nécessite une reconnaissance d'utilité publique par le Gouvernement, laquelle, si elle est demandée dans l'année, rétroagit au jour de l'ouverture de la succession, de sorte que la fondation a eu la capacité de devenir propriétaire depuis le jour de l'ouverture de la succession du fondateur¹.

De façon identique, l'article 140 de la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie admet qu'un legs puisse être consenti à un fonds de dotation à créer, à condition qu'il acquière la personnalité morale dans l'année suivant l'ouverture de la succession².

En dehors de ces deux régimes dérogatoires, le legs à une personne morale de droit privé future continue de se heurter à la prohibition de l'article 906 du Code civil. Il en va notamment ainsi pour les associations, alors même qu'elles bénéficient, après leur création, de la reconnaissance d'utilité publique³. Les personnes désireuses de gratifier *post mortem* une personne

¹ La fiction de la rétroactivité n'étant pas à même d'effacer la réalité d'une période intermédiaire qui s'étend jusqu'à la reconnaissance d'utilité publique, la loi pourvoit par différentes mesures au bon déroulement de la procédure de constitution de la fondation. Il est ainsi prévu que la constitution directe d'une fondation post mortem nécessite que les personnes chargées de constituer la fondation et d'en demander la reconnaissance d'utilité publique soient désignées par le fondateur dans son testament. A défaut, le préfet de région du lieu d'ouverture de la succession désigne une fondation d'utilité publique qui devra entreprendre les démarches de constitution (L. du 23 juill. 1987, art. 18-2, al. 4). Sous cet aspect, les personnes chargées de constituer la fondation ont « la saisine sur les meubles et immeubles légués et disposent à leur égard d'un pouvoir d'administration, à moins que le testateur ne leur ait conféré des pouvoirs plus étendus » (art. 18-2, al. 5). Cette « saisine » est d'une nature particulière. Elle a pour seule fonction de permettre à la personne qui en bénéficie d'appréhender les biens légués à seule fin de les administrer jusqu'à la création de la fondation. Elle ne doit pas être confondue avec la saisine des héritiers (C. civ., art. 724), ni avec celle de l'exécuteur testamentaire (C. civ., art. 1030). Sur ce point, voir G. A. Daublou, « Remarques sur les fondations », *Deffrénois* 1997. 497 ; J. Bernard de Saint Affrique, « Fondations et libéralités : problèmes actuels », *Deffrénois* 1997. 1105.

² Ainsi que le prévoit l'article 140, IV de la loi du 4 août 2008, à défaut de désignation par le testateur des personnes chargées de constituer le fonds de dotation, il est procédé à cette constitution par une fondation reconnue d'utilité publique, un fonds de dotation ou une association reconnue d'utilité publique. Pour l'accomplissement des formalités de constitution du fonds, les personnes chargées de cette mission ou le fonds de dotation désigné à cet effet ont la saisine sur les meubles et immeubles légués. Ils disposent à leur égard d'un pouvoir d'administration, à moins que le testateur ne leur ait conféré des pouvoirs plus étendus.

³ Voir par exemple Rouen, 1^{ère} ch., 1^{er} févr. 2006, *JurisData* n°2006-296106.

morale à venir ont néanmoins la possibilité de recourir au procédé du legs à charge de fonder, technique utilisée naguère pour les fondations future¹.

Il reste qu'on peut difficilement expliquer l'existence de règles différentes entre toutes ces personnes morales. Ne pourra-t-on pas, à l'instar du droit québécois, unifier les règles applicables aux libéralités à caractère collectif² ?

630. Conflits entre personnes morales. – Outre la question de la capacité de la personne morale, il peut arriver que plusieurs d'entre elles se considèrent comme gratifiées dans le cas où la désignation est imprécise.

Cette difficulté trouve un terrain fécond à propos des legs adressés à des organismes de lutte contre le cancer. Face aux approximations des testateurs, les juges usent de leur pouvoir d'interprétation pour donner effet utile aux legs. Ils s'appuient ainsi sur les termes employés par le testateur³, les libéralités antérieurement adressées ou l'adhésion par le *de cuius* de son vivant à telle ou telle personne morale⁴, pour déterminer le légataire. Et lorsque le doute subsiste, le legs est réparti le plus souvent à égalité entre tous les organismes en concours⁵.

Au-delà, on peut observer toute l'utilité que la Fondation de France peut avoir face à des testaments imprécis. Alors que les autres personnes morales ont une capacité de recevoir limitée par le principe de spécialité à l'un des aspects de l'intérêt général, la Fondation de France a, au contraire, un objet social qui lui permet de recevoir toutes les libéralités consacrées à l'intérêt général. Ainsi, par un arrêt du 28 avril 1976, la Cour d'appel de Nancy a estimé que la Fondation de France devait se faire envoyer en possession de la succession de la testatrice, qui avait évasivement institué « *pour légataire, le cancer, le cœur, des messes pour la famille* », afin de répartir l'actif de manière égalitaire entre les organismes de recherche sur le cancer et les organismes de recherche sur les maladies du cœur⁶. L'on voit ainsi que la Fondation de France peut être appelée

¹ Voir par exemple Cass. req., 21 juin 1870, *DP* 1871. 1. 97 ; Cass. req., 8 avr. 1874, *DP* 1876. 1. 225 ; Caen, 12 nov. 1869, *DP* 1869. 2. 225, note A. Bertauld ; Paris, 1^{er} mars 1900, *aff. Goncourt*, *S.* 1905. 2. 78 ; T. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, *DP* 1928. 2. 121, note R. Savatier.

² Voir ainsi C. civ. Québec, art. 1270 qui prévoit la fiducie d'utilité sociale est faite dans « *un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique* » et les article 1256 et suivants qui réglementent la fiducie d'utilité sociale.

³ Paris, 3 sept. 1997, *Dr. fam.* 1998. comm. 29, note B. Beignier ; Paris, 10 sept. 1997, *D.* 1997. IR.. 235 ; Paris, 7 mai 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 173, 1^{ère} esp., note B. Beignier ; Poitiers, 10 nov. 1998, *Dr. fam.* 1999. comm. 48, note B. Beignier.

⁴ Paris, 17 mars 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 173, 2^{ème} et 3^{ème} esp., note B. Beignier ; Paris, 26 mai 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 173, 2^{ème} et 3^{ème} esp., note B. Beignier ; TGI Paris, 4 mars 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 90, note B. Beignier.

⁵ Rouen, 22 févr. 1995, *JCP* 1996. IV. 401 ; Paris, 17 nov. 2000, *Dr. fam.* 2001. comm. 88, 1^{ère} esp., note B. Beignier ; TGI Paris, 28 janv. 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 142, note B. Beignier.

⁶ Nancy, 28 avr. 1976, *JCP* 1976. II. 19123, note crit. A. Brimo ; *JCP* 1976. II. 19158 bis, droit de réponse de M. Seydoux (président de la Fondation de France) ; *Deffrénois* 1977. art. 31396, note H. Souleau. Dans le même sens voir Nancy, 15 janv. 1997, *JurisData* n°1997-048650 ; *JCP* 1998. IV. 2361, qui, en présence d'un legs « *en faveur de la*

à recueillir avec leurs charges des libéralités dont les destinataires auraient été insuffisamment désignés par le disposant.

B. Les effets

631. Respect de l'affectation voulue par le disposant. – Le fait que l'opération ne réalise qu'une seule libéralité, dont le bénéficiaire est l'intermédiaire, ne doit pas masquer la finalité recherchée par le disposant, à savoir l'affectation des biens à la satisfaction d'un service d'intérêt général.

Ainsi, si cette affectation n'est plus assurée par la personne morale, il importe de trouver les moyens de la contraindre. Sans nul doute, le disposant ou ses héritiers peuvent agir en exécution de la charge d'affectation¹.

Qu'en est-il des bénéficiaires de l'activité bienfaitrice de la personne morale ? Dans la mesure où la volonté du disposant est plus de s'appauvrir au profit d'une œuvre d'intérêt général que de gratifier les tiers bénéficiaires de cette œuvre, on peut penser que celui-ci n'a pas voulu leur accorder une action en exécution contre la personne morale². L'analyse peut paraître toutefois excessive. Certes, le disposant ne consent pas, à proprement parler, une libéralité aux tiers bénéficiaires, mais rien n'empêche d'appliquer ici les principes de la stipulation pour autrui³. Au surplus, reconnaître aux tiers bénéficiaires un droit direct à l'encontre de la personne morale peut être opportun. Comme on l'a justement souligné, « *l'on peut craindre, en effet, que si par inertie ou négligence la personne morale n'exécute pas la charge, les héritiers, plutôt que d'en poursuivre l'exécution, ne préfèrent agir en révocation du legs et mettent alors à néant la mission d'intérêt général voulue par le disposant* »⁴. Simplement, l'existence de ce droit direct contre la personne morale chargée de l'œuvre suppose que les tiers bénéficiaires soient déterminables. Pratiquement, deux hypothèses sont concevables : soit leur déterminabilité est objective, c'est-à-dire que le moment venu d'exécuter la charge, les bénéficiaires peuvent être identifiés sans intervention de la personne morale, alors ceux-ci disposent d'une action directe contre celle-ci ; soit, leur déterminabilité est subjective, en ce sens qu'ils ne peuvent être identifiés que par l'intervention de la personne morale, alors chacune des

recherche contre le cancer » sans désignation précise du destinataire et dans l'impossibilité d'interpréter le testament olographe en faveur d'un organisme déterminé, décide que « *ce legs bénéficiera à la Fondation de France, établissement reconnu d'utilité publique et dont le but est de recevoir toutes libéralités sous forme notamment de dons et legs et de redistribuer ces libéralités au profit de personnes, œuvres ou organismes d'intérêt général* ».

¹ Souvent, les héritiers préféreront poursuivre la révocation afin de récupérer les biens donnés ou légués.

² F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°595, p. 477.

³ H. Souleau, *L'acte de fondation en droit français*, préc., n°90 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°369 et s., p. 243 et s. ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1696, p. 517 et s.

⁴ J. Flour et H. Souleau, *op. cit.*, n°369, p. 243.

personnes pouvant être élues dispose d'une action directe contre la personne morale relativement à l'élection¹.

632. Révision de la charge. – La personne morale qui assure l'affectation des biens au service d'intérêt général voulu par le disposant peut être confrontée à des difficultés d'exécution. La durée d'exécution de la charge, liée à l'existence de la personne morale, explique qu'il soit parfois nécessaire de réviser les modalités d'exécution. Aussi bien celle-ci peut-elle demander judiciairement, depuis la loi du 4 juillet 1984, que la charge d'affectation soit adaptée aux circonstances nouvelles, sans pouvoir obtenir pour autant sa mainlevée². De ce point de vue, l'éventail laissé au juge est tel que la survie de l'œuvre est assurée³.

C. Les causes d'inefficacité

633. Nullité. – La libéralité consentie à la personne morale est exposée aux causes de nullité des contrats – vices du consentement, incapacité, illicéité ou immoralité de l'objet ou de la cause de l'opération fiduciaire.

On en trouve un exemple dans la célèbre affaire du chien « *Costaud* ». Ce chien d'aveugle avait évité à une jeune fille d'être renversée par une voiture en se précipitant sur la chaussée, mais lui-même avait été grièvement blessé par le véhicule. La Société Protectrice des Animaux (SPA) avait alors lancé dans la presse une campagne de souscription au bénéfice de ce chien afin de « *contribuer aux frais élevés nécessités par les soins à donner à ce pauvre animal* ». Emus, de nombreux donateurs avaient répondu à cet appel. Il advint cependant qu'un vétérinaire accepta de soigner le chien gratuitement, de sorte que l'important produit de la souscription se révéla inutile. Le Tribunal civil de Saint-Etienne et la Cour d'appel de Lyon exclurent l'un et l'autre que

¹ H. Souleau, *L'acte de fondation en droit français*, préc., n°97 à 103 ; J. Flour et H. Souleau, *op. cit.* ; M. Grimaldi, *op. cit.* Adde R. Cassin, *op. cit.*, p. 385 et s., spéc. p. 389 : « *Lorsque l'héritier légal ou légataire universel institué à défaut d'héritiers du sang est grevé d'une charge au profit d'une personne indéterminée ou non encore existante, il n'y a personne au monde qui ait le droit d'agir en exécution de la charge* ».

² C. civ., art. 900-2 et s. Rappelons que les conditions de la révision sont au nombre de quatre : l'exécution de la charge doit être devenue difficile ou sérieusement dommageable ; la lourdeur de la charge doit s'expliquer par l'évolution des circonstances ; le gratifié doit justifier des diligences qu'il a faites pour exécuter la charge ; la révision ne peut être demandée que dix ans après la mort du disposant ou une précédente révision. Sur ces conditions, voir F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°331-4, p. 266 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1412, p. 316 et s. Sur les difficultés rencontrées par les personnes morales gratifiées avant la loi du 4 juillet 1984, voir J. Grosclaude, « L'adaptation pour les personnes publiques des charges attachées aux libéralités », *JCP* 1980. I. 2990.

³ Dans le même esprit, on peut remarquer que la mainlevée de la clause d'inaliénabilité ne sera jamais possible (C. civ., art. 900-1, al. 2). La règle est parfaitement justifiée : la révision de la charge permet l'adaptation de la charge par rapport à l'évolution des circonstances, de sorte qu'elle est toujours en rapport avec la volonté du disposant, alors que la mainlevée de l'inaliénabilité libère purement et simplement le gratifié, ce qui ne correspondrait plus, ici, à la volonté du disposant de faire perdurer une œuvre.

l'association fût libre d'affecter à un autre usage les fonds que l'association avait ainsi recueillis¹. Précisément, les juges de Lyon considérèrent qu'il s'agissait de donations avec affectations spéciales, lesquelles étaient devenues sans objet. Ainsi, la SPA devait-elle compte à tous les souscripteurs des sommes inemployées.

634. Caducité. – Par ailleurs, des difficultés peuvent surgir en cas de legs à une personne morale à créer. En effet, par suite de la renonciation du légataire, en cas de legs à charge de fonder, ou, en cas de legs direct à la personne morale future, par suite de l'impossibilité de la créer, le legs est frappé de caducité, de sorte que les héritiers recueillent les biens légués. Se pose toutefois une question : recueillent-ils les biens libres de charge ? Autrement dit, les héritiers n'ont-ils pas l'obligation de poursuivre l'affectation des biens voulue par leur auteur ?

La jurisprudence a affirmé, à plusieurs reprises, l'existence d'une telle obligation à propos du legs à charge de fonder². Si le legs devient caduc par suite, par exemple, de la renonciation du légataire, la charge de fonder ne tombe pas et s'impose aux héritiers du testateur. Le fondement de cette solution, on l'a dit, réside dans ce que la charge est réelle, en ce sens qu'elle est attachée aux biens plus qu'à la personne de son débiteur³. Sous cet aspect, la solution mérite d'être appliquée lorsque le disposant use du procédé du legs avec charge. Tel peut être encore le cas lorsqu'il veut gratifier une association à créer puisqu'aucune disposition légale ne permet de disposer directement au profit d'une association future.

Pour autant, la solution est-elle transposable aux legs directs à une personne morale future, lorsque ceux-ci sont valables, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de legs consentis aux fondations et aux fonds de dotation à créer ? A première vue, la négative semble s'imposer. Car l'inefficacité du legs résulte ici d'une impossibilité technique comme, par exemple, le refus de l'administration de reconnaître l'utilité publique de la fondation, la non-acquisition du fonds de dotation dans l'année du décès du testateur. On ne voit pas, dès lors, quelle obligation pourrait avoir les héritiers par suite d'inefficacité du legs. Il reste qu'une telle position peut paraître excessive et surtout non respectueuse de la volonté du disposant. Ici encore, ce que voulait le *de cuius*, c'était affecter les

¹ Trib. civ. Saint-Etienne, 8 juill. 1957, *D.* 1958. 124, note R. Nerson ; Lyon, 20 oct. 1959, *D.* 1959. 111, note R. Nerson.

² Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, *Bull. civ.* I, n°258 ; *Gaz. Pal.* 1988. 137, note E. S. de la Marnierre. Voir aussi Paris, 1^{er} juill. 1926, *D.* 1928. 2. 121, 1^{ère} espèce, note R. Savatier. Trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, préc. ; Douai, 29 nov. 1893, *DP* 1894. 2. 599 : « *Attendu que la renonciation de l'abbé Lepoutre n'entraîne pas la caducité de la charge à laquelle il était tenu par le legs ; qu'il en résulte seulement que la charge doit être acquittée par ceux qui recueillent* » ; Cass. req., 28 juill. 1903, *DP* 1905. 1. 425, note M. P. : « *Attendu que les juges du fait n'ont point supprimé, ainsi que l'affirme le demandeur au pourvoi, un prétendu legs de eo quod supererit, qui aurait été fait aux pauvres par le de cuius ; qu'interprétant, comme elle en avait le devoir et le droit, la volonté de la testatrice, la cour d'appel a considéré qu'il fallait voir dans ses dispositions, non un legs proprement dit au profit d'œuvres, d'établissements de bienfaisance et de pauvres spécialement désignés, mais une charge que la testatrice imposait à ses héritiers* ».

³ Sur cette notion, voir *supra* n°73.

biens légués à une œuvre d'intérêt général. Or, sous cet angle, il nous semble que les héritiers pourraient avoir la charge de suivre l'affectation voulue par leur auteur, notamment en poursuivant la création du fonds de dotation ou encore en transmettant les biens à une fondation apte à les recevoir. Il faut néanmoins admettre que l'efficacité du procédé est assez réduite puisqu'aucune personne ne peut forcer les héritiers à accomplir la charge d'affectation.

635. Révocation. – L'efficacité de la libéralité peut être atteinte à raison d'une cause légale de révocation. La révocation pour ingratitude de la personne morale semble une hypothèse spéculaire. En revanche, la libéralité peut être révoquée par suite de la survenance d'un enfant du disposant, conformément aux conditions de l'article 960 du Code civil.

Surtout, la libéralité est révocable à raison de l'inexécution de la charge d'affectation. C'est ici que le régime de cette libéralité se distingue d'une libéralité classique. Alors que la révocation de la libéralité n'est possible que si la charge a été la cause impulsive et déterminante du consentement du disposant¹, ce sans quoi il n'aurait pas disposé, la révocation de la libéralité consentie à la personne morale est toujours révocable en cas d'inexécution de la charge. En effet, le caractère fiduciaire du rapport de droit entre le disposant et la personne morale imprime à la libéralité un régime qui la rapproche des règles des contrats à titre onéreux. Si le disposant s'est appauvri au profit de la personne morale, ce n'est que pour qu'elle affecte les biens à la mission d'intérêt général qu'il avait en vue. De sorte que, comme tout contrat synallagmatique, la libéralité doit être résolue en cas d'inexécution de la charge par la personne morale, et ce que cette inexécution lui soit imputable à faute ou qu'elle procède d'un cas de force majeure². Ainsi s'explique, au demeurant, la jurisprudence séculaire relative à la révocation des libéralités faites aux personnes morales pour inexécution des charges³.

Il reste que si l'on comprend aisément que le disposant puisse bénéficier de ce droit de révocation, on peut discuter de l'opportunité de l'usage de ce droit par les héritiers. Car si la révocation de la libéralité sanctionne la violation des intentions du *de cuius*, elle dépasse néanmoins l'objectif recherché par celui-ci, car les biens reviennent alors aux héritiers libres de

¹ Sur la cause impulsive et déterminante, voir *supra* n°223.

² Sur la question de savoir si la libéralité « classique » doit être révoquée lorsque l'inexécution de la charge n'est pas imputable au gratifié, voir *supra* n°223.

³ Voir notamment Cass. civ., 19 oct. 1896, *D.* 1897. 1. 604 ; Cass. req., 9 mai 1905, *D.* 1905. 1. 428 ; Cass. civ., 23 juill. 1913, *D.* 1915. 1. 49 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, *Bull. civ.* I, n°140 ; *JCP* 1995. II. 22387, note Ph. Brun ; *JCP* 1995. I. 3876, n°9, obs. R. Le Guidec ; *D.* 1995. somm. comm. 49, obs. M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1995. 167, obs. J. Patarin ; Nancy, 24 juin 1893, *D.* 1895. 2. 395 ; Bordeaux, 8 juin 1959, *JCP* 1960. II. 11638, note Y. Guyon ; Poitiers, 24 mars 1976, *JCP* 1976. II. 18379, note R. Savatier.

toute charge. Cet anéantissement apparaît d'autant plus critiquable qu'il intervient souvent longtemps après la libéralité, et que l'exécution de la charge est devenue désuète¹.

636. Réduction. – L'efficacité de la libéralité peut enfin être atténuée par les règles protectrices de la réserve héréditaire. A cet égard, elle prend rang, dans les opérations d'imputations, à sa date de formation, soit au jour de la donation, soit, en cas de legs, au jour de la mort du testateur. Son évaluation ne saurait poser de difficulté. Car, bien qu'une charge soit stipulée par le disposant, celle-ci est dans l'intérêt de la personne morale, de sorte qu'elle n'a pas pour effet de diminuer son émolument. Enfin, comme toute libéralité faite à un tiers, elle présente un caractère précipitaire. Le risque de réduction est donc accentué. Mais, il peut être diminué, voire complètement anéanti, en cas de renonciation anticipée des héritiers réservataires à leur action en réduction².

* * *

637. Conclusion de la Section. – En voulant gratifier une œuvre d'intérêt général, le disposant consent une libéralité dite à caractère collectif. Se dessine ainsi un autre type de fiducie-libéralité : la fiducie-libéralité à caractère collectif. En effet, la libéralité revêt ici un caractère d'intérêt général, en sorte que ses bénéficiaires finaux sont indéterminés. Aussi l'intervention de la personne morale est-elle rendue nécessaire afin d'assurer l'exécution de la volonté libérale du disposant. Trait d'union entre le disposant et les bénéficiaires, catalyseur de la libéralité, la personne morale assure ce faisant une mission fiduciaire.

Cependant, cette mission n'est autre que la réalisation de son objet statutaire. Œuvrant pour l'intérêt général dans un but non lucratif, la personne morale ne consent aucun sacrifice en acceptant l'affectation des biens prescrite par le disposant. Aussi bien faut-il constater l'absence d'un rapport d'équivalence, signe du titre onéreux, entre le disposant et la personne morale.

Voici ainsi toute l'originalité de cette institution fiduciaire. Mêlant les qualités de fiduciaire et de gratifié sur la tête de la personne morale, cette fiducie-libéralité connaît un régime juridique qui emprunte tant au titre gratuit qu'au titre onéreux.

¹ Voir ainsi Bordeaux, 8 juin 1959, préc. ; Poitiers, 24 mars 1976, préc.

² C. civ., art. 929 et s.

Conclusion du Chapitre I

638. Lorsque la libéralité à trois personnes réalise une seule libéralité et que l'intermédiaire est investi de la propriété des biens, l'opération présente un caractère fiduciaire. En effet, tel un fiduciaire, l'intermédiaire n'acquiert la propriété des biens qu'afin de la gérer et de la transmettre, au bout d'un certain temps, à un tiers bénéficiaire. Simplement, faute d'une consécration légale de l'institution de la « fiducie-libéralité », c'est sous couvert d'institutions connues de notre droit, qu'elle se concrétise. A cet égard, on peut distinguer deux types de fiducie-libéralité.

639. Le premier type est à caractère individuel, en ce sens que le disposant transmet la propriété de ses biens à l'intermédiaire en vue de gratifier une ou plusieurs personnes déterminées. Il en va ainsi de l'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie. Dans sa version moderne, l'opération est dite de placement, car l'assureur joue un rôle de gestionnaire de fonds pour le compte d'autrui. Il n'a donc jamais l'espérance de conserver les fonds qu'il gère. Si la licéité de l'opération n'est pas douteuse, se pose en revanche la question des règles applicables : les sommes que le bénéficiaire désigné reçoit doivent-elle être régies par les règles spéciales du Code des assurances ou, au contraire, par les règles du droit commun des libéralités ? Par plusieurs arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 2004, la Cour de cassation a considéré que ces contrats d'assurance sont régis par les règles du droit des assurances. Partant, le bénéficiaire peut repousser toute demande de rapport de ses cohéritiers ainsi que toute demande de réduction des héritiers réservataires du souscripteur pour atteinte à la réserve, sauf si les primes versées ont été manifestement exagérées. La solution paraît bien davantage soutenue par des arguments de politique juridique que de stricte logique. Car on peine à voir l'existence d'un aléa dans ces contrats d'assurance. Pour autant, il faut faire avec et, par voie de conséquence, considérer que le bénéfice reçu est une « libéralité atypique » dans la mesure où elle n'est ni rapportable ni réductible.

Au-delà du cas particulier de l'assurance placement, on peut observer que la fiducie-libéralité à caractère individuel se réalise sous couvert des libéralités avec charges au profit d'un tiers. L'intermédiaire est alors dans la situation d'un fiduciaire en ce sens qu'il n'est ni un gratifié ni un propriétaire ordinaire. La licéité de l'opération n'est cependant pas certaine. La loi du 19 février 2007, qui a introduit la fiducie dans le Code civil, prescrit en effet la nullité du contrat de fiducie lorsqu'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Pour autant, il nous apparaît que cet obstacle légal peut être dépassé. L'un des éléments essentiels du contrat de fiducie réside

dans la constitution d'un patrimoine d'affectation. Aussi bien devrait-il être permis de réaliser des opérations fiduciaire à effets restreints, sans patrimoine d'affectation. Pas davantage on ne saurait raisonnablement soutenir que la fiducie-libéralité se heurte à des règles impératives du droit des contrats et du droit des biens. Sur cette voie, on a pu identifier les éléments d'un régime juridique de la fiducie-libéralité. Il reste que celui-ci présente des contours incertains. C'est en effet le régime juridique des libéralités avec charges qui lui est appliqué. Or, si les règles de forme peuvent être aisément adaptées à la fiducie-libéralité, il n'en pas toujours ainsi des règles régissant les effets de l'opération. En témoigne notamment le fait que le gratifié ne bénéficie ni d'un droit de préférence par rapport aux créanciers du fiduciaire, ni d'un droit de suite qui lui permettrait de revendiquer le bien entre les mains d'un tiers acquéreur. En témoignent également les difficultés liquidatives que génèrent la fiducie-libéralité. Aussi bien est-ce *de lege ferenda*, par une nouvelle disposition du Code civil consacrant la fiducie-libéralité, que l'on pourra dissiper les doutes.

640. Le second type de fiducie-libéralité présente un caractère collectif. Elle se distingue de la fiducie-libéralité à caractère individuel par deux traits. D'une part, les bénéficiaires finaux sont indéterminés. L'intention libérale du disposant est dirigée vers une collectivité et dépasse les intérêts individuels de chaque individu. Autrement dit, le disposant est mû par le désir de satisfaire l'intérêt général. Aussi est-ce en sollicitant le concours d'une personnes morale à but non lucratif et œuvrant pour l'intérêt général qu'il peut mettre en œuvre sa volonté libérale. La personne morale assure alors une mission fiduciaire : la propriété des biens ne lui est transmise qu'aux fins d'accomplissement de sa mission d'intérêt général. D'autre part, et non sans un paradoxe, si la personne morale est un fiduciaire, elle n'en demeure pas moins gratifiée. On peut observer, en effet, qu'elle ne consent aucun sacrifice en acceptant l'affectation des biens prescrite par le disposant. Bien au contraire, la charge qui lui est imposée « *augmente sa puissance d'action* ».

De là il suit que les règles applicables à cette fiducie-libéralité alternent entre les règles des libéralités et celles des actes à titre onéreux. Plus précisément, les conditions de formation sont soumises aux règles des libéralités. De même, la plupart des règles régissant les effets des libéralités sont applicables. Simplement, en cas d'inexécution de la charge, le caractère fiduciaire de l'opération emporte l'application des règles relatives à la résolution des contrats synallagmatiques, et non pas celles relatives à la révocation des libéralités pour inexécution des charges. Alors que la révocation de la libéralité n'est possible que si la charge a été la cause impulsive et déterminante du consentement du disposant, ce sans quoi il n'aurait pas disposé, la révocation de la libéralité consentie à la personne morale est toujours révocable en cas d'inexécution de la charge.

CHAPITRE II

L'INTERMEDIAIRE - REPRESENTANT

641. Pouvoir et représentation. – Nul ne conteste que la notion de pouvoir est un genre au sein duquel la notion de représentation est une espèce. La représentation est même présentée comme l'archétype du pouvoir¹. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant reflète cette tendance. Il définit le pouvoir de droit privé notamment comme une « *aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui (personne physique ou morale) et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue (pouvoir d'administrer, de disposer, etc.) qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention (et rend l'acte par lui accompli obligatoire pour le représenté) mais à une mission (emportant soit obligation d'agir, soit au moins devoir de diligence, avec faculté d'appréciation)* »².

Ainsi est-il naturel que cette technique puisse être le vecteur d'une libéralité à trois personnes. Toutefois, à la différence de l'intermédiaire-fiduciaire, investi de la propriété temporaire des biens de la libéralité, l'intermédiaire-représentant n'exerce aucune prérogative d'un propriétaire. Les biens de la libéralité ne transitent pas par son patrimoine. Simplement, l'exercice de tout ou partie des droits du gratifié lui est confié, pour une durée limitée. Telle est ainsi la mission de l'intermédiaire-représentant : assurer la bonne exécution de la volonté libérale du disposant en représentant, pendant un temps, les intérêts des gratifiés.

642. Droit commun et droit spécial. – Pour ce faire, le disposant peut évidemment recourir au droit commun du mandat, l'intermédiaire agissant alors au nom et pour le compte des gratifiés. Semblablement, les règles du mandat du droit commun peuvent être modifiées afin de conférer à l'intermédiaire le pouvoir d'agir, en son propre nom, pour le compte des gratifiés. Le mandat se mue alors en une représentation imparfaite. Cependant, qu'elle soit parfaite ou imparfaite, la représentation de droit commun présente plusieurs faiblesses, qui sont susceptibles de mettre en échec la volonté du disposant. C'est ainsi, par exemple, que les gratifiés peuvent révoquer l'intermédiaire-représentant.

¹ A telle enseigne que l'on a longtemps confondu les deux notions. Sur ce point et la conception moderne du pouvoir, voir *supra* n°156 et s.

² *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., *V*° Pouvoir, II, 2.

Aussi bien le disposant peut-il être incité à se tourner vers des cas de représentation spéciaux du droit des libéralités, tels que l'administration aux biens donnés ou légués à l'enfant mineur, le mandat à effet posthume, ou encore l'exécution testamentaire¹. En ce cas, le Code civil prévoit une série de règles qui dérogent au droit commun du mandat et qui, ce faisant, assurent une meilleure efficacité aux objectifs du disposant.

643. Plan. – Partant, il convient d'étudier tour à tour la représentation de droit commun (Section I) et les cas de représentation du droit des libéralités (Section II).

Section I : La représentation de droit commun

Section II : Les cas spéciaux de représentation du droit des libéralités

¹ Nous n'étudierons pas l'institution du mandat de protection future en vertu de laquelle « *les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter* » (C. civ., art. 477, al. 3). Certes, ce mandat peut accompagner une libéralité que les parents ou le dernier vivant des père et mère consentent à la personne protégée. La libéralité est alors directement consentie à la personne protégée, mais l'exercice de ses droits est assuré par un tiers, le mandataire désigné par le disposant. Il reste que l'institution relève principalement du droit des personnes protégées, et ce n'est que de façon secondaire qu'elle peut être utilisée aux fins de libéralité.

SECTION I : LA REPRESENTATION DE DROIT COMMUN

644. Domaine limité aux cas où le représentant est un intermédiaire actif. –

Nombreuses sont les libéralités dans lesquelles un tiers intervient en qualité de représentant de l'une des parties. Pour autant, on ne saurait voir à chaque fois une libéralité à trois personnes. La singularité de la libéralité à trois personnes suppose, en effet, que l'intermédiaire joue un rôle actif dans l'économie de la libéralité. Autrement dit, le représentant ne doit pas être un relais superflu à la libéralité qui pourrait tout aussi bien se réaliser sans lui.

Dans cette optique, doivent être exclues les hypothèses de représentation dans lesquelles un tiers à la libéralité intervient seulement pour en permettre la conclusion. Cela est évident lorsque le tiers représente l'une des parties absente à l'acte : si sa mission est effectivement de contribuer à la formation de la libéralité, il n'en demeure pas moins que son concours n'est pas inhérent à la structure même de la libéralité. Il en va de même des libéralités qui sont réalisées par le vecteur d'instruments de paiement, tels que le chèque ou le virement. Sans doute, ici, l'intermédiaire – la banque – exerce des prérogatives sur l'objet de la libéralité, de sorte qu'il apparaît comme étant celui par lequel cet objet passe du disposant au gratifié. Mais il faut bien observer que l'exercice de ces prérogatives n'est pas dirigé vers le gratifié. La mission de la banque n'est pas en effet de contribuer à la transmission des biens au gratifié ; bien au contraire, elle gère les avoirs (la monnaie scripturale ou les valeurs mobilières) pour le compte du déposant, et ce n'est qu'au jour où ce dernier consent la libéralité, au moyen d'un chèque ou d'un virement, qu'elle intervient dans la réalisation de la libéralité¹. Or, on le voit, la banque se borne alors à exécuter l'ordre du

¹ La jurisprudence a admis que la tradition constitutive d'un don manuel pouvait résulter d'un virement (Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1959, *Bull. civ.* I, n°342 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1966, *D.* 1966. 614, note J. Mazeaud ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, *Bull. civ.* I, n°328 ; *RTD civ.* 1982. 783, obs. J. Patarin) ou de la remise d'un chèque (Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 1976, *D.* 1976. IR. 253 ; *JCP* 1978. II. 18806, note Ch. Gavalda ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1977, *D.* 1978. 89, note M. Jeantin ; *Deffrénois* 1977. 462, obs. G. Champenois ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, *Bull. civ.* I, n°327 ; *RTD civ.* 1982. 781, obs. J. Patarin ; *Deffrénois* 1982. 1378, obs. G. Champenois ; *GAJC*, préc., n°130, p. 732 et s.). En ces occurrences, le donateur ne saurait s'affranchir de l'exigence d'une tradition actuelle par le recours de la banque, dépositaire ou mandataire, investi de la mission de remettre, après sa mort, l'objet de la libéralité au donataire. Le procédé méconnaîtrait en effet les impératifs de l'actualité et de l'irrévocabilité de la tradition. Il reste que l'intervention de la banque pose des difficultés pour déterminer la date de la libéralité. Non sans un paradoxe, les solutions diffèrent selon que le disposant consent la donation au moyen d'un virement ou d'un chèque.

S'agissant du virement, la jurisprudence décide que seule l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire réalise effectivement la remise de l'objet du don au profit de ce dernier et la libération du donneur d'ordre. Il en résulte que le paiement opéré par virement n'est effectué en principe qu'à la date de l'inscription de son montant au crédit du compte du créancier (Voir par exemple Cass. com., 29 nov. 1954, *Bull. civ.* III, n°369 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1993, *Bull. civ.* I, n°229 ; *D.* 1993. 27, note D.R. Martin ; *D.* 1994. Somm. 329, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1993. 694, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié). Concrètement, tant que l'ordre de virement n'est pas exécuté par le débit de son compte, le disposant n'est pas irrévocablement dépouillé. Cet ordre s'analysant en un mandat, il peut être librement révoqué. Surtout, le décès ou la survenance de l'incapacité du donneur d'ordre entraînent la caducité de l'ordre de virement (C. civ., art. 2003), sauf dans l'hypothèse où le banquier, mandataire du donneur d'ordre, est demeuré dans l'ignorance de ces événements (C. civ., art. 2008). Pour une analyse critique de cette solution, voir notamment N. Peterka, *Les*

disposant, lequel aurait pu très bien se passer de l'intervention de celle-ci. Pour le dire autrement, la participation de la banque dans le processus libéral est un évènement contingent. Loin d'en être le pivot, la banque n'est en réalité qu'un intermédiaire passif de la libéralité.

En réalité, un tiers représentant peut avoir un rôle actif dans le processus libéral dans deux hypothèses. Soit le disposant le sollicite pour faire la libéralité ; son intervention est alors déterminante parce que c'est à lui qu'il incombe de choisir les gratifiés. Soit le disposant a déjà consenti la libéralité, mais il lui confère le pouvoir de gérer les biens pour le compte des gratifiés.

645. Plan. – Etudions donc, d'une part, le cas où le représentant est chargé d'élire les bénéficiaires de la libéralité (§ 1) et, d'autre part, le cas où le représentant est chargé de gérer les biens de la libéralité (§ 2).

§ 1 - LE REPRESENTANT CHARGE D'ELIRE LES BENEFICIAIRES DE LA LIBERALITE

646. Legs avec faculté d'élire. – L'intervention d'un tiers représentant aux fins de désigner le ou les bénéficiaires de la libéralité ne se conçoit que dans le cadre d'une libéralité à cause de mort. En effet, on ne voit guère pour quelle raison le donateur délèguerait ce pouvoir à un tiers. Le testateur peut en revanche éprouver le besoin de recourir à un tiers pour élire les gratifiés, soit parce qu'il a une vue trop imprécise du ou des gratifiés, soit parce qu'il souhaite gratifier des personnes non encore conçues à son décès.

La libéralité ainsi consentie est dite legs avec faculté d'élire, en ce sens qu'elle « confère à un tiers le droit de désigner le bénéficiaire d'un legs »¹. L'intermédiaire reçoit alors mandat de désigner le ou les légataires.

dons manuels, préc., n°470 et s., p. 424 et s. ; J. Debeaurain, « Les formes modernes de don manuel », *JCP éd. N* 1979. I. 276 et, plus généralement, de la qualification de don manuel, voir H. Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, préc., spéc. n°527 et s. ; M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, préc., spéc. n°367 et s.

S'agissant du chèque, il est admis que la tradition a pour objet la provision. Il s'ensuit que le décès du tireur (le donateur) avant l'encaissement demeure sans influence sur la validité du don manuel (Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 1985, *Defrénois* 1986. 469, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1987. 137, obs. J. Patarin ; *RTD com.* 1986. 413, obs. crit. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1993, *Bull. civ.* I, n°65 ; *D.* 1993. Somm. 182, obs. M. Cabrillac). Autrement dit, lorsque la remise du chèque a été effectuée *ante mortem*, le bénéficiaire-donataire peut agir en paiement du chèque en dépit du décès du tireur. Cette conception pose une difficulté d'application lorsque la provision fait défaut. En toute logique, si la tradition a pour objet la tradition, la donation est nulle faute d'objet dès lors que la provision fait défaut. Néanmoins, la Cour de cassation considère qu'il peut y avoir donation valable, alors même que la provision fait défaut à l'émission, dès lors que le donateur fournit ensuite la provision, ce qu'il peut faire jusqu'à son décès (Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n°314 ; *Defrénois* 1991, art. 35119, obs. G. Champenois). En revanche, en cas de provision partielle, il n'y aurait pas de don manuel même pour la provision existante (Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *Bull. civ.* I, n°39 ; *D.* 2002. 2447, obs. M. Nicod ; *D.* 2003. 344, obs. D. Martin ; *RTD civ.* 2002. 551, obs. J. Patarin « le don manuel d'une somme d'argent au moyen de la remise d'un chèque suppose, pour qu'il y ait dépouillement actuel et irrévocable de la part du donateur, l'existence d'une provision égale à son montant »).

¹ J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°213, p. 140.

647. Nullité du legs avec faculté d'élire. – Il reste qu'une jurisprudence séculaire annule le legs avec faculté d'élire¹, et ce bien qu'aucun texte du Code civil ne formule cette prohibition². Cette solution s'explique par plusieurs considérations.

En premier lieu, le procédé est de nature à provoquer une rupture dans la chaîne des propriétaires. La propriété des biens légués resterait en effet vacante entre le décès et la désignation du légataire par le mandataire, ce qui serait contraire à la théorie française du patrimoine, suivant laquelle il ne peut exister de droit sans sujet ni de patrimoine sans titulaire.

En second lieu, en tant qu'acte de dernière volonté, le testament doit être l'œuvre personnelle du testateur, ce qui suppose qu'aucune incertitude n'existe dans la personne du légataire. L'article 895 du Code civil dispose, en effet, que « *le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer* »³. Aussi, abandonner à un tiers le pouvoir de désigner le ou les légataires contrevient-il de façon manifeste à ce principe. De surcroît, alors que la libre révocabilité du testament semble mettre le testateur à l'abri de pressions de son entourage, l'on peut redouter que le tiers chargé de l'élection soit l'objet

¹ Cass. civ., 12 août 1863, *D.P.* 1863. 1. 356 ; *S.* 1863. 1. 446 ; *GAJC*, n°126-127 : « *Attendu qu'aux termes de l'article 895 du Code Napoléon, le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus ; que le testateur doit donc choisir lui-même ses légataires, et non pas en abandonner le choix au libre arbitre d'un tiers qui serait, en ce cas, le véritable disposant* » ; Cass. req., 19 juill. 1938, *DH* 1938. 14 ; *JCP* 1938. 907, note R. D. ; *RTD civ.* 1939. 209, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1952, *JCP* 1953. II. 7696 bis, note P. Voirin ; *RTD civ.* 1953. 362, obs. R. Savatier ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *Dr. famille* 2005, comm. 277, note B. Beignier ; Paris, 28 mars 1938, *D.H.* 1938. 375 ; Besançon, 22 juill. 1946, *JCP* 1947. II. 3568, note R. Savatier ; Dijon, 1^{er} avr. 1998, *Dr. famille* 1999, comm. 21, note B. Beignier.

Généralement approuvée par la doctrine classique (Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs, et des testaments*, t. I, préc., n°618 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XI, n°326 ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. X, par P. Esmein, § 655 et s., p. 502 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations et des testaments*, t. I, n°368 et s.), la solution est critiquée par plusieurs auteurs contemporains (J. Flour et H. Souleau, *op. cit.* ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1009, p. 329 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°354, p. 287 et s.).

Sur l'analyse de cette jurisprudence, voir G. Légier, « La prohibition du legs avec faculté d'élire », *JCP éd. N* 1978. I. 87.

² Jaubert, dans sa communication au Tribunat, justifiait ce silence en ces termes : « *En matière de disposition des biens, il ne peut y avoir de facultés que celles qui sont définies par la loi. Ainsi le projet ne s'expliquant pas sur l'ancienne faculté d'élire, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée* » (in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, préc., p. 579). Pour certains auteurs, le silence des rédacteurs serait une confirmation implicite des textes du droit intermédiaire, à savoir les décrets des 17 et 21 nivôse an II (6 et 10 janv. 1794) et du 9 fructidor an II (26 août 1794) qui interdisaient la faculté d'élire (voir en ce sens J. Grenier, *Traité des donations, des testaments et de toutes les autres dispositions gratuites*, t. I, 1844, p. 113 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°600).

³ L'article 895 du Code civil serait d'ailleurs, pour certains auteurs, le fondement légal de la prohibition du legs avec faculté d'élire (voir ainsi H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1009, p. 329).

de diverses influences de la part de bénéficiaires potentiels¹, ce qui risquerait de conduire à « *des choix arbitraires et dangereux* »².

648. Analyse critique de la jurisprudence. – Cependant, il faut observer que la jurisprudence n'est pas toujours cohérente dans l'application de la prohibition du legs avec faculté d'élire.

D'une part, elle fait preuve d'une intransigeance absolue en condamnant toutes les dispositions qui confèrent à un mandataire le pouvoir de choisir les légataires. Ainsi, si le legs avec faculté de répartir les biens légués entre plusieurs personnes désignées dans le testament a naguère été validé³, il semble aujourd'hui condamné par un arrêt rendu le 6 mars 1984 de la Cour de cassation aux termes duquel a été annulé un legs conférant un mandat de détermination de l'émolument du legs. En l'espèce, la première Chambre civile a approuvé l'arrêt d'appel d'avoir annulé le codicille conférant à l'exécuteur testamentaire de « *déterminer en son âme en conscience le montant de la somme à délivrer à [la légataire]* », au motif que la disposition par laquelle le testateur « *n'exprimait pas lui-même sa volonté en ce qui concerne les conditions dans lesquelles le legs pourrait être réduit ou supprimé ne pouvait constituer un testament valable au regard de l'article 895 du Code civil* »⁴. Sans doute la

¹ Voir en ce sens la communication précitée Jaubert : « *Heureuse interdiction ! Que de procès prévenus ! Que d'actes immoraux épargnés à un grand nombre de ceux que l'exercice de cette faculté d'élire aurait pu intéresser !* » (in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., spéc.).

² J. Patarin, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1984, *RTD civ.* 1985. 431, spéc. p. 435. Voir dans le même sens A. Breton, note sous le même arrêt, *D.* 1985. 5.

³ Cass. civ., 17 juill. 1922, *DP* 1924. 1. 5, note Bartin ; Metz, 13 mai 1864, *DP* 1864. 2. 169.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1984, *Bull. civ.* I, n°88 ; *D.* 1985. 5, note A. Breton ; *Deffrénois* 1985, art. 33466, même note ; *RTD civ.* 1985. 431, obs. J. Patarin. A ce égard, on ne saurait déduire d'un arrêt rendu le 9 janvier 2007 par la Cour de cassation l'abandon de la solution de 1984 (Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2007, *Bull. civ.* I, n°14 ; *D.* 2007. IR. 88 ; *Dr. fam.* 2007. comm. 45, note B. Beignier). En l'espèce, le testament était libellé de la façon suivante : « *J'institue légataire universel mon neveu H-H. Mon légataire universel, selon mon désir très cher, se chargera le moment venu de faire une dot très honorable à ses filles L. et F., ou une rente, si le capital dont elles disposeraient offrirait un danger par leur situation particulière. [...]. Si je ne fixe pas de chiffre moi-même, c'est pour ne pas gêner ou plutôt embarrasser passagèrement leur père, mais je tiens vivement que loin d'être négligées, elles aient une grande partie de mon patrimoine [...]* ». La difficulté résidait dans le fait que les legs en faveur des deux filles du légataire universel n'étaient pas quantifiés et que cette tâche incombait à celui-ci. Le mandat d'élire, du moins le mandat de détermination de l'émolument du legs, était évident. Mais le procès, qui mit aux prises le légataire universel et ses deux filles, porta, non pas sur la validité des legs, mais sur leur qualification. C'est ainsi qu'au terme d'une longue procédure, la Cour de cassation, réunie en sa première chambre, a affirmé : « *Mais attendu qu'ayant retenu qu'était rapportée la preuve de la volonté de Marcelle L. de gratifier dans une proportion non négligeable ses deux petites-nièces et non d'émettre un simple vœu dépourvu d'effet obligatoire, conditionnel ou encore soumis à un terme incertain, et ayant relevé que toute autre décision aboutirait à priver totalement d'effet le testament litigieux, la cour d'appel en a déduit à bon droit que Mme Laure L. était bénéficiaire d'un legs ; qu'ayant relevé que les qualifications de legs à titre universel et à titre particulier avaient été rejetées par les arrêts des 28 mars 1995 et 16 mars 1999, elle n'a pu qu'en déduire que, par application des dispositions de l'article 1002 du Code civil, les libéralités consenties à Mmes Laure et Françoise L. constituaient des legs universels conjoints sans assignation de parts* ». Partant, il est difficile de considérer que la Cour de cassation valide le legs avec mandat de détermination. Bien au contraire, on peut y voir une confirmation implicite de sa nullité, car c'est après avoir relevé que « *toute autre décision aboutirait à priver totalement d'effet le testament litigieux* » que la haute juridiction admet la qualification de legs universel.

validité du legs avec mandat de répartition, qui a été soutenue par une partie de la doctrine¹, peut-elle se recommander des solutions du droit romain et de l'Ancien droit, suivant lesquelles le legs avec faculté d'élire était admis lorsque le choix ne pouvait être effectué que parmi des personnes déterminées². Mais, comme Pierre Voirin l'a justement souligné, « *sous couleur de répartir, le tiers répartiteur du legs peut régler des attributions qui confinent à la faculté d'élire ; il lui suffit d'attribuer presque tout à l'un, sauf à réduire les autres à la portion congrue* »³. Et, dans cette optique, l'on peut comprendre l'orthodoxie de la jurisprudence.

Il n'en demeure pas moins que, d'autre part, la jurisprudence admet la validité d'un legs fait à un légataire déterminé à charge d'en transmettre l'émolument soit à une personne future soit à des personnes incertaines que le légataire doit choisir⁴. Il est vrai que le legs à charge d'élire se distingue du legs avec faculté d'élire : le premier investit l'intermédiaire de la propriété des biens légués tandis que le second ne lui confère que la qualité de mandataire. L'intermédiaire étant propriétaire, il n'y a plus, dès lors, de solution de continuité dans la propriété des biens légués. Pour autant, du point de vue du caractère personnel du testament, on peine à trouver la différence entre les deux techniques. Aussi bien les auteurs conviennent-ils que la validité du legs à charge d'élire ne doit être admise que si le choix ne peut être opéré qu'à l'intérieur d'une catégorie de personnes définie par le testateur⁵. En ce cas, le testateur a pu, en se représentant chacun des individus, se faire une opinion précise du ou des bénéficiaires de sa générosité.

La cohérence de la jurisprudence est-elle sauvée pour autant ? On n'en jurerait pas. En effet, l'intermédiaire institué légataire n'a le plus souvent aucune vocation à bénéficier de l'émolument du legs. La propriété des biens légués ne lui est transmise que pour qu'il la transmette aux tiers bénéficiaires à élire. Aussi, dans le cas où la charge ne pourrait s'exécuter, par exemple parce que nul n'accepterait le bénéfice de la charge, le légataire n'en fait pas son profit. Tel un fiduciaire, il doit alors perdre la propriété des biens légués au profit des héritiers du testateur. Sous cet angle, la situation du légataire est similaire à celle du mandataire. Tous deux sont investis d'une mission, celle d'élire les véritables gratifiés du testateur, et tous deux n'ont pas vocation à faire leur profit

¹ G. Tuillerie, *De la faculté d'élire en matière de legs*, thèse Paris, 1907, p. 15 ; H. Vivès, *De la faculté d'élire dans l'Ancien droit et sous le Code civil*, thèse Paris, 1908, p. 12 ; R. Dubarle, *De la faculté d'élire dans les testaments français*, thèse Paris, 1908, p. 14 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°213, p. 140 ; de façon plus nuancée, F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°354, p. 287 et s.

² En droit romain, voir Gaius, *Instit.* II. 238 ; Justinien, *Instit.*, Liv. II, t. 20, § 25. En Ancien droit, voir Ricard, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, 1^{ère} partie, chap. III, sect. XII ; Furgole, *Traité des testaments*, chap. VIII, sect. 1, n°73 ; Montvallou, *Traité des successions*, chap. V, art. 33.

³ P. Voirin, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 1966, *JCP* 1967. II. 14973.

⁴ Cass. req., 7 janv. 1902, *DP* 1903. 1. 302 ; Cass. req., 14 janv. 1941, *JCP* 1941. II. 1699, note P. Voirin ; Cass. civ., 4 nov. 1952, *JCP* 1953. II. 7554 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1964, *Gaz. Pal.* 1965. 1. 84.

⁵ J. Flour et H. Souleau, *op. cit.* ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.* ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1471, p. 356.

personnel des biens légués. Partant, n'est-ce pas « *du pur verbalisme* »¹ que d'admettre que l'on peut faire par le vecteur de la charge ce que l'on ne peut pas faire au moyen d'un mandat ? Ainsi que le dénonçait à juste titre Planiol, « *c'est donner aux mots une importance qu'ils n'ont pas, et qu'ils ne devraient pas avoir, que d'annuler l'attribution d'un legs à un légataire désigné par un tiers, quand on valide la charge dont le bénéficiaire est désigné par un pseudo-légataire qui ne retire aucun profit personnel du prétendu legs, qui lui est fait, et n'a du légataire que le nom. Le testateur sera donc victime des expressions qu'il aura choisies ? C'est en revenir à l'antique système du formalisme, comme au temps des actions de la loi* »².

649. Propositions. – Partant, afin de mettre fin à cette distinction artificielle, deux voies peuvent être empruntées.

Suivant la première, la validité du legs avec faculté d'élire doit être reconnue, sous certaines conditions. Précisément, dès lors que l'on admet le legs assorti de la charge de choisir les bénéficiaires au sein d'une catégorie d'individus déterminée par le testateur, l'on doit autoriser le legs avec faculté d'élire parmi les membres restreints de bénéficiaires. Cette solution, qui était défendue par les auteurs de l'*Offre de loi*³, pourrait d'ailleurs être retenue de *lege lata*.

Mais cette proposition ne paraît pas pleinement satisfaisante. D'une part, lorsqu'il est fait appel à un mandataire, cela ne règle pas la question de savoir qui est propriétaire des biens légués dans l'attente de l'élection. Faut-il conférer ce titre à l'ensemble des légataires potentiels ou aux héritiers *ab intestat* ? D'autre part, lorsqu'il est recouru au legs avec charge, l'incertitude quant à la qualité de gratifié ou non du légataire demeure. Et ce n'est le plus souvent qu'au moyen d'une interprétation passablement divinatoire que le juge y procédera.

Aussi bien, suivant une seconde voie, est-ce de *lege ferenda*, par l'introduction de la fiducie-libéralité dans notre droit, et spécialement de la fiducie testamentaire, que l'on pourra clarifier la situation⁴. Car, dans cette nouvelle institution, tant la difficulté de la vacance de la propriété que celle de la désignation d'un intermédiaire-légataire sans vocation personnelle seront résolues.

¹ J. Flour et H. Souleau, *op. cit.*

² M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, préc., n°2745 p. 744, 2^{ème} éd. Voir également A. Wahl, note sous Caen, 9 juill. 1894, S. 1896. 2. 281 : « *les deux cas nous paraissent être les mêmes : dans l'un et dans l'autre, l'intention du testateur est de gratifier un tiers par l'intermédiaire de la personne qu'il désigne, de donner à cette dernière le droit essentiel d'un propriétaire, celui de transmettre les biens qui lui ont été légués [...]. Si le legs d'élection est nul et que la charge d'élection est valable, on doit, en tous les cas, admettre qu'il y a charge d'élection, attendu que l'effet voulu par le testateur est le même dans les deux cas, et que, "lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (art. 1157 c. civ)", principe qui est applicable aux testaments comme aux contrats* ».

³ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., art. 1045, p. 90 : « *le testateur peut confier à l'un de ses héritiers ou légataires, ou à l'exécuteur testamentaire le soin de déterminer les bénéficiaires des legs dès lors que ceux-ci doivent être choisis, soit au sein d'une catégorie de personnes physiques ou morales qu'il a définie, soit par un mode de désignation qu'il a lui-même arrêté* ». Comp. l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil, années 1953-1954 et 1954-1955, art. 927 : « *Le testateur ne peut conférer à un tiers la faculté de désigner le bénéficiaire du legs. Il peut, au contraire, confier au légataire le soin de désigner le bénéficiaire de la charge dont le legs est grevé, à la condition de préciser la catégorie* ».

⁴ Voir en ce sens M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1471, p. 358.

§ 2 - LE REPRESENTANT CHARGE DE GERER LES BIENS DE LA LIBERALITE

650. Première vue. Utilité *post mortem* – Le disposant peut solliciter le concours d'un individu aux fins de gestion des biens de la libéralité. Dans cette optique, le disposant consent la libéralité, mais restreint les prérogatives du gratifié en donnant mandat à un tiers de gérer l'objet de la libéralité.

Le recours à un tiers gestionnaire est généralement commandé par le souci de protéger le gratifié contre ses propres faiblesses, notamment son inexpérience et, accessoirement, sa prodigalité. Aussi, pratiquement, ce type de mandat se conçoit-il plus aisément à propos d'une libéralité à cause de mort que d'une libéralité entre vifs. En effet, en cas de donation, le donateur, qui redoute la mauvaise gestion des biens par le gratifié, se réserve le plus souvent le pouvoir de gérer lui-même lesdits biens, par exemple en se réservant l'usufruit. En revanche, à cause de mort, l'objectif de bonne gestion du disposant passe par l'intervention d'un tiers. Celui-ci, on l'a vu, peut être investi d'une propriété-pouvoir, une propriété fiduciaire, sur les biens qui forment l'objet de la libéralité. Mais le disposant peut souhaiter conférer à ce tiers administrateur de simples pouvoirs de représentation des intérêts du gratifié.

A cet égard, la mission de gestion conférée au mandataire peut être plus ou moins étendue. Ainsi que le définit le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, la gestion est l'« *action de gérer un bien ou un ensemble de biens [...] qui englobe en général les actes d'administration stricto sensu (gestion ordinaire) et parfois (suivant l'étendue de la mission confiée) des actes de disposition* »¹.

651. Problématique. – Il reste que l'intervention d'un tiers mandataire *post mortem* peut paraître discutable tant au regard du droit commun du mandat que des règles d'ordre public du droit des successions. Au-delà, à supposer un tel mandat licite, c'est l'efficacité même du mandat de gérer les biens de la libéralité qui peut être mise en doute.

Partant, il convient, d'abord, d'analyser la licéité du mandat *post mortem* (A), afin d'apprécier, ensuite, son efficacité (B).

¹ V° Gestion, I.

A. La licéité du mandat *post mortem*

652. Contraintes du droit commun du mandat. – De longue date, tant la jurisprudence¹ que la doctrine² admettent la validité du mandat *post mortem*. Il est présenté en effet comme une dérogation à la règle de l'article 2003 du Code civil prévoyant l'extinction du mandat au décès du mandant. Ainsi, le mandat *post mortem* n'est qu'un mandat continué malgré le décès du mandant initial, ce qui suppose, donc, qu'il soit conclu du vivant du disposant³. Simplement, le plus souvent, le décès constitue un terme suspensif, le mandat ne devenant alors efficace qu'à la réalisation de cet événement.

653. Contraintes du droit des successions. – S'il n'est pas douteux, du point de vue du droit commun du mandat, que le mandat *post mortem* est valable, l'incertitude règne en revanche dès lors qu'on le confronte au droit des successions. En effet, par un arrêt du 28 juin 1988, la première Chambre civile de la Cour de Cassation a jeté le trouble quant à la possibilité de recourir à un mandat *post mortem* aux fins de gestion du patrimoine successoral. En l'espèce, le *de cuius* avait laissé pour héritiers son épouse et ses trois enfants et, pour légataire universel, sa concubine. Par suite, celle-ci, en vertu d'un mandat *post mortem* prenant effet au décès du mandant, retira des sommes d'argent restées disponibles sur le compte du *de cuius*. Les héritiers *ab intestat* demandèrent la restitution des sommes. Après avoir énoncé que « *les dispositions de l'article 2003 du Code civil ne sont que supplétives de la volonté des parties, encore faut-il, pour la validité du mandat, que son objet soit licite* », la haute juridiction a affirmé « *qu'en l'espèce les juges du fond ont retenu à bon droit que le mandat post mortem donné par Hubert Boulay à M^{me} Nogueira ne pouvait transgresser les règles d'ordre public édictées en matière successorale et que le Crédit Commercial de France, en exécutant le mandat sans l'accord de tous les héritiers du mandant avait commis, à l'égard de ceux-ci, une faute génératrice de sa responsabilité* »⁴.

La portée de cette décision est incertaine. On peut hésiter en effet à déterminer « *les règles d'ordre public édictées en matière successorale* » que transgresse le mandat *post mortem*. Sur ce point,

¹ Cass. req., 22 mai 1860, S. 1860. 1. 721 ; DP 1860. 181 : « *Attendu que, s'il est vrai que le mandat prend fin par la mort du mandant, ce principe fléchit devant une volonté contraire exprimée par le mandant ou s'induisant de l'objet du mandat et des circonstances dans lesquelles il a été donné* » ; Cass. req., 30 avr. 1867, S. 1867. 1. 329 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, Bull. civ. I, n°209 ; D. 1989. 181, note I. Najjar ; JCP 1989. II. 21366, note D. Martin ; RTD civ. 1989. 116, obs. J. Patarin ; Defrénois 1990, art. 34644, note M. Beaubrun ; Limoges, 1^{er} févr. 1935, S. 1935. 2. 148 ; Paris, 12 déc. 1967, D. 1968. 269.

² M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préc., n°148 et s. ; M. Behar-Touchais, *Le décès du contractant*, préf. G. Champenois, Economica, 1988, n°150 et s. ; L. Guillouard, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, 2^{ème} éd., 1894, n°230 et s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, 2^{ème} éd., par R. Savatier, LGDJ, 1954, n°1494 ; I. Najjar, « Mandat *post mortem* et libéralités par dons manuels et comptes bancaires (Recherches sur un acte neutre) », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 499.

³ Comp. Cass. req., 11 juin 1913, DP 1914. 1. 242 ; Poitiers, 29 févr. 1944, DA 1944. 72. Ces deux décisions autorisent implicitement un mandat d'administrer compris dans un testament.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, préc.

certain auteurs y ont vu un pacte sur succession future en ce sens qu'« *il présente bien, dès sa conclusion, tous les stigmates de l'acte juridique générateur d'un droit éventuel sur des éléments d'une succession non encore ouverte* »¹. Il est permis toutefois de ne pas être convaincu par l'analyse. En consentant le mandat, le mandant ne dispose pas de sa succession future. Il confère simplement des prérogatives de gestion au mandataire, lequel devra les exercer dans l'intérêt des propriétaires, c'est-à-dire les héritiers. A cet égard, tant que ceux-ci n'auront pas accepté la succession, le mandataire ne pourra accomplir que des actes n'emportant pas acceptation tacite.

En réalité, si le mandat *post mortem* est susceptible de contrarier certaines règles d'ordre public du droit successoral, ce ne peut être que les règles relatives à la saisine. Et, en l'espèce, tel était, ce semble, l'effet produit par le mandat *post mortem*. En conférant à la concubine la possibilité de prendre possession des sommes déposées sur un compte bancaire afin de se payer de son legs sans avoir à en demander la délivrance aux héritiers saisis, le mandat apparaissait contraire à l'article 1004 du Code civil. Aussi est-ce pour cette raison que le mandat *post mortem* fut déclaré illicite. Comme le résume à juste titre un auteur, « *l'objet du mandat était donc illicite parce que la mission confiée à la concubine n'était pas d'accomplir des actes dans l'intérêt des héritiers légitimes continuateurs de la personne du mandant, mais d'agir pour son propre compte en retirant les sommes figurant sur le compte du défunt de façon à se payer elle-même du legs qui lui avait été consenti* »².

En conséquence, on ne saurait considérer que l'arrêt du 28 juin 1988 condamne le mandat *post mortem*. Il nous semble au contraire que, dès lors qu'il ne contrevient pas aux règles de la saisine successorale, c'est-à-dire qu'il laisse intacte la saisine des successeurs, le mandat *post mortem* est licite³. En ce sens, le *de cuius* ne peut, nous semble-t-il, conférer au mandataire l'exclusivité de tout ou partie des prérogatives découlant de la saisine légale. Si le mandataire peut exercer certaines d'entre elles, ce n'est que concurremment avec les héritiers saisis.

B. L'efficacité du mandat *post mortem*

654. Esprit fiduciaire. – La mise en œuvre du principe fiduciaire par le mandat *post mortem* est évidente : à l'instar du fiduciaire, le mandataire est chargé d'accomplir une mission de gestion pour le compte d'un bénéficiaire. Mais, à la différence de celui-ci, celui-là n'est pas investi de la propriété des biens. Sous cet aspect, c'est l'efficacité du mandat de gérer les biens de la libéralité qui peut être mise en doute.

¹ D. Martin, note préc. Dans le même sens J. Patarin, obs. préc.

² G. Wicker, *JCl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, Fasc. unique, juin 2008, n°135.

³ S'il déroge aux règles de la saisine, le mandat *post mortem* est nul, sauf à être requalifié en mandat à effet posthume. Encore faut-il, pour cela, que les conditions de forme et de fond du mandat à effet posthume soient respectées.

655. Efficacité relative du mandat *post mortem*. – En premier lieu, le mandataire ne devient pas titulaire d'un quelconque droit sur la succession, il est seulement habilité à représenter les intérêts du légataire ou, plus généralement, ceux des héritiers. En ce sens, le mandataire n'est pas investi de l'option successorale, de sorte que tant que celle-ci n'est pas exercée, ses prérogatives sont nécessairement limitées aux actes qui, selon l'article 784 du Code civil, n'emportent pas acceptation de la succession¹.

En second lieu, malgré l'acceptation de la succession par les héritiers, le mandataire ne bénéficie pas d'une exclusivité de gestion. Bien au contraire, sa fonction apparaît extrêmement précaire. A l'ouverture de la succession, la qualité de mandant est transmise à ses héritiers et, dans notre occurrence, au légataire. Aussi bien celui-ci acquiert-il l'ensemble des prérogatives afférentes au mandat, et notamment celle de révoquer le mandataire. Sans doute la situation du mandataire pourrait-elle être renforcée par la stipulation d'une clause d'irrévocabilité du mandat². Mais l'efficacité de la clause demeure toute relative. En effet, alors qu'on aurait pu s'attendre à ce que le légataire, devenu mandant, fût privé du droit de passer lui-même les actes dont la conclusion a été confiée au mandataire, la jurisprudence lui laisse au contraire cette faculté : un mandat, même irrévocable, ne prive pas le mandant « *du droit de disposer personnellement en qualité de propriétaire* »³. Pas davantage on ne saurait soutenir que la clause d'irrévocabilité emporte renonciation du mandant à mettre fin au mandat avant terme. Ici encore, la jurisprudence tempère les effets de la clause : « *le mandat, même stipulé irrévocable, ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération* »⁴. Pour reprendre les termes de Roger Perrot, « *la jurisprudence émousse les effets de l'irrévocabilité* »⁵. En réalité, la clause d'irrévocabilité est une clause « *trompeuse* »⁶, dont la seule conséquence réside dans l'éventuelle responsabilité contractuelle du mandant dans l'exercice de son droit de révocation, ce qui suppose toutefois un dommage subi par le mandataire.

¹ Notons toutefois que ces pouvoirs sont importants. Ainsi peut-il notamment accomplir « *les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession* », renouveler, « *en tant que bailleur ou preneur à bail, des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en œuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise* » (C. civ., art. 784, al. 3 et 4).

² Sur le mandat irrévocable, voir notamment J.-P. Oberthür, *L'irrévocabilité du mandat*, thèse Paris, 1961, spéc. p.72 et s. ; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., n°86, p. 78 ; Sallé de La Marnière, « Le mandat irrévocable », *RTD civ.* 1937. 241 ; R. Perrot, « Le mandat irrévocable », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. X, 1956, Dalloz, 1959, p. 449 et s. ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », préc., spéc. n°3, note 18.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1970, *D.* 1971. 261, note J.-L. Aubert. Voir également Cass. req., 4 juin 1913, *S.* 1914. 1. 179.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *Bull. civ.* I, n°40 ; *JCP* 2003. II. 10029, note D.R. Martin ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, *Bull. civ.* I, n°269.

⁵ R. Perrot, préc., spéc. p. 451.

⁶ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., n°963, p. 466.

Par où l'on voit que l'efficacité du mandat *post mortem* est largement tributaire de l'attitude du gratifié, lequel peut se défaire aisément de l'emprise du mandataire que le disposant voulait lui imposer.

* * *

656. Conclusion de la Section. – La mise en œuvre de la représentation de droit commun comme technique des libéralités à trois personnes se révèle, en définitive, décevante.

D'une part, elle ne permet pas au disposant de conférer à l'intermédiaire un pouvoir de choisir les gratifiés à cause de mort. Le legs avec faculté d'élire est nul. Et cette nullité s'explique principalement en raison de la vacance de la propriété que la disposition provoque, autrement dit parce que l'intermédiaire n'est qu'un simple mandataire.

D'autre part, la représentation est d'une efficacité toute relative lorsque le disposant l'utilise pour conférer à l'intermédiaire le pouvoir de gérer les biens de la libéralité après sa mort. La qualité de mandant étant transmise aux gratifiés, ceux-ci acquièrent l'ensemble des prérogatives y afférentes, et notamment celle de révoquer le mandataire.

Toutefois, la loi remédie aux faiblesses de la représentation de droit commun. Pour ce faire, elle prévoit divers cas spéciaux de représentation propres au droit des libéralités.

* * *

SECTION II : LES CAS SPECIAUX DE REPRESENTATION DU DROIT DES LIBERALITES

657. Recensement. – En tant que droit spécial, le droit des libéralités connaît également plusieurs cas spéciaux de représentation prévus par la loi. Parmi ceux-ci, trois sont susceptibles de réaliser une libéralité à trois personnes.

Le premier a trait aux libéralités consenties aux enfants mineurs. Afin de favoriser de telles libéralités, la loi autorise le disposant à écarter les règles de l'administration légale et à désigner un tiers administrateur de confiance qui aura pour mission d'administrer les biens donnés ou légués au mineur.

Le deuxième est propre aux transmissions à cause de mort. Il s'agit du mandat à effet posthume, lequel permet au *de cuius* de confier à un tiers, pour une durée limitée, la gestion des biens dont il dispose à cause de mort.

Le troisième cas est celui de l'exécution testamentaire. Un tiers mandataire, l'exécuteur testamentaire, est nommé par le testateur pour qu'il assure la bonne exécution de ses dernières volontés.

658. Plan. – Partant, il convient d'analyser successivement ces cas de représentation du droit des libéralités : l'administration aux biens donnés ou légués au mineur (§ 1), le mandat à effet posthume (§ 2) et l'exécution testamentaire (§ 3).

§ 1 - L'ADMINISTRATION AUX BIENS DONNES OU LEGUES AU MINEUR

659. Clause d'exclusion de l'administration légale. – L'article 389-3 du Code civil investit l'administrateur légal d'une fonction générale de représentation du mineur, qui se maintient autant que dure la minorité de l'enfant. En principe, l'administration légale est confiée soit aux père et mère lorsqu'ils exercent conjointement l'autorité parentale, soit à celui d'entre eux qui exerce seule l'autorité parentale¹. Toutefois, le lien entre l'administration des biens du mineur et l'autorité parentale souffre deux tempéraments formulés par l'article 389-3 du Code civil.

En premier lieu, l'alinéa 2 prévoit que chaque fois qu'existe une opposition d'intérêts entre le mineur et son représentant légal et qu'il n'y a pas de subrogé-tuteur, un administrateur *ad hoc* doit être nommé par le juge.

¹ C. civ., art. 389.

En second lieu, l'alinéa 3 dispose : « *Ne sont pas soumis à l'administration légale, les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire* ». Cette disposition légale est destinée à éviter que la personne de l'administrateur légal dissuade celui qui veut gratifier un mineur¹. Aussi, afin de favoriser les libéralités adressés aux enfants mineurs, est-il permis aux disposants de stipuler une clause, dite clause d'exclusion de l'administration légale, dont l'objet est de charger une personne de confiance aux fins d'administrer les biens de la libéralité pendant la minorité des gratifiés au lieu et place de l'administrateur désigné par la loi. Se dessine ainsi un cas de libéralité à trois personnes reposant sur la technique de la représentation : le mineur gratifié est directement investi de la propriété des biens de la libéralité, mais un individu, désigné par le disposant, va le représenter dans l'administration desdits biens jusqu'à sa majorité.

660. Utilités. – La stipulation de cette clause se présente en pratique dans un contexte familial conflictuel. Il en va ainsi lorsque les grands-parents sont en désaccord avec les parents. S'ils veulent gratifier leurs petits-enfants, ils désirent aussi écarter de la gestion leur propre enfant, ainsi que, le plus souvent, leur (ancienne) bru ou leur (ancien) gendre. Le conflit familial peut également exister entre les parents, notamment après leur séparation. En ce cas, le parent qui consent la libéralité à ses enfants souhaite rarement que les biens donnés ou légués soient administrés par l'autre parent investi de l'autorité parentale².

La clause d'exclusion de l'administration légale répond à ces besoins. En désignant un tiers administrateur, qui peut être un autre membre de la famille de l'enfant, ou un étranger, comme le

¹ Cet alinéa est à rapprocher de l'article 387 du Code civil, qui permet à l'auteur d'une donation ou d'un legs d'écarter le droit de jouissance légale des père et mère sur les biens en question. La justification de cette exclusion est similaire à celle de l'alinéa 3 de l'article 389-3 : il ne faut pas qu'un disposant s'abstienne de gratifier l'enfant parce que le droit de jouissance légale en ferait profiter les parents. Simplement, la clause d'exclusion de la jouissance légale a un domaine plus étroit que celui de la clause d'exclusion de l'administration légale. D'une part, la jouissance légale cesse dès que l'enfant propriétaire atteint l'âge de seize ans (C. civ., art. 384, 1^o) tandis que l'administration légale cesse à la majorité de l'enfant. D'autre part, l'administration légale englobe la jouissance légale. Ainsi, si l'auteur de la libéralité a écarté l'administration légale, le droit de jouissance légale est lui-même exclu : le bien étant géré par le tiers administrateur, les revenus du bien sont perçus par celui-ci qui en est comptable, et non plus par les parents. Bien que rare en pratique, il est possible que l'auteur de la libéralité n'exclue que la jouissance légale. Dans ce cas, le parent administrateur légal perçoit les revenus des biens mais il en est comptable (voir en ce sens G. Cornu, *La famille*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n^o97, p. 205 ; B. Teyssié, *Les personnes*, 13^{ème} éd., LexisNexis, 2011, n^o428, p. 261 et s. Comp. F. Terré et D. Fenouillet, *La famille*, 8^{ème} éd., Dalloz, n^o969, p. 977).

Partant, nous n'étudierons que l'article 389-3, alinéa 3, étant précisé qu'il soulève les mêmes difficultés d'analyse que l'article 387 du Code civil.

² Cela recouvre deux hypothèses : soit il s'agit d'une donation, auquel cas cela suppose que le donateur n'exerce plus l'autorité parentale ; soit il s'agit d'un legs, et cela suppose alors que le parent survivant ne soit pas privé de l'autorité parentale.

nouveau conjoint ou concubin¹, le disposant peut ainsi s'assurer que les biens de la libéralité seront administrés pendant la minorité du gratifié par une personne en qui il a toute confiance.

661. Plan. – La clause d'exclusion de l'administration légale doit être analysée tant du point de vue de son domaine (A) que de ses effets (B).

A. Le domaine de la clause d'exclusion de l'administration légale

662. Le domaine de la clause d'exclusion de l'administration légale doit être apprécié *ratione personae*, d'une part (1), *ratione materiae*, d'autre part (2).

1. Le domaine ratione personae

663. Le stipulant. – La possibilité de désigner un tiers administrateur aux biens donnés ou légués au mineur a été prévue par la loi du 6 avril 1910 ayant réglementée l'administration des biens des enfants mineurs². La loi du 14 décembre 1964, portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, ne fait d'ailleurs que reprendre et préciser sur ce point³. Il s'agissait, en 1910, de permettre au disposant de désigner un tiers autre que le père pour administrer les biens donnés ou légués à l'enfant mineur. Autrement dit, le législateur de l'époque, en autorisant les clauses d'exclusion, a sans doute eu en vue les libéralités consenties par des tiers. De là la réserve que d'aucuns pourraient émettre à l'encontre des personnes susceptibles de stipuler cette clause. Précisément, l'on pourrait croire que l'article 389, alinéa 3, du Code civil

¹ Ainsi qu'on a pu justement le souligner, la clause d'exclusion de l'administration légale peut être le moyen « *pour investir le second conjoint ou le concubin du défunt qui aura, par exemple, élevé l'enfant, d'une part d'administration sur les biens du parent décédé. Le procédé pourrait ainsi devenir un des éléments d'un futur statut du "beau-parent", au sens large du terme* » (J. Hauser, « L'administration aux biens légués ou donnés », *Deffrénois* 2009. 25, spéc. n°2).

² Sur cette loi, voir H. Capitant, « La loi du 6 avril 1910 complétant l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père », *RTD civ.* 1910. 270. La licéité de la clause d'exclusion était déjà admise avant cette loi tant par la jurisprudence (Cass. req., 11 nov. 1828, *S.* 1830. 1. 78 ; Cass. req., 9 janv. 1872, *D.* 1872. 1. 128 ; *S.* 1872. 1. 107 ; Cass. req., 3 juin 1872, *D.* 1872. 1. 241 ; *S.* 1872. 1. 273 ; Cass. req., 31 mai 1881, *D.* 1882. 1. 22 ; Nîmes, 16 avr. 1907, *S.* 1908. 2. 66) que par la doctrine (A. Duranton, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., t. III, 1844, n°575, p. 362 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6^{ème} éd., 1868, t. II, p. 170 et s.).

³ L'article 389, tel qu'il résultait de la loi de 1910, ne précisait pas quels étaient les pouvoirs du tiers administrateur. Une controverse s'était élevée pour savoir si cet administrateur devait être assimilé à un administrateur ordinaire ou à l'administrateur légal. La loi de 1964 a mis fin à la controverse en précisant que, à défaut de stipulation particulière, cet administrateur dispose des pouvoirs d'un administrateur sous contrôle judiciaire. Sur la loi du 6 juin 1910, voir notamment A. Raison, « Commentaire de la loi n°64-1230 du 14 déc. 1964 », *Journ. not. et des avocats* 1965. 172 ; A. Rouast, « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », *JCP* 1965. I. 1917 ; R. Savatier, « Le rajeunissement de la tutelle et de l'administration légale », *D.* 1965. chron. 51 ; G. Durry et M. Gobert, « Réflexions sur la réforme de la tutelle et de l'administration légale », *RTD civ.* 1966. 5 ; P. Blondy et G. et M. Morin, *La réforme de l'administration légale et de la tutelle et de l'émancipation*, préf. J. Carbonnier, 3^{ème} éd., Deffrénois, 1972.

ne saurait permettre à l'un des parents d'exclure l'autre de l'administration des biens qu'il donne ou lègue à leur enfant mineur.

Une telle restriction serait éminemment regrettable. La clause, on l'a vu, se révèle fort utile en cas de mésentente des parents : « *celui qui craint d'être le prémourant des père et mère utilisera cette faculté afin d'éviter que son ex-époux ne profite, de quelque manière, des biens transmis à l'enfant après son décès* »¹. Et, dans cette optique, la lettre du texte ne suggère aucune restriction de cet ordre. S'il est exigé que la clause ne concerne que « *les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur* », il importe peu, en revanche, de savoir qui est l'auteur de la libéralité. Cela est du reste parfaitement justifié par rapport à la raison qui a commandé l'alinéa 3 de l'article 389. S'il est permis de déroger aux règles de l'administration légale, c'est dans un esprit de faveur pour le mineur. Pour reprendre les mots du doyen Cornu, « *cette disposition est destinée à favoriser les libéralités adressées aux enfants dans les hypothèses où les donateurs ou les testateurs auraient quelque raison de se méfier de la cupidité ou de l'incurie des parents* »². Autrement dit, le législateur veut éviter que l'enfant se voie privé d'une libéralité parce que l'auteur de celle-ci ne souhaite pas que l'administrateur désigné par la loi puisse gérer les biens de la libéralité.

De sorte que tant les tiers que les parents peuvent stipuler une clause d'exclusion de l'administration légale dans les libéralités qu'ils consentent à l'enfant mineur.

664. Le tiers administrateur. – Toute personne, physique ou morale, peut être désignée en qualité d'administrateur³. Bien plus, le donateur devrait pouvoir « *se réserver les pouvoirs d'administration [...] en vertu du simple principe que "qui peut le plus peut le moins"* »⁴. Les règles de l'administration légale lui permettent en effet cet exercice, lorsqu'il exerce l'autorité parentale. Les père et mère ou un seul d'entre eux conservent l'administration légale des biens qu'ils ont donnés à leur enfant. Et, sous cet angle, l'on ne voit pas ce qui pourrait empêcher le disposant de se désigner en qualité d'administrateur.

¹ D. Boulanger, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion et de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP éd. N* 1994. 363, spéc. n°2.

² G. Cornu, *La famille*, préc., n°90, p. 199.

³ Dans l'hypothèse où le disposant aurait omis de procéder à cette désignation, ou si la personne pressentie se trouverait dans l'impossibilité d'exercer cette fonction ou la refuserait, certains auteurs considèrent que « *le juge pourrait procéder à cette nomination* » (A. Raison, « Commentaire de la loi n°64-1230 du 14 déc. 1964 », préc., spéc. n°15). Voir dans le même sens, à propos de l'exclusion de la jouissance légale des père et mère, Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. I, 6^{ème} éd., par A. Ponsard, § 550 bis, note 2.

⁴ J. Hauser, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1997, *RTD civ.* 1998. 74. Voir également J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n°34, p. 34 ; Ch. Besse, « Le patrimoine des mineurs est-il à la merci du "bon père de famille" ? », *Dr. et patrimoine* juill.-août 2007, p. 38 et s., spéc. p. 40.

Encore faut-il, enseigne-t-on, que la clause d'exclusion ne soit pas contraire à l'intérêt de l'enfant, à peine d'être réputée non écrite¹. Toutefois, la contrariété à l'intérêt du gratifié paraît exceptionnelle. Quand bien même la clause d'exclusion serait-elle motivée par une rancune à l'endroit de l'administrateur légal, l'intérêt de l'enfant ne serait pas atteint. Car, la clause n'oblige en rien l'enfant gratifié ; elle ne fait qu'aménager, relativement au bien donné ou légué, la représentation de celui-ci. Si, donc, la clause d'exclusion préjudicie à quelqu'un, c'est à l'administrateur écarté, et non à l'enfant.

2. *Le domaine ratione materiae*

665. Position du problème. – Comme toute libéralité, celle qui est consentie au mineur peut, du point de vue qualitatif, porter sur toute sorte de biens. En revanche, du point de vue quantitatif, une incertitude demeure lorsque le mineur gratifié est un héritier réservataire du disposant². En effet, l'on sait qu'en vertu de l'article 912 du Code civil, la réserve héréditaire doit revenir « *libre de charges* » aux héritiers réservataires. Or, la clause d'exclusion de l'administration légale n'est-elle pas de nature à porter atteinte à la réserve héréditaire du mineur gratifié ?

666. Première analyse. – Suivant une première analyse, la clause d'exclusion doit être cantonnée aux biens formant la quotité disponible. En ce sens, la Cour de cassation a décidé, au sujet de la clause d'exclusion de la communauté des biens donnés ou légués à un époux, que « *la transmission des biens compris dans la réserve s'opère par la volonté de la loi, et que, dès lors, le père de famille ne peut, par aucune disposition entre vifs ou testamentaire, modifier les conditions légales de cette transmission* »³. C'est également en ce sens que, par un arrêt du 27 juin 1933, la Cour de cassation a déclaré nulle la clause d'un testament stipulant que les biens transmis à des enfants mineurs seraient soustraits au droit de jouissance légale des pères et mères. L'article 387 du Code civil, a-t-elle affirmé, « *s'applique seulement aux biens que les mineurs tiennent de la volonté des disposants ; qu'en ce qui concerne les*

¹ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. I, 6^{ème} éd., par A. Ponsard, § 123, n°500 ; G. Raymond, *V° Administration légale et tutelle*, Rép. civ. Dalloz, 2009, n°48 ; Y. Favier, « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ fam.* 2002. 360. Voir également 91^{ème} congrès des notaires de France, 21-24 mai 1995, *Le droit & L'enfant*, n°414, p. 908 : « *Il y a donc lieu d'inciter les testateurs à motiver de façon expresse leurs décisions et à définir la mission de l'administrateur pour éviter les risques de contestations par le père ou la mère, au nom de leur enfant* ».

² Concrètement, la question se pose dans l'hypothèse où l'un des parents veut exclure l'autre de l'administration légale sur les biens qu'il donne ou lègue à leur enfant mineur. Nous n'envisageons pas les hypothèses où le mineur n'est pas un héritier réservataire du disposant. En ces cas, la libéralité à lui consentie peut évidemment porter atteinte à la réserve héréditaire. Il en va ainsi, par exemple, lorsque la libéralité est consentie par les grands-parents : le petit enfant gratifié n'étant pas leur héritier réservataire, la libéralité ne peut porter que sur la fraction disponible de leur patrimoine. Mais, on le voit, ce n'est pas la clause d'exclusion de l'administration légale qui est en cause, c'est la libéralité, elle-même, qui est susceptible de porter atteinte à la réserve héréditaire.

³ Cass. civ., 6 mai 1885, *D.* 1885. 1. 369 ; *S.* 1885. 1. 289, note J.-E. Labbé.

biens compris dans la réserve, la transmission s'en effectue par la volonté de la loi et que l'ascendant donateur ne peut, par des clauses de la donation ou du testament, modifier les conditions et les effets légaux de cette transmission »¹.

Cette restriction du domaine de la clause se justifierait, dit-on, par l'idée que la réserve héréditaire est un bénéfice légal qui ne doit en rien à la volonté du *de cuius*². A dire vrai, l'assertion n'est guère contestable. Il est en effet exact que la réserve héréditaire ne doit pas être sous l'emprise de la volonté du *de cuius*³. Mais cela n'explique pas en quoi la clause, qui a pour objet d'exclure les biens donnés ou légués de l'administration légale, de la jouissance légale, ou de la communauté, est une atteinte à la réserve héréditaire du gratifié. En réalité, comme René Savatier l'a justement montré, une telle analyse se justifie seulement par l'idée que la réserve serait « *une sorte d'indisponibilité réelle frappant une partie des biens* »⁴ de ceux qui laissent des héritiers réservataires. Autrement dit, dans cette analyse, la réserve ne serait pas établie en faveur du réservataire, mais bien plutôt contre le disposant.

667. Seconde analyse. – Ainsi comprise, cette conception est éminemment critiquable.

La réserve héréditaire, telle qu'elle a été conçue par les rédacteurs du Code civil, n'est pas regardée comme une institution protectrice d'un patrimoine familial, comme pouvait l'être la réserve coutumière, mais comme un droit n'appartenant qu'à l'héritier. En limitant la quotité disponible, la loi n'entend donc pas frapper d'indisponibilité une partie du patrimoine du *de cuius*, mais bien protéger l'héritier qu'elle appelle à une part intangible de ce patrimoine. L'idée se retrouve tout au long des travaux préparatoires du Code civil : « *si la réserve est établie en faveur des enfants, elle ne peut profiter qu'à eux* »⁵ ; « *le droit de demander la réduction est établi en faveur de l'enfant* »⁶ ; « *ce serait s'écarter du but de la loi que d'en donner le bénéfice à une autre personne qu'à celle en faveur de qui la loi l'établit* »⁷. Et elle est clairement exprimée dans l'article 921, inchangé depuis 1804 : « *La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait réserve, par*

¹ Cass. civ., 27 juin 1933, *Defrénois* 1933, art. 23658 ; *S.* 1933. 1. 326 ; *DP* 1934. 1. 94, note R. Savatier. Voir également Cass. req., 11 nov. 1828, *a contrario*, *D. jur. gén.*, V^o Dispositions entre vifs et testamentaires, n^o122.

² Voir ainsi A. Duranton, préc., spéc. n^o576, p. 364 ; Ch. Demolombe, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse ; de la puissance paternelle*, 2^{ème} éd., 1861, n^o507 et s., p. 401 et s., spéc. n^o513, p. 407 ; J. Rubellin-Devichi, obs. *RTD civ.* 1990. 448, n^o3, spéc. p. 450 : « *La réserve étant d'ordre public, les règles relatives à l'administration légale aussi, même si l'autorité parentale sur la personne du mineur et sur ses biens n'obéissent pas toujours au même régime, il nous paraît que le parent – qui n'aurait pas pu ne pas laisser transmettre la réserve – n'a pas le pouvoir d'exclure le conjoint survivant de l'administration légale, qui se place d'ailleurs dès le décès sous contrôle judiciaire* ».

³ Relevons toutefois que le disposant a le droit de déterminer les biens formant la réserve, notamment par les donations rapportables ou des legs d'attribution. Simplement, ces biens ne sauraient être grevés de charges ou conditions qui seraient de nature à limiter le droit de jouissance des héritiers réservataires.

⁴ R. Savatier, note préc., spéc. p. 95.

⁵ Treillard, in *Loché, Législation civile de la France*, t. XI, p. 185.

⁶ Portalis, in *Loché*, préc., p. 188.

⁷ Tronchet, in *Loché*, préc., p. 388.

leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront demander cette réduction, ni en profiter ». A cet égard, on peut observer que la Cour de cassation n'a été que « *la bouche de la loi* » en jugeant, dans la célèbre affaire *Hopp*, que la clause d'exclusion de communauté ne peut pas être critiquée par le conjoint de l'époux gratifié, car « *les règles impératives protectrices des droits de l'héritier réservataire ne peuvent être invoquées que par ce dernier ou ses ayants cause* »¹. De là il suit que si la réserve n'existe que dans l'intérêt du réservataire, l'administrateur légal évincé ne saurait agir en réduction de la libéralité au motif que la clause l'empêche d'administrer les biens composant la réserve du mineur². Au fond, selon les termes du doyen Cornu, « *l'intérêt de l'enfant prime la vocation des parents* »³. Aussi, si l'administrateur légal peut agir en réduction, est-ce uniquement au nom et pour le compte de celui-ci et, de surcroît, à la condition que la clause d'exclusion porte atteinte à la réserve du mineur. Mais, sous cet angle, la recevabilité d'une telle action est loin d'être assurée.

En effet, l'article 912 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, énonce que « *la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires* ». Est ainsi consacrée la jurisprudence, bien acquise, suivant laquelle « *la réserve doit parvenir à son titulaire exempte de toute charge limitant la liberté d'en disposer* »⁴. Partant, la réserve héréditaire a pour fonction, non pas d'entraver le pouvoir de disposition du *de cuius*, mais de garantir à son bénéficiaire une fraction des biens sur laquelle le disposant ne peut limiter ses prérogatives de propriétaire. Or, on peine à voir en quoi la clause qui nous occupe serait de nature à priver le mineur gratifié de tout ou partie de ses prérogatives sur sa réserve. Elle ne l'oblige en rien : elle ne lui impose aucune prestation ni aucune abstention. Pour le dire autrement, elle n'affecte en rien la propriété des biens reçus par le mineur ; elle organise simplement la représentation du mineur relativement au bien donné ou légué, laquelle cessera automatiquement à sa majorité. La clause d'exclusion de l'administration légale ne diminue donc aucunement les droits successoraux de l'enfant mineur. Et, conséquemment, aucune atteinte à la réserve du mineur gratifié ne peut être constatée⁵.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, *Deffrénois* 1975, art. 30986, p. 1185 et s., note G. Morin ; *JCP* 1975. II. 18141, note R. Savatier.

² R. Savatier, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975 ; D. Boulanger, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion et de la jouissance ou de l'administration légale », préc., spéc. n°24 et s. ; J. Massip, « Administration légale et autorité parentale », *Deffrénois* 1995, art. 36056, p. 513 et s. ; du même auteur, *Tutelle des mineurs* et protection juridique des majeurs, préc., n°35, p. 35 ; Ph. Delmas Saint-Hilaire, « L'enfant et le notaire », *Dr. et patrimoine* nov. 2000, p. 66 s., spéc. p. 71 ; J. Hauser, « L'administration aux biens légués ou donnés », préc., spéc. n°8 et s.

³ G. Cornu, *La famille*, préc., n° n°90, p. 199.

⁴ Voir notamment Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1968, *Deffrénois* 1968, art. 29290, note A. Breton ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1977, *Bull. civ.* I, n°100.

⁵ Voir en ce sens R. Savatier, note préc. ; J. Hauser, préc., spéc. n°10 et s. ; J. Massip, préc., spéc., n°35, p. 35 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°336, p. 334.

Par où l'on voit que la clause d'exclusion de l'administration légale doit pouvoir porter sur tous les biens donnés ou légués au mineur, même sur ceux composant la réserve individuelle de celui-ci.

B. Les effets de la clause d'exclusion de l'administration légale

668. Modèle supplétif de l'administration légale sous contrôle judiciaire. – Selon l'article 389-3, alinéa 3 *in fine*, le « tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire ».

Ainsi, à moins que le disposant n'en décide autrement, les pouvoirs de l'administrateur désigné par le disposant sont limités à ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire. Les actes du tiers administrateur sont donc accomplis sous la surveillance du juge des tutelles auquel il doit, dans les mêmes conditions qu'un administrateur légal sous contrôle judiciaire, demander les autorisations nécessaires pour agir.

Concrètement, les pouvoirs de l'administrateur s'ordonnent autour de deux principes. D'une part, il peut faire seul les actes qu'un tuteur est habilité à effectuer sans autorisation, ce qui recouvre les actes conservatoires et les actes d'administration¹, dont la liste est donnée par le décret du 5 décembre 2008². Ainsi peut-il, par exemple, procéder à la réception de capitaux échus au mineur et les retirer de la banque qui les a reçus en dépôt³. D'autre part, il doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation⁴, ce qui concerne les actes de disposition.

669. Aménagements conventionnels. – Il est cependant permis au disposant de déterminer les pouvoirs de l'administrateur qu'il désigne.

Dans cette optique, il peut conférer au tiers administrateur des pouvoirs plus étendus que ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire. Comme le précise la circulaire consécutive à la loi du 14 décembre 1964, « les pouvoirs du tiers administrateur sont librement fixés par la libéralité, si bien que l'administrateur peut disposer de pouvoirs excédant ceux d'un administrateur légal. Il pourrait notamment accomplir seul des actes de disposition »⁵. Ainsi, le disposant peut habilitier le tiers

¹ C. civ., art. 389-6, al. 2.

² C. civ., art. 496, al. 3.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, D. 1989. 406, note J. Massip.

⁴ C. civ., art. 389-6, al. 1^{er}.

⁵ Circulaire du 1^{er} juillet 1966, n°40, JO 7 juill., p. 5786 ; D. 1966. Lég. 320.

administrateur à accomplir des actes de disposition¹. Mais peut-il lui conférer des pouvoirs qui excéderaient ceux de l'administration pure et simple ? Par exemple, le tiers administrateur peut-il être investi du pouvoir d'accomplir des actes qui nécessitent, dans le cadre de l'administration pure et simple, une autorisation du juge des tutelles, tels que la vente de gré à gré ou l'apport en société d'un immeuble appartenant au mineur², voir même d'effectuer des actes qui sont interdits aux administrateurs légaux, comme consentir des libéralités ayant pour objet les biens du mineur ? La lettre du texte semble, à première vue, suffisamment permissive. De telles habilitations nous paraissent cependant contraires à l'esprit de l'institution. Le tiers administrateur se substitue à l'administrateur légal, de sorte que les pouvoirs qui lui sont conférés ne sauraient être plus étendus que ceux attribués aux père et mère dans le cadre de l'administration légale pure et simple.

A l'inverse, et sans doute plus rarement en pratique, l'administrateur peut avoir des pouvoirs plus restreints que ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire, et se voir imposer, par exemple, des garanties et obligations supplémentaires comme la constitution de sûretés ou la reddition de comptes pluriannuels³.

670. Cessation des fonctions du tiers administrateur. – Dès lors qu'il a accepté sa mission, l'administrateur s'oblige à l'accomplir jusqu'à son terme, à savoir jusqu'au jour où le gratifié est émancipé ou accède à l'âge de la majorité. A cet égard, il ne saurait s'en démettre pour des motifs de convenance personnelle. Simplement, ses fonctions peuvent prendre fin prématurément pour des raisons indépendantes de sa volonté, telles que sa mort, la survenance d'une cause d'incapacité, voire sa destitution judiciaire⁴. En ce cas, certains auteurs considèrent qu'il appartient au juge des tutelles de désigner un nouvel administrateur : « *ce serait, en effet, aller à l'encontre de la volonté du disposant que de confier l'administration des biens donnés ou légués à l'administrateur légal* »⁵. L'assertion est peut-être excessive en ce sens qu'elle s'accorde mal avec le caractère *intuitu personae* de la désignation du tiers administrateur. Il apparaît à tout le moins opportun que le

¹ P. Blondy et G. et M. Morin, *La réforme de l'administration légale et de la tutelle et de l'émancipation*, préc., n°50, p. 35 ; A. Raison, « Commentaire de la loi n°64-1230 du 14 déc. 1964 », *Journ. not. et des avocats*, préc., spéc. n°15, p. 175 ; J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc., n°33, p. 33 ; P. Salvage-Gerest, *JCl. Civil code*, Art. 389 à 393, fasc. 20, 2009, n°26 ; Th. Fossier, « Représentation et administration légale », in *Droit de la famille*, sous la dir. de P. Murat, Dalloz Action, 2010-2011, n°234.131. Voir dans le même sens, avant la loi du 14 décembre 1964, H. Capitant, préc., spéc. n°17 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. I, LGDJ, 1956, n°2713, p. 971.

² C. civ., art. 389-5, al. 3.

³ Voir notamment A. Raison, art. préc. ; P. Blondy et G. et M. Morin, *op. cit.*, n°147, p. 82. Comp. Douai, 4 oct. 1967, *JCP* 1968. IV. 23 ; *Defrénois* 1968, art. 29111, p. 508.

⁴ G. Raymond, *V° Administration légale et tutelle*, préc. n°49.

⁵ P. Blondy et G. et M. Morin, *La réforme de l'administration légale et de la tutelle et de l'émancipation*, préc., n°52, p. 35 ; J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, préc., n°34, p. 34.

disposant envisage, dans la rédaction de la clause d'exclusion de l'administration légale, l'hypothèse de la fin prématurée de la mission du tiers administrateur. A cette fin, s'il ne souhaite pas que l'administrateur légal puisse recouvrer sa vocation, il peut désigner un administrateur subsidiaire et/ou conférer cette faculté au juge des tutelles.

Lorsque la mission du tiers administrateur prend fin, celui-ci doit non seulement présenter un compte de gestion des opérations intervenues depuis l'établissement du compte annuel dressé par ses soins mais aussi communiquer, dans les trois mois de la cessation de ses fonctions, une copie de ce compte et des cinq précédents soit à l'enfant, soit à ses héritiers, soit à la personne nouvellement chargée de l'administration¹.

§ 2 - LE MANDAT A EFFET POSTHUME

671. Première vue. – Le mandat à effet posthume est une institution nouvelle, issue de la loi du 23 juin 2006, qui permet au *de cuius* d'investir, avant son décès, une tierce personne chargée, à compter de l'ouverture de la succession, d'administrer ou de gérer tout ou partie des biens la composant en lieu et place de tout ou partie des héritiers.

D'inspiration fiduciaire², le mécanisme permet désormais à celui qui organise sa succession de prévoir une gestion *post mortem* de son patrimoine. Les héritiers sont ainsi dessaisis des prérogatives relatives à la gestion des biens reçus. Le mandat à effet posthume s'analyse, à cet égard, comme une *charge* relative à la gestion des biens transmis. Dans cette perspective, le terme « *héritier* » ne doit pas comprendre les seuls successeurs *ab intestat*, mais tous les successeurs, à titre particulier ou à titre universel³. Tout successeur, de par la nature ou l'importance des biens qui lui sont transmis, peut être désarmé devant la complexité de leur gestion. Le mandat à effet posthume perdrait assurément de son utilité s'il ne pouvait être stipulé dans l'intérêt d'un légataire. C'est dans cette optique que le mandataire à effet posthume apparaît comme un intermédiaire d'une libéralité : le *de cuius* consent un legs et conclut par ailleurs un mandat à effet posthume dans l'intérêt de son légataire⁴.

¹ C. civ., art. 514, al. 1 et 2.

² Voir en ce sens l'exposé des motifs du projet de loi n°2427 portant réforme des successions et des libéralités, p. 12 : « *ce mandat à effet posthume pourra ainsi répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale* ».

³ G. Wicker, *JCl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, préc., n°36.

⁴ Dans la suite des développements, nous emploierons les termes « légataire » et « gratifié » pour désigner la personne pour le compte de laquelle le mandataire a pour mission d'agir. Mais, *mutatis mutandis*, l'analyse vaudra pour les héritiers *ab intestat*.

672. Problématiques. – Si le mandat à effet posthume est la convention « *par laquelle une personne reçoit le pouvoir exclusif de gérer un bien pour le compte d'autrui* »¹, il n'en demeure pas moins qu'elle n'opère pas transfert de propriété au profit du mandataire ; celle-ci est transférée, par l'effet de la transmission successorale, aux seuls héritiers et légataires². Autrement dit, le mandataire posthume est un intermédiaire de la libéralité, agissant en qualité de représentant du gratifié. Mais c'est un représentant qui bénéficie d'un statut particulier, en ce sens qu'il s'impose à ceux pour le compte desquels il agit et qu'il jouit d'une exclusivité quant à l'administration et à la gestion des biens, et ce que ceux-ci forment ou non la réserve héréditaire. De là, la difficulté que l'on peut éprouver à déterminer la nature juridique de cette institution nouvelle. Au-delà de cette question de qualification, c'est l'étendue même des pouvoirs du mandataire qui paraît incertaine. Faut-il comprendre, dans l'article 812 du Code civil, le verbe « *gérer* » comme une simple redondance du verbe « *administrer* » ou, au contraire, le signe que le domaine d'action du mandataire dépasse le simple cadre de l'administration ? Et, en cette dernière occurrence, cela signifie-t-il que le mandataire puisse accomplir des actes de disposition ?

673. Plan. – Partant, il convient, d'abord, de déterminer la qualification du mandat à effet posthume (A), afin de pouvoir, ensuite, analyser son régime juridique (B).

A. La qualification du mandat à effet posthume

674. Difficultés d'analyse. – La nature de l'institution est ambiguë³. Elle s'explique par la présence de trois personnes à l'opération. Le mandataire posthume est désigné par le *de cuius*, mais agit « *pour le compte et dans l'intérêt* »⁴ du ou des gratifiés. Dès lors, comment qualifier cette « *sorte de mandat à "trois personnes"* »⁵ ?

Sans doute faut-il exclure la qualification de mandat *post mortem*, lequel est un mandat qui déroge à la règle de l'article 2003 du Code civil prévoyant l'extinction du mandat au décès du

¹ M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, art. 38509, p. 3 et s., spéc. n°5 p. 6.

² Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités », *Deffrénois* 2005, art. 38298, n°3 ; L. Chambaz, « Le mandat posthume, le trust et la fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* déc. 2006, n°2339 ; J. Casey, « Le mandat posthume », *Dr. fam.* déc. 2006, p. 9 et s., spéc. n°3 ; B. Vareille, « Le mandat à effet posthume », *Les Petites Aff.* 28 juin 2007, p. 16 et s., spéc. n°2. Comp. M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc., spéc. n°6 note 14.

³ Les auteurs s'accordent pour relever le caractère singulier de ce mandat : Ph. Malaurie, « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités », préc. ; L. Chambaz, « Le mandat posthume, le trust et la fiducie », préc. ; J. Casey, « Le mandat posthume », préc. ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc. ; B. Vareille, « Le mandat à effet posthume », préc.

⁴ C. civ., art. 812, al. 1^{er}.

⁵ A. Aynès, « L'administration de la succession par autrui », *JCP éd. N* 2008. 1246, spéc. n°5.

mandant¹. En effet, le mandat *post mortem* est un mandat continué après le décès du mandant, ce qui le distingue du mandat à effet posthume. Au cas de mandat *post mortem*, la qualité de mandant passe sur la tête de ses héritiers, lesquels peuvent, d'une part, accomplir valablement des actes entrant dans le champ du mandat et, d'autre part, résilier le mandat à leur guise. Tel n'est pas l'effet produit par le mandat à effet posthume puisque les gratifiés ou les héritiers ne peuvent ni concurrencer le mandataire dans la gestion des biens ni le révoquer librement.

Il reste qu'au-delà de l'exclusion de la qualification de mandat *post mortem*, la nature juridique du mandat à effet posthume ne s'impose pas avec évidence. Reposant sur la technique de la représentation, le mandat à effet posthume épouse évidemment l'une des deux formes de celle-ci : soit le mandat est un cas de représentation parfaite, soit, au contraire, il est un cas de représentation imparfaite. Mais, entre les deux, l'hésitation semble permise. La formule « *pour le compte et dans l'intérêt* » qu'énonce l'article 812 est en effet suffisamment équivoque pour admettre chacune des deux qualifications. Pour autant, à l'analyse, c'est la qualification de représentation imparfaite qui doit s'imposer.

675. Plan. – Examinons, d'abord, les raisons qui justifient le rejet de la qualification de représentation parfaite (1), afin de constater, ensuite, que la représentation imparfaite est la qualification appropriée de l'institution (2).

1. Le rejet de la qualification de représentation parfaite

676. Exposé de la qualification. – A première vue, le mandat à effet posthume est un mandat pur et simple, conférant au mandataire posthume un pouvoir complet de représentation. La désignation de l'institution semble le laisser croire : c'est un « *mandat* ». Certes, c'est un mandat singulier, en ce sens qu'il est « *à effet posthume* » ; mais peu importe, dira-t-on, cela reste un mandat, ce qui suppose que le mandataire posthume agisse « *au nom et pour le compte* » du ou des gratifiés visés par le *de cuius*. A l'appui de cette qualification, on peut invoquer l'article 812-1-4 du Code civil, lequel procède à un renvoi à l'ensemble des textes du mandat dans la mesure où ces textes « *ne sont pas incompatibles avec les dispositions* » régissant le mandat à effet posthume.

Partant, la loi du 23 juin 2006 semble faire du mandataire posthume un fondé de pouvoir qui agit *au nom et pour le compte* des gratifiés désignés par le *de cuius*.

¹ Sur le mandat *post mortem*, voir *supra* n°650 et s.

677. Rejet de la qualification. – L’assertion emporte néanmoins des conséquences difficilement conciliables avec le mécanisme du mandat à effet posthume.

La technique de la représentation parfaite suppose, en effet, que la personne du représentant s’efface pour ne laisser juridiquement place qu’à celle du représenté. Les tiers auprès desquels agit le mandataire ne se trouvent liés qu’avec le mandant. Autrement dit, en raison de son pouvoir de représentation, le mandataire posthume va engager, par ses actes, les biens qu’il a pour charge de gérer, mais également l’ensemble du patrimoine du gratifié au nom duquel il agit. Le mécanisme de la représentation parfaite conduit ainsi à attribuer la qualité d’exploitant au gratifié¹. Or, comment admettre que la gestion du mandataire puisse entraîner un engagement personnel du légataire, alors même qu’il ne peut ni le révoquer ni influencer sur la gestion de l’entreprise ? Dans le mandat de droit commun, l’engagement personnel du mandant par les actes du mandataire est contrebalancé par le pouvoir du mandant d’accomplir lui-même les actes envisagés par le mandat², et de révoquer le mandataire³. Et la conclusion d’un mandat, même stipulé irrévocable, n’entraîne pas un dépérissement des pouvoirs du mandant sur ses propres biens. La stipulation d’irrévocabilité n’a d’autre effet que de limiter le principe de libre révocabilité du mandat, mais elle ne prive pas le mandant de ses pouvoirs d’accomplir des actes entrant dans le champ du mandat⁴. Telle n’est pas la situation du mandat à effet posthume qui a pour effet d’opérer un dessaisissement du gratifié ; ce dernier ne pouvant nullement agir à la place du mandataire. Comment pourrait-on dès lors admettre que le mandataire agit au nom des gratifiés, tout en sachant que ceux-ci ne peuvent ni s’opposer aux actes du mandataire, ni le concurrencer dans sa gestion ?

Pensons, en outre, au gratifié mineur non émancipé auquel l’article L. 121-2 du Code de commerce interdit la qualité de commerçant⁵. Comment concilier une telle interdiction avec

¹ J. Prieur et M. Clermon, « La gestion de l’entreprise par un mandataire, *JCP éd. N* 2006. 1297, spéc. n°29-30 ; J. Prieur et P. Julien Saint-Amand, « Sécuriser et optimiser la transmission de l’entreprise familiale », *Dr. et patrimoine* avr. 2007, p. 89 et s., spéc. p. 100 ; J.-F. Sagaut, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d’entreprise », *Dr. et patrimoine* sept. 2007, p. 62 et s., spéc. p. 64.

² Ph. Pétel, *Le contrat de mandat*, Dalloz, Connaissance du droit, 1994, p. 65 ; J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., LGDJ, n°31107 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., spéc. n°943 p. 447-448.

³ C. civ., art. 2004 : « Le mandat peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s’il y a lieu, le mandataire à remettre, soit l’écrit sous seing privé qui la contient, soit l’original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l’expédition, s’il en a été gardé minute ».

⁴ Voir notamment Cass. civ., 4 juin 1913, *S.* 1914. 1. 179 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1970, *D.* 1971. 261, note J.-L. Aubert.

Sur ce point, voir Sallé de la Marnière, « le mandat irrévocable », *RTD civ.* 1937. 261 et s. ; R. Perrot, « Le mandat irrévocable », in *Travaux de l’Association Henri Capitant, Journée uruguayennes de 1954*, t. X, Dalloz, 1959, p. 451 et s. ; I. Najjar, « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003. 708 et s.

⁵ Depuis la loi n°2010-658 du 15 juin 2010, relative à l’entrepreneur individuel à responsabilité limitée, « le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d’émancipation et du président du tribunal de grande instance s’il formule cette demande après avoir été émancipé » (C. com., art. L. 121-2 ; C. civ., art. 413-8). Comp. la possibilité pour le mineur non émancipé d’obtenir une

l'article 812-1 du Code civil, suivant lequel « *le mandataire exerce ses pouvoirs alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers* » ? Faire jouer la représentation au mandat à effet posthume aboutit à attribuer la qualité de commerçant à l'héritier mineur, ce qui n'est guère concevable.

2. L'adoption de la qualification de représentation imparfaite

678. Exposé de la qualification. – Loin d'être un mandat pur et simple conférant au mandataire un pouvoir de parfaite représentation des héritiers, le mandat à effet posthume s'apparente dès lors à un mandat à la représentation imparfaite¹. En ce sens, les actes du mandataire posthume sont effectués pour le compte des héritiers, mais en son nom propre. Ce n'est plus la transparence qui caractérise les actes du mandataire. Bien au contraire, il se trouve engagé personnellement par ses propres actes.

Encore faut-il savoir à quelle hypothèse de représentation imparfaite correspond le mandat à effet posthume. Sur ce point, on enseigne que la représentation imparfaite recouvre deux hypothèses : le prête-nom et la commission. Il n'est pas douteux que le mandat à effet posthume se distingue du prête-nom. L'économie du mandat à effet posthume n'est pas en effet de dissimuler le représenté aux tiers. C'est donc vers la commission qu'il faut se tourner. Dans ce contrat, les tiers savent pertinemment qu'ils traitent avec un intermédiaire, mais ils ignorent le nom du représenté. Il reste que ce contrat est réglementé par le Code de commerce². Aussi, si le mandat à effet posthume paraît correspondre à un contrat de commission, il faut alors convenir que c'est une commission civile. Sous cet aspect, cette qualification fait écho à la notion de « *contrat de gestion* »³, lequel « *peut être défini comme le contrat par lequel un propriétaire confie la gestion de ses*

autorisation soit des parents exerçant en commun l'autorité parentale, soit de l'administrateur légal (C. civ., art. 389-8), soit du conseil de famille (C. civ., art. 401, al. 4) pour « *accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle* » (C. civ., art. 389-8 et 401, al. 4).

¹ En faveur d'une telle qualification, voir G. Wicker, *JCl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, Fasc. Unique, n°10 et s. ; Ph. le Tourneau, V° Mandat, Rép. civ. Dalloz, 2011, n°421 ; F. Bicheron, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, sous la dir. N. Dissaux, *Economica*, 2011, p. 97 et s., spéc. n°45.

² L'article L. 132-1 du Code de commerce définit le commissionnaire comme « *celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ». Sur l'exigence de ce double critère – agir en son nom propre et pour le compte d'autrui – pour l'identification du contrat de commission, voir notamment J. et E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Sirey, 1955, t. 2, par J. Hémar, n°688 et s. ; A. Rouast, *La représentation dans les actes juridiques*, Cours de droit civil approfondi, Paris, Cours de droit, 1947-48, p. 49 et s. ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd., par Ph. Delebecque et M. Germain, n°2632 et s. ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, préc., n°986 et s. p. 483 et s. ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n°663 s. p. 578 et s.

³ P.-F. Cuif, *Le contrat de gestion*, préf. L. Aynès, *Economica*, 2004.

biens à une personne, sans lui en transférer la propriété ; à charge pour celle-ci de les valoriser, sans nécessairement représenter le propriétaire »¹.

De là il suit que c'est « *par référence aux solutions dégagées par la jurisprudence pour le contrat de commission* »² qu'il faut définir le régime juridique du mandat à effet posthume. Concrètement, le mandat à effet posthume opère une dissociation entre les relations du mandataire avec les légataires concernés par le mandat et celles qu'il pourrait avoir avec les tiers³. Dans ses rapports avec les gratifiés, tout se passe comme si l'on était en présence d'un mandat. Le mandataire doit leur rendre compte de son activité et des sommes encaissées ou déboursées pour leur compte. En revanche, dans les rapports avec les tiers, le mandataire est le partenaire unique. Cela signifie qu'il a seul la qualité de partie, et partant de créancier ou de débiteur, aux contrats conclus dans le cadre de sa mission. Naturellement, dans la mesure où le mandataire agit pour le compte des gratifiés sur des biens qui leur appartiennent, les effets de ses actes se réaliseront, *in fine*, dans leur patrimoine. Car c'est eux qui, en définitive, recueilleront le profit ou subiront le risque de perte des biens gérés.

679. Justifications. – L'on observe ainsi que la qualification de mandat à la représentation imparfaite présente un double mérite.

D'abord, elle concilie le mandat à effet posthume avec les règles de protection de l'héritier ou du gratifié incapable. Seul le mandataire ayant la qualité d'exploitant, la stipulation d'un mandat à effet posthume dans l'intérêt de l'incapable ne heurte nullement les règles de protection des incapables. Si le mandataire posthume ne subit aucune restriction de pouvoirs en présence d'un tuteur, curateur ou administrateur spécial, c'est en raison de l'absence de représentation parfaite qui entoure ses actes.

Ensuite, elle permet de comprendre l'exclusivité de gestion du mandataire posthume sur les biens qui forment l'objet de son mandat. En raison de leur dessaisissement, les gratifiés concernés par le mandat sont sans pouvoir pour tous les actes qui entrent dans la mission du mandataire. Aussi est-il légitime qu'en tant que seul maître de la gestion, le mandataire assume directement et personnellement la responsabilité de ses actes.

¹ P.-F. Cuif, *op. cit.*, n°747, p. 515.

² G. Wicker, *JCl Civil Code*, Art. 812 à 812-7, préc., n°85. Relevons que les solutions dégagées pour le contrat de gestion, dans lequel le mandat à effet posthume pourrait s'insérer, sont pour l'essentiel identiques aux règles du contrat de commission. Voir P.-F. Cuif, *op. cit.*, spéc. n°321 et s., p. 219 et s. ; n°349 et s., p. 231 et s. ; n°674 et s., p. 460 et s.

³ Sur cette dissociation, voir Ch. Larroumet, *Les obligations – le contrat, préc., spéc.* n°161 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., spéc. n°173 et s. ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., n°986, p. 483 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n°664 p. 579 et s.

Sous cet angle, cette qualification concilie du reste le mandat à effet posthume avec l'esprit fiduciaire qui l'habite. A l'instar du fiduciaire, le mandataire posthume bénéficie d'une exclusivité de gestion, ce qui lui permet d'exclure de la gestion les gratifiés visés par le mandat ; mais, comme le fiduciaire, le mandataire est engagé personnellement par les actes qu'il conclut avec les tiers.

680. Conclusion. – En définitive, seul le mécanisme de la représentation imparfaite permet de justifier les pouvoirs exorbitants accordés au mandataire posthume. Nous croyons donc que le mandat à effet posthume est une nouvelle forme de mandat à la représentation imparfaite ou, pour le dire autrement, une sorte de contrat de commission civile.

B. Le régime juridique du mandat à effet posthume

681. Il convient d'étudier les conditions de formation (1), les effets (2) et le dénouement (3) du mandant à effet posthume.

1. Les conditions de formation

682. Conditions de forme. – Le mandat à effet posthume est un contrat solennel. Il doit être « *donné et accepté en la forme authentique* »¹, à peine de nullité. Cette exigence trouve sa justification dans l'idée que les héritiers doivent être protégés contre une dépossession par trop systématique. Ainsi qu'il résulte de l'exposé des motifs de la loi du 23 juin 2006, « *le conseil du notaire paraît indispensable notamment pour éviter les conventions hasardeuses ou équivoques* »². En distinguant l'offre et l'acceptation du mandat, la loi permet que chacune intervienne par actes séparés³.

En outre, l'acte portant le mandat doit être « *précisément motivé* »⁴, en ce sens qu'il doit contenir l'intérêt sérieux et légitime qui le justifie.

Enfin, l'efficacité du mandat commande qu'il soit enregistré au fichier des dernières volontés⁵.

683. Conditions de fond. – Toute personne physique ou morale peut être désignée comme mandataire, qu'il s'agisse d'un héritier ou d'un tiers, à l'exception du notaire en charge de la

¹ C. civ., art. 812-1-1, al. 3.

² Projet de loi n°2427 portant réforme des successions et des libéralités, p. 12.

³ G. Wicker, art. préc., spéc., n°18 ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc., n°9 ; B. Vareille et J. Combret, « Sécuriser la transmission du patrimoine personnel », *Dr. et patrimoine* avr. 2007, p. 72 et s., spéc. p. 74.

⁴ C. civ., art. 812-1-1, al. 1^{er}.

⁵ Voir en ce sens M. Grimaldi, préc., spéc. ; J.-F. Sagaut, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Dr. et patrimoine* sept. 2007, p. 62 et s., spéc. p. 63.

succession¹. Ainsi que le prévoit l'article 812 du Code civil, le *de cuius* peut désigner plusieurs mandataires, qui pourront agir conjointement, distinctement ou principalement et subsidiairement². Simplement, chaque mandataire doit jouir de la pleine capacité et ne pas être frappé d'une interdiction de gérer si sa mission porte sur des biens professionnels. A cet égard, chaque mandataire doit accepter sa mission avant le décès du mandant³ et, comme on l'a vu, par acte authentique.

En outre, le mandat doit exprimer sa cause. Parce que le mandant à effet posthume déroge aux règles de la saisine héréditaire et, le cas échéant, au droit des héritiers à une réserve libre de charges, l'article 812-1-1 du Code civil ne donne force obligatoire à la volonté du *de cuius* que si elle trouve sa cause dans un « *intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral* »⁴. Ainsi, du point de vue personnel, l'âge, l'incapacité, l'incompétence de l'héritier, voire, au cas d'une pluralité d'héritiers, un risque de mésentente entre eux sont des éléments suffisamment sérieux pour justifier le mandat⁵. Du point de vue matériel, les spécificités des biens quant à leur gestion (une entreprise, des œuvres d'art, des propriétés intellectuelles, etc.) ou leur dispersion peuvent justifier le mandat à effet posthume⁶.

Enfin, si le mandat ne peut prendre effet qu'à compter du décès⁷, il ne peut être conclu que pour une durée de deux années qui peut être prorogée, à la demande de l'héritier ou du mandataire lui-même, par le juge, un ou plusieurs fois. Cependant, en raison de « *l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels* »⁸, le mandat peut être conclu pour une durée de cinq années, prorogeable également.

684. Détermination de la rémunération du mandataire. – Comme tout mandat, la gratuité de la fonction de mandataire est la règle. Toutefois, il est permis de prévoir une rémunération du mandataire. La stipulation d'une rémunération sera d'ailleurs d'autant plus fréquente que l'administration ou la gestion des biens nécessiteront des compétences particulières de la part du mandataire. Toutefois, la rémunération est strictement réglementée.

¹ C. civ., art. 812, 2 et 4.

² Le *de cuius* pourrait désigner chaque mandataire en fonction du lieu de situation des biens à gérer, en fonction des compétences de chaque mandataire (par exemple, un professionnel de la gestion, pour l'aspect technique, et un proche de l'héritier, pour l'aspect humain, qui devront s'accorder quant aux actes à accomplir).

³ C. civ., art. 812-1-1, al. 4.

⁴ Selon l'article 812-4 du Code civil, l'absence d'intérêt sérieux et légitime est une cause de révocation. En réalité, c'est une cause de nullité.

⁵ G. Wicker, art. préc., spéc., n°42 ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc., spéc. n°7 ; E. Mallet, « Mandat à effet posthume, Formule », JCP éd. N 2006. 1372.

⁶ G. Wicker, art. préc., spéc. n°45 ; M. Grimaldi, art. préc. ; E. Mallet, art. préc.

⁷ Ainsi, tant le *de cuius* et le mandataire peuvent renoncer au mandat après avoir notifié leur décision à l'autre partie (C. civ., art. 812-1-1, al. 5).

⁸ C. civ., art. 812-1-1, al. 2.

D'une part, l'article 812-2, alinéa 2, du Code civil énonce que la rémunération ainsi stipulée « *correspond à une part des fruits et revenus perçus par la succession et résultant de la gestion ou de l'administration du mandataire. En cas d'insuffisance ou d'absence de fruits et revenus, elle peut être complétée par un capital ou prendre la forme d'un capital* »¹. Autrement dit, la rémunération doit prioritairement être prélevée sur les fruits et revenus qui résultent de la gestion du mandataire, et, en cas d'insuffisance seulement, sur le capital. Où l'on voit que l'institution fiduciaire est là, même si le mot n'est pas dit. Et, de fait, on peut présager que se développera un « *marché* » du mandat à effet posthume comprenant des professionnels de la gestion des biens d'autrui rémunérés en fonction des résultats de leur gestion.

D'autre part, l'article 812-3 du Code civil prévoit que la rémunération du mandataire est « *une charge de la succession* »² qui peut être réduite pour cause d'atteinte à la réserve héréditaire, voire également être révisée judiciairement lorsque son montant apparaît excessif.

La sanction de la réduction pour atteinte à la réserve est singulière, dès lors qu'aucune libéralité n'est consentie au mandataire. A cet égard, cela signifie-t-il que la rémunération doit être prise en compte dans la détermination de la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve ? La logique liquidative semble l'imposer, même si la solution n'est pas évidente. Quoi qu'il en soit, la rémunération doit vraisemblablement s'imputer comme un legs, donc sur la quotité disponible, puisque ce n'est qu'à cette date que le mandat à effet posthume acquiert véritablement force obligatoire. Il reste que son évaluation peut poser difficultés. Sans doute est-ce aisé lorsqu'elle est en capital ; mais comment faire lorsqu'elle correspond à une part des fruits et revenus à percevoir ? La difficulté est d'autant plus sérieuse qu'on ne sait pas combien de temps durera le mandat. Or, pour reprendre les termes de certains auteurs, « *comment anticiper au moment du règlement de la succession sur la rémunération future d'un mandataire dont la gestion est appelée à durer un temps certes limité, mais encore indéterminé* »³ ? En réalité, la difficulté n'est pas si nouvelle. La question de l'évaluation se pose à chaque fois que le *de cuius* consent un legs d'une rente viagère

¹ Cette hiérarchie dans les modalités de la rémunération a été privilégiée par le législateur au motif qu'elle « *présente l'avantage d'être versée régulièrement sans entamer le patrimoine de la succession et donc de ne pas léser les héritiers* » (H. de Richemont, *Rapport Sénat*, préc., p. 135. Voir dans le même sens, S. Huyghe, *Rapport AN*, préc., p. 177).

² A première vue, la rémunération mérite d'être qualifiée de charge de la succession. Elle est en effet une dette née après l'ouverture de la succession, mais qui est due à raison du décès (Sur la notion de charges de la succession, voir Ph. Durnerin, *Le passif successoral*, préc., n°102 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°743, p. 616 ; Ph. Malaurie, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°228, p. 115 ; M. Grimaldi, *Successions*, préc., n°539). Cependant, les conséquences qu'empportent cette qualification peuvent parfois être critiquables. En effet, le poids des charges de la succession se répartit entre tous les successeurs qui sont tenus au passif. Si cela ne pose guère de difficultés lorsque tous les héritiers sont visés par le mandat à effet posthume, il en va autrement lorsqu'ils ne le sont pas tous. Car, en cette occurrence, il apparaît difficilement concevable que la rémunération du mandataire soit supportée par l'ensemble des héritiers (voir en ce sens G. Wicker, *JCl. Civil code*, Art. 812 à 812-7, préc., n°106). Aussi bien peut-on proposer deux solutions : soit stipuler conventionnellement que la rémunération ne sera supportée que par les héritiers visés par le mandat ; soit, à défaut, permettre à la succession une action en contribution contre les héritiers concernés par le mandat.

³ B. Vareille et J. Combret, « *Sécuriser la transmission du patrimoine personnel* », préc., spéc. p. 75.

ou de fruits à venir d'un bien¹. Et, en ces cas, il y a lieu de capitaliser la rente ou les fruits futurs en fonction de la durée de vie estimée du légataire. Appliquée à la rémunération du mandataire, la solution consiste à capitaliser les fruits et revenus « *en chiffrant la moins-value dont souffre la valeur vénale d'une pleine propriété amputée de tout ou partie de ses fruits* »², et ce en tenant compte de la durée prévisible du mandat.

En outre, la rémunération du mandataire peut être révisée. Il y a là une simple application du droit commun du mandat qui admet la révision des honoraires des mandataires³. Pour ce faire, l'excès s'apprécie par rapport à la durée du mandat ou eu égard à la charge effectivement assumée par le mandataire.

2. Les effets

685. Obligations du mandataire. – A l'égard des gratifiés concernés par le mandat, le mandataire posthume est tenu, comme tout mandataire, « *d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé* »⁴, ce qui implique, outre l'obligation de respecter les limites de sa mission et de ne pas outrepasser ses pouvoirs, le devoir d'agir avec diligence et loyauté⁵. De plus, le mandataire posthume doit rendre compte de sa gestion⁶ : il le doit chaque année et en fin de mandat⁷. Le cas échéant, son obligation est transmise à ses héritiers⁸.

A l'égard des tiers, le mandataire agit en son seul nom, de sorte qu'il s'engage personnellement envers eux. C'est dire qu'il est tenu de toutes les obligations personnelles qui découlent des contrats qu'il a conclus dans le cadre de sa mission, sauf son recours contre les gratifiés visés par le mandat⁹. Ainsi, par exemple, si le mandataire achète des marchandises aux fins de gestion de l'entreprise, qui forme l'objet de son mandat, il peut être tenu personnellement à leur paiement, sauf à poursuivre ensuite le remboursement contre les gratifiés, propriétaires de

¹ Voir par exemple Bordeaux, 17 oct. 2005, *Dr. fam.* 2006. comm. 98, note M. Nicod.

² M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc., n°11, note 31.

³ F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 652, p. 567 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, préc., n° 549, p. 297.

⁴ C. civ., art. 1991, al. 1^{er}.

⁵ En cas de fautes de gestion le mandataire posthume engage sa responsabilité civile contractuelle dans les mêmes conditions que tout mandataire chargé d'agir pour le compte d'autrui (C. civ., art. 1991 et 1992). En outre, l'article 812-4, 3° du Code civil prévoit que la révocation du mandataire posthume peut être demandée en justice en cas de mauvaise exécution de sa mission.

⁶ Comme tout mandataire (C. civ., art. 1993).

⁷ C. civ., art. 812-7, al. 1^{er}.

⁸ C. civ., art. 812-7, al. 2.

⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 10 févr. 1988, *JCP* 1989. II. 21192, note Ch. Atias (sol. implicite) ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1993, *Bull. civ.* I, n°329 : « *Mais attendu que le mandataire qui traite en son propre nom avec un tiers devient le débiteur de ce dernier, sauf son recours contre le mandant* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 mai 2004, *Bull. civ.* III, n°94. Adde A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., n°952, p. 457 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n°641, p. 558.

l'entreprise. De même, si le mandataire donne à bail l'un des biens dont il a l'exclusivité de gestion, il est tenu des obligations qui pèsent sur le bailleur, sauf, ici encore, à agir par la suite contre les gratifiés pour le compte desquels il a agi.

686. Pouvoirs du mandataire. – Quant aux pouvoirs du mandataire, ceux-ci n'ont pas toujours la même vigueur. D'une part, le mandataire ne saurait exercer ses prérogatives de façon à faire obstacle à la bonne exécution de la mission de l'exécuteur testamentaire. Ainsi, dans l'hypothèse où les pouvoirs respectifs du mandataire posthume et de l'exécuteur testamentaire entreraient en conflit, l'article 812, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que la mission du mandataire posthume ne s'exerce que « *sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire* ». D'autre part, l'étendue des pouvoirs du mandataire dépend des règles de l'option successorale. A ce titre, deux situations doivent être distinguées, selon que la succession a été acceptée (a) ou non (b) par l'un des héritiers visés par le mandat.

a) En l'absence d'acceptation par l'un des héritiers visés par le mandat

687. Limitation aux actes n'emportant pas acceptation tacite. – Selon l'article 812-1-3 du Code civil, « *tant qu'aucun héritier visé par le mandat n'a accepté la succession, le mandataire ne dispose que des pouvoirs reconnus au successible à l'article 784* ». Cette disposition s'explique par la règle suivant les actes du mandataire sont sans effet sur l'option de l'héritier. Aussi bien, pendant cette période d'attente, le mandataire n'a-t-il le pouvoir d'accomplir que des actes qui ne sont pas susceptibles d'emporter acceptation de la succession par l'héritier pour le compte duquel il agit.

Concrètement, il s'agit d'actes conservatoires ou de surveillance, ainsi que des actes d'administration provisoire, tels que ceux qu'énumère l'article 784 du Code civil, comme par exemple « *les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession* »¹ ; « *le renouvellement, en tant que bailleur ou preneur à bail, des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en œuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise* »².

b) En présence d'une acceptation de la succession par l'un des héritiers visés par le mandat

¹ C. civ., art. 784, al. 3.

² C. civ., art. 784, al. 4.

688. Position du problème. – Lorsqu'un héritier au moins a accepté la succession, quelle que soit la forme d'acceptation retenue, l'article 812-1-4 du Code civil renvoie aux règles du droit commun du mandat dans la mesure de leur compatibilité avec les règles propres au mandat à effet posthume. Cette référence au droit commun du mandat suscite plusieurs interrogations relatives à la détermination des pouvoirs du mandataire. Cela signifie-t-il que le mandataire ne puisse accomplir que des actes d'administration¹ ? Qu'il ne puisse accomplir des actes de disposition que s'il en a reçu le pouvoir exprès² ? Ou, au contraire, qu'il puisse accomplir des actes de disposition, sans que le *de cuius* ne l'ait expressément prévu ?

Au fond, on le voit, il s'agit de s'interroger sur la portée du verbe « *gérer* » figurant, dans l'article 812 du Code civil, aux côtés du verbe « *administrer* ». Cette portée doit être appréciée en tenant compte des prérogatives légales des héritiers sur les biens. En vertu de l'article 812-4 du Code civil, « *le mandat prend fin par l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat* ». Partant, à supposer que le mandataire ait le pouvoir de disposer des biens, il s'agit de savoir comment articuler cette prérogative avec le droit reconnu aux héritiers de les aliéner.

689. Solution de la jurisprudence. – En raison de la nouveauté de l'institution, la jurisprudence ne s'est prononcée pour l'heure qu'une seule fois. Par un arrêt du 12 mai 2010, la première Chambre civile de la Cour de cassation a tranché un litige, qui opposait le mandataire posthume, ayant pour mission de gérer les biens d'héritiers mineurs, et son représentant légal, lequel souhaitait vendre un immeuble de l'hérédité³. En l'espèce, la mère de deux enfants mineurs avait institué par acte authentique son propre père comme mandataire posthume de toute sa succession pour le compte et dans l'intérêt de ses enfants. A la suite de son décès, son ancien mari, père des deux enfants, demanda au juge des tutelles, en qualité d'administrateur légal, l'autorisation de vendre l'appartement dépendant de la succession tout en signalant qu'il ne disposait pas des clés, nécessaires pour faire procéder à son estimation. Il obtint du juge des tutelles qu'il ordonne au mandataire posthume de mettre les clés à sa disposition. Mais, sur appel, le tribunal de grande instance infirma cette décision en retenant que « *si le simple pouvoir d'administrer interdit la vente, le pouvoir de gestion donné au mandataire posthume par le législateur implique la possibilité de vendre, dès lors que la vente peut être considérée comme un acte utile, dans l'intérêt de la succession, et dans l'intérêt des héritiers ; que l'on peut considérer que des actes de disposition ou d'aliénation sont utiles pour l'exploitation des biens visés au mandat, que de tels actes peuvent donc être décidés par le mandataire posthume,*

¹ C. civ., art. 1988, al. 1^{er}.

² C. civ., art. 1988, al. 2.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, *Bull. civ.* I, n°117 ; *D.* 2010. 2392, obs. M. Nicod ; *Defrénois* 2010. 1776, note F. Sauvage ; *ibid.* 2373, obs. A. Chamoulaud-Trapiers ; *Dr. fam.* 2010. comm. 104, note B. Beignier ; *RTD civ.* 2010. 527, obs. J. Hauser ; *ibid.* 602, obs. M. Grimaldi ; *RDC* 2011. 203, obs. F. Bicheron.

conformément à l'article 812, alinéa 1^{er}, du code civil ; que si le mandataire posthume peut disposer du pouvoir d'aliéner ou de vendre, il peut donc, symétriquement, disposer du pouvoir de s'opposer à une vente projetée par l'administrateur légal au motif qu'elle lui paraîtrait non conforme à l'intérêt des héritiers ; qu'il ressort de la combinaison de l'article 812-1 et 389-3, alinéa 3, du code civil, que l'appartement litigieux, dépendant de la succession de Karine X... n'est pas soumis aux pouvoirs et aux prérogatives de l'administrateur légal des enfants de cette dernière qu'en conséquence, M. X... mandataire posthume, disposait bien du pouvoir de s'opposer à la vente de l'appartement ; que par ailleurs, en fait, la position de M. X... est conforme à l'intérêt des enfants »¹.

La Cour de cassation censura le jugement d'appel au visa des articles 812, 812-1, 812-4 et 389-3, alinéa 3, du Code civil : « Attendu que les pouvoirs de l'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume en vertu des articles 812, alinéa 1^{er}, et 812-1 du Code civil, ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue l'une des causes d'extinction de celui-ci prévues par l'article 812-4 du même Code ». Autrement dit, pour la première Chambre civile, l'aliénation des biens par les héritiers étant une cause d'extinction du mandat, le mandataire posthume n'a pas le pouvoir de s'y opposer.

La solution est justifiée tant les termes de l'article 812-4 du Code civil paraissent univoques. En revanche, la haute juridiction ne dit mot sur la question de savoir si les pouvoirs du mandataire peuvent comprendre celui de disposer.

690. Proposition d'analyse. – A cet égard, il convient d'observer que les verbes « administrer » et « gérer » n'ont certainement pas le même sens, l'un étant plus restrictif que l'autre.

Administrer évoque le pouvoir d'accomplir seulement des actes d'administration, à l'exclusion des actes de disposition². Le mandataire posthume a alors pour mission de poursuivre l'exploitation des biens, telle que le faisait le *de cuius*³. Autrement dit, il lui incombe de procéder à la mise en valeur normale des biens, d'accomplir des actes ne présentant pas un risque sérieux de dépréciation des biens. Ainsi le mandataire peut-il conclure les actes ou contrats courants et payer les dépenses de gestion habituelles ou prévisibles qui peuvent être acquittées à l'aide des revenus

¹ Motivation relatée dans l'arrêt de la Cour de cassation.

² Voir ainsi *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V^o Administration, II. 2 (acte d) : « Opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un patrimoine (entretien, assurance, dépôt, prêt, location sauf exception, etc.) qui peut varier selon la nature du bien administré (entreprise commerciale, exploitation agricole, immeuble de rapport) et comprend des actes d'aliénation (vente de marchandises ou de récolte), ou d'acquisition (achat de semences, d'engrais ou de petit outillage), opération qui occupe le deuxième degré dans l'échelle de gravité des actes juridiques (après les actes de disposition et avant les actes conservatoires) et dont l'ensemble détermine, en canon législatif, la limite des pouvoirs de l'administrateur du patrimoine d'autrui ».

³ J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, préc., n^o294, p. 551 ; G. Cornu, *op. cit.*, n^o129 ; F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, préc. n^o386, p. 564 et s. ; C. Brenner, V^o Acte, *Rép. civ. Dalloz*, 2006, 293 et s.

des biens¹. Ainsi encore peut-il aliéner des éléments d'une universalité de fait, telle qu'un fonds de commerce ou un portefeuille de valeurs mobilières, à la condition qu'il conserve la substance de l'universalité, ce qui suppose qu'il fasse remploi du produit de l'aliénation dans l'acquisition de nouveaux éléments de l'universalité².

Gérer suggère en revanche une exploitation plus « *dynamique* »³ des biens, qui ne saurait se limiter à leur mode antérieur de gestion⁴. Dans cette optique, le champ d'action du mandataire dépasse le cadre des actes d'administration⁵. Et, ce faisant, il doit pouvoir effectuer certains actes de disposition nécessaires à une bonne gestion des biens. Tel devrait être le cas de la conclusion ou du renouvellement d'un bail rural ou commercial⁶, de la mise en location-gérance du fonds de commerce⁷.

Cela signifie-t-il qu'il puisse procéder à d'autres actes de disposition, tels que des aliénations⁸ ? Sans doute n'a-t-il pas le pouvoir d'accomplir des actes translatifs à titre gratuit ou des actes abdicatifs qui auraient pour effet de provoquer une dépréciation définitive du patrimoine qu'il a en charge de gérer. Mais sa mission de gestion ne lui confère-t-elle pas le pouvoir d'aliéner à titre onéreux et de remployer le prix dans l'acquisition de nouveaux biens, dès lors que des impératifs de bonne gestion le commandent ? Par exemple, peut-il vendre un immeuble – parce que le prix actuel du marché est élevé, parce qu'au contraire l'on redoute une baisse prochaine du marché, parce qu'une modification de la fiscalité immobilière y incite, etc. – et remployer le prix dans l'acquisition d'autres biens dont la gestion assurera un rendement plus sûr, voire meilleur que celui de l'immeuble aliéné ? La logique fiduciaire du mandat à effet posthume semble militer en ce sens. Dans la mesure où le mandataire a l'exclusivité de la gestion des biens, on conçoit qu'il puisse procéder à des aliénations dès lors qu'elle présentent un intérêt pour les héritiers visés par

¹ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n°350 ; *RTD civ.* 1996. 963, obs. J. Patarin.

² Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Bull. civ.* I, n°204. Il s'agit seulement de l'administration de la chose qu'est l'universalité de fait (sur la notion d'universalité de fait, voir *infra* n°41).

³ G. Wicker, *JCl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, Fasc. Unique, n°55.

⁴ *Vocabulaire juridique* – Association Henri Capitant, préc., V° Gérer : « Administrer (au sens large de ce terme) » ; V° Gestion, I : « Action de gérer un bien ou un ensemble de biens [...] qui englobe en général les actes d'administration stricto sensu (gestion ordinaire) et parfois (suivant l'étendue de la mission confiée) des actes de disposition ».

⁵ Voir en ce sens Circulaire du Garde des Sceaux du 29 mai 2007 relative à la réforme des successions et des libéralités, p. 27 : « *Le recours à la notion de gestion a été choisi afin de ne pas limiter les actes du mandataire aux seuls actes d'administration. Sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, la notion de gestion autorise le recours à des actes de disposition de certains éléments du patrimoine lorsqu'ils s'insèrent dans une logique de conservation, d'administration ou de valorisation du patrimoine successoral* ». Voir également P.-F. Cuif, *Le contrat de gestion*, préc., n°316 et s., p. 216 et s.

⁶ Voir en ce sens G. Wicker, *JCl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, Fasc. unique, n°55 : « *il convient d'admettre que lorsque la mission est de gérer un bien dont la fructification peut être réalisée au moyen de baux, professionnels ou non, il est au pouvoir du mandataire de les conclure et de les renouveler, pourvu que ces opérations obéissent aux exigences d'une bonne gestion et soient conformes à l'intérêt des héritiers* ».

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1966, *Bull. civ.* I, n°199.

⁸ On vise ici des aliénations qui ne sont pas susceptibles d'être qualifiées d'actes d'administration, comme peuvent l'être les aliénations des éléments d'une universalité de fait.

le mandat¹. Pour autant, rien n'est moins sûr². La loi reconnaît en effet aux héritiers le droit d'aliéner ; surtout, l'exercice de ce droit est une cause d'extinction du mandat³. De sorte qu'il peut être difficilement concevable que le mandataire et les héritiers aient un pouvoir concurrent d'aliénation. Telle est du moins l'explication qui ressort de l'un des rapports parlementaires sur le projet de réforme de 2006 : en permettant aux héritiers d'aliéner, il s'agit « *d'ouvrir une porte de sortie aux héritiers qui souhaiteraient se défaire du mandataire, puisqu'eux seuls ont le pouvoir de procéder à des actes de disposition sur les biens intéressés par le mandat posthume* »⁴. Et pas davantage le mandataire ne saurait « *demander au juge de l'autoriser à procéder à des actes de disposition requis dans l'intérêt des héritiers, dans l'urgence, à l'instar du mandataire successoral, conformément à l'article 813-4 nouveau. Ce pourrait être notamment utile si l'on pense à la bonne gestion d'une entreprise exploitée sous forme individuelle, et dont il peut être nécessaire de vendre des actifs pour la préserver à terme. Une telle disposition porterait toutefois une atteinte excessive au principe de la saisine et au droit de propriété des héritiers concernés par le mandat* »⁵.

En somme, les héritiers conserveraient l'exclusivité quant aux actes de disposition réalisant une aliénation des biens ayant le mandat pour objet⁶. Les pouvoirs conférés au mandataire posthume, tels qu'ils résultent de l'article 812, devraient donc s'entendre de la faculté de faire tous les actes d'administration et certains actes de disposition, à l'exclusion de ceux qui emportent aliénation. Mais, à suivre cette logique, c'est l'utilité du mandat à effet posthume qui paraît affectée. Car l'on ne voit guère, pour reprendre les termes du Garde des Sceaux dans son exposé des motifs du projet de loi, comment « *ce mandat posthume pourra ainsi répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale* »⁷. En effet, comme on l'a souligné, « *à quoi bon retirer à un héritier la gestion de sa succession s'il lui suffit, pour la retrouver, d'aliéner les biens héréditaires : de les vendre, de les donner, voire de simplement les apporter à une société* »⁸.

¹ Voir en ce sens C. Brenner, « La gestion de la succession », préc., spéc. P. 2561 : « *tous les actes d'administration et même les actes de disposition qui entrent dans la gestion normale du patrimoine sont a priori permis à l'administrateur posthume* » ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc., spéc. n°11, note 26.

² On ne retiendra pas l'objection qui consisterait à dire qu'un tel pouvoir d'aliénation reconnu au mandataire contredirait la règle suivant laquelle « *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration* » (C. civ., art. 1988, al. 1^{er}), alors pourtant que l'article 812-1-4 du Code civil soumet le mandat à effet posthume aux dispositions du droit commun du mandat. En effet, l'objection n'est pas sans réplique : les règles du droit commun du mandat s'appliquent dans la mesure de leur compatibilité avec les règles qui sont propres au mandat à effet posthume. Or, le pouvoir d'aliénation que sous-entendrait le terme « *gestion* » de l'article 812 du Code civil pourrait être l'illustration d'une spécificité du mandat à effet posthume par rapport au droit commun du mandat.

³ C. civ., art. 812-4, 5^o.

⁴ S. Huyghe, *Rapport AN*, préc. p. 181. Comp. Circulaire du Garde des Sceaux du 29 mai 2007, préc., spéc. p. 28 : « *Le mandat ne portant que sur la gestion du patrimoine, les héritiers sont seuls compétents pour décider de l'aliénation des éléments d'actif du patrimoine (sous réserve de ce qui a été dit supra sur les pouvoirs de « gestion » du mandataire)* ».

⁵ S. Huyghe, rapport préc., p. 175.

⁶ Voir en ce sens B. Vareille, « Le mandat à effet posthume », préc., spéc. n°2 ; G. Wicker, *JCl. Civil code*, Art. 812 à 812-7, préc., n°65.

⁷ Exposé des motifs du projet de loi n°2427, préc., p. 12.

⁸ M. Grimaldi, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010.

Au-delà de cette critique d'opportunité, l'articulation des pouvoirs du mandataire et de ceux des héritiers est délicate, lorsque l'aliénation ressort de la catégorie des actes d'administration. Prenons l'exemple d'un fonds de commerce : si le mandataire ne peut aliéner le fonds, il a néanmoins le pouvoir de renouveler les stocks et donc de vendre des marchandises pour les besoins de l'exploitation. Quant aux héritiers visés par le mandat, il leur est permis d'aliéner le fonds de commerce ; mais peuvent-ils également aliéner les composantes de ce fonds ? Autrement dit, le droit d'aliéner leur confère-t-il une sorte de droit d'ingérence dans l'administration du fonds de commerce par le mandataire¹ ? L'affirmative peut se recommander d'une certaine logique. Si les héritiers peuvent aliéner l'ensemble, c'est-à-dire le fonds de commerce, *a fortiori* peuvent-ils aliéner certains éléments le composant. Et c'est du reste ce que l'on pourrait comprendre de la formule générale énoncée par le Cour de cassation dans son arrêt du 12 mai 2006 : « *les pouvoirs d'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume en vertu des articles 812, alinéa 1^{er}, et 812-1 du Code civil, ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue l'une des causes d'extinction de celui-ci prévues par l'article 812-4 du Code civil* »². Cependant, cette position nous paraît critiquable. Elle aboutit à nier l'économie du mandat à effet posthume qui est de conférer une exclusivité d'administration et de gestion au mandataire. Il a été justement et abondamment relevé que le mandat à effet posthume est une entorse faite aux règles de la saisine héréditaire, en ce sens que les héritiers visés par le mandat se trouvent dépourvus des prérogatives afférentes à l'administration et à la gestion des biens formant l'objet du mandat³.

Aussi, s'il n'est pas douteux que les gratifiés ne peuvent intervenir *directement* dans l'administration et la gestion des biens, qui forment l'objet du mandat, à plus forte raison n'ont-ils pas le pouvoir de le faire *indirectement*, en accomplissant des actes d'aliénation qui seraient qualifiés d'acte d'administration.

En définitive, il nous semble qu'il n'existe aucune concurrence de prérogatives entre le mandataire et les gratifiés. Chacun bénéficie de son domaine d'action : au mandataire, les actes

¹ Un exemple similaire peut être donné avec un portefeuille de valeurs mobilières. Le mandataire a le pouvoir de céder les valeurs mobilières qui composent le portefeuille à charge d'en acquérir d'autres. Si les héritiers ont le pouvoir d'aliéner le portefeuille en son entier, ont-ils aussi le pouvoir de céder telle ou telle valeur mobilière, prise isolément ?

² Voir en faveur d'une telle analyse F. Bicheron, obs. préc.

³ G. Wicker, *JCl. Civil code*, Art. 812 à 812-7, préc., n°1 et s. ; C. Brenner, « La gestion de la succession », préc., spéc. p. 2561 ; P. Catala, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », préc. ; du même auteur, « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP éd. N* 2007. 1206 ; du même auteur, « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *Les Petites Aff.* 28 juin 2007, p. 3, n° 10 ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc., spéc. n°1 ; B. Vareille et J. Combret, « Sécuriser la transmission du patrimoine personnel », préc., spéc. p. 75 ; A. Aynès, « L'administration de la succession par autrui », préc., spéc. n°10 et s.

d'administration et de gestion des biens ; aux gratifiés, les actes de disposition emportant leur aliénation¹.

691. Aménagements conventionnels. – Partant, le *de cuius* pourrait émettre le souhait de renforcer les prérogatives du mandataire et, corrélativement, de diminuer celles des héritiers.

En premier lieu, il peut être suggéré au *de cuius* de faire apport à une société des biens qu'il entend confier au mandataire. La situation du mandataire apparaît raffermissée : il peut voter toutes les décisions qui sont de la compétence d'une assemblée générale ordinaire, de sorte que, si les associés sont uniquement les héritiers visés par le mandant, le mandataire peut décider seul de céder des biens appartenant à la société². Toutefois, les héritiers ne sont pas dépourvus de toute action. D'une part, il leur appartient d'aliéner les droits sociaux. D'autre part, le mandataire est certainement sans pouvoir pour toutes décisions qui portent atteinte ou modifient le pacte social. Autrement dit, le vote aux assemblées générales extraordinaires sont de la compétence des héritiers, ce qui leur permet de procéder à la restructuration de la société – fusion, apport partiel d'actifs ou scission –, à sa transformation, mais aussi et surtout à sa dissolution.

En second lieu, ainsi que le prévoit le droit commun du mandat³, le *de cuius* peut, par une clause expresse, conférer au mandataire le pouvoir d'aliéner les biens, à charge pour lui soit de remettre le prix aux héritiers⁴ – ce qui entraînera la fin de sa mission –, soit de le remployer à

¹ Si le mandataire posthume peut exclure les gratifiés de l'administration et de la gestion des biens, il risque parfois d'être en concours avec d'autres tiers administrateurs. La difficulté, on l'a vu, est réglée lorsqu'il est en concours avec l'exécuteur testamentaire ; l'article 812, alinéa 1^{er}, du Code civil, donnant alors la primauté à l'exécuteur testamentaire. En revanche, aucune « règle de conflit » n'est prévue entre l'administrateur aux biens donnés ou légués au mineur et le mandataire posthume. En ce cas, le risque d'une « guerre des administrateurs » n'est pas exclu relativement aux actes de gestion (J. Hauser, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, *RTD civ.* 2010. 527). Comment résoudre la difficulté lorsque, par exemple, l'un veut donner à bail un bien du mineur tandis que l'autre s'y oppose ? L'on pourrait peut-être donner la priorité au mandataire posthume. Celui-ci bénéficie d'une exclusivité d'administration et de gestion que n'a pas nécessairement l'administrateur aux biens du mineur. Rappelons en effet que le mandataire posthume dessaisit les gratifiés des biens qui forment l'objet de son mandat, ce qui implique également que soient exclus les représentants légaux du mineur, mais aussi le représentant désigné par le disposant. Partant, le mandataire posthume devrait pouvoir agir seul quant à l'administration et à la gestion des biens du mineur, sauf à être attiré en justice par l'administrateur aux motifs que les actes ne sont pas conformes à l'intérêt de l'enfant.

² G. Wicker, *JCl. Civil code*, Art. 812 à 812-7, préc., n°79 ; J.-F. Sagaut, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », préc., spéc. p. 65 ; J. Prieur et P. Julien Saint-Amand, « Sécuriser et optimiser la transmission de l'entreprise familiale », *Dr. et patrimoine* avr. 2007, p. 89 et s., spéc. p. 102 ; M. Clermon et P. Cenac, « Le “package successoral” du chef d'entreprise », *JCP éd. N* 2007. 1323, n° 17.

³ C. civ., art. 1988, al. 2.

⁴ Cette hypothèse peut être celle d'un chef d'entreprise qui souhaite que l'entreprise soit cédée par le mandataire après l'écoulement d'une certaine période, laquelle peut être liée à la durée des engagements collectifs de conservation de l'entreprise propres au droit fiscal (CGI, art. 787 C, pour l'entreprise individuelle ; CGI, art. 787 B, pour une société). En effet, à la condition notamment que les héritiers s'engagent collectivement à conserver l'entreprise ou les droits sociaux pendant une durée de quatre ans à compter de la date de la transmission, ils bénéficient d'une exonération des droits de mutation à titre gratuit à concurrence de 75 % de la valeur des biens de l'entreprise ou des droits sociaux qu'ils recueillent.

l'acquisition de nouveaux biens dont il assurera la gestion¹. Simplement, il est certain que la stipulation de cette clause n'a pas pour effet de priver les héritiers de leur faculté d'aliéner.

Aussi, en troisième et dernier lieu, il peut être de bonne méthode de stipuler une clause d'inaliénabilité à l'encontre des héritiers visés par le mandat². Mais cette clause se heurte à une double limite³. D'une part, la clause ne saurait porter atteinte aux droits réservataires des héritiers. D'autre part, la clause doit répondre aux conditions posées par l'article 900-1 du Code civil, ce qui suppose qu'elle soit temporaire et justifiée par un intérêt sérieux légitime⁴.

692. Conséquences de l'exclusivité d'administration et de gestion du mandataire. – De ce que le mandataire bénéficie d'une exclusivité d'administration et de gestion des biens, il suit que ses actes sont opposables au gratifié, ce qui implique que celui-ci doive en respecter l'existence et ne pas faire obstacle à leur exécution. Semblablement, seul le mandataire a qualité pour exercer en justice, tant en demande qu'en défense, les actions relatives à l'administration ou à la gestion des biens qui forment l'objet de son mandat⁵.

En outre, cette exclusivité fait que seul le mandataire a la qualité de partie aux actes qu'il conclut pour le compte du gratifié. Il reste que si l'on comprend que le mandataire soit engagé personnellement envers les tiers, se pose néanmoins la question de savoir quelle est la nature de l'engagement du gratifié. Sous cet aspect, la référence aux solutions du contrat de commission, que postule la qualification de représentation imparfaite, conduit à une dissociation entre les effets *personnels* des actes accomplis par le mandataire, qui ne se réalisent que sur sa personne, et les effets *réels* que seul le gratifié, en sa qualité de propriétaire, doit supporter⁶.

S'agissant des effets réels des actes, la solution apparaît comme une évidence. Le mandataire n'ayant pas la qualité de propriétaire, les effets de ses actes sont destinés à se produire en définitive dans le patrimoine du gratifié et dans celui des tiers-contractants.

¹ Voir en ce sens M. Grimaldi, « Préciser le nouveau dispositif de mandat posthume », *Quatre-vingts ans de la Semaine juridique*, LexisNexis, 2007, p. 37 ; du même auteur, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010 ; F. Bicheron, obs. préc. ; F. Sauvage, note préc.

² G. Wicker, art. préc., spéc., n°126 ; M. Grimaldi, « Le mandat à effet posthume », préc., n°14 ; du même auteur, obs. préc. ; F. Bicheron, obs. préc. ; F. Sauvage, note préc.

³ La clause d'inaliénabilité ne saurait être stipulée dans le mandat à effet posthume puisque celui-ci est conclu entre le de cuius et le mandataire. Cette clause doit donc être un autre acte : la libéralité consentie au gratifié ; voire dans le testament sans que celui-ci contienne un legs : il s'agit alors d'une affectation des biens imposée aux héritiers à titre de charge.

⁴ L'intérêt légitime et sérieux nécessaire à la validité de la clause d'inaliénabilité pourrait être celui-là même qui justifie le mandat à effet posthume.

⁵ G. Wicker, *JCl. Civil code*, Art. 812 à 812-7, préc., n°58.

⁶ Voir en ce sens G. Wicker, préc., spéc., n°85 et s. Sur cette distinction en matière de contrat de commission, voir A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., n°986, p. 484 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n°666, p. 581 et s. ; M.-P. Dupont, *JCl. Contrats-Distribution*, Fasc. 830, n°86 et s.

S'agissant des effets personnels, un doute subsiste. Il est fréquent, en pratique, que le tiers-contractant connaisse le nom du gratifié pour le compte duquel agit le mandataire. Or, une telle révélation n'est-elle pas de nature à engager le gratifié vis-à-vis du tiers-contractant ? En matière de contrat de commission, la jurisprudence décide qu'il n'existe aucune relation directe entre le commettant et le tiers-contractant¹. Si la solution peut s'expliquer pour ce type de contrat par l'idée que l'efficacité des relations commerciales commande que seul le commissionnaire puisse être poursuivi par le commettant ou par le tiers-contractant, il est en revanche plus douteux qu'il en soit ainsi en matière de mandat à effet posthume. Dans cette optique, l'on pourrait comprendre que le gratifié soit tenu aux côtés du mandataire, dès lors que le tiers-contractant a connaissance de son nom. Quoi qu'il en soit, si la question d'une action directe entre le tiers-contractant et le gratifié est incertaine, il n'en demeure pas moins que chacun peut exercer par la voie de l'action oblique les actions que le mandataire posthume est titulaire contre chacun d'eux².

3. Le dénouement

693. Pluralité de causes. – L'article 812-4 du Code civil énumère plusieurs causes d'extinction du mandat, que l'on peut classer selon la manière dont elles se réalisent.

694. Cessation de plein droit. – Le mandat prend fin par l'arrivée du terme fixé par le *de cuius*, par la loi ou, en cas de prorogation, par le juge. Il s'éteint également par suite du décès ou du placement sous un régime de protection du mandataire personne physique, ou de la dissolution du mandataire personne morale. Le mandat cesse de plein droit par la conclusion directe entre l'héritier intéressé et le mandataire d'un mandat de droit commun qui vient se substituer au mandat à effet posthume. Enfin, comme on l'a vu, la disparition de l'objet du mandat, c'est-à-dire l'aliénation, la perte des biens concernés, le décès de l'héritier intéressé, provoque l'extinction du mandat.

695. Révocation judiciaire. – Le mandat à effet posthume prend fin par la révocation judiciaire du mandataire, ce qui recouvre deux hypothèses : soit l'intérêt sérieux et légitime qui justifiait le mandat a disparu, auquel cas le mandataire peut devoir restituer la rémunération qu'il a pu percevoir dès lors que celle-ci s'avère excessive compte tenu de la cessation anticipée de sa

¹ Cass. civ., 20 juill. 1871, *DP* 1871. 1. 232 ; Cass. com., 9 déc. 1997, *JCP* 1998. II. 10201, note O. Litty ; Cass. com., 30 oct. 2000, *JCP* 2001. II. 10644, note D. Ammar ; Lyon, 6 déc. 1985, *JCP éd. E* 1986, *Cab. dr. entr.* n° 3, p. 8, note M.-E. André. Sur cette solution, voir A. Bénabent, *op. cit.* ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *op. cit.* ; M.-P. Dupont, art. préc., spéc., n°110.

² G. Wicker, art. préc., spéc., n°88.

mission¹ ; soit le mandataire est défaillant dans l'exécution de sa mission et, dans ce cas, il peut devoir restituer sa rémunération en tout ou en partie et payer des dommages-intérêts².

Sous cet angle, l'on perçoit le rôle important que jouera le juge dans l'exécution du mandat. Par analogie avec la fiducie du Code civil où le constituant peut « désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant »³, c'est au juge qu'incombe un tel rôle de surveillance dans le mandat à effet posthume⁴.

696. Renonciation du mandataire. – Le mandat s'éteint à raison de la renonciation anticipée du mandataire. Comme dans le droit commun du mandat⁵, cette renonciation suppose une notification préalable adressée aux héritiers intéressés, laquelle fait courir un préavis de trois mois⁶. Toutefois, la renonciation peut entraîner une double obligation à la charge du mandataire : restituer tout ou partie de sa rémunération perçue en capital⁷ ; verser d'éventuels dommages et intérêts lorsqu'elle est faite à contretemps⁸.

697. Observations conclusives sur l'utilité du mandat à effet posthume. – En adoptant le mandat à effet posthume, le législateur de 2006 a voulu doter le droit français d'un mécanisme apte à « répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale »⁹. Qu'en est-il réellement ?

Dans son esprit, le mandat à effet posthume est sans doute très proche d'une fiducie-libéralité à caractère individuel. A l'instar du fiduciaire, le mandataire posthume jouit d'une exclusivité de gestion, ce qui lui permet d'exclure de la gestion les gratifiés. Comme le fiduciaire, le mandataire est engagé personnellement par les actes qu'il conclut avec les tiers.

Mais, fiduciaire et mandataire posthume se séparent sur deux points importants. D'une part, s'ils peuvent être habilités à accomplir des actes d'aliénation, qui ne ressortissent pas de la catégorie des actes d'administration, il faut observer que le fiduciaire jouit d'une exclusivité là où le mandataire peut être concurrencé par le gratifié. D'autre part, la situation du mandataire est bien plus précaire que celle du fiduciaire. Le gratifié est sans prise sur la durée de la mission du

¹ C. civ., art. 812-5, al. 1^{er}.

² C. civ., art. 812-5, al. 2.

³ C. civ., art. 2017, al. 1^{er}.

⁴ Comp., pour le *trust*, l'expression consacrée par Lepaule, « le trust vie à l'ombre du Palais de Justice qui lui apporte à la fois le conseil et le contrôle » (in *Rev. crit. DIP.* 1927. 310, spéc. p. 311).

⁵ C. civ., art. 2007.

⁶ C. civ., art. 812-6, al. 1^{er} et 2.

⁷ C. civ., art. 812-6, al. 3.

⁸ C. civ., art. 812-6, al. 3.

⁹ Exposé des motifs du projet de loi n°2427, préc., p. 12.

fiduciaire ; il ne peut en aucune façon révoquer le fiduciaire. Tel n'est pas le cas du mandataire puisque les héritiers peuvent aliéner les biens et, par suite, mettre fin au mandat.

Aussi bien est-ce *de lege ferenda*, par une nouvelle disposition, que l'on pourrait conférer une meilleure efficacité au mandat à effet posthume. A cet égard, l'on pourrait utilement s'inspirer des règles du droit allemand et du droit suisse relatives à l'exécuteur testamentaire. Dans ces pays du droit continental, l'exécuteur testamentaire est un individu qui est chargé de gérer l'hérédité en son nom mais pour le compte des héritiers¹. A cette fin, l'exécuteur testamentaire a le pouvoir d'administrer et de disposer des biens successoraux si l'accomplissement de sa mission le commande. Surtout, à titre de corollaire, bien que les héritiers demeurent propriétaires des biens successoraux, ils ne peuvent en disposer durant la mission de l'exécuteur testamentaire². Partant, comme il a déjà été suggéré, il nous semble que l'on pourrait modifier les articles 812 et 812-4 du Code civil, afin de permettre au *de cuius* de conférer le pouvoir de disposer des biens visés par le mandat et, en contrepoint, de retirer cette prérogative aux héritiers concernés par le mandat³.

§ 3 - L'EXECUTION TESTAMENTAIRE

698. Deseins du testateur. – Tiers à la libéralité que le disposant fait au gratifié, l'exécuteur testamentaire est nommé dans un objectif d'efficacité. Il est celui que le testateur désigne « *dans son testament pour assurer l'exécution de ses dernières volontés* »⁴.

Plusieurs raisons expliquent sa nomination. Parfois les successeurs à qui la loi confie l'exécution du testament sont nombreux et dispersés géographiquement. Afin de leur épargner de multiples déplacements et, surtout, d'éviter que des dissensions n'apparaissent entre eux, le testateur confie l'exécution à une personne rompue à cet exercice, tel qu'un notaire. Parfois, au contraire, le testateur peut être animé par une pensée de méfiance à l'encontre de ses successeurs. L'exécuteur testamentaire est alors nommé en vue de vaincre la résistance, voire la négligence de

¹ Pour le droit allemand, voir H.-W. Kornicker et A. Marit Mann, *JCl. Droit comparé*, V° Allemagne, fasc. 25, 2011, spéc. n°88 et s. Pour le droit suisse, voir P. Piotet, *Traité de droit privé suisse*, t. IV, Droit successoral, 1975, p. 138 et s. ; P.-H. Steinaueur, *Le droit des successions*, préc., n°1158 et s., p. 539 et s.

² Pour le droit allemand, voir BGB, art. 2197 et s., spéc. art. 2205 : « *L'exécuteur testamentaire doit administrer la succession. Il peut en particulier prendre possession de celle-ci et faire des actes de disposition sur les objets qui la composent* » ; art. 2211, al. 1^{er} : « *L'héritier ne peut faire d'acte de disposition sur un objet de la succession soumis à l'administration de l'exécuteur testamentaire* » (traduction par G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon et C. Witz, in *Code civil allemand*, préc.) ; H.-W. Kornicker et A. Marit Mann, *JCl. Droit comparé*, V° Allemagne, préc., spéc. n°91. Pour le droit suisse, voir P.-H. Steinaueur, *Le droit des successions*, préc., spéc. n°1180, p. 551 et la jurisprudence citée ; J. Guinand, O. Guilod et N. Feuz, *JCl. Droit comparé*, V° Suisse, fasc. 3, 2000, spéc. n°236 et s.

³ Voir en ce sens M. Grimaldi, « Préciser le nouveau dispositif de mandat posthume », préc.

⁴ Vocabulaire Association Henri Capitant, préc., V° Exécuteur testamentaire. Sur l'analyse de l'institution voir notamment F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, préf. M. Grimaldi, av.-propos B. Beignier, Defrénois, 2004.

ces derniers à pourvoir à l'exécution des legs et des charges. Cette confiance envers l'exécuteur testamentaire en fait donc un interprète privilégié de la volonté du *de cuius*¹.

699. Evolution. – L'institution, telle que nous la connaissons aujourd'hui, est le fruit d'une longue évolution. Ignorée du droit romain² et des lois barbares³, l'exécution testamentaire apparaît au VIII^{ème} siècle lorsque, sous l'influence du christianisme, l'usage s'est établi de laisser certains biens aux églises ou couvents⁴. En ces temps, la donation pieuse était souvent la condition de l'absolution⁵. Nombres d'individus, peu désireux de se dessaisir de leur vivant, négligeaient cependant de consentir une *donatio pro anima*. C'est ainsi qu'est apparu l'exécuteur testamentaire – l'*elemosinarius*⁶ – dont la mission était d'accomplir la donation pieuse destinée à opérer le rachat des fautes du *de cuius*. La fonction de l'exécuteur testamentaire s'accrut au fil des siècles pour atteindre son apogée au XIII^{ème} siècle, au point d'être « la pièce maîtresse du testament coutumier »⁷. A l'instar de l'héritier institué du droit romain, l'exécuteur testamentaire devint le continuateur de la personne du défunt⁸. C'est à lui qu'étaient transmis l'actif et le passif du défunt afin de procéder à la délivrance des différents legs et de disposer à son gré du reliquat de la succession. Pour l'accomplissement de sa mission, l'exécuteur testamentaire intervenait comme un véritable ayant cause du défunt et agissait en son nom propre et non pas comme mandataire⁹. Précisément, l'exécuteur testamentaire était investi de la propriété des biens entrant dans l'exécution de la libéralité, mais cette propriété était finalisée : comme un fiduciaire, il avait

¹ En témoigne l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle qui assigne la première place dans l'ordre de dévolution du droit moral de l'auteur de divulguer son œuvre littéraire et artistique. En témoigne encore que les fonctions d'un exécuteur testamentaire ne sont pas transmises à ses héritiers (C. civ, art. 1033, al. 2).

² J. Coevoet, *Des exécuteurs testamentaires, préc., spéc.* p. 31. Sans doute faut-il nuancer le propos. On constate au Bas-empire certaines formes d'exécution testamentaire, comme par exemple la désignation d'un ami de confiance chargé de pourvoir aux funérailles, d'élever un monument. Mais ce mandat ne s'appliquait pas au testament dans son ensemble. Voir ainsi Ricard, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, 1783, t. I, part. II, chap. II, n°58.

³ On a pu rapprocher l'exécuteur testamentaire de l'intermédiaire de l'*affatome* de la loi Salique. L'*affatome* servait à suppléer l'absence de testament, et l'intermédiaire était la personne de confiance à qui le disposant transmettait tout ou partie de son patrimoine à charge, après sa mort, de le transmettre au véritable bénéficiaire. Mais les deux mécanismes différaient profondément : alors que l'exécuteur testamentaire intervenait après la mort du *de cuius*, l'*affatome* produisait ses effets du vivant du disposant. Voir R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, thèse Lyon, 1903, p. 43 et s ; H. Lévy-Bruhl, « Le rôle de l'intermédiaire dans l'*affatome* », *Rev. hist. de droit français et étranger* 1924. 671 et s.

⁴ Sur la discussion relatives aux dates antérieures d'apparition, voir R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire, préc., spéc.* n°6 et s., p. 13 et s. Comp. J.-P. Lévy et H. Castaldo, *Histoire du droit civil, préc.*, n°936, p. 1311, qui date l'apparition de l'exécution testamentaire à la fin du XIII^{ème} siècle.

⁵ Sur cette pratique, voir H. Auffroy, *L'évolution du testament en France*, thèse Paris, 1899, p. 350 et s.

⁶ Qui signifie « aumônier ».

⁷ F. Oliver Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. II, ed. Leroux, 1922, p. 495.

⁸ R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire, préc., spéc.* n°2 p. 5.

⁹ G. Monier, *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire suivant le Code civil et dans la jurisprudence*, thèse Paris, 1927, p. 15 et s.

l'obligation de transmettre le patrimoine du testateur mis sur sa tête et n'avait aucune vocation à recueillir définitivement les biens du testateur¹.

Mais au moment où l'exécution testamentaire arriva à son parfait épanouissement, elle se trouva gravement menacée par la remise en vigueur des principes romains. Face au développement de l'institution d'héritier et du legs universel, l'exécuteur testamentaire s'effaça peu à peu pour devenir, au XVIII^{ème} siècle, une personne de confiance chargée de veiller à l'exécution rapide et sûre des dernières volontés du *de cuius*. Il n'assurait, alors, qu'un rôle de mandataire du défunt². A ce titre, la « *saisine* » ne lui conférait plus la propriété, mais simplement la détention des objets de la succession³.

Telle a été la conception adoptée par le Code civil de 1804. L'on discernait précisément deux types d'exécution testamentaire : l'exécution testamentaire simple qui ne contenait pour mission que la surveillance de l'exécution du testament ; l'exécution testamentaire avec saisine du mobilier qui permettait à l'exécuteur de prendre possession du mobilier afin de payer les legs mobiliers, notamment de sommes d'argent⁴.

Si l'institution est demeurée quasiment inchangée pendant près de deux siècles⁵, la loi du 23 juin 2006, sous l'impulsion du notariat⁶ et des auteurs de l'Offre de loi⁷, est venue la moderniser, consacrant du reste la jurisprudence qui avait œuvré pour augmenter les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire⁸. Désormais, l'exécuteur testamentaire apparaît comme un intermédiaire de

¹ R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire, préc., spéc.* n°118 et s, p. 336 et s.

² Furgole, *Traité des testaments*, chap. X, sect. IV, n°13 et s. ; Merlin, *Répertoire raisonné de jurisprudence*, t. IV, p. 815.

³ Sous l'influence des idées romaines de la propriété, la saisine se distingue clairement de la propriété. Telle n'était pas la conception des coutumes germaniques pour lesquelles l'élément essentiel de la propriété était le droit d'user et de jouir de la chose. L'on comprend ainsi que la saisine qui emportait la possession de la chose entraînait, de ce fait, la transmission de la propriété à l'exécuteur testamentaire. Voir R. Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire, préc., spéc.* n°118 et s., p. 336 et s.

⁴ F. Letellier, *L'exécution testamentaire, préc., spéc.* n°94 p. 63 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants, préc., spéc.* n°1483 p. 373.

⁵ Seule exception : l'abrogation par la loi du 18 février 1938 de l'ancien article 1029 qui était l'application à l'exécution testamentaire de l'incapacité de la femme mariée.

⁶ Voir les vœux formulés par le 68^{ème} Congrès des notaires de France, *Deffrénois* 1971, act. not., p. 108 ; *JCP éd. N* 1971, prat., p. 248.

⁷ J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi, préc.*, p.70 et s.

⁸ C'est ainsi que le testateur pouvait déjà, en l'absence d'héritiers réservataires, autoriser l'exécuteur à vendre les immeubles, à en percevoir le prix et à le distribuer aux ayants droits, et ce afin de permettre l'exécution des legs de deniers ou de faciliter un partage que la nature des biens rendrait délicate. Voir notamment Cass. req., 8 août 1848, DP 1848. 1. 188 : « *le droit donné à l'exécuteur de faire procéder à ladite vente [des immeubles] aux époques, charges et conditions qu'il jugera convenables, n'excède pas les pouvoirs qu'il est permis au testateur de lui conférer* » ; Cass. req., 17 avr. 1855, DP 1855. 1. 201 : « *Attendu que le testateur, qui n'a pas d'héritiers à réserve, peut imposer à ses libéralités telle condition qu'il lui plaît de prescrire, pourvu qu'elle ne soit contraire ni à la loi, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs ; que, dès lors, il peut déclarer qu'il entend que sa succession soit toute mobilière, charger son exécuteur testamentaire de la faire parvenir en cette nature seulement aux héritiers institués, et pour cela faire vendre les immeubles dans la forme indiquée au testament* » ; Paris, 22 juill. 1901, DP 1907. 2. 385 : « *Considérant qu'il appert de l'examen des dispositions testamentaires de la dame Simon, que sachant sa maison d'Auxerre était impartageable en nature, et jugeant que dans l'intérêt de ses trois légataires il faudrait réaliser tout son actif mobilier et immobilier, elle a entendu ne leur léguer que le produit de cette réalisation en chargeant son exécuteur testamentaire de l'opérer sans observer les formalités de justice, malgré la minorité du jeune Fixard ; Considérant que la testatrice, qui n'avait pas d'héritiers à réserve, et qui était libre de ne rien donner aux*

transmission bien plus dynamique qu'auparavant. Mais, prudemment, le législateur a conservé deux catégories d'exécuteur testamentaire. Dans sa forme la plus épurée, la mission de l'exécuteur est de *surveiller* l'exécution des dernières volontés du défunt, ce qui lui confère notamment le pouvoir d'agir en justice afin de contraindre les ayants cause du défunt à exécuter leurs obligations¹. Dans sa forme la plus aboutie, sa mission est de *procéder* à l'exécution des dernières volontés du testateur. A cette fin, le *de cuius* peut lui attribuer la détention matérielle du mobilier successoral², le pouvoir, en l'absence d'héritier réservataire acceptant, d'administrer les capitaux, de disposer des immeubles, d'acquitter le passif et de réaliser le partage des biens subsistants entre les différents successeurs³.

700. Plan. – Partant, la diversité des missions susceptibles d'être confiées à l'exécuteur testamentaire invite, d'abord, à étudier la qualification de l'institution (A), afin de pouvoir, ensuite, analyser son régime juridique (B).

A. La qualification de l'exécution testamentaire

701. Technique de la représentation. – En désignant un exécuteur testamentaire, le testateur recourt à la technique de la représentation. Il n'en fait pas son successeur⁴. Il ne l'investit pas en effet de la propriété des biens, laquelle, par l'effet de la transmission successorale, est directement transmise aux héritiers et aux légataires⁵. En cela, l'exécuteur testamentaire se distingue tant du légataire-fiduciaire, qui acquiert la propriété pour la gérer et la transmettre au bénéficiaire, que du légataire-gratifié, qui a vocation à la propriété des biens légués. Simplement,

légataires universels qu'elle a choisis, a pu leur imposer ces conditions particulières de réalisation d'actifs même immobiliers, lesquelles ne sont contraires ni à la loi, ni à l'ordre public ; que Lévy a donc pu valablement requérir la vente de l'immeuble de la succession, et que c'est à tort que le jugement attaqué l'a déclarée nulle » ; Amiens, 7 août 1906, *Deffrénois* 1907, art. 15077 ; Trib. civ. Mulhouse, 19 janv. 1950, *JCP* 1952. II. 6845, note G. R. Deleau et G. Flattet ; Amiens, 22 févr. 1955, *D.* 1956. somm., p. 34 ; *Journ. not.* 1955. 438, note Gouy ; *RTD civ.* 1955. 352, obs. R. Savatier.

¹ C. civ., art. 1028 al. 2.

² C. civ., art. 1030. ; même formulation que l'article 998 de l'Offre de loi : J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préc., p. 72 et 167.

³ C. civ., art. 1030-1 ; même formulation que l'article 999 de l'Offre de loi : *ibid.*, p. 72 et 167.

⁴ Certes, l'exécuteur testamentaire peut être un successeur du *de cuius*, tel qu'un héritier légal ou un légataire. Mais ce n'est pas la qualité d'exécuteur testamentaire qui confère le titre de successeur. Sur la question du cumul sur la même tête des qualités d'exécuteur testamentaire et de légataire universel, voir P. Drakidis, « De l'exécuteur testamentaire-légataire universel », in *Mélanges Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 191 et s.

⁵ Cependant, lorsque l'exécuteur testamentaire reçoit mission de trier, conserver ou de détruire des lettres, papiers intimes du testateur, la jurisprudence considère qu'il en recueille la propriété (Cass. req., 26 janv. 1886, *DP* 1886. 1. 241 ; Cass. civ., 11 juin 1890, *DP* 1891. 1. 324). Mais c'est là une propriété particulière en ce sens qu'elle est leur valeur est avant tout morale. Voir en ce sens M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, préc., n°1480, p. 368, note 151.

en tant que catalyseur des dernières volontés, l'exécuteur va exercer des prérogatives d'administration sur l'hérédité en qualité de représentant¹.

Aussi comprend-on que la doctrine majoritaire présente l'exécuteur testamentaire comme un mandataire² et que la jurisprudence ait consacré cette analyse à plusieurs reprises³.

Sans doute s'agit-il d'un mandat aux traits singuliers : la mort du mandant, au lieu d'y mettre fin⁴, lui donne naissance⁵ ; les pouvoirs du mandataire ordinaire résultent d'un contrat⁶ et sont

¹ Sous cet aspect, l'exécuteur testamentaire se distingue de l'*executor* du droit anglais. Certes, leurs fonctions peuvent être parfois très proches. A l'instar de l'*executor*, l'exécuteur testamentaire peut être habilité à réaliser l'actif, régler le passif et exécuter les legs. Mais la nature de leurs prérogatives sur les biens successoraux est différente. Et cette différence s'explique par les principes qui gouvernent les successions anglaises et françaises. En vertu de la théorie de la succession aux biens, l'*executor* acquiert l'universalité de la succession afin d'apurer tout le passif et de retransmettre l'actif net aux bénéficiaires. Il n'est donc jamais tenu d'acquitter le passif au-delà des forces de la succession. A l'inverse, on le sait, la succession française est fondée sur le principe de la continuation de la personne du défunt, suivant lequel le patrimoine du défunt est transmis directement à ses successeurs au moment même du décès. Les successeurs universels sont ainsi substitués au défunt, de sorte que les biens et les dettes se trouvent confondus avec leur patrimoine. Partant, l'exécuteur testamentaire ne peut être considéré comme le continuateur de la personne du défunt puisque l'acceptation de sa mission n'emporte nullement l'obligation d'acquitter le passif au-delà des forces de la succession. Autrement dit, s'il réalise l'actif, règle le passif et procède au partage du reliquat, ce ne peut être en qualité de successeur, et donc de propriétaire, mais seulement en qualité de représentant du *de cuius* et de ses successeurs. Voir, par exemple Cass. req. 28 juin 1899, D. 1899. 1. 472 : « Attendu qu'en décidant qu'il résultait des dispositions testamentaires de la Dame L. qu'A, malgré la qualité de légataire universel qui lui était assignée, n'était, en réalité, qu'exécuteur testamentaire, et ne pouvait être tenu sur ses biens personnels du paiement du legs particulier dont la testatrice avait elle-même prévu la réduction proportionnelle [...] » ; Cass. req., 7 janv. 1902, DP 1903. 1. 302 : « Attendu que loin de reconnaître, comme le prétend le pourvoi, que le défendeur éventuel n'était point le véritable bénéficiaire de la succession, l'arrêt attaqué déclare, au contraire, d'après l'ensemble de l'encre testamentaire qu'il n'est pas un exécuteur testamentaire sui generis, mais qu'il est un légataire universel, ayant une vocation personnelle de l'hérédité, que son legs est seulement grevé de charges qui ne relèvent que de la conscience et de l'honneur du légataire universel et dont la réalisation est laissée à sa discrétion ».

Sur la fonction de l'*executor*, et plus généralement sur le principe de la succession aux biens de droit anglais, voir H. Petitjean, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais. Etude de droit comparé et de droit international privé*, LGDJ, 1959, n°61 et s. p. 37 et s. ; M.-F. Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, av-propos C. Witz, préf. G. Samuel, LGDJ, 2004, n°392 et s. p. 240 et s.

² G. Monier, *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire suivant le Code civil et dans la jurisprudence*, thèse Paris, 1927, p. 26 et s. ; J. Coevoet, *Des exécuteurs testamentaires*, préc., spéc. p. 151 et s. ; J. Thery, *Des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire*, préc., spéc. n°31 et s. ; C. Mantel, *Des exécuteurs testamentaires*, thèse Paris, 1901, p. 44 et s. ; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préc., spéc. n°82 ; P. Durnerin, *La notion de passif successoral*, préc., spéc. n°392 et s. ; Ch. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. V, préc., n°577 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IX, préc., n°390 ; Ch. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. V, préc., n°5 ; G. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, préc., n°2583 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. III, préc., n°1563 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. Trasbot et Y. Loussouarn, préc., n°676 ; J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, préc., n°232 ; H. L. et J. Mazeaud, *Successions – Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1031 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les successions – Les libéralités*, préc., n°415, p. 338 ; M. Grimaldi, *Libéralités – Partages d'ascendants*, n°1480, p. 368 ; F. Sauvage, V° Exécuteur testamentaire, Rép. civ. Dalloz, 2011, n°4 ; A. Chamoulaud-Trapiers, « Les exécuteurs testamentaires », D. 2006. 2577 ; F. Bicheron, « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in *Le mandat, un contrat en crise ?*, sous la dir. N. Dissaux, coll. Etudes juridiques, Economica, p. 97 et s., spéc. n°39, p. 110.

Comp. toutefois F. Letellier, L'exécution testamentaire, préc., n°139 et s., p. 85 et s., qui opine en faveur d'une institution *sui generis*.

³ Cass. civ., 27 août 1855, S. 1855. 1. 695 ; Cass. civ., 24 janv. 1899, D. 1900. 1. 533 ; Cass. req., 23 janv. 1940, DP 1941. 1. 104, note A. Trasbot ; Cass. req., 9 avr. 1941, RTD civ. 1942. 42, obs. R. Savatier ; JCP 1942. II. 2033, note P. Voirin.

⁴ C. civ., art. 2003.

⁵ C. civ., art. 1025.

⁶ C. civ., art. 1984, al. 2.

révocables¹, tandis que ceux de l'exécuteur testamentaire sont issus d'un acte unilatéral² et sont irrévocables ; le mandat de droit commun a pour objet la conclusion d'actes juridiques³, alors que celui de l'exécuteur testamentaire comprend également la réalisation d'actes matériels⁴.

Mais ces particularités ne sont pas de nature à remettre en cause la qualification. L'exécution testamentaire repose sur le mécanisme de la représentation parfaite⁵, en ce sens que l'exécuteur testamentaire agit pour le compte (1) et au nom d'autrui (2).

1. *L'agissement pour le compte d'autrui*

702. Pour le compte du testateur. – Chargé d'assurer la mise en œuvre et le respect du testament, l'exécuteur testamentaire agit naturellement pour le compte du testateur. Il doit ainsi prendre des mesures conservatoires afin d'assurer « *la bonne exécution du testament* »⁶ et intervenir, en cas de contestation, pour « *soutenir la validité ou exiger l'exécution des dispositions litigieuses* »⁷.

703. Pour le compte des successeurs – Outre l'accomplissement d'actes pour le compte de *de cuius*, peut-on considérer que l'exécuteur testamentaire agit également pour le compte de ses successeurs ?

On peut penser de prime abord qu'il agit toujours en faveur des légataires puisqu'il est nommé pour favoriser notamment la transmission matérielle des biens à leur profit. Mais l'analyse est excessive, car il peut parfois agir contre eux, par exemple en leur demandant la bonne exécution des charges apposées à leurs legs.

¹ C. civ., art. 2003 et 2004.

² C. civ., art. 1025.

³ Voir en ce sens A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, préc., spéc. n°910, p. 433 ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n°639, p. 554.

⁴ Exemple : la destruction de papiers ou lettres du *de cuius* (Cass. req., 26 janv. 1886, préc. ; Cass. civ., 11 juin 1890, *préc.*). De ce fait, l'on pourrait considérer que l'exécution testamentaire est une variété de contrat d'entreprise. En effet, par un arrêt du 19 février 1968, la première Chambre civile de la Cour de cassation a défini le contrat d'entreprise comme « *la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ; qu'il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation* » (Bull. civ. III, n°69 ; JCP 1968. II. 15490 ; *Gaz. Pal.* 1968. 2. 144, note J.-P. Doucet ; *GAJC*, t. II, préc., n°260, p. 532 et s.). Cependant, il serait excessif de dire que l'exécuteur testamentaire exécute un contrat d'entreprise en raison des actes matériels qu'il accomplit. En réalité, la représentation n'interdit pas nécessairement la réalisation d'actes matériels, dès lors que ceux-ci ne présentent qu'un caractère accessoire de la mission (Voir en ce sens J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrats*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n°929 et s., p. 997 et s. ; F. Labarthe et C. Noblot, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n°209, p. 117 et s. ; F. Labarthe, « La distinction du mandat et du contrat d'entreprise », in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, préc., p. 39 et s., spéc. n°17 et s.).

⁵ Sur la définition de la représentation parfaite et sa distinction d'avec la représentation imparfaite, voir *supra* n°52 et s.

⁶ C. civ., art. 1029, al. 1^{er}.

⁷ C. civ., art. 1028, al. 2.

Quant aux successeurs légaux, l'exécuteur testamentaire est un individu qu'ils n'ont pas choisi, qu'ils ne peuvent pas révoquer et dont ils ne peuvent modifier les pouvoirs. Aussi, dire qu'il agit pour leur compte apparaît difficilement admissible. Pour autant, il serait exagéré de nier qu'il en va parfois ainsi. Lorsque l'exécuteur testamentaire est habilité à prendre possession du mobilier¹, c'est afin d'agir comme un « *administrateur séquestre* »² de la succession, dans l'intérêt partagé du testateur et de l'hérédité. Ainsi encore, s'il peut, sous certaines conditions, avoir le pouvoir de vendre les immeubles, d'encaisser et de placer les capitaux, de payer les dettes et les charges et de procéder à l'attribution des biens subsistants entre les héritiers et les légataires, ce n'est qu'en qualité de représentant des intéressés³. Comme le soulignait André Trasbot, « *l'exécuteur testamentaire, sur le fondement de la volonté du testateur, devient le mandataire du défunt et le représentant de l'héritier ou du légataire universel* »⁴.

Au fond, on le voit, l'exécuteur testamentaire agit comme un préposé aux affaires des successeurs du testateur. Agissant toujours pour procurer l'exacte et fidèle exécution du testament, il est en ce sens une sorte de médiateur entre les héritiers et les légataires, qui peut, suivant l'occurrence, prendre parti tantôt pour les uns, tantôt pour les autres.

2. L'agissement au nom d'autrui

704. Arguments en faveur d'une représentation imparfaite. – S'il n'est pas douteux que l'exécuteur testamentaire agit pour le compte du testateur et de ses successeurs, il peut être plus discutable d'affirmer qu'il agit également en leur nom. En ce sens, l'exécution testamentaire reposerait plutôt sur le mécanisme de la représentation imparfaite.

L'assertion peut se recommander des conditions requises pour être un exécuteur testamentaire. Selon l'article 1025 du Code civil, celui-ci doit avoir « *la pleine capacité civile* », ce qui n'est pas exigé du mandataire : ainsi un mineur non émancipé peut-il être choisi pour mandataire, mais il ne peut être exécuteur testamentaire. Or, si l'exécuteur testamentaire doit avoir la capacité de s'obliger, ce serait parce que les actes qu'il va accomplir le seront en son nom.

Au surplus, c'est l'analyse du régime de l'institution qui militerait en faveur de la qualification de représentation imparfaite. En effet, on ne pourrait guère soutenir que l'exécuteur testamentaire exerce des prérogatives au nom du *de cuius* puisque cela impliquerait que le mandant décédé fût

¹ C. civ., art. 1030.

² H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Successions-Libéralités*, par L. et S. Leveneur, préc., n°1033 p. 350.

³ C. civ., art. 1030-1.

⁴ A. Trasbot, note sous Cass. civ., 23 janv. 1940, *DP* 1941. 1. 104.

encore titulaire de droits subjectifs¹. Pas davantage on ne saurait soutenir que l'exécuteur testamentaire agit au nom des successeurs du testateur puisque plusieurs prérogatives, telles que la faculté d'agir en justice contre les successeurs, de prendre possession du mobilier, de recevoir et placer les capitaux, de disposer des immeubles, démontreraient que l'exécuteur testamentaire est *personnellement* attributaire de pouvoirs et qu'il agit, ce faisant, *en son propre nom*².

705. Analyse critique. Qualification d'une représentation parfaite. – L'analyse, malgré tout, n'emporte pas la conviction. Elle nous paraît nier le particularisme de l'exécution testamentaire.

D'une part, il ne faut pas oublier que l'exécuteur testamentaire n'agit que pour assurer les dernières volontés du *de cuius*. Autrement dit, cette institution est un *prolongement temporaire de la personnalité du testateur après sa mort*. Et, de ce fait, l'exécuteur testamentaire agit bien pour le compte et au nom du défunt. Simplement, si cette singularité n'est possible, ce n'est que parce que la loi le prévoit. Dérogation légale au principe suivant lequel la personnalité s'éteint par la mort, l'exécution testamentaire apparaît ainsi comme un mandat spécialement réglementé.

D'autre part, il nous paraît excessif de considérer que l'exécuteur testamentaire n'intervient pas au nom des successeurs. Pour en percevoir la signification profonde, il n'est besoin que d'analyser ses conséquences. En exerçant des prérogatives en son propre nom, l'exécuteur testamentaire aurait seul la qualité de partie pour les actes accomplis en exécution de sa mission. C'est dire qu'envers les tiers, l'exécuteur testamentaire serait personnellement tenu de l'exécution du contrat et de toutes ses conséquences, notamment les obligations de délivrance et de garantie des vices cachés pour une vente³. Or, est-ce l'esprit de l'institution que de soumettre l'exécuteur testamentaire à de telles obligations lorsqu'il dispose du mobilier ou des immeubles de la succession ? Cela paraît douteux. En réalité, si l'exécuteur testamentaire peut accomplir de tels actes, ce n'est qu'aux fins de liquidation de la succession. Et, à ce titre, il agit bien plus au nom de l'hérédité, qu'en son propre nom.

¹ M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préc., n°149 p. 115 ; F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, préc., n°129 et s., p. 79 et s.

² M. Storck, *op. cit.* : « C'est donc que l'exécuteur testamentaire n'a pas la qualité de mandataire, il n'agit pas au nom du *de cuius* ni au nom des héritiers de celui-ci ; il exerce des droits subjectifs en son propre nom, puisqu'il n'intervient pas au nom d'autrui » ; F. Letellier, *L'exécution testamentaire*, préc., spéc. n°149 et s., p. 92 et s.

³ Sur les effets de la représentation imparfaite, voir *supra* n°52 et s.

B. Le régime juridique de l'exécution testamentaire

706. Il convient d'étudier les conditions de formation de l'exécution testamentaire (1), ses effets (2) et, enfin, son dénouement (3).

1. Les conditions de formation

707. Conditions de forme. – A la différence du mandat de droit commun, l'exécution testamentaire relève du formalisme testamentaire. Sans doute la loi ne l'exige pas expressément ; mais l'emploi du vocable « *testateur* »¹ implique que, comme sous le droit antérieur, l'exécuteur ne puisse être désigné que par un testament valable en la forme. Il reste qu'aucune formule sacramentelle n'est requise, et la désignation de l'exécuteur testamentaire peut même être implicite².

708. Conditions de fond. – L'exécution testamentaire se distingue encore du mandat de droit commun relativement à la capacité de l'intéressé. Alors que le mandataire peut être un mineur non émancipé, l'exécuteur testamentaire doit jouir de la pleine capacité civile³. En revanche, l'exécuteur testamentaire n'étant pas un gratifié, on ne saurait appliquer à la relation entre le testateur et l'exécuteur testamentaire les règles édictant des incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit⁴.

Sous cet aspect, l'exécuteur testamentaire peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale⁵. Et le testateur peut choisir plusieurs exécuteurs testamentaires pour exercer

¹ C. civ., art. 1025, al. 1^{er}.

² Cass. req., 26 janv. 1886, *DP* 1886. 1. 41 ; Paris, 9 févr. 1962, *D.* 1962. Somm. 78. *Adde* P. Voirin, « De l'obligation de désigner clairement l'exécuteur testamentaire », *JCP éd. N* 1955. II. 7492.

³ C. civ., art. 1025, al. 1^{er}.

⁴ Le legs du « diamant », étant assimilé à un legs rémunératoire, en ce sens qu'il est un legs consenti « *en égard aux facultés du disposant et aux services rendus* » (C. civ., art. 1033-1), les règles d'incapacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit ne sont pas applicables (voir en ce sens C. civ., art. 909, al. 3), sauf si l'émolument conféré à l'exécuteur testamentaire dépasse le cadre rémunératoire pour devenir une véritable libéralité. Sur cette difficulté, voir Pau, 24 août 1825, *S.* 1826. 2. 35 ; Aix-en-Provence, 17 déc. 1945, *JCP* 1946. II. 3035.

⁵ F. Sauvage, *V^o Exécuteur testamentaire*, *Rép. civ. Dalloz*, préc., n°10 ; F. Letellier, *JCl. Civil Code*, Art. 1025 à 1034, 2009, n°8 ; du même auteur, « La réforme de l'exécution testamentaire. A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006. Etude 47, n°7 ; S. Mazeaud-Leveneur, « L'exécuteur testamentaire », préc., spéc. p. 59.

Le testateur peut nommer un notaire en tant qu'exécuteur testamentaire. Se pose toutefois la question d'une éventuelle incompatibilité. Sans nul doute le notaire peut-il être exécuteur testamentaire avec ou sans diamant par un testament qu'il ne reçoit pas. La solution semble moins évidente lorsqu'il tient la plume du testament qui le désigne. La jurisprudence paraît toutefois l'admettre lorsque le notaire ne reçoit aucun diamant (Cass. req., 4 juin 1883, *D.* 1884. 1. 51 ; *S.* 1884. 1. 223). Qu'en est-il, en outre, lorsque le notaire désigné exécuteur testamentaire est également chargé du règlement de la succession ? Certains auteurs y sont défavorables au motif que le notaire ne saurait instrumenter, non seulement lorsque l'acte lui octroie certains avantages, mais aussi lorsqu'il le concerne de près ou de loin (voir en ce sens, L. Maguet, « De l'exécution testamentaire », préc. ; F. Sauvage, préc., spéc., n°11). Un arrêt de la Cour de cassation a néanmoins admis la compatibilité à la condition que le notaire n'instrumente pas dans les actes où il intervient comme exécuteur testamentaire (Cass. req., 4 juin 1883, préc. ; *Contra* Paris, 10 févr. 1942, *Journ.*

leur mission concurremment, conjointement, distinctement ou principalement et subsidiairement¹.

Par ailleurs, ayant pour support un testament, l'exécution testamentaire ne saurait être acceptée avant le décès du testateur. En revanche, une fois qu'il a accepté sa mission, l'exécuteur testamentaire doit l'accomplir personnellement jusqu'à son terme, sauf à en être relevé par le juge « *pour motifs graves* »². De plus, le caractère personnel de la mission commande son intransmissibilité entre vifs ou à cause de mort³.

Enfin, la mission de l'exécuteur testamentaire est gratuite, mais un legs d'importance modique – le diamant ou le legs du diamant – peut lui être consenti, « *eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus* »⁴. Ainsi, comme on l'a souligné, « *un marché de l'exécution testamentaire n'est donc pas à l'ordre du jour aux yeux du législateur contemporain* »⁵, ce qui distingue cette institution de celle du mandat à effet posthume.

2. Les effets

709. A l'instar du droit antérieur, le droit positif, issu de la loi du 23 juin 2006, laisse au testateur la possibilité de moduler les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. Précisément, on peut distinguer deux sortes d'exécution testamentaire : celle qui est ordinaire (a) et celle qui est renforcée (b).

a) L'exécution testamentaire ordinaire

710. Mission de surveillance. – Dans le cas de l'exécution ordinaire, l'exécuteur testamentaire est cantonné à un rôle de surveillance. Sa mission n'est pas d'exécuter les dernières volontés, mais seulement de veiller à leur bonne exécution. Ainsi ne peut-il pas prendre possession des biens de la succession, ni acquitter les legs.

Pour accomplir sa mission de surveillance, l'exécuteur testamentaire peut prendre toutes mesures conservatoires « *utiles à la bonne exécution du testament* »⁶. C'est ainsi qu'il peut assurément

not. 1942, art. 41325. Sur la question voir M. Grimaldi, « Règles de fond des testaments : contenu du testament », in *Droit patrimonial de la famille*, préc., n°323-141.

¹ C. civ., art. 1025, al. 1^{er}.

² C. civ., art. 1026. Il peut en être ainsi pour de « *graves raisons de santé ou la faute grave de l'exécuteur testamentaire* » (S. Mazeaud-Leveneur, préc., spéc. p. 59). Voir dans le même sens, A Chamoulaud-Trappiers, « Les exécuteurs testamentaires », préc.

³ C. civ., art. 1025, al. 3.

⁴ C. civ., art. 1033-1.

⁵ F. Sauvage, *V^o Exécution testamentaire*, préc., n°18.

⁶ C. civ., art. 1029, al. 1^{er}.

faire dresser un inventaire après y avoir appelé les héritiers¹. De même, ainsi que le prévoyait le droit antérieur, il peut faire apposer des scellés si des héritiers sont incapables ou absents². Mais la loi visant désormais « *les mesures conservatoires utiles* », l'exécuteur testamentaire doit pouvoir agir toutes les fois que la bonne exécution du testament le commande. Ainsi que le suggèrent les travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006, « *ces mesures peuvent être la mise en garde-meuble du mobilier, la consignation de comptes bancaires, la souscription de polices d'assurance contre l'incendie ou le vol, l'expulsion d'une personne occupant un bien immobilier compris dans la succession, ou encore la restitution de biens meubles divertis par un cohéritier* »³. Dans la même perspective conservatoire, il est permis à l'exécuteur testamentaire de provoquer la vente du mobilier, à défaut de liquidités suffisantes, pour payer les dettes urgentes de la succession⁴.

Par ailleurs, sa mission de surveillance lui confère le pouvoir d'agir en justice pour assurer la bonne exécution du testament. Il peut agir afin de contraindre les successeurs saisis de délivrer et payer les legs, ainsi que les proches du *de cuius* pour qu'ils respectent les dispositions extrapatrimoniales. Pareillement, il doit être mis en cause en cas de contestation relative à la validité ou à l'exécution du testament. A cet égard, plus qu'un pouvoir, c'est un devoir qui lui est imposé. Car, comme l'énonce l'alinéa 3 de l'article 1028, « *il intervient pour soutenir la validité ou exiger l'exécution des dispositions litigieuses* ». L'exécuteur testamentaire a donc l'obligation d'agir, si son intervention n'a pas été provoquée par les plaideurs, à peine d'engager sa responsabilité⁵.

b) L'exécution testamentaire renforcée

711. Le renforcement du rôle de l'exécution testamentaire⁶, par le testateur, n'est pas le même selon que celui-ci laisse des héritiers réservataires acceptants (i) ou non (ii).

¹ C. civ., art. 1029, al. 2.

² C. civ. anc., art. 1031, al. 1^{er}.

³ H. de Richemont, *Rapport Sénat*, n°343, t. I, p. 256. Voir dans le même sens F. Sauvage, préc., spéc., n°26 ; S. Mazeaud-Leveneur, « L'exécuteur testamentaire », préc., spéc. p. 60.

⁴ C. civ., art. 1029, al. 3.

⁵ F. Sauvage, art. préc., spéc. spéc. n°24 ; M. Grimaldi, art. préc., spéc. n°323.142 ; S. Mazeaud-Leveneur, art. préc., spéc. p. 59. Voir déjà, sous l'empire du droit antérieur, Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, *Bull. civ.* I, n°140 ; *AJ. fam.* 2008. 302, obs. F. Bicheron ; *D.* 2008. 2245, obs. M. Nicod ; *RTD civ.* 2008. 522, obs. M. Grimaldi ; *Deffrénois* 2008, art. 38818, note Ph. Malaurie ; *JCP* 2009. I. 209, n°2, obs. R. Le Guidec.

⁶ Le renforcement des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la régularité apparente du testament si celui-ci n'a pas été fait en la forme authentique. Précisément, l'exécuteur testamentaire doit solliciter du tribunal de grande instance l'envoi en possession auquel l'article 1008 du Code civil astreint le légataire universel saisi institué par un testament non authentique (C. civ., art. 1030-2). Sur ce point voir F. Letellier, « L'envoi en possession de l'exécuteur testamentaire. Mise au point nécessaire sur la réforme du 23 juin 2006 », *JCP éd. N* 2008. 1331.

i) En présence d'héritier réservataire acceptant

712. Appréhension et, si nécessaire, vente du mobilier. – En présence d'un héritier réservataire acceptant, l'accroissement des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire demeure limité. En vertu de l'article 1030 du Code civil, le testateur peut simplement charger l'exécuteur testamentaire de payer les legs particuliers de nature mobilière dans la limite de la quotité disponible¹.

Pour ce faire, à l'instar de l'ancienne saisine mobilière, l'exécuteur testamentaire peut appréhender tous les meubles de la successions, corporels ou incorporels, à moins que le testateur ait limité l'assiette de sa possession à certains meubles². Semblablement, l'exécuteur testamentaire peut être habilité à vendre, à l'amiable ou autrement, tout ou partie de ces meubles si nécessaire pour acquitter les legs particuliers qui ne portent pas atteinte à la réserve héréditaire³.

A cet égard, bien que la loi ne le prévoit pas, il est sans doute permis à l'exécuteur testamentaire d'acquitter les dettes, urgentes ou non, car les créanciers doivent être payés avant les légataires⁴.

ii) En l'absence d'héritier réservataire acceptant

713. Mission d'un liquidateur. – Dans ce cas de figure, la mission de l'exécuteur testamentaire s'assimile à celle d'un liquidateur de la succession. Le testateur peut en effet l'habiliter « à vendre tout ou partie des immeubles, à recevoir et placer les capitaux, à payer les dettes et charges, et à procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires »⁵.

714. Consécration de la jurisprudence. – L'habilitation de vendre les immeubles n'est pas nouvelle ; la jurisprudence l'autorisait déjà⁶. Elle permet ce faisant à l'exécuteur testamentaire de disposer à titre onéreux des immeubles, même amiablement, et à en percevoir le prix.

Simplement, cette faculté ne saurait conférer à l'exécuteur testamentaire le pouvoir d'administrer les immeubles, comme, par exemple, les donner à bail et en percevoir les loyers¹.

¹ Il s'agit ici du pouvoir de payer le legs, c'est-à-dire de remettre au légataire le bien légué, et non de délivrer le legs, qui est la reconnaissance juridique du droit du légataire, laquelle relève de la compétence des successeurs saisis.

² Il ne saurait être habilité à prendre possession des immeubles ou des fruits y afférents. Voir ainsi Pau, 2 juin 1896, *S.* 1897. 2. 311.

³ Sur la possibilité, sous l'empire du droit antérieur, de conférer à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de vendre les meubles, voir Cass. civ., 23 janv. 1940, *DC* 1941. 1. 105, note A. Trasbot.

⁴ Voir en ce sens M. Grimaldi, *préc.*, spéc. n°323.143.

⁵ C. civ., art. 1030-1, al. 1^{er}.

⁶ Cass. civ., 18 août 1848, *DP* 1848. 1. 188 ; *S.* 1849. 1. 66 ; Cass. civ., 17 avr. 1855, *DP* 1855. 1. 201 ; *S.* 1856. 1. 253.

Sans doute l'assertion peut-elle surprendre : s'il peut vendre les immeubles, pourquoi ne pourrait-il pas les administrer ? Mais c'est omettre, croyons-nous, que l'exercice de ce pouvoir de disposer est nécessairement finalisé, en ce sens qu'il ne peut céder les immeubles et en percevoir le prix qu'afin d'assurer l'exécution des legs, notamment les legs de sommes d'argent, ou encore afin de faciliter le partage successoral. Dans cette optique, la possibilité pour l'exécuteur testamentaire d'administrer les immeubles de la succession nous paraît incompatible avec la finalité de ses pouvoirs².

En outre, la vente des immeubles suppose l'information préalable des héritiers, à peine d'inopposabilité de l'acte à ceux-ci³. On peut toutefois s'interroger sur la portée de ce devoir d'information : signifie-t-il que les héritiers puissent s'opposer à la vente ? La négative pourrait être défendue au motif que la loi ne prévoit pas une telle faculté aux héritiers. Mais on peine alors à comprendre la raison de l'existence de ce devoir d'information, si l'on refuse aux héritiers le droit de s'opposer à la vente. De surcroît, ce droit d'opposition apparaît d'autant plus justifié que l'exécuteur agit au nom et pour le compte de l'hérédité. Aussi bien, la logique, sinon la bonne justice, commande de permettre aux héritiers de s'opposer à une vente « *qui ne serait pas nécessaire à la bonne exécution du testament ou qui serait consentie à un prix insuffisant* »⁴.

L'article 1030-1 du Code civil permet également au testateur d'habiliter l'exécuteur testamentaire à payer les dettes et les charges. Ici encore, la jurisprudence accordait déjà une telle faculté⁵. Peu importe, à cet égard, que le règlement de la dette ou de la charge présente un caractère d'urgence. L'exécuteur testamentaire peut être habilité à régler toutes les dettes du *de cuius*, par exemple le solde d'un emprunt, ainsi que les charges successorales, comme les frais d'obsèques, de scellés, d'inventaire, etc.

715. Innovation de la loi du 23 juin 2006. – Au-delà de ces consécutions jurisprudentielles, le législateur de 2006 a accru les habilitations susceptibles d'être conférées à l'exécuteur testamentaire.

¹ Voir en ce sens A. Chamoulaud-Trappiers, « Les exécuteurs testamentaires », préc. ; S. Mazeaud-Leveneur, « L'exécuteur testamentaire », préc., spéc. p. 61 ; F. Sauvage, *V^o Exécution testamentaire*, préc., n°39.

² Certes, l'on pourrait nous objecter que l'exécuteur testamentaire peut avoir le pouvoir de recevoir et placer les capitaux. Or, s'il peut gérer les capitaux de la succession, pourquoi ne pourrait-il pas gérer les immeubles ? La situation nous paraît différente, dès lors que l'on examine les conséquences de ces actes. Administrer un immeuble implique bien souvent la conclusion d'actes dont l'engagement des propriétaires dépasse la durée de la mission de l'exécuteur testamentaire (exemple d'un bail). Tel n'est pas nécessairement le cas s'agissant de l'administration des capitaux, qui peut être nettement plus souple.

³ C. civ., art. 1030-1, al. 2.

⁴ M. Grimaldi, préc., spéc., n°323.143.

⁵ Cass. civ., 23 janv. 1940, préc.

C'est ainsi que celui-ci peut être autorisé à percevoir tous les capitaux et à les placer, et non pas seulement ceux provenant de la vente du mobilier et des immeubles. L'exécuteur testamentaire est ainsi investi d'une véritable mission de gestion de la succession. Seulement, l'exercice de ce pouvoir est finalisé. S'il peut gérer les capitaux de la succession, ce n'est qu'aux fins de liquidation de la succession. Partant de là, seuls paraissent envisageables des placements liquides à court terme, c'est-à-dire des placements qui durent le temps de la liquidation de la succession¹.

Autre innovation importante réalisée par la réforme de 2006 : la possibilité d'habiliter l'exécuteur testamentaire à procéder au partage de tous les biens entre héritiers et légataires. Sous cet aspect, on observe « *une véritable révolution dans notre droit successoral* »². On peine toutefois à comprendre l'économie d'une telle habilitation. Sans doute est-elle un moyen d'accélérer la liquidation de la succession, ainsi qu'« *un moyen efficace pour désamorcer et déjudiciariser les conflits potentiels entre les successeurs* »³. Mais, sous couvert de cette habilitation, on a le sentiment qu'il serait loisible au *de cuius*, qui ne laisse aucun héritier réservataire, de faire de ses héritiers des copartagés, et non plus des copartageants⁴, à la condition toutefois qu'il ait consenti au moins un legs. Autrement dit, ce serait permettre de faire en quelque sorte un testament-partage par l'intermédiaire de l'exécuteur testamentaire.

3. *Le dénouement*

716. Fin de la mission. – La mission de l'exécuteur testamentaire est bornée par un double délai : elle prend fin dès lors que les dispositions testamentaires ont été exécutées, sans pouvoir dépasser en principe un délai de deux ans. Il faut toutefois distinguer selon le type d'exécution testamentaire. Dans le cas d'exécution renforcée, l'article 1031 du Code civil enferme les habilitations dans une durée de deux années à compter de l'ouverture du testament, sauf prorogation par le juge dans la limite d'une année. Dans le cas d'exécution ordinaire, l'article 1032 prescrit que la mission de l'exécuteur ne peut excéder la même durée de deux années, mais sauf prorogation par le juge qui peut être ici illimitée.

¹ Comp. F. Sauvage, *V^o Exécution testamentaire*, préc., n°40.

² J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préf. J. Carbonnier, Defrénois, 2003, p. 74. Les auteurs illustrent par un exemple cette « révolution » juridique : « *Voici, par exemple, une succession dévolue à des frères et sœurs du de cuius, qui certes ne sont pas des héritiers réservataires, mais qui n'en ont pas moins la saisine légale ; eh bien, de la même façon que le testateur aurait pu les écarter purement et simplement de la succession, il pourra, en les y laissant, les priver du droit de procéder eux-mêmes à la liquidation et au partage de la succession, et transférer ce droit à un exécuteur testamentaire* ».

³ S. Mazeaud-Leveneur, « L'exécuteur testamentaire », préc., spéc., p. 61.

⁴ Voir en ce sens F. Sauvage, art. préc., spéc., n°42.

En outre, la mission de l'exécuteur testamentaire peut prendre fin prématurément par suite de la survenance de son décès¹, de son incapacité², ou de sa destitution prononcée par le tribunal pour motifs graves³.

717. Reddition de compte. – En vertu de l'article 1033, alinéa 1^{er}, du Code civil, l'exécuteur testamentaire doit rendre compte de sa mission dans les six mois consécutifs à la fin de sa mission. A ce titre, il lui est permis de se faire rembourser, par la succession, les frais qu'il a pu supporter dans le cadre de sa mission et, corrélativement, il doit exposer l'utilisation qu'il a faite des biens dont il a eu la possession et de restituer ceux qu'il détiendrait encore⁴.

En outre, si la responsabilité de l'exécuteur testamentaire peut être engagée tout au long de l'exercice de sa mission, c'est surtout à son dénouement, lors de la reddition de compte, qu'elle est le plus souvent susceptible d'être mise en cause. Simplement, ainsi que le prévoit l'article 1033, alinéa 3, l'exécuteur testamentaire assume la responsabilité d'un mandataire à titre gratuit, dès lors qu'il n'est pas rémunéré⁵. En ce sens, l'appréciation de ses fautes doit se faire « *moins rigoureusement* » lorsqu'il accomplit sa mission gratuitement que lorsqu'il est récompensé par un dimant.

* * *

718. Conclusion de la Section. – Trois cas spéciaux de représentation prévus par le droit des libéralités sont susceptibles de réaliser une libéralité à trois personnes : l'administration aux biens donnés ou légués à un enfant mineur, le mandat à effet posthume et l'exécution testamentaire. Chacun de ces trois cas de représentation a en principe un domaine qui lui est propre.

L'administrateur des biens donnés ou légués au mineur se substitue à l'administrateur légal de l'enfant. De là résultent deux conséquences. D'une part, sa présence ne constitue pas une atteinte à la réserve héréditaire du gratifié. D'autre part, sa mission consiste à administrer les biens qui ont été donnés ou légués à l'enfant, comme le ferait l'administrateur légal, et ce jusqu'à la majorité du gratifié.

¹ C. civ., art. 1025, al. 3.

² Voir en ce sens F. Sauvage, *V^o Exécuteur testamentaire*, préc., n°47.

³ C. civ., art. 1026.

⁴ Si sa mission a pris fin par sa mort, cette obligation pèse sur ses héritiers (C. civ., art. 1033, al. 2).

⁵ Voir en ce sens F. Sauvage, préc., spéc., n°51 ; S. Mazeaud-Leveneur, « L'exécuteur testamentaire », préc., p. 61.

Le mandataire à effet posthume est désigné par le *de cuius* afin d'administrer ou de gérer, pendant une durée limitée, les biens du gratifié. Pour ce faire, le gratifié est dessaisi des biens qui forment l'objet du mandat, et ce quand bien même ceux-ci constitueraient la réserve de celui-ci. Autrement dit, le mandataire a l'exclusivité quant à l'administration ou la gestion des biens. L'institution, on le perçoit, est clairement d'inspiration fiduciaire. Aussi faut-il convenir que ce mandataire a un statut spécial : il agit en son nom propre, mais pour le compte du gratifié. Ce qui signifie qu'il se trouve personnellement engagé par les actes qu'il conclut. La portée de ce mandat est cependant incertaine. Il est en effet difficile de déterminer exactement les actes que le mandataire peut accomplir. Si l'on comprend ce que recouvre « *administration* » des biens, on peut s'interroger en revanche sur le sens à donner au verbe « *gérer* ». Signifie-t-il que le mandataire puisse disposer des biens, à charge pour lui de les remplacer ? A supposer que le mandataire ait ce pouvoir, comment articuler cette prérogative avec le droit reconnu au gratifié de les aliéner ? Sur ce point, l'arrêt rendu le 12 mai 2010 par la Cour de cassation n'est guère éclairant. Il nous semble que l'articulation pourrait être la suivante : le gratifié jouit d'une exclusivité quant aux actes de disposition emportant leur aliénation tandis que le mandataire bénéficie d'une exclusivité quant aux actes d'administration et de gestion, en ce compris les actes de disposition qui n'emportent pas aliénation des biens.

L'exécuteur testamentaire est désigné par le *de cuius* pour assurer l'exécution de ses dernières volontés, et notamment la bonne exécution des legs. A ce titre, des prérogatives lui sont conférées sur les biens de la succession dont l'étendue varie selon qu'il existe ou non des héritiers réservataires. Précisément, en présence d'héritier réservataire, le testateur peut lui donner le pouvoir d'appréhender le mobilier afin de pouvoir payer les legs particuliers de nature mobilière dans la limite de la quotité disponible. En l'absence d'héritier réservataire, les habilitations peuvent être nettement plus importantes puisqu'il peut vendre les immeubles, payer les dettes et les charges de la succession aux fins d'exécuter les legs, percevoir tous les capitaux et les placer aux fins de liquidation de la succession, voire même procéder au partage de tous les biens entre les héritiers et les légataires.

En définitive, chacun de ces trois représentants exerce une fonction bien précise. Pour autant, la conciliation de l'existence de ces trois individus n'est pas toujours évidente. Si la loi désamorce un éventuel conflit entre le mandataire à effet posthume et l'exécuteur testamentaire, en privilégiant le second sur le premier, rien n'est dit quant au règlement d'une opposition entre le mandataire à effet posthume et l'administrateur des biens donnés ou légués au mineur. Au-delà, on peut s'interroger sur la pertinence de l'existence de ces trois cas de représentation. A cet égard, l'observation des mécanismes existants au-delà de nos frontières invite à la réflexion. A l'instar du

droit allemand et du droit suisse, ne serait-il pas opportun simplifier nos institutions, notamment en réunissant sur une même tête les pouvoirs du mandataire à effet posthume et ceux de l'exécuteur testamentaire ?

Conclusion du Chapitre II

719. Une libéralité peut être réalisée par le vecteur de la technique de la représentation. En ce cas, les biens de la libéralité ne transitent pas par le patrimoine de l'intermédiaire. Simplement, l'exercice de tout ou partie des droits du gratifié lui est confié, pour une durée limitée. Autrement dit, l'intermédiaire-représentant a pour mission d'assurer la bonne exécution de la volonté libérale du disposant en représentant, pendant un temps, les intérêts du gratifié.

720. Pour ce faire, le disposant peut mettre en œuvre la représentation du droit commun. Mais, à l'analyse, celle-ci se révèle peu satisfaisante. En effet, le disposant ne peut mobiliser cette technique afin de conférer à l'intermédiaire le pouvoir d'élire les gratifiés à cause de mort. En ce cas, la disposition, dite legs avec faculté d'élire, est nulle car elle provoque une rupture dans la chaîne des propriétés. De la même façon, la représentation se révèle peu efficace lorsque le disposant l'utilise aux fins de conférer à l'intermédiaire le pouvoir de gérer, après sa mort, les biens de la libéralité. Car, en ce cas, la qualité de mandant est transmise au gratifié, de sorte que celui-ci peut aisément mettre fin à la mission du mandataire.

721. Aussi bien sont-ce les cas spéciaux de représentation du droit des libéralités qu'il convient de privilégier. Précisément, trois cas peuvent être recensés.

Le premier concerne les libéralités consenties aux enfants mineurs. Il est permis au disposant d'écarter les règles de l'administration légale et de désigner un tiers administrateur qui aura pour mission d'administrer les biens donnés ou légués au mineur. En ce cas, les prérogatives du tiers administrateur peuvent porter sur tous les biens de la libéralité, et ce quand bien même ceux-ci constitueraient la réserve héréditaire du gratifié. En outre, les prérogatives de cet administrateur sont celles qui étaient dévolues à l'administrateur légal, de sorte qu'il doit agir comme ce dernier l'aurait fait, et ce jusqu'à la majorité du gratifié.

Le second cas de représentation est une innovation de la loi du 23 juin 2006. Il s'agit du mandat à effet posthume, lequel permet au *de cuius* de confier à un tiers, pour une durée limitée, l'administration ou la gestion des biens dont il dispose à cause de mort. Pour ce faire, le gratifié est dessaisi des biens qui forment l'objet du mandat, et ce même si ceux-ci forment sa réserve héréditaire. C'est dire que le mandataire bénéficie d'une certaine exclusivité quant à l'administration et à la gestion des biens. Il reste que le domaine de cette exclusivité est incertain. Notamment, on peine à la concilier avec le droit reconnu au gratifié d'aliéner les biens. Il nous

semble que l'articulation pourrait être la suivante : le gratifié jouit d'une exclusivité quant aux actes de disposition, qui emportent aliénation des biens ; le mandataire bénéficie d'une exclusivité quant aux actes d'administration et de gestion, en ce compris les actes de disposition qui n'emportent pas aliénation des biens. Il reste que cette incertitude mériterait d'être dissipée par une modification de la loi. A cet égard, l'on pourrait utilement s'inspirer des règles du droit allemand et du droit suisse relatives à l'exécuteur testamentaire. Dans ces pays du droit continental, l'exécuteur testamentaire est un individu qui est chargé de gérer en son nom les intérêts des héritiers et a le droit disposer des biens successoraux si l'accomplissement de sa mission le commande. Surtout, bien que les héritiers demeurent propriétaires des biens successoraux, ils ne peuvent en disposer durant la mission de l'exécuteur testamentaire.

Le troisième cas de représentation que le disposant peut mettre en œuvre est l'exécution testamentaire. Un tiers mandataire, l'exécuteur testamentaire, est désigné par le testateur pour qu'il assure la bonne exécution de ses dernières volontés. En présence d'héritier réservataire, l'exécuteur testateur peut être investi du pouvoir de payer les legs particulier de nature mobilière dans la limite de la quotité disponible. En l'absence d'héritier réservataire, ses prérogatives peuvent être nettement plus étendues. C'est ainsi qu'il peut être habilité à vendre les immeubles, payer les dettes et les charges de la succession aux fins d'exécution des legs, percevoir tous les capitaux et les placer aux fins de liquidation de la succession, voire même réaliser le partage de tous les biens entre les héritiers et les légataires.

Conclusion du Titre II

722. Lorsque la libéralité à trois personnes réalise une seule libéralité, l'intermédiaire est investi d'une mission, celle d'assurer la mise en œuvre de la volonté libérale du disposant. Partant, les prérogatives de l'intermédiaire sont, non pas des droits subjectifs, mais des pouvoirs. Deux types de pouvoirs peuvent lui être conférés : soit des pouvoirs de propriétaires, soit des pouvoirs de représentation.

723. Lorsque l'intermédiaire est investi de la propriété des biens aux fins d'accomplissement de sa mission, l'opération présente un caractère fiduciaire. Tel un fiduciaire, l'intermédiaire n'acquiert la propriété qu'afin de la gérer et de la transmettre, au bout d'un certain temps, à un tiers bénéficiaire. Autrement dit, la libéralité à trois personnes doit être qualifiée de fiducie-libéralité. Simplement, la fiducie-libéralité n'est pas une catégorie nommée, de sorte qu'elle se réalise sous couvert d'institutions connues de notre droit. A cet égard, on peut distinguer deux types de fiducie-libéralité.

Le premier est à caractère individuel. Le disposant ne transmet la propriété de ses biens à l'intermédiaire qu'en vue de gratifier une ou plusieurs personnes déterminées. On peut observer l'existence d'une telle opération dans les libéralités faites par le vecteur d'un contrat d'assurance sur la vie. Dans sa version moderne, l'assurance sur la vie est dite de placement, car l'assureur joue un rôle de gestionnaire de fonds pour le compte d'autrui. Aussi bien, s'il est investi de la propriété des primes, n'a-t-il jamais la vocation de la conserver. Comme un fiduciaire, la propriété ne lui est transférée qu'aux fins d'assurer sa mission, en l'occurrence faire fructifier les primes versées par le souscripteur et les remettre au dénouement du contrat soit au souscripteur, soit au bénéficiaire. Par où l'on décèle l'existence d'une fiducie-libéralité dès lors que le capital assuré est remis au bénéficiaire à titre gratuit. Simplement, l'opération pose la question de savoir si cette libéralité doit être régie par les règles spéciales du Code des assurances ou, au contraire, par les règles du droit commun des libéralités. Par plusieurs arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 2004, la Cour de cassation a considéré que ces contrats d'assurance sont régis par les règles du droit des assurances. Autrement dit, le bénéficiaire peut repousser toute demande de rapport de ses cohéritiers ainsi que toute demande de réduction des héritiers réservataires du souscripteur pour atteinte à la réserve, sauf s'il est démontré que les primes ont été manifestement exagérées. La solution, on le sait, a été critiquée par une grande partie de la doctrine, au motif que l'existence d'un aléa dans ces contrats d'assurance est difficile à percevoir. Il n'en demeure pas moins que, pour l'heure, l'attribution à titre gratuit d'un contrat d'assurance

placement échappe aux règles du rapport et de la réduction. Au-delà du cas particulier, peut-on déceler l'existence d'autres fiducies-libéralités à caractère individuel ? Si elles existent, ce n'est que sous couvert des libéralités avec charges au profit d'un tiers. Il reste que la licéité de l'opération pourrait être discutée dans la mesure où la loi du 19 février 2007, instituant la fiducie dans le Code civil, interdit qu'un contrat de fiducie puisse procéder d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. L'obstacle légal peut néanmoins être dépassé dès lors que l'on observe que l'un des éléments essentiels du contrat de fiducie est de constituer un patrimoine d'affectation. Aussi bien doit-il être permis de réaliser des opérations fiduciaire sans patrimoine d'affectation, et la fiducie-libéralité faite sous couvert d'une libéralité avec charge n'en est qu'une illustration. Cependant, afin de dissiper les doutes, la consécration légale de la fiducie-libéralité serait bienvenue. Et elle le serait d'autant plus que le régime de la libéralité avec charge n'est guère adaptée à l'opération. En témoigne, l'absence d'un droit de suite du bénéficiaire qui lui permettrait de revendiquer les biens entre les mains d'un tiers acquéreur.

Le second type de fiducie-libéralité présente un caractère collectif. L'intention libérale du disposant est ici dirigée vers une collectivité et dépasse les intérêts individuels de chaque individu. Au fond, dans cette opération, le disposant poursuit la satisfaction d'une œuvre d'intérêt général. Pour ce faire, le disposant sollicite le concours d'une personne morale, laquelle ne joue qu'un rôle de fiduciaire. La personne morale est en effet chargée d'affecter le produit de la libéralité au but d'intérêt général visé par le disposant. Autrement dit, tel un fiduciaire, la personne morale n'est investie des biens qu'aux fins d'assurer une mission. Pour autant, et c'est là que gît toute l'originalité de cette fiducie-libéralité, l'activité d'intérêt général que doit mener la personne morale correspond à son activité statutaire. Aussi bien la personne morale est à la fois fiduciaire et gratifiée, en ce sens que l'affectation qui lui est imposée ne fait qu'augmenter sa puissance d'action.

724. Le disposant peut souhaiter ne conférer que des pouvoirs de représentation à l'intermédiaire. En ce cas, les biens de la libéralité ne transitent pas par le patrimoine de l'intermédiaire. Simplement, l'exercice de tout ou partie des droits du gratifié lui est confié, pour une durée limitée.

Sous ce aspect, il peut être recouru au droit commun de la représentation. Utilisée dans le cadre de libéralités à cause de mort, la technique ne paraît guère satisfaisante. D'une part, elle ne permet pas au disposant de conférer à l'intermédiaire un pouvoir de choisir les gratifiés à cause de mort. Une telle opération, dénommée legs avec faculté d'élire, est nulle en ce qu'elle provoque la vacance de la propriété. D'autre part, elle n'est guère efficace lorsqu'elle est utilisée afin de donner

à l'intermédiaire le pouvoir de gérer les biens de la libéralité. Car, au décès du disposant, la qualité de mandant étant transmise au gratifié, celui-ci acquiert l'ensemble des prérogatives y afférentes, et notamment celle de révoquer le mandataire.

Toutefois, la loi remédie aux faiblesses de la représentation de droit commun en instituant trois cas spéciaux de représentation propres au droit des libéralités. Il est ainsi permis au disposant d'écarter les règles de l'administration légale et de désigner un tiers administrateur qui aura pour mission d'administrer les biens donnés ou légués au mineur. Depuis la loi du 23 juin 2006, le disposant peut également désigner un mandataire à effet posthume, lequel aura le pouvoir, pour une durée limitée, d'administrer ou de gérer les biens qui forment l'objet d'une libéralité à cause de mort. L'inspiration fiduciaire est patente, car le mandataire bénéficie d'une exclusivité d'administration et de gestion. Simplement, l'incertitude règne quant au domaine des actes qu'il peut accomplir, eu égard au droit reconnu au gratifié d'aliéner les biens. Sans doute, ici, une précision législative serait-elle bienvenue. L'on pourrait au demeurant s'inspirer du droit allemand et du droit suisse, qui confère à l'exécuteur testamentaire une exclusivité complète quant à la gestion des biens de la succession, en retirant aux héritiers le pouvoir de les aliéner. Enfin, le disposant peut nommer un troisième mandataire : l'exécuteur testamentaire. L'institution puise son origine dans le droit médiéval, mais elle a été l'objet de nombreuses modifications par la loi du 23 juin 2006. Précisément, en présence d'héritier réservataire, le testateur peut conférer à l'exécuteur le pouvoir d'appréhender le mobilier afin de pouvoir payer les legs particuliers de nature mobilière dans la limite de la quotité disponible. En l'absence d'héritier réservataire, les habilitations peuvent être nettement plus importantes puisqu'il peut vendre les immeubles, payer les dettes et les charges de la succession aux fins d'exécuter les legs, percevoir tous les capitaux et les placer aux fins de liquidation de la succession, voire même procéder au partage de tous les biens entre les héritiers et les légataires.

Conclusion de la Seconde Partie

725. En sollicitant le concours de l'intermédiaire, le disposant peut souhaiter réaliser une ou deux libéralités. S'il est assurément mû par le désir de gratifier le bénéficiaire final de l'opération, le disposant n'a pas toujours cette intention à l'égard de l'intermédiaire. Aussi bien peut-on ordonner les libéralités à trois personnes en fonction du nombre de libéralités qu'elles réalisent.

726. En premier lieu, la volonté du disposant peut être de réaliser une double libéralité. En ce cas, l'opération est à double détente, le second gratifié étant appelé, à la suite du premier, à jouir des biens qui forment l'objet de la libéralité.

Malgré une finalité partagée, les doubles libéralités ne reposent pas sur les mêmes procédés techniques. Précisément, on peut identifier trois types de doubles libéralités. D'abord, il existe des doubles libéralités reposant sur la technique de la charge personnelle. Il en va ainsi des doubles libéralités faites par le vecteur d'une stipulation pour autrui. La charge imposée au premier gratifié est de nature personnelle, en ce sens qu'elle est attachée à sa personne. Il en résulte notamment que la réalisation de la seconde libéralité dépend de l'efficacité de la seconde. Par exemple, si la première libéralité est caduque, la seconde libéralité, en ce qu'elle procède d'une charge apposée à la première libéralité, ne peut plus être réalisée faut d'avoir été acceptée par le gratifié. Au-delà, on peut relever l'existence de doubles libéralités faites par le vecteur d'une charge personnelle qui présentent un caractère *sui generis*. Tel est le cas des libéralités graduelles et des libéralité résiduelles. Si les charges imposées au premier gratifié lui sont personnelles, il reste qu'à la différence de la stipulation pour autrui, la seconde libéralité est indépendante de la première. Dans le même ordre d'idées, les libéralité précatives constituent une espèce singulière au sein de la catégorie des doubles libéralités procédant d'une charge personnelle, en ce sens que la charge est ici de nature purement morale. Aussi bien, si la charge précative est exécutée, son bénéficiaire est un gratifié, non pas du disposant originaire, mais du premier gratifié. Ensuite, une seconde technique permet de réaliser une double libéralité : il s'agit de la charge réelle. A la différence de la charge personnelle, la charge n'est pas une obligation que le disposant impose à son gratifié, mais une obligation inhérente au droit réel transmis. Il en va ainsi des doubles libéralités en usufruit et nue-propriété : en transmettant à titre gratuit l'usufruit d'un ou plusieurs biens au premier gratifié et la nue-propriété correspondante au second gratifié, le disposant investit l'intermédiaire-gratifié d'un droit de jouissance, lequel, en fonction de sa nature, emporte une série d'obligations envers le bénéficiaire final, gratifié en nue-propriété. Enfin, la condition est la troisième technique

susceptible de réaliser une double libéralité. En ce cas, l'intermédiaire et le bénéficiaire final sont gratifiés sous condition inverse. Précisément, l'intermédiaire est investi de la propriété des biens sous condition résolutoire, en sorte qu'il en jouit librement tant que la condition est pendante, tandis que le bénéficiaire est gratifié sous condition suspensive, dans l'attente que la condition se réalise à son profit.

L'existence de trois types de doubles libéralités appelle, en principe, un régime juridique qui doit être propre à chacun d'entre eux. Cependant, à l'analyse, l'on peut remarquer une convergence des règles applicables aux trois types de doubles libéralités. Autrement dit, il existe, malgré certaines divergences, un socle commun de règles à toutes les doubles libéralités. L'étude des conditions de formation permet de l'illustrer. Les conditions de capacité sont en principe exigées des deux gratifiés soit au moment de la donation, soit, si la libéralité est à cause de mort, à la date du décès du disposant. Ce principe est simplement tempéré au profit du second gratifié d'une libéralité assorties de charges personnelles. En ce cas, il est seulement exigé que le second gratifié soit capable au jour où sa libéralité produit ses effets. De même, des conditions de forme identiques sont requises, à savoir le formalisme des libéralités. Ce principe souffre exception uniquement pour la seconde libéralité résultant d'une stipulation pour autrui. De même encore, les biens de la double libéralité ne peuvent pas composer la réserve héréditaire de chaque gratifié, et il est simplement dérogé à ce principe dans deux cas : soit parce que le gratifié y consent, soit parce qu'il n'y a pas à proprement d'obligations qui pèsent sur le gratifié, ce qui est le cas de la libéralité précative. L'examen des effets des doubles libéralité montrent également qu'elles connaissent des règles communes. Précisément, deux ensembles peuvent être établis. Le premier rassemble les doubles libéralités dans lesquelles la situation du second gratifié est précaire, car elle dépend en tout ou partie de la volonté du premier gratifié. Il en va naturellement ainsi de la libéralité précative puisque le premier gratifié n'est tenu que d'une obligation naturelle. Il en va également ainsi, dans une moindre mesure, de la libéralité résiduelle, laquelle ne confère au second gratifié qu'une vocation au résidu, c'est-à-dire les seuls biens de la libéralité que le premier gratifié laisse à sa mort. Le second ensemble comprend les doubles libéralités dans lesquelles la situation du second gratifié est nettement moins fragile, car sa vocation à entrer dans ses droits ne dépend pas de la volonté du premier gratifié. A cet égard, ce second ensemble de doubles libéralités peut être à nouveau subdivisé. Soit la vocation du gratifié est certaine, en ce sens qu'il est assuré de bénéficier des biens de la libéralité à la fin de la jouissance du premier gratifié. Tel est le cas de la double libéralité en usufruit et en nue-propriété, ainsi que de la double libéralité procédant d'une stipulation pour autrui, dès lors que le bénéficiaire de la charge a accepté la désignation faite à son profit. Soit la vocation du second gratifié est éventuelle, en ce sens qu'elle

dépend de la survenance d'un évènement sur lequel aucune des trois personnes à la libéralité n'a de prise. Il en est ainsi de la double libéralité conditionnelle et de la libéralité graduelle.

727. En second lieu, la volonté du disposant peut être de réaliser une seule libéralité. L'intermédiaire est alors investi d'une mission, celle d'assurer la mise en œuvre de la volonté libérale du disposant. Pour ce faire, les prérogatives qui lui sont conférées sont, non pas des droits subjectifs, mais des pouvoirs.

L'intermédiaire peut d'abord être investi de la propriété des biens qui forment l'objet de la libéralité. L'opération présente alors un caractère fiduciaire, car l'intermédiaire n'acquiert la propriété que dans une perspective finalisée, à savoir gérer les biens et les transmettre, à une date déterminée, aux bénéficiaires. Toutefois, faute d'être une catégorie nommée, la fiducie-libéralité se réalise sous couvert d'institutions connues de notre droit. Précisément, l'on peut observer l'existence de deux variantes.

Suivant la première, la fiducie-libéralité est dite à caractère individuel, car le dessein du disposant est de gratifier une ou plusieurs personnes déterminées. Il en va ainsi de l'attribution gratuite du bénéfice d'une assurance sur la vie, lorsque celle-ci n'est qu'une opération de placement. Dans sa version moderne, le contrat d'assurance sur la vie place l'assureur dans la situation d'un gestionnaire de fonds pour le compte d'autrui. Il n'a en effet aucune vocation à conserver les primes que lui verse le souscripteur. Tel un fiduciaire, il est investi de la propriété des primes afin de les faire fructifier et de remettre l'ensemble, sous la forme d'un capital ou d'une rente, au souscripteur-assuré si celui-ci est encore en vie à l'échéance du contrat, soit au tiers bénéficiaire si le contrat se dénoue par la suite du décès de l'assuré. Plus généralement, nous nous sommes prononcés en faveur de la reconnaissance générale de la fiducie-libéralité à caractère individuelle. On peut d'ores et déjà en déceler l'existence en présence de libéralités avec charges au profit d'un tiers bénéficiaire, lorsque l'exécution de ces charges constituent la cause de l'engagement du disposant. En ces cas, l'intermédiaire est un gratifié pour la forme, car il n'a aucune vocation à faire son profit des biens de la libéralité. Malgré l'article 2013 du Code civil, selon lequel le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire, il nous semble que la licéité de ce cas de fiducies-libéralités doit être admise, dès lors qu'ils n'ont pas pour effet de constituer un patrimoine d'affectation, lequel est un élément essentiel du contrat légal de fiducie. Autrement dit, il doit être permis de réaliser une fiducie-libéralité sans patrimoine d'affectation.

Suivant une seconde forme de fiducie-libéralité, celle-ci présente un caractère collectif. En ce cas, les bénéficiaires finaux sont indéterminés. L'intention libérale du disposant est dirigée vers

une collectivité et dépasse les intérêts individuels de chaque individu. Autrement dit, le disposant est mû par le désir de satisfaire l'intérêt général. Aussi est-ce en sollicitant le concours d'une personne morale à but non lucratif et œuvrant pour l'intérêt général qu'il peut mettre en œuvre sa volonté libérale. La personne morale assure alors une mission fiduciaire : la propriété des biens ne lui est transmise qu'aux fins d'accomplissement de sa mission d'intérêt général. Toutefois, et non sans un paradoxe, si la personne morale est un fiduciaire, elle n'en demeure pas moins gratifiée. On peut observer, en effet, qu'elle ne consent aucun sacrifice en acceptant l'affectation des biens prescrite par le disposant. Bien au contraire, la charge qui lui est imposée « *augmente sa puissance d'action* ».

L'intermédiaire peut ensuite agir en qualité de représentant. En ce cas, les biens de la libéralité ne transitent pas par le patrimoine de l'intermédiaire. Simplement, l'exercice de tout ou partie des droits du gratifié lui est confié, pour une durée limitée. La mise en œuvre de la représentation de droit commun comme technique des libéralités à trois personnes se révèle toutefois décevante. Aussi sont-ce les cas spéciaux de représentation du droit des libéralités qu'il convient de privilégier. On peut recenser trois cas. Le premier a trait aux libéralités consenties aux enfants mineurs. Afin de favoriser de telles libéralités, la loi autorise le disposant à écarter les règles de l'administration légale et à désigner un tiers administrateur de confiance qui aura pour mission d'administrer les biens donnés ou légués au mineur. Le deuxième est propre aux transmissions à cause de mort. Il s'agit du mandat à effet posthume, lequel permet au *de cuius* de confier à un tiers, pour une durée limitée, la gestion des biens dont il dispose à cause de mort. Le troisième cas est celui de l'exécution testamentaire. Un tiers mandataire, l'exécuteur testamentaire, est nommé par le testateur pour qu'il assure la bonne exécution de ses dernières volontés.

De ces trois cas de représentation, le mandat à effet posthume est sans doute celui qui pose le plus de difficultés. D'inspiration fiduciaire, il semble conférer l'exclusivité de gestion au mandataire. Cependant, dans la mesure où il n'est que mandataire et que le gratifié est investi de la propriété, celui-ci conserve le droit d'aliéner les biens qui forment l'objet du mandat et, ce faisant, de mettre fin à la mission du mandataire. Où l'on voit que le mandat à effet posthume est d'une efficacité relative.

Conclusion générale

728. Libéralité assortie de charges au profit d'un tiers bénéficiaire, double libéralité en usufruit et en nue-propriété, double libéralité conditionnelle, libéralité graduelle, libéralité résiduelle, libéralité précative, attribution gratuite du bénéfice d'une assurance sur la vie, libéralité exécutée grâce à l'intervention d'un exécuteur testamentaire, d'un mandataire à effet posthume, d'un administrateur des biens donnés ou légués à un mineur, telles sont les principales figures que l'on peut rassembler sous l'expression « libéralités à trois personnes ». Toutes ont ceci de commun de procéder du concours d'un intermédiaire de transmission, qui va être le trait d'union nécessaire entre le disposant et le gratifié.

Face à une telle profusion, si le profane peut paraître démuni quant au choix de l'institution la mieux appropriée pour accomplir sa volonté libérale, il peut en être tout autant du juriste. Au-delà de l'embarras que l'on peut éprouver à établir ce qui sépare chacune des ces variétés de libéralités à trois personnes, c'est le régime juridique applicable à chacune d'entre elles qui suscite également des difficultés.

Clarifier la matière des libéralités à trois personnes, tel fut donc l'objectif de notre étude.

729. Pour y parvenir, il importe en premier lieu de s'attacher à l'identification des éléments qui constituent le fond commun des libéralités à trois personnes. L'analyse structurale des libéralités à trois personnes met en exergue la manière dont s'agencent les relations entre les trois protagonistes mais aussi les techniques à l'œuvre pour réaliser le processus libéral. Sous cet angle, l'on peut observer que l'intermédiaire, placé entre le disposant et le bénéficiaire final, est le pivot de l'opération, celui dont le concours est essentiel pour que la volonté libérale du disposant puisse s'accomplir. Plus précisément, il est celui par lequel l'objet de la libéralité chemine du disposant au bénéficiaire. Il est à ce titre investi par le disposant de prérogatives sur l'objet de la libéralité, mais celles-ci sont limitées par une série de charges ou de devoirs dont la finalité est de le contraindre à transmettre cet objet au bénéficiaire final.

Là est la singularité de la situation de l'intermédiaire dans les libéralités à trois personnes : le disposant se dessaisit à son profit de la maîtrise des biens, mais il est possible que finalement rien ne reste entre ses mains, de telle sorte que l'opération ne lui aura procuré aucune utilité. Dans ces conditions, peut-on dire que l'intermédiaire est investi de la propriété des biens ; peut-on considérer qu'il est un gratifié du disposant ?

730. Aussi, afin de circonscrire le statut de l'intermédiaire, faut-il d'abord déterminer les prérogatives susceptibles de lui être conférées. Cette analyse fait apparaître que la nature des prérogatives peut prendre deux formes distinctes : l'intermédiaire peut être investi d'un droit subjectif ou d'un pouvoir. Alors que le droit subjectif se singularise par la liberté conférée à son titulaire, le pouvoir se caractérise par l'idée de restriction imposant son exercice dans la limite de sa finalité. Autrement dit, si l'exercice du droit subjectif est tourné vers l'intérêt de son titulaire, l'exercice du pouvoir est dirigé vers l'intérêt d'autrui. Telle est la dualité de prérogatives dont peut être investi l'intermédiaire : un droit subjectif, susceptible de lui procurer un avantage ; un pouvoir, qui n'est pas pour lui une source de profit. Et cette dualité de nature des prérogatives façonne nécessairement leur étendue. Ainsi, s'il peut être un détenteur précaire, ce peut être en vertu d'un droit subjectif, tel un droit d'usufruit, ou en vertu d'un pouvoir, telles les prérogatives de représentation que peuvent avoir l'exécuteur testamentaire, l'administrateur des biens donnés ou légués au mineur, ou encore le mandataire à effet posthume. Semblablement, s'il peut être investi de la propriété des biens qui forment l'objet de la libéralité, il peut être un propriétaire ordinaire, en ce sens qu'il a vocation à la *plena in re potestas*, mais il peut être aussi un propriétaire temporaire, dont les prérogatives sont finalisées. Par où l'on voit que la distinction entre le droit subjectif et le pouvoir se retrouve également dans l'analyse de la propriété : une propriété ordinaire, dite propriété-droit subjectif, qui permet à son titulaire de tirer profit de celle-ci ; une propriété finalisée, une propriété fiduciaire, dite propriété-pouvoir, qui n'est pas un élément de richesse pour son titulaire.

Cette analyse des prérogatives de l'intermédiaire nous permet ensuite de discerner, parmi les différentes situations de l'intermédiaire dans les libéralités à trois personnes, celles qui font de celui-ci un gratifié du disposant. En effet, la notion de libéralité suppose de constater l'existence d'un élément économique, à savoir un appauvrissement du disposant qui entraîne corrélativement une vocation pour le gratifié à s'enrichir. Mais cet élément économique n'est, à lui seul, pas suffisant pour qualifier l'acte de libéralité. Un élément intentionnel s'avère nécessaire. Cet élément est d'autant plus important que la qualité de gratifié suppose une « *vocation* ». Car, pour savoir si l'intermédiaire a vocation à s'enrichir, il faut rechercher quelle a été l'intention du disposant, quelle a été la cause de son appauvrissement, savoir s'il a eu une intention libérale. Naturellement, aucun doute n'existe lorsque la technique de la représentation est employée : l'intermédiaire n'acquérant aucun droit patrimonial, on ne saurait le considérer comme un gratifié. De même, on ne saurait discuter la qualité de gratifié de l'intermédiaire lorsqu'il est un acquéreur sous condition résolutoire sans contrepartie puisqu'il a vocation à conserver les biens de la libéralité. De même encore, l'intermédiaire investi de l'usufruit des biens est assurément un gratifié dès lors qu'il ne

verse aucune contrepartie et que son droit lui confère vocation à jouir des biens et à en percevoir les fruits. En revanche, la difficulté est sérieuse lorsque l'intermédiaire est investi de la propriété des biens, mais qu'il est obligé de la transmettre, sous certaines conditions, au bénéficiaire final. N'est-il pas, en ce cas, un gratifié pour la forme, c'est-à-dire un intermédiaire-fiduciaire ? La réponse passe par la recherche de l'intention du disposant : a-t-il voulu conférer à cet intermédiaire une vocation à s'enrichir ? Dans l'affirmative, il est un gratifié ; dans la négative, il ne l'est pas, il est alors un fiduciaire. Précisément, il s'agit de savoir si la charge que le disposant de transmettre qu'il impose à l'intermédiaire est la cause objective, ce pour quoi il s'est engagé à lui transférer la propriété des biens. Si tel est le cas, la charge change de caractère : d'accessoire à l'opération, elle devient le principal, de sorte que le disposant n'a eu finalement qu'un seul dessein, celui d'enrichir le bénéficiaire final. Autrement dit, si la charge de transmettre imposée à l'intermédiaire est la raison qui justifie le transfert patrimonial que consent le disposant, c'est que l'intermédiaire n'a aucune vocation à conserver les biens. Simple fiduciaire, il est investi d'une propriété finalisée, et n'a jamais vocation à en faire son profit.

Par où l'on peut observer une corrélation entre la nature des prérogatives de l'intermédiaire et leur titre d'acquisition. Lorsqu'il apparaît comme un gratifié, ses prérogatives relèvent des droits subjectifs : s'il doit tenir compte des intérêts du bénéficiaire final, il exerce également ses prérogatives dans son propre intérêt, de sorte qu'elles lui confèrent un avantage. Lorsqu'il n'est pas gratifié, ses prérogatives sont nécessairement des pouvoirs : il n'est pas riche de ses prérogatives, en ce sens qu'il les exerce dans l'intérêt du bénéficiaire final.

De là résulte, en second lieu, la dualité des libéralités à trois personnes : celles qui réalisent une double libéralité et celle qui n'en réalise qu'une seule.

731. La volonté du disposant d'une double libéralité est de réaliser deux libéralités à double détente, le second gratifié étant appelé, à la suite du premier, à jouir des biens dont il dépouille. De nombreux mécanismes permettent d'accomplir une telle opération. Il en va ainsi des doubles libéralités reposant sur la technique de la charge personnelle, à savoir la double libéralité procédant d'une stipulation pour autrui, la libéralité graduelle, la libéralité résiduelle, ainsi que la libéralité précative ; des doubles libéralités reposant sur la technique de la charge réelle, à savoir la double libéralité en usufruit et nue-propriété ; des doubles libéralités reposant sur la technique de la condition, à savoir la double libéralité conditionnelle. Ces différentes techniques de réalisation entraînent naturellement l'application de règles propres à chacune d'entre elles. Il reste que chacun de ces procédés est utilisé au service d'un objectif identique : le disposant donne ou lègue

un ou plusieurs biens à deux gratifiés censés en jouir successivement. Aussi bien existe-t-il un socle commun de règles applicables à l'ensemble de ces doubles libéralités, tant du point de vue de leurs conditions de formation que de leurs effets juridiques.

732. Lorsque la libéralité à trois personnes réalise une seule libéralité, l'intermédiaire est investi d'une mission, celle d'assurer la mise en œuvre de la volonté libérale du disposant. De là il suit que les prérogatives de l'intermédiaire sont, non pas des droits subjectifs, mais des pouvoirs, dont l'exercice est dirigé vers l'intérêt du bénéficiaire final, qui est en principe l'unique gratifié de l'opération.

Pour accomplir sa mission, l'intermédiaire peut être investi de la *propriété* des biens de la libéralité. En ce cas, l'opération est qualifiée de fiducie-libéralité, laquelle peut revêtir deux formes.

D'abord, la fiducie-libéralité peut être à caractère individuel, en ce sens que le disposant veut gratifier une ou plusieurs personnes déterminées. Le cas particulier de l'attribution gratuite du bénéfice d'une assurance placement permet de l'illustrer. Plus généralement, l'existence de la fiducie-libéralité à caractère individuel se réalise sous le couvert d'une libéralité avec charges de transmettre au profit d'un tiers bénéficiaire. Sans doute, la licéité de l'opération peut être discutée eu égard à la prohibition du contrat de fiducie procédant d'une intention libérale. Mais il nous semble que la « libéralité avec charges » qui réalise en réalité une fiducie-libérale est licite dès lors qu'elle n'a pas pour effet de constituer un patrimoine d'affectation, lequel est un des éléments essentiels du contrat de fiducie du Code civil. Il n'en demeure pas moins que le cadre juridique de la « libéralité avec charges » s'avère peu adapté à la fiducie-libéralité à caractère individuel. D'une part, il n'est pas toujours évident de savoir si le grevé de charges est un intermédiaire-gratifié ou un intermédiaire-fiduciaire. D'autre part, l'efficacité de l'opération est incertaine, dans la mesure où le bénéficiaire ne jouit d'aucun droit de suite à l'encontre de l'intermédiaire-fiduciaire.

Ensuite, la fiducie-libéralité peut être à caractère collectif, en ce sens que le disposant est mû par le désir de satisfaire l'intérêt général. L'intention libérale du disposant n'est donc pas dirigée vers un ou plusieurs individus déterminés, mais vers une collectivité, qui dépasse les intérêts individuels de chacun. Pour ce faire, le disposant transmet la propriété de ses biens à une personne morale à but non lucratif afin qu'elle affecte les biens reçus au service d'intérêt général qu'il a en vue. Aussi bien la personne morale agit comme un fiduciaire, car elle n'est investie de la propriété qu'aux fins d'accomplissement d'une mission. Il n'en demeure pas moins que cette fiducie-libéralité est originale. En effet, la personne morale reçoit des biens qu'elle doit utiliser à un service conforme à ses attributions statutaires. Une telle affectation lui permet ainsi de mieux

accomplir sa mission en lui procurant un moyen d'action supplémentaire. Pour le dire autrement, dès lors que la charge d'affectation correspond à l'objet statutaire de la personne morale, l'acquisition des biens lui procure un avantage, en ce sens qu'elle augmente « *sa puissance d'action* », de sorte qu'elle est gratifiée par le disposant. Mais il ne faut en déduire qu'il y a alors une double libéralité. Ce que le disposant a en vue, c'est l'intérêt général, et non les individus susceptibles de bénéficier de l'activité bienfaisante de la personne morale. Ce qui signifie, concrètement, que les règles des libéralités ne sont pas applicables aux tiers bénéficiaires, et ce qu'il s'agisse des règles particulières de capacité ou des règles relatives à la réduction des libéralités. Tel est donc la singularité de la fiducie-libéralité à caractère collectif : mêler les qualités de fiduciaire et de gratifié sur une même tête, celle de la personne morale.

Pour accomplir sa mission, l'intermédiaire peut n'être investi que de pouvoirs de *représentation*. En ces cas, les biens de la libéralité ne transite pas par son patrimoine ; simplement, l'exercice de tout ou partie des droits du gratifié lui est confié, pour une durée limitée. Le disposant peut naturellement s'appuyer sur les règles du droit commun du mandat. Toutefois, utilisées dans le cadre de libéralités à cause de mort, ces règles ne sont guère satisfaisantes. Car, au décès du disposant, la qualité de mandant étant transmise au gratifié, celui-ci acquiert l'ensemble des prérogatives y afférentes, notamment celle de révoquer le mandataire. Aussi bien sont-ce les cas spéciaux de représentation du droit des libéralités qu'il convient de privilégier. Trois sont susceptibles de réaliser une libéralité à trois personnes. Le premier a trait aux libéralités consenties au mineur. Afin d'inciter le disposant, la loi l'autorise à écarter les règles de l'administration légale et à désigner un tiers administrateur qui aura pour mission d'administrer les biens donnés ou légués à l'enfant jusqu'à sa majorité. Le deuxième cas est celui de l'exécution testamentaire. Largement rénovée par la loi du 23 juin 2006, l'institution permet au disposant de conférer à l'exécuteur testamentaire des pouvoirs élargis aux fins d'assurer la bonne exécution de ces legs. Enfin, le disposant peut prendre appui sur une nouvelle institution, issue de la loi du 23 juin 2006 : le mandat à effet posthume. Il s'agit pour le disposant de confier à un tiers, pour une durée limitée, la gestion des biens dont il dispose à cause de mort. L'inspiration fiduciaire de cette institution est patente, car les gratifiés sont dessaisis de la gestion des biens au profit exclusif du mandataire. Il n'en demeure pas moins que le mécanisme reste lacunaire. D'une part, on peine à concilier cette exclusivité de gestion avec le droit reconnu aux gratifiés d'aliéner les biens. D'autre part, l'efficacité du mandat doit être relativisée dès lors que l'aliénation des biens par les gratifiés met fin au mandat. Où l'on voit que, sous couvert d'aliénation, les gratifiés peuvent révoquer le mandataire que leur avait imposé le *de cuius*.

733. En dépit de la profonde rénovation du droit des libéralités opérée par la loi du 23 juin 2006, notamment quant aux instruments susceptibles réaliser une libéralité à trois personnes, plusieurs améliorations peuvent être suggérées.

D'une part, les règles du mandat à effet posthume pourraient être modifiées afin d'en assurer une meilleure efficacité. A cet égard, l'on pourrait utilement s'inspirer des règles du droit allemand et du droit suisse relatives à l'exécuteur testamentaire. Dans ces pays du droit continental, l'exécuteur testamentaire est un individu qui est chargé de gérer en son nom les biens de la succession pour le compte des héritiers. A cette fin, si l'exécuteur testamentaire a le pouvoir d'administrer et de disposer des biens successoraux si l'accomplissement de sa mission le commande, il faut relever que les héritiers ne peuvent en disposer durant la mission de l'exécuteur testamentaire. Aussi bien pourrait-on modifier les articles 812 et 812-4 du Code civil, afin de permettre au *de cuius* de conférer au mandataire le pouvoir de disposer des biens visés par le mandat et, en contrepoint, de retirer cette prérogative aux héritiers concernés par le mandat.

D'autre part, une réforme plus ambitieuse pourrait être entreprise. Il s'agit de la consécration légale de la fiducie-libéralité. Sans doute, si les modifications des règles du mandat à effet posthume que nous proposons devaient être adoptées, l'introduction de la fiducie-libéralité présenterait moins d'intérêts. Pour autant, toutes les utilités de la fiducie-libéralité ne seraient pas satisfaites. D'abord, la fiducie testamentaire permet de gratifier un individu qui n'est pas encore conçu au jour du décès du testateur, ce que ne peut assurer le mandat à effet posthume. Ensuite, la consécration légale de la fiducie-libéralité aurait le mérite de clarifier nombre de situations dans lesquelles l'intermédiaire de transmission est affublé du titre de gratifié, alors qu'il n'est, en réalité, qu'un fiduciaire. La catégorie des libéralités avec charges retrouverait ainsi tout son sens, ce qui éviterait de surcroît des interprétations passablement divinatoires de la part du juge. Enfin, une telle consécration aurait le mérite d'assurer un meilleur rayonnement de notre positif au-delà de nos frontières.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX : TRAITES, MANUELS COURS

I- Droit privé

Avant le XIX^e siècle

FURGOLE (J.-B.),

- *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, t. I, Paris, Jean de Nully, 1745
- *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, t. II, Paris, Jean de Nully, 1746
- *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, t. III, Paris, Jean de Nully, 1747
- *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, t. IV, Paris, Jean de Nully, 1748

RICARD (J.-M.), *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, M. Degoutte, 1783

XIX^e siècle

AUBRY (CH.) ET RAU (CH.),

- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, Sirey, 4^{ème} éd., 1869
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VII, Sirey, 4^{ème} éd., 1875

BOURJON (F.), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes, tirés des loix, des ordonnances, des arrêts, des jurisconsultes & des auteurs*, 1770, deux volumes

DELVINCOURT (C.-E.),

- *Cours de droit civil*, t. I, Fournier, 1819
- *Cours de droit civil*, t. II, Fournier, 1819

DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code civil*, t. IV, par E. Colmet de Santerre, Plon, 2^{ème} éd., 1884,

DEMOLOMBE (CH.),

- *Cours de Code Napoléon*, t. VI, Durand et Hachette, 2^{ème} éd., 1861
- *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Durand, 1852
- *Cours de Code Napoléon*, t. XIX, Durand et Hachette, 4^e éd., 1872
- *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, Durand et Hachette, 4^e éd., 1872
- *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, Durand et Hachette, 6^{ème} éd., 1885
- *Cours de Code Napoléon*, t. XX, Durand et Hachette, 4^e éd., 1873
- *Cours de Code Napoléon*, t. XXI, , Durand et Hachette, 4^e éd., 1872
- *Cours de Code Napoléon*, t. XXIII, Durand et Hachette, 4^e éd., 1872
- *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, 4^{ème} éd., Pédone-Lauriol, 1877
- *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, Durand et Hachette, 2^e éd., 1871

DURANTON (A.),

- *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. III, Alex Goblet éditeurs, 4^{ème} éd., 1844
- *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, Alex Goblet éditeurs, 2nde éd., 1828
- *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. VIII, Alex Goblet éditeurs, 1829
- *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IX, Alex Goblet éditeurs, 1834

GRENIER (J.), *Traité des donations, des testaments et de toutes les autres dispositions gratuites*, t. I, 1844

GUILLOUARD (L.), *Traité des contrats aléatoires et du mandat : livre III In titres XII et XIII du Code civil*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 2^{ème} éd., 1894,

HUC (TH.),

- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Cotillon Pichon, 1893
- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VI, Cotillon Pichon, 1894,
- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, Cotillon Pichon, 1894

LAROMBIERE (L.),

- *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Pédone Lauriel, 2^{ème} éd., 1885
- *Théorie et pratique des obligations*, t. II, Paris, Pédone Lauriel, 1885

LAURENT (F.),

- *Principes de droit civil français*, t. VI, Bruylant-Christophe et Marescq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, t. XI, Bruylant-Christophe et Marescq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, t. XII, Bruylant-Christophe et Marescq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, t. XIV, Bruylant-Christophe et Marescq, 3^e éd., 1878
- *Principes de droit civil français*, t. XVII, Bruylant-Christophe et Marescq, 3^e éd., 1878

MARCADE (V.), *Explication du Code civil*, t. III, Delamotte et fils, 1873

MARCADE (V.) ET PONT (P.),

- *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Delamotte et fils, 7^e éd., 1873
- *Explication théorique et pratique du Code Civil*, t. II, Delamotte et fils, 6^{ème} éd., 1868
- *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Delamotte et fils, 7^e éd., 1873

POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, Thomine et Fortic, 1821, réimpr. Dalloz, 2011, préface J.-L. Halpérin`

PROUDHON (J.-B.-V.), *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. V, Victor Lagier, 1824

THEVENOT D'ESSAULE DE SAVIGNY (CL.-F.), *Traité des substitutions fidéicommissaires*, Moutard, 1888,

TOULLIER (CH. B. M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, t. VI, Warée, 1821

TROPLONG (R.-TH.),

- *Droit civil expliqué, Des donations entre vifs et des testaments*, t. I, Plon, 3^e éd., 1872
- *Droit civil expliqué, Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, Plon, 3^e éd., 1872
- *Droit civil expliqué, Des donations entre vifs et des testaments*, t. III, Plon, 3^e éd., 1872
- *Droit civil expliqué, Des donations entre vifs et des testaments*, t. IV, Plon, 3^e éd., 1872

XX^e et XXI^e siècle

ATIAS (CH.),

- *Droit civil, Les biens*, Litec, 11^e éd., 2011
- *Droit civil, Les personnes. Les incapacités*, PUF, Coll. Droit Fondamental, 1985

AUBERT (J.-L.) ET SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd., 2010

AUBRY (CH.) ET RAU (CH.),

- *Cours de droit civil*, t. II, par E. Bartin, 6^{ème} éd., 1935
- *Droit civil français*, t. I, par A. PONSARD, 6^{ème} éd., 1936
- *Droit civil français*, t. II, par P. ESMEIN, 6^{ème} éd., 1935
- *Droit civil français*, t. II, par P. ESMEIN, 7^{ème} éd., 1961
- *Droit civil français*, t. IV, par E. BARTIN, 6^e éd.
- *Droit civil français*, t. VI, 7^e éd., 1975
- *Droit civil français*, t. X, par P. ESMEIN, 6^e éd., 1954
- *Droit civil français*, t. XI, par P. ESMEIN 6^e éd., 1956
- *Droit civil français*, t. XI, par P. ESMEIN, 6^{ème} éd., 1956

AYNES (L.) ET CROCQ (P.), *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 5^e éd, 2011

BAUDRY-LACANTINERIE (G.),

- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. II, Sirey, 3^e éd., 1907
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1906
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, Sirey, 1^{ère} éd., 1896
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, Sirey, 3^e éd., 1905
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1905
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, supplément par J. Bonnacase, t. III, Sirey, 1926
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, supplément par J. Bonnacase, t. I, Sirey, 1924

BENABENT (A.),

- *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^e éd., 2011
- *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) ET CIMAMONTI (S.), *Les biens*, LGDJ, Coll. Traités, 2^e éd., 2010

BEUDANT (CH.),

- *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, Rousseau, 2^e éd., 1936
- *Cours de droit civil français*, t. VI, *Les donations entre vifs et les testaments*, Rousseau, 2^e éd., 1934
- *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, 2^e éd., 1936
- *Cours de droit civil français*, t. IX, *Les contrats et les obligations*, Rousseau, 2^e éd., 1953

BIGOT (J.), BAILLOT (PH.), KULLMANN (J.) ET MAYAUX (L.), *Traité des assurances*, t. IV, *Les assurances de personnes*, LGDJ, Coll. Traités, 2007

BONFILS (P.) ET GOUTTENOIRE (A.), *Droit des mineurs*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2008

BRICHET (R.), *Associations et syndicats : régimes juridique, fiscal et social*, Litec, 6^e éd., 1992

BUFNOIR (CL.), *Propriété et contrat*, LGDJ, 1924, réimpr., 2005.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit*, Pédone, 3^e éd., 1912

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, t. I, PUF, Quadrige, 2004.
- *Droit civil, Les biens. Les obligations*, t. II, PUF, Quadrige, 2004
- CARON (CH.) ET LECUYER (H.)**, *Le droit des biens*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2002
- CASSIN (R.)**, *Droit civil approfondi et comparé : Des libéralités avec charge et fondations en droit français*, Cours de droit, 1938-1939
- COLIN (A.) ET CAPITANT (H.)**,
 - *Cours élémentaire de droit civil*, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, t. II, Dalloz, 7^e éd., 1932
 - *Cours élémentaire de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, t. II, Dalloz, 10^e éd., 1958
 - *Cours élémentaire de droit civil français*, par L. Julliot de la Morandière, t. III, Dalloz, 8^{ème} éd., 1936
 - *Cours élémentaire de droit civil français*, par L. Julliot de la Morandière, t. III, Dalloz, 10^{ème} éd., 1950
- COLLART-DUTILLEUL (F.) ET DELEBECQUE (PH.)**, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2011
- CORNU (G.)**,
 - *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Précis Domat, 13^e éd., 2007
 - *Droit civil, La famille*, Montchrestien, Précis Domat, 9^e éd., 2006
 - *Droit civil, Les personnes*, Montchrestien, Précis Domat, 13^e éd., 2007
- DEMOGUE (R.)**, *Traité des obligations en général*, t. II, *Source de l'obligation (suite)*, Rousseau, 1923
- DUPUICH (P.)**, *L'assurance-vie. Théorie et pratique. Jurisprudence*, Larose, 1922
- ESCARRA (J. ET E.) ET RAULT (J.)**, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, par J. Hémar, t. II, Sirey, 1955
- ESMEIN (P.)**, *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de doctorat, Paris, 1934
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *Droit des obligations, t. I. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis droit, 2^e éd., 2010
- FLOUR (J.) ET SOULEAU (H.)**, *Les libéralités*, A. Colin, 1982
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), ET SAVAUX (E.)**,
 - *Les obligations, t. I, L'acte juridique, L'acte juridique*, 14^e éd., 2010
 - *Les obligations, t. III, Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^e éd., 2011
- FLOUR (J.)**,
 - *Cours de droit civil*, Licence 4^{ème} année, Les Cours de droit, 1962-1963,
 - *Droit civil approfondi, Le passif successoral*, Cours de doctorat, Les cours de droit, 1956-1957
- FRANÇOIS (J.)**, *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations, Le régime général*, Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2^e éd., 2000
- GAUTIER (P.-Y.)**, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Coll. Dr. fondamental, 7^e éd., 2010
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) ET FABRE-MAGNAN (M.)**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994
- GHESTIN (J.), JAMIN (CH.) ET BILLIAU (M.)**, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001
- GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1989
- GRIMALDI (M.)**,
 - *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000
 - *Droit civil : Successions*, Litec, 6^e éd., 2001
- GROUDEL (H.), LEDUC (F.), PIERRE (PH.) ET ASSELAIN (M.)**, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, préf. G. Durry, Litec, 2008
- HUET (J.)**, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., 2001
- JOSSERAND (L.)**,
 - *Cours de droit civil français*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1938
 - *Cours de droit civil français*, t. III, Sirey, 3^e éd., 1940
- KULLMANN (J.)**, *Lamy Assurances 2012*, Wolters Kluwer France
- LAMBERT-FAIVRE (Y.) ET LEVENEUR (L.)**, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 13^e éd., 2011
- LARROUMET (CH.)**,
 - *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Ecomica, 5^e éd., 2006
 - *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{re} partie, Les conditions de formation*, Economica, 6^e éd., 2007
 - *Droit civil, Les obligations, le contrat, 2^e partie, Les effets*, Economica, 6^e éd., 2007
- MALAURIE (PH.)**,
 - *Droit civil : Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 5^e éd., 2010
 - *Droit civil : Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 4^e éd., 2010
- MALAURIE (PH.) ET AYNES (L.)**, *Droit civil : Les biens*, Defrénois, 4^e éd., 2010
- MALAURIE (PH.), AYNES (L.) ET GAUTIER (P.-Y.)**, *Droit civil : Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^e éd., 2011
- MALAURIE (PH.), AYNES (L.) ET STOFFEL-MUNCK (PH.)**, *Droit civil : Les obligations*, Defrénois, 5^e éd., 2011
- MALAURIE (PH.) ET MORVAN (P.)**, *Introduction générale*, Defrénois, 3^e éd., 2009
- MALINVAUD (PH.) ET FENOUILLET (D.)**, *Droit des obligations*, Litec, 11^e éd., 2010
- MALINVAUD (PH.)**, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13^e éd., 2011
- MARTY (G.) ET RAYNAUD (P.)**,
 - *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2^{ème} éd., 1972,
 - *Les biens*, par P. JOURDAIN, Sirey, 1995
 - *Les obligations, t. I, Les sources*, Dalloz, 2^e éd., 1988

- MARTY (G.), RAYNAUD (P.) ET JESTAZ (PH.),** *Les obligations*, t. II, *Le régime*, Dalloz, 2^e éd., 1989
- MATHIEU-IZORCHE (M.-L.),** *Les biens*, Sirey, 2^e éd., 2010
- MAZEAUD (H. L. ET J.),**
 - *Leçons de droit civil, Successions – Libéralités*, t. IV, vol. II, par A. BRETON, L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 5^e éd., 1999
 - *Leçons de droit civil, Les personnes – La personnalité – Les incapacités*, t. I, vol. II, par. F. CHABAS et F. LAROCHE-GISSEROT, t. I, vol. 2, Montchrestien, 8^e éd., 1997
 - *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. I, vol. I, par. F. Chabas, Montchrestien, 12^e éd., 2000
- MICHOUD (L.),**
 - *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, par L. TROTABAS, t. I, LGDJ, 2^{ème} éd., 1924 réimp. 1998
 - *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, par L. TROTABAS, t. II, LGDJ, 2^{ème} éd., 1924
- PERROT (R.) ET THERY (PH.),** *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2^e éd., 2005
- PICARD (M.) ET BESSON (A.),**
 - *Les assurances terrestres, t. I, Le contrat d'assurance*, LGDJ, 5^e éd., 1982
 - *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. IV, *Assurances de personnes, Vie, Accidents corporels, Maladie*, LGDJ, 1945
 - *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. I, *Introduction, Règles générales du contrat d'assurance*, LGDJ, 1938
- PLANIOL (M.),**
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Cotillon, 2^e éd., 1902
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 3^e éd., 1905
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, Cotillon, 2^{ème} éd., 1903
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, LGDJ, 3^{ème} éd., 1905
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, LGDJ, 6^{ème} éd., 1913
- PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.),**
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. III, par H. PICARD, LGDJ, 1^{re} éd., 1926
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. III, par H. PICARD, LGDJ, 2^e éd., 1952
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. V, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, LGDJ, 2^e éd., 1957
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. ESMEIN, LGDJ, 2^e éd., 1952
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, LGDJ, 2^e éd., 1954
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUR et A. BESSON, LGDJ, 2^e éd., 1954
- POMEY (M.),** *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1980
- RAYNAUD (P.),** *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Cours DEA, Les cours du droit, 1977-1978
- RIPERT (G.),** *Etude critique de la notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1931
- RIPERT (G.) ET ROBLLOT (R.),** *Traité de droit commercial, t. II, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, par Ph. Delebecque et M. Germain 17^{ème} éd., 2004
- RIPERT (G.) ET BOULANGER (J.),**
 - *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale, Les personnes*, LGDJ, 1956
 - *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, LGDJ, 1957
 - *Traité de droit civil*, t. III, *Sûretés réelles, Contrats civils*, LGDJ, 1958
 - *Traité de droit civil*, t. IV, *Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, LGDJ, 1959
- ROUAST (A.),** *La représentation dans les actes juridiques*, Cours de droit civil approfondi, Paris, Cours de droit, 1947-48
- SAVATIER (R.),** *Cours de droit civil*, t. III, LGDJ, 2^e éd., 1951
- SERIAUX (A.),**
 - *Contrats civils*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2001
 - *Manuel de droit des obligations*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2006
 - *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1^{re} éd., 2003
- SIMLER (PH.) ET DELEBECQUE (PH.),** *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012
- STRICKLER (Y.),** *Les biens*, PUF, Coll. Thémis, 2006
- TERRE (F.),** *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2009
- TERRE (F.) ET FENOUILLET (D.),**
 - *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2011
 - *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2005
- TERRE (F.) ET LEQUETTE (Y.),** *Droit civil, Les successions – Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1997
- TERRE (F.) ET SIMLER (PH.),** *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010
- TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.),** *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009
- TEYSSIE (B.),** *Droit civil : Les personnes*, LexisNexis, 13^e éd., 2011
- THERY (PH.),** *Sûretés et publicité foncière*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1998
- VOIRIN (P.) ET GOUBEAUX (G.),** *Droit civil : régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, t. II, LGDJ, Manuels, 26^e éd., 2010

ZENATI-CASTAING (F.) ET REVET (TH.),

- *Les biens*, PUF, Droit fondamental, 3^e éd., 2008

- *Cours de droit civil, Successions*, PUF, Droit fondamental, 2012

II- Droit public

BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^{ème} éd., 1933

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^{ème} éd., 1931

EISENMANN (CH.), *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ, 1983

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 11^{ème} éd., 1927

JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, 3^{ème} éd., 1926

WALINE (J.), *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 4^e éd., 1946

III- Histoire

ACCARIAS (C.), *Précis de droit romain*, Cotillon, 3^e éd., 1882

BONFANTE (P.), *Histoire du droit romain*, t. I, traduit par J. Carrère et F. Fournier, Sirey, 1928

GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Montchrestien, 2^e éd., 2000

GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., 1929, réimp. présentée par Ph. Lévy, Dalloz, 2003

LEVY (J.-PH.) ET CASTALDO (H.), *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010

MAYNZ (C.), *Cours de droit romain*, t. III, Bruybat-Christophe, 4^{ème} éd., 1877

MONIER (C.R.),

- *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 6^{ème} éd., Domat-Montchrestien, 1947

- *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, 5^{ème} éd., 1970

PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF coll. Droit fondamental, 1989

TIMBAL (P. C.), *Droit romain et ancien droit français : régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1975

IV- Droit comparé

CANTIN CUMYN (M.), *L'administration du bien d'autrui*, éd. Y. Blais, 2000.

DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, 1950

DAVID (R.) ET BLANC-JOUVAN (X.), *Le droit anglais*, 9^{ème} éd., PUF, 2001

DAVID (R.) ET JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2002

DUNAND (J.-PH.), *Le transfert fiduciaire : donner pour reprendre. Analyse historique et comparatiste de la fiducie gestion*, préf. B. Schmidlin, Faculté de droit de Genève, 2000

GUINAND (J.), GUILLOD (O.) ET FEUZ (N.), *JCl. Droit comparé*, V^o Suisse, fasc. 3

KORNICKER (H.W.) ET MARIT MANN (A.), *JCl. Droit comparé*, V^o Allemagne, fasc. 25, 2011

LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.) ET WITZ (C.), *Code civil allemand*, Juriscope et Dalloz, 2009

PAGE (H. DE), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, Bruylant, Bruxelles, 1944

PIOTET (P.), *Traité de droit privé suisse*, t. IV, Fribourg, 1975

REYMOND (C.), *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Montreux, 1948

SOKOLOWSKI (P.), *Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der Klassischen Jurisprudenz und in der modernen Gesetzgebung*, Halle, 1902

STEINAUER (P.-H.), *Le droit des successions*, éd. Stämpfli, 2006

WINDSCHEID, *Pandektenrech*, t. I, Francfort, 8^e éd., 1900

OUVRAGES SPECIAUX : THESES ET MONOGRAPHIES

I- Thèses

- ABERKANE (H.),** *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. FREJAVILLE, LGDJ, 1957
- ARNAUD (S.),** *L'usufruit des valeurs mobilières, variations sur les notions de propriété et d'associé*, thèse Nice, 2002
- ARRIGHI (J.-P.),** *Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse Nice, 1974
- ASTEGIANO-LA RIZZA (A.),** *L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, préf. L. MAYAUX, Defrénois, coll. Droit & Notariat, 2004
- AUDOUIN (J.-N. E.),** *Des dispositions en faveur de personnes incertaines : en droit romain et en droit français*, thèse Paris, Giard et Joue, 1890
- BANDRAC (M.),** *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, *Economica*, 1986
- BARBIER (F.),** *La nature juridique de l'usufruit*, thèse Lyon, 1987
- BARBIERI (J.-F.),** *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels. Contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, thèse Toulouse, 1977
- BARRERE (J.),** *L'exhérédation et le fondement du droit successoral français*, thèse Toulouse, 1949
- BARRIERE (F.),** *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. GRIMALDI, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2004
- BARTHEZ (A.-S.),** *La transmission universelle des obligations. Etude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2000
- BARTIN (E.),** *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs, notamment dans ses rapports avec la loi du 20 octobre 1886 sur l'enseignement primaire*, A. Rousseau, 1887
- BEGUIN (C.),** *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 2011
- BEHAR-TOUCHAIS (M.),** *Le décès du contractant*, préf. G. CHAMPENOIS, *Economica*, 1988
- BEL (J.),** *Les substitutions prohibées et la jurisprudence française*, thèse Grenoble, 1935
- BELANGER (L.),** *La condition de survie et l'acte juridique*, préf. PH. DELMAS SAINT-HILAIRE, avant-propos J.-P. LABORDE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé
- BENABENT (A.),** *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1973
- BERNARD (L.),** *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs, essai d'une théorie de la non-rétroactivité*, thèse Aix-Marseille, 1909
- BERTHOMIER (J.),** *Du régime juridique des offres de concours en matière de travaux d'intérêt public*, Les presses modernes, 1934
- BERTHOMIEU (L.),** *Du legs avec charge et de son application aux œuvres d'intérêt public*, thèse Montpellier, 1896
- BILLIAU (M.),** *La délégation de créance*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1989
- BINCTIN (N.),** *Le capital intellectuel*, préf. G. BONNET et M. GERMAIN, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, 2007
- BLANLUET (G.),** *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999
- BLOUD-REY (C.),** *Le terme dans le contrat*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2003
- BOFFA (R.),** *La destination de la chose*, préf. M.-L. IZORCHE, Defrénois, Doctorat & Notariat, 2008
- BOITARD (M.),** *Les contrats de services gratuits*, ss. direct. P ESMEIN, Sirey, 1941
- BONNET (D.),** *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, LGDJ, 2005
- BONNIN (A.),** *Etude critique de la notion de saisine*, thèse Paris, 1899
- BOUTEILLE (M.),** *Les propriétés conditionnelles*, préf. F. PEROCHON, PUAM, 2008
- BOUVIER (E.-H.),** *La jurisprudence et la prohibition des substitutions*, thèse Lyon, 1909
- BOUYSSOU (M.),** *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Sirey, 1945
- BOUZAT (P.),** *De la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises et des droits des légataires dans les legs conditionnels alternatifs*, thèse Rennes, 1931
- BRENNER (CL.),** *L'acte conservatoire*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1999
- BRUANT (R.),** *De la condition des biens grevés de substitution permise*, thèse Paris, 1938
- BUFNOIR (C.),** *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris, Cotillon, 1866
- BUREAU (P.),** *La jurisprudence française en matière de substitutions*, thèse Lille, 1906
- CAILLEMER (R.),** *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, thèse Lyon, 1901
- CAPITANT (H.),** *De la cause des obligations*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927
- CARBONNIER (J.),** *Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de sociétés et d'association*, thèse Bordeaux, 1932
- CAZELLES (P.),** *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Paris, 1905
- CHAMPEAU (E.),** *La stipulation pour autrui en droit français*, Larose, 1893
- CHAMPEAUX (J.),** *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1931
- CHAUFFARDET,** *Le problème de la perpétuité de la propriété. Etude de sociologie juridique et de droit positif*, thèse Aix, 1933

- CHENEDE (F.),** *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, *Economica*, Coll. Recherches juridiques, 2008
- CHEVALIER (J.),** *De la nature juridique des offres de concours à un marché public*, thèse Rennes, 1924
- CHUNG-WU (C.),** *Apparence et représentation en droit positif français*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2000
- COQUELET (M.-L.),** *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994
- COQUET (E.),** *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèse Poitiers, 1908
- CROCQ (P.),** *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 1995
- CUIF (P.-F.),** *Le contrat de gestion*, préf. L. AYNES, *Economica*, Coll. Recherches juridiques, 2004
- DAGOT (M.),** *La simulation en droit privé*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 1967
- DANOS (F.),** *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. AYNES, *Economica*, Coll. Recherches juridiques, 2007
- DAVID (R.),** *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, Sirey, 1928
- DEBOISSY (FL.),** *La simulation en droit fiscal*, préf. M. COZIAN, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 1997
- DEJUST (F.),** *Des fondations de messe*, thèse Paris, 1908
- DEMARTIAL (L.),** *Etude critique sur l'interposition de personne*, thèse Paris, 1912
- DENIZOT (A.),** *L'universalité de fait*, préf. R. LIBCHABER, LGDJ, Coll. des thèses, 2008
- DEPREZ (J.),** *La rétroactivité dans les actes juridiques*, thèse Rennes,
- DERRUPE (J.),** *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, 1951
- DIDIER (PH.),** *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 2000
- DISSAUX (N.),** *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. C. JAMIN, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 2007
- GARY (R.),** *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, préf. J. BONNECASE, Sirey, 1932
- DUBARLE (R.),** *De la faculté d'élire dans les testaments français*, thèse Paris, 1908
- DUBOIS-DE LUZY (A.),** *L'interposition de personne*, préf. B. ANCEL, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 2010
- DUMONT (M.-P.),** *L'opération de commission*, préf. J.-M. Mousseron, Litec, *Bibl. dr. entr.*, 2000
- DUPEYROUX (J.-J.),** *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, LGDJ, 1955
- DUPICHOT (PH.),** *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. GRIMALDI, *Panthéon-Assas*, 2005
- DUPUY (R.),** *Des substitutions permises*, thèse Toulouse, 1907
- EUZET (G.),** *Nature juridique de la fondation de messes : étude pour servir à l'interprétation de la loi du 9 décembre 1905*, thèse Aix, 1906
- EYGOUT (H.),** *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922.
- FAMILY (R.),** *L'acte de fiducie, étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Paris II, 2000
- FAYARD (M.-C.),** *Les impenses*, préf. R. NERSON, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 1969
- FILDERMAN (F.),** *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, 1935
- FLATTET (G.),** *Les contrats pour le compte d'autrui, Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Sirey, 1950
- FLAVIAN,** *Des contre-lettres*, thèse Paris, 1929
- FONTAINE (J.),** *Du mode de transmission des biens dans les substitutions*, thèse Lille, 1935
- FOUCAULT (E.),** *De la vente avec élection de command*, thèse Paris, 1893
- FRANÇOIS (J.),** *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui, délégation de créance)*, thèse Paris II, 1994
- FROMION-HEBRARD (B.),** *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse Paris II, 1998
- GALLET (A.),** *Etude sur la fiction de la rétroactivité dans le droit français*, thèse Poitiers, 1903
- GARNIER (R.),** *Des libéralités par personne interposée*, thèse Dijon, 1901
- GARNOT (M.-J.),** *Les animaux bénéficiaires de libéralités*, thèse Rennes, 1934
- GAUDEMET (S.),** *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, *Economica*, Coll. Recherches juridiques, 2006
- GAZIN (H.),** *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Paris, 1910
- GENICON (TH.),** *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 2007
- GENY (F.),** *Etude sur la fiducie : droit romain, droit français*, Impr. Lorraine, 1885
- GINOSSAR (S.),** *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960
- GIRARD (R.),** *Les actes de disposition relatifs aux situations juridiques futures en droit français et en droit allemand. Les droits éventuels*, thèse Lyon, 1939
- GOBERT (M.),** *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, 1957,
- GODECHOT (S.),** *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, *Panthéon-Assas*, 2004,
- GORE (M.),** *L'administration des successions en droit international privé français*, préf. Y. LEQUETTE, *Economica*, Coll. Etudes et Recherches, 1994
- GOYET (CH.),** *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, préf. D. SCHMIDT, LGDJ, *Bibl. Droit privé*, 1983
- GRIMALDI (M.),** *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse Paris II, 1977
- GROS (R.),** *Des souscriptions ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement*, thèse Dijon, 1909
- GUEDJ (V.),** *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse Paris II, 1999

- GUINCHARD (S.),** *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1976
- HAMEL (J.),** *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, thèse Paris, 1920
- HAUSER (J.),** *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1971
- HENRY (V.),** *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse Nancy, 1913
- HERON (J.),** *Le morcellement des successions internationales*, préf. P. MAYER, *Economica*, Coll. Etudes et Recherches, 1986
- HOUIN (R.),** *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse Paris, 1937
- HUMBERT (H.),** *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, Domat-Montchrestien, 1940
- IONESCU (O.),** *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, préf. G. RIPERT, Bruylant, 2^{ème} éd., 1978
- JACQUELIN (R.),** *De la fiducie*, thèse Paris, 1891
- JAOUEN (R.),** *La jurisprudence du legs de la chose d'autrui*, thèse Rennes, 1934
- JESTAZ (PH.),** *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1968
- JEULAND (E.),** *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. CADIET, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1999
- JUGLART (M. DE),** *Obligations réelles et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937
- KUHN (C.),** *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité*, thèse Paris I, 2003
- KUHN,** *L'exhérédation en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1943
- LETELLIER (F.),** *L'exécution testamentaire*, avant-propos M. Grimaldi, préf. B. Beignier, Defrénois, coll. Thèses & Notariat, 2004
- L'HOTE (D.),** *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne, de l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse Nancy, 2002
- LACHIEZE (CH.),** *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, préf. J. HAUSER, La Mouette, 2001
- LACOUTURE (P.),** *Nature du droit du grevé et du droit de l'appelé dans les substitutions permises*, thèse Paris, 1869
- LAMBERT (E.),** *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, thèse Paris, 1895
- LAMBERT (E.),** *La stipulation pour autrui. De la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, A. Giard et E. Brière, 1893
- LARROUMET (CH.),** *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968
- LATINA (M.),** *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Bibl. Droit privé, 2009
- LAURIOL (M.),** *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1954
- LEAUTE (J.),** *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, thèse Paris, 1945
- LE BARON (P.),** *De l'acte d'administration en droit civil français*, thèse Paris, 1916
- LEDUC (F.),** *L'acte d'administration : nature et fonction*, Ester, 1992
- LE ROY (H.),** *L'assurance et le droit pécuniaire de la famille*, préf. D. MARTIN, av-propos P. ESTEVA, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1985
- LEGEAIS (D.),** *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. PH. REMY, av.-propos J. STOUFFLET, *Economica*, Coll. Etudes et Recherches, 1986
- LEGROS (C.),** *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Rouen, 1999
- LEGROS (P.),** *Du legs de la chose d'autrui*, thèse Rennes, 1933
- LELOUTRE (A.),** *De la non-rétroactivité de la condition accomplie dans l'acte et le fait juridique*, thèse Caen, 1904
- LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.),** *Du prête-nom mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, Paris, Arthur Rousseau, 1898
- LESCA (CH.),** *La transmission héréditaire des actions en justice*, préf. M. GRIMALDI, PUF, Coll. Les grandes thèses du droit français, 1992
- LEVENEUR (L.),** *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1990
- LUCAS (F.-X.),** *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie des valeurs mobilières*, préf. L. LORVELLEC, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1997
- LUCET (F.),** *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse Paris II, 1987
- MARGUENAUD (J.-P.),** *L'animal en droit privé*, préf. CL. LOMBOIS, PUF, 1992
- MARLY (P.-G.),** *Fongibilité et volonté individuelle, Etude sur la qualification juridique des biens*, préf. PH. DELEBECQUE, LGDJ, Bibl. Institut A. Tunc, t. IV, 2004
- MARMOZ (F.),** *La délégation de pouvoir*, préf. Y. REINHARD, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2000
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.),** *L'acte juridique unilatéral*, thèse Toulouse, 1951
- MAURY (J.),** *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920
- MAURY (J.),** *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve, 1920
- MEAU-LAUTOUR (H.),** *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1985
- MEMIN (TH.),** *Essai d'une théorie sur les substitutions fidéicommissaires : de la nécessité de supprimer l'article 896 du Code civil*, Paris, 1891
- MICHON (L.),** *Des obligations propter rem dans le Code civil*, thèse Nancy, 1891

MILHAC (O.), *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Bibl. Droit privé, 2001

MINEI (B.), *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse Paris, 1912

MOUSTIER (Y. DE), *Des dispositions au profit des personnes indéterminées et futures dans le droit français*, thèse Rennes, 1925

NAJJAR (I.), *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. Raynaud, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1967

NALTET (J.), *Du legs de la chose d'autrui*, thèse Paris, 1922

NAUDIN (E.), *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, préf. A. TISSERAND-MARTIN, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2006

NAUT (P.), *Effets des actes juridiques simulés*, thèse Paris, 1951

NERET (J.), *Le sous-contrat*, préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1979

NERSON (R.), *Les droits extra-patrimoniaux*, thèse Lyon, 1939

NICOD (M.), *Le formalisme en droit des libéralités*, Imprimerie La Mouette, 2001

NICOLANEO (H.), *De la représentation indirecte*, thèse Paris, 1912

NICOLAS (V.), *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. HERON, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1996

NIVARD (A.), *Du contrat de gage en droit romain*, Cotillon, 1867

NIZARD (F.), *Les titres négociables*, préf. H. SYNDET, av.-propos J.-P. DUMAS, Economica, Coll. Pratique du droit, 2003

NOUEL (R.), *De l'aliénation fiduciaire*, thèse Paris, 1890

OBERTHÜR (J.-P.), *L'irrévocabilité du mandat*, thèse Paris, 1961

ODINOT (M.), *De la représentation imparfaite en droit français*, thèse Paris, 1909

OVERSTAKE (M.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969

PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, préf. L. AYNES, LGDJ, Bibl. Inst. André-Tunc, 2008

PELISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, préf. M. CABRILLAC, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001

PEROCHON (F.), *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, préf. F. DERRIDA, av.-propos J.-M. MOUSSERON, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 1988

PERROT (R.), *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. LE BALLE, Sirey, 1953

PETERKA (N.), *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. Droit privé, 2001

PETITJEAN (H.), *Fondements et mécanismes de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, préf. H. BATIFFOL, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1959

PETITJEAN (M.), *Essai sur l'histoire des substitutions : du IX^e au XV^e siècle dans la pratique et la doctrine spécialement en France méridionale*, préf. J. Bart, Centre de recherches historiques de l'université de Dijon, 1975

PICHARD (M.), *Le droit à. Etude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, Coll. Recherches juridiques, 2006

PILON (E.), *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897

PIOLENC (H. DE), *Etude critique sur la prohibition des substitutions*, thèse Paris, 1903

PLASTARA (G.), *La notion juridique de patrimoine*, thèse Paris, 1903

PONSARD (A.), *Les donations indirectes en droit civil français*, Sirey, 1946

PONS-BRUNETTI (C.), *L'obligation de conservation dans les conventions*, préf. PH. MALINVAUD, PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2003

POURQUIER (C.), *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, préf. CH. ATIAS, PUAM, Coll. Laboratoire de théorie juridique, 2000

PUTMAN (E.), *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987

QUEINNEC (A.), *De la nature et quelques effets des souscriptions organisées par les individus et les personnes morales*, thèse Caen, 1904

RABREAU (A.), *L'usufruit des droits sociaux*, thèse Poitiers, 2001

RADULESCO (L.-E.), *La notion et les éléments de la possession en législation*, thèse Paris, 1923

Ranouil (V.), *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. PH. MALAURIE, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1985

RAVENNE (S.), *Les propriétés imparfaites. Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse Paris-Dauphine, 2007

RAY (J.), *La notion de donation en droit civil français*, thèse Paris, 1912

REIGNE (PH.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993

RENAUDIE (I.), *La dissociation des prérogatives financières et le gouvernement dans les sociétés*, thèse Paris, 1988

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. PERROT, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1961

RIGAUD (L.), *Le droit réel*, thèse Toulouse, 1912

RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant et LGDJ, Coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université de Louvain, t. XX, 1990

RIPERT (G.), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Aix, 1902

ROCHE (H.), *Théories modernes de la jurisprudence sur les substitutions prohibées*, thèse, Paris, 1905

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1999

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965

ROUSSEAU (J.), *Essai sur la notion juridique de simulation*, Dalloz, 1937

SABATHIE (E.), *La chose en droit civil*, thèse Paris II, 2004

SAINT-ALARY (R.), *La détention, notion et portée en droit français*, thèse Montpellier, 1941

SCAPEL (J.), *La notion d'obligation réelle*, préf. P. JOURDAIN, PUAM, 2002

SCHALL (B.), *La notion de condition dans le contrat*, thèse Strasbourg III, 1999

SIMONNET (H.), *L'assurance sur la vie au profit de tiers d'après la jurisprudence civile et la loi du 13 juillet 1930*, thèse Nancy, 1932

SIU (P.), *Des charges secrètes dans les dispositions de dernière volonté*, thèse Paris, 1909

SORTAIS (J.-P.), *Le titre et l'émolument*, préf. R. LE BALLE, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1961

SOULEAU (H.), *L'acte de fondation*, thèse Paris, 1969

SOUM (H.), *La transmission de la succession testamentaire*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1957

STOFFEL-MUNCK (PH.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, Bibl. Droit privé, 2000

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1982

TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille, 1977

THOMAS (CL.), *Essai sur les obligations naturelles en droit privé français*, thèse Montpellier, 1932

TITULESCO (N.), *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907

TRASBOT (A.), *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1921

TRUCHY (H.), *Des fondations*, thèse Paris, 1888

TUILLERIE (G.), *De la faculté d'élire en matière de legs*, thèse Paris, 1907

TULOUP (R.), *Le double legs conditionnel alternatif et la substitution prohibée*, thèse Paris, 1910

VALLOIR (J.), *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit : étude de technique juridique*, thèse Rennes, 1919

VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999

VAREILLE (B.), *Volonté, rapport et réduction*, préf. P. Spitéri, PUF, 1988

VAUGEOIS (A.), *De la distinction des biens en droit romain et en droit français*, thèse Caen, 1860

VEILLIET (J.), *Les droits de l'usufruitier sur les actions des sociétés*, thèse Paris, 1951

VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1955

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe « frans omnia corrumpit »*, préf. G. Marty, Dalloz, 1957

VIVES (H.), *De la faculté d'élire dans l'Ancien droit et sous le Code civil*, thèse Paris, 1908

WEILL (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, préf. M. NAST, Dalloz, 1939

WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONNAT, LGDJ, Bibl. Droit privé, 1997

WITZ (CL.), *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981

ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété*, thèse Lyon III, 1981

ZISU (D.), *Des fidéicommiss et des substitutions*, thèse Paris, 1893

II- Monographies

AMIAUD (P.), *Des comptes de réserve dans les sociétés par actions*, Sirey, 2^{ème} éd., 1920

ARON (R.), *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, 1967

ASSIER-ANDRIEU (L.), *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996

BATIFFOL (H.), *Philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1993

BEIGNIER (B.), *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1992

BERAUDEO (J.-P.) ET TIRARD (J.-M.), *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, préf. P. MATTHEWS et D. WATERS, éd. Académie & Finance, 2007

BERGEL (J.-L.), *La propriété*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994

BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, Coll. Thémis, 2001

BLONDY (E.) ET MORIN (G. ET M.), *La réforme de l'administration légale et de la tutelle et de l'émancipation*, préf. J. CARBONNIER, Defrénois, 3^e éd., 1972

BOURDIEU (P.), *Le sens pratique*, Ed. de Minuit, 1980

CANTIN-CUMYN (M.), *L'administration du bien d'autrui*, Montréal, Y. Blais, 2000

CARBONNIER (J.), **CATALA (P.)**, **SAINT AFFRIQUE (J. DE)**, **MORIN (G.)**, *Des libéralités. Une offre de loi*, préf. J. CARBONNIER, Defrénois, 2003

CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001

CATALA (P.), *La réforme des liquidations successorales*, préf. J. CARBONNIER, Defrénois, 3^{ème} éd., 1971

COMMAILLE (J.), *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994

COIN-DELISLE (J.-B.-C.), *Commentaire analytique du Code civil*, 4 parties en 1 volume, Le normant, 1841-1846

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, réimpr. Dalloz, 2008, préf. CH. ATIAS

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, 1911 rééd. Ed. La Mémoire du droit, 2001

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Œuvres complètes par J. REMY, Firmin Didot, 1828

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, réimpr. Dalloz, 2004, présentation D. MAZEAUD

GEOUFFRE DE LAPRADELLE (A.), *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, V. Giard et E. Brière, 1895

GENY (F.),
 - *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 tomes, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1919
 - *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 tomes, Sirey, publiés de 1914 à 1927

IHERING (R. VON), *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 3^{ème} éd., t. 4, 1886

JHERING (R. VON), *Zweck im Recht, L'Evolution du Droit*, Meulenaere

JOSSERAND (L.),
 - *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, réimpr. Dalloz, 2006, préf. D. DEROUSSIN
 - *Les mobiles dans les actes juridiques*, Dalloz, 1928, réimpr. Dalloz, 2006, préf. D. DEROUSSIN

KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard

LE PLAY (F.), *La Réforme sociale en France*, Plon, 1864

LEGAL (A.) ET BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938

LEPAULLE (P.), *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932

LOYSEL (A.), *Institutes coutumières*, Videcoq et Durand, 1846

MASSIP (J.), *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009

MAYAUX (L.), *Les grandes questions du droit des assurances*, préf. J. BIGOT, LGDJ, 2011

MONTESQUIEU (CH.-L. DE), *Esprit des Lois*, Classiques Garnier, 2011

MORIN (G.), *La loi du 3 juillet 1971 sur les rapports à succession, la réduction des libéralités et les partages d'ascendants*, Defrénois, 5^e éd., 1984.

PETEL (PH.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, Connaissance du droit, 1994

PONSARD (A.), *Liquidations successorales. Rapport - Réduction - Partage d'ascendant. Commentaire de la loi du 3 juillet 1971*, Sirey, 1977

RAVIER DU MAGNY (P.), *Le contrat de fondation*, Larose, 1894

RIGAUX (F.), *Introduction à la science du droit*, Bruxelles et Paris, Editions Vie ouvrière, 1974

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949

ROGUIN (E.), *La règle de droit : analyse générale, spécialités, souveraineté des états, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines*, Lausanne, F. Rouge, 1889

ROLLAND DE VILLARGUES (J.-J.-F.), *Des substitutions prohibées par le Code civil*, Hayet, 2^e éd., 1821

ROUBIER (P.),
 - *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, réimpr. Dalloz, 2005, préf. D. DEROUSSIN
 - *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, réimpr. Dalloz, 2005, préf. D. DEROUSSIN

SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique, Histoire et théories, Vingt cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Rousseau, 1922, 2^{ème} éd, préf. H. CAPITANT

SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, 3^{ème} série, Approfondissement d'un droit renouvelé, Dalloz, 1959

SEGHERS (V.), *La nouvelle philanthropie*, éd. Autrement, 2009

TRUCHY (H.), *Des fondations*, Jouve, 1888

VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2002

I- Congrès

- Les personnes vulnérables*, 102^{ème} Congrès des notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006, Lexis-nexis, 2006
Le patrimoine au XXI^e siècle, 96^{ème} Congrès des notaires de France, Lille, 28-31 mai 2000
Demain la famille, 95^{ème} Congrès des notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999
Le droit & L'enfant, 91^{ème} congrès des notaires de France, Tours, 21-24 mai 1995

II- Rapports

- BIGOT-PREAMENEU**, *Exposé des motifs du titre des donations*, Loqué, t. XI, p. 360
FRISON-ROCHE (M.-A.), *Sociologie du patrimoine, la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine (dans la perspective de la fiducie)*, Rapport général de la recherche remis à la Chancellerie, 1995
HEMARD (J.), *Exposé des motifs de la loi du 13 juillet 1930*, JO 14 août 1925, p. 64.
HUYGHE (S.), *Rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale*, 1^{ère}, lecture, n°2850, 2006
La vérité, *Rapport de la Cour de cassation 2004*, *La vérité*, La Documentation française, 2005.
MARINI (PH.),
- *Exposé des motifs à la proposition de loi n°178 du 8 févr. 2005 instituant la fiducie*
- *Rapport n°442 fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation*
POMEY (M.), *Note et Etude documentaire*, La Documentation française, n°3334, novembre 1966
Rendre plus attractif le droit des fondations, *Rapport du Conseil d'Etat pour l'année 1996*, La Documentation française, 1997
RICHEMONT (H. DE), *Rapport de la Commission des lois du Sénat*, 1^{re} lecture, n°343, 2006, t. 1
ROUX (X. DE), *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale*, 1^{ère} lecture, n°3655
SALEILLES (R.), *Annexe au Rapport préliminaire sur les Fondations et Procès-verbal de la séance du 27 mars 1908*, Bull. Soc. d'Etudes lég., 1909, p. 78.

III – Encyclopédies, Dictionnaires, Répertoires et Lexiques

- Adages du droit français*, par H. ROLAND et BOYER, Litec, 1999
Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, ss. direct. A.-J. ARNAUD, 2^e éd., 1993
Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratiques, par Cl.-J. Ferrière, 1759, deux tomes
Dictionnaire de la culture juridique, ss. direct. D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF Coll. Quadrige, 2003
Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle, ss. direct. P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN, P.U.F., Coll. Quadrige, 2007
Dictionnaire de droit administratif, Armand Colin, 5^e éd., 2008
Le Grand Robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2^{ème} éd., par A. REY
Petit lexique des mots essentiels, ss. direct. O. VALLET, Espaces Libres, Albin Michel, 2007
Répertoire universel de jurisprudence, par MERLIN, dix-huit volumes
Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes mis en ordre par P.-J.-G., GUYOT, dix-sept volumes
Vocabulaire juridique, ss. direct. G. CORNU, PUF, Quadrige, 2007

ARTICLES, CHRONIQUES, PREFACES, SYNTHÈSES

- ALT-MAES (F.),** « Une évolution vers l'abstraction, de nouvelles applications de la détention », *RTD civ.* 1987. 21
- ANCEL (B.),** « Art. 911 », in *JC. Civil Code*
- ANCEL (B.) ET HARMAND-LUQUE (A.),** « Art. 900-2 à 900-8 », in *JCl. Civil Code*
- ANCEL (P.),** « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », in *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse*, Actes du séminaire de Genève, mai 1998, Centre de recherche critique sur le droit, Saint-Etienne, Centre d'Etudes juridiques européens, Genève, Etudes réunies par P. Ancel, G. Aubert et C. Chappuis, publ. de l'Université de Saint-Etienne, coll. Droit, 2001, p. 18.
- ARON,** « Etude sur les lois successorales de la Révolution », *Nouv. Rev. hist. du Droit*, 1901. 586
- AUBERT (J.-L.),** « L'aléa et l'assurance sur la vie », in *Mélanges H. Groutel*, Litec, 2006, p. 13
- Auckenthaller (F.), « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant », *D.* 1998. chron. 53
- AULAGNIER (J.),**
- « L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ? », *Dr. et patrimoine* 1996, n°44, p. 44
 - « Peut-on échapper à une réforme de l'assurance-vie ? », *JCP éd. N* 1996. 1744
- AULAGNON,** « La pérennité du droit de propriété », *Rev. crit. lég. et jur.* 1934, p. 277
- AYNES (A.),** « L'administration de la succession par autrui », *JCP éd. N* 2008. 1246
- AYNES (L.) ET CROCQ (P.),** « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009. 2559
- AYNES (L.),** « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007. 961
- BALLEYDIER (L.) ET CAPITANT (H.),** « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence, in *Livre du centenaire du Code civil*, Dalloz, 1904, réimpr. présentation J.-L. HALPERIN, p. 517
- BARBIER (L.),** « La protection des appelés à restitution en matière de libéralités à charge de rendre », *Gaz. Pal.* 1969. 2. doct. 8.
- BARRIERE (F.),**
- « Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly Sociétés* 2007. 440
 - « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP éd. E* 2007. 2053
- BATIFFOL (H.),**
- *The Trust problem as seen by a French Lawyer*, (1951) 33 *JCL* 18, p. 25.
 - « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Arch. Phil. Dr.* t. 24, 1979, p. 9
- BEIGNIER (B.),** « La loi du 3 décembre 2001 : dispositions politiques : Le droit des successions, entre Droits de l'Homme et droit civil », *Dr. fam.* 2001. étude 4
- « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002 », *Dr. et patrimoine* mai 2003. 83
- BELMONT (M.) ET LASCOMBES (H.),** « Stipuler n'est pas donner », *Dr. et patrimoine* avr. 2006, p. 24
- BENABENT (A.),**
- « La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire) », *JCP N* 1993, p. 275
 - « L'hybridation dans les contrats », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27
- BERNARD DE SAINT AFFRIQUE (J.),** « Fondations et libéralités : problèmes actuels », *Defrénois* 1997. 1105
- BERTOUD (F.),** « La sanction de l'utilisation abusive du contrat d'assurance vie. L'article L. 132-13 du Code des assurances », *Rev. dr. banc. et fin.* 2001, n°4, p. 256
- BERTRAN DE BALANDA (J.) ET SORENSEN (A.),** « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés », *RLDA* 2007/17, p. 35.
- BESNARD-GOUDET (R.),** in *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 1795
- BESSE (CH.),** « Le patrimoine des mineurs est-il à la merci du "bon père de famille" ? », *Dr. et patrimoine* juill.-août 2007, p. 38
- BICHERON (F.),** « L'utilisation du mandat en droit de la famille », in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, sous la dir. N. Dissaux, Economica, 2011, p. 97
- BOITTE (O.),** « La notion de primes manifestement exagérées », *Trib. assur.* 2002, n°57
- BONDUELLE (P.),** « L'état de l'entreprise donnée », *JCP éd. N* 1992. I. 25
- BONNET (E.),** « L'assurance-vie, un succès qui inquiète ? », *Dr. et patrimoine* sept. 1996, p. 16
- BONNET (V.),** « La durée de la propriété », *RRJ* 2002-1, p. 273
- BOSGIRAUD (B.), NOËL (L.) ET POIRAUD (B.),** « Donner un portefeuille de valeurs mobilières », *Gaz. Pal.* 2000. doct. 374
- BOUBLI (B.),** « La fonction libératoire du déguerpissement », *JCP* 1973. I. 2518
- BOULANGER (D.),** « L'efficacité totale des clauses d'exclusion et de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP éd. N* 1994. 363
- BOULANGER (F.),** « La loi du 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités », *JCP* 1985. I. 3177
- BOUTEILLE (M.),** « Regard civiliste sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2008. 1848

BOUTELLER (P.), « La loi du 19 février 2007 instituant la fiducie. Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 », *JCP* éd. E. 2007. 1404

BREDIN (J.-D.), « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *RTD civ.* 1956. 261

BRENNER (C.),
- « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Deffrénois* 2005. 93
- « La gestion de la succession », *D.* 2006. 2559
- « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *Actes du colloque du 19 décembre 2006, La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, sous la dir. A. LEBORGNE, PUAM, 2008
- « Art. 912 à 930-5 », in *JCl Civil Code*, fasc. 10
- « Art. 912 à 930-5 », in *JCl Civil Code*, fasc. 30
- « Art. 912 à 930-5 », in *JCl. Civil Code*, fasc. 20
- V° Acte, *Rép. civ. Dalloz*

BRETON (A.), « Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français », *RTD civ.* 1928. 261

BUFFELAN-LANORE (Y.), « L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation », *RTD civ.* 1966. 456

BUFFETEAU (P.),
- « Réflexions sur le legs *de residuo* », *Deffrénois* 1993, art. 35626, p. 1153
- « Réflexions sur l'article L. 132-13 du Code des assurances », *JCP éd. N* 1997. 1417

BUSSANI (M.), « Rapport général » relatif aux « nouvelles fonctions de la propriété », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, t. LIII, Journées vietnamiennes, p. 305.

CANTIN-CUMYN (M.), « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 79

CAPITANT (H.),
- « La loi du 6 avril 1910 complétant l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père », *RTD civ.* 1910. 270
- « Essai sur la subrogation réelle », *RTD civ.* 1919. 385
- « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928. 365

CAPITANT (R.), « Sur la nature des droits réels », in : *Mélanges juridiques à la mémoire de N. Sugiyama*, Tokyo, Maison franco-japonaise, 1940, p. 29

CARBONNIER (J.),
- « De la distinction de la substitution prohibée et du double legs en usufruit et nue-propriété », *Deffrénois* 1946, art. 26421, p. 201
- « Le code civil » in *Les lieux de mémoire*, ss. direct. P. Nora, t. II, Gallimard, 1986 également publié in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Litec, 2004, p. 17

CASEY (J.), « Le mandat posthume », *Dr. famille* déc. 2006, p. 9

CASSIN (R.), « Les libéralités à caractère familial en France », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 115

CATALA (P.),
- « L'état d'un bien donné exploité sous forme sociale », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 55
- « La matière et l'énergie », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré*, PUF – Dalloz – Juris-Classeur, 1999, p. 557.
- « Préface », in N. Peterka, *Les dons manuels*, LGDJ, Bibl. Droit privé, 2001
- « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006. étude 43
- « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *Les Petites Aff.* 28 juin 2007, p. 3
- « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP éd. N* 2007. 1206
- « Assurance-vie, capitalisation, donation. Variations civiles et fiscales », in *Fiscalité et entreprise : politiques et pratiques, Mélanges Jean-Pierre Le Gall*, Dalloz, 2007, p. 153

CERBAN (A.), « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1939. 47

CHAMBAZ (L.), « Le mandat posthume, le trust et la fiducie », *Rev. Lamy dr. civ.* déc. 2006, n°2339

CHAMOULAUD-TRAPIER (A.), « Les exécuteurs testamentaires », *D.* 2006. 2577

CHAMPAUD (CL.), « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français », *RDAI* 1991. 689

CHARBONNEAU (C.) ET PANSIER (F.-J.), « Le contrat d'assurance-vie à la croisée des qualifications entre assurance-épargne et capitalisation, l'assurance balance », *Gaz. Pal.* 16-17 mars 2001. 54

CHARLIN (J.), « La fiducie-libéralité. Essai de synthèse en vue d'un contrat », in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 sept. 1984, Feduci et LGDJ, 1985, p. 135

CHARMONT, « L'abus de droit », *RTD civ.* 1902. 113

CHASSAGNE-BELMIN (P.), « Les apports aux associations », *Journ. notaires et des avocats* 1958, art. 45646, p. 577

CHAUSSE (A.), « De la rétroactivité dans les actes juridiques », *Rev. crit. de lég. et de jurispr.* 1900. 529

CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de CH. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2003, p. 99

CHEVALIER, « Compte-rendu critique de la thèse de Ginossar », *RTD civ.* 1960. 600

CORDONNIER (P.), « De quelques problèmes concernant les actions grevées d'usufruit », *Journ. sociétés* 1961. 65

CORFIAS (T.), « Assurance vie : technique et produits », *L'Argus de l'assurance* 2003. 315

CORNIL (G.), *Rev. de droit international et de législation comparée*, 1907. 382

CORNU (M.), « L'espérance d'intangibilité dans la vie des oeuvres », *RTD Civ.* 2000. 4

CORVEST (H.), « L'inaliénabilité conventionnelle », *Deffrénois* 1979, art. 32126

COUDRAIS (M.), « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.* 2011. 453

COURBE (P.), « L'entretien de la chose soumise à usufruit », *JCP* 1982. I. 3070

COURTIEU (G.),
- « Assurances sur la vie : les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées ? », *Resp. civ. et assur.* 2000. chron. 28
- « Que sont les primes “manifestement exagérées” ? », *Resp. civ. et assur.* 2003. chron. 2.
- « Assurance-vie : nouveaux ajustements législatifs II », *Resp. civ. et assur.* 2008, étude 1

Dabin (J.),
- « Droit subjectif et prérogatives juridiques, Examen des thèses de M. Paul Roubier », in *Mémoires de l'Académie royale de Belgique*, t. 54, 1960, p. 11
- « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962. 20
- « Le droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Le droit subjectif en question*, APD, Sirey, 1964, p. 17

DAGOT (M.), « L'état au jour de la donation d'un office de notaire donné », *Deffrénois* 1974, art. 30627, p. 593

DAMMAN (D.) ET PODEUR (G.), « Cession de créances à titre garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *D.* 2007. 319

DAUBLON (G. A.), « Remarques sur les fondations », *Deffrénois* 1997. 497

DAURIAU (I.), « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006. 2574

DEBEAURAIN (J.), « Les formes modernes de don manuel », *JCP éd. N* 1979. I. 276

DEBOISSY (F.), « Le sort des constructions nouvelles édifiées par l'usufruitier : retour sur une controverse ancienne », in *Mélanges Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 745

DEBOISSY (FL.) ET QUILICI (S.), « SCI et optimisation fiscale », *Actes prat. et ing. sociétaire* 2008, n°141 et 142.

DELMAS SAINT-HILAIRE (PH.),
- « Turbulences dans l'assurance-vie ! », *Resp. civ. et assur.* 1999, chron n° 4.
- « L'enfant et le notaire », *Dr. et patrimoine* nov. 2000, p. 66
- « Assurance-vie et chambre mixte : *Alea jacta est* ! », *RJPF* févr. 2005. 25

DEMOGUE (R.),
- « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. crit. leg. et jurisp.* 1901. 236
- « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905. 723
- « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906. 231
- « Rapport général », in *La fiducie en droit moderne*, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris 1937, Sirey, 1938, p. 1

DEPONDY (A.) ET MARCK (H.), « L'assurance-vie et la modification de l'article 1096 du Code civil », *Dr. et patrimoine* juillet-août 2006, p. 40.

DEROUIN (PH.), « Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition », *RTD civ.* 1978. 1

DERRIDA (F.), « Les obligations du commissionnaire », in *Le contrat de commission*, *Etudes de droit commercial*, sous la dir. de J. Hamel, Dalloz, 1949

DERRUPE (J.), « De la fiducie au crédit-bail », in *Religion, société et politique*, *Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 449

DESPOTOPOULOS (C.), « La notion de *synallagma* chez Aristote », in *Sur les notions de contrats*, APD, t. 13, Sirey, 1968, p. 115

DESSERTAUX (M.), « Abus de droit et conflits de droits », *RTD civ.* 1906. 119

DOCKES (E.), « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ.* 1995. 479

DONNIER (J.-B.), « Art. 912 à 930-5 », in *JCl Civil Code*, fasc. 40

DRAPIER (M.), « Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la “Fondation du patrimoine” », une institution à l'équilibre incertain », *D.* 1997. chron. 212.

DROSS (W.), « La saisine successorale », *Deffrénois* 2004, art. 37913, p. 471

DUCHANGE (N.), « Démembrements de propriété et libéralité : recherche d'un système cohérent d'imputation », *RTD civ.* 2001. 795

DUMONT (M.-P.), *JCl. Contrats-Distribution*, fasc. 830

DUMONT (G.) ET LEROND (S.), « La donation-partage transgénérationnelle graduelle / résiduelle », *Dr. et patrimoine*, sept. 2009, p. 40

DUPEYROUX (J.-J.), « Les obligations naturelles, la jurisprudence et le droit », in *Mélanges J. Maury*, t. II, Sirey, 1960, p. 321

DUPICHOT (PH.), « Opération fiducie sur le sol français », *JCP* 2007, Act. 121

DURRY (G.) ET GOBERT (M.), « Réflexions sur la réforme de la tutelle et de l'administration légale », *RTD civ.* 1966. 5

DURRY (G.), « A propos des arrêts de la chambre mixte du 23 nov. 2004 », *Risques* 2005, n°64, p. 117

- EISENMANN (CH.)**, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *RDP* 1954. 753
- FARGE (C.)**, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Deffrénois* 2005
- FAVIER (Y.)**, « La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités », *AJ fam.* 2002. 360
- FIORINA (D.)**, « L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières », *RTD civ.* 1995. 43
- FLOUR (J.)**, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Rapport français, Travaux Association Henri Capitant*, t. VII, 1952, Dalloz, 1956, p. 813
- FLOUR (Y.)**, « La loi du 3 décembre 2001 : présentation », *Gaz. Pal.* 2002. doct. 1412
- FOSSIER (TH.)**, « Représentation et administration légale », in *Droit de la famille*, sous la dir. de P. Murat, Dalloz Action, 2010-2011, n°234.131
- FRANÇON (A.)**,
- « L'usufruit des créances », *RTD civ.* 1951. 1
- « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Deffrénois* 1954, art. 27291, p. 257.
- WICKER (G.)**, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. et patrimoine* mars 2007, p. 74.
- GABOLDE**, « Les fondations de messes », *Rev. crit.* 1924. 492
- GAROL-GIUGLARIS (A.)**, « Réflexions sur la Fondation du patrimoine », *Les Annonces de la Seine* 1996, n°66, p. 13
- GAUDEMET (S.)**, « A la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie : sur quelques apports de la loi du 17 décembre 2007 », *RDC* 2008. 875
- GAUTIER (P.-Y.)**,
- « La "solution Goncourt" : les fondations directes en droit d'auteur », *D.* 1991. chron. 145.
- « Les nombres sacrés », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p.
- GENTILHOMME (R.)**, « Démembrement de droits sociaux, affectation en réserves des résultats et donation indirecte », *JCP éd. N* 2008. 1218
- GENZMER (E.)**, « La genèse du fidéicommiss comme institution juridique », *Rev. hist. dr. fr.* 1960 ou 1962. 319 et s.
- GHESTIN (J.) ET BILLAU (M.)**, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP* 2001. I. 329
- GHESTIN (J.)**,
- « L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie », *JCP* 1995. I. 3881
- « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP* 2005. I. 111
- GHOZI (A.)**, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, chron. p. 317
- GINOSSAR (S.)**, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962. 573
- GIRAY (M.)**, « L'assurance-vie hors succession : la mort d'une fiction ? », *Dr. et patrimoine* 2001. 27
- GODECHOT (S.)**, « Art. 896 à 899 », in *JCl Civil Code*
- GOLDSMITH (J.-C.)**, « Quel statut fiscal pour la fiducie », *Rev. Banque* juill.-août 1991. 725
- GOUBEAUX (H.)**, « Réserve et legs *de residuo* », *Deffrénois* 1990, art. 34699, p. 193
- GOURGUES (J.-C.)**, « Le mandat posthume ou le trust à la française », *Dr. sociétés* 2007. Alerte 34
- GRILLET-PONTON (D.)**, « Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-propriétaire », *D.* 1989, chron. 250.
- GRIMALDI (C.)**, « L'"acceptation de l'acceptation" d'un contrat d'assurance vie. Un "OJNI" (objet juridiquement non identifié) », *Deffrénois* 2008. 1645
- GRIMALDI (M.)**,
- « Réflexions sur la réduction des libéralités en usufruit et l'article 917 du Code civil », *Deffrénois* 1984, art. 33430
- « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 36085
- « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841
- « Les dernières volontés », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 177
- « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Deffrénois* 1999. 193
- « Les donations à terme », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 421
- « L'assurance-vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, art. 37726
- « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ fam.* 2002. 48.
- « Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété) », *Etudes J. Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 169
- « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP éd. N* 2006. 1387
- « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP éd. N* 2006. 1320
- « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, art. 38509
- « Préciser le nouveau dispositif de mandat posthume », in *Quatre-vingts ans de la Semaine Juridique*, LexisNexis, 2007, p. 37

- « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale de l'Association Henri Capitant*, t. XV, Dalloz, 2011, p. 5
- « Brèves observations sur l'imposition des droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via un trust* », *Deffrénois* 2011. 1474
- GRIMALDI (M.) ET DAMMANN (R.)**, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009. 670
- GRIMALDI (M.) ET ROUX (J.-F.)**, « La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit », *Deffrénois* 1994, art. 35677, p. 3
- GROSCLAUDE (J.)**, « L'adaptation pour les personnes publiques des charges attachées aux libéralités », *JCP* 1980. I. 2990
- GRUA (F.)**, « La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983. 263
- GRZEGORCZYK (C.)**, « Le conception du bien juridique : l'impossible définition ? », in *Les biens et les choses*, *APD*, t. 24, Sirey, 1979, p. 259
- GUERRIERO (M.-A.)**, « L'héritier légataire », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 441
- GUILLENSCHMIDT (J. DE)**, « La fiducie pour quoi faire ? », *Rev. dr. banc. et bourse*, n°spécial « fiducie », mai-juin 1990, p. 105
- GULPHE (P.)**, « Quelques réflexions sur l'institution d'un trust à la française », in *Mélanges offerts à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 159
- GUTMAN (D.)**,
- « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les sources du langage juridique », in *Le droit et l'immatériel*, *APD*, t. 43, Sirey, 1999, p. 65
- *V°* Droit subjectif, in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. direct. D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF Coll. Quadrige, 2003
- HANNEQUART (Y.)**, « La condition », in *Les Nouvelles, Corpus Juris Belgici*, p. 342
- HANSENNE (J.)**, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz et Litec, 1983, p. 325
- HAUSER (J.)**, « L'administration aux biens légués ou donnés », *Deffrénois* 2009. 25
- HEBRAUD (P.)**, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Mélanges P. Kayser*, t. II, PUAM, 1979, p. 40.
- HEUZE (V.)**, « Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie », in *Mélanges J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 193
- HOUIS (A.)**,
- « Le legs verbal », *JCP éd. N* 1996 prat. 3740
- « La donation *de residuo* », *Gaz. Pal.* 19 mai 2000, p. 25
- HOVASSE (H.)**,
- « Incapacités et valeurs mobilières », *Deffrénois* 1995, art. 36036
- « Valeurs mobilières et époux », *Dr. et patrimoine* avril 2002, p. 42
- HOVASSE-BANGET (S.)**, « Insaisissabilité de la valeur de rachat du contrat d'assurance vie », *Deffrénois* 1998, art. 36837
- HUMBERT (M.)**, « L'acte à cause de mort en droit romain », *Rec. de la soc. J. Bodin*, t. LIX, 1992, p. 131
- IWANESKO (M.)**, « Usufruit d'usufruit et usufruits successifs. Variations autour du démembrement de propriété », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Colloque Toulouse, 27-28 oct. 2005, *Dr. et ville* n°61/2006, p. 299
- IZORCHE (M.-L.)**, « A propos du "mandat sans représentation" », *D.* 1999, chron. 369
- JAMBU-MERLIN (R.)**, « Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques », *RTD civ.* 1948. 271
- JAUBERT (P.)**, « Deux notions de droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD civ.* 1945. 75
- JAUFFRET-SPINOSI (C.)**, « Trust et fiducie », in *Etudes à la mémoire d'A. Sayag*, Litec, 1997, p. 329
- JEANTET (F.-CH)**, « Réserve héréditaire et "fiducie" », in *Mélanges offerts à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 175
- JESTAZ (PH.)**, « La réserve de propriété ou la vente éclatée », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, LGDJ, 1990, p. 235
- JEULAND (E.)**, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, chron. 356.
- JEZE (G.)**, « L'opération administrative d'offre de concours », *Rev. dr. public* 1925. 603
- JOSSELIN-GALL (M.)**, « L'intégration d'un trust dans l'ordre de réduction des libéralités d'une succession internationale soumise à la loi française », *JCP éd. N* 1999. 1851
- JOSSERAND (L.)**, « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », in *Evolutions et actualités*, Sirey, 1936, p. 149
- KACZMAREK (L.)**, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009. 1845
- KALINOWSKI (G.)**, « De la spécificité de la logique juridique », in *La logique juridique*, *APD*, t. XI, Sirey, 1966, p. 7
- KAYSER (P.)**,
- « Préface », in R. Verdote, *La notion d'administration en droit privé français*, LGDJ, 1963
- « Les droits de la personnalité : Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971. 445
- KELSEN (H.)**, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP* 1926. 561
- KUHN (C.)**, « La mission du fiduciaire », *Dr. et patrimoine* juin 2008. 52

KULLMANN (J.),

- « Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *D.* 1996. chron. 205
- « Pour le maintien du droit au rachat en dépit de l'acceptation du bénéficiaire, à propos des contrats d'assurance sur la vie », in *Mélanges Gavalda*, Dalloz 2001, p. 199
- « Le droit de rachat et l'acceptation du bénéficiaire, la découverte simultanée de deux droits positifs, celui du passé et celui du futur », *RGDA* 2008. 277

LAGARDE (X.), « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740

LAMARCHE (TH.), « L'imprescriptibilité du droit de propriété », *RTD civ.* 2004. 403

LARROUMET (CH.), « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007. 1350

LASCOMBES (H.) ET BELMONT (M.), « Les risques juridiques et fiscaux d'une souscription tardive », *JCP éd. N* 2002. 1404

LAUDE (A.), « La fongibilité », *RTD com.* 1995. 307

LEBLOND (J.), « Des droits respectifs du nu-proprétaire et de l'usufruitier dans les bénéfices, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de réserves », *Gaz. Pal.* 1956, 2, doct. 1

LECUYER (H.),

- « Assurance vie, libéralité et droit des successions », *Dr. famille* 1998. chron. 7

- « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 405

- « Usufruit et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. et Patrimoine* mai 2005, p. 57

LEDUC (F.) ET PIERRE (PH.), « Assurance-placement : une qualification déplacée », *Resp. civ. et assur.* 2005. chron. 3

LEDUC (F.), « Réflexions sur la convention de prête-nom », *RTD civ.* 1999. 283

LE GALL (J.-P.), « Le concept de fiscalité dans le projet de loi sur la fiducie », *Gaz. Pal.* 2 juill. 1992, p. 507

- « Premières réflexions sur les dispositions fiscales de l'avant-projet de la loi relatif à la fiducie », *Dr. fisc.* 1991. 558

- « Le nouveau régime fiscal des trusts : une copie à revoir », *Dr. fisc.* 2011. 604

LEGEAIS (D.), « Les nouvelles fonctions de la propriété. Rapport français », in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, t. LIII, Journées vietnamiennes,

LEGIER (G.), « La prohibition du legs avec faculté d'élire », *JCP éd. N* 1978. I. 87

LE GUIDEDEC (R.), « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique », *JCP* 2006. I. 160

- « Les libéralités-partages », *D.* 2006. 2584

- « La donation-partage transgénérationnelle : pour une nouvelle solidarité familiale », *RLDC* nov. 2006. 42

LELOUTRE (A.),

- « Etude sur la rétroactivité de la condition », *RTD civ.* 1907. 753

- « Des cas d'inexistence et des effets de la condition », *Rev. crit. de lég. et de jurispr.* 1912, p. 232, p. 291 (suite), p. 362 (fin)

LEMERCIER (P.), « Quelques remarques sur les origines du fidéicommissaire et sur le fidéicommissaire d'hérédité à l'époque classique », *Rev. hist. du droit* 1935. 432

LEQUETTE (Y.),

- « De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs (à propos d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 20 février 1996 », *D.* 1996. 231

- « A propos de l'ouvrage de M. François », *RTD civ.* 2000. 954

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.) ET JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), « Notes parlementaires », *RTD civ.* 1908. 177

LEROUX (E.), « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTD civ.* 1974. 509

LEROY (M.), « Rachat d'un contrat d'assurance-vie et acceptation antérieure au 18 décembre 2007 », *Gaz. Pal.* 8-9 févr. 2012, p. 5

LEROYER (A.-M.), « Réforme des successions et des libéralités », chron. lég. *RTD civ.* 2006. 612

LESOURD (N.), « La charge de substitution », *JCP* 1964. I. 1873

LETELLIER (F.), « La réforme de l'exécution testamentaire, A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006. étude 47

LE TOURNEAU (PH.), *V^o Mandat*, in *Rép. civ. Dalloz*

LEVILLAIN (N.), « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP éd. N* 2006. 1349

- « Donation graduelle et abandon anticipé de l'usufruit » (formule), *Dr. fam.* nov. 2006. 50

LEVY (J.-PH.), « La Révolution française et le droit civil », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 87

LEVY-ULLMANN (H.) ET GRUNEBBAUM-BALLIN (P.), « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904. 253

LIBCHABER (R.),

- « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD Civ.* 1997, p. 615

- « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Deffrénois* 1997, art. 36464, p. 65

- « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Deffrénois* 2000. 1409
- « La recodification du droit des biens », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 297
- « Une fiducie française, inutile et incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Deffrénois, 2006, p. 303
- « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1^{ère} partie) », *Deffrénois* 2007, p. 1094
- « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* 2008, art. 38816, p. 1656
- V^o Biens, in *Rép. civ. Dalloz*
- LUCET (F.) ET CORON (D.)**, « Assurance-vie, union libre et révocation pour survenance d'enfant », *Deffrénois* 2000, art. 37183.
- LUCET (F.)**,
 - « La distinction de la libéralité indirecte et de la libéralité déguisée », 87^{ème} congrès des notaires de France, *Les Petites Aff.*, 24 avr. 1991, p. 20
 - « Le sort des contrats d'assurance-vie non dissous à la dissolution de la communauté », *Deffrénois* 1993. 271
 - « Art. 1014 à 1017 », in *JCl. civil Code*
- MACKAAY (E.)**, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 nov. 1989, Ed. Thémis, Litec, 1991, p. 217
- MALAUURIE (PH.)**,
 - « Rapport de synthèse », in *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?*, *JCP Cahiers de l'entreprise*, suppl. 5/1995, p. 46
 - « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités », *Deffrénois* 2005, art. 38298, n^o3
 - « La réforme des successions et des libéralités », *Deffrénois* 2006. 1719
 - « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Deffrénois* 2006, art. 38493, p. 1801
- MALLET (E.)**, « Mandat à effet posthume. Formule », *JCP éd. N* 2006. 1372
- MALLET-BRICOUT (B.)**, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297
- MARGUENAUD (J.-B.) ET DAUCHEZ (B.)**,
 - « Les libéralités à caractère collectif », in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. M. Grimaldi, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011
 - « Les libéralités aux personnes morales de droit public », in *Droit patrimonial de la famille*, sous la dir. M. Grimaldi, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011, n^o381.11, p. 1091.
- Martin (D.),
 - « La révision des conditions et charges apposées à certaines libéralités », *D.* 1985. Act. lég. 1
 - « L'esquisse contractuelle et la mort », *D.* 1993, chon. 236
- MARTIN (D. R.)**, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *Vie judiciaire* 1992, n^o2392, p. 3
- MARTIN (D. R.) ET CATALA (P.)**, « Art. 1053 à 1074 », in *JCl Civil Code*, fasc. 20
- MARTIN (X.)**, « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », *RTD. Civ.* 2006. 239
- MARTY (G.)**,
 - « L'obligation naturelle. Etude de droit français », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, t. VIII, fasc. 1, 1960, p. 45
 - « Préface », in M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Sirey, 1945
- MARTY (R.)**, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », *Les Petites Affiches* 21 nov. 2000, p. 4
- MASSIP (J.)**, « Administration légale et autorité parentale », *Deffrénois* 1995, art. 36056, p. 513
- MAURICE (A.)**, « L'exagération manifeste des primes versées au titre d'un contrat d'assurance vie », *JCP éd. N* 2005. 636
- MAURY (J.)**, « Réquisitoire contre la saisine », in *Mélanges Ch. Mouly*, Lexisnexis, 1998, p. 346.
- MAYAUX (L.)**,
 - « Les relations du droit de l'assurance et de la famille », *RGAT* 1994. 423
 - « L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? » *RGAT* 2000. 767
 - « Assurance-vie : les audaces tranquilles du législateur », *JCP* 2008. I. 106
 - « Assurance-vie : faut-il distinguer là où la loi ne distingue pas ? », in *Mélanges J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 281
- MAZEAUD-LEVENEUR (S.)**, « L'exécuteur testamentaire », *Dr. et patrimoine* sept. 2007. 58
- MICHAELIDES-NOUAROS (G.)**, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966. 216
- MICHEL**, « Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire d'actions », *RJ sociétés* 1924. 135
- MIGNOT (M.)**,
 - « Art. 1048 à 1056 », in *JCl Civil Code*
 - « Art. 1057 à 1061 », in *JCl Civil Code*
 - « Art. 1121 et 1122 », in *JCl. Civil Code*
- MILCAMPS (TH.) ET BERDOT (F.)**, « Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités », in *Etudes offertes à A. Besson*, LGDJ, 1976, p. 235
- MORAND DE JOUFFREY (M.-H.)**, « Prohibition des pactes sur succession future et des substitutions fidéicommissaires », *JCP éd. N* 1999. 632
- MOREAU (J.-P.)**, « L'assurance vie moderne n'est pas une simple opération d'épargne », *Rev. not. assur. vie* 1996, n^o101, p. 1.

- MORIN (G.),** « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. II, L.G.D.J., 1950, p. 14
- MORIN (M.),** « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments (L. n°71-526, 3 juill. 1971) », *Deffrénois* 1971, art. 29982
- MORIN (G.),** « Etudes sur le concept d'abus de droit », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. II, Sirey, L.G.D.J., 1938, p. 317
- MORTIER (R.) ET KERAMBRUN (Y.),** « Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul », *JCP éd. N* 2009. 1264
- MOTULSKY (H.),** « De l'impossibilité juridique de constituer un *trust* anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. crit. DIP* 1948. 451
- MOULY (CH.),** « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 529
- MOUSSERON (J.-M.),** « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 279
- MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), REVET (TH.),** « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281
- NAJJAR (I.),**
 - « Mandat *post mortem* et libéralités par dons manuels et comptes bancaires (Recherches sur un acte neutre) », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 499
 - « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003. 708
- NAUDIN (E.),** « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Les Petites Affiches* 28 juin 2007, p. 21
- NICOD (M.),**
 - « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles du Code civil – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 11/2006, étude 45
 - « Le nouveau droit des libéralités : une modernisation en douceur », *AJ fam.* 2006. 34
 - « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », in *Mélanges en l'honneur de G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 375
 - « Art. 1048 à 1056 », in *JCl Civil Code*, fasc. 10
 - « Art. 1048 à 1056 » in *JCl Civil Code*, fasc. 20
 - « Art. 1057 à 1061 », in *JCl Civil Code*, fasc. 10
- NICOLAS (V.),** « Assurances vie : chassez le fisc par la porte, il revient par la fenêtre », *Dr. fam.* 2008, étude 11
- OPPETIT (B.),** « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 323.
- PATAULT (E.),** *V^o Propriété (Droit de)*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. direct. D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF Coll. Quadrige, 2003.
- PELLIER (J.-D.),** « Les conflits de qualification entre le terme et la condition », *RRJ* 2008. 913
- PERREAU (E.-H.),** « La réduction, le rapport et la récompense des primes ou du capital dans l'assurance vie », *RGAT* 1931. 721
- PERROT (A.),** « La vente à réméré de valeurs mobilières », *RTD com.* 1993. 1
- PERROT (R.),** « Le mandat irrévocable », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journée uruguayennes de 1954, t. X, Dalloz, 1959, p. 449
- PETERKA (N.),**
 - « Brèves observations sur les dons en ligne », *Communication – Commerce électronique* mai 2005, p. 27
 - « La réforme des libéralités familiales, in Le droit patrimonial de la famille, réformes à accomplir et à venir, Dalloz, 2006, p. 71
 - « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.* 2006. 2580
 - « Le nouveau visage des libéralités familiales au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *Gaz. Pal.* 8-9 nov. 2006, p.4
 - « Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale de l'Association Capitant*, t. XV, Paris –Est Créteil, Dalloz, 2011, p. 15
- PETITJEAN (M.),** « L'acte à cause de mort dans la France coutumière du Moyen Age à l'époque moderne », *Rec. de la soc. J. Bodin*, t. LIX, 1992, p. 85
- PETRONI-MAUDIERE (N.),** « Pour une nouvelle analyse de la clause de réversibilité d'usufruit au profit du conjoint survivant », *Deffrénois* 2006, art. 38362, p. 549.
- PEZARD (A.),** « Les diverses applications de la fiducie dans la vie des affaires », *Rev. dr. bancaire* 1990. 108
- PIEDELIEVRE (A.),** « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges de Juglart*, LGDJ-Montchrestien, 1986, p. 55
- PIEDELIEVRE (S.),** « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002. doct. 576
- PIEDELIEVRE (S.) ET GUERCHOUN (F.),** « La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006 », *Gaz. Pal.* 2006. doct. 2421
- PIERRE (PH.),** « La révocation de la désignation du conjoint, bénéficiaire acceptant d'une assurance sur la vie. Une brève histoire de temps », *Resp. civ. et assur.* 2006, étude 14

- PILLEBOUT (J.-F.)**, « Réflexions sur le droit d'usufruit », *JCP éd. N* 1977. 173
- PLANIOL (M.)**,
 - « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit. de lég. et jurispr.* 1905. 277
 - « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit. de lég. et jurispr.* 1906. 80
 - « Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *Rev. crit. lég. et jur.* 1913. 153
- POMMIER (S.)**, « Libéralités réalisées par l'intermédiaire d'un contrat d'assurance-vie », *Dr. et patrimoine* sept. 2002. 75
- PONSARD (A.)**,
 - « Le contrat de commission dans le Code de commerce », in *Etudes publiées sous la direction de J. Hamel*, Dalloz, 1949, p. 55
 - « Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation », in *Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 666
- POTENTIER (PH.) ET MEYER (X.)**, in *Rapport du 92^{me} congrès des notaires de France*, Deauville, 1996, Travaux de la première commission, p. 50
- POUJADE (B.)**, « L'offre de concours », *Rev. dr. public* 1985. 1625
- POUMAREDE (J.)**, « La législation successorale de la Révolution entre l'idéologie et la pratique », in *La famille, la loi, l'Etat : de la Révolution au Code civil*, Actes du séminaire organisé par le Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson et la cellule Histoire et société du Centre Georges Pompidou, textes réunis par I. THERY et CH. BIET, introduction J. CARBONNIER, éd. Imp. nat., 1989, p. 167
- PRIEUR (J.) ET CLERMON (M.)**, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP éd. N* 2006. 1297
- PRIEUR (J.) ET JULIEN SAINT-AMAND (P.)**, « Sécuriser et optimiser la transmission de l'entreprise familiale », *Dr. et patrimoine* avr. 2007, p. 89
- PRIGENT (S.)**, « Le traitement des primes manifestement exagérées », *JCP éd. N* 2006. 872
- RAISON (A.)**,
 - « Des clauses d'inaliénabilité dans les contrats à titre onéreux », *Journ. not.* 1954. 121
 - « Commentaire de la loi n°64-1230 du 14 déc. 1964 », *Journ. not. et des avocats* 1965. 172
 - « Clauses d'inaliénabilité contenues dans les donations et les testaments », *Journ. not.* 1971, art. 50230
- RAYMOND (G.)**, *V°* Administration légale et tutelle, in *Rép. civ. Dalloz*
- RAYNAUD DE LAGE (N.)**, « L'entretien : contribution à l'étude de la notion de conservation », *RRJ* 2001. 1269
- REMY (PH.)**, « Rapport français sur l'évolution du droit patrimonial de la famille », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIX, 1990, p. 251
- REVEY (TH.)**, « La prise d'effet du contrat », *RDC* 2004. 29
- RIEG (A.)**, *V°* Usufruit, *Rép. civ. Dalloz*
- RIGAUX (L.)**, « A propos d'une renaissance du "jus ad rem" et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC* 1963. 557
- RIPERT (G.)**, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1929, p. 33
- RODIERE (P.)**, « Préface », in Utudjian, *La location de véhicules pour le transfert routier de marchandises*, 1964, p. 6
- ROETS (D.)**, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, chron. 93
- ROUAST (A.)**,
 - « La prestation gratuite de travail » in *Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, LGDJ, 1938, p. 704
 - « Rapport français », in *La représentation dans les actes juridiques*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. IV, Journées néerlandaises, Dalloz, 1949, p. 110
 - « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », *JCP* 1965. I. 1917
 - « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1994. 1
 - « Problème de l'évolution du droit de propriété », in *L'évolution du droit de propriété*, t. II, p. 110
- ROUBIER (P.)**,
 - « Les prérogatives juridiques », in *La théologie chrétienne et le droit*, *APD*, t. 5, Sirey, 1960, p. 65
 - « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », in *Le rôle de la volonté dans le droit*, *ADP*, t. 3, Sirey, 1957, p. 2
- ROUSSEAU (J.)**, « Des libéralités avec charges et des libéralités par personnes interposées », *JCP* 1939. I. 97
- ROUVIERE (F.)**, « Art. 637 à 639 », in *JCl. Civil Code*
- SACCO (R.)**, « A la recherche de l'origine de l'obligation », in *L'obligation*, *ADP* 2000, t. 44, Sirey, p. 33
- SAGAUT (J.-F.)**, « Les donations graduelles et résiduelles (C. civ., art. 1048 à 1061), formules commentées », *JCP éd. N* 2006. 1388
 - « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Dr. et patrimoine* sept. 2007, p. 62
 - « Regard notarial sur le nouveau régime des libéralités faites aux associations, congrégations et fondations », *JCP éd. N* 2007. 1200
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 733
- SALEILLES (R.)**,
 - « De l'abus de droit », *Bull. de la société d'études législatives* 1905. 325

- « Annexe au Rapport préliminaire sur les Fondations et Procès-Verbal de la séance du 27 mars 1908 », *Bull. Soc. d'études lég.* 1909, p. 78.
- SALINIERE (C.),** « La réversibilité des donations », *RTD civ.* 2004. 21
- SALLE DE LA MARNIERE (M.),** « Le mandat irrévocable », *RTD civ.* 1937. 241
- SALVAGE-GEREST, (P.),** « Art. 389 à 393 », in *JCl. Civil Code*
- SAUVAGE (F.) ET FAUCHER (D.),** « L'assurance-vie est-elle toujours hors succession », *JCP éd. N* 2001. 54
- SAUVAGE (F.),**
- « L'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *RGDA* 1997. 13
- « Examen de quelques questions relatives à l'assurance-vie et à la réduction des libéralités », *Bull. Cridon* de Paris, 1^{er} sept. 1999, n° 17
- « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Fam.* 2006. 355.
- SAVATIER (R.),**
- « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Paris, 1937, Sirey, 1938, p. 56
- « Le rajeunissement de la tutelle et de l'administration légale », *D.* 1965, chron. 51
- SAVAUX (E.),** V° Subrogation réelle, in *Rép. civ. Dalloz*
- SCHMIDT (D.),** « Les opérations de portage de titres de sociétés », in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 sept. 1984, Feduci et LGDJ, 1985, p.
- SCHMIDT (D.), WITZ (CL.) ET BISMUTH (J.-L.),** « Les opérations fiduciaires en droit français », in *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 sept. 1984, Feduci et LGDJ, 1985, p. 305
- SERIAUX (A.),** « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p.
- SIMLER (PH.),** « Les clauses d'inaliénabilité (C. civ., art. 900-1 nouveau) », *D.* 1971, act. leg. 416
- SIMMONET (H.),** « Le legs avec charge, catégorie juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 128
- SIRINELLI (P.),** « Le quasi-usufruit », *Les Petites Affiches* 21 et 26 juill. 1993, n°140
- SOULEAU (H.),** « Les libéralités adressées à la Fondation de France », *Deffrénois* 1970. 257
- STORCK (M.),** « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 695
- TAISNE (J.-J.),**
- « Art. 1181 et 1182 », in *JCl. Civil Code*
- « Art. 1183 », *JCl. Civil Code*
- TAUDIN (L.),** « Formules de mandat posthume », *Rev. Lamy dr. civ. déc.* 2006. 2344
- TERRE (F.),**
- « Esquisse d'une sociologie du droit de propriété », in *Etudes E. Giraud*, Annales faculté de Lille, 1967, p. 417
- « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », in *Droits*, n°1, « Destins du droit de propriété », PUF, 1985, p. 31
- TESTU (F.-X.),** « Le cautionnement-libéralité », *JCP* 1989. I. 3377
- THERY (R.),** « De l'utilisation à la propriété des choses », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. II, L.G.D.J., 1950, p. 17
- THOMAS-DEBENEST (G.),** « Art. 600 à 604 », in *JCl Civil Code*
- TISSIER (A.),**
- « Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées », *RTD civ.* 1903. 743
- V° Dons et legs aux établissements publics, *Rép. dr. adm.*
- Trébulle (F.-G.), « Propos dissidents sur l'arrêt Baylet », in *Mélanges AEDBF France*, t. III, Banque éditeur, 2001, p. 369
- TREILLE (B.),** « Les conventions de portage », *Rev. soc.* 1997. 721.
- TRIPET,** « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 2006, n°294, p. 6.
- VAREILLE (B.),**
- « Communauté et opérations en cours non dénoués », *JCP éd. N* 2009. 1187,
- « Le mandat à effet posthume », *Les Petites Aff.* 28 juin 2007, p. 16
- « Réflexions sur l'imputation en droit des succession », *RTD civ.* 2009. 1
- VAREILLE (B.) et COMBRET (J.),** « Sécuriser la transmission du patrimoine personnel », *Dr. et patrimoine* avr. 2007, p. 72
- VAREILLES-SOMMIERES (MARQUIS DE),** « La notion et la définition juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905. 443
- VEAUX (D.),** « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit français », in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 28, 1977, Paris, Economica, 1980, p. 77
- VERDOT (R.),** « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes "d'administration" et des actes de "disposition" », *RTD civ.* 1968. 449
- VIALLETON (H.),** « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 283
- VILLEY (M.),**

- « L'idée de droit subjectif et le systèmes romains », *RHD* 1947. 201
- « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », in *Mélanges F. de Visser*, t. II, Revue internationale des droits de l'antiquité, 1949, p. 417
- « Le jus in re » du droit romain classique au droit moderne », *Publ. Institut de droit romain*, Paris, 1950, p. 187.
- VIUDES (PH.) ET ALBOUY (CH.)**, « De la théorie de l'affiliation en matière de libéralités faites à des associations », *JCP éd. N* 2011. 1164,
- WAHL (A.)**,
- « L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses », *RTD civ.* 1902. 24
- « Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-proprétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires », *Journ. sociétés* 1925. 129
- WICKER (G.)**, « Art. 812 à 812-7 », in *JCl. Civil Code*
- « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. et patrimoine* mars 2007. 74
- WITZ (C.)**,
- « La fiducie-sûreté en droit français », in *L'évolution du droit des sûretés*, *RJ com.* 1982, n° spécial, p. 67
- « La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984 », *D.* 1984, chron. 101
- « Synthèse », in *Rev. dr. banc. et de la bourse*, n° spécial fiducie, mai-juin 1990, p. 120
- « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007. 1639
- ZENATI (F.)**,
- « Sur la constitution de la propriété », *D.* 1985, chron. XXX, p. 171
- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305
- « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006. 445

NOTES, COMMENTAIRES, CONCLUSIONS, OBSERVATIONS

- AGOSTINI (E.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *D.* 1992. 149
- ALFANDERI (E.) ET JEANTIN (M.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, *RTD com.* 1983. 572
- ALMERAS-LATOUR,** rapport sous Cass. req., 4 nov. 1885, *DP* 1886. 1. 361
- ANCEL (M.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1961, *D.* 1962. 285
- ARDEEF (I.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, *D.* 2001. 3482
- ARRAULT (M.) ET DELMAS SAINT-HILAIRE (PH.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *D.* 1996. 24
- AUBERT (J.-L.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1970, *D.* 1971. 261
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1971, *Deffrénois* 1972, art. 30113
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1978, *Deffrénois* 1979, art. 32077, p. 1177
 - sous Cass. civ. 3^{ème}, 9 nov. 1983, *Deffrénois* 1984. 1011
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *D.* 1989. 233
 - sous Cass. com., 23 mai 1989, *Deffrénois* 1989, art. 34633, p. 1389
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *Deffrénois* 1989. 1057
 - sous Cass. civ. 3^{ème}, 3 mai 1989, *Deffrénois* 1990, art. 34750
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, *Deffrénois* 1990. 368
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, *D.* 1992. 493
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *Deffrénois* 2004, art. 38035, p. 1396
 - sous Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004,
- AYNES (A.),**
- sous Cass. com., 26 mai 2010, *RDC* 2010. 1338
- AYNES (L.),**
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *Dr. et patrimoine* janvier 2005, p. 11
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *D.* 1999. 167
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1985, *Deffrénois* 1987. 499
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2001, *D.* 2001. 3110
 - sous Cass. com., 10 juill. 2007, *RDC* 2007. 1107
 - sous Cass. com., 23 février 1993, *Deffrénois* 1993, art. 35617, p. 1060
- Azzi (T.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2000, *JCP* 2001. II. 10645
- BARABE-BOUCHARD (V.),** sous Cass. com., 10 févr. 2009, *D.* 2009. 1512
- BARTHEZ (A.-S.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, *JCP* 2000. II. 10309
 - sous Cass. com., 19 déc. 2006, *JCP* 2007. I. 161
- BARTIN (E.),** sous Cass. civ., 17 juill. 1922, *DP* 1924. 1. 5
- BAUDOIN (J.-M.),**
- sous Cass. civ., 12 mai 1902, *DP* 1902. 1. 425.
 - sous Cass. civ., 13 mars 1907, *D.* 1907. 1. 281
- BEAUBRUN (M.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *Deffrénois* 1990, art. 34644
- Becqué (E.), sous Cass. civ., 20 avr. 1959, *JCP* 1959. II. 11146
- BEHAR-TOUCHAIS (M.),**
- note sous Cass. civ. 1^{ère} mars 1988, *JCP* 1989. II. 21373
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *JCP* 1996. II. 22647
- BEIGNIER (B.),**
- sous Poitiers, 11 mai 1971, *D.* 1971. 621
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *Dr. fam.* 1997, comm. 146
 - sous Nancy, 21 oct. 1997, *Dr. fam.* 1998, comm. 172
 - sous Paris, 3 sept. 1997, *Dr. fam.* 1998. comm. 29
 - sous Paris, 7 mai 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 173
 - sous TGI Paris, 28 janv. 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 142
 - sous TGI Paris, 4 mars 1998, *Dr. fam.* 1998. comm. 90
 - sous Paris, 17 mars 1998, *Dr. fam.* 1998, comm. 173
 - sous Paris, 26 mai 1998, *Dr. fam.* 1998, comm. 173
 - sous Poitiers, 10 nov. 1998, *Dr. fam.* 1999, comm. 48
 - sous Paris, 7 avr. 1999, *Dr. fam.* 1999, comm. 30
 - sous Dijon, 1^{er} avr. 1998, *Dr. fam.* 1999, comm. 21
 - sous Paris, 17 nov. 2000, *Dr. fam.* 2001, comm. 88
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. 10
 - sous Paris, 18 oct. 2000, *Dr. fam.* 2003, comm. 107

- sous Paris, 2 oct. 2011, *Dr. fam.* 2002, comm. 130
- sous Paris, 9 oct. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. 130
- sous Cass. civ., 1^{er} juill. 2003, *D.* 2003, 2031
- sous Cass. civ., 1^{er} juill. 2003, *Dr. fam.* 2003, comm. 107
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, *Dr. fam.* 2005, comm. 15
- sous Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, *D.* 2005. 1905
- sous Toulouse, 13 déc. 2004, *Dr. fam.* 2005, comm. 116
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. 85
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. 277
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2007, *Dr. fam.* 2007, comm. 45
- sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *Dr. fam.* 2007, comm. 151
- sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *Dr. fam.* 2008, comm. 30
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, *Dr. fam.* 2010, comm. 167
- BELAVAL (M.-L.) ET SALOMON (R.),** sous Cass. com. 20 mars 2007, *D.* 2007. 1303
- BENABENT (A.),**
- sous Cass. com., 1^{er} avr. 1997, *Defrénois* 1997. 1438
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *RDC* 2005. 297
- sous CE, 19 nov. 2004, *RDC* 2005. 302
- BERTAULD (A.),** sous Caen, 12 nov. 1869, *DP* 1869. 2. 225
- Beudant (Ch.),
- *D.* 1893. 2. 6
- sous Besançon, 25 mars 1891, *DP* 1893. 2. 1
- sous Cass. req., 25 janvier 1893, *D.* 1894. 1. 257
- BICHERON (F.),**
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *AJ Fam.* 2005. 70
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *AJ fam.* 2006. 360
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *AJ fam.* 2010. 445
- BIGOT (J.),**
- sous Colmar, 19 mars 1993, *JCP* 1993. II. 22595
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *RGDA* 1997. 822
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, *RGDA* 1997. 820
- sous Paris, 13 avr. 1999, *RGDA* 1999. 412
- sous TGI Belfort, 23 mars 1999, *RGDA* 1999. 400
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, *JCP* 2000. II. 2215
- sous TGI Paris, 22 mars 2001, *JCP* 2001. II. 10621
- sous Paris, 19 févr. 2002, *RGDA* 2002. 1017
- sous Lyon, 18 déc. 2003, *RGDA* 2004. 148
- sous Cass. civ. 2^{ème}, 17 et 24 févr. 2005, *RGDA* 2005. 480
- sous CE, 19 nov. 2004, *RGDA* 2005. 485
- sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *RGDA* 2008. 210
- BILLEMONT (J.),** sous Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, *D.* 2010. 473
- BLANCHER,** note *Gaz. Pal.* 1970. 1. 12
- BORGA (N.),** sous Cass. com., 26 mai 2010, *D.* 2010. 2201
- BORIES (A.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *D.* 2005. 1009
- BOURCART (G.),** note *S.* 1895. 2. 209
- BREDIN (J.-D.),**
- sous Amiens, 18 mars 1969, *RTD civ.* 1969. 808
- sous Cass. civ. 3^{ème}, 5 déc. 1968, *RTD civ.* 1969. 590
- sous Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 1970, *RTD civ.* 1970. 593
- BREMOND (V.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, *D.* 2004. somm. 2336
- BRENNER (C.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *D.* 2005. 1674
- BRETON (A.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1968, *D.* 1969. 149
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1968, *Defrénois* 1969, art. 29290, p. 469
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1969, *Defrénois* 1970, art. 29730
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1971, *D.* 1972. 133
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1984, *D.* 1985. 5
- BRIMO (A.),** sous Nancy, 28 avr. 1976, *JCP* 1976. II. 19123
- BRUN (PH.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, *JCP* 1995. II. 22387

- sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 déc. 1997, *D.* 1999, Somm. 9
Buffeteau (P.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *Defrénois* 1993, art. 35638
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *JCP N* 2006. 1359
BURGIERE-FONTNILLE (G.), sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *D.* 2008. 218
CABRILLAC (M.) ET TEYSSIE (B.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 1985, *RTD com.* 1986. 413
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1993, *RTD com.* 1993. 694
CABRILLAC (M.)
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1993, *D.* 1993. somm. 182
- Cass. com., 3 juin 1997, *RTD com.* 1997. 663
- sous Cass. com., 4 oct. 2005, *JCP* 2006. I. 130
Capitant (H.),
- sous Cass. civ., 6 déc. 1909, *D.* 1910. 1. 281
- sous Cass. req., 29 juin 1910, *D.* 1911. 1. 49
CARBONNIER (J.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1953, *RTD civ.* 1953. 549
- sous Trib. civ. Châtelleraut, 8 févr. 1949, *D.* 1949. 470
CARREAU, sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, *D.* 1980. 309
CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (FL.) ET WICKER (G.) sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, *JCP* 2007 I. 179
CHAMPENOIS (G.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1977, *Defrénois* 1977. 462
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, *Defrénois* 1981. 468
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, *Defrénois* 1982. 1378
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1982, *Defrénois* 1982, art. 32944
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 1983, *Defrénois*, 1983, art. 33158
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, *Defrénois* 1984, art. 33432
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 1985, *Defrénois* 1986. 469
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, *Defrénois* 1987, art. 34120
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Defrénois* 1991, art. 35119
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *Defrénois* 1992, art. 35408
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, *Defrénois* 1992. 1121
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *Defrénois* 1998, art. 36765
CHAPPERT (A.), sous Cass. com., 2 déc. 1997, *Defrénois* 1998, art. 36782
CHARLIN (J.), sous Bordeaux, 1^{er} oct. 2005, *Defrénois* 2007. 253
CHAVEGRIN, sous Cass. civ., 13 mars 1907, *S.* 1907. 1. 420
CHAVRIER (M.), sous Lyon, 8 juin 1971, *D.* 1971. 557
CHENEDE (F.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *Aj. fam.* 2005. 235
CHOISEZ (S.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *D.* 1998. 543
CHONE (A.-S.), sous Cass. com., 29 juin 2010, *Les Petites Affiches* 24 décembre 2010, n° 256, p. 7
COHEN-BRANCHE (M.), sous Cass. com., 19 déc. 2006, *JCP* 2007. II. 10067
CORNU (G.), sous Cass. civ., 8 nov. 1950, *S.* 1951. 1. 128
COURTIEU (G.), sous Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008 et Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, *Resp. civ. et assur.* 2009, étude n°2
Couturier (J.-P.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *JCP* 1994. II. 22206
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *Les Petites affiches* 9 janv. 2006
COZIAN (M.), note *JCP* 1970. 2. 16518
CREPON, « Rapport », *S.* 1885. 1. 5.
CROCQ (P.),
- sous Cass. com., 4 oct. 2005, *D.* 2006. 2862
- sous Cass. com., 19 déc. 2006, *RTD civ.* 2007. 160
- sous Cass. com., 26 mai 2010, *RTD civ.* 2010. 597
CRONE (R.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2000, *Defrénois* 2000. 1226
DAGORNE-LABBE (Y.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, *JCP* 1990. II. 21546
DAGOT (M.),
- note sous Cass. civ., 12 juin 1968, *JCP éd. N* 1968. II. 15657
- sous TGI Dieppe, 27 nov. 1968, *JCP* 1969. II. 15801
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1968, *JCP* 1969. II. 15714
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 1979, *JCP* 1981. II. 19527
- sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 juin 2003, *JCP éd. N* 2004. 1269
DEDIEU, sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1969, *D.* 1970. 164

DELAPORTE-CARRE (C.), sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *D.* 2007. 1731

DELEBECQUE (PH.),

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 1998, *Defrénois* 1998, art. 36895, p. 1416
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1999, *D.* 2000. somm. com. 361
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2000, *D.* 2001. 1139
- sous Cass. com., 26 mai 2010, *JCP* 2011. I. 226

DELMAS SAINT-HILAIRE (PH.),

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2001, *RJPF* 2002-1/42
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *RJPF* février 2005. 25
- sous CE, 19 nov. 2004, *RJPF* mars 2005. 40

DELPECH (X.),

- sous Cass. com., 19 déc. 2006, *D.* 2007. 76
- sous Cass. com. 20 mars 2007, *D.* 2007, *AJ*, p. 1013

DEVYS (D.), sous CE, 19 nov. 2004, *JCP* 2005. II. 10018

Didier (P.), sous Cass. com., 5 févr. 1991, *Rev. soc.* 1991. 737

DOIREAU (S.), sous Cass. com. 20 mars 2007, *RLDC* 2007, n°38, p. 12

DOUET (F.), sous Cass. com. 26 oct. 2010, *RGDA* 2011, n°1

DROZ (G. A. L.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *Rev. crit. DIP* 1996. 692

DUBOIS (G.), *S.* 1891. 1. 225

DUCHANGE (N.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, *JCP éd. N* 1999. 592

DUPICHOT (PH.), sous Cass. com., 26 mai 2010, *Dr. et patr.* 2010, n°195, p. 96

DUPUICH (P.),

- sous Douai, 10 déc. 1895, *DP* 1896. 2. 417
- sous Rennes, 5 déc. 1899, *DP* 1903. 2. 377
- sous Cass. civ., 4 août 1908, *DP* 1909. 1. 185
- sous Cass. req., 15 nov. 1909, *DP* 1911. 1. 393

DURAND (P. M.-F.), sous Cass. com., 1^{er} févr. 1955, *D.* 1956. 338

DURANT, sous *Rev. crit. de leg. et de jurispr.* 1935. 34

ESMEIN (P.),

- sous Cass. req., 20 oct. 1926, *S.* 1927. 1. 73
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 1957, *JCP* 1959. I. 11305

FAGES (B.), sous Cass. com., 10 juill. 2007, *RTD civ.* 2007. 773

FARGE (C.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, *Defrénois* 2006, art. 38468, p. 1586

FAVARIO (I.), « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion », *JCP* 2010. 1056

FAVOREU (L.), sous Déc. n°81-132 DC du 16 janv. 1982, *Rev. dr. publ.* 1982. 377

FLURER, sous Orléans, 14 mai 1891, *DP* 1891, 2, p. 313

FRANÇOIS (J.), sous Cass. com., 3 juin 1997, *D.* 1998. 61

GARÇON (J.-P.), note sous Cass. com., 10 févr. 2009, *JCP éd. N* 2009. 1171

Gaudemet (E.), sous Cass. req., 16 juin 1911, *S.* 1918-1919. 1. 97

GAUDEMET (S.),

- sous Cass. ch. mixte, 22 février 2008, *RDC* 2008. 880
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, *RDC* 2008. 1303

GAUTIER (P.-Y.), sous Cass. com., 10 juill. 2007, *D.* 2007. 2844

GAVALDA (CH.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 1976, *JCP* 1978. II. 18806

GENICON (TH.), sous Cass. com., 29 juin 2010, *D.* 2010. 2485

GEORGE-LEMAIRE, rapport sous Cass. req., 12 févr. 1896, *DP* 1896. 1. 545

GHESTIN (J.), sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *JCP* 2005. I. 111

GIBOULOT, sous Cass. civ., 6 mars 1876, *D.* 1876. 1. 193

GIMALAC (L.) ET PORTAL (J.-M.), sous TGI Lyon, 1^{er} juill. 2002, *JCP* 2003. II. 10063

GOAZIOU (O.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2001, *JCP* 2002. II. 10124

GORE (M.), sous Paris, 7 avr. 1999, *Rev. crit. DIP* 1999. 693

GOUBEAUX (G.),

- sous Amiens, 18 mars 1969, *JCP* 1969 II. 16045, note
- sous Nancy, 17 déc. 1992, *Defrénois* 1993, art. 35584, p. 847
- sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP* 2007. II. 10130

GOUTTES (R. DE), avis sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *Bulletin des conclusions fiscales* 2005. 47

GRIMADLI (M.),

- sous Poitiers, 7 mars 1979, *D.* 1982. 195
- sous Poitiers, 7 mars 1979, *Defrénois* 1981, art. 32766
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 1983, *Defrénois*, 1983, art. 33609
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1983, *Defrénois* 1984, art. 33195, p. 95

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, *D.* 1995. somm. comm. 49
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, *D.* 1995. somm. 50
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *Deffrénois* 1995, art. 36160, p. 1109
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *RTD civ.* 2005. 434
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 2005, *RTD civ.* 2005. 442
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *RTD civ.* 2006. 807
- sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD Civ.* 2007. 605
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, *RTD civ.* 2008. 135
- sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *RTD civ.* 2008. 137
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, *RTD civ.* 2008. 342
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, *RTD civ.* 2008. 345
- sous Cour. const. Belge, 26 juin 2008, *RTD civ.* 2008. 526
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, *RTD civ.* 2011. 163
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *RTD civ.* 2011. 167
- GROSJEAN (P.)**, sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *JCP N* 2005. 1003
- GROUTEL (H.)**,
 - sous TGI Belfort, 23 mars 1999, *Resp. civ. et assur.* sept. 1999, Repères
 - sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 42
- GUENEE**, sous Cass. req., 10 déc. 1900, *DP* 1901. 1. 209
- GUYON (Y.)**, sous Bordeaux, 8 juin 1959, *JCP* 1960. II. 11638
- HAREL-DUTIROU (I.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *JCP* 1997. II. 22969
- HATOUX (B.)**, sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *RJF* 3/2008, n°370
- HAUSER (J.)**,
 - sous TGI Paris, 16 juin 1995, *RTD civ.* 1995. 601
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1997, *RTD civ.* 1998. 74.
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 2004, *RTD civ.* 2004. 720
 - sous Cass. civ. 2^{ème}, 15 mars 2007, *RTD civ.* 2007. 309
- HEBRAUD (P.)**, obs. *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1932. 107
- HEMARD (J.)**,
 - sous Aix, 11 mars 1913, *RTD civ.* 1913. 455
 - sous Cass. com., 1^{er} févr. 1955, *JCP* 1955. II. 8772
 - sous Pau, 19 avril 1910, *RTD civ.* 1910. 640
 - sous Trib. civ. de Soissons, 15 janv. 1910, *RTD civ.* 1910. 867
- HOLLEAUX (G.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1960, *D.* 1960. 681
- HONORAT (J.)**, sous Cass. civ., 1^{er} mars 1988, *Deffrénois* 1988, art. 34 373, p. 1402
- HOVASSE (H.)**,
 - *Dr. sociétés*, janv. 1994, n°17, p. 18
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *JCP éd. N* 1999. 351
- HOVASSE (S.)**,
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, *JCP éd. N* 2008. 1210
 - sous Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008 et Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, *JCP éd. N* 2008. II. 1364
 - sous. Cass. ch. mixte, 22 février 2008, *JCP éd. N* 2008. 1162
- HUGUENEY (H.)**, sous Cass. req., 29 juin 1910, *S.* 1913. 1. 33
- JEANTET (M.)**, sous CEDH, 9 juill. 1986, *JCP éd. E* 1987. II. 14894
- JEANTIN (M.) ET VIANDIER (A.)**, sous TGI Lille, 28 oct. 1986, *Rev. dr. banc.* 1987. II. 55
- JEANTIN (M.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1977, *D.* 1978. 89
- JULIENNE (F.)**, sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, *D.* 2007. 2084
- KULLMANN (J.)**,
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 1998, *RGDA* 1998. 786
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2001, *RGDA* 2001. 366
 - sous Paris, 27 mai 2003, *RGDA* 2004. 1010
 - sous Paris 22 juin 2004, *RGDA* 2004. 1014
 - sous Cass. civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, *RGDA* 2005. 676
 - sous Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 2009, *RGDA* 2009. 542
- LA MARNIERRE (E. S. DE)**,
 - sous Paris, 12 juill. 1979, *JCP* 1980. II. 19373
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1987, *Gaz. Pal.* 1988. 137
- LABBE (J. E.)**,
 - sous Caen, 12 nov. 1869, *S.* 1870. 2. 145
 - sous Cass. civ. 19 mars et 18 juin 1873 et Cass. req., 29 juill. 1873, *S.* 1874. 1. 5
 - sous Cass. civ., 6 mai 1885, *S.* 1885. 1. 289

- sous Cass. civ., 5 juill. 1886, *S.* 1890. 1. 241
- sous Caen, 12 nov. 1869, *S.* 1870. 2. 145
- sous Cass. req., 14 mars 1877, *S.* 1978. 1. 5
- sous Douai, 1^{er} mai 1894, *S.* 1895. 2. 1
- LACOINTA**, sous Cass. civ. 23 avr. 1888, *S.* 1889. 1. 25
- LAITHIER (Y.-M.),**
- sous Cass. com., 19 déc. 2006, *RDC* 2007. 273
- sous Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 2007, *RDC* 2008. 248
- sous Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, *RDC* 2010. 561
- Lalou (H.), sous Paris, 12 nov. 1937, *DP* 1938. 2. 1
- LANGLADE-O'SUGHRUE (J.-P.),** sous Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, *D.* 1999. 325
- LARROUMET (CH.),**
- sous Cass. com., 14 mai 1979, *D.* 1980. 157
- sous Paris, 11 juill. 1990, *D.* 1991. 33
- sous Cass. com., 19 déc. 2006, *D.* 2007. 344
- LE CANNU (P.),** sous Cass. com., 5 oct. 1999, *Deffrénois* 2000, art. 37090
- LE GUIDEDEC (R.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, *JCP* 1995. I. 3876
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, *JCP* 1998. I. 133
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *JCP* 1998. I. 133
- sous Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, *JCP* 1999. I. 189
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 janv. 2002, *JCP éd. N* 2002. I. 178
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 2004, *JCP* 2005. I. 187
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *JCP éd. N* 2006. 1071
- LEBORGNE (A.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, *D.* 1995. 342
- LECUYER (H.),** sous Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, *Dr. fam.* 2005, étude 6
- LEGEAIS (D.),** sous Cass. com., 19 déc. 2006, *JCP* 2007. II. 10067
- LENDAIS (C.) ET LENICA (F.),** sous CE, 19 nov. 2004, *AJDA* 2005. 194
- LEQUETTE (Y.),**
- sous Paris, 7 avr. 1999, *D.* 1999. 683
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *D.* 1996. 231
- LEROY (M.),**
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *RLDC* 2005/1, n° 504
- sous Rennes, 4 mars 2004, *Dr. et patrimoine* mars 2005, p. 39
- LEULEU (Y.) ET RENCHON (J.-L.),** sous Cour. const. Belge, 26 juin 2008, *Journ. Trib.* 2008. 597
- LEVY-ULLMANN (H.),** sous Cass. civ. 12 mai 1902, *S.* 1905. 1. 137
- LIBCHABER (R.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2000, *Deffrénois* 2001, art. 37365, p. 700
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2000, *Deffrénois* 2001, art. 37309, p. 237
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, *Deffrénois* 2004. 1397
- sous Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008 et Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, *Deffrénois* 2009, art. 38916, p. 657
- LIENHARD (A.),**
- sous Cass. com., 9 nov. 2004, *D.* 2004. 3068
- sous Cass. com., 4 oct. 2005, *D.* 2005. 2591
- sous Déc n°2009-589 DC, *D.* 2009, Act. lég. 2412
- LOYNES (P.),** sous Bordeaux, 1^{er} avr. 1897, *DP* 1898. 2. 169
- LUCET (F.) ET CORON (D.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 janv. 2002, *Rev. dr. banc. et fin.* 2002, n°44, p. 67
- LUCET (F.),** sous Besançon, 24 juin 1994, *Rev. dr. banc. et bourse, Cahiers de Gestion du Patrimoine*, 1995, n° 52, p. 2
- LYON-CAEN (CH.),** Cass. req., 12 févr. 1896, *S.* 1896. 1. 305
- LYON-CAEN (M.),** sous Cass. civ., 4 août 1908, *S.* 1909. 1. 5
- M. ANCEL (M.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1961, *D.* 1962. 285
- MAGUET (M.),** sous Cass. req., 20 févr. 1939, *DC* 1941. 22
- MAHINGA (J.-G.),**
- sous Cass. civ. 1^{er} juill. 2003, *JCP N* 2004. 1314
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, *JCP éd. N* 2005. 1315
- MALAURIE (PH.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 1957, *D.* 1960. 515
- sous Paris, 13 déc. 1965, *D.* 1966. 275
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1969, *Deffrénois* 1971, art. 29234
- sous Lyon, 8 juin 1971, *Deffrénois* 1972. 202
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, *Deffrénois* 2008, art. 38754

MARTIN (D. R.),

- sous Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1993, *D.* 1993. 27
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *D.* 1993. 613
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *JCP* 2003. II. 10029

MARTIN (D.),

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov 1978, *D.* 1979, IR 357
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, *D.* 1981. IR. 90
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *JCP* 1989. II. 21366
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, *D.* 1993. 613
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *D.* 2003. 344

MARTIN-SERF (A.),

- sous Cass. com., 3 juin 1997, *RTD com.* 1997. 686
- sous Cass. com., 4 oct. 2005, *RTD com.* 2006. 481

MASSIP (J.),

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, *Defrénois* 1986, art. 33792
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, *D.* 1989. 406

MAURY (J.), sous Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1992, *JCP* 1993. II. 22142**MAYAUX (L.),**

- sous Paris, 27 janv. 2000, *RGDA* 2000. 1095
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *RGDA* 2005. 110
- sous CE, 6 févr. 2006, *RGDA* 2006. 741
- sous Cass. civ. 2^{ème}, 4 juill. 2007, *RGDA* 2007. 881
- sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *JCP* 2008. II. 10029
- sous Cass. ch. mixte, 22 février 2008, *JCP* 2008. II. 10058
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, *RGDA* 2008. 399
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, *RGDA* 2008. 402
- sous Cass. civ. 2^{ème}, 17 sept. 2009, *RGDA* 2009. 1227
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *RGDA* 2010. 1126
- sous CE, 17 nov. 2010, *RGDA* 2011, n°1

MAZEAUD (D.),

- sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 déc. 1997, *Defrénois* 1998, art. 36753, p. 336
- sous Cass. com., 24 nov. 1998, *Defrénois* 1999. 371
- sous Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999, *Defrénois* 1999, art. 37041, p. 1011
- sous Cass. com., 10 juill. 2007, *RDC* 2007. 1110
- sous Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, *RDC* 2010. 564
- sous Cass. com., 29 juin 2010, *D.* 2010. 2481

MAZEAUD (J.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1966, *D.* 1966. 614**MESTRE (J.) ET FAGES (B.),**

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2000, *RTD civ.* 2001. 134
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 sept. 2003, *RTD civ.* 2004. 93
- sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 juin 2003, *RTD civ.* 2004. 93
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *RTD civ.* 2004. 734
- sous Cass. com., 4 oct. 2005, *RTD civ.* 2006. 319

MESTRE (J.),

- sous Cass. civ. 3^{ème}, 9 nov. 1983, *RTD civ.* 1985. 154
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, *RTD civ.* 1987. 102
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *RTD civ.* 1988. 532
- sous Cass. com., 23 mai 1989, *RTD civ.* 1990. 72
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, *RTD civ.* 1990. 468
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, *RTD civ.* 1990. 73
- sous Versailles, 6 juin 1991, *RTD civ.* 1992. 560
- sous Cass. com., 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993. 124
- sous Cass. com., 23 février 1993, *RTD civ.* 1994. 99
- sous Cass. com., 24 nov. 1998, *RTD civ.* 1999. 98
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 1998, *RTD civ.* 1999. 834
- sous Cass. civ. 1^{re}, 13 juill. 2004, *RTD civ.* 2004. 734

MICHEL (L.), note sous Cass. civ., 10 nov. 1896, *DP* 1899. 1. 209**MONTERA (F. DE),** sous Cass. civ. 16 oct. 1956, *S.* 1957. 43**MOREAU,** sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, *JCP éd. N* 1992. II. 420
Morel, sous Cass. civ., 28 févr. 1923, *Rev. crit. lég. et jurispr.* 1925. 17**MORIN (G.),** s

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, *Defrénois* 1975, art. 30986, p. 1185
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1987, *D.* 1998. 260
- MORRIS-BECQUET (G.)**, sous Cass. com., 5 oct. 1999, *D.* 2000. 552
- MOURGEON (L.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 avr. 1970, *JCP* 1971. II. 16674
- NACQUET (E.)**, sous Cass. civ. 10 juin 1918, *S.* 1922. 1. 25
- NAJJAR (I.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *D.* 1989. 181
- NAQUET (A.)**, sous Cass. civ., 10 juin 1918, *S.* 1922. 1. 25
- NAQUET (E.)**, sous Cass. req., 26 juin 1905, *S.* 1907. 1. 217
- NAST**,
 - sous Cass. civ., 2 nov. 1937, *DP* 1938. 1. 57
- NERSON (R.)**, sous Lyon, 20 oct. 1958, *D.* 1959. 111
- NERSON (R.)**, sous Trib. civ. Saint-Etienne, 8 juill. 1957, *D.* 1958. 124
- NICOD (M.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *D.* 2002. 2447
- Noboyet, sous Paris, 21 juin 1935, *S.* 1936. 2. 1
- NOGUERO (D.)**, sous Cass. civ. 2^{ème}, 15 mars 2007, *D.* 2007. 1932
- PAISANT (G.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1993, *D.* 1994. 25
- PATARIN (J.)**,
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, *RTD civ.* 1981. 671
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1981, *RTD civ.* 1981. 891
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1981, *RTD civ.* 1981. 884
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, *RTD civ.* 1982. 781
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1983, *RTD civ.* 1984. 141
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 1983, *RTD civ.* 1984. 349
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, *RTD civ.* 1984. 423
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1984, *RTD civ.* 1985. 431
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1985, *RTD civ.* 1986. 662
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 1985, *RTD civ.* 1987. 137
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, *RTD civ.* 1988. 382
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *RTD civ.* 1988. 382
 - sous Cass. civ., 1^{er} mars 1988, *RTD Civ.* 1988. 800
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *RTD civ.* 1989. 116
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, *RTD civ.* 1992. 165
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *RTD civ.* 1992. 162
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, *RTD civ.* 1992. 622
 - sous Nancy, 17 déc. 1992, *RTD civ.* 1993. 865
 - sous Paris, 28 sept. 1993, *RTD civ.* 1994. 401
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, *RTD civ.* 1995. 666
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, *RTD civ.* 1995. 167
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *RTD civ.* 1995. 418
 - sous Cass. civ., 20 févr. 1996, *RTD civ.* 1996. 454
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *RTD civ.* 1996. 454
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, *RTD civ.* 1997. 486
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *RTD civ.* 1998. 171
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *RTD civ.* 1998. 271
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, *RTD civ.* 1999. 680
 - sous Paris, 7 avr. 1999, *RTD civ.* 1999. 682
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000, *RTD civ.* 2001. 410
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 2002, *RTD civ.* 2002. 551
 - sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, *RTD civ.* 2003. 133
- PERIER (M.)**, sous Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, *Gaz. Pal.* 21 juin 2005, doct. p. 2
- PERINET-MARQUET (H.)**,
 - sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *JCP* 1999. I. 120
 - sous Cass. com., 10 févr. 2009, *JCP* 2009. I. 127
- PETERKA (N.)**, sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2003, *Defrénois*, 2004. art. 37853
- PETRONI-MAUDIERE**, sous Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008 et Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, *Defrénois* 2009. 1585
- PIEDELIEVRE (S.) ET DUPICHOT (J.)**, sous Déc. n°81-132 DC du 16 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 1. 67
- HAMON**, sous Déc n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, *D.* 1983. 169
- Piédelièvre (S.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *JCP* 1999. II. 10027
- PIERRE (PH.) ET GENTILHOMME (R.)**, sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, *Resp. civ. et assur.* 2008. Etude 5.
- PIERRE (PH.)**,
 - sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *Resp. civ. et assur.* 2005, repère 1

- sous Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, *Rev. Notaires* avril 2005, p. 4
- PILLEBOUT (J.-F.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, *JCP* 1993. II. 22003
- PILON,**
- sous Cass. crim., 3 août 1912, *RTD. civ.* 1904. 19
- rapport sous Cass. Req., 10 févr. 1936, *DP* 1937. 1. 92
- PLANIOL (M.),**
- sous Nîmes, 22 janv. 1890, *DP* 1891. 2. 113
- sous Cass. civ., 29 avr. 1901, *D.* 1902. 1. 33
- sous Caen, 15 nov. 1906, *DP* 1907. 2. 265
- sous Cass. civ. 13 mars 1907, *DP* 1907. 1. 281
- PLASSARD (J.),**
- sous Trib. civ. Seine, 26 mai 1922, *DP* 1925. 2. 149
- sous Cass. civ., 28 févr. 1923, *DP* 1925, 1. 189
- sous Paris, 14 janv. 1926, *D.* 1928. 2. 9
- PONSARD (A.),**
- sous Cass. civ., 4 nov. 1952, *JCP* 1953. II. 7554
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1960, *JCP* 1961. II. 12148
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 1979, *Deffrénois* 1980, art. 32222
- POTIER,** sous Cass. req., 12 juill. 1905, *DP* 1907. 1. 141
- PREVAULT,** sous Paris, 31 mai 1983, *D.* 1985. 74
- RADOUANT,** sous Cass. civ., 12 juill. 1956, *D.* 1956. 749
- RAFFRAY (J.-G.),** sous Paris, 23 sept. 2001, *Resp. civ. et assur.* 2002. comm. 345
- REBOUL-MAUPIN (N.),** sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, *D.* 2007. pan. 249
- REM (PH.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 1983, *JCP éd. N* 1984. 116
- REMY (PH.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1981, *JCP* 1981. II. 19693
- sous TGI Paris, 9 nov. 1981, *JCP* 1983. II. 20071
- RENAULT D'UBEXI,** « Rapport », sous Cass. req., 30 avr. 1867, *S.* 1867. 1. 329
- RENET (TH.),**
- sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD civ.* 2007. 588
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 octobre 2007, *RTD civ.* 2008. 125
- RIVERO (J.),** sous Déc. n°81-132 DC du 16 janv. 1982, *AJDA* 1982. 377
- ROBERT (A.),** sous Paris, 15 sept. 1993, *D.* 1994. somm. comm. 162
- ROBINEAU (M.),** sous Cass. civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, *D.* 2005. 2928
- RODIERE (R.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, *JCP* 1980. II. 19315
- ROUXEL (E.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *JCP éd. E* 1999. II. 426
- RUBELLIN-DEVICHI (J.),** obs. *RTD civ.* 1990. 448
- SAINT-ROSE (J.),**
- concl. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2003, *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2003
- concl. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2003, *D.* 2003. 2404
- avis sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *JCP* 2004. II. 10055
- SALEILLES (R.),**
- sous Dijon, 30 juin 1893, *S.* 1894. 2. 185
- sous Lyon, 10 juill. 1894, *S.* 1895. 2. 185
- SALLE DE LA MARNIERRE (M.),** sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 1983, *JCP* 1984. II. 20257
- SALVAGE (PH.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 1988, *JCP éd. N* 1989. 74
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *JCP* 1992. II. 21840
- SARRUT (L.),**
- sous Cass. civ., 8 févr. 1898, *D.* 1899. 1. 153
- sous Cass. civ., 24 janv. 1899, *DP* 1900. 1. 533
- sous Cass. req., 30 oct. 1911, *S.* 1916. 1. 5
- sous Cass. req., 17 nov. 1913, *D.* 1922. 1. 73
- SAUVAGE (F.),**
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 2004, *JCP* 2004. II. 10174
- sous CE, 19 nov. 2004, *Deffrénois* 2006, art. 38306
- sous Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008 et Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 2008, *RJPF* 2008, n°12, p. 29
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, *Rev. dr. banc. et fin.* 2011. comm. 23
- SAVATIER (R.),**
- sous Trib. de Joigny du 18 avril 1923, *RTD civ.* 1923. 1005

- sous Paris, 8 nov. 1924, *RTD civ.* 1925. 162
- sous Trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, *DH* 1928. 121
- sous Paris, 1^{er} juill. 1926 et Trib. civ. Seine, 1^{er} févr. 1927, *D.* 1928. 2. 121
- sous Trib. civ. Seine, 5 juin 1929, *RTD civ.* 1929. 808
- sous Trib. civ. du Nord (Lille), 18 mars 1930, *RTD civ.* 1930. 822
- sous Cass. civ. 29 avr. 1931, *RTD civ.* 1932. 631
- sous Cass. civ., 27 juin 1933, *DP* 1934. 1. 94
- sous Paris, 26 avr. 1934, *RTD civ.* 1934. 870
- sous Cass. civ., 7 janv. 1936, *RTD civ.* 1936. 530
- sous Paris, 21 juin 1935, *DP* 1938. 2. 17
- sous Cass. req., 19 juill. 1938, *RTD civ.* 1939. 209
- sous Cass. req. 14 janv. 1941, *RTD civ.* 1941. 475
- sous Besançon 22 juill. 1946, *JCP* 1947. II. 3568
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1952, *RTD civ.* 1953. 362
- sous Poitiers, 5 mai 1954, *RTD civ.* 1955. 147
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1959, *D.* 1959. 613
- sous Paris, 10 janv. 1962, *RTD civ.* 1962. 534
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1963, *RTD civ.* 1963. 770
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 déc. 1963, *RTD civ.* 1964. 591
- sous Cass. civ., 30 nov. 1964, *RTD civ.* 1965. 387
- sous Paris, 13 déc. 1965, *RTD civ.* 1966. 333
- sous Rennes, 16 janv. 1967, *RTD civ.* 1967. 425
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1968, *RTD civ.* 1969. 365
- sous Poitiers, 11 mai 1971, *RTD civ.* 1972. 161, obs. R. Savatier.
- sous TGI de Strasbourg, 10 janv. 1968, *JCP* 1973. II. 15776
- sous Colmar, 9 janv. 1973, *JCP* 1973. II. 17402
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 mai 1973, *RTD civ.* 1974. 182
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, *JCP* 1975. II. 18141
- sous Poitiers, 24 mars 1976, *JCP* 1976. II. 18379
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, *RTD civ.* 1975. 754
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976, *RTD civ.* 1977. 359
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1977, *RTD civ.* 1978. 173
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 1979, *RTD civ.* 1980. 590
- sous Paris, 12 juill. 1979, *RTD civ.* 1980. 800

SAVAUX (E.),

- sous Cass. com., 10 juill. 2007, *Deffrénois* 2007. 1454
- sous Cass. com., 19 déc. 2006, *Deffrénois* 2007. 448

SCHMIDT (D.), sous TGI de Strasbourg, 10 janv. 1968, *D.* 1968. 720

SERIAUX (A.), sous Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, *JCP* 2004. II. 10165

SEYDOUX (M.), sous Nancy, 28 avr. 1976, *JCP* 1976. II. 19158 bis

SOLUS (H.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1962, *RTD civ.* 1962. 527

SOULEAU (H.), sous Cass. civ. 3^e, 9 oct. 1985, *Deffrénois* 1986. 1502

SOULEAU (H.), sous Nancy, 28 avr. 1976, *Deffrénois* 1977. art. 31396

SOUSI (G.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1982, *Rev. soc.* 1983. 826

STOFFEL-MUNCK (PH.), sous Cass. com., 10 juill. 2007, *D.* 2007. 2839

STORCK (M.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *RTD com.* 1999. 459

SUDRE (F.), sous CEDH, 9 juill. 1986, *D.* 1988. chron. 71

TERRE (F.) ET LEQUETTE (Y.),

- sous Cass. civ., 6, 9, 22 et 27 mars 1888, *GAJC*, t. II, Dalloz, 12^e éd., 2007, n°169
- sous Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *GAJC*, t. I, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 132
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *GAJC*, t. I, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 77
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, *GAJC*, t. II, Dalloz, 12^e éd., 2007, n°156
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1981, *GAJC*, t. I, Dalloz, 12^e éd., 2007, n°130
- sous Cass. civ., 12 août 1863, *GAJC*, t. I, Dalloz, 12^e éd., 2007, n°126-127
- sous Cass. civ., 12 juill. 1956, *GAJC*, t. II, Dalloz, 12^e éd., 2007, n°172
- sous Cass. req., 12 juillet 1905, *GAJC*, t. I, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 66
- sous Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1968, *GAJC*, t. II, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 274
- sous Cass. civ., 13 août 1851, *GAJC*, t. I, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 104
- sous Cass. com., 10 juill. 2007, *GAJC*, t. II, Dalloz, 12^e éd., 2007, n°164
- sous Cass. req., 31 janv. 1893, *GAJC*, t. I, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 128

TESTU (F.-X.),

- sous Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, *JCP* 1989. II. 21193
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, *JCP* 1992. I. 3604, n^o7
THERY (PH.), sous Cass. com., 19 déc. 2006, *Defrénois* 2008. 414
THIERRY (J.), sous Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 1997, *D.* 1997. 483
THOMAS-RAYNAUD (A.-L.), sous Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 2007, *D.* 2008. 963
TISSERAND (A.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, *JCP* 1993. II. 22041
TISSIER (A.),
- sous Cass. civ., 20 juin 1904, *S.* 1906. 1. 81
- sous Cass. civ., 18 oct. 1909, *S.* 1911. 1. 489
TISSIER, sous Cass. Req., 6 mai 1908, *S.* 1910. 1. 297
TIXIER (G.), sous Cass. com., 2 déc. 1997, *D.* 1998. 263
TRASBOT (A.),
- sous Paris, 19 oct. 1927, *Rev. crit.* 1929. 466
- sous Trib. civ. du Nord (Lille), 18 mars 1930, *Rev. crit. de législ. et jurispr.* 1933. 62
TUNC (A.), sous Paris, 10 juin 1953, *D.* 1954. 9
VAREILLE (B.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1991, *D.* 1993. Somm. 228
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *D.* 1992. Somm. 229
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, *D.* 1995. Somm. 333
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Defrénois* 2011, art. 39225, p. 703
VASSEUR (M.),
- sous Paris, 9 juin 1983, *D.* 1984. IR. 81
- sous TGI Lille, 28 oct. 1986, *D.* 1987. 506
- sous Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1993, *D.* 1994. somm. 329
VIALETON (H.),
- sous Cass. civ., 28 févr. 1923, *S.* 1925. 1. 273
- sous Cass. civ., 24 janv. 1928, *S.* 1929. 1. 37
VIANDIER (A.) ET CAUSSAIN (J.-J.), sous Cass. com., 5 oct. 1999, *JCP* 2000. I. 205
VIGNAL (TH.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *JCP* 1995. II. 22529
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, *Defrénois* 1997. 26
VIGNEAU (D.), sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 janv. 2002, *Dr. fam.* 2002
VIRASSAMY (G.), sous Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1989, *D.* 1990. 365
VIRASSAMY (G.), sous Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP* 1993. II. 22614
VOIRIN (P.),
- sous Cass. req. 14 janv. 1941, *DA* 1941. II. 1699
- sous Cass. req., 14 janv. 1941, *JCP* 1941. II. 1699
- sous Lyon 11 mai 1942, *JCP* 1942. II. 2007
- sous Cass. civ. 13 déc. 1943, *JCP* 1944. II. 2626
- sous Cass. req., 18 févr. 1947, *JCP* 1947. II. 3719
- sous Angers, 29 mai 1950, *JCP* 1950. II. 5597
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1952, *JCP* 1953. II. 7696 bis
- sous Poitiers, 5 mai 1954, *JCP* 1955. II. 8742
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1958, *JCP* 1959. II. 11136
- sous Cass. civ., 1^{ère}, 20 janv. 1958, *JCP* 1959. II. 11136
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 1958, *JCP* 1959. II. 11136
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 1966, *JCP* 1967. II. 14973.
- sous Colmar, 9 janv. 1973, *Defrénois* 1974, art. 30553
WAHL (A.),
- sous Caen, 9 juill. 1894, *S.* 1896. 2. 281
- sous Cass. civ., 28 oct. 1895, *S.* 1895. 1. 289
- sous Bordeaux, 1^{er} avr. 1897, *S.* 1900. 2. 241
- sous Cass. req., 12 juill. 1905, *S.* 1907. 1. 273
- sous Cass. civ., 6 mai 1913, *S.* 1920. 1. 361
WITZ (CL.), sous TGI Lille, 28 oct. 1986, *Rev. soc.* 1987. 600
ZENATI (F.),
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 1989, *RTD civ.* 1990. 687
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, *RTD civ.* 1992. 598
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1991, *RTD civ.* 1994. 387
- sous Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 1991, *RTD civ.* 1993. 168
- sous Cass. com., 12 juill. 1993, *RTD civ.* 1994. 381

- sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, *RTD civ.* 1995. 919
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *RTD civ.* 1998. 937
- sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *RTD civ.* 1998. 414
- sous Cass. civ 1^{ère}, 12 nov. 1998, *RTD civ.* 1999.422

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A -

Acte conservatoire : 418s.

Acte d'administration : 414s.

Acte de gestion : 599s.

Actes de disposition :

- Acte juridique : 393s.

- Acte matériel : 404s.

Administration des biens donnés ou légués aux mineurs :

- Définition : 6, 659s.

- Exclusion de l'administration légale : 662s.

- Fin : 670s.

- Aménagements conventionnels : 668s.

Ancien Droit : 3

Assurance sur la vie :

- Aléa : 551s.

- Causes d'inefficacité : 567s.

- Conditions de formation : 562s.

- Définition de l'assurance vie de placement : 6, 546, 550s.

- Libéralité : 556s.

- Prérogative de l'intermédiaire, propriété-pouvoir : 197s.

- C -

Capacité du gratifié : 337s.

Cautionnement-libéralité : 2

Cession de créance : 2

Charge :

- D'affectation : 60s.

- Dans l'intérêt de l'*accipiens* : 63s.

- Dans l'intérêt du bénéficiaire : 62s.

- De fonder : 74s.

- Et condition : 81s.

- Et libéralités à trois personnes : 57s.

- Héritaire : 73s.

- Personnelle : 65sS

- Réelle : 70s.

Clause de réserve de propriété : 185

Common law : 9

Condition :

- Distinction condition et charge : 81s.

- Et libéralité à trois personnes : 78s.

- Notion : 77s.

- D -

Délégation : 2

Desaisissement du disposant : 22

Détenteur précaire :

- Et libéralités à trois personnes : 169s.

- Notion : 168s.

Double libéralité :

- Notion : 236

- Typologie : 238

▪ Double libéralité reposant sur la technique de la charge personnelle : 240s

V° Libéralité avec charge, Libéralité graduelle, Libéralité précaire, Libéralité résiduelle, Stipulation pour autrui

▪ Double libéralité reposant sur la technique de la charge réelle : 315s.

V° Double libéralité d'usufruits successifs, Double libéralité en usufruit et en nue-propriété

▪ Double libéralité reposant sur la technique de la condition : 325s

V° Double libéralité conditionnelle

Double libéralité conditionnelle :

- Caractère accessoire de la condition : 328s.

- Définition : 6s.

- Origine : 327s.

- Rapports entre les deux gratifiés : 329s.

- Prérogative de l'intermédiaire, propriété ordinaire : 195s.

- Pouvoir de l'intermédiaire : 403s.

Double libéralité d'usufruits successifs :

- Définition : 322

- Nature des droits de l'usufruitier de second rang : 323s

- Pouvoir du premier gratifié : 399s.

Double libéralité en usufruit et en nue-propriété :

- Définition : 6

- Rapport entre le disposant et les deux gratifiés : 318s.
- Rapport entre les deux gratifiés : 319s.
- Situation de l'usufruitier : charge d'entretien : 320s.
- Situation du nu-proprétaire : obligation des grosses réparations : 321s.
- Validité : 317s

Droit conditionnel : 27

Droit éventuel : 27

Droit intermédiaire : 3

Droit québécois : 9, 697

Droit suisse : 9, 697

- E -

Exécution testamentaire :

- Conditions de formation : 707s.
- Définition : 6
- Dénouement : 716s.
- Evolution historique : 699s.
- Exécution testamentaire ordinaire : 710s.
- Exécution testamentaire renforcée : 711s.
- Représentation parfaite : 705s.
- Utilité : 698s.

- F -

Fideicommiss : 8, 250

Fiducia : 8

Fiducie-libéralité :

- A caractère collectif
 - Causes d'inefficacité : 633s.
 - Définition : 614s.
 - Personne morale gratifiée : 628s.
 - Respect de l'affectation voulue par le disposant : 631s.
 - Révision de la charge : 632s.

V° Fondation de France

- A caractère individuel : 545s.

V° Assurance sur la vie au profit d'un tiers, Fiducie-libéralité innommée

Fiducie-libéralité innommée :

- Notion : 7, 183s.
- Causes d'inefficacité : 603s.
- Conditions de formation : 592s.
- Exclusivité de gestion du fiduciaire : 599s.
- Fiduciaire non gratifié : 220, 601s.
- Licéité : 577s.
- Prérrogative du fiduciaire, propriété-pouvoir : 197s.

Fondation :

- Abrisée : 620s.
- de France : 620s.
- Définition : 186s.
- Sous égide : 622s.

Fonds de dotation : 186s.

Formalisme :

- Des donations : 377s.
- Des testaments : 378s.

- I -

Intermédiaire dans les libéralités à trois personnes : 3

Intermédiaire dans les libéralités à trois personnes :

- Définition : 3s.
- Détenteur précaire : 168s.
- Droit subjectif : 163s.
- Pouvoir : 162s.
- Propriétaire : 171s.
- Propriété-droit subjectif : 176, 195s.
- Propriété-pouvoir : 180s., 197.

- J -

Justiciabilité : 1

Legs avec faculté d'élire :

- Définition : 646s.
- Nullité : 647s.

Legs de la chose d'autrui : 75

Legs de residuo : 6

Legs pur et simple :

- et charge héréditaire : 137s.
- et charge personnelle : 121s.
- Notion : 108s.

Lettre de change : 2

Libéralité :

- Notion : 203s
- Distinction donations et legs : 208
- Élément économique :
 - appauvrissement : 206s.
 - enrichissement : 208s.
- Élément intentionnel :
 - intention libérale : 211s.
 - cause finale 211s.
 - conception psychologique 213s.
 - conception abstraite : 215ss.
- et libéralité à trois personnes : 218s.

Libéralité à trois personnes :

- Cohérence du droit positif : 7
- Définition : 2, 5
- Diversité : 6
- Objet :
 - un bien : 33s.
 - une valeur : 42s.
 - une richesse : 43s.
- Sujets :
 - sujets passifs :
 - disposant : 22s.
 - bénéficiaire final : 24s.
 - sujet actif : *V° Intermédiaire*
- Technique : *V° Charge, Condition, Terme, Représentation*

Libéralité avec charge : 6

V° Stipulation pour autrui, Charge réelle, Charge personnelle.

Libéralité graduelle :

- Appelé gratifié : 258s.
- Caractère successif des deux libéralités : 259s.
- Condition de formation : 358s.
- Grevé gratifié : 258s
- Notion : 6
- Obligation du grevé,
 - Charge de conserver : 263s.
 - Acte conservatoire : 264
 - Interdiction d'accomplir des actes de disposition entre vifs : 265
 - Charge de transmettre : 267s
 - Obligation de ne pas léguer : 268
- Ordre successif : 260s
- Origine historique : 250s.
- Prérogative de l'intermédiaire, propriété ordinaire : 195s.
- Qualification :
 - et double libéralité en usufruit et en nue-propriété : 273s.
 - et double libéralité à terme : 275s.
 - et double libéralité conditionnelle : 277s.
 - et substitution de personnes : 283s.
 - Qualification de libéralité avec charges *sui generis* : 285s.
 - et stipulation pour autrui : 290s.

Libéralité multilatérale : 2

Libéralité par personne interposée :

- Définition : 90s
 - Élément matériel : 92s.
 - Élément intentionnel : 95s.
- et libéralité à trois personnes : 98s.

Libéralité précative :

- Condition de formation : 382
- Définition : 6, 298s.
- Obligation naturelle et donation : 311
- Origine historique : 299
- Prérogative de l'intermédiaire, propriété ordinaire : 195s
- Qualification :
 - qualification *sui generis* : 308

- et libéralité conditionnelle : 305s
- et libéralité résiduelle : 303s.
- et stipulation pour autrui : 302s.

Libéralité résiduelle :

- Condition de formation 346s.
- Définition : 6
- Origine historique : 250
- Prérogative de l'intermédiaire, propriété ordinaire : 195s
- Qualification
 - Choix d'une qualification *sui generis* : 285s.
 - et double libéralité à terme : 275s.
 - et double libéralité conditionnelle : 277s.
 - et double libéralité en usufruit et en nue-propriété : 273s.
 - et libéralité précative : 303s.
 - et stipulation pour autrui : 290s.
 - et substitution de personnes : 283s.

- M -

Mandat à effet posthume :

- Conditions de formations : 682s.
- Définition : 6
- Dénouement : 693s.
- Obligations du mandataire : 685s.
- Pouvoirs du mandataire : 686s.
- Qualification :
 - représentation parfaite : 676s.
 - représentation imparfaite : 678s.
- Rémunération du mandataire : 684

Mandat *post mortem* :

- Définition : 6
- Efficacité : 654s.
- Licéité : 652s.

- O -

Opération juridique à trois personnes : 2

- P -

Prérogative juridique :

- Définition : 153s.
- Définition du pouvoir : 156s.
- Définitions du droit subjectif : 154s.
- Distinction droit subjectif et pouvoir : 154s.
- Et situation de l'intermédiaire dans les libéralités à trois personnes : 161s.

Propriété :

- Clause de réserve de propriété 185
 - Définition : 164s.
 - Distinction propriété-pouvoir et propriété-droit subjectif : 187s.
 - Exclusivité 191
 - Propriété-droit subjectif : 176s.
 - Propriété-pouvoir : 180s.
- V° Fiducie*

- R -

Rapport et réduction :

- Assurance vie : 571s.
- Double libéralité : 518s.
- Fiducie-libéralité à caractère individuel : 607s.

Représentation :

- Définition : 42s.
- Droit commun et droit spécial : 642s.
- Et libéralité à trois personnes : 55s, 641s.
- Représentation imparfaite : 53s.
- Représentation parfaite 53s.

- S -

Spécialisation du droit : 7

Stipulation pour autrui : 2, 242s.

Substitutions fidéicommissaires : 6, 8

- T -

Technique juridique : 46

Terme :

- Définition : 85s.
- Et libéralité à trois personnes : 86s.

Trois : 1

***Trust* : 9**

Table des matières

| | |
|---|----|
| Introduction | 1 |
| PARTIE I - L'IDENTIFICATION DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES | 25 |
| TITRE I - LA STRUCTURE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES | 27 |
| CHAPITRE I - L'économie des libéralités à trois personnes | 29 |
| SECTION I : Les sujets | 30 |
| § 1 - Les sujets passifs | 30 |
| A. <i>Primus</i> , le disposant | 31 |
| B. <i>Tertius</i> , le bénéficiaire final | 32 |
| § 2 - Le sujet actif | 37 |
| SECTION II : L'objet | 40 |
| § 1 - Un bien | 40 |
| A. La notion de bien | 41 |
| B. La détermination du bien transmis | 44 |
| 1. Un bien individualisé | 44 |
| 2. Une universalité | 47 |
| § 2 - La valeur et la richesse représentatives d'un bien | 51 |
| Conclusion du Chapitre I | 53 |
| CHAPITRE II - Les techniques de réalisation des libéralités à trois personnes | 55 |
| SECTION I : Les techniques retenues | 57 |
| § 1 - La représentation | 57 |
| § 2 - La charge | 62 |
| A. Les caractères communs aux charges des libéralités à trois personnes | 63 |
| 1. L'objet de la charge : une charge d'affectation | 63 |
| 2. Le bénéficiaire de la charge : le bénéficiaire final | 66 |
| B. Les caractères propres à chaque charge des libéralités à trois personnes | 69 |
| 1. La charge personnelle | 69 |
| 2. La charge réelle | 73 |
| § 3 - Les modalités de l'obligation | 80 |
| A. La condition | 81 |
| 1. Les particularités de la condition dans les libéralités à trois personnes | 81 |
| 2. La distinction entre la condition et la charge | 83 |
| B. Le terme | 88 |
| SECTION II : Les techniques exclues | 92 |
| § 1 - Le procédé dont le concours de l'intermédiaire est fictif : la libéralité par personne interposée | 92 |

| | |
|---|------------|
| A. Les éléments constitutifs de la libéralité par personne interposée | 93 |
| 1. L'élément matériel | 93 |
| 2. L'élément intentionnel | 96 |
| B. Le critère de la distinction entre les libéralités par personne interposée et les techniques des libéralités à trois personnes | 100 |
| 1. Les critères rejetés | 101 |
| a) Le critère fondé sur l'existence ou l'absence d'émolument conféré à l'intermédiaire | 101 |
| b) Le critère fondé sur le rôle actif ou passif de l'intermédiaire | 102 |
| 2. Le critère adopté : l'absence de prérogative conférée à l'intermédiaire | 104 |
| § 2 - Le procédé dont le concours de l'intermédiaire n'est pas recherché par le disposant : Le legs pur et simple | 106 |
| A. L'exécution du legs pur et simple par un successeur légal | 107 |
| 1. Le successeur saisi, un intermédiaire non recherché par le disposant | 107 |
| 2. Le successeur saisi, un intermédiaire protecteur de l'hérédité | 112 |
| B. L'exécution du legs pur et simple par un autre légataire | 113 |
| 1. Critère de distinction entre le double legs et la charge personnelle | 117 |
| a) Le rejet des critères purement objectifs | 117 |
| i) Critère fondé sur la nature de l'obligation | 118 |
| ii) Critère fondé sur le droit d'action en exécution du gratifié final | 120 |
| b) L'adoption d'un critère subjectif | 121 |
| i) Insuffisance de la recherche de la volonté du disposant à l'égard du gratifié final | 122 |
| ii) Prééminence de la recherche de la volonté du disposant à l'égard de l'obligé | 122 |
| 2. Critère de distinction entre le double legs et la charge héréditaire | 126 |
| a) Rejet de la théorie du legs implicite fait aux héritiers ab intestat | 127 |
| b) Critère fondé sur le droit du gratifié final d'agir en exécution | 130 |
| | |
| Conclusion du Chapitre II | 133 |
| | |
| Conclusion du Titre I. | 134 |
| | |
| TITRE II - LA SITUATION DE L'INTERMEDIAIRE DANS LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES | 137 |
| | |
| CHAPITRE I - Les prérogatives de l'intermédiaire | 141 |
| SECTION I : Les types de prérogatives de l'intermédiaire | 142 |
| § 1 - L'exposé de la distinction entre droit subjectif et pouvoir | 142 |
| § 2 - L'analyse de la distinction entre droit subjectif et pouvoir | 147 |
| § 3 - L'existence de deux types de prérogatives de l'intermédiaire d'une libéralité à trois personnes | 152 |
| SECTION II : L'étendue des prérogatives de l'intermédiaire | 155 |
| § 1 - L'intermédiaire, détenteur précaire | 156 |
| § 2 - L'intermédiaire, propriétaire | 158 |
| A. La définition de la propriété | 159 |

| | |
|---|------------|
| 1. La définition de la propriété-droit subjectif | 160 |
| 2. La définition de la propriété-pouvoir | 167 |
| a) Les caractères de la propriété-pouvoir | 167 |
| b) La spécificité de la propriété-pouvoir par rapport à la propriété-droit subjectif | 172 |
| 3. La propriété, une notion à géométrie variable | 179 |
| B. La détermination des hypothèses dans lesquelles l'intermédiaire est propriétaire | 183 |
| 1. L'intermédiaire, propriétaire ordinaire | 184 |
| 2. L'intermédiaire, propriétaire aux prérogatives finalisées | 186 |
| | |
| Conclusion du Chapitre I | 189 |
| | |
| CHAPITRE II - Le titre d'acquisition de l'intermédiaire | 191 |
| SECTION I : La notion de libéralité | 192 |
| § 1 - L'élément économique | 192 |
| A. Un appauvrissement | 193 |
| B. Un enrichissement | 195 |
| § 2 - L'élément intentionnel | 199 |
| A. Le rejet de la conception psychologique | 201 |
| B. L'adoption de la conception abstraite | 204 |
| SECTION II : La mise en œuvre de la notion de libéralité dans les libéralités à trois personnes | 207 |
| | |
| Conclusion du Chapitre II | 217 |
| | |
| Conclusion du Titre II | 219 |
| | |
| Conclusion de la Première Partie | 221 |
| | |
| PARTIE II - LA DUALITE DES LIBERALITES A TROIS PERSONNES | 225 |
| | |
| TITRE I - LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES REALISANT UNE DOUBLE LIBERALITE | 227 |
| | |
| CHAPITRE I - La typologie des doubles libéralités | 229 |
| SECTION I : Les doubles libéralités reposant sur la technique de la charge personnelle | 230 |
| § 1 - Les libéralités avec charges au profit d'un tiers procédant d'une stipulation pour autrui | 230 |
| § 2 - Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles | 235 |
| A. Les éléments essentiels de la libéralité graduelle et de la libéralité résiduelle | 242 |
| 1. Une double libéralité successive | 242 |
| 2. Le report de la seconde libéralité au décès du premier gratifié | 244 |
| 3. L'obligation du premier gratifié de respecter les intérêts du second gratifié | 247 |
| a) Une charge propre à la libéralité graduelle : la charge de conserver | 248 |
| i) Une obligation positive : l'accomplissement d'actes conservatoires | 250 |

| | |
|--|------------|
| ii) Une obligation de ne pas faire : l'interdiction d'accomplir des actes de disposition entre vifs | 251 |
| b) Une charge commune à la libéralité graduelle et à la libéralité résiduelle : la charge de transmettre | 253 |
| B. La qualification de la libéralité graduelle et de la libéralité résiduelle | 255 |
| 1. Les qualifications exclues | 256 |
| a) Le rejet de la qualification de double libéralité en usufruit et en nue-propriété | 256 |
| b) Le rejet de la qualification de double libéralité à terme | 258 |
| c) Le rejet de la qualification de double libéralité conditionnelle | 260 |
| i) Hypothèse de la condition rétroactive | 261 |
| ii) Hypothèse de la condition non rétroactive | 262 |
| d) Le rejet de la qualification de substitution de personne | 267 |
| 2. Le choix de la qualification de libéralité avec charges <i>sui generis</i> | 268 |
| a) Le rejet de la qualification de charges <i>propter rem</i> | 269 |
| b) L'adoption de la qualification de charges personnelles | 271 |
| i) Le rejet de la qualification de stipulation pour autrui | 271 |
| ii) Le choix d'une qualification <i>sui generis</i> | 273 |
| § 3 - Les libéralités précatives | 276 |
| A. Les qualifications exclues | 278 |
| 1. Le rejet de la qualification de stipulation pour autrui | 278 |
| 2. Le rejet de la qualification de libéralité résiduelle | 279 |
| 3. La qualification de double libéralité conditionnelle | 280 |
| B. Le choix d'une qualification <i>sui generis</i> | 281 |
| SECTION II : Les doubles libéralités reposant sur la technique de la charge réelle | 289 |
| § 1 - La double libéralité en usufruit et en nue-propriété | 289 |
| § 2 - La double libéralité d'usufruits successifs | 295 |
| SECTION III : Les doubles libéralités reposant sur la technique de la condition | 298 |
| | |
| Conclusion du Chapitre I | 305 |
| | |
| CHAPITRE II : Le régime juridique des doubles libéralités | 307 |
| SECTION I : Les conditions de formation | 308 |
| § 1 - Les conditions relatives aux personnes | 308 |
| A. Le principe | 308 |
| B. Les dérogations tenant à la technique de la charge personnelle | 310 |
| 1. Les libéralités procédant d'une stipulation pour autrui | 312 |
| 2. Les libéralités précatives | 314 |
| 3. Les libéralités graduelles et résiduelles | 314 |
| a) Le choix du premier gratifié | 315 |
| b) Le choix du second gratifié | 318 |
| § 2 - Les conditions relatives aux biens | 320 |

| | |
|---|-----|
| A. Le principe | 321 |
| B. Les dérogations tenant aux libéralités graduelles et résiduelles | 323 |
| 1. Du point de vue qualitatif | 324 |
| 2. Du point de vue quantitatif | 333 |
| a) La libéralité graduelle | 334 |
| b) La libéralité résiduelle | 336 |
| § 3 - Les conditions relatives à la forme | 342 |
| A. Le principe | 342 |
| B. Les dérogations tenant à la technique de la charge personnelle | 344 |
| 1. Les libéralités procédant d'une stipulation pour autrui | 344 |
| 2. Les libéralités précatives | 345 |
| 3. Les libéralités graduelles et résiduelles | 345 |
| SECTION II : Les effets juridiques | 349 |
| § 1 - La première transmission | 350 |
| A. La situation juridique du premier gratifié | 350 |
| 1. Les actes de disposition | 350 |
| a) Les actes juridiques de disposition | 351 |
| i) Opérations postulant un principe de liberté de disposer | 351 |
| ii) Opérations postulant une restriction, en droit ou en fait, à la liberté de disposer | 352 |
| b) Les actes matériels de disposition | 357 |
| i) Opérations postulant un principe de liberté de disposer | 357 |
| ii) Opérations postulant une restriction, en droit ou en fait, à la liberté de disposer | 358 |
| 2. Les actes d'administration | 363 |
| 3. Les actes conservatoires | 367 |
| a) Opérations postulant un principe de conservation facultative des biens | 367 |
| i) Le grevé d'une libéralité précative | 368 |
| ii) Le grevé d'une libéralité résiduelle | 368 |
| b) Opérations postulant, en droit ou en fait, la conservation obligatoire des biens | 368 |
| i) Le grevé d'une libéralité graduelle | 368 |
| ii) Le gratifié en usufruit | 371 |
| iii) Le gratifié-promettant | 372 |
| iv) Le gratifié sous condition résolutoire | 372 |
| 4. Les charges et dettes | 373 |
| a) Les charges des biens | 373 |
| b) Les dettes du disposant | 374 |
| 5. La révision des charges et conditions | 376 |
| B. La situation juridique du second gratifié | 378 |
| 1. La situation du gratifié en nue-propriété | 378 |
| 2. La situation des autres gratifiés de second rang | 381 |
| a) Le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui | 381 |
| b) L'appelé d'une libéralité graduelle et le gratifié sous condition suspensive | 382 |

| | |
|---|-----|
| i) Droits en formation de nature différente | 382 |
| ii) Identité de régime juridique aux droits en formation | 383 |
| iii) La protection renforcée de l'appelé d'une libéralité graduelle | 386 |
| c) L'appelé d'une libéralité résiduelle | 387 |
| d) Le bénéficiaire d'une charge précative | 388 |
| § 2 - La seconde transmission | 388 |
| A. Les hypothèses de réalisation de la seconde transmission | 389 |
| 1. Les causes susceptibles d'empêcher la seconde transmission | 389 |
| a) La caducité du chef de l'un des deux gratifiés | 389 |
| i) L'appelé d'une libéralité graduelle ou résiduelle | 390 |
| ii) Le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui | 391 |
| iii) Le gratifié sous condition suspensive | 393 |
| b) La caducité en raison de la disparition de l'objet de la libéralité | 394 |
| i) Doubles libéralités pour lesquelles la seconde transmission est systématiquement empêchée | 394 |
| ii) Doubles libéralités pour lesquelles la seconde transmission est seulement empêchée par suite d'une disparition fortuite | 394 |
| c) La révocation de la libéralité | 398 |
| i) Avant l'acceptation du second gratifié | 398 |
| ii) Après l'acceptation du second gratifié | 400 |
| 2. Les causes de réalisation de la seconde transmission | 401 |
| a) Cause principale : la survenance de l'évènement | 401 |
| b) Cause exceptionnelle : l'inefficacité de la première libéralité | 402 |
| c) Cause propre aux libéralités graduelles : l'abandon de jouissance | 404 |
| B. Les effets de la transmission | 407 |
| 1. L'accomplissement de la transmission | 408 |
| a) Doubles libéralités dans lesquelles le premier gratifié exécute une obligation de transférer la propriété | 408 |
| b) Doubles libéralités dans lesquelles le premier gratifié exécute une obligation de restitution | 408 |
| 2. Les effets de la transmission sur les droits réels des tiers | 411 |
| a) Doubles libéralités dans lesquelles le principe est le maintien des droits réels des tiers | 411 |
| b) Doubles libéralités dans lesquelles le principe est la résolution des droits réels des tiers | |
| i) La double libéralité en usufruit et en nue-propriété | 412 |
| ii) La libéralité graduelle | 413 |
| iii) La double libéralité conditionnelle | 415 |
| 3. Les effets de la transmission sur les actes conservatoires et les actes d'administration | 417 |
| 4. La contribution aux charges de la propriété | 419 |
| 5. La contribution aux dettes du disposant | 422 |
| § 3 - Le rapport et la réduction de la double libéralité | 425 |
| A. Le double libéralité dénouée avant le décès du disposant | 427 |

| | |
|--|---------|
| B. La double libéralité dénouée après le décès du disposant | 428 |
| 1. Doubles libéralités dans lesquelles les droits du second gratifié sont certains | 429 |
| a) La double libéralité en usufruit et en nue-propriété | 429 |
| b) La double libéralité réalisée par le vecteur d'une stipulation pour autrui | 430 |
| 2. Doubles libéralités dans lesquelles les droits du second gratifié sont incertains | 432 |
| a) Première méthode : ne pas tenir compte de la seconde libéralité au moment de la liquidation de la succession du disposant | 433 |
| b) Seconde méthode : tenir compte de la seconde libéralité au moment de la liquidation de la succession du disposant | 434 |
| Conclusion du Chapitre II | 437 |
| Conclusion du Titre I | 439 |
| TITRE II - LES LIBERALITES A TROIS PERSONNES REALISANT UNE SEULE LIBERALITE | 441 |
| CHAPITRE I - L'intermédiaire - propriétaire | 443 |
| SECTION I : La fiducie-libéralité à caractère individuel | 445 |
| § 1 - Un cas particulier de fiducie-libéralité à caractère individuel : l'assurance sur la vie au profit d'un tiers | 445 |
| A. La qualification de l'assurance placement au profit d'un tiers | 447 |
| 1. La qualification des contrats de placement | 448 |
| 2. La qualification de libéralité résultant de la désignation à titre gratuit du bénéficiaire d'un contrat de placement | 458 |
| B. Le régime juridique de l'assurance placement au profit d'un tiers | 463 |
| 1. Les conditions de formation | 464 |
| 2. Les effets | 468 |
| 3. Les causes d'inefficacité | 470 |
| a) Le prédécès du donataire | 470 |
| b) La révocation | 471 |
| c) Le rapport et la réduction | 473 |
| i) Les éléments d'appréciation de l'excès | 473 |
| ii) Le montant assujéti au rapport et à la réduction | 477 |
| iii) La date de la libéralité réductible | 478 |
| § 2 - Pour la reconnaissance générale d'une fiducie-libéralité à caractère individuel | 480 |
| A. Les arguments en faveur de la licéité de la fiducie-libéralité | 482 |
| 1. Le dépassement de l'obstacle légal | 482 |
| 2. Le dépassement des obstacles jurisprudentiels | 487 |
| B. Les éléments d'un régime juridique de la fiducie-libéralité | 493 |
| 1. Les conditions de formation | 494 |
| a) Les conditions relatives aux personnes | 494 |

| | |
|---|------------|
| b) Les conditions relatives aux biens | 496 |
| c) Les conditions relatives à la forme | 497 |
| 2. Les effets juridiques | 499 |
| a) Pendant la fiducie | 499 |
| b) Au dénouement de la fiducie | 505 |
| 3. Les causes d'inefficacité | 505 |
| a) L'inefficacité du chef de l'un des acteurs de la fiducie-libéralité | 506 |
| b) L'inefficacité tenant à la réduction pour atteinte à la réserve | 508 |
| i) La prise en compte de la fiducie-libéralité dans la masse de calcul | 508 |
| ii) L'imputation de la fiducie-libéralité | 510 |
| iii) Les modalités de la réduction | 512 |
| SECTION II : La fiducie-libéralité a caractère collectif | 515 |
| § 1 - Les caractères de la fiducie-libéralité a caractère collectif | 517 |
| A. L'existence d'un rapport fiduciaire entre le disposant et la personne morale | 517 |
| 1. Le cas particulier de la Fondation de France | 518 |
| 2. Le cas général des autres personnes morales d'intérêt général | 520 |
| B. L'existence d'une libéralité au profit de la personne morale | 522 |
| § 2 - Le régime juridique de la fiducie-libéralité a caractère collectif | 525 |
| A. Les conditions de formation | 526 |
| B. Les effets | 530 |
| C. Les causes d'inefficacité | 531 |
| | |
| Conclusion du Chapitre I | 535 |
| | |
| CHAPITRE II - L'intermédiaire - représentant | 537 |
| SECTION I : La représentation de droit commun | 539 |
| § 1 - Le représentant chargé d'élire les bénéficiaires de la libéralité | 540 |
| § 2 - Le représentant chargé de gérer les biens de la libéralité | 545 |
| A. La licéité du mandat <i>post mortem</i> | 546 |
| B. L'efficacité du mandat <i>post mortem</i> | 547 |
| SECTION II : Les cas spéciaux de représentation du droit des libéralités | 550 |
| § 1 - L'administration aux biens donnés ou légués au mineur | 550 |
| A. Le domaine de la clause d'exclusion de l'administration légale | 552 |
| 1. Le domaine <i>ratione personae</i> | 552 |
| 2. Le domaine <i>ratione materiae</i> | 554 |
| B. Les effets de la clause d'exclusion de l'administration légale | 557 |
| § 2 - Le mandat à effet posthume | 559 |
| A. La qualification du mandat à effet posthume | 560 |
| 1. Le rejet de la qualification de représentation parfaite | 561 |
| 2. L'adoption de la qualification de représentation imparfaite | 563 |
| B. Le régime juridique du mandat à effet posthume | 565 |

| | |
|--|------------|
| 1. Les conditions de formation | 565 |
| 2. Les effets | 568 |
| a) En l'absence d'acceptation par l'un des héritiers visés par le mandat | 569 |
| b) En présence d'une acceptation de la succession par l'un des héritiers visés par le mandat | 569 |
| 3. Le dénouement | 577 |
| § 3 - L'exécution testamentaire | 579 |
| A. La qualification de l'exécution testamentaire | 582 |
| 1. L'agissement pour le compte d'autrui | 584 |
| 2. L'agissement au nom d'autrui | 585 |
| B. Le régime juridique de l'exécution testamentaire | 587 |
| 1. Les conditions de formation | 587 |
| 2. Les effets | 588 |
| a) L'exécution testamentaire ordinaire | 588 |
| b) L'exécution testamentaire renforcée | 589 |
| i) En présence d'héritier réservataire acceptant | 590 |
| ii) En l'absence d'héritier réservataire acceptant | 590 |
| 3. Le dénouement | 592 |
| Conclusion du Chapitre II | 596 |
| Conclusion du Titre II | 598 |
| Conclusion de la Seconde Partie | 601 |
| Conclusion générale | 605 |
| Bibliographie | 611 |
| Index alphabétique | 646 |
| Table des matières | V |

Résumé

Libéralité assortie de charges au profit d'un tiers bénéficiaire, double libéralité en usufruit et en nue-propriété, double libéralité conditionnelle, libéralité graduelle, libéralité résiduelle, libéralité précative, attribution gratuite du bénéfice d'une assurance sur la vie, libéralité exécutée grâce à l'intervention d'un exécuteur testamentaire, d'un mandataire à effet posthume, d'un administrateur des biens donnés ou légués à un mineur, telles sont les principales figures que l'on peut rassembler sous l'expression « libéralités à trois personnes ». Toutes ont ceci de commun de procéder du concours d'un intermédiaire de transmission, qui va être le trait d'union nécessaire entre le disposant et le gratifié. Face à une telle profusion, si le profane peut paraître démuné quant au choix de l'institution la mieux appropriée pour accomplir sa volonté libérale, il peut en être tout autant du juriste. Au-delà de l'embarras que l'on peut éprouver à établir ce qui sépare chacune de ces variétés de libéralités à trois personnes, c'est le régime juridique applicable à chacune d'entre elles qui suscite également des difficultés.

Abstract

Liberality subject to charges in favor of a third party beneficiary, double liberality in usufruct and bare ownership, double conditional liberality, generosity gradual, residual liberality, generosity precatory, the bonus benefit of life insurance, executed with liberality the intervention of an executor, an agent with posthumous effect, director of property given or bequeathed to a minor, are the main figures that we can gather under the term "three gifts persons". All have in common to carry the contest through a transmission, which will be the link needed between the settlor and gratified. Faced with such profusion, if the layman may appear helpless in choosing the most appropriate institution to fulfill his will liberal, it may be as much of the lawyer. Beyond the embarrassment that can be experienced in establishing what separates each of these varieties of gifts to three persons, the legal regime applicable to each of them which also raises difficulties.

Mots-clés

Libéralité, Acte à titre gratuit, Libéralité graduelle, Libéralité résiduelle, Fiducie, Fondation, Assurance sur la vie, Usufruit