

**Université Panthéon-Assas**

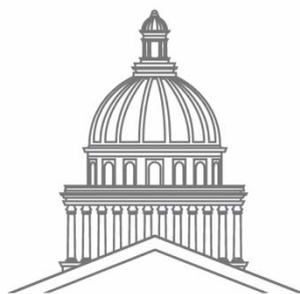
École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit

Soutenue le 15 décembre 2022

# **La donation indirecte**

*Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*



UNIVERSITÉ **PARIS II**  
PANTHÉON-ASSAS

**Anne-Lou RANDEGGER**

Sous la direction de **Monsieur Claude BRENNER**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II

Membres du jury : **Monsieur Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE**  
Professeur à l'Université de Bordeaux

**Madame Sophie GAUDEMET**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II

**Madame Charlotte GOLDIE-GENICON**  
Professeur à l'Université de Nantes

**Monsieur Marc NICOD**  
Professeur à l'Université Toulouse – Capitole



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



*À la mémoire de mon père,  
À Luc qui la partage avec moi.*



## ***Remerciements***

Mes premiers remerciements vont au Professeur Monsieur Claude Brenner, pour sa confiance, ses conseils avisés et son écoute attentive – de Paris à Medellin en passant par Cali. Puisse-t-il trouver ici le témoignage de ma plus respectueuse gratitude.

Pour sa patience, ses fines analyses et ses mots rassurants dans les moments les plus difficiles, je remercie aussi Guillaume Drouot. L'achèvement de cette thèse lui doit beaucoup.

Pour leur inestimable amitié, leur fidélité et leur indéfectible soutien jusque dans les derniers instants, je remercie également Pamella Buisson, Aurélie Cassagnes, Marie Fabre, Théo Faugeras, Marie Hennion, Natacha Leroy, Dorothée Perrouin-Verbe, Ambre Pertuisel, Jeanne Roussel, Raphaëlle Thery ; et pour son apaisante tendresse, son fils, Abel Thery-Lemaire.

Je dois également beaucoup à Sophie Antonelli, Jean-Baptiste Barbieri, Céline Béguin, Adrien Bonnet, Marine Brulé, Guygonne Deker, Audric Dupuis, Hélène Gourdy, Stéphane Joly, Hussein Khalife, Laure Kieffer, Rafaëlle Lavoué, Thomas Leblanc, Clémentine Legendre, Lola Graglia, Charlotte Guillard, Clémentine Hébrard, Claire-Marie Peglion-Zika, Adriano Pinto, Claire Séjean-Chazal, Alexiane Sikoski, Béatrice Thery, et ceux que j'oublie sans doute, que j'aime et qui j'en suis sûre le savent. Pour leur présence et leur patience, je les remercie.

Pour leur bienveillance et leur soutien dans la dernière ligne droite, je remercie encore les associés et collaborateurs du cabinet MPV, tout spécialement Virginie de Mecquenem et Guillaume Valdelièvre.

Enfin, mes pensées vont à Thomas : sans lui, cette thèse n'aurait pas abouti.



## **Principales abréviations**

anc.	: ancien
<i>AJ fam.</i>	: Actualité juridique Famille
<i>Arch. Philo. Dr.</i>	: Archives de philosophie du droit
art.	: Article
Ass. plén.	: Assemblée plénière
Bull.	: Bulletin des arrêts des chambres de la Cour de cassation
Bull. <i>Joly Soc.</i>	: Bulletin Joly Sociétés
C. ass.	: Code des assurances
C. civ.	: Code civil
C. com.	: Code de commerce
C.G.I.	: Code général des impôts
C. mon. finc.	: Code monétaire et financier
C.P.C.	: Code de procédure civile
CA	: Cour d'appel
Cass.	: Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	: Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	: Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	: Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. mixte	: Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation
CCC	: Contrats, concurrence, consommation
CE	: Conseil d'État
CEDH	: Cour européenne des droits de l'Homme
Conv. EDH	: Convention européenne des droits de l'Homme
chron.	: Chronique
CJUE	: Cour de justice de l'Union européenne
coll.	: Collection
comm.	: Commentaire
Comp.	: Comparer
Crim.	: Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	: Recueil Dalloz
<i>DP</i>	: Dalloz périodique
<i>DH</i>	: Dalloz hebdomadaire
<i>Defrénois</i>	: Répertoire du notariat Defrénois
dir.	: Direction
<i>Dr. pat.</i>	: Revue Droit et patrimoine
<i>Dr. fam.</i>	: Revue droit de la famille
<i>Dr. sociétés</i>	: Revue droit des sociétés
éd.	: Édition
fasc.	: Fascicule
<i>GP</i>	: Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	: Au même endroit
<i>infra</i>	: Ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	: Juris-Classeur
<i>JCP E.</i>	: La semaine juridique, édition entreprise et affaires
<i>JCP G.</i>	: La semaine juridique, édition générale

<i>JCP N.</i>	: La semaine juridique, édition notariale
<i>JORF</i>	: Journal officiel de la République française
<i>L.P.F.</i>	: Livre des procédures fiscales
<i>n°</i>	: Numéro
<i>obs.</i>	: Observations
<i>ord.</i>	: Ordonnance
<i>préc.</i>	: Précité
<i>préf.</i>	: Préface
<i>RDBF</i>	: Revue de droit bancaire et financier
<i>RDC</i>	: Revue des contrats
<i>RDI</i>	: Revue de droit immobilier
<i>Rép. civ.</i>	: Répertoire civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	: Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Rép. soc.</i>	: Répertoire de droit des sociétés Dalloz
<i>req</i>	: Chambre des Requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. soc.</i>	: Revue des sociétés
<i>RIDC</i>	: Revue internationale de droit comparé
<i>RJDA</i>	: Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDC</i>	: Revue Lamy de droit civil
<i>RTD civ.</i>	: Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	: Revue trimestrielle de droit commercial
<i>spéc.</i>	: Spécialement
<i>supra</i>	: Ci-dessus
<i>t.</i>	: Tome
<i>v.</i>	: Voir
<i>vol.</i>	: Volume

## SOMMAIRE

---

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

### **PREMIERE PARTIE – UNE CONCEPTUALISATION INADEQUATE**

#### TITRE I – UNE DONATION ENTRE VIFS

*Chapitre I – Un acte libéral*

*Chapitre II – Un acte entre vifs*

#### TITRE II – UNE DONATION ORIGINALE

*Chapitre I – Un acte muet*

*Chapitre II – Un acte sincère*

### **DEUXIEME PARTIE – UNE INSTRUMENTALISATION PERFECTIBLE**

#### TITRE I – LES FINALITES DE L'INSTRUMENTALISATION

*Chapitre I – La justice*

*Chapitre II – L'utilité*

#### TITRE 2 – LES LIMITES DE L'INSTRUMENTALISATION

*Chapitre I – L'impératif de légalité répressive*

*Chapitre II – L'idéal de cohérence du droit*



## INTRODUCTION

---

**1. D'un concept sans défaut à un défaut de concept ?** – « Un quartier de tomate en vérité sans défaut, découpé à la machine dans un fruit d'une symétrie parfaite. La chair périphérique, compacte et homogène, d'un beau rouge de chimie, est régulièrement épaisse entre une bande de peau luisante et où sont rangés les pépins, jaunes, bien calibrés, maintenus en place par une mince couche de gelée verdâtre le long d'un renflement du cœur. Celui-ci, d'un rose atténué légèrement granuleux, débute, du côté de la dépression inférieure, par un faisceau de veines blanches, dont l'une se prolonge jusque vers les pépins – d'une façon un peu incertaine. Tout en haut, un accident à peine visible s'est produit : un coin de pelure, décollé de la chair sur un millimètre ou deux, se soulève imperceptiblement »<sup>1</sup>.

Dans son roman *Les Gommès*, Monsieur ROBBE-GRILLET se livre ainsi à une description extrêmement minutieuse, quasi idéal-typique, d'un objet autrement facile tant à identifier qu'à définir. Certes, de nombreuses variétés de tomates existent, cerise, cœur de bœuf, noire de Crimée ou encore Green Zebra. Toujours, on y voit une tomate. Quoique généralement rouges, leur couleur peut varier : elles peuvent être jaunes, oranges, vertes, brunâtres ; quoique souvent rondes, on en distingue d'autres formes : allongées, ovales ou charnues. Toujours, on y voit une tomate. On peut bien également se livrer à des arguties sur son statut : fruit ou légume ? Il est encore question de la tomate. Ainsi, au-delà de sa diversité esthétique et du débat sur sa classification botanique, la tomate demeure un objet aisément reconnaissable, et par suite, facile à définir : un fruit sphérique légèrement acidulé.

Il n'est pas certain que les notions juridiques puissent prétendre à une telle simplicité d'analyse. Nombre d'entre elles sont délicates à définir et il suffit pour s'en convaincre de regarder le nombre de thèses consacrées à une telle entreprise<sup>2</sup>. La donation indirecte, qui fait l'objet de ce travail, en est un excellent exemple<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A. ROBBE-GRILLET, *Les Gommès*, Les Éditions de minuit, 1953.

<sup>2</sup> Le site [www.theses.fr](http://www.theses.fr), référençant l'ensemble des thèses de doctorat en France depuis 1985, compte plus de quatre-vingt-dix thèses consacrées à la définition d'une notion de droit privé telles que, par exemple, la notion de contrôle, de libéralité, de novation, de pratique anticoncurrentielle, de « passing off », de droit extrapatrimonial, de coopération judiciaire, de création intellectuelle, de titre négociable, de régime matrimonial, de valeur mobilière, de document contractuel, de garantie, de salaire, de causalité, de nécessité médicale, de démembrement de la propriété, de dirigeant de groupe.

<sup>3</sup> En ce sens, v. par exemple : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013, p. 511, n° 570, qui débutent leurs propos sur la donation indirecte selon les termes suivants : « La notion de donation indirecte est difficile à cerner ».

On peut, à l'évidence, décrire telle ou telle donation indirecte – ainsi d'un père mû par une intention libérale qui règle la dette de son fils entre les mains de l'un de ses créanciers, son bailleur par exemple. Il est alors indéniable qu'il y a donation indirecte : le fils n'est plus débiteur, il s'est enrichi par diminution de son passif ; quant au *solvens*, le père, il s'est appauvri puisque son patrimoine s'est amoindri d'une somme qui ne correspondait à aucune dette à sa charge, et ce, sans avoir la prétention d'être un jour remboursé ; le tout à la faveur d'un acte qui, sans simulation, ne se manifeste pas comme étant de nature libérale.

Par-là, il n'est cependant donné aucune *définition* de la notion dont les contours demeurent encore difficiles à cerner. L'idée a même été avancée que, rétive à toute définition, la donation indirecte ne pouvait se reconnaître que négativement et résiduellement : « elle n'est pas une donation ostensible, elle n'est pas un don manuel ; elle n'est pas une donation déguisée. Toute donation correspondant à cette description, écrit Monsieur JUBAULT, est une donation indirecte »<sup>4</sup>. Il est vrai que la tentation de faire de la donation indirecte une catégorie résiduelle, propre à accueillir toutes les donations inclassables, peut émerger face à la variété des opérations aptes à la réaliser. La notion embrasse une réalité très diverse : de multiples procédés nés de la vie notariale ou commerciale permettent, selon la loi ou la jurisprudence, d'effectuer des donations indirectes<sup>5</sup>. Ainsi en est-il de la création ou de l'endossement d'un titre à ordre, de la délégation de créance, de la renonciation à succession, d'un paiement pour autrui, d'un *trust* libéral, d'une clause de réversion d'usufruit, d'une vente ou d'un bail à bas prix, etc. Doit-on alors, avec un pragmatisme teinté de pessimisme, se résigner à penser que la donation indirecte est une notion sans concept, et partant, impossible à définir ?

**2. Concept et notion** – Bien que, la plupart du temps, concept et notion soient à bon droit tenus pour synonymes<sup>6</sup>, le terme de concept est plus précis que celui de notion. Si la notion

---

<sup>4</sup> C. JUBAULT, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2010, p. 551, n° 801. *Rapp.* : P. RAINVILLE, « À la confluence du consensualisme et du formalisme : le rôle du silence à l'égard des donations entre vifs », *Revue du notariat*, 2010, p. 316, pour qui, en droit québécois, « la donation indirecte hésite à se faire enserrer dans une définition juridique ».

<sup>5</sup> F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 514, n° 574.

<sup>6</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924), t. I, Sirey, 1921, n° 50 ; B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse, Paris, 1963 ; C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, thèse, LGDJ, 1987, p. 217, n° 454, relevant cependant que « le puriste fera remarquer avec raison que le concept est plus étroit que la notion ». Nous tiendrons également parfois pour synonymes les termes de concept et de notion.

saisit la chose par l'intuition ou l'intellect<sup>7</sup>, le concept en garantit une définition abstraite<sup>8</sup>, permettant de tracer un ensemble regroupant des objets dont les caractéristiques génériques sont identiques : le concept identifie une chose tout en la distinguant d'autres choses. Le concept, ce qui n'est pas le cas de toute notion, implique une définition analytique, procédant par assemblage de critères nécessaires et/ou suffisants de la chose qu'il saisit<sup>9</sup>. Ce faisant, le concept aurait l'intérêt pratique de « rendre compte de certaines situations concrètes, au-delà des particularités de chacune, les rendant irréductibles les unes aux autres, par un terme qui restitue abstraitement leurs caractéristiques »<sup>10</sup>. Les notions juridiques sont généralement appréhendées à partir d'une telle définition conceptuelle, à laquelle est associée un régime. Dès lors, « le processus de qualification reposerait toujours sur la détermination préalable de l'ensemble auquel la situation concrète appartient, et permettrait d'appliquer en conséquence le régime juridique prévu pour cet ensemble »<sup>11</sup>.

Pour autant, l'idéal du logicien n'est pas la réalité du juriste et toutes les notions juridiques ne peuvent être appréhendées comme des concepts analytiquement définis. Il est en effet admis qu'une notion puisse être approchée de manière fonctionnelle, c'est-à-dire au regard de l'utilisation qui en est faite en pratique. Contrairement à la démarche conceptuelle, l'analyse fonctionnelle – dont VEDEL s'est fait l'apôtre en droit administratif<sup>12</sup> –, oblige à une analyse inductive et synthétique, dans la mesure où elle part des objectifs visés par ceux qui utilisent de telle notion. Plusieurs auteurs, dans des disciplines variées, ont d'ailleurs adopté cette

---

<sup>7</sup> M. BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, thèse, Paris II, 2021, p. 33, n° 11, et les notes citées. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2006, v° notion, p. 692.

<sup>8</sup> X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogation sur l'intérêt d'une distinction », *Les notions juridiques*, G. TUSSEAU (dir.), *Économica*, 2009, p. 47.

<sup>9</sup> Pour une réflexion d'ensemble sur cette question, v. notamment : ARISTOTE, *Organon. III – Les premiers Analytiques*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1992.

<sup>10</sup> P.-E. AUDIT, *La « naissance » des créances – Approche critique du conceptualisme juridique*, thèse, Dalloz, 2015, p. 331, n° 438.

<sup>11</sup> P.-E. AUDIT, *thèse préc.*, p. 328, n° 432. *Rapp.* : J.-L. BERGEL, « Différence de nature = différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255-272 ; C. JAROSSON, *La notion d'arbitrage*, thèse, LGDJ, 1987, p. 216 et s, n° 452 et s.

<sup>12</sup> G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP G.* 1948, p. 682. Du même auteur, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G.* 1950. I, p. 851. Ainsi il explique que « le droit administratif, plus peut-être que toute autre discipline juridique, comporte à côté de notions proprement conceptuelles des notions fonctionnelles. Les premières peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. [...] On pourrait dire ce qu'elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent. [...] L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation. Les notions fonctionnelles au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule leur véritable unité ». Pour une analyse détaillée de la théorie de VEDEL, v. : M.-T. CALAIS-AULOY, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 1999, p. 4 et s.

approche : ont ainsi, par exemple<sup>13</sup>, été qualifiées de notion fonctionnelle, les actes de gouvernement<sup>14</sup>, la société créée de fait<sup>15</sup>, la clause réputée non écrite<sup>16</sup>, l'acte conservatoire<sup>17</sup>, le point de départ de la prescription<sup>18</sup>, la fraude<sup>19</sup> ou encore la vie privée<sup>20</sup>. Une telle approche serait néanmoins restreinte aux notions plus ou moins rebelles à une conceptualisation analytique.

Qu'en est-il de la donation indirecte ? Conceptuelle ou fonctionnelle, une définition de la donation indirecte peut-elle être produite au vu du foisonnement jurisprudentiel qui entoure le phénomène ? Doit-on se résoudre à concéder qu'entre le *trust*, le paiement libéral pour autrui, la renonciation à usufruit ou l'assurance sur la vie, il n'existe tout au plus qu'un « air de famille »<sup>21</sup> ?

**3. Mystérieuse origine de la donation indirecte** – Afin de le savoir, revenons donc à la chose. D'où vient la donation indirecte ? Son origine demeure relativement obscure<sup>22</sup>. En 1804, le Code civil ne comportait que quatre mentions de la notion aux articles 843, 853, 1099 et 1595<sup>23</sup>. Ce dernier étant aujourd'hui abrogé<sup>24</sup>, il ne reste plus que trois références à la donation indirecte. L'article 843 prévoit que l'obligation au rapport des libéralités s'applique à tout ce

---

<sup>13</sup> Pour une liste plus fournie d'exemples, v. : G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009, p. 641, n° 17.

<sup>14</sup> G. VEDEL, *art. préc.*, *JCP G.* 1948, p. 682 ; D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, thèse, LGDJ, 1972.

<sup>15</sup> S. VACRATE, *La société créée de fait – Essai de théorisation*, thèse, LGDJ, 2003.

<sup>16</sup> S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, thèse, *Économica*, 2006.

<sup>17</sup> C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, thèse, LGDJ, 1999.

<sup>18</sup> J. KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, thèse, *Économica*, 2013.

<sup>19</sup> G. BACHELIER, *concl. Sous CE*, 29 novembre 2002, *RFDA* 2003, p. 238.

<sup>20</sup> A. LEPAGE, « La notion de vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne cesse de prendre de l'ampleur », *D.* 2001, p. 1988.

<sup>21</sup> Le philosophe L. WITTGENSTEIN applique le syntagme « air de famille » aux notions rassemblant en leur sein des objets qu'il n'est précisément pas possible d'identifier à l'aide de critères généraux, donc ne répondant pas à l'approche traditionnelle des concepts, ainsi par exemple de la notion de langage, ou de jeu. Il affirme ainsi : « Au lieu d'indiquer un trait commun à toutes les choses que nous appelons langage, je dis que ces phénomènes n'ont rien de commun qui justifie que nous employions le même mot pour tous, mais qu'ils sont tous *apparentés* les uns aux autres de bien des façons différentes », (V. L. WITTGENSTEIN, *Recherches Philosophiques*, trad. F. DASTUR, M. ÉLIE, J.-L. GAUTERO, D. JANICAUD, E. RIGAL, NRF Gallimard, Paris, 1953, 2004, §§ 65-71, p. 63 et s.).

<sup>22</sup> R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Deffrénois* 2000, p. 1409, n° 1.

<sup>23</sup> *Comp. en droit québécois* : C.c.Q., art. 1811 : « La donation indirecte et la donation déguisée sont régies, sauf quant à la forme, par les dispositions du présent chapitre ». Sur le sujet, v. notamment : P. RAINVILLE, « À la confluence du consensualisme et du formalisme : le rôle du silence à l'égard des donations entre vifs », *Revue du notariat*, 2010, p. 283 et s.

<sup>24</sup> Autorisant exceptionnellement les ventes entre époux, l'ancien article 1595 du Code civil réservait les droits des héritiers au cas d'avantage indirect résultant de ces ventes.

que le successible a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement. Et l'article 853 de préciser que ce rapport est exclu s'agissant des profits tirés par l'héritier de conventions passées avec le défunt si celles-ci ne présentent aucun avantage indirect. Enfin, l'article 1099 dispose que la quotité disponible spéciale entre époux joue même en ce qui concerne ce que les époux se donneraient indirectement. Engouement donc plus que tempéré que celui du législateur français pour la donation indirecte dont les références n'éclairent pas véritablement l'origine de la notion. La réponse doit être cherchée ailleurs.

En feuilletant les pages du Titre II du Livre III du Code civil consacrées aux « Libéralités », on comprend que la donation indirecte constitue une dérogation au principe de solennité des donations prescrit à l'article 931<sup>25</sup>. Les rédacteurs du Code civil ont en effet décidé que, sous peine de nullité, « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires ». La formation des donations est donc, par principe, subordonnée au respect d'un certain formalisme, l'acte authentique, auquel la donation indirecte déroge. Mais d'où vient cette exigence de l'authenticité et sa dérogation qu'est la donation indirecte ? C'est au célèbre empereur Justinien à qui l'on doit l'imposition du premier formalisme *ad validitatem* en matière de donation entre vifs. Auparavant, à Rome, en 204 avant l'ère chrétienne, la loi *Cincia de donis et muneribus* avait instauré le système de l'insinuation, qui consistait à faire constater l'existence de la donation par une autorité officielle<sup>26</sup>. Toutefois, cette formalité avait exclusivement un but probatoire et de publicité. Au contraire, sous Justinien, elle fut exigée à peine de nullité pour les donations excédant 500 sous d'or. Même si cette sanction n'était pas totale puisqu'elle ne portait que sur la portion excédant le taux légal<sup>27</sup>, il n'en demeure pas moins que la donation de l'époque justinienne devait se soumettre à un formalisme de validité. Ce formalisme a ensuite été généralisé en 1731 par l'ordonnance de d'Aguesseau, dont on sait que la pensée fut directrice pour les rédacteurs du Code civil en matière de libéralités :

---

<sup>25</sup> Sur les fondements (discutés) du formalisme des donations, v. notamment : J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, thèse, LGDJ, 1989 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, thèse, Paris XII, 1996 ; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse, Sirey, 1946, p. 93 et s. ; H. MÉAU-LAUTOUR, *Les donations déguisées en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, thèse, LGDJ, 1985, p. 255 et s., n° 340 et s. ; X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997, p. 25 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 474 et s., n° 526 et s.

<sup>26</sup> Sur cette loi, v. notamment : F. CASAVOLA, *Lex Cincia, Contributo allo stoia delle origini della donazione romana*, Naples, Jovene, 1960, p. 198 et s. ; P.-F. GIRARD, *Manuel de droit romain*, Librairie Édouard Duchemin, t. II, Paris, 1978, p. 994 et s.

<sup>27</sup> Du reste, la sanction de la nullité était aléatoire puisque, par hypothèse, le donateur lésé prenait rarement l'initiative de la mettre en œuvre, pas plus que le gratifié s'il était devenu propriétaire du bien donné. En ce sens, v. : H. LÉVY-BRUHL, *Comptes rendus, Revue d'histoire de droit français et étranger*, vol. 40, Dalloz, 1962, p. 74.

l'article 931 du Code civil en est la transcription quasi-parfaite<sup>28</sup>. C'est donc à cette date que l'on peut situer l'origine du formalisme des donations dont le principe demeure malgré un certain mouvement de « désolennisation »<sup>29</sup> des libéralités en partie favorisé par les réformes successives en la matière, à l'idéologie libérale<sup>30</sup>. Nul ne peut contester en effet que, depuis une soixantaine d'années, un vent de liberté souffle sur le droit des libéralités et des successions<sup>31</sup>. La dernière réforme d'ampleur du 23 juin 2006, ressuscitant les libéralités graduelles et résiduelles<sup>32</sup>, supprimant la réserve héréditaire des ascendants<sup>33</sup> et autorisant notamment la renonciation anticipée à l'action en réduction<sup>34</sup>, en est la meilleure preuve<sup>35</sup>. Ce n'est pas un hasard si, de cette loi, MALAURIE et CATALA ont dit, pour le premier qu'elle avait « donné un nouveau visage [au droit des libéralités et des successions], celui vivifiant de la liberté »<sup>36</sup> ;

---

<sup>28</sup> L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance était ainsi rédigé : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés par-devant notaires, et il en restera minute, à peine de nullité ». Quant à l'article 931 du Code civil, il prévoit – dans une forme inchangée depuis 1804 – que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ». Sur cette ordonnance, v. notamment : H. REGNAULT, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau – Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris, Sirey, 1929.

<sup>29</sup> L'expression est de JOSSERAND à propos du formalisme testamentaire (L. JOSSERAND, « La désolennisation du testament », *DH* 1932, p. 73). *Rapp.* : J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, thèse, LGDJ, 1989 ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 1 et s., n° 1 et s.

<sup>30</sup> Par ailleurs, l'article 265, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, modifiée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, évoque explicitement le pluralisme des formes de donations, en prescrivant que « Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents *quelle que soit leur forme* ».

<sup>31</sup> En particulier les deux dernières réformes issues des lois du 3 décembre 2001 (loi n° 2001-1135) et du 23 juin 2006 (loi n° 2006-728). Sur les diverses réformes en la matière, v. notamment : H. VIALLETON, « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil », *Mélanges J. MAURY*, t. II, Dalloz, 1960, p. 577 et s. ; M. DAGOT, « L'esprit des réformes récentes du droit successoral (Libéralité – Égalité – Fraternité) », *Mélanges G. MARTY*, 1978, p. 328 et s. ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, J. HAUSER et P. VIUDÈS, *La réforme successorale du 3 décembre 2001*, CRIDON, Bordeaux-Toulouse, 2003 ; M. NICOD, « Vingt ans d'évolution de la législation applicable aux successions et aux libéralités », *Dr. fam.* 2016, n° 12, p. 21 ;

<sup>32</sup> C. civ., art. 1048 et 1057. Sur ces libéralités, v. notamment : M. NICOD, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil – À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006, étude 45 ; P. MALAURIE, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *JCP N.* 2006 ; C. BRENNER et L. HUDE, « Les libéralités graduelles et résiduelles : du sommeil au réveil ? », *JCP N.* 2016, p. 1196 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse, Paris II, 2012, p. 229 et s., n° 346 et s.

<sup>33</sup> Jusqu'à la loi du 23 juin 2006, les ascendants du défunt étaient réservataires à hauteur d'un quart de la succession pour chaque ligne (C. civ., anc. art. 914).

<sup>34</sup> C. civ., art. 929 à 930-5.

<sup>35</sup> Pour une présentation générale de cette loi, v. par exemple : M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 », *D.* 2006, p. 2551. Et pour son analyse prospective, v. : R. LIBCHABER, « Des successions en quête de devenir », *RTD civ.* 2016, p. 729.

<sup>36</sup> P. MALAURIE, *Avant-propos, Les successions - Les libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2010.

pour le second qu'elle avait « ébranlé les colonnes du temple [de l'ordre public successoral] »<sup>37</sup>, rempart traditionnel contre les dangers portés par une trop grande liberté de disposer. Sans doute, conjuguée à la fertilité de l'imagination des praticiens, cette faveur légale marquée pour la liberté de disposition pourrait alors expliquer, en partie au moins, le mouvement de désolennisation des libéralités. Reste que celui-ci n'a pas, loin s'en faut, sonné le glas du formalisme des donations<sup>38</sup> : l'article 931 du Code civil maintient le principe de l'authenticité des donations dont l'ordonnance de d'Aguesseau est le berceau<sup>39</sup>.

Plus délicat, en revanche, est de fixer l'origine de la donation indirecte. S'il est vrai que cette ordonnance admettait des formes alternatives à la donation authentique, elle ne faisait cependant aucune référence explicite à la donation indirecte, préférant le terme de « donation tacite » qui *a priori* regroupait l'ensemble des donations dissimulant (au sens large) leur nature libérale derrière l'écran d'un acte autre qu'une donation<sup>40</sup>. C'est donc d'une incertitude assez grande dont souffre l'origine de la notion de donation indirecte, quand bien même il peut être tenu pour acquis qu'elle est apparue en réaction au formalisme imposé des donations.

**4. Croissance de la réalité pratique de la donation indirecte** – Ce flou sur les origines de la notion n'a cependant pas empêché les juges de s'en saisir avec une certaine facilité qui va croissant et il est même probable qu'il ait favorisé cette tendance. En dépouillant attentivement les recueils, on constate en effet la prolifération, mais aussi la diversification des opérations qualifiées comme telles par les juges<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, n° 11, p. 12. *Rapp.* : P. CATALA, « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N.* 2007, p. 1206 ; P. CATALA, « Le droit successoral entre son passé et son avenir », *Mélanges J. FOYER*, Economica, 2008, p. 229 ; G. WICKER, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. pat.* mars 2007, p. 74.

<sup>38</sup> Déjà en ce sens, v. notamment : M. NICOD, *thèse préc.*, p. 5 et s., n° 15 et s.

<sup>39</sup> Par ailleurs, on remarque que les libéralités graduelles et résiduelles sont admises sous réserve du respect d'un certain formalisme. De même, la renonciation anticipée à l'action en réduction doit être réalisée par acte authentique passé devant deux notaires dont l'un est désigné par le président de la Chambre des notaires. Quoique parfois insuffisantes, spécialement en matière de renonciation anticipée à l'action en réduction, ces précautions formelles montrent que le législateur français est loin de vouloir abolir tout formalisme en droit des libéralités.

<sup>40</sup> En ce sens, v. : J.-B. FURGOLE, *Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges et les conditions des donations*, 2<sup>ème</sup> éd., 1761. Sur ce point, v. : M. NICOD, *thèse préc.*, p. 168, n° 397.

<sup>41</sup> Les sources de la recherche sont, pour l'essentiel, les recueils papiers Dalloz-Sirey, ceux de la Gazette du Palais », les recueils en ligne LexisNexis ainsi que ceux accessibles sur le site Lamyline et Légifrance.

Foisonnement, d'abord, puisque depuis 1960, près de 1730 décisions recensées lui ont été consacrées, aussi bien judiciaires qu'administratives<sup>42</sup>, cependant que 324 décisions sont répertoriées dans les archives allant de 1845 à 1959. Si, pendant longtemps, les donations indirectes sont restées un phénomène mineur en jurisprudence, depuis plus d'un demi-siècle, ses manifestations abondent, spécialement au cours des vingt dernières années. C'est ainsi qu'entre 2006 et 2019, on compte plus de 570 décisions judiciaires relatives, de près ou de loin, à la donation indirecte.

Diversification, ensuite, dans la mesure où l'on observe un déploiement significatif des actes jugés aptes à porter une telle donation. Et pour cause : la donation indirecte ne procède plus seulement de renonciations à succession<sup>43</sup> ou à legs<sup>44</sup>, d'assurances décès, de ventes à prix minoré<sup>45</sup> ou de paiements pour autrui. À ces traditionnelles manifestations de la donation indirecte, la jurisprudence en a agrégé de nouvelles, qui sont un mélange d'innovations et de déclinaisons des modèles passés. Qu'on en juge : la donation indirecte peut désormais résulter d'un *trust* libéral entre vifs<sup>46</sup>, d'une clause de réversion d'usufruit<sup>47</sup>, d'une promesse de cession

---

<sup>42</sup> La grande majorité de ces décisions (1429 décisions) ont été rendues par les juges du fond (cours d'appels et tribunaux judiciaires). Malgré tout, la Cour de cassation a rendu, à elle seule, 264 arrêts. En outre, on constate que si la donation indirecte a longtemps été absente du contentieux administratif, elle y est récemment apparue – la première décision date de 1971 (v. : CE, 10 mars 1971, n° 78838, Publié *au recueil Lebon*) pour s'y maintenir de façon significative (plus de 20 décisions référencées).

<sup>43</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. req., 15 novembre 1858, *DP* 1858. I, p. 433.

<sup>44</sup> En ce sens, v. par exemple : Trib. civ. Belley, 6 février 1856 ; Cass. civ., 12 mai 1875 ; Trib. civ., Bordeaux, 22 mars 1899, *DP* 1900. II, p. 72. V. encore pour une donation indirecte procédant d'une renonciation à créance (Trib. civ. Grenoble, 17 juillet 1868 ; Trib. civ. Rennes, 6 décembre 1878 ; Cass. civ., 14 juillet 1893 ; Cass. req., 14 décembre 1932, *DH* 1933, p. 17), à une institution contractuelle (Trib. Amiens, 21 janvier 1856, *S.* 1856. 2, p. 520) ou à une rente viagère (Trib. civ. Rouen, 23 janvier 1901).

<sup>45</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ., 16 juillet 1959, *D.* 1960, p. 185, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1969, Bull. n° 8. V. également à propos d'un bail à bas prix : Cass. civ., 28 juillet 1913, *DP* 1917. I, p. 58.

<sup>46</sup> En ce sens, à propos d'un *trust* entre vifs révocable : TGI Paris, 28 novembre 1990 ; TGI Paris, 28 septembre 1993, *RTD civ.* 1994, p. 401, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93 ; *D.* 1996, chron. p. 231 et s., Y. LEQUETTE ; *JCP G.* 1996. II, p. 22647, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *Rev. crit. DIP.* 1996, p. 692, note G. A.L. DROZ, *Defrénois* 1997, art. 36457, p. 26, note T. VIGNAL, *RTD civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN ; TGI Paris, 7 avril 1999, *RTD civ.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN, *D.* 1999, p. 683, note Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 693, note M. GORÉ, *Dr. fam.* 1999, p. 24, note B. B. ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, *AJ fam.* 2001, n° 1, p. 29, *RTD civ.* 2001, p. 931, obs. J. PATARIN. Dans le même sens, à propos d'un *trust* entre vifs irrévocable : Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985 ; *Dr. fam.* 2020, p. 31, note M. NICOD ; *GP* 2020, p. 68, note S. LEROND.

<sup>47</sup> D'abord qualifiée de donation indirecte *de bien à venir* (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, n° 82-10.848, Bull. n° 124 ; *D.* 1983, p. 281, *Defrénois* 1983, p. 1355, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1984, p. 349, obs. J. PATARIN ; *JCP G.* 1984, 20257, note E.-S. DE LA MARNIERRE ; *JNA* 1984, art. 57638, note A. RAISON ; *Defrénois* 1985, art. 33609, note M. GRIMALDI ; *JCP N.* 1985. II, p. 30, note P. REMY) ou de donation indirecte *sous condition suspensive* (Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.072, Bull.

de titres sociaux<sup>48</sup>, d'une réduction de capital par accroissement volontaire de la contribution aux pertes des associés<sup>49</sup>, de la renonciation à un droit de subrogation<sup>50</sup>, à une récompense<sup>51</sup>, à un droit préférentiel de souscription<sup>52</sup> ou encore un gain de survie<sup>53</sup>, etc. Le paiement pour autrui continue de servir de support à la donation indirecte, mais la nature de la dette acquittée par le donateur (*solvens*) est aujourd'hui nettement plus diverse qu'elle ne l'était par le passé : l'objet de la donation indirecte par voie de paiement pour autrui peut ainsi consister aussi bien en des frais d'éducation<sup>54</sup>, d'acquisition ou de location d'un bien<sup>55</sup>, qu'en des droits résultant d'une donation<sup>56</sup>, d'une succession<sup>57</sup> ou encore du passif d'une société<sup>58</sup>.

---

n° 318 ; *D.* 1998, n° 20, p. 263, note G. TIXIER ; *Dr. fisc.* 1998, n° 4-5, p. 173 ; *Deffrénois* 1998, art. 36782 ; *RTD civ.* 1998, p. 938, note F. ZENATI). Puis, depuis un arrêt de chambre mixte, la Cour de cassation a décidé qu'il s'agissait d'une donation indirecte à terme de bien présent (Cass. mixte, 8 juin 2007, n° 05-10.727, Bull. n° 6 ; *BICC* 15 septembre 2007, rapp. M. RIVIERE, avis M. LEGOUX ; *D.* 2008, pan. 807, obs. G. SERRA ; *JCP G.* 2007. II. 10130, note G. GOUBEUX ; *JCP G.* 2009. I, p. 109, n° 81, obs. R. LE GUIDEC ; *Deffrénois* 2007. 1688, obs. A. CHAPPERT ; *AJ fam.* 2007, p. 353, obs. F. BICHERON ; *Dr. fam.* 2007, n° 151, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2007, p. 588, obs. T. REVET ; *RTD civ.* 2007, p. 605, obs. M. GRIMALDI. Déjà en ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avril 1991, n° 89-18361, Bull. n° 128 ; *RTD civ.* 1992, p. 165, note J. PATARIN ; *RTD civ.* 1992, p. 598, note F. ZENATI ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, Bull. n° 291, *RTD civ.* 1998, p. 938, F. ZENATI ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2000, n° 98-21.969 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, Bull. n° 318, *Deffrénois* 1998, art. 36782, note A. CHAPPERT ; *D.* 1998, n° 263, note G. TIXIER).

<sup>48</sup> Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.376, *RFP* 2014, comm. jur. 91, rendu après Cass. com., 12 octobre 2010, n° 09-68.767 ; *RJF* 2014, p. 613-614.

<sup>49</sup> Cass. com., 3 mars 2009, n° 07-20.871, *Bull. Joly soc.* 2009, p. 552, note J.-P. GARÇON ; Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-13.278, *Dr. fisc.* 2009, n° 25, comm. 378, note J. LEDAN ; Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-13.279 ; *JCP N.* 2009, n° 46, 1312, note J. LEDAN. Déjà en ce sens, v. : CA Bordeaux, 30 janvier 2006, n° 04.06706 ; CA Orléans, 2 février 2006, DIRCOFI c/B. du R.

<sup>50</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 2017, n° 16-12.310 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2020, n° 18-25.309 ; *Dr. fam.* 2020, n° 6, p. 17, note M. NICOD. *Rapp.* : Cass. com., 12 juin 1963, Publié, *RTD com.* 1964, p. 159, obs. R. HOUIN ; Cass. com., 13 mai 1981, n° 79-15.574 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-18.631.

<sup>51</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1970, Bull. n° 159.

<sup>52</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1981, n° 80-15.972, Bull. n° 363 ; *Deffrénois* 1983, p. 571, note H. HONORAT ; *JCP N.* 2000, p. 867, spéc. n° 24, obs. R. GENTILHOMME.

<sup>53</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ., 23 juin 1851 ; Trib. civ. Toulouse, 3 décembre 1863 ; Cass. civ., 15 mai 1866. *S.* 1866. 1, p. 276 ; Trib. civ. Agen, 25 mai 1904.

<sup>54</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1983, *D.* 1984, p. 104.

<sup>55</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 1962, Bull. n° 19 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 avril 1965, Bull. n° 273 ; *D.* 1966, p. 205, note P. VOIRIN ; *JCP G.* 1966. II, p. 14604, note P. MALAURIE ; *RTD civ.* 1966, p. 562, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 1966, Bull. n° 117 ; *D.* 1966, p. 370, note P. MALAURIE.

<sup>56</sup> En ce sens, v. par exemple. : CA Paris, 29 mars 1881, *D.* 1883. 2, p. 108 ; CA Paris, 23 février 1982, *JCP G.* 1983. II, 19988, note P. REMY ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 2009, n° 07-20.010, *RTD civ.* 2009, p. 559, note M. GRIMALDI ; *JCP N.* 2009, p. 1303, note F. SAUVAGE ; *Deffrénois*, 2009, p. 1598, note B. VAREILLE ; *RLDC* 2009-60/53, note E. POULIQUEN.

<sup>57</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2010, n° 09-16.531 (implicite).

<sup>58</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. com., 3 mars 2009, n° 07-20.871 ; *Bull. Joly soc.* 2009, p. 552, note J.-P. GARÇON.

Le succès de la donation indirecte en jurisprudence ne se constate pas qu'à travers le droit des obligations ou, plus généralement, le droit de l'acte juridique. La donation indirecte s'est très bien exportée puisqu'on la trouve dans les branches les plus diverses du droit. Sans prétendre à l'exhaustivité, citons, pêle-mêle, le droit des sociétés, le droit des assurances, le droit international privé, le droit fiscal, le droit des sûretés, et même le droit de l'action sociale et des familles. C'est dire que la donation indirecte se multiplie dans toutes les directions sous l'impulsion d'une jurisprudence débridée, en tout cas sans bornes facilement identifiables par le chercheur chargé de débusquer les contours de la notion.

**5. Rareté des travaux doctrinaux sur la donation indirecte** – Au regard de la vivacité jurisprudentielle de la donation indirecte, l'on aurait pu s'attendre à ce que la notion intéresse fortement la doctrine. Pourtant, la donation indirecte fait figure de parent pauvre en théorie juridique si l'on considère les efforts de systématisation entrepris à propos d'autres variétés de libéralités, tels que le testament<sup>59</sup>, la donation déguisée<sup>60</sup> ou encore le don manuel<sup>61</sup>. Curiosité d'autant plus grande que le Code civil, on l'a vu, n'accompagne aucune des références faites à la donation indirecte d'éléments de définition. Seuls deux travaux d'envergure lui ont été consacrés, à savoir la thèse de PONSARD et un article de Monsieur LIBCHABER<sup>62</sup>, dont il se déduit qu'elle est, pour ces auteurs, *la conjonction d'un genre et d'une espèce*.

Quoiqu'il en soit, l'unanimité doctrinale règne autour de l'idée que, parmi l'ensemble des actes juridiques, la donation indirecte participe du titre gratuit, et plus spécifiquement de l'acte libéral *inter vivos*<sup>63</sup>. Aussi bien, la donation indirecte serait une espèce du genre « libéralité

---

<sup>59</sup> Par exemple, v. : F. TOURTELIER, *L'écriture dans le testament olographe*, thèse, Rennes, 1934 ; C. ROSSIER, *La forme authentique du testament*, thèse, Lausanne, 1964 ; C. BAHUREL, *Les volontés des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse, Paris II, LGDJ, Paris, 2014.

<sup>60</sup> Par exemple, v. : M. CLOS, *Le rôle de l'intention libérale dans les donations déguisées*, thèse, Montpellier, 1941 ; H. NOUVEAU, *Essai sur la notion de donation déguisée*, thèse, Nancy, 1943 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, thèse, LGDJ, 1985.

<sup>61</sup> Par exemple, v. : G. PÉLISSÉ DE CASTRO, *Du don manuel en droit français*, thèse, Toulouse, 1884 ; J. HAMEL, *Du don manuel*, thèse, Caen, 1919 ; G. PACILLY, *Le don manuel*, thèse, Caen, 1936 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, thèse, LGDJ, 2001.

<sup>62</sup> A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse, Sirey, 1946 ; R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Deffrénois* 2000, p. 1409. Certes, en 1868, RAGEYS consacra sa thèse de doctorat « aux libéralités indirectes en droit français ». Quoique riches d'enseignements, ces travaux ne prétendent pas conceptualiser la donation indirecte, l'auteur s'attachant à dresser une liste de ce qu'il estime devoir être rangé sous l'étiquette « libéralité indirecte ».

<sup>63</sup> On rappelle, en effet, que deux variétés d'acte à titre gratuit existent : les libéralités d'une part, qui transmettent un bien sans contrepartie avec une intention libérale ; les contrats de services gratuits ou « de bienfaisance » (C. civ., anc. art., 1105), tels que le prêt, le dépôt ou le cautionnement, qui ont pour objet de rendre un service gracieux. Aussi bien, en principe, le premier de ces actes – la libéralité donc – opère

entre vifs ». C'est en effet parmi les donations entre vifs que la notion est toujours présentée : une donation indirecte est, dit-on, un acte par lequel une partie, de son vivant et sans contrepartie, se dessaisit d'une chose au profit d'une personne afin de la gratifier<sup>64</sup>. En d'autres termes, comme toute libéralité entre vifs, la donation indirecte se caractérise, admet-on, par un double élément, matériel et intentionnel : l'existence d'un dessaisissement actuel du disposant<sup>65</sup> et d'une intention libérale à l'égard du bénéficiaire<sup>66</sup>. Sans entrer dans une étude approfondie de ces deux éléments tenus pour naturels de la donation indirecte sur lesquels tout semble d'ores

---

un transfert gratuit de propriété, tandis que le second n'opère aucun transfert de valeurs. Sur le sujet, v. notamment : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Paris, 1955 ; S. BÉNILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse, Montpellier, 2006.

<sup>64</sup> Certains auteurs l'expriment explicitement. V. par exemple : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 8<sup>ème</sup> éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1938, n° 1024 : « Les donations indirectes sont des donations [...] » ; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse, Sirey, 1946, p. 272 : « La donation indirecte est une véritable donation » ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. IV, 2<sup>ème</sup> vol., *Successions – Libéralités*, 5<sup>ème</sup> éd., par L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999, p. 660, n° 1471 : « La donation indirecte est une donation [...] » ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 248, n° 1324 : « La donation indirecte est une donation [...] » ; C. JUBAULT, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2010, p. 551, n° 801 : « La donation indirecte est une donation : elle comporte un élément matériel (transfert d'un avantage patrimonial au profit du donataire) et un élément intentionnel (c'est l'intention de gratifier qui explique le transfert gratuit) » ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 260, n° 329 : « La donation indirecte est une donation. Comme toutes les donations, elle suppose une intention libérale ainsi qu'un appauvrissement et un enrichissement corrélatifs ». D'autres auteurs l'admettent implicitement en étudiant le concept parmi celui de libéralités entre vifs. V. par exemple : J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, p. 78, n° 116 ; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003, p. 46 et s., n° 26 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013, p. 511, n° 570. Dans le même sens, v. encore : R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, p. 1409 ; M. NICOD, « La donation indirecte est une donation entre vifs », *D.* 2003, p. 2986.

<sup>65</sup> C. civ., art. 894 : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donateur qui l'accepte ». Étant précisé que l'irrévocabilité de la donation entre vifs dont l'article fait état, pour participer de sa nature, n'est pas de son essence. En effet, la révocabilité *ad nutum* des donations de biens présents entre époux (désormais limitée à celles qui ne prennent pas effet au cours du mariage) n'a jamais empêché de les reconnaître comme de véritables donations entre vifs. En ce sens, v. notamment : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. XI, 6<sup>ème</sup> éd., par P. ESMEIN, Librairie techniques, 1956, § 744, note 7, p. 543 : « la révocabilité n'est contraire, ni à l'essence des conventions en général ni à celle des donations entre vifs en particulier ». Dans le même sens, v. également : M. GRIMALDI, *RTD civ.* 2008, p. 140. Sur le sujet de l'irrévocabilité spéciale des donations, v. notamment : H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », *Mélanges P. CATALA*, Litec, 2001, p. 405 ; H. LÉCUYER, « Réversibilité et irrévocabilité des donations : l'impossible conciliation », *Dr. pat.* 2008, n° 174, p. 52 ; W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, n° 1, p. 25.

<sup>66</sup> *Comp.* : M. PLANIOL, note *D.* 1891. II, p. 113 ; J.-J., DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Paris, 1955, n° 155 et s., pour qui l'élément matériel de la libéralité est plus important, sinon son seul élément constitutif.

et déjà avoir été dit<sup>67</sup>, on rappellera seulement que le dessaisissement actuel du disposant s'entend d'un transfert *dum vivit* de propriété<sup>68</sup>, c'est-à-dire d'un appauvrissement entre vifs du disposant et d'un enrichissement corrélatif du gratifié<sup>69</sup>. Quant à l'intention libérale, dite encore « *animus donandi* », disons seulement à cet endroit qu'elle peut être entendue de deux manières entre lesquelles le droit français n'a jamais réellement tranché<sup>70</sup> : la première conception, subjective ou affective, analyse l'intention libérale comme la volonté de préférer autrui à soi-même, ce qui écarte du domaine de la donation tous les actes dont le mobile n'est pas purement altruiste<sup>71</sup> ; la seconde, dite parfois abstraite, fait quant à elle abstraction des mobiles du disposant et considère que l'intention libérale est la conscience et la volonté de ne pas obtenir d'équivalent. En tout cas, puisque la donation indirecte est tenue pour un genre particulier de libéralité entre vifs, il est impossible pour la qualifier de se passer d'un dessaisissement actuel du disposant et d'une intention libérale. Par suite, elle n'est soumise ni au régime des actes à titre onéreux, ni à celui des contrats de bienfaisance, mais aux règles particulières des donations entre vifs, spécialement au rapport, à la réduction, à la révocation des libéralités, aux incapacités spéciales de recevoir à titre gratuit, aux droits de mutation à titre à titre, à la cogestion en cas

---

<sup>67</sup> Sur le sujet, v. notamment : G. RIPERT, *La notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1930-1931 ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Paris, 1955 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, thèse, LGDJ, 1985 ; M. NICOD, « De la libéralité selon le Code civil », *Mélanges F. CHABAS*, Bruylant, 2011, p. 709 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, thèse, Paris I, IRJS, 2020.

<sup>68</sup> Ce en quoi la donation indirecte n'est pas un contrat de bienfaisance, lequel ne transfère aucune valeur, aucun droit de propriété.

<sup>69</sup> Ces deux éléments ne doivent pas nécessairement être concordants matériellement. Pour une application contestable de cette condition de concordance, v. notamment : Cass. com., 18 décembre 2012, Bull. n° 230 ; *RDC* 2012, n° 2012/3, p. 1015, « La modification de la répartition des dividendes ne vaut pas donation indirecte », note C. GOLDIE-GENICON ; *JCP E.* 2013, p. 1066, note H. HOVASSE ; *JCP E.* 2013, p. 1702, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP N.* 2013, p. 1010, n° 4, obs. J.-P. GARÇON ; *FFP* 2013, comm. 4, obs. R. MORTIER.

<sup>70</sup> Pour plus de détails, v. : S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, thèse, PUAM, 2006 ; M. GRIMALDI, *L'intention libérale*, Université de Montréal, Chaire du notariat, Thémis, 2004.

<sup>71</sup> En ce sens, v. notamment : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., 1994, LGDJ, p. 742, n° 757. *Rapp.* en matière d'assurance-vie : M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, t. IV, 1945, p. 412 et s., n° 174 : « l'assurance doit être considérée comme une libéralité dans les rapports entre le stipulant et le bénéficiaire, car il n'est pas douteux que le premier agit et s'appauvrit dans une intention libérale et que le second reçoit sans contrepartie le bénéfice du contrat ». En effet, poursuivent-ils, « plus que toute autre assurance, l'assurance [en cas de décès] constitue un acte de prévoyance : celui qui la souscrit envisage l'avenir, cherchant à constituer, pour une époque plus ou moins éloignée, une épargne que seule l'incertitude de la vie ne lui permettrait pas de réaliser seul. Elle est surtout, le plus souvent du moins, un acte altruiste, sinon désintéressé » ; A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 266 : « de ce que l'assurance-vie est une mesure de prévoyance, il ne faut pas en déduire qu'elle n'a pas en même temps le caractère d'une libéralité ».

de donation d'un bien commun, à la nullité de la période suspecte en cas de procédure collective et à la récupération des aides sociales sur donation, par exemple.

Cependant, en tant que sous-catégorie de « libéralité entre vifs », la donation indirecte se distingue, dit-on, des autres variétés du genre que sont la donation ostensible, la donation manuelle et la donation simulée. Par suite, elle obéit à son propre régime civil et fiscal. À son égard, enseigne-t-on, point d'anéantissement faute d'authenticité ni de nullité spéciale lorsqu'elle a lieu au profit d'un incapable (C. civ., art. 911) et, hier, entre époux (C. civ., anc. art. 1099 et 1100) ; pas d'application des sanctions de l'abus de droit par simulation ni bénéfice des faveurs fiscales prescrites pour les seuls dons manuels...

Reste que les auteurs sont peu nombreux à s'être interrogés sur la signification propre de la donation indirecte, sur son degré d'autonomie par rapport aux autres de donations dont elles devraient se distinguer. De manière générale, en effet, la doctrine reprend pour l'essentiel les travaux de PONSARD datant de 1946. Selon cet auteur, la donation indirecte est une libéralité entre vifs résultant d'un acte neutre, c'est-à-dire d'un acte qui, sans simulation, n'indique pas s'il est consenti à titre gratuit ou onéreux<sup>72</sup>. Il en donne pour exemple topique le paiement pour autrui qui, selon lui, n'indique jamais explicitement s'il est effectué à titre à gratuit ou à titre onéreux, si le *solvens* entend régler la dette du débiteur dans la perspective d'une contreprestation ou dans une dimension purement libérale<sup>73</sup>. De même, sous des formulations variées, on lit dans presque tous les manuels et ouvrages de droit des libéralités que la donation indirecte est une donation entre vifs qui se réalise au moyen d'un *acte juridique sincère et muet* sur sa cause<sup>74</sup>. Seul, à notre connaissance, un auteur, Monsieur LIBCHABER, semble avoir pris ses distances avec ces critères. Selon lui, en effet, la donation indirecte est bel et bien une libéralité entre vifs, mais son caractère indirect tiendrait au fait que le dessaisissement du donateur et l'enrichissement corrélatif du donataire s'accompliraient « par des voies souterraines », c'est-à-dire « par une modalité qui esquivait toute transmission de richesse entre les parties »<sup>75</sup>. En d'autres termes, ce serait non l'existence d'un acte juridique muet et

---

<sup>72</sup> A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse, Sirey, 1946, p. 130.

<sup>73</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 178.

<sup>74</sup> Empruntant exactement ces termes, Monsieur NICOD écrit ainsi : « la donation indirecte résulte d'un *acte juridique sincère*, qui reste *muet* sur la nature libérale du transfert qu'il opère » M. NICOD, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, n° 17-13.017 et 17-13.400, Bull. n° 10, *Dr. fam.* n° 4, comm. 102.

<sup>75</sup> R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, n° 7. Pour élever le critère de l'absence de flux direct de richesse en critère de définition du concept, Monsieur LIBCHABER s'est interrogé sur le sens du qualificatif « indirect » accolé à la donation. Passant d'une analyse juridique à une analyse économique de la donation, l'auteur considère le caractère indirect se logerait dans les relations que la donation fait naître entre le donataire et le donateur. Ainsi, la donation serait dite « indirecte » parce que le déséquilibre patrimonial provoqué par la donation s'accomplirait « par des voies souterraines »,

sincère mais l'absence de transmission patrimoniale directe entre donateur et donataire qui fixerait le périmètre de la donation indirecte, permettant alors de la distinguer des autres donations – ostensibles, manuelles et déguisées – procédant, quant à elles, d'un flux économique immédiat entre les parties<sup>76</sup>. Cette opinion est cependant restée isolée. Selon l'opinion majoritaire inspirée des travaux de PONSARD, la donation indirecte est donc une *donation originale*, distincte des autres variétés de libéralités entre vifs en tant qu'elle procède d'un acte juridique sincère et muet sur sa nature libérale.

**6. Décalage entre les enseignements doctrinaux et la réalité pratique** – Rares, les efforts de systématisation doctrinaux laissent un sentiment d'insatisfaction. Les critères retenus par la doctrine ne paraissent pas, en effet, aptes à décrire l'ensemble du contentieux de la donation indirecte. À l'étude, un décalage apparaît entre la définition de la donation indirecte et la réalité qu'elle est supposée modéliser, qui revêt deux aspects.

Tantôt les critères doctrinaux semblent *insuffisants*, dans la mesure où la qualification est opérée malgré leur absence. Certaines donations indirectes que le droit reconnaît ne consistent pas, en effet, en des libéralités entre vifs s'exprimant grâce à un acte muet et sincère. D'une part, il est des donations indirectes qui ne sont pas des libéralités entre vifs, soit qu'elles sont dépourvues de caractère libéral, soit qu'elles produisent tout ou partie de leurs effets à la mort de leur auteur. Il en va ainsi par exemple de celles qui procèdent d'une clause de réversion d'usufruit<sup>77</sup>, d'un *trust* libéral révocable<sup>78</sup>. D'autre part, il est des opérations que les tribunaux – pour s'en tenir à eux – qualifient de donations indirectes mais qui ne procèdent pourtant pas d'un acte sincère ou silencieux sur sa cause. Les donations indirectes résultant

---

c'est-à-dire « par une modalité qui esquivait toute transmission de richesse entre les parties ». L'idée semble déjà en germe dans la thèse de Madame MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, thèse, LGDJ, 1985, p. 406, n° 542.

<sup>76</sup> S'agissant de la donation notariée, l'auteur écrit : « l'acte notarié constate le transfert de propriété à titre gratuit d'un immeuble, qui passe sans intermédiaire du patrimoine du gratifiant à celui du gratifié », ce en quoi cette donation serait nécessairement une donation directe. Quant à la donation manuelle, elle serait directe par l'effet de la tradition : en remettant en personne la chose au donataire, relève l'auteur, le donateur se dessaisirait de manière directe sans que rien ne « perturbe » la transmission de richesses entre les parties. Enfin, la donation déguisée serait également directe en ce que même mensongère, elle aboutirait « à faire profiter directement une partie des largesses de son cocontractant » : l'acte apparent mettrait directement en possession le donataire sans qu'aucun élément extérieur – pas même la simulation qu'opère le déguisement – ne détourne le mouvement de transmission (R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, n° 7).

<sup>77</sup> V. *infra* n° 58 et s.

<sup>78</sup> V. *infra* n° 81 et s.

d'une cession à vil prix<sup>79</sup> ou d'une renonciation abdicative à succession<sup>80</sup> en fournissent de bons exemples. Çà et là, la catégorie des donations indirectes accueille ainsi des libéralités qu'il serait convenu, au regard des enseignements doctrinaux, de qualifier d'actes à titre onéreux, de libéralités à cause de mort, de donations ostensibles, manuelles ou déguisées...

D'autres fois, les critères doctrinaux semblent *inopérants* : le décalage procède, à l'inverse, de ce que la qualification de donation indirecte est écartée par le juge ou le législateur là où elle paraîtrait devoir s'imposer en raison de la réunion des critères de sa définition doctrinale. On en veut pour exemple les cas topiques de la donation par virement<sup>81</sup> ou de l'attribution à titre gratuit d'une assurance épargne alimentée par des primes modestes<sup>82</sup>. Le droit positif recèle donc des actes qui, selon l'opinion doctrinale, devraient être placés dans l'orbe des donations indirectes mais qui, infailliblement ou seulement à l'occasion, échappent à la qualification...

C'est dire que les critères doctrinaux réputés définir la donation indirecte n'en décrivent pas l'entière réalité. Aux limites du concept, comme à celles de notre quartier de tomate, un « décollement » semble s'être produit. Faut-il n'y voir qu'un accident perceptible à l'œil de l'observateur aguerris, ou bien le signe plus préoccupant d'une conceptualisation impossible à parfaire ? Si les décalages évoqués ne doivent pas être exagérés, ils ne font cependant pas – ou plus – figure d'exception : les solutions qui en sont l'objet sont suffisamment nombreuses pour justifier une nouvelle étude sur le sujet plus de soixante-dix ans après le travail de PONSARD.

**7. Utilité d'une nouvelle approche du sujet : quelle voie choisir ?** – Face à une telle déconvenue, une première voie serait de proposer une redéfinition de la donation indirecte. La tentation est grande, en effet, de postuler que les décalages évoqués procèdent d'une imperfection des critères en usage et qu'il faut redessiner les contours de la donation indirecte au moyen d'une nouvelle définition conceptuelle. Concrètement, la démarche viserait à proposer de nouveaux critères abstraits, s'ajoutant ou remplaçant ceux déjà existants ; c'est l'entreprise menée par Monsieur LIBCHABER qui suggère de substituer au critère de l'acte muet et sincère celui de l'absence de flux de richesse *inter partes*<sup>83</sup>. On peut néanmoins douter

---

<sup>79</sup> V. *infra* n° 149 et s.

<sup>80</sup> V. *infra* n° 182 et s.

<sup>81</sup> V. *infra* n° 138, n° 142 et n° 144.

<sup>82</sup> V. *infra* n° 13.

<sup>83</sup> R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.* Fort de ce critère, Monsieur LIBCHABER propose de classer les donations indirectes en deux catégories, selon que le flux indirect de richesse résulte de l'intervention d'un tiers ou se réalise dans les seules relations donateur donataire. La première catégorie regrouperait toutes celles dans lesquelles « le flux financier matérialisant l'enrichissement s'est abîmé dans le patrimoine d'un tiers », entendu comme « le créancier ou le débiteur

de la pertinence de cette nouvelle définition, et plus généralement du bien-fondé d'une nouvelle conceptualisation de la donation indirecte.

Deux critiques majeures peuvent en effet être adressées à la redéfinition conceptuelle proposée par Monsieur LIBCHABER. La première, que l'auteur confesse<sup>84</sup>, tient à l'inadaptabilité du critère suggéré au regard de certaines manifestations de la donation indirecte. Il en va ainsi, par exemple, de la donation indirecte réalisée au moyen d'une vente à prix déséquilibré puisque le bien reçu par l'acquéreur-donataire provient directement du patrimoine du vendeur-donateur<sup>85</sup>. La seconde critique repose sur la constatation que le critère de l'absence de flux de richesse *inter partes* peut parfois s'appliquer à d'autres formes de libéralité entre vifs. Rien ne s'oppose ainsi à ce qu'une donation par voie de renonciation à usufruit se réalise sous la forme notariée – l'usufruitier-donateur souhaitant, par exemple, conserver une preuve certaine de sa donation en vue d'échapper aux charges fiscales qui lui incombaient *ès-qualités*. À suivre le critère de Monsieur LIBCHABER, cette donation, parce qu'elle circule au moyen d'un acte authentique, devrait recevoir la qualification de donation directe. D'un point de vue économique, elle procède cependant d'une transmission indirecte de richesse entre l'usufruitier et le nu-proprétaire puisque le dessaisissement se réalise par le seul effet consolidateur de la renonciation. Aussi, le critère de l'absence de flux de richesse *inter partes* paraît pouvoir s'appliquer à certaines donations notariées. De même, certains dons manuels paraissent coïncider avec le critère envisagé, tel que le don manuel réalisé par le truchement d'un mandataire<sup>86</sup>. L'hypothèse pourrait être la suivante : une personne souhaite une somme d'argent à un proche, lequel donne mandat à son notaire de la recevoir en son nom. Techniquement, la

---

du donataire sur lequel les parties prennent appui pour réaliser la libéralité » ; elle regrouperait serait principalement constituée de celles réalisées au moyen d'un paiement pour autrui. La seconde catégorie de donation indirecte rassemblerait, au contraire, celles dont l'absence de flux direct de richesse serait due au seul effet de l'acte support de la donation, non à l'intervention d'un tiers. Il en irait ainsi, par exemple, des donations indirectes procédant d'une reconnaissance de dette non causée, d'une promesse de payer ou de l'émission d'un billet à ordre.

<sup>84</sup> R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, n° 16. L'auteur écrit ainsi : « Cette typologie des donations indirectes a laissé dans l'ombre quelques situations qui sont pourtant considérées depuis toujours comme d'incontestables représentants de la catégorie. La raison en est bien sûr que le critère que l'on propose ici ne s'y adapte pas sans mal ».

<sup>85</sup> R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, n° 17. L'auteur confesse également que son critère ne s'adapte pas à la donation indirecte réalisée au moyen d'une stipulation pour autrui dans la mesure où le tiers-promettant ne peut être regardé comme un tiers instrumentalisé non seulement parce qu'il assure l'acheminement du bien sur ordre du disposant, mais aussi parce qu'il peut participer à la constitution de l'enrichissement du donataire, spécialement dans l'hypothèse de l'assurance épargne (R. LIBCHABER, *art. préc.*, n° 18).

<sup>86</sup> Pour des illustrations jurisprudentielles, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 1961, *D.* 1961, p. 641, note R. SAVATIER ; *JCP G.* 1961. II, p. 12352, note A. PONSARD ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, *Bull.* n° 328.

tradition de la somme d'argent se réalise grâce à un intermédiaire, le notaire, qui recueille l'objet de la donation avant de le remettre au donataire. Le transfert de richesse se « brisant » par l'intervention d'un tiers, il y aurait, à suivre les enseignements de Monsieur LIBCHABER, une donation sans transmission patrimoniale directe entre le donateur et le donataire – une donation indirecte donc. C'est dire que le critère de l'absence de flux de richesse *inter partes* semble échouer à dessiner parfaitement les contours du concept de donation indirecte.

Plus généralement, une redéfinition analytique de la donation indirecte suppose que le concept en usage ne s'accorde généralement pas avec la pratique juridique. Or tel n'est pas le cas. Une lecture même sommaire du droit positif prouve que le concept est en adéquation avec une part majeure du contentieux de la donation indirecte. Dans ces conditions, on ne peut légitimement faire table rase du concept établi par la doctrine et proposer une nouvelle définition de la donation indirecte ; une autre piste d'analyse doit être suivie.

Une deuxième piste d'analyse consisterait à remettre en cause la traditionnelle approche analytique pour une approche purement fonctionnelle de la donation indirecte. Nous verrons en effet que, le plus souvent, le « décollement » évoqué procède d'une utilisation finaliste de la qualification de donation indirecte. Une telle redéfinition dénaturerait cependant, là encore, la part du contentieux conforme aux efforts de systématisation. Rien ne serait plus faux, en effet, que d'affirmer que les juges et le législateur ont une approche  *systématiquement*  finaliste de la donation indirecte. Parce que trop radicales, tant l'option d'une redéfinition analytique que celle d'une approche exclusivement fonctionnelle paraissent ne pas devoir être retenues pour appréhender notre objet.

D'où la nécessité d'une tierce approche de la donation indirecte, moins catégorique. Entreprise hardie, nous dira-t-on peut-être, car elle impose de renoncer à l'idéal traditionnel du droit français « habitué aux théories homogènes travaillant sur un matériau d'un seul tenant »<sup>87</sup>. Il ne faut cependant pas la redouter. Entre l'approche purement conceptuelle de la donation indirecte et son approche purement fonctionnelle, trop systématiques, il y a place pour une approche intermédiaire et plus nuancée qui, renonçant à voir dans la donation indirecte un concept homogène, parvient à lui redonner une cohérence d'ensemble – du moins c'est notre conviction – en admettant comme telle l'instrumentalisation qui en est parfois faite. Selon cette approche, la donation indirecte serait une notion hétérogène, composite : essentiellement conceptuelle, accessoirement fonctionnelle. N'est-ce pas ainsi d'ailleurs qu'est composé le

---

<sup>87</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 2000, p. 10, n° 6. Sur cet idéal, v. notamment : G. CORNU, « Les définitions dans la loi », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 259, n° 8 et s.

droit, mélange de normes inflexibles et malléables ? À la rigidité intangible de l'ordre public répond la souplesse des normes supplétives. Surtout, pour ce qui concerne notre sujet, à l'impératif de sécurité juridique, condition *sine qua non* de l'ordre juridique<sup>88</sup>, répond un impératif de souplesse car à la nécessaire constance du droit dans le temps s'ajoute la nécessité de s'adapter. Or si le premier impératif de sécurité appelle des concepts rigides, c'est-à-dire clairement définis et rigoureusement appliqués par les acteurs de la qualification, le second réclame des concepts sinon plastiques, du moins flexibles, en tant qu'ils s'ordonnent dans un véritable système mais servent parfois d'instrument de mise en balance des intérêts en présence. Telle est l'idée générale de la thèse.

Pourrait-on s'en tenir à cet objectif de partage, de classement entre les donations indirectes conceptuelles et les donations indirectes fonctionnelles ? Ce serait s'arrêter en chemin. En effet, même si la souplesse est nécessaire, elle ne saurait être synonyme de blanc-seing accordé aux juges. Si la donation indirecte est aussi une notion fonctionnelle, et non uniquement conceptuelle, c'est qu'elle est utilisée, essentiellement par les juges, au détriment de sa définition conceptuelle. Nous pouvons dire ainsi que la donation indirecte est instrumentalisée. L'une des tâches essentielles sera alors de rechercher, dans le détail des éléments factuels propres à chaque décision, les fondements sous-jacents de cette instrumentalisation, les raisons arrêtées d'avance par les juges ; en un mot, à rendre compte des déterminations qui ont réellement eu cours dans les qualifications jugées en rupture avec les enseignements traditionnels.

Toutefois, cette méthode est davantage connue pour ses risques d'arbitraire que pour ses vertus d'adaptation des textes aux mutations sociales, économiques, juridiques. En cause, l'analogie qui peut être faite entre l'instrumentalisation et la fiction juridique<sup>89</sup> : comme la fiction, l'instrumentalisation est le résultat d'une qualification « a-normale »<sup>90</sup>, en ce sens

---

<sup>88</sup> Sur cet impératif, v. notamment : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, thèse, Defrénois, 2009. Pour une approche de cet impératif dans le domaine particulier de la rétroactivité de la jurisprudence, v. notamment : G. DROUOT, *La rétroactivité de la jurisprudence, Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, thèse, LGDJ, 2016.

<sup>89</sup> Plus généralement sur les fictions juridiques, v. notamment : A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse, Paris II, 1995 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, LGDJ, 1996 ; S. ASCENSIO, *La disqualification en droit privé interne*, thèse, Bordeaux, 1999.

<sup>90</sup> S. ASCENSIO, *thèse préc.*, p. 6, à propos de la définition qu'il donne de la disqualification. L'auteur écrit ainsi : « La disqualification est donc une qualification *a-normale*. Dans le sens où elle est la qualification qui se développe au mépris, voire en réaction aux normes imposées en matière de nomination juridique. L'a-normalité est ainsi le trait distinctif de la disqualification. C'est d'ailleurs pour mettre l'accent sur ce caractère que nous écrivons et écrirons tout au long de cet ouvrage a-normal en séparant le "a" privatif du terme, considéré comme ce qui s'impose, doit être respecté en tant que référence ».

qu'elle « se caractérise toujours par une dénégation ou une dénaturation de la réalité »<sup>91</sup>. Comme la fiction, l'instrumentalisation est un procédé de politique juridique dont le but est de faire prévaloir des considérations économiques, sociales, ou morales contre la logique juridique. Comme la fiction, l'instrumentalisation se préoccupe avant tout de rechercher la qualification qui s'ajuste le mieux au résultat souhaité ; éloignée du modèle syllogistique de la logique formelle, elle est une sorte d'anomalie du droit. C'est alors un champ entièrement nouveau qui s'ouvre à l'analyse : comment cantonner cette instrumentalisation ?

**8. Méthode de l'étude proposée** – Afin de démontrer les insuffisances actuelles des définitions doctrinales de la donation indirecte, de mettre en évidence son instrumentalisation et la nécessité de cantonner celle-ci, une méthode particulière a dû être suivie.

Il va sans dire que n'avons pas l'ambition d'étudier toutes les manifestations de la donation indirecte, que nos développements n'interviendront pas dans toutes les matières où se pose la question de sa qualification. Outre qu'elle aurait excédé nos compétences et nos forces, cette entreprise exhaustive aurait eu l'inconvénient de faire sombrer notre recherche dans un exercice répétitif et fastidieux de compilation. Mieux valait réfléchir à partir de solutions marquantes et représentatives par leur nombre. Une telle démarche n'en imposait pas moins de dépasser les limites du droit des obligations et plus largement du droit civil des actes juridiques – onéreux et gratuit – qui constitue le terrain le plus fertile de la donation indirecte. S'il doit, en tant que tel, être principalement interrogé, d'autres matières où la qualification est instrumentalisée devaient aussi être mises à contribution : il en va ainsi du droit fiscal, du droit de l'action sociale, du droit des sociétés ou encore du droit des sûretés.

En dehors même du droit positif français, fallait-il solliciter le droit comparé et l'histoire du droit ? Pour ce qui est du premier, l'usage qui en a été fait est précisément comparatif. Dans la perspective qui est la nôtre, il ne pouvait être question de trouver la clef du hiatus précédemment mentionné dans un système étranger en succombant au charme de l'exotisme. Les qualifications étant dans la dépendance de chaque système juridique, le droit comparé pouvait seulement venir à l'appui de certaines solutions de droit français ou pour suggérer une objection. C'est ainsi, par exemple, que les règles du droit belge fourniront d'utiles comparaisons lorsque l'on abordera le contentieux de la qualification de l'assurance épargne<sup>92</sup>. Pour ce qui est de l'histoire

---

<sup>91</sup> G. WICKER, *Dictionnaire de la culture juridique*, v° Fiction, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 717. Sur le débat quant à l'objet de cette déformation – réalité matérielle ou juridique, v. notamment : A.-M. LEROYER, *thèse préc.*, p. 32 et s., n° 20 et s.

<sup>92</sup> V. *infra* n° 352.

du droit, la notion de donation indirecte ayant des origines somme toute assez récentes ainsi qu'il a été dit<sup>93</sup>, elle ne pouvait être exploitée comme un recueil de différentes techniques, mais seulement pour prendre du recul, de la hauteur. En outre, pour comparer utilement le concept de donation indirecte et sa réalité, pour dénoncer l'inadéquation du premier à la seconde, il nous fallait disposer de manifestations pratiques. Ainsi, les références qui y seront faites permettront d'apporter un éclairage à certaines finalités poursuivies par l'instrumentalisation de la donation indirecte.

**9. Annonce de l'étude** – On mesure à présent l'étendue et l'orientation de l'étude, qui nous a semblé devoir s'ordonner autour de deux axes principaux.

En premier lieu, il s'est agi de confronter la réalité pratique de la donation indirecte, légale, jurisprudentielle et administrative, pour constater l'inadéquation de celle-ci à sa conceptualisation. En second lieu, de cette confrontation est née la conviction que le divorce entre la théorie et la pratique de la donation indirecte est, pour bonne part, le fruit d'une instrumentalisation de sa qualification qui ne doit pas être combattue systématiquement mais encadrée, appréciée, cantonnée : en somme, qu'il y a lieu à cet égard de faire le départ entre l'inacceptable ou l'injustifiable et l'admissible voire l'opportun.

Pour le dire autrement, l'hypothèse centrale de cette étude est qu'il règne une certaine inadéquation entre la conceptualisation de la donation indirecte et sa réalité pratique, dont la cause réside dans une instrumentalisation de la qualification, laquelle n'est pas en soi illégitime, mais demeure perfectible au regard des fins qu'elle poursuit.

## **Partie 1 – Une conceptualisation inadéquate**

## **Partie 2 – Une instrumentalisation perfectible**

---

<sup>93</sup> V. *supra* n° 3. En outre, avant une décision du 2 avril 1823, aucune manifestation pratique de la donation indirecte ne semble perceptible (Cass. req., 2 avril 1823, S. 1823, retenant l'existence d'une donation indirecte par voie de remise de dette).

## PARTIE 1 – UNE CONCEPTUALISATION INADEQUATE

---

**10. Décalages entre la théorie et la réalité contentieuse de la donation indirecte** – La donation indirecte ne jouit d’aucune définition légale, même partielle : si mention en est parfois faite par le Code civil<sup>94</sup>, jamais celle-ci ne s’accompagne d’éléments de définition. La doctrine, quant à elle, a entrepris un remarquable effort de systématisation. Selon elle, la donation indirecte est une notion qui se définirait par un ensemble de critères cumulatifs tenant, pour certains à sa *nature*, pour d’autres à ses *caractères*. Rangée parmi les donations entre vifs, la donation indirecte consisterait, par nature, en un *acte libéral inter vivos* ; comme telle, elle n’appartiendrait ni à la catégorie des actes à titre onéreux, ni à celle des libéralités à cause de mort. À ces deux critères, on a coutume d’en adjoindre d’autres précisant ses caractères : la donation indirecte serait une donation entre vifs véhiculant au moyen d’un *acte juridique* qui, *sans tradition ni simulation*, reste *muet* sur l’intention libérale de son auteur. Ce faisant, la donation indirecte marquerait son originalité profonde par rapport aux autres formes de donations entre vifs. Précisément, elle se distinguerait tout à la fois du don manuel, des donations ostensibles ainsi que des donations simulées. En brochant à grands traits les efforts de systématisation doctrinale, la donation indirecte serait donc une donation entre vifs dont l’atypicité résiderait dans le fait qu’elle se réalise au moyen d’un acte juridique tout à la fois muet et sincère. De là, deux conséquences réputées inéluctables : toute donation indirecte suggère la caractérisation d’une libéralité entre vifs portée par un acte juridique sincère ne révélant pas sa nature libérale ; réciproquement, tout acte juridique muet et sincère portant une libéralité entre vifs doit être qualifié de donation indirecte.

Toutefois, cette conceptualisation doctrinale se trouve en partie démentie par la réalité du contentieux pratique de la donation indirecte, et ce, depuis aussi longtemps que la doctrine s’est emparée du sujet. En effet, un certain divorce existe entre la théorie et les représentations légales ou jurisprudentielles du concept. Il règne, somme toute, une relative inadéquation entre la conceptualisation de la donation indirecte et sa réalité pratique, laquelle inadéquation touche aussi bien à la *nature* de la donation indirecte, celle de donation entre vifs (**Titre 1**), qu’aux *caractères* qui détermineraient son originalité (**Titre 2**).

---

<sup>94</sup> V. par exemple : C. civ., art. 843, 1099, 1595 anc.



## TITRE 1 – UNE DONATION ENTRE VIFS

**11. Annonce** – L’unanimité doctrinale s’est faite autour de l’idée que la donation indirecte constituait une forme particulière de libéralité entre vifs : acte *libéral*, la donation indirecte supposerait l’existence d’une intention libérale de son auteur ; acte *entre vifs*, elle produirait tous ses effets du vivant du disposant. Autrement dit, la donation indirecte, qui serait une véritable libéralité entre vifs, se trouverait toujours réalisée par une intention libérale du disposant et un transfert actuel de la chose donnée. Réciproquement, toute libéralité entre vifs, à la supposer portée par un acte muet et sincère, figurerait naturellement dans la catégorie des donations indirectes.

Toutefois, comme on l’a dit, le concept de donation indirecte ainsi dégagé ne résiste pas parfaitement à l’épreuve d’une confrontation avec sa réalité contentieuse. En effet, l’analyse de cette dernière semble montrer que l’intention libérale ne constitue pas toujours un critère catégorique de la donation indirecte (**Chapitre 1**) et que la notion ne recouvre pas seulement des actes entre vifs (**Chapitre 2**).



## CHAPITRE 1 – UN ACTE LIBERAL

**12. Donation indirecte et intention libérale** – La donation indirecte constitue-t-elle un acte libéral ? Nul n’oserait risquer une réponse négative. On lit en effet dans tous les manuels, ouvrages et thèses qui lui sont consacrés, que la donation indirecte ne saurait exister, ni même être intellectuellement conçue, sans intention libérale du disposant<sup>95</sup>. La donation indirecte, dit-on, est une forme particulière de libéralité entre vifs qui suppose, comme telle, l’existence d’un *animus donandi*. En outre, et en même temps, la doctrine enseigne depuis toujours que là où il y a tout à la fois *et* un transfert patrimonial résultant d’un acte muet et sincère *et* une intention libérale, il y a nécessairement donation indirecte ; en pareille hypothèse, dit-on, la qualification d’acte à titre onéreux n’a pas sa place.

Pareils enseignements ne rendent cependant pas un compte exact du droit positif. Certes, aucune disposition légale ni aucune décision jurisprudentielle n’admet *ex abrupto* que la présence ou l’absence de l’intention libérale est indifférente à la donation indirecte. Mais deux tendances se dégagent en droit positif qui contredisent les enseignements doctrinaux. Une première tendance, radicale, consiste à occulter l’existence de l’intention libérale pour substituer la qualification d’acte à titre onéreux à celle, qui devrait logiquement s’imposer, de donation indirecte. Une seconde, moins fruste mais tout aussi énergique, consiste à admettre l’existence de donations indirectes sans exiger la preuve de l’intention libérale. La contradiction opposée à l’intention libérale vient ainsi soit de ce que la loi ou la jurisprudence nient l’existence de l’élément intentionnel de la donation indirecte (**Section 1**), soit de ce qu’elles en suppriment subrepticement l’exigence (**Section 2**).

### SECTION 1 – LA NEGATION DE L’EXISTENCE DE L’INTENTION LIBERALE

**13. Pouvoir disqualificateur ponctuellement attribué à l’aléa** – Nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles la qualification de donation indirecte est volontairement écartée au motif que l’opération en cause ne serait pas guidée par une intention libérale mais par une intention onéreuse du disposant. Le contentieux de la qualification de l’assurance épargne illustre parfaitement cette situation – contentieux auquel nous consacrerons donc seulement quelques lignes en guise d’introduction tant tout semble d’ores et déjà avoir été dit.

---

<sup>95</sup> V. *supra* n° 5.

Reprenons. Aux formes classiques d'assurances dites de « prévoyance », se sont ajoutées au cours des quarante dernières années des formules d'assurances dites « d'épargne »<sup>96</sup>. Ces contrats, bien différents de l'assurance décès classique<sup>97</sup>, ont pour particularité de capitaliser les versements du souscripteur pour les reverser, au terme convenu, soit au souscripteur s'il est encore en vie, soit au bénéficiaire désigné si le souscripteur est décédé<sup>98</sup>. Ils se dénouent ainsi toujours par la délivrance d'un capital, lequel est égal au montant des primes versées par le souscripteur augmenté des produits financiers et diminué des frais de gestion<sup>99</sup>. Ainsi qu'on le reverra<sup>100</sup>, la jurisprudence considère depuis 2004 que ces assurances « épargnes » dépendent de la durée de la vie humaine du souscripteur et comportent, comme telles, un aléa exclusif de toute intention libérale. Précisément, les juges prétendent que la durée de vie du souscripteur engendre une incertitude non seulement sur la date et le montant du paiement du capital assuré mais aussi sur l'identité du récipiendaire des fonds. Partant, la qualification de libéralité indirecte entre le souscripteur et le tiers bénéficiaire est exclue par principe.

Cette solution a été approuvée par quelques auteurs<sup>101</sup>. D'un point de vue technique, l'analyse de l'assurance épargne en un contrat aléatoire apparaît pourtant contestable<sup>102</sup>. Il ressort en effet de la combinaison des articles 1104 et 1964 anciens du Code civil que le contrat aléatoire est celui qui comporte un événement incertain commandant l'équilibre du contrat et décidant, en même temps, de ses effets quant aux avantages et aux pertes<sup>103</sup>. Or dans l'assurance

---

<sup>96</sup> Pour une analyse détaillée des différentes formes que ces assurances épargnes peuvent revêtir, v. par exemple : J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances de personnes*, t. IV, LGDJ, 2007, p. 102 et s.

<sup>97</sup> Sur cette forme d'assurance, v. *infra* n° 23.

<sup>98</sup> Pour d'utiles précisions sur la désignation du bénéficiaire, v. : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'assurance-vie, entre détention et transmission d'épargne », *Dr. pat.* 2020, n° 303.

<sup>99</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 263, n° 335.

<sup>100</sup> V. *infra* n° 75.

<sup>101</sup> En ce sens, v. par exemple : L. MAYAUX, *RGDA* 2005, p. 110 ; J. GHESTIN, *JCP G.* 2005. I, p. 111 ; V. HEUZÉ, « Un monstre et son régime juridique : le contrat d'assurance sur la vie », *Mélanges J. BIGOT*, LGDJ Lextenso, Paris, 2010, p. 193 ; H. LÉCUYER, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », *Dr. fam. nov.* 2018, chr. 18.

<sup>102</sup> En ce sens, v. par exemple : M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841 ; J. AULAGNIER, « Peut-on échapper à une réforme de l'assurance-vie ? », *JCP N.* 1996, p. 1744 ; J.-G. RAFFRAY, « Contrats d'assurance et libéralités », *JCP N.* 1997. I, p. 237 ; M. MIGNOT, « Histoire d'un contresens (à propos de l'article L. 132-13 du Code des assurances) », *LPA* juillet 2008, n° 144, p. 7 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Assurance-vie et chambre mixte : *alea jacta est !* », *RJPF* 2005, n° 2 ; C. GOLDIE-GENICON, « L'assurance rattrapée par le recel successoral », *RDC* 2010, p. 170 ; C. BRENNER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », 2021, n° 33.

<sup>103</sup> Pour mémoire, l'ancien article 1104 du Code civil disposait que « [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. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de

épargne, le bénéficiaire désigné court certes le risque de perdre le droit de créance qui lui est reconnu contre le promettant, mais ce risque n'est pas suffisant à caractériser l'existence d'un aléa au sens où le Code civil l'entend<sup>104</sup>. Le « risque » de perte éprouvé par le bénéficiaire ne semble correspondre à rien d'autre qu'une déception<sup>105</sup>. Au fond, la vérité que les juges tentent de cacher est que, dans l'immense majorité des cas, le souscripteur d'une assurance épargne est mû par une intention libérale envers le tiers bénéficiaire et réalise à son profit une libéralité indirecte<sup>106</sup>. En outre, et en tout état de cause, si même l'assurance épargne s'analysait en un contrat aléatoire, ce contrat intéresse uniquement les relations du souscripteur et de l'assureur, non celles du souscripteur et du tiers bénéficiaire. Un tel aléa chasserait ainsi l'existence d'une libéralité dans les rapports des premières, non dans ceux des secondes<sup>107</sup>. De quelque point de vue que l'on se place, l'argument tiré de l'existence d'un aléa viager paraît donc impropre à écarter l'existence de l'intention libérale du souscripteur. C'est pourquoi il nous semble possible de penser que, dans le contentieux relatif à la qualification de l'assurance épargne, les juges se servent de l'aléa comme d'un artifice technique pour faire échapper l'opération à l'emprise de la qualification de donation indirecte et, dans le même temps, la faire entrer de force dans la catégorie des actes à titre onéreux.

**14. Pouvoir disqualificateur régulièrement attribué à l'obligation naturelle – L'aléa n'est pas le seul subterfuge auquel on recourt pour dénier l'existence de donations indirectes ; c'est aussi, et plus souvent, l'obligation naturelle qui sert d'instrument de disqualification. Il n'est pas rare en effet que les juges ou le législateur refoulent volontairement la qualification**

---

perte pour chacune des parties, d'après un évènement incertain, le contrat est aléatoire ». Quant à l'article 1964 ancien, il prévoyait que « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain ».

<sup>104</sup> Sur la notion de risque, v. notamment : A. TRESQUES, « Le risque », in J.B. Racine (dir.), *Le droit économique au XXI<sup>ème</sup> siècle – Notions et enjeux*, Paris, LGDJ, 2020.

<sup>105</sup> M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841.

<sup>106</sup> En ce sens, v. par exemple : M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841 ; J. AULAGNIER, « Peut-on échapper à une réforme de l'assurance-vie ? », *JCP N.* 1996, p. 1744 ; J.-G. RAFFRAY, « Contrats d'assurance et libéralités », *JCP N.* 1997, I, p. 237 ; M. MIGNOT, « Histoire d'un contresens (à propos de l'article L. 132-13 du Code des assurances) », *LPA* juillet 2008, n° 144, p. 7 ; C. GOLDIE-GENICON, « L'assurance rattrapée par le recel successoral », *RDC* 2010, p. 170 ; C. BRENNER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », 2021, n° 33.

<sup>107</sup> En ce sens, v. notamment : F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, thèse, IRJS, p. 220, n° 173, à propos de l'assurance sur la vie classique, mais l'analyse est transposable, selon nous, à l'assurance épargne.

de donation indirecte au motif que celui qui transmet un bien a agi, non pour donner, mais pour satisfaire une obligation naturelle ou, dit-on encore, pour apaiser sa conscience.

L'ingéniosité du raisonnement ne saurait en masquer l'artifice. D'abord, il paraît délicat d'affirmer que l'obligation naturelle chasse l'intention libérale tant les deux notions sont vagues et peuvent conduire à leur assimilation. Ensuite, et surtout, lorsque l'admission d'une obligation naturelle sert à évincer la donation, son existence procède souvent d'une affirmation pure et simple, et non d'une recherche réelle et effective de la motivation du disposant. La notion d'obligation naturelle s'impose ainsi, elle aussi, comme un procédé technique de disqualification de la donation indirecte. Afin de prendre la mesure du phénomène, un examen analytique des principales situations dans lesquelles le droit positif fait appel à la notion d'obligation naturelle pour éviter la qualification de donation indirecte (§1), précèdera leur appréciation critique (§2).

#### §1 – L'EXAMEN ANALYTIQUE DU RECOURS A L'OBLIGATION NATURELLE

**15. Annonce** – Apparaissent ici ou là, dans la jurisprudence (A) comme dans la loi (B), des manifestations de l'obligation naturelle en matière de donation indirecte.

#### **A – Dans la jurisprudence**

**16. Double illustration** – Deux hypothèses évocatrices du recours jurisprudentiel à l'obligation naturelle sont particulièrement significatives : l'une très célèbre, mais déclinant en pratique, l'achat pour autrui entre époux valant exécution d'une obligation naturelle de rémunération (1) ; l'autre, moins connue, mais qui continue d'alimenter les recueils, le consentement au legs verbal valant exécution d'une obligation naturelle de délivrance (2).

##### *1 – L'achat pour autrui entre époux, exécution d'un devoir de rémunération*

**17. Cas particulier de l'achat pour autrui entre époux** – L'achat pour autrui est une opération fréquente entre époux. Il s'agit soit de l'hypothèse où le conjoint acquiert un bien à son nom alors que le prix est réglé par l'autre directement au vendeur, soit de celle où les deux époux déclarent acheter indivisément un bien dont le prix est réglé, en totalité, au moyen de deniers appartenant à l'un d'eux. S'agissant d'une vente dont le prix est effectivement réglé, l'acte est bien à titre onéreux dans les rapports entre auteur et ayant droit. C'est entre les époux

que l'opération réalise une donation indirecte, dès lors que l'intention libérale du *solvens* est établie<sup>108</sup>.

Cependant, cette intention libérale ne peut jamais exister, nous dit la jurisprudence, si l'époux *solvens* a voulu, par son paiement, s'acquitter d'une obligation naturelle de rémunérer son conjoint pour sa contribution excessive aux charges du mariage. En effet, les juges rejettent la qualification de donation indirecte – au bénéfice de celle de « donation rémunératoire » – toutes les fois où ils estiment qu'est rapportée la preuve de ce que l'époux *solvens* a agi parce qu'il se sentait moralement tenu de récompenser son conjoint pour sa collaboration professionnelle et (ou) ses activités au foyer excédant ce qui était attendu de lui au titre de la contribution aux charges du mariage<sup>109</sup>. Dans un flot très nourri de décisions<sup>110</sup>, empruntant toutes le même raisonnement, un arrêt rendu le 14 février 1989 par la Cour de cassation, première chambre civile, peut servir d'illustration<sup>111</sup>.

**18. Illustration : décision du 14 février 1989** – En 1981, un jugement a prononcé le divorce aux torts partagés de deux époux mariés sous le régime de la séparation de biens. Le règlement de leurs intérêts pécuniaires ayant été source de difficultés, une seconde décision, rendue par la cour d'appel de Versailles, a statué sur la qualification d'un achat indivis financé pour l'essentiel par le mari. Constatant que son épouse avait « renoncé à son activité professionnelle de gérant de société à la naissance de l'enfant commun [...] jusqu'à la séparation des époux en 1980, assur[ant] elle-même tant la tenue du foyer et l'éducation de cet enfant que le travail de secrétariat de son mari [...] », la cour d'appel a considéré qu'elle « était

---

<sup>108</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2007, n° 06-12.094.

<sup>109</sup> Pour un cumul des deux « excès », v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006, n° 04-14.265.

<sup>110</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-13.701 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 2016, n° 15-25.879, Publié ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2016, n° 15-15.183 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 octobre 2016, n° 15-25.944, Publié ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-17.248 ; Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-14.886 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2010, n° 08-70.199 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avril 2010, n° 09-12.948 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, n° 05-15.087 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2007, n° 05-11.189 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 2004, n° 02-10.821 ; Cass. civ. 8 février 2000, n° 98-10.846 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 1998, n° 96-11.122 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 1978, n° 76-12.557 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1981, Bull. n° 217 ; *RTD civ.* 1982, p. 784, note J. PATARIN ; CA Amiens, 8 juin 2017, n° 17/00419 ; CA Nouméa, 21 décembre 2017, n° 16/00253 ; CA Bastia, 25 mai 2016, n° 14/00658 ; CA Amiens, 22 janvier 2015, n° 13/01515 ; CA Aix-en-Provence, 15 février 2014, n° 13/07766 ; CA Bordeaux, 4 novembre 2014, n° 13/04184 ; CA Amiens, 31 janvier 2013, n° 10/05113 ; CA Bastia, 20 novembre 2013, n° 11/00674 ; CA Amiens, 28 novembre 2013, n° 12/04933 ; CA Bordeaux, 31 janvier 2012, n° 10/00397 ; CA, Aix-en-Provence, 15 mai 2012, n° 11/08285 ; CA Aix-en-Provence, 7 octobre 2010, n° 09/23358 ; CA Aix-en-Provence, 14 octobre 2010, n° 09/22700 ; CA Bordeaux, 13 janvier 2009, n° 08/00634 ; CA Bourges, 25 février 2002, JD n° 2002-172978 ; CA Bordeaux, 17 mai 2001, n° 10/00531 ; TGI Nice, 12 mars 1980, JD n° 1980-000990 ; TGI Versailles, 18 janvier 1978, *RTD civ.* 1979, p. 171, obs. R. SAVATIER.

<sup>111</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 1989, n° 86-17.789.

allée au-delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage et que le *mari avait contracté envers sa femme une obligation naturelle de rémunération* dont il a assuré l'exécution forfaitaire et globale en complétant la part de son épouse dans le prix d'achat ». Elle a en déduit que l'époux *solvens* « bien qu'ayant financé la plus grande partie de cette acquisition, ne rapportait pas la preuve d'une intention libérale de sa part » et a, en conséquence, rejeté la qualification de donation indirecte. Son arrêt a triomphé du pourvoi qui avait été formé contre lui puisque la Cour de cassation juge qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel – « qui n'avait pas à s'expliquer sur la charge du remboursement du prêt contracté par l'époux dès lors qu'elle avait admis que celui-ci avait contracté envers sa femme une *obligation naturelle de rémunération* » – a légalement justifié sa décision.

Le raisonnement des juges est simple. L'époux a-t-il collaboré gracieusement à l'activité de son conjoint ou consenti des sacrifices en restant au foyer au-delà de ce qu'exigeait son devoir de contribution aux charges du mariage ? L'excès ainsi débusqué fait naître, dans la conscience de l'époux *solvens*, une obligation naturelle de rémunérer son conjoint dont l'exécution au moyen de l'achat pour autrui est incompatible avec l'existence d'une intention libérale<sup>112</sup>. Est donc exclue la qualification de donation indirecte et, avec elle, les règles régissant le droit des libéralités : « exigences de forme, règles relatives au rapport, à la réduction, à la révocation<sup>113</sup>, aux incapacités spéciales de recevoir »<sup>114</sup> ou encore, par principe, aux droits de mutation à titre gratuit<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> En ce sens, v. : C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, p. 335, n° 11 : « c'est à l'obligation naturelle qu'il est la plupart du temps fait appel pour servir de fondement aux solutions jurisprudentielles en matière de libéralités rémunératoires ; [en] accordant une libéralité rémunératoire, le disposant ne ferait que payer une obligation qui lui incombait [et ne serait] pas mû la volonté de gratifier autrui, mais contraint d'acquitter un devoir de conscience ». Pour une analyse critique du fondement de l'obligation naturelle pour justifier l'admission (ou le refus) d'une indemnisation du travail familial, v. : C. GOLDIE-GENICON, *art. préc.*, p. 364, n° 143 ; J. HOUSIER, *Les dettes familiales*, thèse, IRJS, 2017, p. 154 et s., n° 146, qui situe le fondement des libéralités rémunératoires « dans l'existence préalable d'une créance d'enrichissement sans cause au bénéfice du gratifié, non constaté judiciairement ».

<sup>113</sup> Certes, l'article 960 du Code civil soumet les donations rémunératoires à la révocation pour survenance d'enfants. Cependant, cette soumission, dont on ne connaît pas d'application pratique, a perdu toute portée et toute pertinence avec la loi du 23 juin 2006 puisqu'il faut désormais une stipulation expresse.

<sup>114</sup> C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, p. 347 et s., spéc. p. 352, n° 9.

<sup>115</sup> En droit positif, aucune disposition du Code général des impôts ou du Livre des procédures fiscales ne prévoit un régime fiscal propre aux donations rémunératoires. Seul le Bulletin officiel des finances publiques (ci-après, Bofip) contient quelques règles à ce sujet, qui distinguent l'exécution d'une obligation naturelle (exonérée des droits de mutation à titre gratuit) de celle d'une obligation purement morale (soumise auxdits droits). Précisément, le Bofip prévoit que « l'exécution d'une obligation naturelle (règlement d'une dette ou réparation d'un préjudice dont l'exécution forcée ne pourrait être obtenue par le bénéficiaire) ne constitue pas une libéralité mais un paiement (C. civ., art. 1302) ; les droits de mutation à

## 2 – Le consentement au legs verbal, exécution d'un devoir de délivrance

**19. Nullité de principe du legs verbal**<sup>116</sup> – En droit français, l'écriture est la condition absolue de l'existence d'un testament<sup>117</sup>. Il s'ensuit que le legs verbal ou nuncupatif est nul pour vice de forme<sup>118</sup>. Autorisé sous l'ancien Droit, le legs verbal fut en effet formellement interdit par l'ordonnance du Chancelier d'AGUESSEAU en août 1735<sup>119</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de cette ordonnance dispose ainsi : « toutes dispositions testamentaires ou à cause de mort, de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit, déclarons nulles celles qui ne seraient faites que verbalement, et défendons d'en admettre la preuve par témoins, même sous le prétexte de la modicité de la somme dont il aurait été disposé »<sup>120</sup>. Le Code civil de 1804, quant à lui, n'a pas explicitement interdit les legs verbaux. Mais il se déduit de la combinaison des articles 969 et 1001 de ce Code que les legs, à défaut d'écrit testamentaire, sont nuls de nullité absolue<sup>121</sup>. En outre, la jurisprudence rappelle régulièrement qu'« une disposition [testamentaire] purement verbale est nulle de plein droit »<sup>122</sup>.

**20. Efficacité exceptionnelle par exécution du legs** – Nul par principe, le legs verbal n'est cependant pas totalement ignoré par le droit. En effet, la jurisprudence admet parfois l'efficacité des legs verbaux lorsque les héritiers légaux ou le légataire universel du testateur

---

titre gratuit ne sont donc pas exigibles ». Et de poursuivre : « Il en est différemment lorsque l'obligation est purement morale (simple devoir de conscience). En effet, celui qui exécute une telle obligation sent une véritable donation soumise à l'impôt » (BOI-ENR.DMTG-20-10-10, n° 50).

<sup>116</sup> Sur le sujet, v. notamment : M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, thèse, Paris XII, Coll. Doctorat et Notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 164 et s., n° 387 et s. ; C. BAHUREL, *Les volontés des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse, Paris II, LGDJ, Paris, 2014, p. 91 et s., n° 84 et s. ; M. NICOD, « La confirmation des libéralités nulles en la forme », *Mélanges C. SAINT-ALARY-HOUIN*, LGDJ, 2020, p. 425 et s. ; A. HOUIS, « Le legs verbal », *JCP N.* 1996, p. 778.

<sup>117</sup> Sur ce point, v. *infra* n° 102 et s.

<sup>118</sup> On notera que, selon la jurisprudence, cette nullité ne relève pas de l'ordre public français en droit international privé. Ainsi, si la loi locale déclarée applicable au legs verbal par un ressortissant français admet ce type de legs, la disposition sera valable et pourra s'exécuter en France. En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 avril 1959, *D.* 1959, p. 521.

<sup>119</sup> Ord. 1735, art. 1<sup>er</sup> : « Toutes dispositions testamentaires ou à cause de mort, de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit, déclarons nulles celles qui ne seraient faites que verbalement, et défendons d'en admettre la preuve par témoins, même sous le prétexte de la modicité de la somme dont il aurait été disposé ».

<sup>120</sup> Sur les raisons du rejet de la forme orale par le droit français, v. : C. BAHUREL, *thèse préc.*, n° 63.

<sup>121</sup> L'article 1001 du Code civil n'indique pas explicitement la nature de cette nullité, mais la jurisprudence y voit depuis longtemps une nullité absolue (en ce sens, v. par exemple : Cass. req., 5 février 1873, *DP* 1873. I, p. 219).

<sup>122</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Bull. n° 180 ; *D.* 2004., p. 2953, note M. NICOD ; *AJ fam.* 2004, p. 405, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2005, p. 397, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G.* 2004. II, p. 10165, note A. SÉRIAUX.

consentent à les exécuter. Ce consentement peut prendre deux formes : ou bien les héritiers exécutent spontanément le legs verbal, par délivrance de son objet<sup>123</sup> ; ou bien ils rédigent une promesse d'exécution par laquelle ils reconnaissent les volontés verbales du testateur<sup>124</sup>. En tout état de cause, le consentement des héritiers doit remplir trois conditions. D'une part, le consentement doit émaner de l'héritier à qui aurait dû revenir la part de succession affectée au legs verbal. D'autre part, dans l'hypothèse où le consentement se cristallise dans une promesse d'exécution, celle-ci doit nécessairement être postérieure au décès du *de cuius* ; à défaut, elle est nulle comme constitutive d'un pacte sur succession future<sup>125</sup>. Enfin, le consentement ne doit être donné qu'en connaissance de cause. La Cour de cassation exige en effet que les héritiers aient connu les vices du legs et aient eu l'intention de les réparer. À cet égard, c'est au légataire qu'incombe la charge de prouver que l'héritier, au moment de l'exécution, connaissait les vices de forme du legs verbal<sup>126</sup>.

Si ces trois conditions sont réunies, le legs verbal, nul comme informe, devient efficace à l'égard de l'héritier consentant. Ce principe a été posé avec netteté par un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1860. En l'espèce, la Haute Juridiction décide « que s'il est vrai que le legs verbal est nul de plein droit, et d'une nullité telle, qu'elle ne puisse pas être couverte même par l'aveu du légataire universel, il ne saurait en être ainsi lorsque cet aveu est suivi de la délivrance du legs au légataire particulier »<sup>127</sup>.

**21. Analyse suggérée : acte constitutif d'une donation** – Reste encore à savoir quelle est la nature de l'exécution d'un legs verbal. À notre avis, un tel acte pourrait être analysé comme la confirmation par les héritiers d'un acte nul, en l'occurrence d'un legs nul en la forme<sup>128</sup>. Certes, l'article 1172 alinéa 2 du Code civil pose le principe selon lequel seule « une

---

<sup>123</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 décembre 1963, *GP* 1964, p. 340.

<sup>124</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. com., 26 juin 1961, Bull. n° 286 (en l'espèce, l'acte notarié dressé par l'héritière du testateur était rédigé de la manière suivante : « la légataire universelle reconnaît à nouveau l'exactitude des dernières volontés verbales ci-dessus rapportées fidèlement de Y, son frère défunt, et s'engage expressément envers les deux autres comparantes soussignées à les exécuter fidèlement comme si elles étaient écrites dans le testament olographe par lequel son frère *de cuius* l'institue pour sa légataire universelle »).

<sup>125</sup> Cass. civ., 18 janvier 1813.

<sup>126</sup> Cass. req., 9 juillet 1873, *DP* 1874. I, p. 219

<sup>127</sup> Cass. civ., 19 décembre 1860, *DP* 1861. I, p. 17. Déjà implicitement en ce sens, v. : Cass. req., 26 janvier 1826, *S.* 1827. I, p. 139 ; Trib. de la Réole, 4 mars 1846, *D.* 1846, p. 59 ; Paris, 16 février 1860, *D.* 1860, p. 122.

<sup>128</sup> En ce sens, v. notamment : M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse, Paris, Sirey, 1957, p. 47 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, n° 1350 ;

possible régularisation » permet d'échapper à la nullité d'un acte solennel conclu en méconnaissance des exigences de forme qui lui sont propres. Or dans les espèces étudiées, puisque le testateur est par hypothèse décédé, il ne peut y avoir *régularisation* du legs verbal. La nullité pour vice de forme peut toutefois être évitée d'une autre manière. L'acte nul peut notamment faire l'objet d'une confirmation, qui se définit comme l'acte par lequel la partie qui pouvait se prévaloir de la nullité renonce à le faire (C. civ., art. 1182). En matière de donations, la confirmation, logiquement impossible s'agissant d'une nullité absolue, est cependant ouverte, après le décès du donateur, à ses héritiers ou ayants cause. Ainsi l'article 931-1 alinéa 2 du Code civil, ancien article 1340, dispose : « après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire de la donation par les héritiers ou ayants cause du donateur emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité ». Or, si cette disposition vise les seules « donations » et prend place parmi les dispositions qui lui sont propres, et non au sein du droit des contrats, il est acquis de longue date que la confirmation des donations nulles pour vice de forme s'applique également aux testaments irréguliers : dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation a admis qu'un héritier pouvait, sur le fondement de l'article 1340 ancien du Code civil, renoncer à exercer son droit de critique contre un testament vicié<sup>129</sup>. Dans ces conditions, l'engagement d'exécuter un legs verbal par les héritiers du défunt pourrait être analysé comme la confirmation d'un acte nul. Madame GOBERT ne s'y était pas trompée qui écrivait que « l'héritier qui consent à l'exécution d'un legs verbal abdique son droit de critique à l'acte. Puisqu'il a abdiqué son droit d'agir en nullité, il ne peut plus après coup, prétendre en user. Ainsi peut-on expliquer que l'héritier soit tenu par sa promesse et qu'il ne puisse exiger restitution de son exécution, l'une et l'autre valant confirmation »<sup>130</sup>.

Contre cette analyse, certains auteurs prétendent que les legs verbaux sont inexistantes et non irréguliers ; dès lors, ils ne pourraient faire l'objet d'une quelconque confirmation en application de l'article 931-1 précité. En ce sens, Monsieur MEKKI écrit : « le testament verbal doit être distingué du testament irrégulier en la forme. Le premier est plus proche de l'inexistence que de l'irrégularité. À ce titre, l'article 1340 [ancien] du Code civil ne devrait

---

J. PATARIN, *RTD civ.* 1995, p. 947, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 février 1994 ; C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 102, n° 103.

<sup>129</sup> Cass. civ., 14 mai 1867, *D.* 1867. I, p. 201 ; Cass. req., 9 juillet 1873, *D.* 1874. I, p. 219 ; Cass. req., 21 février 1899, *D.* 1899. I, p. 512 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janvier 1949, *Bull.* n° 8 ; CA Nîmes, 30 avril 1987, *JD* n° 1987-000347 ; CA Pau, 19 décembre 1991, *JD* n° 1991-047613.

<sup>130</sup> C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 102, n° 103.

valoir que pour le legs irrégulier »<sup>131</sup>. Une telle analyse semble contestable. Comme le souligne Monsieur NICOD, un legs verbal n'est pas dépourvu d'existence ; il est formalisé, non par écrit, mais par la parole du testateur<sup>132</sup>. Or « la parole est une forme d'extériorisation »<sup>133</sup>. Par conséquent, rien ne semble s'opposer à ce que l'exécution d'un legs verbal par les héritiers du testateur s'analyse en un cas particulier de confirmation d'un acte nul.

En poussant l'analyse un peu loin, on pourrait considérer que l'opération constitue une donation des héritiers « exécuteurs » au profit du légataire verbal. Plus précisément, l'exécution directe du legs verbal (c'est-à-dire la délivrance du legs) devrait pouvoir être qualifiée de don manuel puisqu'il existe, en ce cas, une tradition matérielle de la chose « léguée »<sup>134</sup>. Quant à la promesse d'exécution du legs verbal, à la supposer sincère et silencieuse<sup>135</sup>, elle devrait recevoir la qualification de donation indirecte. En effet, contrairement à ce qu'affirmait la doctrine classique, l'acte de confirmation est un acte autonome de l'acte nul, et non un consentement donné après-coup qui le « réparerait »<sup>136</sup>. En ce sens, les articles 1181 et 1182 du Code civil rappellent que la confirmation est un acte distinct de l'acte confirmé<sup>137</sup>. Elle correspond, somme toute, à une renonciation par les héritiers du testateur au droit d'invoquer l'inefficacité du legs verbal. Or cette renonciation dispose de sa propre cause – indépendante de celle du legs verbal –, qui sera bien souvent l'intention libérale de l'héritier « exécuteur » : sachant parfaitement qui profitera du legs confirmé, l'héritier sera presque toujours animé par une volonté de faveur et cette volonté, spécialement lorsqu'elle aura été inspirée par des liens d'affection, pourra être facilement analysée en une intention libérale.

En somme, l'engagement d'exécuter un legs verbal peut être analysé comme la confirmation par les héritiers d'un acte nul ; ou encore, avec des mots plus classiques, comme une renonciation au droit d'invoquer l'inefficacité du legs verbal. En outre, étant autonome de l'acte confirmé, cette renonciation disposerait de sa propre cause, laquelle résiderait le plus souvent

---

<sup>131</sup> M. MEKKI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, *JCP N.* 2005, p. 1509. Dans le même sens, v. : A. SÉRIAUX, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, *JCP G.* 2004. II, p. 10165 ; R. MÉSA, « Le sauvetage des testaments irréguliers », *Dr. pat.* 2014, n° 241.

<sup>132</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 165, n° 388.

<sup>133</sup> C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 102, n° 103. Déjà en ce sens, v. : M. NICOD, *thèse préc.*, p. 165, n° 388.

<sup>134</sup> Sur la définition du don manuel, v. *infra* n° 127.

<sup>135</sup> Sur ces caractères propres à la donation indirecte, v. *infra* n° 115 et s.

<sup>136</sup> En ce sens, v. notamment : P. BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, thèse, Hachette BNF, 1885 ; E. HARTEMAN, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain*, thèse, Dijon, 1889 ; J. LOYER, *Les actes inexistantes*, thèse, Rennes, 1908. Pour une explication exhaustive de l'analyse classique de la confirmation, v. notamment : G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, thèse, Paris, 1972, p. 56 et s., n° 96 et s.

<sup>137</sup> G. COUTURIER, *thèse préc.*, p. 58, n° 83 et s.

dans l'intention libérale des héritiers « exécuteurs ». Or si cette renonciation se formalise en une promesse de délivrance, dépourvue de simulation et muette sur sa cause libérale, elle peut, semble-t-il, s'analyser en une donation indirecte.

**22. Analyse du droit positif : acte à titre onéreux** – Ce n'est cependant pas la voie dans laquelle le droit positif s'est engagé. Souvent, en effet, la Cour de cassation, approuvée par une autre partie de la doctrine<sup>138</sup>, décide que la délivrance d'un legs verbal (ou la promesse de délivrance) est causée par la volonté des héritiers de satisfaire une obligation naturelle d'exécuter les dernières volontés du testateur. Or l'exécution de cette obligation de conscience est, selon les juges, exclusive de toute intention libérale des héritiers exécuteurs, et donc de toute libéralité, ou manuelle ou indirecte. En droit positif, l'héritier exécuteur, réputé débiteur naturel, réaliserait donc toujours un acte onéreux à l'égard du « légataire verbal ».

L'arrêt déjà cité du 19 décembre 1860 consacre cette analyse. Il retient, à propos de l'exécution spontanée d'un legs verbal, qu'« il est juste de reconnaître que, dans ce cas, la délivrance n'est point attributive mais simplement déclarative d'une transmission de propriété, puisqu'il est admis et constaté que cette transmission ne procède pas directement du légataire universel qui opère la délivrance, et qu'au contraire elle remonte à la personne même du testateur, dont ce légataire ne fait qu'exécuter les volontés »<sup>139</sup>. La Cour de cassation approuve ainsi les juges du fond d'avoir conclu que la chose léguée, au titre du legs verbal, était directement transmise par le testateur. C'est également ce raisonnement que présente explicitement le tribunal de grande instance de Paris dans une décision du 16 juin 1995 : le legs verbal litigieux, explique-t-il, n'a pu produire d'effet qu'en raison « d'une obligation naturelle à la charge de l'héritier [du défunt] » car « celui-ci, en exécutant le legs, conscient d'avoir à respecter la volonté de son auteur, accomplit un devoir moral dont les exigences lui apparaissent telles, qu'à ses yeux, elles rendent son efficacité à la libéralité jusqu'alors viciée en la forme »<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1957, n° 526 ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. IV, 6<sup>ème</sup> éd., par ESMEIN (P.), Paris, Librairies Techniques Juris-Classeur, 1951, § 297 ; R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, thèse, Poitiers, 1916, p. 295 ; R. BARREAU, *Les obligations de conscience en droit civil*, thèse, Caen, 1916, p. 157 et s.

<sup>139</sup> Cass. civ., 19 décembre 1860, *préc.* Déjà implicitement en ce sens, v. : Cass. req., 26 janvier 1826, S. 1827. I, p. 139 ; Trib. de la Réole, 4 mars 1846, D. 1846, p. 59 ; Paris, 16 février 1860, D. 1860, p. 122.

<sup>140</sup> TGI Paris, ch. cons., 16 juin 1995.

La même solution a été retenue à propos de la promesse de délivrance d'un legs verbal<sup>141</sup>. Ainsi, par un arrêt rendu le 4 janvier 2005, la Cour de cassation a jugé que l'acte par lequel une personne déclarait vouloir exécuter, en faveur de son frère, un legs verbal consenti par son défunt grand-père avec lequel le « légataire » n'avait pas lui-même de lien de filiation, constituait, non pas une donation indirecte, mais « un engagement unilatéral pris en connaissance de cause d'exécuter une obligation naturelle transformant celle-ci en obligation civile »<sup>142</sup>.

Quelle que soit la forme du consentement au legs verbal – délivrance spontanée ou simple promesse de délivrance –, les juges s'efforcent ainsi de nier l'existence d'une donation de l'héritier exécuteur au profit du « légataire verbal ». Selon eux, seule l'existence d'une obligation naturelle de délivrance justifie ce consentement, l'opération réalisant ainsi un acte à titre onéreux, et non une libéralité. Tel fut d'ailleurs le parti choisi par l'offre de loi sur les libéralités adressée en 2003 au législateur. En effet, l'article 967 de ce projet disposait que « si l'héritier exécute volontairement 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 »<sup>143</sup>. La loi issue de la réforme du 23 juin 2006 n'ayant pas consacré cette nouvelle disposition, la solution analysée, usant de l'obligation naturelle pour masquer l'existence vraisemblable d'une intention libérale, demeure d'origine jurisprudentielle. Ce n'est pas dire, pour autant, qu'aucune manifestation de l'obligation naturelle en matière de donation indirecte n'existe dans la loi.

## **B – Dans la loi**

**23. Cas particulier de l'article L. 132-13 du Code des assurances** – La pratique assurantielle connaît des formules d'assurance sur la vie dites « classiques » au titre desquelles figure notamment l'assurance décès temporaire. Moyennant une prime unique ou, plus fréquemment, des primes périodiques, cette assurance « permet de garantir le versement d'une rente ou d'un capital à un bénéficiaire désigné, dans la mesure où le souscripteur décède avant

---

<sup>141</sup> Cass. req., 9 juillet 1873, *DP* 1874. I, p. 219 ; Cass. req., 20 novembre 1876, *D.* 1878. I, p. 376 ; Cass. req., 10 janvier 1905. I, p. 47 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 décembre 1963, *GP* 1964, p. 340 ; *RTD civ.* 1964, p. 591, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Bull. n° 180 ; *D.* 2004., p. 2953, note M. NICOD ; *AJ fam.* 2004, p. 405, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2005, p. 397, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G.* 2004. II, p. 10165, note A. SÉRIAUX ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, Bull. n° 4 ; *JCP G.* 2005. II, p. 10519, note M. MEKKI.

<sup>142</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, Bull. n° 4 ; *JCP G.* 2005. II, p. 10519, note M. MEKKI.

<sup>143</sup> J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT AFFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités – Une offre de loi*, *Deffrénois*, 2003, p. 62.

une date fixée par le contrat »<sup>144</sup>. Au contraire, si le décès de l'assuré survient avant la prise du contrat ou après la cessation des effets du contrat, l'assureur-promettant n'est débiteur d'aucune prestation, ni envers le souscripteur, ni envers le tiers désigné.

En considération de cette forme particulière d'assurance sur la vie<sup>145</sup>, l'article L. 132-13 du Code des assurances, issue d'une loi du 13 juillet 1930<sup>146</sup>, prévoit que le *capital ou la rente* payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du souscripteur (al. 1). Ces règles, ajoute l'article, ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de *primes*, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés (al. 2). La loi écarte ainsi délibérément les mécanismes protecteurs du droit des libéralités – rapport et réduction – à l'égard tant du profit de l'assurance temporaire décès (capital ou rente) que des primes versées par l'assuré<sup>147</sup>.

**24. Exclusion de principe d'une donation indirecte des primes** – Le sens de cette disposition légale n'est pas aisé à comprendre, tout particulièrement à propos de la transmission gratuite des primes au bénéficiaire désigné<sup>148</sup>. L'exclusion des règles du droit des libéralités

---

<sup>144</sup> B. BEIGNER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2018, p. 795, n° 804.

<sup>145</sup> Ou encore de l'assurance de survie du bénéficiaire, proche de l'assurance décès temporaire, « par lequel l'assureur s'oblige à verser un capital ou une rente au bénéficiaire désigné, uniquement dans le cas où celui-ci survit à l'assuré » (C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *RDA* septembre 2020, p. 194).

<sup>146</sup> V. art. 68 de la loi du 13 juillet 1930, dite « Godart », relative au contrat d'assurances. Cette loi reprend elle-même une règle d'origine jurisprudentielle : Cass. civ., 29 juin 1986, *DP* 1897. I, p. 73, note L. S. ; *S.* 1896. I, p. 361.

<sup>147</sup> L'article L. 132-13 du Code des assurances étant dénué de caractère impératif, le stipulant peut, s'il le veut, contraindre le bénéficiaire au rapport et à la réduction. Pour une analyse détaillée de cette assurance-vie à l'aune du droit des régimes matrimoniaux, v. notamment : A. TRESCASES, *Assurances et droits des régimes matrimoniaux*, thèse, Defrénois, 2007.

<sup>148</sup> S'agissant de l'existence, ou non, d'une donation indirecte du capital de l'assurance décès, la doctrine semble s'accorder sur le fait que l'article L. 132-13 du Code des assurances pose une présomption d'absence de donation indirecte. En ce sens, on fait valoir la théorie du droit direct propre à la stipulation pour autrui sur laquelle repose le mécanisme de l'assurance (*Rapp.* : C. ass., art. L. 132-12). Selon cette théorie, le capital assuré est réputé n'avoir jamais fait partie de la succession de l'assuré-souscripteur. Or si le capital assuré n'émane pas du patrimoine du souscripteur, ce dernier ne peut, enseigne-t-on, s'en appauvrir au titre d'une donation. C'est pourquoi l'attribution du capital de l'assurance décès au bénéficiaire ne peut constituer une libéralité indirecte du souscripteur à son profit. Cette position est la position adoptée par le législateur de 1930, reprenant les solutions dégagées par la jurisprudence majoritaire de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle au début du XX<sup>ème</sup> siècle. On soulignera cependant qu'avant que l'apparition de la théorie du droit direct, l'exclusion de la qualification donation indirecte du capital a pu, elle aussi, être justifiée par l'existence d'une obligation de prévoyance du souscripteur. Dans une décision du 21 mai 1871, le tribunal de Caen a ainsi affirmé que l'assurance « contractée par un mari au profit de

suggère-t-elle que l'assurance décès constitue une donation indirecte des primes mais échappe exceptionnellement au régime successoral des libéralités ? Au contraire, signifie-t-elle que cette donation est présumée ne pas exister ?

Les deux thèses s'affrontent en doctrine<sup>149</sup>. Pourtant, les travaux parlementaires de la loi du 13 juillet 1930 dont est issu l'article L. 132-13 semblent témoigner de ce que cette disposition pose une présomption d'absence de donation, et ce, en raison du sentiment de prévoyance dont serait par principe inspiré le souscripteur à l'égard du bénéficiaire.

**25. Analyse des travaux préparatoires de la loi de 1930<sup>150</sup>** – Reprenons. Après l'échec d'un premier projet de loi sur le contrat d'assurance<sup>151</sup>, un nouveau projet fut proposé en 1925 par une commission extraparlamentaire présidée par le Professeur CAPITANT<sup>152</sup>. Reprenant

---

sa femme constitue un acte de prévoyance [...] qui sans diminuer le gage de ses créanciers répare autant que possible le préjudice causé par la mort du chef de famille acte à la fois de la plus haute moralité et de la plus haute utilité sociale » (Tb. Caen, 21 mai 1887, *Journ. des ass.* 1888, p. 523). On en trouve également la trace dans une décision du 27 février 1865, rendue par le tribunal de Colmar : retenant que l'assurance décès « est ordinairement un acte de sage prévoyance », le contractant « père de deux jeunes enfants [...], mû par une sollicitude prévoyante contre les vicissitudes humaines, a eu pour but d'assurer le capital porté au contrat à ses héritiers présomptifs [...] » (Tb. Colmar, 27 février 1865, *DP* 1865. II, p. 93).

<sup>149</sup> En faveur de la thèse selon laquelle l'assurance décès constitue une donation échappant exceptionnellement au droit des libéralités, v. par exemple : NAQUET, *Recueil Sirey*, 1889. II, p. 18, col. 3. ; P. ESMEIN, « Les donations de fruits et revenus », *Defrénois* 1934, art. 23987, p. 677 ; H. LE ROY, *L'assurance et le droit pécuniaire de la famille*, thèse, Paris, 1985 p. 55, n° 56 ; J. CHARLIN, « Assurance et incapacité », *JCP N.* 1995, p. 561, spéc. note 9. Au contraire, en faveur de l'absence de libéralité, v. par exemple : M. PLANIOL et G. RIPERT, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1957, p. 446, n° 235 ; L. CRÉMIEUX, *RTD civ.* 1913, p. 329 et s. ; C. BÉGUIN, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris II, 2012, p. 373 et s., n° 307 et s. ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Defrénois* 1994, art. 35841 ; M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois* 2001, art. 37276 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Turbulences dans l'assurance-vie ! », *RCA* 1999, étude 4, spéc. p. 6 ; J. AULAGNIER, « La protection des héritiers réservataires exclus du bénéfice de l'assurance-vie », *Dr. pat.* juin 1998, p. 34 ; M. MIGNOT, « Histoire d'un contresens (à propos de l'article L. 132-13 du Code des assurances) », *LPA* juillet 2008, n° 144, p. 7 ; A. DEPOND, « Assurance-vie : les incohérences du droit positif », *JCP N.* 2010, n° 14, p. 1167. *Comp.* : G. HUBLLOT, « Confusion entre primes manifestement exagérées et requalification en donation – À propos de Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 mars 2009 », *JPC N.* 2009, p. 1297 ; A.-M. LEROYER, « Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, *Defrénois*, 2012, p. 551 et s., spéc. p. 563 ; X. BOUCHÉ, « Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences », *JCP N.* 2014, p. 1174 ; F. FRULEUX, « Le régime fiscal des primes d'assurance-vie exagérées sujettes à rapport », *JCP N.* 2014, p. 1247, spéc. n° 24 ; V. ZALEWSKI-SICARD, « Réserve et assurance-vie », *Defrénois* 2019, n° 153, p. 49, considérant que l'article L. 132-13 est étranger à la qualification de donation indirecte.

<sup>150</sup> Pour une analyse détaillée des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1930, v. : C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 176 et s., n° 136 et s.

<sup>151</sup> *JO doc. parl. Chambre* 1904, annexe n° 1918, p. 918.

<sup>152</sup> *JO doc. parl. Chambre* 1925, annexe n° 1544, p. 637.

largement les solutions suggérées par un projet de 1904, l'article 68 du projet de loi de 1925 disposait que « les sommes payables au décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ne sont soumises ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve de l'assuré [envisagé comme le souscripteur du contrat]. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par l'assuré à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

Dans son rapport présenté lors du projet de 1925, HÉMARD avait notamment affirmé : « il convient de souligner l'importance [des articles 66 à 69 du projet] qui donnent à la stipulation pour autrui renfermée dans l'assurance sur la vie, son plein effet, et qui permettent à cette opération d'atteindre *le but de prévoyance qui l'inspire* »<sup>153</sup>. Dans le même sens, LYON-CAEN, dans son rapport accompagnant l'avant-projet de 1904, écrivait : « [cette opération], constitue un moyen, [pour l'époux souscripteur], d'assurer à son conjoint des moyens de vivre et de conserver à peu près sa situation pécuniaire antérieure en cas de dissolution de la communauté par [son] prédécès »<sup>154</sup>. L'idée se fait ainsi jour que le souscripteur d'une assurance décès agirait, non pour gratifier le tiers désigné, mais parce qu'il se sentirait moralement tenu de le prémunir contre les conséquences financières de son décès. À suivre la déclaration d'HÉMARD, c'est ce sentiment de prévoyance, antithétique de l'existence d'une intention libérale, qui expliquerait que la loi écarte délibérément l'existence d'une donation indirecte des primes. Autrement dit, l'exclusion des règles du rapport et de la réduction, désormais prescrite par l'article L. 132-13, s'imposerait naturellement parce que l'assurance décès ne constituerait pas une libéralité mais un acte dicté par la conscience du souscripteur qui, ce faisant, accomplirait un devoir moral.

C'est également la conclusion dégagée par le député LAFARGE dans son rapport de la loi de 1930. L'auteur souligne ainsi : « ni les héritiers, ni les créanciers ne peuvent se plaindre de dépenses faites par leur auteur, quand elles sont en rapport avec sa situation de fortune : il n'a été consenti aucune libéralité, commis aucune fraude ». Et d'ajouter : « la libéralité ou la fraude, ne commence à apparaître que si les sommes versées comme primes ont été manifestement exagérées, excessives en raison des facultés de l'assuré ». Allant plus loin qu'HÉMARD et LYON-CAEN, effleurant timidement la question de la qualification de l'assurance

---

<sup>153</sup> J. HÉMARD, *Projet de loi relatif au contrat d'assurance*, par J. GODART, séance du 7 avril 1925, *JO doc. parl. Chambre* 14 août 1925, annexe n° 1544, p. 637.

<sup>154</sup> C. LYON-CAEN, *Rapport adressé à Monsieur le Ministre du Commerce, au nom de la Commission chargée d'étudier les dispositions législatives auxquelles pourraient être soumis les contrats d'assurance*, Direction de l'assurance et de la prévoyance sociale, Imp. Nationale, Paris, 1903, p. 48.

décès, LAFARGE paraît donc plus catégorique : selon lui, la désignation bénéficiaire d'une assurance décès ne constitue une donation indirecte qu'à supposer démontré le caractère excessif de son alimentation. *A contrario*, il y aurait donc donation indirecte dès lors que le souscripteur alimente son contrat d'assurance par des primes modestes.

En somme, bien qu'aucune référence à une obligation naturelle de prévoyance ne figure dans le corps de l'article L. 132-13, il n'est pas abusif de conclure, au regard des travaux préparatoires de la loi de 1930 dont est issue cette disposition, que les *primes modestes* d'une assurance décès sont légalement réputées avoir été acquittées en exécution d'un devoir de prévoyance dicté par la conscience du souscripteur. Or là où il y a sentiment de prévoyance, il n'y aurait ni libéralité ni, par conséquent, rapport et réduction. En ce sens, Monsieur MIGNOT formule la conclusion suivante : « le souscripteur-stipulant cherche par l'opération d'assurance [entendue comme l'assurance temporaire décès] à exécuter vis-à-vis de ses proches un devoir d'assistance, une obligation d'entretien ou alimentaire. Le stipulant veut rétablir dans l'avenir la situation qui aurait été la situation normale s'il n'avait pas disparu prématurément. La maintenance explique très bien l'instruction dans ce cas. Dès lors, le stipulant n'est motivé par aucune intention libérale en direction du bénéficiaire »<sup>155</sup>.

**26. Synthèse** – Le contentieux de la requalification de l'achat pour autrui entre époux, de l'exécution du legs verbal et de l'assurance temporaire décès montre ainsi que l'obligation naturelle – de rémunération, de délivrance ou de prévoyance – tient une place de choix parmi les arguments avancés par la loi ou les magistrats pour écarter la qualification de donation indirecte. Bien sûr, ces exemples ne prétendent pas à l'exhaustivité. À ces hypothèses, on pourrait notamment ajouter le cas de l'avantage matrimonial que la loi refuse d'analyser en donation indirecte en présence d'enfants communs au couple, en raison d'un devoir de prévoyance conjugale à la charge de l'époux appauvri<sup>156</sup>. Cependant, l'utilisation de

---

<sup>155</sup> M. MIGNOT, *J.-Cl. Civil Code*, art. 1205 à 1209, fasc. unique, « Effets du contrat à l'égard des tiers – Stipulation pour autrui », 2019, n° 64.

<sup>156</sup> Une doctrine avisée à laquelle nous souscrivons a pourtant montré que certains avantages matrimoniaux réunissaient tous les éléments constitutifs de la donation indirecte. En ce sens, v. : A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 72 et s. ; C. BRENNER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », 2021, n° 34. Plus généralement sur le mécanisme des avantages matrimoniaux, v. notamment : Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative*, Dalloz, 2015 ; F. LUCET, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse, Paris II, 1987 ; J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse, Bordeaux, 1932 ; P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur *de cuius* et son héritier présomptif », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 341 et s. ; E. ROUSSEAU, « De

l'obligation naturelle comme outil disqualificateur ne va pas sans artifice technique. C'est ce qu'il convient à présent de démontrer.

## §2 – L'EXAMEN CRITIQUE DU RECOURS A L'OBLIGATION NATURELLE

**27. Annonce** – Les solutions examinées paraissent contestables, à un double titre.

D'une part, le postulat en vertu duquel l'exécution d'une obligation naturelle est incompatible avec la notion d'intention libérale semble trop catégorique pour n'être pas trompeur. La chose est trop connue pour mériter d'importants développements. On rappellera seulement que les solutions examinées sont fondées sur l'idée que l'exécution d'un devoir de conscience est incompatible avec l'intention libérale. Dans cette vue, la psychologie du débiteur naturel (ici l'époux, l'héritier ou le souscripteur) s'oppose à celle de l'auteur d'une libéralité : contrairement au second, qui ne se sent tenu d'aucune obligation – ni civile ni morale –, le premier veut soulager sa conscience en se libérant d'une dette morale ; il n'a pas « plaisir à faire du bien », mais satisfait l'un de ses intérêts. PLANIOL, puis JOSSERAND, résumant parfaitement la philosophie qui préside aux décisions analysées : « 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* »<sup>157</sup> ; « il faut prendre en considération le mobile du disposant dont la mentalité acquiert une valeur décisive : se considérait-il comme lié, comme moralement obligé en conscience, de consentir le prétendu don ? Alors le titre gratuit s'efface devant le titre onéreux ; *l'acte appartient à la famille des actes intéressés* »<sup>158</sup>. Dans toutes les décisions analysées, en effet, l'*animus donandi* y est analysée comme un sentiment de pure bienfaisance, comme « la volonté de préférer autrui à soi-même », incompatible avec l'exécution d'un quelconque devoir moral. À notre avis, il est cependant délicat d'affirmer la nécessaire

---

l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, p. 711 ; I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, actes de colloque, Dalloz, 2010, p. 25.

<sup>157</sup> M. PLANIOL, « Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *Rev. crit. lég. jur.* 1913, p. 157. Dans le même sens, v. : J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités. Étude de jurisprudence française et recherche d'une définition*, thèse, Paris, 1920, p. 30 ; F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 22, n° 24 ; C. LARROUMET, *Droit civil – Introduction à l'étude du droit privé*, t. I, Economica, 1998, n° 43.

<sup>158</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 207.

incompatibilité entre intention libérale et exécution d'une obligation de conscience<sup>159</sup>. En effet, l'une et l'autre demeurent des notions floues<sup>160</sup>, qui ne font par conséquent l'objet ni d'une acception unique<sup>161</sup>, ni d'une définition légale claire<sup>162</sup>. Et pour cause : la notion d'*animus donandi* recouvre des sentiments divers et est « affaire de degré : la générosité passe par degrés successifs du don total au mécénat, à l'aumône, à la donation *ab irato*, au don désintéressé et à la donation rémunératoire »<sup>163</sup>. C'est pourquoi, il nous semble que, quelle que soit la conception

---

<sup>159</sup> En ce sens, v. notamment : E. CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits par autrui*, thèse, Paris, 1893, p. 209 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Paris, 1955, p. 333 et s., n° 327 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1994, p. 742, n° 757 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, thèse, LGDJ, 2001, p. 54 et s., n° 68 et s.

<sup>160</sup> En ce sens s'agissant de la notion d'obligation naturelle, v. par exemple : F. CHÉNEDÉ, « Edmond Colmet de Santerre, la notion d'obligation naturelle », *Revue des contrats*, n° 1, 2014, p. 133, spéc. n° 1. Dès les premiers mots de son article, l'auteur écrit : « Source d'un contentieux récurrent, l'obligation naturelle n'a pas fini de dévoiler ses mystères. Si la question de la nature de l'engagement susceptible de "transformer" l'obligation naturelle en obligation civile semble aujourd'hui résolue, on continue de s'interroger sur les conditions de cette promesse, sur le caractère libéral ou non de son exécution, sur son domaine, sur les conditions de son existence, sur sa nature, et donc, *in fine*, sur sa définition même ».

<sup>161</sup> On sait que deux conceptions de l'intention libérale s'affrontent : la première, dite subjective, analyse l'intention libérale comme la volonté de préférer autrui à soi-même, ce qui écarte du domaine de la donation tous les actes dont le mobile n'est pas purement altruiste ; la seconde conception, dite objective, fait quant à elle abstraction des mobiles du disposant et considère que l'intention libérale est la conscience et la volonté de ne pas obtenir d'équivalent. L'obligation naturelle est elle aussi partagée entre deux conceptions, objective et subjective. La première, issue du droit romain, voit dans l'obligation naturelle une obligation civile imparfaite en raison de l'impossibilité pour le créancier d'en réclamer l'exécution ; la seconde conception, subjective donc, ramène quant à elle l'obligation naturelle à un devoir de conscience particulièrement impérieux.

<sup>162</sup> L'article 894 du Code civil définit l'intention libérale comme « la volonté de se dépouiller ». La formule ne fait pas la moindre allusion aux mobiles auxquels obéit celui qui consent la libéralité. Il ne s'embarrasse pas, a-t-on dit, de la voix de la conscience (D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, thèse, LGDJ, 1993, p. 85, n° 145. *Rapp.* : C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *art. préc.*, p. 358, n° 13). À première vue, on pourrait donc prétendre que le Code civil impose une conception objective de l'intention libérale, incompatible avec l'exécution d'une obligation naturelle. À bien y regarder, on peut cependant penser que la liberté de préférer autrui à ses propres intérêts est la condition de la parfaite humanité, sauf à postuler un déterminisme despotique. Plus prosaïquement, une conception purement objective de l'intention semble impossible en tant qu'élément distinct du consentement. À quoi s'ajoute que tout acte à titre gratuit deviendrait libéralité à ce compte : aumône, mécénat...

<sup>163</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 185, n° 222.

que l'on tient de l'intention libérale, celle-ci peut, selon le milieu dans lequel elle s'exerce<sup>164</sup>, se confondre avec l'exécution d'une obligation naturelle, d'un devoir de conscience<sup>165</sup>.

D'autre part, et surtout, à supposer admise l'incompatibilité de l'intention libérale et de l'obligation naturelle, encore faut-il, pour écarter la qualification de donation, que cette obligation naturelle existe vraiment en la personne du disposant. En effet, il ne suffit pas de prétendre qu'en accomplissant l'acte juridique (l'achat pour autrui, la délivrance du legs et la souscription d'une assurance décès), le disposant était inspiré par l'idée de remplir une obligation naturelle ; il faut avant tout, et surtout, établir que ce dernier se sentait tenu d'un *impératif personnel de conscience*. Cela exige donc de procéder à une recherche réelle et

---

<sup>164</sup> *Comp.* : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (1949), LGDJ, 2013, n° 186 et s., qui suggère de distinguer selon que l'obligation naturelle constitue un devoir de charité ou un devoir de justice : ou bien il s'agit d'un devoir de charité (entraide, solidarité...), son exécution constitue une libéralité car le débiteur étant mû par une pensée bienveillante ; ou bien il s'agit d'un devoir de justice (réparation d'un préjudice, rémunération d'un service rendu...), son exécution relève du titre onéreux, et non du titre libéral, car le disposant, cherchant en premier lieu à adoucir sa conscience, ne serait pas mû par une intention altruiste. Mais si la satisfaction d'un devoir moral n'exclut pas nécessairement l'altruisme qu'impliquerait l'intention libérale, il n'est pas de raison de faire le départ – au demeurant bien difficile – entre les obligations naturelles fondées sur un devoir de justice et celles tirées d'un devoir de charité.

<sup>165</sup> La Cour de cassation elle-même oscille entre compatibilité et incompatibilité de l'intention libérale avec l'obligation naturelle. Ainsi, par un arrêt du 23 mars 1994, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir validé, comme donation indirecte, un acte sous seing privé par lequel des frères et sœurs avaient, en exécution d'un devoir moral d'exécuter les dernières volontés (écrites) de la testatrice, exprimé leur volonté que la succession de leur mère soit partagée par parts égales entre eux et leur nièce – légataire testamentaire de la succession, mais dont la quote-part du legs avait été omise des héritiers. L'attendu mérite à cet égard d'être reproduit : « mais attendu que, s'il est exact que [la petite-fille naturelle de la testatrice] ne pouvait représenter son père, prédécédé, dans la succession de sa grand-mère, cette seule circonstance est insuffisante pour établir que, par l'acte du 13 juin 1970, les enfants [de la testatrice] avaient entendu, en lui attribuant une part de la succession, consentir à [leur nièce] une donation soumise aux formes prévues par les articles 931 et 932 du Code civil ; que les juges du fond avaient relevé que, dans son testament, la défunte avait manifesté la volonté que [sa petite-fille] reçoive une part de sa succession ; que l'acte en cause avait donc pour objet de *donner effet à la volonté de la testatrice* en déterminant la part des biens successoraux à revenir à [leur nièce], de sorte que cette *donation indirecte* n'était pas soumise aux formes prescrites par les articles précités ; que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a [rejeté] [la] demande [en nullité de l'acte] ». Par-là, la Cour de cassation admet que l'intention libérale est compatible avec l'exécution d'un devoir moral. Au contraire, il est des décisions où elle semble faire le départ entre les deux notions. En ce sens, v. notamment : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, Bull. n° 169 ; *JCP N.* 2010, p. 1341, note A. SÉRIAUX ; *RDC* 2011/1, p. 99, obs. I. DAURIAC ; *Deffrénois* 2011, p. 706, obs. B. VAREILLE ; *AJ fam.* 2010, p. 398, obs. C. VERNIÈRES ; *JCP N.* 2011, p. 1155, obs. R. LE GUIDEC ; *GP* 2010, n° 315, p. 25, note J. CASEY ; C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, 2012, *Deffrénois*, p. 347, spéc. p. 378, n° 37. Dans cette décision, la Cour de cassation considère qu'un acte peut être pour partie une libéralité, pour partie l'exécution d'une obligation naturelle. *Rapp.* : CA Paris, 29 avril 2004, n° 02-12.584, *Dr. fisc.* 2004, comm. 696, jugeant que le don manuel de tableaux est une donation rémunératoire à hauteur des sommes reçues par le peintre, et ne supporte le droit de donation que pour l'excédent.

effective des mobiles du disposant. Or dans les cas examinés, c'est d'une obligation naturelle purement abstraite dont semblent se contenter le législateur et les magistrats, dont l'indifférence à la conscience du disposant est parfois dissimulée (A) parfois affichée (B).

## A – L'artificialité dissimulée de l'obligation naturelle

**28. Artificialité dissimulée par le jeu du mécanisme présomptif** – S'agissant de l'établissement d'un mobile, élément de fait par excellence, tout mode de preuve est recevable : le recours à des présomptions est donc possible. Monsieur GUÉVEL enseigne que la présomption est « une technique rationnelle de simplification de la preuve qui permet au juge ou à la loi, à partir d'un élément factuel connu, d'induire, l'existence d'un fait non fictif, compte tenu d'une probabilité statistique »<sup>166</sup>. Dans le même sens, Monsieur HOFFSCHIR explique que la présomption « opère une substitution de présupposés ayant pour effet d'entraîner un déplacement de l'objet de la preuve : le titulaire de la charge probatoire peut alors prouver des faits qui font écho au présupposé substituant et non plus au présupposé initial »<sup>167</sup>. La présomption impose donc au demandeur d'apporter la preuve indirecte de ce qu'il affirme, en établissant d'autres faits dont le juge déduira la réalité de l'allégation. En d'autres termes, plutôt que de prouver le fait A, il suffira de prouver les faits B ou C, plus simples à établir, mais le résultat sera de considérer que le fait A *existe* bel et bien.

Le raisonnement présomptif étant un mode de preuve qui trouve son fondement dans l'idée de probabilité raisonnable<sup>168</sup>, encore faut-il, et la nuance est importante, qu'il existe un lien logique entre l'objet normalement à prouver (ici, l'obligation naturelle, élément A de notre exemple) et le(s) présupposé(s) subsistant(s) accessible(s) à la preuve (le ou les objets de substitutions, les éléments B de notre exemple)<sup>169</sup>. Or ni la présomption de l'article L. 132-

---

<sup>166</sup> D. GUÉVEL, *J.-Cl. Civil Code*, art. 1382, fasc. unique, « Preuve des obligations – modes de preuve – preuve par présomption judiciaire », 2018, n° 3.

<sup>167</sup> N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, thèse, Paris Nanterre, 2016, p. 396, n° 331.

<sup>168</sup> En ce sens, v. : P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. XXX, Paris, 5<sup>ème</sup> éd., 1828, v° « Présomption » ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1968, n° 256, p. 292 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligation*, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, Paris, 1954, p. 1007, n° 1545 ; É. BONNIER et F. LARNAUDE, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5<sup>ème</sup> éd., Plon, 1888, n° 810, p. 657 ; R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, thèse, Lille, Paris, 1949, p. 11, n° 2 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1994, n° 717, p. 699 ; C. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, thèse, Paris I, 2012, p. 87 et s., n° 121 et s.

<sup>169</sup> L'article 1382 du Code civil fait ainsi obligation aux juges du fond de n'admettre la présomption qu'à la condition que les indices recueillis soient tout à la fois opérants et déterminants. La Cour de

13 du Code des assurances (1), ni celle établie par les juges en matière d'achat pour autrui entre époux (2) ne semblent reposer sur des indices suffisants à établir l'existence d'une obligation naturelle.

### *1 – L'assurance décès et le devoir de prévoyance*

**29. Critère de la modicité des primes** – L'article L. 132-13 du Code des assurances est sans nul doute bâti sur le modèle des techniques probatoires indirectes : il permet de considérer comme certain un fait inconnu (l'exécution d'un devoir moral de prévoyance) en raison de l'existence d'un autre fait (le versement de primes modestes). Aussi bien, ne dispense-t-il pas celui qui profite de la présomption de la preuve de l'obligation naturelle de prévoyance ; il se contente de l'alléger par la preuve de la modicité des primes. Car, dit-on<sup>170</sup>, il se déduit inéluctablement du caractère relativement modique des primes, ou à tout le moins du défaut d'exagération de leur montant, que le souscripteur n'était pas animé d'une intention libérale mais soucieux de prémunir le bénéficiaire contre les conséquences pécuniaires de son décès. Point de fiction mais une simple présomption ici – à première vue.

**30. Insuffisance du critère de la modicité des primes** – À première vue seulement car le caractère raisonnable des primes n'est pas suffisant, à notre avis, pour révéler l'existence, en la personne du souscripteur, d'un impératif de prévoyance envers le bénéficiaire. Encore faudrait-il, pour s'en assurer, examiner l'état de besoin dans lequel se trouve le bénéficiaire. En effet, si le bénéficiaire de l'assurance décès n'est pas impécunieux et que le souscripteur a parfaitement conscience de cette absence de nécessité, il paraît délicat d'affirmer que l'assurance décès alimentée par des primes modestes est souscrite par l'assuré dans une stricte

---

cassation contrôle, en principe, la « qualité » du ou des indices retenu(s) pour fonder la présomption (en ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, n° 11-17.738). Il importe peu, cependant, que la présomption soit fondée sur un seul indice, « dès lors que [cet indice] est à lui seul assez grave ou précis pour faire naître la certitude » (J.-J. DELSOL, *Le Code Napoléon expliqué d'après les doctrines généralement adoptées à la faculté de droit de Paris*, t. II, par A. DURAND, Paris, 1855, p. 666. Dans le même sens, v. : M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *préc.*, n° 1547, note 8 ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, 1<sup>er</sup> vol., *Introduction à l'étude du droit*, 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2000, n° 435 ; C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976, p. 31, n° 22. En jurisprudence, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1969, Bull. n° 404 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 novembre 1972, Bull. n° 636 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 1995, Bull. n° 81).  
<sup>170</sup> C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 377, n° 308. Dans le même sens, v. notamment : M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Defrénois* 1994, art. 35841, p. 737, n° 7 et 19 ; M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois* 2001, art. 37276, p. 3, n° 14 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse, PUL, 1999, p. 274, n° 335.

visée protectrice ; au contraire, en pareille hypothèse, l'intention libérale semble demeurer... En ce sens, Monsieur CHAMPENOIS avait plus généralement proposé de s'interroger sur *l'utilité* de l'assurance décès pour le bénéficiaire – la présence d'un enfant handicapé pouvant selon lui, par exemple, concourir à détecter la véritable présence d'une obligation de prévoyance<sup>171</sup>.

En somme, le seul constat de la modicité des primes nous semble insuffisant, d'un point de vue technique, pour faire naître la certitude que l'assurance décès a été souscrite dans le but de fournir au tiers désigné une « indemnité » *post mortem*. Cette opération ne devrait pouvoir être qualifiée d'acte de prévoyance, et partant d'acte à titre onéreux, que s'il est établi que les primes versées par le souscripteur sont modestes *et que celui-ci avait conscience de ce que la situation de fortune du tiers désigné se trouverait affectée par son décès*. Or ces deux éléments doivent être prouvés distinctement, le second ne pouvant se déduire du premier. C'est pourquoi il nous semble qu'en se contentant de solliciter la seule preuve de la modicité des primes versées, l'article L. 132-13 du Code des assurances présume d'une manière commode l'exécution d'un devoir de conscience par le souscripteur d'une assurance décès, et partant l'inexistence d'une donation indirecte ; on passe ainsi d'une technique probatoire assise sur la vraisemblance à une règle de fond qui peut être assimilée à une véritable fiction.

La même conclusion peut être formulée à propos de la preuve du devoir de rémunération en matière d'achat pour autrui entre époux.

## 2 – L'achat pour autrui et le devoir de rémunération

**31. Insuffisance du critère de l'excès de contribution** – La requalification d'un achat pour autrui en donation rémunératoire, on l'a vu, n'est subordonnée qu'à la preuve que l'époux *accipiens* a collaboré, sans salaire, à l'activité professionnelle de son conjoint ou a sacrifié sa carrière professionnelle en restant au foyer, dans une mesure qui excède son obligation de contribution aux charges du mariage<sup>172</sup>. Aussi bien, pour affirmer la thèse d'un devoir de conscience de rémunération, les magistrats se contentent d'un seul élément de fait : l'excès de

---

<sup>171</sup> G. CHAMPENOIS, obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Defrénois* 1998, art. 36765, p. 146. Dans le même sens, v. : J. LATOURNERIE, *L'assurance sur la vie contractée par deux époux au profit du survivant*, thèse, Bordeaux, 1923, p. 22 ; P. PIERRE, « L'autonomie patrimoniale du majeur protégé et ses décisions en matière d'assurance-vie », *Rev. Notaires*, avril 2009, p. 5 ; G. COURTIEU, « De l'utilité de la souscription d'une assurance-vie », *RCA* 1997, étude 25 ; E. ERGAN, *L'attribution à titre gratuit du bénéfice du contrat d'assurance sur la vie, essai d'une qualification libérale*, thèse, Rennes, 1999, p. 131 et s., n° 136 et s.

<sup>172</sup> La Cour de cassation contrôle l'existence d'un tel excès. En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 2016, n° 15-25.879, Publié.

contribution aux charges du mariage. La formulation de l'arrêt déjà cité du 14 février 1989 l'atteste : « le mari avait contracté envers sa femme une obligation naturelle de rémunération [...] *dès lors* que [celle-ci] avait renoncé à son activité professionnelle... »<sup>173</sup>. Seule préside ainsi à l'existence de la « dette de conscience » de l'époux *solvens*, la reconnaissance par les juges du fond du caractère excessif de la contribution aux charges du mariage apportée par l'époux *accipiens*.

Cette dialectique, qui transcende l'ensemble des arrêts sur la question, ne convainc pas. L'époux *solvens* ne peut en effet se sentir obligé, par sa conscience, de rémunérer son conjoint que si lui-même sait – ou du moins croit savoir – que les services dont il a profité au quotidien excédait la part contributive de son épouse. Aussi bien, pour vérifier que l'époux *solvens* s'est senti moralement tenu de rémunérer son conjoint, les juges du fond doivent, après avoir constaté l'excès de contribution, s'efforcer de relever un sillage d'indices propres à établir qu'il avait *connaissance* de cet excès. Le simple constat objectif d'une « surcontribution » aux charges du mariage ne suffit pas à établir l'existence, en la personne du *solvens*, d'un impératif personnel de conscience. La formulation de certaines décisions de la Cour de cassation relève d'ailleurs elle-même, non sans une certaine audace, le caractère hypothétique du devoir de conscience de l'époux *solvens*. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 10 juillet 1979, la Cour de cassation a entériné la position d'une cour appel ayant rejeté la qualification de donation indirecte dès lors que les juges du fond avaient souverainement constaté que l'époux *solvens* « *avait pu seulement vouloir rétribuer* son épouse de l'aide apportée par elle dans le fonctionnement du cinéma appartenant à une société dont il était le principal actionnaire, ou la faire participer aux économies par lui réalisées du fait de son travail au foyer »<sup>174</sup>. De même, dans un arrêt du 19 mai 1976, la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel qui, pour décider « que [l'époux *solvens*] ne rapportait pas la preuve qui lui incombait de l'intention libérale qu'il aurait eue en remettant les fonds à sa femme », avait, « par des motifs non hypothétiques, sans se contredire et sans renverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision » en considérant « que

---

<sup>173</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 février 1989, n° 86-17.789.

<sup>174</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1979, *Defrénois* 1980, art. n° 32174, p. 47, note A. PONSARD. *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1981, Bull. n° 176 : « la cour d'appel a souverainement relevé que l'époux demandeur *ne démontrait pas avec certitude* que les paiements qu'il prétendait avoir faits pour le compte de son épouse, procédaient d'une intention libérale de sa part [...] » ; CA Paris, 23 mars 1978, *RTD civ.* 1979, p. 171, obs. R. SAVATIER : « les versements de fonds effectués par l'ex-mari au profit de son ex-femme *ne procédaient pas, avec une certitude suffisante, d'une intention libérale*, pour qu'on puisse y voir une donation [...] » ; TGI Versailles, 18 janvier 1978, *RTD civ.* 1979, p. 171, note R. SAVATIER : « la remise de deniers à sa femme [...] ne procédait pas de la part du mari, *d'un geste purement libéral* [...] ».

cette remise de fonds pouvait constituer un supplément de rémunération pour la collaboration professionnelle de [son épouse] »<sup>175</sup>.

**32. Devoir de conscience *in futurum* : exposé des décisions** – Pour achever de se convaincre de l'indifférence de la conscience particulière de l'époux *solvens*, on peut observer que la Cour de cassation a admis, par deux fois, que cette « dette de conscience » pouvait exister préalablement aux services rendus par l'époux *accipiens*. À cet égard, deux décisions doivent être citées<sup>176</sup>.

Dans la première affaire, au lendemain de leur mariage, des époux séparés de biens avaient acquis ensemble une propriété agricole dont le prix avait été intégralement réglé au moyen de deniers figurant sur un compte joint mais alimenté, pour l'essentiel, par les salaires du mari. Dix-sept ans plus tard, à l'occasion de leur divorce, ce dernier avait entendu révoquer ce qu'il estimait être une donation indirecte, à savoir le paiement du prix correspondant à la part de son épouse dans l'indivision. La cour d'appel avait rejeté sa demande en requalifiant l'acte en donation rémunératoire. La Cour de cassation, approuvant ce raisonnement, a considéré que les juges du fond, « après avoir constaté que [l'épouse] avait renoncé à l'activité professionnelle qu'elle exerçait au moment de son mariage pour se consacrer à son foyer et seconder son mari dans l'entreprise horticole créée par lui sur le domaine acquis en commun, [avaient] souverainement retenu que [ce dernier] ne prouvait pas son intention libérale puisqu'il avait pu vouloir rétribuer, à l'avance, la collaboration à la bonne marche de l'exploitation qu'il escomptait de son épouse et qui allait être effective pendant toute la durée de la vie commune ». Faute d'intention libérale, l'opération ne réalisait donc pas une donation indirecte révocable.

Les faits sont assez similaires dans la seconde affaire. Des conjoints mariés depuis 1973 avaient acquis en juin 1981 leur logement familial en indivision, chacun pour moitié. Celui-ci avait été financé moyennant le emploi de sommes perçues de la vente d'une précédente acquisition indivise et un prêt dont seul l'époux avait remboursé le solde. La requête en divorce aussitôt déposée par l'épouse, son conjoint l'avait assignée en justice pour faire juger que l'acquisition constituait une donation indirecte révocable. La cour d'appel avait réfuté cette qualification, estimant que « [l'époux] ne rapport[ait] pas la preuve que les sommes réglées par

---

<sup>175</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mai 1976, Bull. n° 183.

<sup>176</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, n° 91-22.059, Bull. n° 317, *RTD civ.* 1995, p. 173, obs. B. VAREILLE ; *Deffrénois* 1994, p. 43, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G.* 1994. II, p. 22300, note C. PHILIPPE ; *JCP G.* 1994. I, p. 3791, obs. R. LE GUIDEC ; *RTD civ.* 1994, p. 595, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1994, p. 662, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, n° 04-17.550 ; *RTD civ.* 2006, p. 817, obs. B. VAREILLE ; CA Paris, 7 mars 2007, n° 05/09954.

lui n'[avaient] pas été la contrepartie des sacrifices consentis par son épouse, qui [à compter d'octobre 1983] avait renoncé à sa carrière, participé à l'organisation de sa vie professionnelle en lui permettant, par la prise en charge de questions matérielles, de développer celle-ci ». Là encore, la démarche des juges du fond a été pleinement approuvée par la Cour de cassation qui a estimé que « rien n'interdisait à [l'époux] de vouloir rémunérer *par avance* la collaboration de son épouse à sa vie professionnelle et à la vie familiale, laquelle allait au-delà de la contribution qu'il était en droit d'attendre d'elle ».

**33. Analyse critique des décisions** – Au soutien de ces solutions, certains commentateurs n'ont pas manqué de rappeler que si l'intention commune des parties déterminant la qualification d'un acte doit être appréciée au jour de sa formation, leur comportement ultérieur peut être pris en considération par les juges<sup>177</sup>. Il existe, en effet, une méthode d'interprétation qui consiste à éclairer la volonté contractuelle ou unilatérale par l'analyse de ce qu'a été l'attitude des parties postérieurement à la conclusion de l'acte<sup>178</sup>. Elle n'est pas inscrite dans le Code civil mais les juges du fond l'utilisent fréquemment<sup>179</sup>.

Encore faut-il que les exigences de cette méthode soient scrupuleusement respectées. Or tel n'est pas le cas dans les affaires commentées. D'une part, cette méthode d'interprétation postule que le comportement ultérieur à la lumière duquel le contrat est interprété soit lié à son *exécution*. En l'espèce, le contrat à interpréter est l'acte d'acquisition indivise de la propriété (agricole et immobilière). Pourtant, le comportement ultérieur ayant permis d'en « éclairer » le sens s'est exclusivement exprimé dans les services rendus par l'épouse, lesquels sont totalement détachés de l'exécution du contrat d'acquisition<sup>180</sup>. D'autre part, cette méthode d'interprétation suppose de rechercher l'intention du disposant à l'aune de *son* comportement ultérieur. Mais là encore, les arrêts ne marquent d'intérêt que pour les services ou sacrifices consentis par l'époux *accipiens* : *son* renoncement à une carrière professionnelle, *sa* collaboration active, *sa* gestion exclusive du foyer. Enfin, et surtout, cette méthode suppose que l'intention du disposant

---

<sup>177</sup> S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, thèse, PUAM, 2006, p. 411, n° 238.

<sup>178</sup> Sur cette méthode d'interprétation de la volonté, v. notamment : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, 1997, p. 96 et s. Cette méthode est également énoncée dans les projets de droit des contrats européens (v. art. 5 : 102 des PDEC) ainsi qu'à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités applicable par analogie aux contrats.

<sup>179</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 1956, Bull. n° 179 ; Soc., 28 mars 1957, Bull. n° 475 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1959, Bull. n° 512 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-15.357, *RJDA* 2005, n° 11, n° 1181 et 1129. Pour l'établissement de l'intention libérale, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 novembre 1965, Bull. n° 644 ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 7 février 1967, Bull. n° 50 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 février 1992, n° 90-17.694 ; Com., 29 novembre 1994, n° 93-12.971.

<sup>180</sup> En ce sens à propos de la première espèce, v. : B. FAGES, *thèse préc.*, p. 103, n° 168.

ne se soit pas clairement manifestée au temps de l'acte. Or dans les deux affaires commentées, on voit mal comment nier l'existence de l'intention libérale au jour de l'acquisition. Dans la première espèce, la propriété agricole, acquise un an après le mariage, avait été réglée au comptant et donc définitivement avant que l'épouse ne renonce à sa carrière professionnelle pour se consacrer à l'entretien du foyer. Il était donc évident que l'époux n'avait pu rétribuer, à l'avance, la collaboration de son épouse. Dans la seconde affaire, les époux avaient certes eu partiellement recours à un emprunt dont le mari avait sans doute réglé les échéances concomitamment aux services rendus – ce que la narration judiciaire ne raconte pas – ; mais le fait que cet emprunt, ouvert avant que l'épouse ne déploie ses services, ait été souscrit à son seul nom est incompatible avec l'existence d'un sentiment de reconnaissance à son égard. Faute de services à rémunérer et d'obligation faite à l'épouse en contrepartie du paiement, *l'animus donandi* constituait l'explication la plus naturelle de l'appauvrissement.

Voilà qui achève de montrer que, dans le contentieux de la qualification des achats pour autrui entre époux, les magistrats se contentent parfois, pour écarter la qualification de donation indirecte, d'une obligation naturelle de rémunération objective, désincarnée et abstraite. Un même constat d'artificialité peut être fait à propos des décisions qui voient dans l'exécution spontanée d'un legs verbal la satisfaction d'un impératif personnel de délivrance, à ceci près que celles-ci ne masquent pas leur indifférence à la conscience du disposant.

## **B – L'artificialité affichée de l'obligation naturelle**

**34. Cas de l'exécution du legs verbal** – Toutes les décisions rendues en matière d'exécution volontaire d'un legs verbal se bornent à affirmer, sans ambages ni circonlocutions, l'existence d'une dette objective de conscience des héritiers.

L'arrêt déjà cité du 19 décembre 1860 déclare ainsi « qu'il est *admis et constaté* que cette transmission ne procède pas directement du légataire universel qui opère la délivrance, et qu'au contraire elle remonte à la personne même du testateur, *dont ce légataire ne fait qu'exécuter les volontés* »<sup>181</sup>. Dans le même sens, l'arrêt précité du 4 janvier 2005 énonce que l'exécution du legs verbal constitue « un engagement unilatéral pris en connaissance de cause d'exécuter *une obligation naturelle* »<sup>182</sup>. De même encore, dans une décision du 22 juin 2004, la Cour de cassation retient que « si une disposition de dernière volonté purement verbale est nulle de plein

---

<sup>181</sup> Cass. civ., 19 décembre 1860, *DP* 1861. I, p. 17.

<sup>182</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, Bull. n° 4 ; *JCP G.* 2005. II, p. 10519, note M. MEKKI.

droit, elle peut cependant, *comme constituant une obligation naturelle*, servir de cause à une obligation civile valable »<sup>183</sup>.

Certes, la décision précitée du tribunal de grande instance de Paris se réfère explicitement à la conscience personnelle de l'héritier : « l'héritier », affirme-t-il, « en exécutant le legs, conscient d'avoir à respecter la volonté de son auteur, accomplit un devoir moral dont les exigences lui apparaissent telles, *qu'à ses yeux*, elles rendent son efficacité à la libéralité jusqu'alors viciée en la forme »<sup>184</sup>. Mais l'affirmation ne paraît précédée d'aucune vérification des mobiles profonds de l'héritier. La jurisprudence semble ainsi forcer, sinon créer, l'existence de l'obligation naturelle de délivrance, qui ne paraît dépendre « nullement des (bons) sentiments d'un obligé qui n'en serait pas encore tout à fait un »<sup>185</sup>.

Du reste, c'est bien ce que reconnaissait l'article 967 de l'offre de loi sur les libéralités adressée en 2003 au législateur : « [l'] acte d'exécution vaut *comme acquittement d'une obligation naturelle* sans emporter libéralité de sa part à l'égard du bénéficiaire »<sup>186</sup>. Si les mots ont un sens, le fait de dire que l'engagement de l'héritier « vaut comme » exécution d'une obligation naturelle ne signifie pas que cet engagement *constitue* la satisfaction d'un impératif personnel de conscience, mais exprime l'idée que, pour la bonne cause, du moins celle décrétée telle<sup>187</sup>, l'engagement *doit valoir* exécution d'une dette de conscience<sup>188</sup>.

**35. Conclusion de la première section** – Aux termes de ces développements, nous avons vu que, dans de nombreuses situations, la loi ou le juge écartaient la qualification de donations indirectes dès l'instant que le disposant n'était pas mû par l'intention de donner mais par celle, prétendue, d'exécuter une obligation de conscience. Au plan de la technique juridique, cette démarche est toutefois critiquable. En effet, à supposer que l'obligation naturelle exclue l'intention libérale – ce qui demeure contestable –, il faut encore, pour écarter la qualification de donation indirecte, démontrer l'existence d'une véritable obligation de conscience. Or dans toutes les solutions envisagées, magistrats ou législateur paraissent très souvent se contenter

---

<sup>183</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Bull. n° 180 ; D. 2004., p. 2953, note M. NICOD ; *AJ fam.* 2004, p. 405, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2005, p. 397, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G.* 2004. II, p. 10165, note A. SÉRIAUX ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, Bull. n° 4 ; *JCP G.* 2005. II, p. 10519, note M. MEKKI.

<sup>184</sup> TGI Paris, ch. cons., 16 juin 1995.

<sup>185</sup> A. SÉRIAUX, « Legs verbal : l'obligation naturelle des héritiers du disposant », *JCP G.* 2004. II, p. 10165.

<sup>186</sup> J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT AFFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités – Une offre de loi*, Defrénois, 2003, p. 62.

<sup>187</sup> V. *infra* n° 220.

<sup>188</sup> *Rapp.* : A. SÉRIAUX, « Legs verbal : l'obligation naturelle des héritiers du disposant », *art. préc.*

d'une obligation naturelle purement abstraite, détachée du devoir de conscience personnel dont elle prétend assurer l'exécution. C'est dire que contrairement aux enseignements de la doctrine, dans la réalité contentieuse, l'affirmation selon laquelle l'intention libérale est un facteur déterminant de la donation indirecte est loin de se vérifier sans nuances, d'autant que le droit positif reconnaît l'existence de donations indirectes sans intention libérale.

## SECTION 2 – LA SUPPRESSION DE L'EXIGENCE DE L'INTENTION LIBERALE

**36. Annonce** – Dans les hypothèses précédentes, la contradiction faite à l'intention libérale vient de ce que la jurisprudence ou la loi s'efforcent de la nier alors qu'elle s'évince pratiquement des faits. Il est d'autres situations qui partagent cette même logique mais résultent de ce que les juges, pour qualifier un acte de donation indirecte, déduisent l'intention libérale de faits non justificatifs.

Conformément au droit commun de la charge de la preuve, celui qui se prévaut d'une donation indirecte doit toujours établir que le disposant était mû par la *volonté de gratifier le bénéficiaire de l'acte*<sup>189</sup>. À défaut de preuve de l'existence de l'intention libérale, la donation indirecte, dit-on, n'est pas caractérisée. Pourtant, la rigueur de ce principe semble parfois délaissée par la jurisprudence. En effet, la caractérisation judiciaire de l'élément intentionnel de certaines donations indirectes a pu se faire à partir d'éléments de fait qui paraissent, en tant que tels, insuffisants à l'établir. Ce faisant, le demandeur triomphe dans ses prétentions sans avoir véritablement à supporter la charge probatoire de l'*animus donandi*. Cette méthode d'éviction de l'exigence de l'intention libérale doit d'ailleurs être rapprochée d'une autre : celle qui consiste à utiliser des concepts alternatifs à la donation indirecte étrangers au critère de l'intention libérale. Concrètement, il existe en droit positif des hypothèses dans lesquelles la qualification de donation indirecte s'impose, mais où les juges décident de recourir à une autre qualification dont découle, à l'exception de la preuve de l'intention libérale, un régime juridique peu ou prou similaire à celui de la donation indirecte.

Deux techniques différentes de suppression de la preuve de l'élément intentionnel de la donation indirecte peuvent ainsi être mises en évidence : la dénaturation du mécanisme présomptif dans un premier temps (§1) et l'exploitation des concepts alternatifs dans un second temps (§2).

---

<sup>189</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 2022, n° 20-14.455 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 2021, n° 19-20.026 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2017, n° 16-10.839, *AJ fam.* 2017, p. 311, obs. N. LEVILLAIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 2017, n° 16-15.101.

§1 – LA DENATURATION DU MECANISME PRESOMPTIF

**37. Absence de probabilité suffisante** – Commençons par dissiper un malentendu quant à la preuve de l'intention libérale par sa présomption. Le mécanisme présomptif, entendu comme une technique probatoire indirecte<sup>190</sup>, est parfaitement recevable en matière d'intention libérale. En effet, contrairement à ce que l'on pourrait penser, la règle selon laquelle « l'intention libérale ne se présume pas » n'interdit pas le recours au raisonnement présomptif. La règle exclut seulement que la preuve de l'intention libérale soit posée comme incontestable, comme nécessairement déduite à partir de l'appauvrissement du disposant<sup>191</sup>. En pareille hypothèse, la preuve de l'intention libérale n'appartiendrait plus au débat et le demandeur serait totalement dispensé de l'établir. Il y aurait suppression de la charge de la preuve. Or dans la présomption par substitution de présupposés, le demandeur a toujours une charge spécifique de la preuve qui lui incombe : le(s) présupposé(s) subsistant(s). Il n'y a que déplacement de l'objet de la preuve, non suppression de la charge de la preuve. La présomption est donc parfaitement admissible pour la preuve de l'intention libérale, qui demeure entièrement libre<sup>192</sup>. Mais c'est à la condition toujours qu'il existe un lien suffisamment logique entre l'intention libérale et le(s) élément(s) de substitution(s) prouvé(s). Or l'étude du droit positif montre qu'en matière de donation indirecte, de nombreuses présomptions d'intention libérale reposent sur des faits dont la connexité avec elle ne semble pas véritablement concluante. À titre d'exemples<sup>193</sup>, il en va ainsi de la présomption d'intention libérale tirée des relations affectives

---

<sup>190</sup> V. *supra* n° 28.

<sup>191</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 1989, n° 87-14.205, Bull. n° 79, *Defrénois* 1992, art. 35192, p. 181, note A. CHAPPERT ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2002, n° 00-21.035 ; *Dr. fam.* 2003, comm. 16, note B. BEIGNER, rappelant que « l'existence de l'intention libérale ne peut être déduite du seul déséquilibre constaté entre les engagements réciproques des contractants ».

<sup>192</sup> En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1965, *JCP G.* 1966. II, p. 14479, note P. VOIRIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1974, Bull. n° 308 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avril 1976, Bull. n° 144 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.139, Bull. n° 51 ; *RDC* 2014/3, p. 446, note C. GOLDIE-GENICON ; *Dr. fam.* 2014, n° 5, p. 25, note M. NICOD. *Rapp.* : C. civ., art. 1382, selon lequel « les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui doit les admettre [...] dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ». En pratique, l'établissement de l'intention libérale résulte d'ailleurs le plus souvent d'un faisceau d'indices dont les juges sont souverains pour apprécier la pertinence. L'article 1382 du Code civil, comme le faisait l'ancien article 1353, abandonne à l'appréciation souveraine des juges du fond la force probante des indices donnant naissance à la présomption. Pour des illustrations jurisprudentielles, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1966, Bull. n° 292 ; Cass. com., 18 mars 1969, *D.* 1969, p. 514 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 avril 1972, Bull. n° 242 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1989, Bull. n° 218 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 1995, Bull. n° 273.

<sup>193</sup> V. encore : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1982, n° 81-11.446, Bull. n° 173, *D.* 1983, p. 320, note J. MESTRE ; *Defrénois* 1983, p. 384, obs. J.-L. AUBERT et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1987, n° 85-15.899,

entre le donateur et un tiers à la donation indirecte (A) ou des stipulations ambiguës de l'acte d'appauvrissement (B).

### **A – L'*animus donandi* déduit des relations affectives entre le donateur et un tiers**

**38. Affection du donateur pour un tiers : exposé des décisions** – Il ne saurait faire de doute que le bénéficiaire d'une donation indirecte est celui-là même qui est le destinataire de l'intention libérale. Il s'ensuit que celui qui allègue l'existence d'une telle libéralité doit établir que le disposant était mû d'une volonté de gratifier le bénéficiaire de l'opération, c'est-à-dire le donataire, et non une tierce personne à celle-ci. Toutefois, pour admettre la qualification de donation indirecte, les juges ont pu parfois considérer que l'intention libérale du donateur à l'égard d'un tiers à la donation traduisait, en soi, son *animus donandi* envers le donataire. Deux décisions relativement similaires, rendues le 5 mai 2011<sup>194</sup> et le 10 avril 2019<sup>195</sup>, l'illustrent.

Dans la première affaire, une personne avait apporté la nue-propriété d'un immeuble à une société civile immobilière constituée avec ses enfants, puis donné à ses enfants, en pleine propriété, la quasi-totalité des parts reçues en échange de son apport. Deux années après cette donation, elle avait déclaré, par acte sous signature privée, faire abandon de l'usufruit de l'immeuble qu'elle s'était réservé. Concrètement, la société recueillait ainsi la pleine propriété de l'immeuble dont elle détenait déjà la nue-propriété. Considérant que l'acte constituait une donation indirecte de l'usufruit au profit de la société, l'Administration fiscale lui avait alors notifié un redressement au titre des droits de donation au taux de 60 %. À la suite d'une contestation de la société, la cour d'appel de Dijon confirme la requalification effectuée par

---

Bull. n° 297, *Deffrénois* 1988, p. 860, obs. L. AYNÈS ; *Deffrénois* 1988, p. 1251, obs. G. CHAMPENOIS, qui, pour caractériser une donation indirecte par voie de cautionnement, déduisent « la renonciation aux recours de l'intention libérale et [...] l'intention libérale des relations affectives ou familiales unissant caution et débiteur, ce qui revient à présumer à la fois l'élément moral de la donation et son élément matériel » (C. GOLDIE-GENICON, « Libéralités et sûretés », *JCP N.* 2017, n° 13, p. 1148) ; Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.376, *RFP* 2014, comm. jur. 91, qui caractérise l'existence d'une donation indirecte procédant d'une promesse de cession de titres dès lors que « le déséquilibre des engagements traduit l'intention libérale du disposant » ; TGI Nanterre, 10 novembre 2011, n° 10/11043 ; CA Aix-en-Provence, 30 mars 2000, n° 96/10/505 ; CA Paris, 12 mars 2014, JD n° 2014-004541 ; CA Nîmes, 30 avril 2008, JD n° 2008-365367 ; CA Nîmes, 15 septembre 2010, n° 09/02020, qui tous caractérisent l'existence d'une donation indirecte réalisée au moyen d'un achat pour autrui en déduisant l'intention libérale de la seule communauté de vie des concubins.

<sup>194</sup> CA Dijon, 5 mai 2011, n° 10/00973, *Dr. sociétés* 2012, comm. 4, note R. MORTIER ; Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-20.461, Bull. n° 104 ; *D. Actu* 2011, note X. DELPECH ; *Dr. fam.* 2011, comm. 15, note B. BEIGNIER.

<sup>195</sup> Cass. com., 10 avril 2019, n° 17-19.733 ; *RFP* 2019, n° 6, comm. 8, note M. LEROY ; *BJS* sept. 2019, n° 1201, p. 26, note R. MORTIER.

l'Administration, en affirmant que les éléments constitutifs de la donation étaient établis, et notamment l'intention libérale à l'égard de cette même société. Ainsi, elle juge que : « si, juridiquement, la [société] est bénéficiaire de [la renonciation à usufruit], les véritables bénéficiaires de celle-ci sont les enfants du gérant, qui détiennent 99,89 % des parts de la [société] ; que l'intention libérale est ainsi suffisamment établie par les liens de parenté existant entre [la donatrice] et les autres associés de la [société], de même que par l'ensemble des actes juridiques portant sur le bien litigieux et le maintien à titre gratuit dans les lieux de [la donatrice] par la société après son acte de renonciation de l'usufruit ». Ce faisant, la cour d'appel approuve le redressement réalisé par l'Administration fiscale au titre des droits de donation entre tiers.

Les faits sont assez similaires dans la seconde affaire. En l'espèce, un contribuable avait renoncé à l'usufruit des actions d'une société d'exploitation au profit d'une société holding détenant la nue-propiété desdites actions. L'Administration fiscale considéra qu'une telle renonciation constituait une donation indirecte de ces actions au profit de la société, taxable au taux de 60 %. La cour d'appel suivit ce raisonnement et fut approuvée par la Cour de cassation, selon laquelle : « l'usufruit dont [la renonçante] a fait l'abandon sans contrepartie n'était pas dépourvu de valeur, que cet abandon la privait de tout pouvoir de décision au sein de la société et que, s'il profitait aux associés en leur permettant de céder leurs actions, la société l'avait immédiatement accepté et avait perçu les dividendes lui revenant dès leur mise en distribution ; que de ces motifs, dont il ressort que [la renonçante] entendait gratifier la société en accroissant la valeur de ses actions et ses biens dès lors que cette dernière était la bénéficiaire de la donation intervenue en sa faveur et non les enfants de [la renonçante], la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite et n'a pas méconnu l'objet du litige, a légalement justifié sa décision »<sup>196</sup>.

**39. Appréciation critique des décisions** – Ainsi rendues, les deux solutions paraissent particulièrement compréhensives quant à la preuve de l'intention libérale envers la société donataire. Certes, on voit figurer dans l'arrêt de la cour d'appel de Dijon des constatations d'ordre psychologique : les juges du fond relèvent ainsi que, eu égard aux liens de parenté entre la renonçante et ses enfants, associés de la société, l'intention libérale à leur égard est établie. De même, dans le second arrêt, la Cour de cassation relève que les juges du fond avaient

---

<sup>196</sup> Cette affaire a également donné lieu à une décision du Conseil d'État aux termes de laquelle il juge que l'abandon d'usufruit constituait un bénéfice imposable au sens de l'article 38 2° du Code général des impôts : CE, 14 octobre 2019, n° 417095 *RFP* 2019, comm. 14, note N. JULLIAN ; *Dr. fisc.* 2020, n° 17, comm. 228, note S. LE NORMAND-CAILLÈRE ; *Deffrénois* 2020, n° 161, p. 36, obs. C. VERNIÈRES.

eux-mêmes estimé que l'abandon d'usufruit « profitait aux associés », enfants de l'usufruitier, « en leur permettant de céder leurs actions ».

Cependant, on ne voit pas percer l'intention libérale de la disposante *envers la personne morale*, pourtant seule reconnue donataire, et partant, seule redevable des droits de mutation. Quand bien même l'intention libérale de la disposante à l'égard *des associés de la société* existerait, il ne devrait pas, nous semble-t-il, être permis d'en déduire mécaniquement l'existence d'une intention libérale à l'endroit de *la société*... Sauf à nier l'autonomie de la personne morale, autonomie du reste mise en exergue par l'article 1835 du Code civil puisqu'il dote la société d'une « raison d'être » qui, à l'évidence, est distincte de celle de ses associés. Par ailleurs, il ne semble pas impossible de nourrir une intention libérale envers une société. En effet, « l'intention libérale ne signifie pas nécessairement que le sentiment est nourri envers une personne humaine. Elle se situe en effet dans un cœur humain, lequel peut s'attacher aux personnes physiques aussi bien qu'aux animaux, aux choses ou aux simples projets qui "tiennent à cœur" »<sup>197</sup>.

Dès lors, il peut paraître surprenant que les juges aient, dans les deux décisions analysées, admis que la société était bénéficiaire de la donation sans vérifier l'existence de l'intention libérale du donateur envers celle-ci. En d'autres termes, il nous semble que pour caractériser l'*animus donandi* envers une société, et considérer qu'elle est, comme telle, redevable de l'impôt sur les donations en sa qualité de donataire, il ne suffit pas de prétendre qu'il existe une intention de gratifier les associés de cette société. Encore faut-il étayer la démonstration en justifiant que l'acte a été voulu dans l'intérêt particulier de cette société. À moins, évidemment, de considérer que la société est fictive ou reçoit la libéralité en qualité de personne interposée, mais alors la logique impose de faire peser l'impôt sur les associés, non sur la société.

**40. Désaffection du donateur pour un tiers : exposé des décisions** – Une troisième affaire doit être mentionnée. Plus étonnante encore peut en effet paraître la solution rendue par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 mai 1961<sup>198</sup>, qui déduit l'intention libérale du donateur

---

<sup>197</sup> Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Donation à l'associé ou à la société ? Des présomptions en guise de solution », *Dr. pat.* 2021, n° 313. Dans le même sens, v. notamment : S. DEVILLE, « La société donataire : une vue de l'esprit ? », *Dr. pat.* 2021, n° 313 ; N. VERGNET et J.-P. COIFFARD, note sous Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-15.621, *Dr. fisc.* 2019, n° 26, comm. 310.

<sup>198</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, Bull. n° 268 ; *D.* 1962, p. 657 note J. BOULANGER ; *RTD. civ.* 1961, p. 715, obs. R. SAVATIER ; *JCP G.* 1962, II, 12973, note P. VOIRIN. Pour une position assez proche s'agissant de la preuve de l'*animus testandi*, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919 : « Attendu que la volonté de priver un héritier réservataire de la quotité disponible n'exclut pas l'intention libérale du testateur vis-à-vis d'une tierce personne ; qu'ayant non seulement relevé que le motif

envers le donataire de son sentiment de désaffection à l'égard d'un tiers à la donation. En l'espèce, une personne était décédée en laissant pour lui succéder sa sœur, des neveux et des nièces issus d'un autre collatéral. La sœur de la défunte avait renoncé à la succession et était elle-même décédée un mois plus tard, laissant pour héritière sa fille unique. Celle-ci avait assigné ses cousins aux fins de voir dire que, pour le calcul de sa réserve héréditaire, il serait tenu compte des biens qu'ils avaient recueillis dans la succession de sa tante, par suite de la renonciation de sa mère. La cour d'appel accueille sa demande en requalifiant la renonciation à succession en donation indirecte. La Cour de cassation, approuvant ce raisonnement, considère que les juges du fond ont, à bon droit, caractérisé l'existence d'une donation indirecte lorsque, usant du pouvoir souverain qui leur appartient d'apprécier si la renonciation a procédé d'une intention libérale, ils relèvent, d'une part, que la défunte n'ignorait pas que la succession à laquelle elle renonçait était très importante et, d'autre part, qu'il régnait depuis de nombreuses années une mésintelligence entre elle et sa fille.

**41. Appréciation critique des décisions** – Reprenons l'argumentation des juges. Pour caractériser l'*animus donandi*, les juges du fond recherchent la cause impulsive et déterminante de l'acte d'appauvrissement, à savoir la renonciation. Pourquoi la sœur de la défunte avait-elle renoncé à la succession ? C'est à cette question que la cour d'appel a répondu en l'espèce, en relevant que depuis de nombreuses années une mésintelligence grave régnait entre la renonçante, appelée à la succession de sa sœur, et sa fille unique qui, en tant qu'héritière réservataire, devait un jour recevoir l'avantage que procurerait cette succession si elle avait été acceptée. On comprend ainsi que la renonciation est dirigée contre la fille de la renonçante. Mais la cour d'appel est allée au-delà. Elle a considéré que cette animosité, cause impulsive de la renonciation, caractérisait également l'intention libérale de la renonçante à l'égard de ses neveux et nièces. Comme un commentateur l'a très justement remarqué, « on ne peut pas ne pas relever que le processus psychologique ainsi retracé emprunte un détour. C'est indirectement que l'on arrive à la volonté de gratifier les cohéritiers. C'est parce qu'un vif ressentiment la dressait contre sa fille que la mère a été considérée comme ayant le dessein

---

déterminant du testament consistait dans la volonté de Georgette X... d'exhérer son fils, mais également constaté que l'intéressée, qui disposait de sa pleine capacité juridique et dont le consentement n'était pas vicié, avait disposé de la quotité disponible de sa succession comme elle l'entendait au profit de cette association, la cour d'appel, appréciant souverainement l'existence de son intention libérale, a pu décider que le testament était valable », *Defrénois* 2010, p. 95, obs. R. LIBCHABER ; *Defrénois* 2011, p. 698, obs. B. VAREILLE ; *RTD. civ.* 2011, p. 162, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G.* 2010, n° 7, p. 203, obs. R. LE GUIDEDEC ; *AJ fam.* 2009, p. 460, obs. F. BICHERON.

d'avantager ceux qui étaient, en l'espèce, des neveux et des nièces »<sup>199</sup>. Or vouloir nuire à quelqu'un (ici la fille), n'est pas vouloir gratifier un autre (ici les neveux et nièces). On peut douter du lien logique qui existe entre l'animosité de la mère à l'égard de sa fille et son intention libérale envers ses neveux et nièces. Est-on bien sûr en effet que la mésintelligence entre celui qui renonce à une succession et son unique héritier, susceptible de recueillir les biens dans la succession refusée, constitue un indice suffisamment grave et précis pour caractériser une intention libérale à l'égard des bénéficiaires de la renonciation ? Quels éléments probants d'une volonté de gratifier peut-on véritablement tirer d'une mésentente entre le donateur et un tiers ? Prenons l'exemple trivial suivant : de même que la crainte de la guerre n'est pas l'amour de la paix, la renonciation à un bien ne saurait être à elle seule une donation au profit d'autrui. Sans doute, pour caractériser l'intention libérale à l'égard des bénéficiaires de la renonciation, aurait-il fallu que soit joint au constat de la mésintelligence celui d'un lien d'affection entre les parties à la donation. Hélas la Cour de cassation ne s'explique pas sur ce point, se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond.

On le voit à travers ces trois exemples, les liens d'affection ou de désaffection qu'entretient le prétendu donateur avec un tiers semblent être, en matière de donation indirecte, le terreau fertile d'une présomption d'intention libérale, dont l'existence semble admise de manière désordonnée pour ne pas dire injustifiée. Une autre terre féconde est la rédaction de l'acte-support de la donation.

## **B – L'*animus donandi* déduit des stipulations ambiguës de l'acte d'appauvrissement**

**42. Silence gardé sur la cause de l'acte : décision du 2 décembre 1997** – Pour admettre l'existence de l'élément intentionnel de la donation indirecte, la Cour de cassation a pu parfois se contenter d'approuver les juges du fond d'avoir laconiquement constaté le silence gardé par les parties sur la cause de la transmission. Le défaut de mention expresse de la cause – gratuite ou onéreuse – d'un transfert de propriété peut ainsi, selon les juges, constituer un indice suffisant pour établir l'existence d'une intention libérale.

Une illustration de cette jurisprudence est donnée par un arrêt de la chambre commerciale du 2 décembre 1997, où s'est posée la question de la requalification d'une renonciation abdicative à usufruit en donation indirecte<sup>200</sup>. En l'espèce, un an après avoir fait donation à

---

<sup>199</sup> J. BOULANGER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, Bull. n° 268 ; D. 1962, p. 657.

<sup>200</sup> Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.729, Bull. n° 319 ; RTD civ. 1999, p. 452, note J. PATARIN ; AJDI 1999, p. 207, obs. J.-P. MAUBLANC ; JCP N. 2001, p. 1782, note D. GRILLET-PONTON ; Dr. pat. 2009, n° 178, p. 28, note M. LEROY ; JCP N. 1998, p. 1747, note J. LAFOND. Rapp. : Cass. com.,

leurs trois enfants de la nue-propriété de divers biens immobiliers, des époux avaient renoncé à l'usufruit de ces biens. La pleine propriété s'était ainsi reconstituée entre les mains des enfants. L'Administration fiscale avait alors notifié aux enfants un redressement au titre des droits dus pour la donation de l'usufruit. Saisi du litige, le tribunal de grande instance de Nanterre avait considéré que la renonciation réalisait une donation indirecte au profit des enfants. La Cour de cassation valide l'analyse et le redressement : « qu'ayant relevé que [les époux] ont donné la nue-propriété de divers biens immobiliers à leurs enfants et, dix-huit mois plus tard, *sans qu'il soit invoqué de trop lourdes charges pour l'expliquer*, ont renoncé à leur usufruit, [...] le jugement en déduit que la renonciation, procédant d'une intention libérale, était un acte translatif de l'usufruit aux enfants [...] ; qu'ayant, hors de toute contradiction ou dénaturation, légalement justifié sa décision en appréciant les intentions des parties au regard des faits qu'il a relatés, le tribunal a fait une exacte application de la loi ».

Si l'on comprend bien, l'abandon de l'usufruit n'aurait pas été une libéralité s'il avait été justifié par le fait que l'usufruit constituait une charge trop lourde pour ses détenteurs, les parents. Ce serait peut-être même la seule raison permettant d'écarter l'intention libérale. Dès lors, le fait de constater que l'acte unilatéral de renonciation n'invoquait pas de trop lourdes charges pour l'expliquer avait permis de déduire l'intention libérale des usufruitiers à l'égard des nus-propiétaires. En somme, c'était l'un ou l'autre, et faute pour les parents d'avoir dit que la renonciation avait été causée par de trop lourdes charges, l'intention libérale s'est imposée dans l'esprit des juges. Pourtant, s'il est vrai que l'intention libérale peut bien être approchée négativement en se contentant du plus probable, ce système de l'alternative binaire peine à convaincre. Certes, s'il existe d'importantes charges grevant l'usufruit des biens, leur existence permet sans doute d'exclure toute intention libérale dans la renonciation à l'usufruit. Mais si de telles charges n'existent pas, la cause de la renonciation doit être recherchée ailleurs, et cet ailleurs ne se situe pas inéluctablement dans l'intention de gratifier. En effet, une renonciation à usufruit dont les charges ne sont pas excessives peut être inspirée par lassitude de la gestion qu'il impose, par mésentente avec le nu-propiétaire, voire par pur désintérêt pour le bien<sup>201</sup>. En

---

31 octobre 2006, n° 04-10.796 : « Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant relevé que la preuve de l'intention libérale de Madame Paureau était rapportée par l'importance des droits auxquels elle avait renoncé sans contrepartie, par l'absence de charges ou de difficultés incompatibles avec ses revenus ou sa situation personnelle et par l'acceptation tacite de Madame Seince qui a procédé au partage partiel des immeubles faisant l'objet de la renonciation moins d'un an plus tard, la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve et en s'appuyant sur les documents versés au dossier, a pu statuer comme elle a fait et légalement justifié sa décision ».

<sup>201</sup> D. GRILLET-PONTON, « Droits de mutation à titre gratuit : le traitement fiscal des actes portant renonciation à un droit ou une gratification familiale », *JCP N.* 2001, p. 1782. Sur la charge fiscale de

outre, « quand les relations familiales ne sont pas suffisamment harmonieuses pour permettre des conventions amiables ventilant la charge fiscale *inter partes*, la technique de la renonciation vient au secours du contribuable en lui offrant, sinon un moyen de délaissement pur et simple du droit réel, du moins des formules de substitution minorant le poids des charges qui le grèvent »<sup>202</sup>. Or ces renonciations sans contrepartie ne constituent pas, en elles-mêmes, des renonciations libérales.

**43. Confirmation par une décision du 7 décembre 2016** – Sous cet aspect, la solution fait écho à une décision de la première chambre civile, en date du 7 décembre 2016<sup>203</sup>. En l'espèce, des concubins avaient acquis deux immeubles : le premier au moyen d'une société civile immobilière qu'ils détenaient chacun pour moitié, le second en indivision à hauteur de 70 % pour le concubin et 30 % pour sa compagne. Lors de la dissolution de la société et du partage de l'indivision, le concubin avait demandé la fixation d'une créance à l'égard de son ex-compagne au titre de sa participation exclusive au financement des immeubles. Considérant que ce paiement constituait une donation indirecte, les juges du fond rejetèrent sa demande : l'intention libérale est, pour les juges, caractérisée dès lors qu'il résultait des énonciations des actes relatifs à l'acquisition des immeubles que les concubins avaient voulu fixer leurs droits respectifs, quelle que soit leur participation au financement des biens. En cassation, le concubin *solvens* reprochait à la cour d'appel d'avoir posé en postulat l'existence de l'élément psychologique de la donation, et ainsi d'avoir entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 894 du Code civil. Mais pour la Cour de cassation, il n'en fallait pas plus pour caractériser l'intention libérale.

Ici encore la solution intrigue. Au cas présent, la Cour de cassation considère que le silence gardé par les concubins sur les mesures exactes de leur financement était un motif suffisant pour caractériser tout à la fois la volonté du concubin de renoncer à son droit au remboursement et celle de gratifier sa concubine. Le raisonnement est pour le moins éluusif. Sans doute, la renonciation du concubin à son droit au remboursement pouvait être déduite de la fixation de ses droits à égalité avec sa concubine et – ce que ne relève pas formellement la Cour de

---

l'usufruitier, v. notamment : D. GRILLET-PONTON, « Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-proprétaire », *D.* 1989, p. 251.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-18.631. *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2013, n° 12-18.581 et 12-18.583 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.989. *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 1999, n° 97-11.300, qui, sur le fondement de l'article 1315 ancien du Code civil, décide que « c'est à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui sans subrogation de démontrer que la cause dont procédait ce paiement implique pour le débiteur l'obligation de rembourser les sommes ainsi versées ».

cassation – de son attitude passive quant au règlement des échéances des prêts ayant permis l'acquisition des immeubles. Mais il est audacieux, à notre sens, d'inférer automatiquement du fait que les proportions d'acquisition indiquées dans l'acte ne correspondent pas à la répartition du financement, une intention libérale à l'égard de la concubine. Encore aurait-il fallu relever, par exemple, que le concubin avait connaissance du fait que sa compagne ne disposait pas, au jour des acquisitions, des ressources suffisantes pour procéder au remboursement des échéances du prêt<sup>204</sup>. Dans ce cas, on pouvait estimer qu'il ne s'attendait pas à être remboursé et donc qu'il avait une intention libérale. Mais en l'absence de tout élément, la « surcontribution » pouvait tout aussi bien correspondre à la contrepartie d'un service rendu par sa compagne (on reconnaîtra ici la figure de la libéralité rémunératoire, qui n'est pas une libéralité) ou à l'exécution d'une convention de contribution aux charges du ménage. Présumer l'intention libérale lorsque les proportions d'acquisition indiquées dans l'acte ne correspondent pas à la répartition du financement, revient à déduire la preuve de l'intention libérale du seul déséquilibre de l'acte.

**44. Désignation formelle du donataire dans l'acte : arrêt du 6 novembre 2019** – Plus significatif encore de cette tendance à tirer de l'acte déséquilibré l'existence d'une intention libérale, est un arrêt de la chambre commerciale du 6 novembre 2019, où était invoqué par l'Administration fiscale l'assujettissement d'un *trust* au paiement des droits de mutation à titre gratuit<sup>205</sup>. La Cour de cassation décide que l'intention libérale peut résulter de la seule désignation formelle du bénéficiaire. Sur le plan technique, la solution fait preuve ici d'une excessive témérité.

D'une part, le fait que le constituant désigne un tiers comme attributaire des produits du *trust* ne dit rien de sa pensée. La désignation est un acte incolore, purement objectif, dont on peut inférer uniquement la preuve que le constituant a eu la conscience et la volonté de ne prétendre à l'équivalent de ce qu'il a transféré. Mais, une fois encore, ce peut être pour de multiples raisons, dont l'intention libérale ne représente qu'une parmi d'autres.

D'autre part, l'espèce était très particulière puisque l'identité du constituant du *trust* était inconnue. Comment alors parvenir à déceler son intention libérale ? Le pourvoi l'avait souligné : « la qualification de donation indirecte présuppose l'intention libérale du donateur ;

---

<sup>204</sup> En ce sens, v. : CA Bordeaux, 26 février 2002, n° 00/04956 ; *AJ fam.* 2002, p. 380, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2003, p. 63, obs. J. HAUSER ; *JCP G.* 2002. I, n° 162, obs. P. SIMLER.

<sup>205</sup> Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985 ; *Dr. fam.* 2020, p. 31, note M. NICOD ; *GP* 2020, p. 68, note S. LEROND.

qu'après avoir constaté l'absence de mention du nom du constituant dans l'acte de *trust* [...], les juges d'appel ont estimé que l'intention libérale du constituant était établie par la circonstance que l'existence du constituant est prouvée par la déclaration du *trustee*, qui indique avoir reçu les actifs qu'il détient par le constituant, et par la circonstance que le constituant a formellement désigné M. B... en qualité de bénéficiaire ; qu'en l'absence d'identité du constituant, ces seules circonstances étaient inaptes à établir l'intention libérale qui aurait animé l'auteur des prétendues donations ». Mais l'argument est balayé par la Cour de cassation qui, nous l'avons dit, considère que l'intention libérale peut résulter de la seule désignation formelle du bénéficiaire. À retenir ce système jurisprudentiel, le simple fait de recevoir un bien assujettirait tout récipiendaire à l'impôt des libéralités... Qu'elle est loin l'exigence de prouver l'intention libérale !

**45. Synthèse** – Certes, les arrêts commentés ne sont jamais rédigés et érigés en arrêts de principe. Mais ils montrent très clairement que la Cour de cassation est disposée à laisser les juges du fond forger leur conviction à partir d'éléments de fait qui ne paraissent pas toujours entretenir de lien logique et inéluctable avec l'intention libérale du disposant : mésentente avec un tiers, silence gardé sur la cause de l'acte véhiculant la donation, simple désignation formelle du bénéficiaire... Du reste, certains arrêts sont publiés. Or de telles présomptions conduisent, semble-t-il, à reléguer au second plan l'élément psychologique de la donation indirecte au profit d'une conception purement matérielle de l'intention libérale. Plutôt qu'un déplacement de l'objet de la preuve, acceptable, la Cour de cassation admet, ici ou là, une suppression de la charge de la preuve. Un même détournement se constate à propos des décisions qui désavouent la qualification de donation indirecte au bénéfice d'autres concepts dépourvus de toute intention libérale.

## §2 – L'EXPLOITATION DE CONCEPTS ALTERNATIFS

**46. Annonce** – Pour évincer la question de la preuve de l'élément intentionnel de la donation indirecte, les juges choisissent parfois, non de dénaturer le mécanisme présomptif, mais d'exploiter des concepts alternatifs à celui de donation indirecte dont découle, à l'exception de la preuve de l'intention libérale, un régime juridique qui lui est peu ou prou similaire. Pour illustrer cette méthode de suppression de la charge de la preuve de l'*animus donandi*, deux exemples peuvent être fournis : l'utilisation du concept d'avantage indirect par

la jurisprudence civile (A) et l'utilisation du concept de distribution indirecte par la jurisprudence fiscale (B).

## A – Le concept d'avantage indirect dans la jurisprudence civile

47. **Sens primitif du concept d'avantage indirect** – Dans le Code Napoléon, la notion d'avantage indirect figurait expressément aux articles 853 et 1595<sup>206</sup>. À s'en tenir à l'article 853, inchangé depuis 1804, il exclut du rapport successoral « les profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun *avantage indirect* quand elles ont été faites ». *A contrario*, il faut comprendre que le successible ayant obtenu un avantage indirect du contrat passé avec le défunt en doit rapport à ses cohéritiers. Aussi, l'article 853 fait figure d'application particulière de l'article 843 du Code civil, qui impose le rapport de tout ce que l'héritier a reçu du défunt « par donations entre vifs, directement ou indirectement ». L'analogie entre ces deux articles avait d'ailleurs été mise en évidence par FENET dans le recueil des travaux préparatoires du Code civil. Commentant les dispositions de l'article 843 du Code civil, cet auteur enseignait que le rapport successoral s'applique, entre autres, à tous les « avantages indirects » retirés par l'héritier de toutes associations faites avec le défunt dont « l'intention réelle » était de s'appauvrir à son profit<sup>207</sup>. Selon les rédacteurs du Code civil, la caractérisation de l'avantage indirect, comme la donation indirecte, supposait ainsi que soient réunies les deux caractéristiques traditionnelles d'une libéralité : l'élément matériel (le déséquilibre économique) et l'élément psychologique (l'intention libérale). De la sorte, il n'est pas incongru de penser, à la suite d'autres auteurs<sup>208</sup>,

---

<sup>206</sup> Aujourd'hui, la notion n'apparaît plus à l'article 1595, qui a été abrogé par la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, mais est présente dans la lettre des articles 860 alinéa 4 et 1391 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. L'article 860 alinéa 4 énonce ainsi que : « s'il résulte d'une telle stipulation que la valeur sujette à rapport est inférieure à la valeur du bien déterminé selon les règles d'évaluation prévues par les articles 922 ci-dessous, cette différence forme un *avantage indirect* acquis au donataire hors part successorale ». Quant à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1391, il dispose que : « le contrat de mariage doit déterminer les biens sur lesquels portera la faculté stipulée au profit du survivant. Il peut fixer des bases d'évaluation et des modalités de paiement, sauf la réduction au profit des héritiers réservataires s'il y a *avantage indirect* ».

<sup>207</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (1836), t. XII, Hachette, 2017, p. 206. Dans le même sens, v. : G.-A. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions suivant le Code civil*, 6<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, 1837, p. 201 ; G. BAUDRY-LACANTINIERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des successions*, t. III, Sirey, Paris, 1905, n° 3587.

<sup>208</sup> M. NICOD, *D.* 2006, p. 2073 ; S. DEVILLE, *L'objet de la libéralité*, thèse, Defrénois, 2012, p. 81, n° 186 et p. 85, n° 198 ; A.-M. LEROYER, « Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, p. 551 et s., spéc. p. 554.

que sous le vocable « avantage indirect », le Code civil de 1804 entendait plus exactement parler de « donation indirecte ».

**48. Objectivisation doctrinale de l'avantage indirect** – À l'occasion d'une chronique demeurée célèbre depuis sa parution en 1965, le Doyen SAVATIER s'est attaché à proposer une toute autre conception de l'avantage indirect<sup>209</sup>. Selon l'auteur, l'avantage indirect impliquerait un appauvrissement du disposant et un enrichissement du bénéficiaire, mais, contrairement à la donation indirecte, aucune intention libérale. Donnant le bail pour exemple, il explique que, dans l'hypothèse où ce bail a été consenti par le défunt à un juste prix mais sans pas de porte destiné à compenser la dépréciation de la valeur du bien loué, l'opération constitue un avantage indirect au profit de l'héritier, et non une donation indirecte car la fixation d'un juste loyer serait exclusive d'intention libérale. Cependant, poursuit l'auteur, si l'héritier obtient l'attribution du bien dans le partage de la succession, il doit rapport à ses cohéritiers de l'avantage résultant du gain économique procuré par l'absence de contrepartie à la dévaluation du bien loué<sup>210</sup>.

La proposition invitant à distinguer les notions d'avantage indirect et de donation indirecte pour leur appliquer malgré tout le même régime (celui du rapport) séduit encore quelques auteurs contemporains. On peut ainsi lire sous la plume de Madame BOUCHARD que les avantages indirects, distincts des donations indirectes, constituent « des profits non justifiés par l'objet principal d'une convention conclue entre le *de cuius* et un de ses successibles, ou d'un acte accompli à sa faveur par le défunt »<sup>211</sup>. Nulle trace de l'intention libérale. Monsieur GUIGUET-SCHIELÉ se prononce dans le même sens. Selon lui, l'avantage indirect désigne l'enrichissement reçu au moyen de l'effet collatéral d'un acte ou d'un fait juridique, contrairement à la donation indirecte qui est le fruit d'une intention libérale du disposant<sup>212</sup>. Ici encore, l'élément subjectif de la libéralité est écarté.

---

<sup>209</sup> R. SAVATIER, « Rôle constructif de la jurisprudence en matière de rapport dans les partages », *JCP N.* 1969, p. 2214 et s.

<sup>210</sup> Sur ce gain économique, v. notamment : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juillet 1958, *GP.* 1958. II, p. 201 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1987, n° 85-15.700, *JCP N.* 1988. II, p. 181, note M. MATHIEU ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1996, n° 94-13.301 ; *RTD civ.* 1997, p. 489, obs. J. PATARIN. Ces arrêts considèrent qu'un immeuble loué possède moins de valeur qu'un immeuble libre.

<sup>211</sup> V. BOUCHARD, « Occupation gratuite d'un logement par un héritier ; de la dispense systématique de rapport au rapport systématique », *JCP N.* 2006, n° 1220, p. 1150 ; V. BOUCHARD, « La réserve et les avantages indirects », *Defrénois* 2019, p. 39.

<sup>212</sup> Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *thèse préc.*, p. 296 et s., n° 319. Pour une position assez proche, v. : S. DEVILLE, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-27.325, 11-12.863, 10-27.325, *Lexbase Hebdo* 2012, n° 478.

**49. Objectivisation jurisprudentielle de l'avantage indirect** – Il semblerait que l'analyse doctrinale ait pénétré dans le droit positif à la faveur de certaines décisions jurisprudentielles<sup>213</sup>. À la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence s'est en effet fait l'écho d'une telle interprétation de l'avantage indirect. C'est surtout pour considérer comme rapportable l'avantage résultant, pour un héritier, de la situation privilégiée de succéder dans la profession du défunt ou de la mise à disposition gratuite de l'un de ses biens que la jurisprudence a adopté la conception objective de l'avantage indirect<sup>214</sup>. Revenons particulièrement sur le second élément, c'est-à-dire la mise à disposition gratuite du logement du défunt.

**50. Mise à disposition gratuite d'un immeuble du défunt** – C'est en effet sous la notion d'avantage indirect qu'au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence a pu exiger le rapport du bénéfice résultant de la jouissance gratuite d'un immeuble du défunt, alors que jusque-là seule la qualification de donation indirecte pouvait être mobilisée pour parvenir à obtenir un quelconque rapport.

L'arrêt « Knoll » du 14 janvier 1997 marque une première étape puisque la Cour de cassation s'était montrée favorable à la requalification en donation indirecte de l'avantage résultant pour un héritier de l'occupation gratuite d'un immeuble du défunt<sup>215</sup>. L'originalité de l'arrêt tient

---

<sup>213</sup> *Rapp.* : S. DEVILLE, *L'objet de la libéralité*, thèse, Defrénois, 2012, p. 80 et s., n° 185 et s.

<sup>214</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 1966, Bull. n° 288 et 289 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1968, *D.* 1968, p. 561, note A. BRETON ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1968, *D.* 1968, p. 617, note A. BRETON ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 1968, Bull. n° 287, *JCP G.* 1969. II, p. 15899, note M. D. ; *Defrénois* 1969, art. 29304, note J. MAZEAUD ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1976, *JCP G.* 1979. II, p. 19194, note J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1983, n° 85-12.005 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1987, *JCP G.* 1988. II, p. 181 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, Bull. n° 901, *RTD civ.* 1992, p. 427, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115 ; *JCP G.* 1982. II, p. 19812, obs. P. REMY ; *Defrénois* 1981, art. 32750, p. 1327, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1982, p. 183, note J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 2002, n° 00-18.339, Bull. n° 277 ; *JCP G.* 2003. I, p. 180, n° 6, obs. R. LE GUIDEC ; *D.* 2003, p. 1590, note S. MIRABAIL ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1972, Bull. n° 156, *RTD civ.* 1973, p. 593, obs. R. SAVATIER.

<sup>215</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 1997, Bull. n° 127 ; *D.* 1997, p. 607, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; *JCP G.* 1998. I, p. 33, obs. R. LE GUIDEC ; *Defrénois* 1997, p. 113, note P. MALAURIE. *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1997, n° 95-11.467. Avant cet arrêt, la Cour de cassation déduisait de ce que l'article 856 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil énonce que « les fruits des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession », que les donations de fruits, en particulier celles constituées au moyen d'une mise à disposition gratuite d'un immeuble, devaient être soustraites au rapport. En ce sens, v. par exemple : Cass. civ., 28 juillet 1913, *DP* 1917. I, p. 58 ; Cass. civ., 27 novembre 1917, *D.* 1921. I, p. 21. La solution de l'arrêt « Knoll » a été consacrée par la loi du 23 juin 2006 à l'article 851 alinéa 2 du Code civil. Sur la donation de fruits et revenus, v. notamment : M. GRIMALDI, « Retour sur les donations de fruits et revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement) », *Mélanges P. CATALA*, Litec, 2001, p. 437.

ainsi surtout au sort réservé aux loyers non exigés par le défunt, soumis au rapport, grâce à la qualification de donation indirecte. À l'origine de l'affaire, un des enfants du défunt avait demandé que certains de ses frères et sœurs ayant bénéficié de l'occupation gratuite d'immeubles pendant une quinzaine d'années soient tenus de rapporter l'avantage en résultant. Le *de cuius* n'avait jamais exigé de loyers et le demandeur considérait qu'il en résultait une donation indirecte à l'égard de ceux-ci soumise à l'obligation de rapport aux cohéritiers. L'arrêt attaqué l'avait débouté de sa demande au motif que leur auteur était libre de disposer à son gré des loyers, et donc des fruits, qu'il avait la liberté de percevoir ou de ne pas percevoir. Mais la Haute Juridiction reproche à la cour d'appel de s'être fondée « sur la circonstance inopérante que le défunt avait disposé de fruits en abandonnant gratuitement l'usage d'immeubles à certains de ses enfants », l'article 843 du Code civil n'opérant « aucune distinction selon que le défunt a donné un bien ou seulement les fruits de celui-ci ». Aussi bien, en refusant l'affirmation d'un principe général de dispense de rapport des donations de fruits et revenus, la Cour de cassation avait ainsi admis que la mise à disposition gratuite d'un bien immobilier intègre la catégorie des donations indirectes.

Puis, deuxième étape, elle a jugé, dans un arrêt du 8 novembre 2005, qu'une telle opération emportait désormais non plus donation indirecte mais avantage indirect. Les circonstances de cette décision rappellent les faits de l'arrêt « Knoll » : en l'espèce, l'une des filles du défunt avait occupé pendant plus de vingt ans un immeuble d'habitation lui appartenant. La regardant comme donataire des loyers non réclamés, ses frères et sœurs en sollicitaient la restitution à la masse partageable. La cour d'appel leur avait donné raison en requalifiant la mise à disposition gratuite de l'immeuble en donation indirecte. En cassation, l'héritière reprochait aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé l'intention libérale du défunt. Mais l'argument n'emporte pas la conviction de la Cour qui rejette le pourvoi, en affirmant que « même en l'absence d'intention libérale établie, le bénéficiaire d'un avantage indirect en doit compte à ses cohéritiers »<sup>216</sup>. Sous l'impulsion de cet arrêt, qui désactive la notion de donation indirecte au profit de l'avantage indirect, les tribunaux en sont venus à comptabiliser de nombreuses mises à disposition gratuites

---

<sup>216</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, Bull. n° 409, D. 2006, p. 2072, obs. M. NICOD ; JCP G. 2008. I, p. 108, n° 8, obs. R. LE GUIDEDEC ; RJPF 2006-1/34, obs. J. CASEY ; LPA 3 mai 2006, note A. CHAMOULAUD-TRAPIERS.

dans les règlements successoraux<sup>217</sup>, avec pour seule limite, semble-t-il, que l'occupation de l'héritier soit exclusive de celle du défunt<sup>218</sup>.

Néanmoins, l'indépendance de la notion d'avantage indirect semble désormais battue en brèche dans ce domaine particulier des loyers. En effet, troisième étape de l'évolution jurisprudentielle, quatre arrêts du 18 janvier 2012 de la Cour de cassation ont opéré un revirement en décidant que l'avantage indirect résultant d'une mise à disposition gratuite d'un immeuble n'est rapportable que dans la mesure où il s'agit d'une donation indirecte, « ce qui suppose un appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier son héritier »<sup>219</sup>. Ainsi, on ignore si avantage indirect et donation indirecte sont synonymes pour la Cour de cassation mais il est certain que désormais seule la donation indirecte donne lieu à un rapport. Depuis ces arrêts, la Cour de cassation réaffirme régulièrement sa position, en témoigne une décision du 12 janvier 2022 qui casse un arrêt d'appel ayant soumis à rapport la mise à disposition gratuite de bâtiments et terres agricoles sans constater la preuve de l'*animus donandi*<sup>220</sup>.

Il reste que si le domaine de l'avantage indirect comme moyen d'exiger le rapport sans passer par la preuve d'une intention libérale a connu un certain recul, un autre concept interroge sur l'entreprise de disqualification opérée par les juges pour supprimer la charge de la preuve de l'élément intentionnel de la donation indirecte : le concept de distribution indirecte.

---

<sup>217</sup> En ce sens, v. par exemple : CA Paris, 3 mars 2004, n° 02/16555 ; CA Paris, 28 juin 2006, n° 05/12377 ; CA Rennes, 24 mars 2009, n° 08/01786 ; CA Agen, 6 janvier 2010, n° 08/01422 ; CA Paris, 19 janvier 2011, n° 09/06643.

<sup>218</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2007, n° 06-11.651 : « attendu que c'est par une appréciation souveraine que l'arrêt retient [...] que l'occupation par Mme Z... de la maison d'habitation ne pouvait être juridiquement qualifiée d'avantage indirect consenti par sa mère à son profit dès lors qu'elle ne l'avait jamais occupé privativement à titre exclusif puisque les époux C... y avaient toujours résidé ».

<sup>219</sup> Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685 ; *D.* 2012, p. 2476, obs. M. NICOD ; *AJ fam.* 2012, p. 234, obs. A. BONNET ; *AJ fam.* 2012, p. 235, obs. E. BUAT-MÉNARD ; *RTD. civ.* 2012, p. 307, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2012, p. 353, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G.* 2012. 2, p. 513, note F. SAUVAGE ; *JCP N.* 2012. II, n° 1187, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; *Dr. fam.* 2012, comm. 50, note B. BEIGNIER ; *RLDC* 2012, n° 94, p. 43, note R. MÉSA ; *GP* avril 2012, p. 21, note C. LICHTENBERGER. Pour une analyse précise de chacune des quatre espèces v. : 108<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 2012, p. 94, n° 1138.

<sup>220</sup> Cass. civ. 12 janvier 2022, n° 20-14.455. Dans le même sens, v. encore : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-18.472 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 2017, n° 16-21.419, *Dr. fam.* 2017, comm. 246, note M. NICOD ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2013, n° 11-21.368 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2016, n° 15-18.086 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 janvier 2000, n° 96-11.410, Bull. n° 17.

## **B – Le concept de distribution indirecte dans la jurisprudence fiscale**

**51. Appréhension du concept de distribution indirecte**<sup>221</sup> – Qu’entend-on par distribution indirecte ? La distribution indirecte est un concept fiscal. Sa définition n’apparaît pas dans la loi. Les auteurs sont eux-mêmes assez laconiques à son sujet. Une brève incursion sur le terrain du droit fiscal des sociétés permet cependant d’en saisir les contours.

Lorsque les bénéfices d’une société soumise à l’impôt sur les sociétés sont distribués aux associés, ces derniers supportent l’impôt personnel à raison de la valeur de ces distributions, amputée de l’impôt sur les sociétés. Depuis la réforme du 9 décembre 1948, deux catégories de distributions cohabitent. Il existe, d’une part, les distributions directes, dites « régulières », portant sur les dividendes officiellement votés par l’assemblée générale de la société. À côté de celles-ci, la loi (C.G.I, art. 109, 111, a et c<sup>222</sup>) tient compte des distributions indirectes, dites parfois « irrégulières », correspondant aux richesses distribuées aux associés en dehors des formalités prescrites par la loi sur les sociétés. Comme les distributions directes, ces distributions indirectes sont donc imposées à l’impôt sur le revenu entre les mains de l’associé bénéficiaire. Toutefois, contrairement aux distributions directes, celles indirectes sont exclues du champ de l’abattement de 40 % et sont retenues pour le calcul de l’impôt pour son montant multiplié par 1,25<sup>223</sup>. En outre, elles donnent lieu à une amende de 100 % des droits rappelés si la société n’a pas relevé l’identité de son bénéficiaire<sup>224</sup>.

La jurisprudence en donne quelques illustrations : le paiement par une société des frais de remise en état, de transformation ou d’amélioration d’un immeuble appartenant à l’un de ses associés<sup>225</sup>, l’insuffisance de facturation des travaux exécutés par une société pour le compte de l’épouse de son dirigeant<sup>226</sup>, la renonciation sans contrepartie d’une société à son droit à percevoir un intérêt normal sur le montant des avances consenties à son principal actionnaire<sup>227</sup>

---

<sup>221</sup> Pour une étude approfondie, v. notamment : E. LE DOLLEY, *L’entreprise et les distributions irrégulières en droit fiscal*, thèse, Rennes, 1979 ; J. MAIS, « Rémunérations et avantages occultes : pas de distributions sans imposition ? », *RJF* 5/2001, p. 395 et s.

<sup>222</sup> Pour une distinction entre ces différentes formes de distributions irrégulières, v. : G. LAMOUREUX, *Les subventions consenties aux entreprises privées – Contribution à l’analyse civile et fiscale de l’acte neutre*, thèse, Bordeaux, 2021, p. 514, n° 589 ; M. COZIAN, « L’imposition des distributions irrégulières effectuées par les sociétés relevant de l’impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 108 à 117) », *Dr. fisc.* 1985, n° 49, étude 100037.

<sup>223</sup> C.G.I., art. 158-7.

<sup>224</sup> C.G.I., art. 117 et 1759.

<sup>225</sup> CE, 31 janvier 1962, n° 51413. Il en va de même s’agissant des travaux effectués par la société et non facturés au propriétaire de l’immeuble, associé de la société : CE, 23 mai 1984, n° 34052, *Dr. fisc.* 1984, n° 41, comm. 1716 ; *RJF* 7/84, n° 814.

<sup>226</sup> CE, 6 février 1984, n° 20325, *RJF* 4/84, n° 444.

<sup>227</sup> CE, 27 février 1980, n° 15990.

ou encore la cession à prix minoré d'un appartement au gérant d'une société<sup>228</sup>. Faut-il multiplier les exemples pour se convaincre du lien évident entre ces distributions indirectes et les applications pratiques de la donation indirecte ?

**52. Possible identité entre la distribution indirecte et la donation indirecte** – En doctrine, l'identité entre les deux mécanismes n'a été mise en avant que très rarement. À notre connaissance, seul Monsieur LE GALL s'est livré à une réflexion de cet ordre, en démontrant que la plupart des distributions indirectes pouvaient donner prise à la qualification de donation indirecte<sup>229</sup>. Quelques décisions du Conseil d'État permettent d'appuyer le propos. Par exemple, dans un arrêt du 5 mars 1999, le Conseil d'État a jugé que les dépenses supportées par une société pour l'édification d'un bâtiment appartenant à un associé constituaient un avantage imposable entre les mains de ce dernier en tant que revenu distribué, par application de l'article 109 du Code général des impôts<sup>230</sup>. Or pour parvenir à cette solution, les juges ont rappelé que « les dépenses prises en charge à la place d'un associé par une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés constituent, pour le bénéficiaire, une *libéralité* imposable en tant que distribution [indirecte] ». La décision est claire : une distribution fiscalement indirecte peut s'inscrire dans le concept de libéralité.

Si l'assimilation est faite entre distribution irrégulière et libéralité, s'agissait-il véritablement d'une libéralité ? Il faut revenir à nos deux éléments, matériel et intentionnel. Si l'on considère, par exemple, la décision de 1999, il y avait indéniablement transfert gratuit : une société qui acquitte sciemment la dette de l'un de ses associés, sans exiger de lui une contrepartie, s'appauvrit puisque son patrimoine est diminué d'une somme qui ne correspond à aucune dette à sa charge. Quant à l'associé, il ne doit alors plus rien ; son patrimoine s'est donc enrichi par l'extinction de sa dette. Mais qu'en est-il de l'intention libérale de la société *solvens* ? Un premier obstacle, théorique à son admission, existe dans la mesure où la doctrine discute

---

<sup>228</sup> CE, 20 février 1980, n° 11453 et 11454, *RFJ* 4/80, n° 318. *Rapp.* : CE, 8 décembre 1971, n° 80306 ; CE, 10 juin 1983, n° 27391, *RFJ* 8-9/83, n° 1037 ; CAA Paris, 2 mai 1993, n° 91842.

<sup>229</sup> J.-P. LE GALL, « Donations indirectes et distributions irrégulières : un certain particularisme de la fiscalité », *Dr. fisc.* 2000, n° 3 : « [...] si l'on va au fond des choses, on remarque aisément que, dans la quasi-totalité des cas, la distribution fiscalement irrégulière n'est somme toute qu'une donation indirecte [...] ». Dans le même sens, v. : M. COZIAN, « Vagabondage fiscal au royaume des libéralités », *Mélanges A. PONSARD*, Litec, 2003, p. 158, n° 14.

<sup>230</sup> CE, 5 mars 1999, n° 140779, Publié ; *Dr. fisc.* 2000, n° 5, comm. 46, concl. F. LOLOUM. Il en va de même s'agissant du paiement par la société des frais de remise en état, de transformation ou d'amélioration d'un immeuble appartenant à l'un des associés (CE, 31 janvier 1962, n° 51413) ou encore des travaux effectués par la société et non facturés au propriétaire de l'immeuble, associé de la société (CE, 23 mai 1984, n° 34052, *Dr. fisc.* 1984, n° 41, comm. 1716 ; *RJF* 7/84, n° 814).

aujourd'hui du point de savoir si une société peut être mue par une intention libérale envers un tiers, associé ou non. Pour certains, la société demeure avant tout une technique d'organisation du patrimoine privé ou professionnel, ce qui exclurait qu'elle puisse être douée d'une intention libérale<sup>231</sup>. Il nous semble cependant, après d'autres auteurs<sup>232</sup>, qu'une société peut être animée par une intention libérale dès lors, on l'a dit, qu'elle dispose d'une « raison d'être » distincte de celle de ses associés (C. civ., art. 1835). Il semble ainsi possible de dissocier l'intention de la société de celle de ses associés. Aussi bien, peut-on considérer que le concept de distribution indirecte peut recouvrir des hypothèses pratiques de donations indirectes. Il s'agit alors de « donations indirectes » qui, on va le voir, ne nécessitent pas pour leur caractérisation, que soit rapportée la preuve de l'intention libérale de la société.

**53. Dispense de preuve de l'intention libérale** – La lecture attentive de la jurisprudence administrative livrée ces dernières années par le Conseil d'État montre en effet que l'Administration fiscale, qui cherche à débusquer des distributions indirectes, ne supporte jamais la charge de la preuve de l'intention libérale de la société, et ce, même si ladite distribution correspond précisément à une libéralité indirecte<sup>233</sup>.

Certes, la section du contentieux du Conseil d'État a jugé, dans un arrêt dit « Thérond » du 28 février 2001, que l'acquisition d'un élément d'actif par une société à un prix délibérément majoré par rapport à sa valeur vénale, constitutive d'une « libéralité représentant un avantage occulte au sens de l'article 111 c du Code général des impôts », devait être soumise à l'impôt sur le revenu dès lors que l'Administration démontrait, outre le déséquilibre économique, la preuve de « l'intention, pour la société, d'octroyer, et pour le contractant, de recevoir une libéralité du fait de la cession »<sup>234</sup>. Comme on le voit, une forme d'intention libérale est exigée, mais étonnamment, elle l'est du côté du donateur (la société) *et* du donataire (le contractant).

---

<sup>231</sup> En ce sens, v. par exemple : C. VERNIÈRES, *Deffrénois* 2019, n° 154u5, p. 30 ; H. LEYRAT, « Une société peut-elle véritablement être partie à une donation ? », *Deffrénois* 2020, p. 21.

<sup>232</sup> En ce sens, v. par exemple : J.-P. LE GALL, *art. préc.*, *Dr. fisc.* 2000, n° 3 ; B. LECOURT, « La gratuité en droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455 ; R. MORTIER et R. GENTILHOMME, « La société : technique de gratification », *JCP N.* 2014, n° 45-46, p. 1334 ; J.-P. GARÇON, « Technique sociétaire et libéralité indirecte », *Mélanges R. LE GUIDEC*, LexisNexis, 2014, p. 429 et s., spéc. p. 431, n° 7 ; R. MORTIER, « Comment la société civile permet de contourner le droit successoral », *Mélanges J. PRIEUR*, LexisNexis, 2014, p. 443 ; M. LEROY, « Une société peut-elle être partie à une donation indirecte, Deuxième partie : la société donatrice », *RFP* 2020, n° 2 ; G. LAMOUREUX, *thèse préc.*, p. 265, n° 328.

<sup>233</sup> *Comp.* : CE, 20 octobre 2021, n° 4456685, *RJPF* n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2021, note G. DROUOT.

<sup>234</sup> CE, sect. 28 février 2001, *Thérond*, n° 199295, ; *Dr. fisc.* 2001, n° 26, comm. 592, concl. G. BACHELIER ; *RTD. com.* 2001, p. 914, obs. C. CHAMPAUD.

Par ailleurs, plusieurs autres arrêts du Conseil d'État et de cours administratives d'appel affirment que, pour caractériser l'existence d'une distribution indirecte, l'Administration doit prouver que son bénéficiaire ait eu conscience de recevoir une libéralité, qu'il ait su – à tout le moins n'ait pu sérieusement ignorer – qu'il profitait d'un avantage substantiel<sup>235</sup>. Ici, l'intention libérale est vérifiée du seul côté du gratifié. Pourtant, l'intention libérale, cause subjective de la libéralité, s'apprécie exclusivement au regard de la psychologie du disposant. Ce qui importe en effet, est de prouver que ce dernier avait la volonté de s'appauvrir au bénéfice d'autrui<sup>236</sup>. Or en exigeant la preuve de ce que le récipiendaire ait eu conscience d'être sujet à l'altruisme, le Conseil d'État n'appréhende la cause de l'acte que dans son aspect négatif et objectif, c'est-à-dire dans l'absence de contrepartie. Ainsi, en dépit de ce qu'une lecture trop rapide de ces arrêts pourrait faire croire, on peut considérer que le concept de distribution indirecte fait bon marché de la preuve de l'intention libérale du disposant – au sens du moins où l'entend le droit des libéralités.

Ainsi, tout comme le concept d'avantage indirect, permettant d'évincer la preuve de l'élément intentionnel de la donation indirecte mais d'appliquer son régime – en l'occurrence le rapport successoral –, le concept de distribution indirecte, même lorsqu'il s'inscrit dans celui de donation indirecte, autorise l'Administration fiscale à récupérer l'impôt sous l'unique condition que soit constaté l'appauvrissement de la société. Dans l'un et l'autre cas, le détour par une qualification alternative à la donation indirecte a donc pour but de supprimer la preuve de son élément intentionnel.

**54. Conclusion du premier chapitre** – Au terme de ces développements, nous avons tenté de mettre en évidence que, contrairement aux enseignements doctrinaux, le droit positif

---

<sup>235</sup> En ce sens, v. par exemple : CE, 29 juin 2001, n° 223663, *Dr. sociétés* 2001, comm. 184, note J.-L. PIERRE ; *Dr. fisc.* 2001, n° 46, comm. 1043, concl. S. AUSTRY ; Bull. *Joly Soc.* 2002, § 2, p. 125, obs. J.-C. PAROT ; CE, 13 décembre 2002, n° 224975 ; CAA Bordeaux, 29 mai 2007, n° 04BXOO737 ; CAA Paris, 8 décembre 2006, n° 04PA03701 ; CE, 23 juillet 2010, n° 308019, *Dr. fisc.* 2010, n° 44, comm. 541, concl. N. ESCA ; CE, 19 juillet 2011, n° 327762, *Dr. fisc.* 2011, n° 37, comm. 49, concl. D. HÉDARY ; CAA Marseille, 20 décembre 2018, n° 17MA3151.

<sup>236</sup> *Contra*, v. notamment : C. DONZEL-TABOUCOU, *La donation de valeurs mobilières*, thèse, Paris I, IRJS, 2015, p. 159, n° 287. L'auteur estime que la preuve de l'intention libérale impose d'établir que le donataire a la conscience et la volonté de s'enrichir au détriment de son cocontractant : « si un donataire n'avait pas cette intention – s'il acceptait la gratification tout en pensant, en son for intérieur, fournir une contrepartie équivalente au disposant par exemple –, il faudrait sans aucun doute disqualifier le contrat ou reconnaître sa nullité pour absence de cause ». Cependant, les mobiles internes du donataire n'ont pas d'importance s'agissant de la preuve de l'intention libérale, sauf le cas de l'erreur obstacle qui doit être apprécié au regard de l'objet du contrat.

ne considère pas toujours l'intention libérale comme un critère décisif de la donation indirecte. En effet, certaines décisions retiennent la qualification sans vérifier, sinon exiger, la preuve de l'existence de l'*animus donandi* : quoique difficile à mettre en lumière, cette réalité semble notamment attestée par la tendance de la jurisprudence à recourir à des présomptions d'intention libérale reposant sur des faits qui, en tant que tels, sont insuffisants à l'établir. Inversement, il est des hypothèses où le droit positif refoule la qualification de donation indirecte en s'efforçant de nier l'existence de l'intention libérale là où elle s'évince logiquement des faits ; à cette fin, l'argument de l'exécution d'une obligation naturelle par le disposant, prétendument incompatible avec l'intention libérale, est largement avancé par la loi comme par les magistrats. En définitive, que la contradiction opposée à l'intention libérale provienne de ce que la pratique en supprime subrepticement l'exigence ou de ce qu'elle en nie l'existence, il y a là, selon nous, une première manifestation de l'inadéquation entre la conceptualisation de la donation indirecte et sa réalité contentieuse. D'autres solutions semblent encore prouver cette inadéquation ayant trait, non plus à l'élément intentionnel de la donation indirecte, mais à son élément matériel.

## CHAPITRE 2 – UN ACTE ENTRE VIFS

**55. Enseignement classique : la donation indirecte, une libéralité *entre vifs*** – Le Code civil, en particulier l'article 893, n'admet par principe que deux types de libéralités : le legs et la donation entre vifs<sup>237</sup>. Pour les distinguer, il convient d'utiliser deux critères : l'un tenant à la forme de la disposition, l'autre à ses effets. D'une part, alors que le legs se réalise par un *acte unilatéral*, lequel prend la forme d'un testament<sup>238</sup>, la donation entre vifs suppose un *contrat* entre le donateur et le donataire<sup>239</sup>. D'autre part, alors que le legs prend effet à la *mort* du testateur, lequel « dispose pour le temps où il n'existera plus », la donation entre vifs produit un effet *immédiat*<sup>240</sup>.

Encore faut-il préciser ce dernier élément. Qu'entend-on précisément par « effet immédiat » de la donation ? Selon l'article 894 du Code civil, « la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur *se dépouille actuellement* et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte »<sup>241</sup>. Il importe ainsi, pour caractériser l'existence d'une donation entre vifs, que le donateur se dessaisisse actuellement d'un bien présent, c'est-à-dire qu'il fasse abandon d'un droit actuel. Mais ce n'est pas tout. L'exigence d'actualité du dépouillement

---

<sup>237</sup> Les donations à cause de mort sont prohibées en principe. Cette prohibition converge avec celle, plus générale, des pactes sur succession future (C. civ., art. 722). Par exception, la loi admet les institutions contractuelles (C. civ., art. 1082, 1093 et 1096). Sur ces libéralités particulières, v. notamment : M. GRIMALDI, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse, Paris II, 1977.

<sup>238</sup> C. civ., art. 893. Il est vrai, comme l'a écrit Monsieur NICOD, que « la mise en œuvre des dispositions testamentaires requiert [...] l'acceptation du légataire. Mais, pour autant, il ne saurait être question d'un "contrat successoral" ou même d'une "offre de contracter", dans la mesure où aucune rencontre de volontés n'est possible en matière de testament. À l'heure où l'acceptation du légataire survient, le disposant est, par hypothèse, déjà mort ; sans quoi cette acceptation serait juridiquement inutile, puisqu'il n'y a pas de testament efficace tant que le testateur est en vie » (M. NICOD, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p. 375).

<sup>239</sup> Certes, l'article 894 du Code civil qui définit la donation, parle d'acte et non de contrat. « C'est, a-t-on dit, une intervention du Premier Consul confondant le contrat avec le contrat synallagmatique, qui aurait conduit les rédacteurs du texte à éviter le mot de mot de contrat » (P. RAYNAUD, *Droit civil – Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, p. 260, n° 329). Mais la nature conventionnelle de la donation résulte explicitement des articles 932 et 938 du Code civil. L'article 932 dispose ainsi que « la donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès ». Quant à l'article 938, il prévoit que « la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition ». Le caractère contractuel de la donation entre vifs est donc certain.

<sup>240</sup> Comme il a été dit, le caractère irrévocable du dépouillement du donateur ne participe pas de l'essence de la donation. Partant, l'irrévocabilité ne peut pas être un critère de distinction avec le legs qui, lui, est toujours révocable.

<sup>241</sup> Pour une analyse détaillée de l'article 894 du Code civil, v. notamment : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 447 et s., n° 491 et s.

suggère également que, *juridiquement au moins*, le bien donné intègre *immédiatement* le patrimoine du donataire. Aussi, contrairement à ce que l'on a pu soutenir<sup>242</sup>, la qualité d'immédiateté du transfert de propriété, telle qu'elle résulte de l'article 894, n'est acquise que si l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire se sont simultanément produits, et ce, du vivant du premier. En définitive, il faut donc retenir que le legs est un acte unilatéral à cause de mort tandis que la donation est un contrat unilatéral entre vifs.

Entre ces deux catégories, la donation indirecte appartiendrait toujours, dit-on, à la seconde<sup>243</sup>. Aujourd'hui comme hier, la doctrine est en effet unanime pour enseigner que la donation indirecte est une espèce du genre « donation entre vifs » qui suppose nécessairement le transfert juridique immédiat de la chose donnée. PONSARD concluait ainsi sa thèse : « les donations indirectes ainsi définies constituent bien de *véritables donations*. Le donateur y subit un appauvrissement, et le donataire réalise un enrichissement corrélatif ; cet appauvrissement et cet enrichissement portent, *actuellement*, [...] sur un bien matériel »<sup>244</sup>.

**56. Existence de donations indirectes *in mortis*** – En rupture avec ces enseignements, on découvre qu'il existe en droit positif certaines hypothèses de donations indirectes qui ne produisent effet qu'à la mort de leur auteur. Il en va ainsi notamment de la clause de réversion d'usufruit, de l'assurance épargne et du *trust* entre vifs révocable dont il est admis, en jurisprudence, qu'ils constituent des vecteurs de donation indirecte. La reconnaissance de ces « donations » indirectes à effets *post mortem*, infiniment plus proches du legs que de la donation « entre vifs », soulève une interrogation : pourquoi les juges refusent-ils, pour les désigner, d'employer la qualification de legs ? Serait-il impossible conceptuellement de concevoir, à la manière d'une donation *indirecte*, une libéralité à cause de mort indirecte et tout spécialement un legs *indirect* ? C'est ce qu'il conviendra d'examiner (**Section 2**) après avoir analysé les hypothèses ci-dessus visées que nous qualifierons de donations indirectes *in mortis* (**Section 1**).

---

<sup>242</sup> M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 2005, Bull. n° 91, *RTD civ.* 2005, p. 442.

<sup>243</sup> De fait, tous les manuels et ouvrages présentent la donation indirecte comme une espèce particulière de libéralité « entre vifs ». V. par exemple : G. RIPERT, *La notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1930-1931, p. 132 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, 8<sup>ème</sup> éd., 1938, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, n° 1024 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1997, p. 78 et s., n° 116 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 248 et s., n° 1324 et s. ; P. MAULAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 258 et s., n° 440 et s. V. également : A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 19 et s. et p. 272 ; R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, p. 1409 ; M. NICOD, « La donation indirecte est une donation entre vifs », *D.* 2003, p. 2986.

<sup>244</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 272.

## SECTION 1 – L'EXISTENCE DE DONATIONS INDIRECTES *IN MORTIS*

**57. Annonce** – Il existe des donations indirectes dont les effets sont, en tout ou partie, différés au décès de son auteur. De fait, certaines donations indirectes emportent tout à la fois un dépouillement *et* un enrichissement *post mortem*. Contrairement à ce qui est ordinairement soutenu, la clause de réversion d'usufruit en est une illustration. D'autres, d'un genre plus particulier encore, entraînent un décalage temporel entre l'appauvrissement du donateur, qui est immédiat, et l'investiture du donataire, qui est retardée à la mort du disposant. Il en est notamment ainsi des donations indirectes réalisées par voie d'assurance épargne et de *trust* entre vifs révocable.

L'affranchissement de certaines donations indirectes de la catégorie des actes entre vifs vient ainsi soit de ce que le transfert patrimonial n'intervient, en totalité, qu'au décès du disposant, soit de ce qu'il intervient en deux temps, l'entrée dans le patrimoine du gratifié n'intervenant qu'au décès du disposant qui s'est dessaisi du bien auparavant. Pour quelques-unes des donations indirectes reconnues actuellement, l'exigence d'immédiateté du transfert patrimonial est donc soit esseulée (§1), soit amputée (§2).

### §1 – L'ABANDON DE L'EXIGENCE D'IMMEDIATETE DU TRANSFERT PATRIMONIAL

**58. Cas particulier de la clause de réversion d'usufruit<sup>245</sup>** – La clause de réversion d'usufruit est classiquement définie comme l'opération par laquelle « le propriétaire d'un bien en aliène la nue-propriété, le plus souvent au profit de ses enfants, et s'en réserve l'usufruit tout en le stipulant réversible au profit d'une tiers personne, le plus souvent son conjoint. Concrètement, cela signifie que le conjoint pourra à son tour, s'il survit au donateur, bénéficier

---

<sup>245</sup> *Comp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994, n° 92-12.800, *Defrénois* 1994, p. 1539. Au terme de cette décision, la Cour de cassation a jugé qu'un acte sous seing privé par lequel les enfants de la défunte ont entendu attribuer à leur nièce – fille naturelle d'un quatrième enfant prédécédé de la défunte – une part de la succession caractérisait « une donation indirecte [...] ayant pour objet de donner effet à la volonté de la testatrice ». Deux sens peuvent être donnés à cette décision. On peut tout d'abord y voir la caractérisation d'une donation indirecte des héritiers de la testatrice envers leur nièce. Dans cette hypothèse, l'acte pourrait alors s'analyser en l'exécution, par les héritiers, d'une obligation naturelle de respect des dernières volontés du défunt, laquelle serait alors compatible avec l'existence d'une intention libérale au profit de leur nièce. On peut également raisonner comme on le fait en matière de *trust* ou d'assurance-vie requalifiée en donation indirecte : du moment que la volonté libre qui a présidé à l'enrichissement du gratifié est celle du défunt plutôt que celle de l'agent d'exécution, il n'est pas impossible de voir dans l'opération une donation indirecte de sa part. Dans cette autre hypothèse, l'acte se rapprocherait précisément de l'exécution par le *trustee* d'une « lettre de vœux » émise par le *settlor* d'un *trust* discrétionnaire et ne réaliserait, par hypothèse, qu'un dessaisissement *post mortem* du disposant.

de l'usufruit du bien »<sup>246</sup>. Cette clause est fréquente dans les donations, spécialement dans les donations-partages, « où le donateur stipule volontiers réversible [...] l'usufruit qu'il se réserve sur le bien qu'il donne »<sup>247</sup>. Mais rien n'interdit, en pratique, qu'elle soit adossée à une aliénation onéreuse de la nue-propriété d'un bien.

Dans l'hypothèse où l'usufruitier dit « de premier rang » (le propriétaire initial du bien) est mû par une intention libérale envers l'usufruitier dit de « second rang »<sup>248</sup>, il a toujours été admis que la clause de réversion constituait une donation. Toutefois, la nature de cette libéralité a suscité l'hésitation en jurisprudence : après que les juges ont qualifié l'opération tantôt de donation de bien à venir, tantôt de donation conditionnelle, une chambre mixte de la Cour de cassation est venue affirmer que la clause de réversion d'usufruit stipulée dans une intention libérale constituait une donation indirecte *à terme de bien présent*. Retraçons rapidement le chemin suivi par la jurisprudence (A) avant de procéder à l'analyse critique de la qualification de donation à terme de bien présent (B).

## A – L'exposé du droit positif

**59. Chambre civile : donation de bien à venir** – Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation a qualifié la réversion d'usufruit de donation de bien à venir, c'est-à-dire de donation conférant au gratifié le droit de prendre gratuitement des biens dans la succession du donateur<sup>249</sup>. En témoigne un arrêt du 20 avril 1983, à l'occasion duquel la première chambre civile s'est exprimée sur un usufruit réservé par un ascendant donateur et stipulé réversible au profit de son conjoint. En l'espèce, par acte de donation-partage, un père s'était réservé l'usufruit des immeubles dont il faisait donation à ses deux filles, nées d'une première union, tout en précisant que son épouse aurait la jouissance de ces biens après son décès. Par acte sous signature privée, souscrit le même jour que la donation-partage, l'épouse du donateur s'était engagée à abandonner la jouissance des biens donnés dans le cas où elle quitterait les lieux et, en tout état de cause, à l'expiration d'un délai de cinq années après le décès du donateur. Après ce décès, et alors que la veuve avait changé de domicile, l'une des

---

<sup>246</sup> M. FABRE, *L'usufruit atypique – Étude critique de la notion de démembrement de la propriété*, thèse, Paris II, LGDJ, 2020, p. 61, n° 90.

<sup>247</sup> M. GRIMALDI, « La donation à terme », *Mélanges P. CATALA*, Litec, 2001, p. 424, n° 5.

<sup>248</sup> Ce qui peut ne pas être le cas, rien n'interdisant *a priori* que la réversion d'usufruit au profit d'un tiers soit constituée à titre onéreux.

<sup>249</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, n° 82-10.848, Bull. n° 124 ; *D.* 1983, p. 281 ; *Defrénois* 1983, p. 1355, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1984, p. 349, obs. J. PATARIN ; *JCP G.* 1984, 20257, note E.-S. DE LA MARNIERRE ; *JNA* 1984, art. 57638, note A. RAISON ; *Defrénois* 1985, art. 33609, note M. GRIMALDI ; *JCP N.* 1985, II, p. 30, note P. REMY.

filles du *de cuius* se prévalait de cet acte pour soutenir que l'usufruit avait pris fin. La cour d'appel de Nîmes refusa de faire droit à sa demande, annulant l'acte comme constitutif d'un pacte sur succession future. La solution est pleinement approuvée par la Cour de cassation : « [cette] clause de réversibilité de l'usufruit au profit du conjoint survivant [...] s'analysait en une donation de biens à venir, l'usufruit faisant l'objet de la libéralité ne prenant effet qu'au décès du donateur ».

Concrètement, cette solution revient à dire que l'usufruit de second rang ne naît qu'au jour du décès de l'usufruitier de premier rang ou encore que l'usufruit de second rang est un droit « hérité » de l'usufruitier de premier rang. La Cour de cassation en déduit logiquement que, tant que l'époux, usufruitier de premier rang, n'était pas décédé, la veuve ne pouvait renoncer à cette donation sans heurter la prohibition des pactes sur succession future, telle qu'elle résulte des articles 791 et 1130 du Code civil.

**60. Chambre commerciale : donation sous condition suspensive** – De son côté, la chambre commerciale de la Cour de cassation analysait la réversion d'usufruit comme une donation sous condition, comme en témoigne un arrêt rendu le 2 décembre 1997<sup>250</sup>. Dans cette affaire, un père avait donné la nue-propriété d'actions à ses trois petits-enfants avec réserve d'usufruit à son profit, stipulé réversible sur la tête de sa femme au jour du décès du donateur. L'Administration fiscale procéda à l'imposition du second usufruit sur la base de sa valeur au jour du décès du donateur. Pour ce faire, elle se fonda sur l'article 676 alinéa 1<sup>er</sup> du Code général des impôts, qui dispose qu' « en ce qui concerne les mutations et conventions affectées d'une condition suspensive, le régime fiscal applicable et les valeurs imposables sont déterminées en se plaçant à la date de réalisation de la condition ». Les juges du fond ayant rejeté son recours, la veuve forma un pourvoi en soutenant que la clause de réversibilité d'usufruit dont elle était bénéficiaire s'analysait en une donation à terme de bien présent, ayant pris effet du vivant de son auteur. L'argument fut balayé par la Cour de cassation, qui décida qu' « en cas d'usufruit réversible au décès du premier bénéficiaire sur la tête d'un second, le deuxième usufruit est soumis à la condition suspensive de survie du second bénéficiaire ».

Le raisonnement syllogistique suivi par la chambre commerciale est clair : le droit de l'usufruitier de second rang ne dépend pas du décès du titulaire actuel mais de son prédécès ; or l'ordre des décès est par nature imprévisible ; donc le droit du second usufruitier constitue

---

<sup>250</sup> Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.072, Bull. n° 318 ; *D.* 1998, n° 20, p. 263, note G. TIXIER ; *Dr. fisc.* 1998, n° 4-5, p. 173 ; *Defrénois* 1998, art. 36782 ; *RTD civ.* 1998, p. 938, note F. ZENATI.

une condition, laquelle se définit comme évènement futur et incertain. La Cour de cassation en déduit que la clause de réversion d'usufruit constitue une donation sous condition suspensive. Or comme l'obligation sous condition suspensive ne naît pas tant que l'évènement érigé en condition ne se réalise pas (C. civ., art. 1304-6), les Hauts magistrats considèrent que l'Administration fiscale était fondée à imposer le second usufruit au jour du décès du donateur<sup>251</sup>.

**61. Chambre mixte : donation à terme de bien présent** – Ces deux qualifications (donation de bien à venir et donation sous condition suspensive) ont été écartées en dernier lieu par un arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation en date du 8 juin 2007. Désormais, la clause de réversion d'usufruit s'analyse en une donation à terme de bien présent<sup>252</sup>.

Dans cette affaire, des époux avaient fait donation à leurs cinq enfants de la nue-propriété d'un immeuble appartenant en propre au mari, en faisant réserve expresse de l'usufruit du bien donné, à leur profit et au profit du survivant d'entre eux. Après le décès du donateur, ses héritiers avaient renoncé à sa succession. Cependant, l'Administration fiscale, estimant que l'épouse, en exerçant son droit usufruit sur le bien rendait cette renonciation inopérante, lui a notifié un redressement de droits de succession. La thèse de l'Administration fiscale était la suivante : en cas d'usufruit réversible au décès du premier usufruitier, le second usufruit est soumis à la condition suspensive de survie du second bénéficiaire, de sorte que ce deuxième droit ne naît qu'au décès du premier usufruitier. Partant, son exercice après le décès du premier usufruitier ne peut que manifester l'acceptation de la succession par le second usufruitier. Après le rejet de sa réclamation, la veuve avait assigné l'Administration fiscale aux fins d'obtenir la décharge des droits réclamés. La cour d'appel de Dijon fit droit à sa demande, en retenant que la clause litigieuse réalisait une donation à terme de biens présents, si bien que l'exercice du droit d'usufruit par l'épouse n'emportait pas manifestation de sa volonté d'accepter la

---

<sup>251</sup> En faveur de cette analyse, v. notamment : F. ZENATI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, Bull. n° 291, *RTD civ.* 1998, p. 938 ; M. DAGOT, note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, *JCP N.* 2003, n° 29, p. 1119.

<sup>252</sup> Cass. mixte, 8 juin 2007, n° 05-10.727, Bull. n° 6 ; *BICC* 15 septembre 2007, rapp. M. RIVIERE, avis M. LEGOUX ; *D.* 2008, pan. 807, obs. G. SERRA ; *JCP G.* 2007. II. 10130, note G. GOUBEAUX ; *JCP G.* 2009. I, p. 109, n° 81, obs. R. LE GUIDEC ; *Deffrénois* 2007. 1688, obs. A. CHAPPERT ; *AJfam.* 2007, p. 353, obs. F. BICHERON ; *Dr. fam.* 2007, n° 151, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2007, p. 588, obs. T. REVET ; *RTD civ.* 2007, p. 605, obs. M. GRIMALDI. Déjà en ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avril 1991, n° 89-18361, Bull. n° 128 ; *RTD civ.* 1992, p. 165, note J. PATARIN ; *RTD civ.* 1992, p. 598, note F. ZENATI ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, Bull. n° 291, *RTD civ.* 1998, p. 938, F. ZENATI ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2000, n° 98-21.969 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, Bull. n° 318, *Deffrénois* 1998, art. 36782, note A. CHAPPERT ; *D.* 1998, n° 263, note G. TIXIER.

succession. La Cour de cassation valida sa décision, affirmant avec fermeté que « la clause qui stipule la réserve de l'usufruit au profit des donateurs et du survivant d'entre eux, avec donation éventuelle réciproque, s'analys[e] en une donation à terme de biens présents ».

Selon cette solution, la réversion d'usufruit constituerait donc une donation entre vifs au terme de laquelle le droit d'usufruit de second rang, né au jour de l'aliénation de la nue-propriété, est exigible au décès du premier usufruitier.

**62. Usufruit de second rang né au jour de l'acte** – Comment expliquer que l'usufruit de second rang naît au jour de l'acte d'aliénation de la nue-propriété et soit ainsi l'objet d'une donation de *bien présent* ? L'arrêt de la Cour de cassation n'offre pas de réponse claire à cette question. En réalité, la solution repose toute entière sur le caractère viager de l'usufruit. Selon l'article 617 du Code civil, l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ; faute de terme fixé par les parties, le décès de l'usufruitier constitue donc l'ultime date jusqu'à laquelle ce droit existe. Aussi, l'usufruit n'est jamais transmissible à cause de mort. Or l'usufruit étant un droit qui s'éteint à la mort de son titulaire, la Cour de cassation considère que le second usufruitier ne peut recueillir son usufruit dans la succession du premier usufruitier. Tout au contraire, ce serait un « usufruit distinct qui s'ouvrir[ait] au décès du premier usufruitier. Et, cet usufruit distinct et attaché à la personne du second usufruitier [serait] définitivement constitué par l'ancien propriétaire au moment où il disposait de la nue-propriété de son bien »<sup>253</sup> – en l'espèce commentée, au jour de la donation-partage. L'usufruit étant constitué dès le jour de l'acte, il serait donc l'objet d'une donation de bien présent.

Une partie de la doctrine soutient cette position. C'est ainsi que Monsieur GRIMALDI, promoteur de la qualification de donation de bien présent à terme, affirme que si le bénéficiaire de la clause « n'exerce effectivement l'usufruit qui lui est donné qu'au décès du donateur, il ne le recueille nullement dans la succession de celui-ci »<sup>254</sup>. Et l'auteur d'ajouter : « le donateur ne dispose d'aucun moyen, direct ou indirect, de reprendre ce qu'il a donné. Pour lui, tout est irrémédiablement accompli dès le jour de la libéralité : la nue-propriété est définitivement aliénée [...] »<sup>255</sup>. Dans le même sens, Monsieur DURAND écrit : « [dans la clause de réversion d'usufruit], nous sommes en présence de droits totalement distincts ayant chacun leur existence propre et indépendante : si le second usufruit ne s'exerce pas immédiatement, il existe pourtant

---

<sup>253</sup> C. FARGE, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Deffrénois* 2005, p. 1560.

<sup>254</sup> M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, *Deffrénois* 1985, art. 33609, p. 1224.

<sup>255</sup> M. GRIMALDI, « Les donations à terme », *Mélanges P. CATALA*, Litec 2001, p. 425.

bel et bien... en même temps que l'usufruit actuel. En fait, tel l'arbre qui cachait la forêt, le premier usufruit masque la présence du second qui existe dans l'ombre et ne peut s'exercer : le décès du premier usufruitier entraîne la disparition de son usufruit et relève ainsi la présence du second usufruit qui peut s'exercer au grand jour »<sup>256</sup>. Dans l'espèce ci-dessus examinée, on doit donc considérer, pour s'expliquer l'existence d'une donation de *bien présent*, que ce n'est pas le même usufruit qui passe du *de cuius* à son conjoint survivant, mais deux usufruits différents nés au jour de la donation-partage. Cependant, l'usufruit de second rang ne s'exercerait qu'après le décès de l'usufruitier de premier rang, d'où la qualification de donation à *terme*.

**63. Usufruit suspendu à un terme : le décès de l'usufruitier actuel** – Selon l'article 1305 du Code civil tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016, « l'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine ». Le terme peut donc être défini comme un événement futur et certain retardant l'exigibilité de l'obligation. Or le décès de l'usufruitier de premier rang étant, comme le décès de tout individu, un événement futur et certain – quoiqu'incertain dans sa date de survenance –, la Cour de cassation considère que le droit de l'usufruitier de second rang est l'objet d'une donation à *terme*. Plus précisément, la clause de réversion d'usufruit réaliserait une donation à terme incertain. Or cette donation à terme incertain serait parfaitement compatible avec l'exigence d'immédiateté de l'enrichissement du donataire car, dit-on, « 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 »<sup>257</sup>.

**64. Synthèse du droit positif** – En droit positif, la clause de réversion d'usufruit est donc analysée comme une donation à terme de bien présent. Elle réaliserait ainsi une donation entre vifs en ce qu'elle aurait pour objet un bien présent (le second usufruit, distinct de celui réservé) dont seul le transfert matériel serait retardé à son décès, et sur lequel l'usufruitier « actuel » perdrait tout droit de disposer. Par conséquent, la clause de réversion d'usufruit, dit-on, correspondrait à une donation entre vifs, certes éloignée du modèle traditionnel du Code

---

<sup>256</sup> S. DURAND, *L'usufruit successif*, thèse, Defrénois, 2006, p. 211, n° 407.

<sup>257</sup> M. GRIMALDI, « La donation à terme », *Mélanges P. CATALA, préc.*, p. 423, n° 3. Dans le même sens, v. : B. JADAUD, « La donation à terme », *JCP N.* 2006, p. 1024.

civil, mais qui produirait tous ses effets juridiques du vivant de son auteur. D'un point de vue technique, une telle analyse prête cependant le flanc à la critique.

## **B – La critique du droit positif**

**65. Inexistence d'un droit à terme** – Comme il vient d'être vu, la Cour de cassation considère que l'exercice de l'usufruit de second rang, distinct de l'usufruit réservé, est subordonné au décès du disposant. Aussi bien, le droit de l'usufruitier en second constituerait un droit à terme, c'est-à-dire un droit suspendu à la survenance d'un événement futur et certain.

Cette analyse peut toutefois surprendre. Même en admettant qu'il soit personnel au bénéficiaire de la réversibilité, l'usufruit de second rang n'est pas suspendu au décès de l'usufruitier actuel. En réalité, ce droit est suspendu à son *prédéces*<sup>258</sup>. En effet, le droit de l'usufruitier de second rang dépend de sa propre survie au premier titulaire ; et pour cause : s'il vient à décéder avant ce dernier, il n'est pas question que ses héritiers recueillent un quelconque droit sur le bien grevé. Or le prédécès d'une personne n'est pas un événement inéluctable ; tout au contraire, il est un *événement incertain*. Il semble donc contestable d'affirmer que le droit de l'usufruitier de second rang est suspendu à un terme, lequel est un événement futur et *certain*.

**66. Rejet de l'analyse par la condition suspensive** – L'inexistence d'un droit à terme ne permet pas pour autant d'affirmer que le droit de l'usufruitier de second rang est affecté d'une condition suspensive, comme l'a pourtant affirmé la chambre commerciale<sup>259</sup>. En effet, l'événement qui est à la source d'une obligation conditionnelle doit être un élément extérieur à la validité ou à la constitution de l'acte ou de la situation juridique. Autrement dit, la condition ne doit constituer qu'une modalité de l'acte ; elle ne peut affecter l'une de ses composantes essentielles<sup>260</sup>. En ce sens, Monsieur DEROUIN écrit : « la condition est une modalité qui affecte un rapport de droit existant indépendamment d'elle et ne peut se confondre avec élément essentiel à ce rapport »<sup>261</sup>. Exprimant la pensée de DEMOGUE, Monsieur BRENNER relève également que « la naissance du droit conditionnel dépendrait d'un événement extérieur,

---

<sup>258</sup> En ce sens, v. : M. FABRE, *thèse préc.*, p. 69, n° 101.

<sup>259</sup> Cass. com., 2 décembre 1997, *préc.*

<sup>260</sup> En ce sens, v. notamment : R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 725 ; M. VERDIER, *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse, Paris, Rousseau et Cie, 1955, n° 355, p. 283 ; P. DEROUIN, « Pour analyse fonctionnelle de la condition », *RTD civ.* 1978. I, p. 79 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 1407, n° 1336.

<sup>261</sup> P. DEROUIN, « Pour analyse fonctionnelle de la condition », *art. préc.*

étranger à la constitution et à la validité de l'acte (ou de la situation) qui en serait générateur (ou génératrice) »<sup>262</sup>.

La jurisprudence confirme le propos. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 22 octobre 2015, la Cour de cassation a jugé que « la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite »<sup>263</sup>. Seul un élément adventice, étranger à la validité ou à la constitution de l'acte qu'il atteint, peut donc être élevé en condition. Or comme l'a justement écrit Madame FABRE, « tel n'est pas le cas de la survie de l'usufruitier successif qui, loin d'être accessoire ou extérieure à l'usufruit successif, est au contraire essentielle à ce mécanisme »<sup>264</sup>. Pas davantage qu'il ne constitue un droit à terme, le droit de l'usufruitier de second rang ne se présente donc pas comme un droit conditionnel.

**67. Existence d'un droit de nature éventuelle** – Forte de ce constat, Madame FABRE propose de voir dans le droit de l'usufruitier de second rang un droit de nature éventuelle<sup>265</sup>. On ne peut que souscrire à cette analyse.

Qu'est-ce qu'un droit éventuel ? L'expression figure dans le Code civil, spécialement à l'article 791. Ce dernier prévoit « qu'on ne peut aliéner les *droits éventuels* qu'on peut avoir à une succession ». Toutefois, c'est DEMOGUE à qui l'on doit la définition la plus pertinente<sup>266</sup>. Selon cet auteur, le droit éventuel est celui qui s'épanouit dans « une zone intermédiaire entre le droit conditionnel qu'étudie le Code civil et la simple espérance, la simple expectative »<sup>267</sup>. Concrètement, l'éventualité serait, comme la condition, un évènement futur et incertain, mais à la différence de la condition, l'éventualité pourrait affecter un élément essentiel à la formation

---

<sup>262</sup> C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, thèse, LGDJ, 1999, p. 229, n° 445.

<sup>263</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-20.096, Bull. n° 350, *l'Essentiel Droit des contrats*, 2015, n° 11, p. 2, obs. M. LATINA ; *D.* 2015, p. 2478, obs. N. DISSAUX ; *RTD com.* 2016, p. 54, obs. J. MONÉGER ; *RTD civ.* 2016, p. 122, obs. H. BARBIER ; *Deffrénois* 2016, p. 71, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2016, p. 31, obs. J. KLEIN. La doctrine dominante relève cependant que la sanction aurait dû être l'annulation de l'acte (en ce sens, v. par exemple : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *manuel préc.*, p. 1407, n° 1336).

<sup>264</sup> M. FABRE, *thèse préc.*, p. 70, n° 103, ajoutant qu'il va de soi « que l'existence du bénéficiaire d'un droit ne peut être perçue comme accessoire à ce droit ».

<sup>265</sup> M. FABRE, *thèse préc.*, p. 70 et s., n° 104. L'auteur transpose la qualification de droit éventuel attribué au droit de l'appelé d'une libéralité graduelle à celui de l'usufruitier de second rang. Dans le même sens, v. par exemple : M. DE LOS SANTOS et P.-A. GUILBERT, « Usufruit – Imposition et formalisme de la renonciation à un usufruit actuel ou successif », *RFP* n° 7-8, 2014, étude 19, n° 4.

<sup>266</sup> R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723 ; R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906, p. 231.

<sup>267</sup> R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *art. préc.*, p. 724.

d'un contrat. Cette conception est dominante en doctrine<sup>268</sup> et la Cour de cassation s'y est elle-même ralliée. Ainsi, par exemple, elle a jugé aux termes d'un arrêt du 5 novembre 1987 qu'un droit éventuel était un « droit encore imparfait qui ne réun[issai]t pas toutes les composantes nécessaires à son existence, sa perfection même dépendant d'éléments non seulement futurs mais incertains »<sup>269</sup>. Or comme il a été dit, le prédécès de l'usufruitier actuel est essentiel au droit de l'usufruitier de second rang. Aussi, souscrivons-nous à l'analyse proposée par Madame FABRE selon laquelle le droit de l'usufruitier de second rang est un droit de nature éventuelle.

En définitive, le droit de l'usufruitier de second rang, distinct de celui dont s'est réservé l'usufruitier actuel, ne peut être regardé comme un droit à terme, dès lors qu'il est suspendu à son prédécès par rapport à l'usufruitier actuel, non au décès de ce dernier. Pas davantage peut-il être analysé en un droit conditionnel puisque le prédécès de l'usufruitier actuel constitue un élément essentiel au mécanisme de la réversion d'usufruit. Aussi bien, convient-il de le regarder comme un droit éventuel.

**68. Droit exclusivement éventuel** – Il a pu être avancé que le droit de l'usufruitier de second rang était affecté d'une double modalité : un terme, constitué par le décès du titulaire actuel, et une condition (ou une éventualité selon qu'est reprise ou non la thèse de DEMOGUE), constituée par la survie de l'usufruitier de second rang<sup>270</sup>.

Cette analyse apparaît également contestable. Car les deux modalités que sont le terme et l'éventualité (ou la condition) sont par nature inconciliables<sup>271</sup>. Le terme se caractérise, on l'a vu, par la certitude de l'échéance, sinon de sa date ; il s'oppose donc à l'éventualité (ou à la condition), dont l'évènement futur est incertain. De plus, l'éventualité comme la condition affectent l'existence du droit alors que le terme suspend seulement son exécution. Par

---

<sup>268</sup> En ce sens, v. notamment : J.-M. VERDIER, *thèse préc.*, n° 220 ; C. BRENNER, *thèse préc.*, p. 229, n° 445 ; S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 9 novembre 2004, p. 25, n° 11.

<sup>269</sup> Cass. soc., 5 novembre 1987, n° 83-43.630, Bull. n° 619.

<sup>270</sup> M. IWANESKO, « L'usufruit successif ou la quasi-fiducie », *Dr. pat.* mars 1999, p. 35. Dans le même sens, v. aussi : M. GRIMALDI, « Les aspects civils du démembrement de propriété », *Démembrement de propriété, vulnérabilités et parades*, Colloque au Sénat, *Droit et patrimoine* 1995, Hors-Série, n° 1, p. 33 ; M. GRIMALDI, « Les donations à terme », *Mélanges P. CATALA*, Litec 2001, p. 426 ; J. PATARIN, *L'anticipation successorale*, Cours de doctorat, Paris, 1973-1974, p. 139-140 ; S. PIEDELIÈVRE, note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, *Defrénois* 2003, art. 37752, n° 50 ; M. FABRE, *thèse préc.*, p. 71, n° 105.

<sup>271</sup> En ce sens, v. : S. DURAND, *thèse préc.*, p. 208, n° 401 ; C. FARGE, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Defrénois* 2005, p. 1560, retenant cependant l'un et l'autre la qualification exclusive de droit à terme.

conséquent, il nous semble délicat de concilier l'affectation sur un même droit *et* d'un terme *et* d'une éventualité. En ce sens, Monsieur DURAND relève que « le même évènement ne pouvant pas, tout à la fois, suspendre la naissance du droit et seulement son exercice, nous sommes en présence de deux analyses qui ne peuvent pas être plus antagonistes »<sup>272</sup>. Du reste – de manière tout aussi explicite – le rapport rédigé par le conseiller en vue de l'arrêt de chambre mixte ci-dessus analysé concluait selon les termes suivants : « notre chambre mixte devra nécessairement arbitrer entre ces deux thèses – *manifestement inconciliables* – et dire si la clause de réversion d'usufruit s'analyse comme la donation à terme d'un bien présent [...] ou comme la donation sous condition suspensive d'un bien à venir »<sup>273</sup>.

En réalité, la seule modalité à laquelle la clause de réversion d'usufruit semble être affectée est une éventualité, constituée par le prédécès de l'usufruitier de premier rang, lequel affecte la naissance du droit de l'usufruitier de second rang. Or l'octroi de ce droit éventuel n'est pas équivalent, en tant que tel, à une acquisition immédiate de l'usufruit.

**69. Droit de défense distinct du droit définitif sur l'usufruit** – Certes, il est admis en doctrine qu'un droit éventuel *existe* déjà, et l'on avance pour preuve notamment la possibilité pour son titulaire d'effectuer des actes conservatoires<sup>274</sup>, c'est-à-dire des actes ayant « pour objet de protéger les biens contre les menaces de pertes ou de disparition en les maintenant dans leur état »<sup>275</sup>. De ce point de vue, le droit éventuel se distinguerait « de la simple espérance ou expectative qui relève encore du néant car celle-ci ne bénéficie en conséquence d'aucune protection conservatoire, [...] de telle sorte qu'elle ne peut engendrer qu'un espoir de droit sans

---

<sup>272</sup> S. DURAND, *thèse préc.*, p. 208, n° 401.

<sup>273</sup> G. RIVIÈRE, « Nature de la clause de réversion d'usufruit : terme ou condition », *Dr. fisc.* n° 29, 2007, comm. 761.

<sup>274</sup> R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723 ; R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906, p. 231.

<sup>274</sup> R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *art. préc.*, p. 724 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse, Lille, 1977, n° 278 et s. ; J.-M. VERDIER, *thèse préc.*, n° 220 ; C. BRENNER, *thèse préc.*, p. 228, n° 444 ; S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », *art. préc.*, p. 28, n° 11, note 29. *Contra*, v. notamment : R. GIRARD, *Les actes de disposition relatifs aux situations juridiques futures. Les droits éventuels*, thèse, Lyon, 1939, p. 29 ; V. LASBORDES, « L'actualité de la cession de créance », *LPA* 14 novembre 2002, p. 4 et s., spéc. n° 6 ; C. LEFORT, *Rép. proc. civ.*, Dalloz, v° Saisie-attribution, 2007, n° 118 : une créance éventuelle est « celle qui ne peut encore accéder à la vie juridique, faute de posséder l'élément légal ou conventionnel nécessaire à son existence ».

<sup>275</sup> C. BRENNER, *thèse préc.*, p. 121, n° 233.

consistance »<sup>276</sup>. Analysant la notion de temps en droit civil, Monsieur HÉBRAUD écrit également que « le droit éventuel a [...] déjà un germe juridique d'existence »<sup>277</sup>.

Qu'en est-il en matière de réversion d'usufruit ? L'usufruitier de second rang peut-il prendre des mesures conservatoires afin de protéger le bien objet de son usufruit contre les risques de perte ou de disparition ? La doctrine l'a toujours admis<sup>278</sup>. C'est ainsi que Monsieur DURAND affirme que l'usufruitier successif peut prendre des actes conservatoires consistant, par exemple, en des vérifications : si, dit-il, « l'usufruit successif porte sur une maison et le mobilier la garnissant, l'usufruitier successif pourra [...], à titre conservatoire, demander à ce qu'il soit établi un inventaire précis du mobilier de façon à préserver ses droits et à éviter, par exemple, que le nu-propiétaire ne récupère certains objets mobiliers avant son entrée en jouissance »<sup>279</sup>. De même, ajoute l'auteur, « il ne fait aucun doute que l'usufruitier successif soit fondé à agir pour interrompre toute prescription [...] qui pourrait aboutir, par exemple, à un transfert de la propriété ou de l'usufruit du bien par usucapion »<sup>280</sup>. Ce faisant, il faudrait admettre que l'usufruitier de second rang est, dès la conclusion de la réversion d'usufruit, investi d'un droit dans la chose, de sorte qu'il pourrait être considéré comme gratifié du vivant de l'usufruitier actuel<sup>281</sup>.

Cependant, ce droit de protection ne se confond pas avec son droit définitif sur le bien, c'est-à-dire son droit de jouissance du bien grevé. L'octroi d'une prérogative de conservation d'un droit n'est pas équivalent, en tant que tel, à l'acquisition immédiate d'un droit de jouissance : il s'agit d'un droit distinct dont l'unique but est de préserver la valeur du droit définitif<sup>282</sup>. En effet, selon l'article 578 du Code civil, l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. De

---

<sup>276</sup> C. BRENNER, *thèse préc.*, p. 230, n° 447. Dans le même sens, v. : R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *art. préc.*, p. 723 ; R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *art. préc.*, p. 231 ; M. VERDIER, *thèse préc.*, n° 171 et s. et n° 230 et s. ; P. HEBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Mélanges P. KAYSER*, t. II, PUAM, 1979, p. 1 et s., spéc. p. 39, n° 26.

<sup>277</sup> P. HEBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *art. préc.*, p. 29, n° 26.

<sup>278</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1869-1882, n° 254, p. 210 ; M. GRIMALDI, *J.-Cl. Civ. Code*, art. 943 à 948, n° 84 ; S. DURAND, *thèse préc.*, p. 111 et s., n° 213 et s. ; M. FABRE, *thèse préc.*, p. 73, n° 108.

<sup>279</sup> S. DURAND, *thèse préc.*, p. 113, n° 216.

<sup>280</sup> S. DURAND, *thèse préc.*, p. 113, n° 216.

<sup>281</sup> On ajoutera que certains auteurs considèrent que l'usufruitier de second rang dispose d'une action en réparation des dégradations du fonds. En ce sens, v. : J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. IV, A. Dijon, 1836, n° 2448, p. 546 ; S. DURAND, *thèse préc.*, p. 114, n° 219.

<sup>282</sup> M. BLEUSEZ, *La perfection du contrat*, thèse, Paris II, 2021, p. 430, n° 395.

cette définition, il ressort que « le trait essentiel de l'institution est la licence de faire *usage* de la chose »<sup>283</sup>. En outre, il convient d'ajouter que l'usufruit a pu être analysé en un droit de jouissance *immédiate*. En ce sens, Madame FABRE écrit : « présenter l'usufruit comme un droit de jouissance ne suffit pas à en exprimer la nature profonde. Pour cela, il faut préciser que l'usufruit confère, par définition, un *droit à la jouissance immédiate de la chose* »<sup>284</sup>. L'usufruit se caractériserait donc par un droit de *jouissance* qui s'exerce *immédiatement* sur le bien grevé. Or les mesures conservatoires dont l'usufruitier successif pourrait se prévaloir ne l'autorisent pas à exercer son droit personnel d'usufruit sur la chose tant que l'usufruitier actuel est en vie. Pas davantage d'ailleurs ces mesures ne lui permettent d'entamer des procédures d'exécution forcée<sup>285</sup>. Aussi bien, même à supposer que l'usufruitier final puisse passer des actes visant à protéger son droit, on ne peut pas considérer qu'il est gratifié de l'usufruit dès la constitution de la clause, c'est-à-dire du vivant du disposant. Par conséquent, il nous semble délicat d'admettre que la clause de réversion d'usufruit constitue une donation « entre vifs ».

**70. Synthèse** – En définitive, il paraît contestable d'analyser le droit de l'usufruitier « final » comme un droit à terme. Tout au contraire, il semble constituer un droit éventuel dont la naissance est suspendue à la survie de l'usufruitier successif à l'usufruitier actuel. Or ce droit éventuel, qui permettrait à l'usufruitier de second rang de prendre des mesures conservatoires, ne correspond pas à une acquisition immédiate de l'usufruit sur le bien grevé. Par conséquent, il semble inexact, d'un point de vue technique, d'affirmer que la clause de réversion d'usufruit emporte un transfert immédiat de propriété et constitue, comme telle, une donation indirecte « entre vifs ». La même conclusion s'impose, pour des raisons assez semblables d'ailleurs, en matière d'assurance épargne et de *trust* entre vifs révocable.

---

<sup>283</sup> F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, 2008, p. 491, n° 332.

<sup>284</sup> M. FABRE, *thèse préc.*, p. 74 et s., n° 110 : « La corrélation entre l'usufruit et la jouissance immédiate de la chose », poursuit l'auteur, « est d'ailleurs renforcée par la redéfinition moderne de la propriété [...], [laquelle] se définit au présent, comme le droit de tirer d'une chose tous ses services sauf exceptions, et au *futur*, comme la vocation à bénéficier de l'ensemble de ces utilités ». Or conclut Madame FABRE, « si la propriété est un droit aux services *perpétuels* de la chose, il ne peut en aller de même, par définition, de l'usufruit : [...] l'usufruit ne peut [ainsi] être conçu qu'au présent, de sorte que la jouissance qu'il confère ne peut qu'être immédiate ».

<sup>285</sup> S. DURAND, *thèse préc.*, p. 117 et s., n° 226 et s.

## §2 – L'AMPUTATION DE L'EXIGENCE D'IMMEDIATETE DU TRANSFERT PATRIMONIAL

**71. Double illustration** – Récemment, la jurisprudence a fait entrer sur la scène juridique deux nouvelles formes de donations indirectes : l'assurance épargne et le *trust* entre vifs révocable. Cependant, ces donations indirectes ne semblent avoir de « donation » que le nom. En effet, leur analyse révèle un décalage temporel entre le dépouillement du disposant, qui est immédiat, et l'acquisition de ses droits par le gratifié, lequel n'intervient qu'au décès du disposant. De sorte qu'aucun des deux cas signalés, ni l'assurance épargne (A), ni le *trust* entre vifs révocable (B) ne paraît réaliser une véritable donation « entre vifs ».

### A – L'assurance épargne

**72. Données du problème** – Pour mémoire<sup>286</sup>, l'assurance épargne est un contrat qui capitalise les versements du souscripteur pour les reverser, au terme convenu, soit au souscripteur s'il est encore en vie, soit au bénéficiaire désigné si le souscripteur est décédé. Ainsi, l'opération se dénoue toujours par la délivrance d'un capital, soit au souscripteur, soit au tiers bénéficiaire, lequel est égal au montant des primes versées par le souscripteur, augmenté des produits financiers et diminué des frais de gestion.

Au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence a admis que cette formule particulière d'assurance pouvait, dans certaines circonstances, donner naissance à une donation indirecte entre « vifs », et ce, en dépit d'une éventuelle acceptation tardive du tiers bénéficiaire. Mais la solution (1) semble procéder d'un véritable forçage de qualification (2).

#### *1 – L'exposé du droit positif*

**73. Annonce** – L'exposé du droit positif appelle un développement dans une double direction. On s'efforcera d'abord de dégager les deux fondements permettant de requalifier l'attribution bénéficiaire en libéralité (a) avant de revenir sur les justifications apportées par la jurisprudence à la qualification de donation « entre vifs » (b).

#### *a) L'existence de la libéralité*

**74. Premier fondement : l'exagération manifeste des primes** – Deux fondements permettent la requalification d'une assurance épargne en libéralité. Le premier fondement a

---

<sup>286</sup> Pour plus de détails, v. *supra* n° 13.

implicitement été reconnu par quatre arrêts rendus en chambre mixte le 23 novembre 2004<sup>287</sup>. Aux termes de ces décisions, la Cour de cassation a en effet jugé que l'assurance épargne s'analysait par principe, non en une libéralité au profit du tiers bénéficiaire, mais en un contrat d'assurance sur la vie en raison de l'existence prétendue d'un aléa. Elle en déduit alors que l'opération est, par principe, soumise à l'article L. 132-13 alinéa 2 du Code des assurances<sup>288</sup>. Or, on s'en souvient, cette disposition – qui soustrait les primes modestes de l'assurance-vie aux règles du rapport et de la réduction des libéralités – s'analyse en une présomption d'absence de donation indirecte des primes<sup>289</sup>. Aussi, en étendant le champ d'application de l'article L. 132-13 alinéa 2 aux assurances épargnes, la Cour de cassation a implicitement mais nécessairement admis que ces assurances pouvaient être requalifiées en donations indirectes dès l'instant où les primes versées étaient excessives.

**75. Second fondement : l'inexistence de l'aléa** – Ce n'est pas tout. Après avoir jugé que l'assurance épargne constituait par principe une assurance sur la vie, la Cour de cassation a admis, par effet de miroir, que le défaut d'aléa emportait requalification de l'opération en donation indirecte.

C'est le Conseil d'État qui, le premier, a admis cette solution dans un arrêt du 19 novembre 2004<sup>290</sup>. En l'espèce, à l'âge de 89 ans, une femme avait souscrit deux contrats d'assurance-vie, moyennant le versement de primes d'un montant total d'environ 30 000 euros. A son décès, l'épargne avait été versée à ses deux fils, désignés bénéficiaires. Analysant cette opération comme une donation indirecte, l'État les avait poursuivis en récupération de prestations sociales versées à la souscriptrice sa vie durant, sur le fondement de l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles<sup>291</sup>. Saisi d'un recours des bénéficiaires contre une décision de la commission centrale d'aide sociale, le Conseil d'État a considéré, dans un arrêt du 19 novembre 2004, qu'un « contrat d'assurance-vie soumis aux dispositions

---

<sup>287</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4 (4 arrêts), F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grand arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 133, p. 693 et s. ; D. 2005, p. 1905, note B. BEIGNER ; *Defrénois* 2005, p. 607, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G.* 2005 I, p. 187, n° 13, obs. R. LE GUIDEDEC ; *RDC* 2005, p. 297, obs. A. BÉNABENT ; *RGDA* 2005, p. 110, note Y. MAYAUX ; *RTD civ.* 2005, p. 434, obs. M. GRIMALDI.

<sup>288</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 13.

<sup>289</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 24.

<sup>290</sup> CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797, *RDSS* 2005, p. 89, concl. C. DEVYS ; *Dr. pat.* 2006, n° 148, p. 112, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *RGDA* 2005, p. 485, note J. BIGOT ; *RJPF* mars 2005, p. 22, note P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *RDC* 2005, p. 302, note A. BENABENT ; *Defrénois* 1996, art. 36306, p. 43, note F. SAUVAGE. Dans le même sens, v. : CE, 7 avril 2016, n° 383342, *Dr. pat.* 2017, n° 271, p. 96, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

<sup>291</sup> Sur cette action en récupération des aides sociales, v. *infra* n° 285.

des articles L. 132-1 et suivants du Code des assurance [...] n'a pas en lui-même le caractère d'une donation, au sens de l'article 894 du Code civil », avant de relever immédiatement qu'un tel contrat « peut être requalifié en donation si, compte tenu des circonstances dans lesquelles [il] a été souscrit, il relève, 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 ». Pour le Conseil d'État, le défaut d'aléa, et partant l'existence de l'intention libérale de la souscriptrice, résultait donc tout à la fois et de la date de souscription à un âge tardif (89 ans) et du montant des sommes acquittées à titre de primes. C'est pourquoi, il a conclu que « la commission centrale d'aide sociale [...] [avait pu] souverainement estim[er] que la durée des contrats rendait très probable que les capitaux assurés seraient versés aux enfants » de la souscriptrice.

La Cour de cassation emboîtera le pas au Conseil d'État dans une décision du 4 juillet 2007<sup>292</sup> et, de façon plus explicite encore, dans un arrêt du 21 décembre 2007 rendu en chambre mixte<sup>293</sup>. Dans cette dernière affaire, un homme atteint d'un cancer depuis 1993 avait souscrit, à l'âge de 64 ans, deux contrats d'assurance-vie contre assuré en 1994 et 1995. Ces contrats avaient été alimentés par des primes versées en deux fois, d'un montant total de 16 500 000 francs. Or la Cour de cassation affirme que « la cour d'appel, qui a retenu que le [souscripteur] qui se savait atteint d'un cancer et avait souscrit des contrats dont les primes correspondaient à 82 % de son patrimoine, avait désigné, trois jours avant son décès, comme seule bénéficiaire la personne qui était depuis peu sa légataire universelle, a pu en déduire, en l'absence d'aléa dans

---

<sup>292</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 05-10.254, Bull. n° 258 : « Mais attendu qu'après avoir relevé que, le 24 octobre 1997, Marc X... avait émis deux chèques d'un montant de 200 000 francs chacun au profit d'actif épargne, alors qu'il séjournait à l'hôpital Laennec qu'il avait quitté le 21 novembre suivant pour rejoindre une unité de soins palliatifs où il était décédé un mois plus tard, la cour d'appel a estimé souverainement que ces versements ne pouvaient être destinés à lui assurer un complément de retraite à cette époque de son existence et dans son état avancé de maladie ; qu'elle a ainsi caractérisé l'absence d'aléa du contrat et exclu la qualification de contrat d'assurance-vie, de sorte que l'article L. 132-13 du Code des assurances n'était pas applicable ».

<sup>293</sup> Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13, *Dr. pat.* 2006, n° 148, p. 112 et s., obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Dr. fam.* 2008, comm. 30, B. BEIGNIER ; *RTD. civ.* 2008, p.137, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G.* 2008. II, p. 10029, note L. MAYAUX ; *Dr. fam.* 2008, étude 11, note V. NICOLAS ; *LPA* 2008, n° 134, p. 40, note J.-P. MAUBLANC ; *D.* 2008, p. 218, note G. BRUGUIÈRE-FONTENILLE ; *JCP N.* 2008, p. 1222, note P. PIERRE et R. LE GENTILHOMME ; *Dr. fisc.* 2008, comm. n° 217, F. DEBOISSY. Dans le même, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2013, n° 12-13.515, *Dr. pat.* 2014, n° 235, p. 70, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

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 ». En somme, juges administratif et judiciaire admettent qu'un contrat d'assurance épargne peut être requalifié en donation indirecte lorsque ce contrat est dépourvu d'aléa lié à la durée de vie humaine du souscripteur ; l'existence ou non de cet aléa étant souverainement apprécié par les juges du fond au regard notamment de l'état de santé du souscripteur, du montant des primes, du moment où a été désigné le bénéficiaire ou encore de l'existence d'une faculté de rachat<sup>294</sup>.

**76. Synthèse** – En l'état du droit positif, un contrat d'assurance épargne peut donc être requalifié en libéralité indirecte selon deux motifs distincts : soit en raison de l'existence de primes manifestement excessives – c'est ici l'hypothèse de la requalification légale ; soit en raison de l'inexistence d'un aléa – c'est là l'hypothèse de la requalification jurisprudentielle. Ceci étant précisé, reste à savoir comment la nature de cette libéralité est justifiée.

*b) La nature de la libéralité*

**77. Laconisme des décisions** – L'un et l'autre des pourvois formés dans les affaires étudiées reprochaient aux juges du fond d'avoir méconnu les dispositions de l'article 894 du Code civil en retenant l'existence d'une donation *entre vifs* alors que les bénéficiaires *n'avaient rien accepté du vivant du souscripteur*.

Une telle acceptation, rappelons-le, est valable : le bénéficiaire d'une assurance-vie est autorisé à accepter sa désignation à tout moment ; il peut le faire en même temps que celle-ci, en intervenant à l'acte de désignation, ou postérieurement, y compris après le décès de l'assuré<sup>295</sup>. Seulement, les demandeurs au pourvoi soutenaient qu'en l'absence d'acceptation

---

<sup>294</sup> Au contraire, la requalification est refusée si l'aléa peut être constaté (v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 09-16.964, *JCP G.* 2011, p. 53, obs. M. STORCK ; *D.* 2011, p. 732, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; *AJ fam.* 2011, p. 163, obs. P. HILT ; *Defrénois* 2011, p. 393, n° 12, obs. G. CHAMPENOIS ; *RJPF* 2011-4/27, obs. F. VAUVILLE ; *RTD civ.* 2011, p. 581, obs. B. VAREILLE). Sur l'appréciation du défaut d'aléa, v. notamment : S. HOVASSE, « Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? – Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *JCP N.* 2010, p. 1244.

<sup>295</sup> C. ass., art. L. 132-12 *in fine*. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, l'efficacité de l'acceptation *post mortem* était discutée. En effet, à cette époque, la stipulation pour autrui était parfois présentée comme une offre de contracter adressée par le stipulant au bénéficiaire (en ce sens, v. par exemple : CA Douai, 14 août 1890, sous Cass. req., 22 juin 1891, *DP* 1892. I, p. 205). Il en résultait qu'au décès du stipulant l'offre était caduque et ne pouvait plus être acceptée. Cette analyse est aujourd'hui abandonnée et l'assurance-vie peut toujours être acceptée après le décès le stipulant. L'acceptation *post mortem* est d'ailleurs devenue d'usage depuis que

*dum vivit*, et partant de rencontre de volontés entre le souscripteur et le bénéficiaire de l'assurance, ce dernier n'avait pas immédiatement acquis la propriété du capital ; qu'au contraire, il ne s'en était enrichi qu'après le trépas du souscripteur. Aussi bien, la libéralité réalisée au moyen d'une telle opération ne pouvait, selon eux, entrer dans la catégorie des donations « entre vifs ».

L'argument est écarté par la Cour de cassation qui retient que l'assurance épargne, quoiqu'acceptée après la mort du constituant, réalise une donation indirecte entre vifs. Pour autant, l'analyse des motifs de sa décision n'apporte aucune justification précise à cette qualification. La Cour se contente d'affirmer que l'acceptation d'une donation indirecte opérée par un contrat d'assurance-vie « peut résulter de l'attribution du bénéfice du contrat »<sup>296</sup>. Rien n'est dit sur le lien entretenu entre la remise *post mortem* des fonds au bénéficiaire et la qualification de donation « entre vifs » ... Et c'est tout aussi vainement que l'on cherche dans la décision du Conseil d'État un motif éclairant le choix de cette qualification. En effet, pour écarter le moyen d'erreur de droit dirigé contre la décision de la commission d'aide sociale, le Conseil d'État retient seulement que « 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 »<sup>297</sup>. C'est dire qu'à l'égard de la nature de la libéralité opérée par l'assurance épargne, les juges judiciaires comme les juges administratifs font preuve d'un surprenant

---

la loi du 17 décembre 2007 (loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 entrée en vigueur le 19 décembre 2007) a décidé qu'une acceptation *dum vivit* interdisait toute modification de la clause et subordonnait l'exercice du droit de rachat à l'accord du bénéficiaire acceptant (C. ass., art. L. 132-9 I, al. 1<sup>er</sup> : « pendant la durée du contrat, après acceptation du bénéficiaire, 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 »). Comme on l'a écrit, « le bénéficiaire acceptant est donc devenu un véritable contrôleur de la consommation de son épargne par le souscripteur » (C. FARGE, M.-L. HENRY et J. DIJOUX, « L'acceptation du vivant, outil d'un majeur vulnérable », *JCP G.* 2022, p. 1176). On notera cependant qu'une acceptation réalisée avant la loi du 17 décembre 2007 ne bloque pas le droit de rachat du souscripteur, sauf manifestation expresse de ce dernier (Cass. mixte, 22 février 2008, n° 06-11.934, Bull. n° 1, avis R. DE GOUTTES et rapp. C. ALDIGÉ ; *JCP G.* 2008, n° 61, obs. B. BEIGNER ; *RDC* 2008, p. 880, obs. S. GAUDEMET). Constatant que le souscripteur n'avait pas renoncé expressément à l'exercice de son droit de rachat consécutivement à l'acceptation *dum vivit* du bénéficiaire avant la loi du 17 décembre 2007, la Cour de cassation a écarté la demande de requalification du contrat en donation indirecte (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2019, n° 16-15.867 ; S. GAUDEMET, « Donation, revenus professionnels et assurance-vie : curieux ménage à trois », *Defrénois* 2020, n° 36, p. 20 ; M. NICOD, « Conséquences de l'acceptation du bénéficiaire sur la qualification des contrats d'assurance-vie mixtes », *Dr. fam.* 2020, n° 2, p. 30 ; *JCP N.* 2020, n° 7-8, p. 1054, note C. HÉLAINE ; *JCP G.* 2020, n° 11, p. 19, obs. N. PETERKA).

<sup>296</sup> Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13, *préc.*

<sup>297</sup> CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797, *préc.*

laconisme. Regrettable pour les incertitudes qu'il laisse, ce silence peut néanmoins s'expliquer par le classicisme de la situation juridique en présence, à savoir l'existence d'une libéralité opérée par voie de stipulation pour autrui.

**78. Justification puisée dans le régime de la stipulation pour autrui** – L'article 1205 alinéa 2 du Code civil définit la stipulation pour autrui comme le contrat par lequel « l'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire »<sup>298</sup>. Or l'assurance épargne portant désignation d'un tiers bénéficiaire a précisément pour effet de faire promettre à l'assureur d'accomplir une prestation (en l'occurrence l'attribution du bénéfice de l'épargne) au profit du tiers désigné. Que l'attribution bénéficiaire d'une assurance épargne soit faite à titre onéreux ou à titre libéral, le mécanisme de la désignation procède donc toujours d'une stipulation pour autrui<sup>299</sup>. Par conséquent, elle en suit le régime juridique.

Revenons donc sur le régime juridique de la stipulation pour autrui. Par exception au principe de l'effet relatif des contrats<sup>300</sup>, les articles 1206 et suivant du Code civil, codifiant les apports jurisprudentiels<sup>301</sup>, prévoient que la stipulation pour autrui crée au profit du bénéficiaire un droit non seulement propre et direct, mais également *immédiat* à la prestation contre le promettant,

---

<sup>298</sup> Pour plus de détails sur la stipulation pour autrui, v. notamment : E. LAMBERT, *Du contrat en faveur des tiers*, thèse, Paris, 1893 ; E. CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits par autrui*, thèse, Paris, 1893 ; G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, thèse, Sirey, 1950, n° 106 et s. ; C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèses, Bordeaux, 1968, n° 146 et s. ; J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui, délégation de créance)*, thèse, Paris II, 1994 ; P. DELMAS-SAINT HILAIRE, *Le tiers et l'acte juridique*, thèse, LGDJ, 2000, p. 313 et s. ; J.-M. ROUX, *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, thèse, PUAM, 2001 ; V. NICOLAS, « Le nouveau visage de la stipulation pour autrui : préservation accrue des droits du stipulant ou du tiers bénéficiaire ? », *Mélanges F. COLLART DUTILLEUL*, Dalloz, 2017, p. 577 et s.

<sup>299</sup> G. COUTIER, *J.-Cl. Assurances*, fasc. 15-20, « Assurances terrestres – Assurances de personnes – Assurance vie », 2022, n° 59. Sauf l'hypothèse où le bénéficiaire de l'assurance est le souscripteur lui-même. En ce cas, l'opération s'apparenterait davantage à une stipulation « pour soi-même » qu'à une stipulation « pour autrui » car une telle formule répond uniquement « au souci de disposer d'une réserve d'épargne sécurisée et liquide » (M. JAOUEN, « Le rachat du contrat d'assurance-vie », *RDBF* 2015, dossier 8, n° 2).

<sup>300</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 783, n° 711, pour qui il est plus simple de reconnaître, comme le faisait l'ancien article 1165 et comme le fait l'actuel article 1199, que la stipulation pour autrui est bel et bien une exception au principe de l'effet relatif du contrat. Sur les autres systèmes théoriques d'explication, v. : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *manuel préc.*, p. 781 et s., n° 707 et s.

<sup>301</sup> En ce sens, v. notamment : Cass. civ., 6 mars 1888 ; Cass. civ., 9 mars 1888 ; Cass. civ., 22 mars 1888 et Cass. civ., 27 mars 1888, *DP* 1888. I, p. 193 ; Cass. civ., 29 juin 1896, *DP* 1897. I, p. 73. Pour une illustration jurisprudentielle hors assurance-vie, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2000, *Deffrénois* 2001, art. 37303, p. 258, obs. J.-L. AUBERT.

et ce, alors même qu'il ne l'a pas encore acceptée<sup>302</sup>. Le caractère propre du droit du bénéficiaire a pour effet que ce droit ne peut être transmis à ses héritiers<sup>303</sup> ; quant à son caractère direct, cela signifie notamment que la prestation fournie au tiers n'a jamais transité par le patrimoine du stipulant<sup>304</sup>. De son côté, le caractère *immédiat* du droit du bénéficiaire a pour conséquence que la prestation est tenue pour acquise au tiers dès le jour de la conclusion du contrat dont elle est issue. C'est pourquoi l'on enseigne qu'en matière de stipulation pour autrui, l'acceptation du tiers bénéficiaire a un rôle limité : elle « consolide le droit du bénéficiaire sans le former »<sup>305</sup>. Le principe d'immédiateté du droit du tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est expressément rappelé à l'article L. 132-12 alinéa 2 du Code des assurances, lequel est applicable aux assurances épargnes. En effet, cette disposition prévoit que « le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, *est réputé avoir seul droit [à la prestation] à partir du jour du contrat*, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré »<sup>306</sup>. Par application de ce principe, l'assurance épargne réalisée à titre libéral réalise donc nécessairement une libéralité « entre vifs », le bénéficiaire étant réputé avoir acquis son droit au jour de la conclusion de l'assurance, c'est-à-dire du vivant du disposant.

En définitive, la justification de la qualification de donation entre vifs résiderait dans la conjonction des articles 1206 et suivant du Code civil et L. 132-12 du Code des assurances, lesquels posent un principe d'immédiateté du droit du bénéficiaire à la prestation assurée. Ainsi

---

<sup>302</sup> P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, thèse, LGDJ, 2000, p. 314 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 840, n° 968 ;

<sup>303</sup> Il en est de même du droit de révocation, sauf l'hypothèse particulière prévue à l'article L. 132-9 alinéa 2 du Code des assurances, c'est-à-dire lorsque l'assuré a déjà engagé une procédure de révocation. En effet, aux termes de cette article « [le] droit de révocation ne peut être exercé, après la mort du stipulant, par ses héritiers, qu'après l'exigibilité de la somme assurée et au plus tôt trois mois après que le bénéficiaire de l'assurance a été mis en demeure par acte extrajudiciaire, d'avoir déclaré s'il accepte ».

<sup>304</sup> Cass. civ., 16 janvier 1888, *DP* 1888. I, p. 77 : « Lorsque le tiers spécialement désigné par la police d'assurance a déclaré vouloir profiter de la stipulation faite en sa faveur, il en résulte pour lui un droit personnel irrévocable [...] ; la faillite du stipulant survenue avant son décès ne saurait faire disparaître ce droit et autoriser le syndic à prétendre au nom de la masse créancière que la police d'assurance constitue purement et simplement une valeur mobilière demeurée dans le patrimoine du failli et devant servir de gage à ses créanciers [...] ».

<sup>305</sup> S. HOVASSE, « Assurance-vie – Bénéficiaire décédé avant le souscripteur : caducité de la clause bénéficiaire acceptée », *RFP* n° 11, novembre 2015, p. 19. Dans le même sens, v. : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *manuel préc.*, p. 785, n° 714, enseignant que l'acceptation a pour seul effet « de consolider définitivement la situation créée par la stipulation en privant le stipulant du droit de la révoquer ».

<sup>306</sup> Pour des applications jurisprudentielles récentes, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2009, n° 08-11.355, *Bull.* n° 105, *JCP N.* 2009, n° 36, p. 32, obs. S. HOVASSE-BANGUET ; *Deffrénois* 2009, p. 1492, note P. CHEVALLIER ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 juin 2016, n° 15-20.578.

s'expliquerait alors le rejet des pourvois dans les deux affaires ci-dessus examinées, et la requalification des libéralités par voie d'assurance épargne en donation « entre vifs ».

## 2 – La critique du droit positif

**79. Appauvrissement du souscripteur ou simple « achat de service » ?** – C'est avec les plus expresses réserves qu'il convient, à notre avis, d'accueillir la démonstration qui précède. En effet, à y regarder de plus près, il n'est pas certain que l'assurance épargne acceptée *post mortem* réalise un dessaisissement *ante mortem* du disposant au sens où l'entend le droit des libéralités.

S'agissant tout d'abord de l'appauvrissement *dum vivit* du souscripteur – qui constitue le premier volet du dessaisissement – il est indéniable que son patrimoine est autant diminué des primes qu'il verse de son vivant à l'assureur. D'une certaine manière, le souscripteur s'appauvrit donc de son vivant au profit de l'assureur. Cette circonstance ne suffit cependant pas, nous semble-t-il, à faire valoir l'existence d'un appauvrissement *ante mortem* du souscripteur au sens de l'article 894 du Code civil<sup>307</sup>. En effet, le versement des primes par le souscripteur est la contrepartie juridique d'une prestation (les garanties) que fournit l'assureur. Autrement dit, le versement des primes est un « achat de service ». Or, il n'est pas certain que l'appauvrissement au sens du droit des libéralités s'entende de cette forme très particulière d'appauvrissement qu'est la dépense de services...

**80. Fictivité de l'enrichissement *ante mortem* du tiers bénéficiaire** – Qu'en est-il ensuite de l'enrichissement *ante mortem* du bénéficiaire, second volet du dessaisissement ? L'existence d'un droit immédiat à la prestation de l'assurance au profit du tiers bénéficiaire est-elle réellement concevable ?

En vérité, nul n'a jamais contesté que l'immédiateté du droit du bénéficiaire, comme l'ensemble du régime de la stipulation pour autrui, résulte d'une fiction juridique, aujourd'hui légale, c'est-à-dire d'« un artifice de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit »<sup>308</sup>. En ce sens, PONSARD écrivait que la théorie selon laquelle le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui acquiert son droit directement, personnellement et immédiatement ne constitue « qu'un artifice technique pour justifier une solution qui, à tort ou à raison, paraît désirable » pour la jurisprudence puis

---

<sup>307</sup> *Comp.* : M. NICOD, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », *art. préc.*, p. 382.

<sup>308</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>ème</sup> éd., PUF, 2022, v<sup>o</sup> fiction, p. 458.

pour la loi<sup>309</sup>. De même, dans leur traité général des assurances, PICARD et BESSON relevaient que « quoiqu'on en dise, c'est bien la valeur de la créance contre l'assureur, à savoir le capital assuré, qui est transmise gratuitement du stipulant au bénéficiaire puisque, du moins jusqu'à l'acceptation de ce dernier, le stipulant en a la libre disposition et peut, par une révocation la faire rentrer dans son patrimoine : en maintenant cette stipulation, c'est bien le capital assuré dont [l'assuré] se dépouille au profit du bénéficiaire »<sup>310</sup>. N'est-ce pas, du reste, ce que suggère l'article L. 132-12 du Code assurances en « réputant » le bénéficiaire d'avoir seul droit à la prestation à partir du jour du contrat ?<sup>311</sup>

La réalité du caractère fictif de l'enrichissement immédiat du bénéficiaire se vérifie en pratique. En effet, en pratique, le tiers non acceptant ne peut ni exiger le transfert du capital à son profit, ni céder son droit de créance contre le promettant (C. ass., L. 132-15 *in fine*). Certes il peut sans doute assurer les exigences élémentaires de la conservation de son droit en se comportant en gérant d'affaire. Mais l'octroi de cette prérogative n'équivaut pas à une acquisition immédiate du bénéfice de l'assurance, ni matériellement, ni juridiquement. Pas davantage peut-on prétendre que l'assurance épargne confère au tiers non acceptant un droit effectif d'option, un pouvoir de modifier unilatéralement la situation juridique créée par le contrat. En effet, depuis la loi du 17 décembre 2007<sup>312</sup>, une assurance sur la vie ne peut plus être acceptée par le bénéficiaire sans le consentement du souscripteur (C. ass., art. L. 132-9, I). Au demeurant, « si le bénéficiaire n'est pas informé de la stipulation faite à son profit – situation très fréquente en matière d'assurance-vie – », ce droit d'option est « complètement virtuel »<sup>313</sup>. C'est dire que l'attribution d'une assurance épargne à titre libéral non acceptée par son bénéficiaire n'offre à ce dernier qu'une simple expectative de droit. Aussi, de quelque point de vue que l'on se place, la requalification de l'assurance épargne en donation indirecte « entre vifs » paraît bien peu orthodoxe sur le plan logique. L'analyse de la requalification de l'assurance épargne acceptée *post mortem* tend ainsi à nouveau à prouver

---

<sup>309</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 236 et s. Dans le même sens, v. : P. DUPUICH, note sous Cass. civ., 4 août 1908, *DP* 1909. I, p. 185 ; C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 814, n° 700.

<sup>310</sup> M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français, Assurance de personne, vie accident corporels, maladie*, t. IV, LGDJ, Paris, 1945, p. 526, n° 213.

<sup>311</sup> Pour mémoire, l'article L. 132-12 du Code des assurances prévoit que « le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, *est réputé* y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré ».

<sup>312</sup> Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 entrée en vigueur le 19 décembre 2007.

<sup>313</sup> M. MIGNOT, « Histoire d'un contresens (à propos de l'article L. 132-13 du Code des assurances) », *LPA* juillet 2008, n° 144, p. 7.

que, contrairement à l'opinion commune, la donation indirecte n'est pas toujours une donation « entre vifs ». L'examen du contentieux relatif à la qualification du *trust* libéralité, spécialement du *trust* libéral entre vifs révocable, devrait achever de convaincre de cette réalité.

## **B – Le *trust* libéralité entre vifs révocable**

**81. Annonce** – En 1996, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la qualification d'un *trust* libéralité entre vifs révocable de droit américain. Se démarquant de la position adoptée par les juges du fond, la Haute Juridiction a pris parti pour la qualification de donation « entre vifs », spécialement celle de donation indirecte. Ce choix de qualification assumé dont on fera brièvement l'exposé (1) n'est cependant pas à l'abri de toute critique (2).

### *1 – L'exposé de la solution*

**82. Définition et pratique du *trust***<sup>314</sup> – Le *trust* est « une pièce maîtresse de l'échiquier du droit anglais »<sup>315</sup>, que le droit civil français ignore<sup>316</sup>. La doctrine le définit comme « un transfert de propriété par lequel le *settlor* transmet un ensemble de biens ou valeurs à un *trustee*,

---

<sup>314</sup> Pour plus de détails en droit privé et international privé, v. notamment : S. GAUDEMET et C. BRENNER, « *Trust* et liquidation civile d'une succession soumise à la loi française », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, 2022/3 ; P. LEPAULLE, « De la nature du *trust* », *JDI* 1927, p. 966 et s. ; P. GULPHE, « Quelques réflexions sur l'institution d'un *trust* à la française », *Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 159 et s. ; J.-P. BÉRAUDO, *Les trust anglo-américains et le droit français*, thèse, Paris, LGDJ, 1992 ; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, thèse, Paris II, LGDJ, 2004 ; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, thèse, Paris, Litec, 2004 ; J.-D. BREDIN, « L'évolution du *trust* dans la jurisprudence française », *Trav. com. fr. DIP*, 1973-1975, p. 137.

<sup>315</sup> S. GODECHOT, *thèse préc.*, p. 19, n° 4. Il est connu de nombreux pays du Commonwealth (Royaume-Uni, États-Unis, Canada, Australie) mais aussi au Mexique, au Venezuela, au Québec, en Israël, au Japon ou encore au Sri-Lanka. Sur le rayonnement géographique du *trust*, v. notamment : M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2018, p. 581, n° 1009 et les notes citées.

<sup>316</sup> Comme le rappellent à juste titre les Professeurs GAUDEMET et BRENNER, « la convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985, relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, qui a été signée par la France le 26 novembre 1991, n'a jamais été ratifiée par elle et a peu de chances de l'être dans un avenir proche, la crainte étant que la reconnaissance, sans réserve, de *trusts* constitués à l'étranger, n'établisse une concurrence défavorable à la fiducie [...] ». Et de poursuivre que : « Le règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, dit « Règlement Successions », laisse en dehors de son champ d'application les questions liées à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution du *trust* ; ce qui conserve naturellement compétence à la loi applicable à la succession *ab intestat* pour prendre en considération, suivant sa logique et son organisation propre, la matière et les effets successoraux du *trust* dont l'existence se trouverait, par ailleurs, reconnue » (S. GAUDEMET et C. BRENNER, *art. préc.*). *Comp. en droit fiscal* où la loi de finances rectificative pour 2011 (loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011) a introduit dans la législation française, spécialement dans le Code général des impôts, diverses dispositions relatives à l'imposition de certains *trusts*.

[en imposant] à celui-ci d'en remettre le revenu ou le capital dans certaines conditions à un ou plusieurs bénéficiaires déterminés ou déterminables (*cestuis que trust*) qui peuvent être le constituant lui-même ou une ou plusieurs autres personnes »<sup>317</sup>.

À première vue, le *trust* anglo-américain s'apparente à la fiducie puisque celle-ci se définit comme « 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 » (C. civ., art. 2011). Cependant, alors que la fiducie suppose un transfert de propriété du patrimoine du constituant à celui du fiduciaire<sup>318</sup>, le *trust*-libéralité est fondé sur un dédoublement original de la propriété : celle revenant au *trustee*, correspondant à une propriété légale (dit « *legal ownership* ») et celle revenant au(x) bénéficiaire(s), appelée *equitable interest* ou *beneficial ownership*<sup>319</sup>. Ce *beneficial ownership* ne « constitue en rien un démembrement de propriété des biens mis en *trust*. C'est un droit qui existe parallèlement au droit du *trustee*, en sus de celui-ci [...] »<sup>320</sup>. Par conséquent, *trust* et fiducie ne peuvent ni ne doivent être assimilés.

En pratique, le *trust* peut servir de multiples finalités : il peut avoir pour objet la garantie du paiement des dettes du constituant, la gestion ou l'administration ou encore la transmission à titre libéral de ses biens. En outre, si sa constitution résulte le plus souvent d'un acte volontaire du constituant, spécialement lorsque son but est libéral, il peut également être imposé par la loi ou par le juge pour la gestion des biens d'un enfant mineur, par exemple<sup>321</sup>. C'est dire la diversité des fonctions et des sources du *trust*.

**83. Validité du *trust*-libéralité en droit français** – Dans sa fonction libérale, on distingue classiquement le *trust*-libéralité constitué au moyen d'un acte entre vifs et le *trust*-libéralité réalisé au moyen d'un testament. S'agit-il d'un *trust* testamentaire ? Il se réalise entièrement au

---

<sup>317</sup> C. BRENNER, *J.-Cl Civil Code.*, art. 912 à 930-5, fasc. 30, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Imputation des libéralités », 2021, n° 65.

<sup>318</sup> En ce sens, v. par exemple : B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », *Liber amicorum C. LARROUMET*, S. BROS et B. MALLET-BRICOUT (dir.), Paris, Economica, 2009, p. 297 et s. *Contra*, v. notamment : R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, art. 38631, n° 25, qui considère que les « indices d'absence de propriété abondent » parmi les dispositions originelles relatives à la fiducie (C. civ., art. 2011 et s.).

<sup>319</sup> En ce sens, v. : S. GAUDEMET et C. BRENNER, *art. préc.* ; G. BZOWSKI, *L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété*, thèse, Paris II, 2011, p. 317.

<sup>320</sup> F. BARRIÈRE, « L'appréhension du *trust* », *D.* 2017, p. 1200, n° 7.

<sup>321</sup> Pour plus de détails sur les diverses sources et fonctions du *trust*, v. notamment : S. GAUDEMET et C. BRENNER, *art. préc.*

décès du *settlor* : ce dernier désigne dans son testament, un *trustee* qui tiendra les biens successoraux en *trust* au bénéfice des héritiers ou d'autres personnes et leur reversera le revenu ou le capital suivant les modalités fixées par le testament. S'agit-il au contraire d'un *trust* entre vifs ? Il permet au *settlor* de transmettre de son vivant au *trustee* les biens qui en sont l'objet, à charge pour ce dernier de les administrer et éventuellement de lui reverser les revenus du capital sa vie durant, puis de transmettre au décès du *settlor*, ou plus tard encore<sup>322</sup>, le bénéfice du *trust* aux bénéficiaires désignés dans les conditions fixées.

Une telle opération est valable au regard de la loi successorale française. En effet, dans un arrêt du 10 janvier 1970, la cour d'appel de Paris, ayant reçu compétence pour statuer sur la succession d'un citoyen ayant constitué à l'étranger un *trust*-libéralité entre vifs, a jugé : « [une telle] convention, [...] relevant non de la loi successorale [française], mais de la loi d'autonomie, c'est-à-dire de la loi sur l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer, les droits acquis par les bénéficiaires du *trust* [peuvent] être remis en question dans le cadre de la loi successorale française dans la mesure où ils [portent] atteinte aux règles d'ordre public relatives à la réserve »<sup>323</sup>. Ainsi, dès lors que les effets qu'il est appelé à produire ne sont pas contraires à l'ordre public français, le *trust*-libéralité entre vifs constitué à l'étranger est donc valable en France.

**84. Requalification en donation indirecte : exemple de l'affaire Zieseniss** – Qu'en est-il alors de sa qualification ? À la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation a eu à connaître de cette question, spécialement à propos d'un *trust*-libéralité entre vifs révocable dont les valeurs placées ont été transférées aux bénéficiaires au décès du constituant<sup>324</sup>. En l'espèce, laissant

---

<sup>322</sup> Par exemple « lorsque le bénéficiaire désigné atteindra tel âge » (c'est notamment l'hypothèse de l'affaire Zieseniss ci-après étudiée) ou « lorsque le conjoint survivant bénéficiaire de la jouissance ou des revenus décèdera à son tour » (S. GAUDEMET et C. BRENNER, *art. préc.*).

<sup>323</sup> CA Paris, 10 janvier 1970, *Clunet* 1973, p. 207 ; *D.* 1972, p. 122, note P. MALAURIE ; *GP.* 1970. I, p. 313, note R. S. ; *Rev. crit. DIP* 1971, p. 518, note G. DROZ. *Rapp.* : T. civ. Seine, 16 mai 1906, (3 décisions), *Clunet*, 1910, p. 1229 ; *RDIP* 1907, p. 239, note M. NAST.

<sup>324</sup> Cinq décisions ont été rendues dans cette affaire : TGI Paris, 28 novembre 1990 ; TGI Paris, 28 septembre 1993, *RTD civ.* 1994, p. 401, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93 ; *D.* 1996, chron. p. 231 et s., Y. LEQUETTE ; *JCP G.* 1996. II, p. 22647, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *Rev. crit. DIP.* 1996, p. 692, note G. A.L. DROZ, *Defrénois* 1997, art. 36457, p. 26, note T. VIGNAL, *RTD civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN ; TGI Paris, 7 avril 1999, *RTD civ.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN, *D.* 1999, p. 683, note Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 693, note M. GORÉ, *Dr. fam.* 1999, p. 24, note B. B. ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, *AJ fam.* 2001, n° 1, p. 29, *RTD civ.* 2001, p. 931, obs. J. PATARIN. Sur l'avenir d'une telle hypothèse contentieuse, à savoir celle de l'étranger décédé en France où il s'était installé et ayant constitué un *trust* conformément à sa loi nationale, au regard du règlement dit « règlement Successions » du 4 juillet 2012, v. : S. GAUDEMET et C. BRENNER, *art. préc.*

pour lui succéder un enfant et deux petits-enfants venant en représentation d'un enfant prédécédé, une citoyenne américaine domiciliée en France avait constitué, de son vivant, un *trust* révocable au terme duquel une banque américaine était chargée de gérer les actions qu'elle lui remettait, puis de lui verser les revenus sa vie durant et, après son décès, de verser le capital à l'ensemble de ses petits-enfants s'ils étaient, à ce jour, âgés de vingt-cinq ans minimum. Par la suite, elle avait modifié les bénéficiaires en nommant seulement ses petits-enfants issus de son enfant demeuré en vie. À son décès, un litige était né quant à l'ordre d'imputation et de réduction du *trust*. Précisément, les parties s'interrogeaient sur le point de savoir si le *trust* litigieux réalisait une donation entre vifs au profit des bénéficiaires, imputable à la date de sa constitution et réduites après les legs et les donations hors port ultérieures, ou un legs, imputable simultanément après les donations et réduits proportionnellement à leur valeur.

Tandis que les juges de première instance et la cour d'appel de Paris prirent partis en faveur de la qualification de legs particulier, la Cour de cassation plaça le *trust* litigieux dans l'orbe des donations entre vifs, et plus particulièrement des donations indirectes. En effet, au visa des articles 894, 895, 923 et 926 du Code civil, la Haute Juridiction décida que le *trust* litigieux, dont les parties ne contestaient pas qu'il soit dicté par une intention libérale, « a réalisé une donation indirecte [...] ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice ». Au préalable, la Cour avait relevé que « lors de la constitution du *trust* [...], [la disposante] s'était dépouillée d'un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le *trustee* de le remettre, au jour de sa mort, aux bénéficiaires désignés par elle à cette date ». En l'état du droit positif, la libéralité réalisée au moyen d'un *trust inter vivos* révocable constitue donc une forme de donation indirecte. L'idée qui sous-tend cette solution est que l'opération porte sur des biens présents dont le constituant s'appauvrit de son vivant. En d'autres termes, l'effet immédiat du *trust* suffit à regarder l'opération comme une donation indirecte. Une telle analyse juridique est cependant critiquable.

## 2 – La critique de la solution

**85. Absence de droit à l'exécution du *trust ante mortem*** – Il est incontestable que, à l'instar de l'assurance épargne, le *trust* litigieux avait pour objet des biens présents et non des biens successoraux, dont la constituante avait immédiatement transmis la propriété au

*trustee*<sup>325</sup>. De ce point de vue, les juges étaient parfaitement fondés à retenir l'existence d'un dessaisissement immédiat de la constituante dans ses rapports avec le *trustee*.

Qu'en est-il de l'enrichissement des bénéficiaires du *trust* ? Ces derniers avaient-ils acquis un droit certain et effectif sur les biens mis en *trust* du vivant de la souscriptrice ? En principe, les bénéficiaires d'un *trust* jouissent dès la conclusion du *trust*, et indépendamment d'une acceptation de leur désignation<sup>326</sup>, de droits en *equity* sur les biens mis en *trust*. En effet, comme on l'a dit, le *trust* anglo-saxon opère un dédoublement de propriété au terme duquel les bénéficiaires sont investis de l'*equitable interest* sur les biens mis en *trust* – la *legal ownership* revenant quant à elle au *trustee*. Concrètement, cette propriété équitable confère « au bénéficiaire du *trust* des actions – personnelles ou réelles –, afin de le prémunir des atteintes à ses droits légitimes, à son droit à recevoir les biens mis en *trust* »<sup>327</sup>. Ainsi, les bénéficiaires d'un *trust* possèdent un droit de suite sur les biens du *trust*, leur emploi, y compris leur prix de vente, ainsi que sur leurs revenus<sup>328</sup>. De même, la propriété équitable leur confère le droit de « demander une injonction obligeant le *trustee* à se conformer aux obligations qui pèsent sur lui, à gérer les biens du *trust* séparément de son patrimoine personnel [...] »<sup>329</sup>. Enfin, certains *trusts* offrent aux bénéficiaires un véritable pouvoir de disposition sur les biens mis en *trust*<sup>330</sup>. En effet, depuis un arrêt Saunders contre Vautier, la jurisprudence anglo-saxonne admet, sous certaines conditions, que les bénéficiaires d'un *trust* exigent du *trustee* le transfert des biens mis en *trust*<sup>331</sup>. Ainsi, si les bénéficiaires sont pleinement capables et titulaires de droits certains sur les biens, dont seule l'effectivité est retardée, ils peuvent mettre un terme, par eux-mêmes, au *trust*. Au regard des droits dont ils jouissent dès la conclusion du *trust*, en particulier celui

---

<sup>325</sup> Peu important que le *trust* ait été stipulé révocable, « la révocabilité d'un acte portant sur des biens présents n'empêche pas son effet immédiat, car la révocabilité d'un droit n'a pas pour effet de l'anéantir à l'avance » (M. BEHAR-TOUCHAIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, *préc.*, n° 12).

<sup>326</sup> J.-P. BÉRAUDO, *thèse préc.*, n° 36.

<sup>327</sup> F. BARRIÈRE, *art. préc.*, n° 7. Sur la nature tout à la fois personnelle et réelle des droits des bénéficiaires d'un *trust*, v. les explications détaillées : S. GODECHOT, *thèse préc.*, p. 59 et s., n° 40 et s.

<sup>328</sup> J.-P. BÉRAUDO, *Rép. dr. int.*, v° *Trust*, Dalloz, 2012, n° 27. Dans le même sens, v. : S. GODECHOT, *thèse préc.*, p. 61, n° 42 : « le bénéficiaire du *trust* dispose, en vertu des principes anglo-américains, de l'action du *tracing*, qui lui permet, notamment, d'agir contre toute personne en possession des biens du *trust*, n'ayant pas la qualité d'un *bona fide purchaser for value without notice*, celui-ci étant alors considéré comme les détenant à titre de *constructive trustee* ».

<sup>329</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, *préc.*, n° 13 ; P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international privé*, Rousseau, 1932, p. 304 et J.-P. BÉRAUDO, *thèse préc.*, n° 146.

<sup>330</sup> C. BRENNER, *J.-Cl Civil Code.*, art. 912 à 930-5, fasc. 30, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Imputation des libéralités », 2021, n° 65.

<sup>331</sup> Arrêt *Saunders c. Vautier*, 1841 Cr. et Ph. 240 ; Arrêt *Baker c. Archer-Shee*, 1927, K.B. 109.

de demander le transfert des biens auprès du *trustee*, on pourrait donc penser que les bénéficiaires sont immédiatement enrichis.

Il faut cependant tenir compte de la spécificité du *trust* litigieux. En l'espèce, la constituante s'était réservé un pouvoir quasi absolu de revenir sur les dispositions du *trust*. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les stipulations de l'acte constitutif : l'article 5 disposait ainsi que « tant que vivra la disposante, aucune vente ni échange des valeurs figurant sur l'annexe ci-jointe, ni aucune des valeurs reçues en échange de celles-ci selon les instructions données par écrit par la disposante ne seront effectuées par le *trustee*, sauf si la disposante l'a permis par écrit » ; en outre, l'article 8 offrait à la constituante « le droit, à tout moment ou de temps à autre, sans le consentement de quiconque et sans en avertir d'autre personne que le *trustee*, de révoquer tout ou partie du *trust* [...] [et] d'en changer les bénéficiaires ». Autrement dit, le *trust* litigieux était un *trust* révocable – un *living trust* selon la terminologie anglo-saxonne<sup>332</sup> – ne donnant aux bénéficiaires qu'un droit précaire sur les actions transmises au *trustee*. Or l'arrêt Saunders contre Vautier, précédemment signalé, n'offre aux bénéficiaires le droit de mettre fin au *trust* que si l'on est « en présence de droits acquis »<sup>333</sup> sur les biens. Dans ce cas particulier, les bénéficiaires du *trust* litigieux n'ayant aucun droit certain sur les biens mis en *trust* avant le décès de la constituante ne pouvaient pas en provoquer le partage anticipé. En ce sens, Madame BEHAR-TOUCHAIS relève que « dans la mesure où la désignation du bénéficiaire peut être révoquée, ce dernier n'a pas le droit de réclamer les biens mis en *trust*, et de mettre fin au *trust* avant la date prévue, en l'occurrence avant le décès de la constituante »<sup>334</sup>. Dans le même sens, dans son commentaire de l'arrêt Zieseniss, Monsieur LEQUETTE écrit « [la propriété équitable] ne permet pas aux bénéficiaires, lorsqu'ils n'ont, comme en l'espèce, que de *simples espérances*, de réclamer les biens du *trust* et de mettre fin au *trust* avant la date prévue, c'est-à-dire avant le décès du disposant. Une telle demande ne pourra aboutir que le “moment venu” »<sup>335</sup>.

En somme, lorsque comme en l'espèce, le *trust* est stipulé révocable, les bénéficiaires n'ont aucune maîtrise absolue des biens ; tout au plus bénéficient-ils d'une « propriété défensive »<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> P. GULPHE, « Quelques réflexions sur l'institution d'un *trust* à la française », *art. préc.*, p. 161.

<sup>333</sup> S. GODECHOT, *thèse préc.*, p. 342, n° 359.

<sup>334</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, *préc.*, n° 13 ; J.-P. BÉRAUDO, *thèse préc.*, n° 134.

<sup>335</sup> Y. LEQUETTE, « De l'imputation du *trust* et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un *trust* entre vifs », *D.* 1999, p. 683 et s., spéc. n° 14, citant lui-même : J.-P. BÉRAUDO, *thèse préc.*, n° 136 et 139 et s.

<sup>336</sup> J. PATARIN, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 1998, Bull. n° 314, *RTD civ.* 1999, p. 682. *Rapp.* : T. VIGNAL, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, *Defrénois* 1997, art. 36457.

aux fins de faire respecter leur droit futur et incertain à l'acquisition des biens<sup>337</sup>. Or un droit présent à la protection de ses biens est certes un droit existant, mais c'est un droit préliminaire et distinct du droit définitif sur lesdits biens. Par conséquent, on ne peut considérer que l'attribution de droits en *equity* aux bénéficiaires du *trust* litigieux était équivalente, en tant que telle, à une acquisition immédiate des biens mis en *trust*<sup>338</sup>. Il est donc contestable d'affirmer que le *trust* libéralité entre vifs révocable réalise une donation *entre vifs*.

**86. Propriété défensive illusoire ?** – Du reste, on est en droit de se demander si dans l'espèce commentée cette propriété défensive n'était pas totalement illusoire. Cela pour deux raisons. D'une part, lorsque comme en l'espèce, le constituant garde un contrôle quasi-absolu de la gestion des biens par le *trustee* tout en se réservant le droit de changer les bénéficiaires, il est douteux que les bénéficiaires, conscients de la précarité de leurs droits, agissent contre le *trustee* aux motifs que celui-ci ferait des placements risqués de nature à éroder leurs droits sur le capital des biens mis en *trust*. D'autre part, il convient de relever que dans le *trust* litigieux, comme c'est l'usage dans les *trusts* anglo-américains<sup>339</sup>, les bénéficiaires n'avaient pas formulé d'acceptation de leur désignation avant le décès de la constituante<sup>340</sup>. Certes, on l'a vu, cette circonstance est indifférente à l'octroi de leurs droits en *equity* dès lors que ceux-ci résultent, non de la volonté des parties, mais d'une obligation légale. Cependant, le bénéficiaire, lequel n'adhère pas personnellement à la désignation faite à son profit, est susceptible de rester dans l'ignorance de ses droits sur les biens mis en *trust*. Dans ces conditions, on peut douter de ce qu'ils disposent d'une prérogative effective aux fins de faire respecter leurs droits sur les biens.

---

<sup>337</sup> *Comp.* : S. GODECHOT, *thèse préc.*, p. 340 et s., n° 358 et s., spéc. n° 360, pour qui les bénéficiaires d'un *trust* révocable sont titulaires d'un droit acquis (dont seule l'effectivité serait différée) dès « le jour où l'intérêt du bénéficiaire devient vested, selon la terminologie anglaise ». « Pour être en présence d'un vested interest », poursuit l'auteur, « deux conditions doivent être réunies : l'identité du bénéficiaire doit être établie, et son intérêt pour être "in possession" n'est subordonné à aucune autre condition que la fin du précédent interest in possession ».

<sup>338</sup> F. BARRIÈRE, *art. préc.*, n° 7 : « le droit reçu par le bénéficiaire du *trust* à sa constitution se borne à être un droit lui permettant d'agir aux fins de faire respecter ses droits ; [de sorte que] le bénéficiaire ne peut donc pas être considéré comme gratifié des biens mis en *trust* dès alors ».

<sup>339</sup> Sur la question de l'acceptation de la clause bénéficiaire du *trust*, v. notamment : S. GODECHOT, *thèse préc.*, p. 73 et s., n° 54 et s.

<sup>340</sup> Cette absence d'acceptation était l'un des éléments déterminants de la qualification de legs retenue par les juges du fond. En effet, les motifs du jugement de première instance, adoptés par l'arrêt d'appel, relevaient qu'en l'espèce « il n'y [avait] pas eu l'acceptation expresse exigée par l'article 932 du Code civil », de sorte « que le contrat de donation ne [s'était] pas formé ». On notera que la référence à l'acceptation « expresse » était superflue car l'article 932 du Code civil, qui impose l'acceptation expresse de la donation, n'est pas applicable aux donations non solennelles, et donc aux donations indirectes. Aussi bien, le consentement du donataire bénéficiaire d'une donation indirecte peut s'exprimer de manière tacite (v. par exemple : Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-20.461).

À l'instar de l'assurance épargne acceptée *post mortem*, la donation indirecte réalisée au moyen d'un *trust* entre vifs révocable entraîne un décalage temporel entre le dépouillement du disposant et l'enrichissement du donataire. Alors que le premier évènement se réalise immédiatement entre les mains d'un tiers (ici le *trustee*), le second n'a définitivement lieu qu'à la mort du *settlor*. Or c'est une très singulière donation entre vifs que celle qui ne devient définitive qu'après le décès de son auteur.

**87. Conclusion de la première section** – Que conclure au vu de ces développements ? Sans nul doute, la jurisprudence relative à la requalification de la réversion d'usufruit, de l'assurance épargne et du *trust* entre vifs révocable montre qu'en droit positif, contrairement aux enseignements classiques, la donation indirecte n'est pas *toujours* le résultat d'un transfert de propriété entre vifs. En effet, dans chacun des cas signalés, l'exigence d'actualité du dessaisissement, entendue comme un dépouillement *et* un enrichissement du vivant des parties, n'est jamais acquise : il manque, pour y satisfaire, soit l'enrichissement *ante mortem* du bénéficiaire (ainsi dans l'hypothèse de l'assurance et du *trust*) ; soit, plus radicalement, tout mouvement de valeurs du vivant du disposant (ainsi dans l'hypothèse de la réversion d'usufruit).

Au plan des concepts, ces libéralités sont donc infiniment plus proches d'une libéralité à cause de mort, spécialement d'un legs, que de la donation entre vifs. Qu'est-ce, en effet, qu'une libéralité dans laquelle le transfert de propriété s'opère en tout ou partie à la mort de son auteur, sinon un legs, du moins quelque chose qui lui ressemble fortement ? Cette question en soulève immédiatement une autre : si l'actualité du dessaisissement est discutable dans les hypothèses envisagées, pourquoi le droit positif persiste-t-il à les qualifier de donation indirecte ? Serait-il conceptuellement impossible d'envisager un legs *indirect* ? C'est ce qu'il convient désormais de vérifier.

## SECTION 2 – L'INEXISTENCE JURIDIQUE DU LEGS INDIRECT

**88. Analyse des textes et de la jurisprudence** – Le droit français admet-il la validité des legs informels, et plus particulièrement des legs indirects au sens où l'on parle ordinairement de donation *indirecte*, c'est-à-dire d'un acte juridique qui n'est pas formellement un acte de donation ? La lecture des dispositions du Code civil invite à une réponse négative. À peine de nullité, les articles 969 et 1001 imposent en effet que le legs soit toujours contenu dans un testament écrit – olographe, notarié, mystique ou international. Le legs oral, on l'a vu, est

strictement interdit en droit français, et ce, depuis l'ordonnance de 1735 du Chancelier DAGUESSEAU<sup>341</sup>. Aussi bien, la loi écarte *a priori* l'existence de legs indirects.

Qu'en est-il de la jurisprudence ? Les juges ont-ils, comme en matière de donations, contourné les exigences légales au point d'admettre l'existence de legs non testamentaires ? La question ne semble pas avoir suscité un contentieux très abondant. Tout au plus, un arrêt rendu en 1930 peut-il être cité, au terme duquel la Cour de Paris a jugé que « si la remise de dette faite entre vifs est soustraite aux formalités requises pour la validité des donations, il en est autrement lorsqu'elle est effectuée par acte de dernière volonté et demeure, dans ce cas, soumise aux conditions de forme des testaments »<sup>342</sup>. Concrètement, une remise de dette réalisant une libéralité à cause de mort est nulle dès lors qu'elle ne respecte pas la forme des testaments. Cette jurisprudence, là encore, laisse ainsi penser qu'un legs empruntant une forme *indirecte* n'est pas valable.

**89. Découverte de legs atypiques** – En affinant l'analyse, on découvre cependant que le droit français reconnaît la validité de legs qui ne correspondent pas parfaitement aux modèles testamentaires légaux. De fait, certains legs – que nous qualifierons d'atypiques – résultent des termes d'une clause ou d'un acte qui, en tant que tel, ne constitue pas un testament. On songe ainsi, par exemple, au legs réalisé au moyen d'une clause d'exclusion d'administration légale ou encore d'un acte de révocation partielle d'un legs conjoint<sup>343</sup>. Or la formalisation singulière de ces legs peut emporter une hésitation quant à leur qualification : ces legs issus d'une clause ou d'un acte qui n'est pas un testament sont-ils des legs indirects ? Si, à première vue, ces legs paraissent s'inscrire en miroir des donations « indirectes », une analyse minutieuse montre qu'ils ne peuvent être qualifiés de legs indirects au sens où l'opinion commune définit la donation indirecte. Pour le montrer (§2), il convient d'abord de décrire la réalité que ces legs atypiques recouvrent (§1).

---

<sup>341</sup> Sur le sujet, v. notamment : M. NICOD, *thèse préc.*, p. 34, n° 87 ; C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 377.

<sup>341</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 34, n° 87. Sur ce point, v. *supra* n° 19.

<sup>342</sup> Paris, 15 octobre 1930, *GP*. 1930. II, p. 777 ; *RTD civ.* 1931, p. 191, obs. R. SAVATIER : *Rapp.* : Besançon, 12 mars 1951, *D.* 1951.37 ; *JCP G.* 1952. II, p. 6667, note P. VOIRIN ; *RTD civ.* 1951, p. 405, obs. R. SAVATIER (à propos d'une stipulation pour autrui réalisée à cause de mort).

<sup>343</sup> On pourrait encore songer à la clause d'exhérédation qui, sur le même modèle que la révocation partielle d'un legs conjoint, enrichit les héritiers subséquents par l'effet de la volonté du testateur.

## §1 – L’EXISTENCE DE LEGS ATYPIQUES

**90. Double illustration** – Une illustration de l’existence de legs atypiques a été donnée par la jurisprudence en matière d’exclusion de l’administration légale de l’ex-conjoint sur les biens légués à l’enfant (A). À cette hypothèse, on peut également ajouter le cas du legs résultant d’un acte de révocation partielle d’un legs conjoint (B).

### A – Le legs par exclusion de l’administration légale

**91. Définition de la clause d’exclusion d’administration légale** – L’article 384 du Code civil prévoit que « 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. Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d’un administrateur légal. Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur *ad hoc* pour le remplacer »<sup>344</sup>. En raison du pouvoir d’administration légale qu’ils détiennent sur les biens de leurs enfants mineurs, les parents se voient en principe confier l’administration et la jouissance des biens que ces enfants reçoivent par libéralité<sup>345</sup>. Cependant, un donateur ou un testateur peut, conformément à l’article 384 précité, soustraire à l’administration légale des parents, les biens qu’il entend donner ou léguer à un enfant mineur. Pour ce faire, il doit désigner un tiers administrateur.

En pratique, cette exclusion « procède d’une motivation variable : soit d’une certaine défiance à l’égard de l’administrateur légal (scepticisme de grands-parents à l’égard de leur enfant ou de leur ex-gendre ou ex-belle-fille, s’agissant de biens donnés aux petits-enfants ou méfiance d’un parent vis-à-vis de son ex-conjoint) comme à l’égard du juge des tutelles dont l’immixtion dans la gestion des affaires ne serait pas jugée souhaitable ; soit d’une volonté bienveillante de soulager un administrateur légal des soucis attachés à la gestion d’un patrimoine plus ou moins complexe »<sup>346</sup>.

**92. Conditions de validité** – S’agissant des conditions préalables de désignation du tiers administrateur, la loi est souple : il n’existe de restriction ni quant à la personne du disposant et

---

<sup>344</sup> C. civ., anc. art. 389-3.

<sup>345</sup> C. civ., art. 382, 386-1 et 386-2-2° *in fine*.

<sup>346</sup> C. FARGE et S. GUILLAUD-BATAILLE, « La désignation d’un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur », *JCP N.* 2019, n° 19, p. 1167.

de l'administrateur désigné, ni quant aux pouvoirs qui lui sont accordés, ni plus quant aux biens visés par l'exclusion<sup>347</sup>. La validité de la clause n'est pas même soumise à la condition que le disposant soit mû par la volonté de protéger l'enfant mineur<sup>348</sup>. La Cour de cassation a en effet considéré qu'une telle exigence ne pouvait être imposée, faute de figurer dans une disposition légale ou constitutionnelle<sup>349</sup>. L'article 384 du Code civil exige seulement que la désignation du tiers administrateur soit toujours adjointe à une donation ou un legs. Ainsi, il interdit de faire usage de la clause d'exclusion d'administration légale dans le cadre d'une dévolution successorale légale<sup>350</sup>. Doit par conséquent être annulée « la désignation testamentaire d'un tiers administrateur sans que n'ait été précisé le fait que le mineur, au cas où il serait également l'héritier légal du défunt, recevrait sa part sa part d'héritage en qualité de légataire »<sup>351</sup>.

Sans contredire cette exigence, la Cour de cassation a jugé, par deux fois, que la clause d'exclusion « caractérisait » un legs sur lequel s'appliquait la privation de l'administration légale<sup>352</sup>.

**93. Requalification jurisprudentielle en legs : exposé des décisions** – Dans la première affaire en date du 11 février 2015, un homme était décédé en laissant à sa succession ses deux

---

<sup>347</sup> En doctrine, cette liberté suscite d'après discussions en ce qu'elle serait contraire au droit à une réserve libre de charges. Sur ce débat, v. notamment : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale », *Mélanges R. LE GUIDE*, LexisNexis, 2014, p. 333 et s. ; D. BOULANGER, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion et de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N.* 1994, p. 363.

<sup>348</sup> En faveur de cette condition de validité, v. notamment : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. I, par P. ESMEIN et A. PONSARD, Librairies Techniques, 1962, § 123, n° 500 ; Y. FAVIER, « La constitution du patrimoine du mineur par libéralités », *AJ fam.* 2002, p. 360.

<sup>349</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 juin 2013, n° 11-25.946, *JCP N.* 2013, n° 27, act. 741 ; *Defrénois* 2013, p. 972, obs. J. MASSIP ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2017, n° 17-40.035, *JCP N.* 2018, n° 30-34, p. 1260, obs. V. PERRUCHOT-TRIBOULET et A. CERMOLACCE ; *RTD civ.* 2017, p. 611, note J. HAUSER ; *AJ fam.* 2017, p. 408, note I. CORPART.

<sup>350</sup> En faveur de cette possibilité, v. : M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, *RTD civ.* 2015, p. 668 ; C. VERNIÈRES, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *AJ fam.* 2015, p. 237 ; 113<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, Lille, 17-20 septembre 2017, n° 1848 ; F. HARTMAN, *La notion de libéralité*, thèse, Paris I, 2018, p. 124, n° 92 ; C. FARGE et S. GUILLAUD-BATAILLE, « La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur », *JCP N.* 2019, n° 19, p. 1167.

<sup>351</sup> C. FARGE et S. GUILLAUD-BATAILLE, « La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur », *JCP N.* 2019, n° 19, p. 1167.

<sup>352</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586 ; *Dr. fam.* 2015, n° 75, obs. M. NICOD ; *AJ fam.* 2015, p. 237, obs. C. VERNIÈRES ; *RTD civ.* 2015, 354, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2015, comm. 80, obs. I. MARIA ; *RDC* 2015, p. 901, note S. GODECHOT-PATRIS ; *Dr. pat.* janvier 2016, p. 61, note C. BLANCHARD ; *GP* juin 2015, p. 29, note S. LEROND ; *RLDC* 2015-125/58, note M. JAOUÏ ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.146 et n° 14-18.856 ; *D.* 2015, p. 1318 ; *RTD civ.* 2015, p. 584, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2015, p. 668, obs. M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2015, p. 551, obs. J. CASEY.

enfants mineurs. Par testament olographe, il avait légué un tiers des biens de sa succession à sa sœur et avait déclaré s'opposer à ce que son ex-épouse, mère des enfants mineurs, administre et gère « [le] patrimoine qui reviendr[ait] à [ses] enfants », désignant pour ce faire sa sœur et son père. Aux demandeurs au pourvoi qui reprochaient à la cour d'appel d'avoir invalidé l'exclusion de l'administration, faute pour la clause d'être accolée à un legs, la Cour de cassation répond « qu'en statuant ainsi, alors que la clause d'exclusion de l'administration légale qui emportait privation de la jouissance légale de la mère avait nécessairement pour effet d'augmenter les droits des mineurs sur leur émolument dans la succession de leur père, de sorte qu'une telle clause stipulée par le testateur pour "mon patrimoine qui reviendra à mes enfants", caractérisait un legs, la cour d'appel a dénaturé [les termes clairs et précis du testament] ».

Dans la seconde affaire, soumise à la Cour de cassation le 10 juin 2015, un homme avait, par testament olographe, institué son épouse légataire universelle et légataire particulière d'un certain nombre de biens, en précisant que « tout le reste de [ses] biens et œuvres d'art » reviendrait à son fils mineur. Le testateur avait également stipulé une clause d'exclusion d'administration légale selon laquelle la mère de l'enfant mineur n'aurait « ni l'administration légale ni la jouissance légale » des biens successoraux recueillis par son enfant. Contestant la validité de la clause comme n'intégrant pas une libéralité, la mère survivante avait assigné l'administrateur désigné en nullité de l'acte. Sa demande fut accueillie par la cour d'appel. Mais sa décision est cassée par la Haute Juridiction qui affirme, sur le visa de l'article 1002 du Code civil (distinguant les legs universels, à titre universel et à titre particulier), que « [le fils du défunt] s'est vu léguer 'tout le reste' des biens et œuvres d'art de son père, ainsi que les fruits attachés à la jouissance légale dont sa mère a été privée ».

**94. Transfert des revenus de l'universalité des biens** – Dans les deux affaires qui précèdent, la clause d'exclusion visait une universalité de biens – en l'occurrence, « mon patrimoine qui reviendra à mes enfants » ou « tout le reste des biens et œuvres d'art ». La Cour de cassation en a déduit que, dans un tel cas, la clause était révélatrice d'un legs sur lequel s'appliquait l'exclusion de l'administration légale. Par conséquent, elle a admis que celle-ci était bel et bien apposée à une libéralité, et ce, en accord avec l'exigence prescrite à l'article 384 du Code civil.

Comment justifier que la clause révélait une libéralité et donc un enrichissement au profit des mineurs ? Pour le comprendre, il faut considérer les règles de l'administration et de la jouissance légale des biens du mineur. En vertu de l'article 386-1 du Code civil, la jouissance

légale des biens du mineur est attachée à l'administration légale. Elle revient ainsi aux parents en commun ou au seul parent chargé exceptionnellement de l'administration légale<sup>353</sup>. En principe, les droits conférés aux titulaires de la jouissance légale sont ceux de tout usufruitier. Bénéficiant du *fructus*, le titulaire de la jouissance légale peut ainsi, par exemple, occuper gratuitement les biens du mineur, encaisser les loyers ou en percevoir les intérêts<sup>354</sup>. Mais, sauf surplus lui revenant personnellement, l'administrateur légal doit prélever sur cet usufruit les sommes nécessaires aux frais de nourriture, d'entretien et d'éducation<sup>355</sup>. Or selon la Cour de cassation, puisque la jouissance légale, attachée à l'administration légale, est un usufruit permettant à son titulaire de percevoir les fruits des biens du mineur, la privation de ce droit d'administration légale emporte transfert aux mineurs des revenus des biens. Autrement dit, selon la Cour de cassation, « priver l'administrateur légal de son droit de jouissance sur les biens donnés ou légués au mineur, c'est libérer les biens de la charge qui les grève et permettre au mineur d'en recouvrer l'usufruit »<sup>356</sup>.

**95. Assimilation au legs d'attribution** – La doctrine est majoritairement opposée à cette justification car, dit-on, l'exclusion de la jouissance légale n'augmenterait pas les droits des mineurs sur leur émolument. En ce sens, Monsieur VERNIÈRES explique que la valeur des biens reçue par un mineur à l'occasion d'une succession n'est jamais diminuée de cette jouissance car « le titulaire de l'autorité parentale ne jouit pas des biens de l'enfant pour son propre profit, comme le ferait un véritable usufruitier, mais dans l'intérêt de l'enfant »<sup>357</sup>. Par conséquent, la privation du droit d'usufruit sur les biens légués n'emporterait aucun transfert des fruits aux mineurs et donc aucun avantage économique constitutif d'une libéralité.

En réalité, cette analyse est discutable, notamment si l'on accepte de rapprocher la clause d'exclusion d'administration légale du legs d'attribution. Le legs d'attribution, appelé aussi « legs avec assignation de part », est un legs qui, à l'inverse du legs ordinaire par nature précipitaire, doit être restitué à la masse à partager. En pratique, le legs d'attribution permet à son bénéficiaire, également héritier, de recevoir sur sa part le ou les biens légués. Contrairement au legs ordinaire, le legs d'attribution n'avantage donc pas économiquement le légataire. Ce

---

<sup>353</sup> I. CORPART, *Rép. civ.*, v° Administration légale des biens du mineur, Dalloz, 2021, n° 93.

<sup>354</sup> *Ibid*, n° 109.

<sup>355</sup> *Ibid*, n° 113.

<sup>356</sup> C. PÉRES, « La clause d'exclusion de l'administration légale ou de la jouissance légale : une intarissable controverse du droit de la famille ? », *RDA* 2018, n° 17, p. 60, spéc. p. 72.

<sup>357</sup> En ce sens, v. : C. VERNIÈRES, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, *préc.* ; F. HARTMAN, *thèse préc.*, p. 123, n° 92.

dernier est seulement certain, du fait que le rapport s'exerce en moins prenant, de se voir attribuer dans le partage le bien légué sans indivision avec ses cohéritiers<sup>358</sup>. Or personne ne conteste aujourd'hui que ce legs, plus répartitif que dévolutif, constitue une véritable libéralité à cause de mort. Sous le bénéfice de ce rapprochement, il est donc permis de considérer que la clause d'exclusion d'administration légale fait apparaître un avantage économique au profit des mineurs.

En somme, sous réserve de l'existence d'un *animus testandi*, les juges peuvent bien découvrir un legs dans une clause d'exclusion d'administration légale. Une même conclusion s'impose à propos de la révocation partielle d'un legs conjoint.

## **B – Le legs par révocation partielle d'un legs conjoint**

**96. Définition du legs conjoint** – Le legs conjoint est une libéralité à cause de mort par laquelle un testateur dispose d'un bien simultanément à plusieurs personnes. En ce sens, l'alinéa 2 de l'article 1044 du Code civil énonce que « le legs [est] réputé fait conjointement lorsqu'il [l'est] par une seule et même disposition et que le testateur n'[a] pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée »<sup>359</sup>. Il en va ainsi de la mère qui déclare vouloir léguer « [son] portefeuille de valeurs mobilières à [ses] deux enfants en même temps qu'à [son] neveu ». La conjonction est ici dite « *re* » et « *verbis* », réelle et verbale, car les légataires sont joints à la fois par la phrase qui les désigne et par la chose léguée. Si le legs s'exécute en l'état, chaque légataire possède vocation à la totalité du bien et doit seulement supporter le concours de l'autre légataire investi d'un droit égal.

Cependant, il n'y a pas de legs conjoint si le testateur a légué la même chose à plusieurs personnes tout en limitant l'émolument auquel chacun peut prétendre : ainsi de la mère qui déclare vouloir léguer « [son] portefeuille de valeurs mobilières, en trois parts égales à [ses] enfants et [son] neveu ». La conjonction est alors seulement verbale car les légataires sont certes liés par la phrase mais pas par la chose. Or selon l'article 1044 du Code civil, une telle conjonction est insuffisante à réputer le legs conjoint.

---

<sup>358</sup> En ce sens, v. : C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 390, n° 670.

<sup>359</sup> V. également l'article 1045 du Code civil, selon lequel « il sera encore réputé fait conjointement quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément ».

**97. Révocation partielle du legs conjoint et accroissement** – S’agissant d’une disposition testamentaire, le legs conjoint peut être librement révoqué (C. civ., art. 895)<sup>360</sup>. Ce droit de révocation est un droit discrétionnaire attaché à la personne du testateur jusqu’à son décès<sup>361</sup> et revêt un caractère d’ordre public<sup>362</sup>. En conséquence, le testateur peut valablement décider de revenir sur son legs conjoint, soit en révoquant l’ensemble du legs, soit en écartant l’un de ses bénéficiaires.

En cas de révocation partielle du legs conjoint, l’article 1044 précité prévoit que le legs accroît aux colégataires ; qu’ « il y a lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement »<sup>363</sup>. La fraction du legs conjoint échappant au légataire « chassé » est ainsi transmise aux autres légataires. Aussi bien, l’accroissement résultant de la révocation partielle du legs procure un avantage économique aux colégataires : grâce à elle, ils « récupèrent » sur le bien légué une portion plus importante que celle qu’il leur était initialement attribuée. Or ne pourrait-on pas découvrir derrière cet enrichissement l’existence d’un nouveau legs au profit des colégataires ? La réponse à cette question nous paraît résider dans la solution du droit positif en matière de renonciation abdicative à succession.

**98. Rapprochement avec la renonciation abdicative à succession** – Lorsqu’un héritier renonce à une succession, sa part d’hérédité est dévolue à ses représentants ; à défaut, elle accroît celle de ses cohéritiers ; s’il est seul, elle est réservée aux degrés subséquents. En outre, selon l’article 805, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, l’héritier qui renonce est censé n’avoir jamais été héritier. Tout se passe comme si la renonciation avait un effet rétroactif : « elle supprime pour

---

<sup>360</sup> Cette révocation doit intervenir dans les formes prescrites par le Code civil (C. civ., art. 1035 et s.). À cet égard, la Cour de cassation a jugé que cette révocation, même tacite, ne saurait résulter de la réalisation par le testateur d’une donation n’emportant pas aliénation de la chose léguée (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2005, n° 14-18.875, Publié. Sur le sujet, v. notamment : C. GOLDIE-GENICON, « Quand le formalisme de la révocation des testaments bride l’examen de la volonté révocatoire », *RDC* 2016, n° 112x2, p. 88).

<sup>361</sup> Cass. req., 22 août 1836, *DP* 1837. I, p. 137 ; CA Toulouse, 17 janvier 1876, *S.* 1876, p. 141 ; CA Bordeaux, 5 mai 1879, *S.* 1879 p. 216 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, n° 02-20.883, Bull. n° 297, *D.* 2005, p. 1621, note J.-Y. MARECHAL ; *JCP G.* 2005. I, p. 187, n° 9, obs. R. LE GUIDEC ; *JCP G.* 2005. II, n° 10179, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2005, p. 104, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 202005, p. 443, obs. M. GRIMALDI, *RLDC* 2005/13, n° 547, obs. F. LEANDRI ; *Defrénois* 2005, p. 76, note G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. fam.* 2005, comm. 16, note B. BEIGNER ; *RJPF* 2005-2/49, obs. J. CASEY ; *AJ fam.* 2005, p. 24, obs. F. BICHERON.

<sup>362</sup> Doivent ainsi être réputées non écrites toutes clauses visant à priver le testateur de son droit de révocation (Cass. req., 22 août 1836, *DP* 1837. I, p. 137 ; CA Bordeaux, 5 mai 1879, *S.* 1879, p. 216).

<sup>363</sup> Solution constante en jurisprudence, v. : Cass. req., 4 décembre 1895, *DP* 1896. I, p. 393 ; Cass. req., 30 mars 1897, *DP* 1898. I, p. 153 ; TGI Paris, 14 juin 1995, *JD* n° 1995-045281.

l'avenir comme pour le passé la qualité d'héritier du renonçant, ses droits sur l'actif sont anéantis, corrélativement, il n'a pas à prendre en charge le passif»<sup>364</sup>. Or puisque l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais hérité, le bénéfice recueilli par l'héritier subséquent est un droit successoral qu'il tient de la loi. Pourtant, la Cour de cassation décide depuis longtemps que si l'accroissement au profit de l'héritier est le fruit d'une volonté libérale du renonçant, la renonciation emporte donation indirecte au profit des cohéritiers du renonçant<sup>365</sup>. En effet, selon les Hauts magistrats, même si l'enrichissement de l'héritier subséquent est l'œuvre de la loi, sa cause efficiente est bien la volonté du renonçant : c'est parce la volonté du renonçant a pour effet positif de libérer le mécanisme légal d'enrichissement que la renonciation abdicative à succession réalise une libéralité<sup>366</sup>. En conséquence, la renonciation *a priori* abdicative à succession est analysée comme une renonciation translatrice.

Le même raisonnement semble pouvoir être tenu à l'égard de la révocation partielle du legs conjoint. En effet, la révocation d'un legs – partielle ou totale – émane toujours de la volonté du testateur. Précisément, c'est un acte de disposition de dernière *volonté* portant sur la succession future du testateur. En ce sens, Monsieur SAVATIER écrit : « révoquer, c'est disposer : dépouiller de sa succession ceux qu'on y avait appelés, c'est attribuer cette succession à ceux qu'on en avait d'abord dépouillés »<sup>367</sup>. De même, Messieurs MALAURIE et BRENNER enseignent que : « révoquer un testament, ce n'est pas seulement le priver d'effets ; c'est aussi *disposer* ou faire renaître indirectement des droits que le testament avait écartés »<sup>368</sup>. La jurisprudence valide d'ailleurs cette analyse puisque, selon elle, « la révocation de tout legs antérieur est nécessairement une *disposition* de dernière volonté »<sup>369</sup>. En droit positif, la

---

<sup>364</sup> A. SÉRIAUX, *J.-Cl. Civil Code*, art. 804 à 808, fasc. unique, « Successions – L'option de l'héritier – La renonciation à succession, 2017, n° 12.

<sup>365</sup> En ce sens, v. : Cass. req., 15 novembre 1858, *DP* 1858. I, p. 433 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1959, Bull. n° 554 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, *D.* 1962, p. 657, note J. BOULANGER ; *JCP G.* 1963. I, p. 12973, note P. VOIRIN ; *RTD civ.* 1961, p. 715, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 1974, Bull. n° 162 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-28.154, *AJ fam.* 2017, p. 149, obs. N. LEVILLAIN ; *Rev. soc.* 2017, p. 42, note H. HOVASSE ; *RJPF* 2017, p. 45, note F. SAUVAGE.

<sup>366</sup> *Contra*, v. notamment : G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil – Étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, thèse, Paris, 1971 : « L'abandon d'un droit, en effet, et son sort ultérieur, ne sont point les deux aspects d'une même opération juridique, mais deux opérations indépendantes l'une de l'autre. L'une émane de la volonté du renonçant et se réalise par l'abandon pur et simple du droit renoncé. L'autre émane de la volonté du législateur qui s'emparant de ce droit, détermine son sort ultérieur que la volonté du renonçant est impuissante à modifier ». Pour une position assez proche, v. également : Y. SEILLAN, « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966, p. 687 et s. ; N. SIBICIANO, *Théorie générale de la renonciation en droit civil français*, thèse, Paris, 1932, n° 81 et s.

<sup>367</sup> R. SAVATIER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mai 1965, *JCP G.* 1965. II, p. 14311.

<sup>368</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 304, n° 396.

<sup>369</sup> Cass. req., 17 mai 1814, *S.* 1814. I, p. 563.

révocation d'un legs est donc considérée comme un acte de volonté au profit des héritiers légaux. Transposée à l'hypothèse du legs conjoint, cette solution permet de penser que la révocation partielle d'un legs conjoint constitue, elle aussi, une disposition du testateur traduisant la volonté d'avantager les colégataires subsistants. Or si la révocation partielle d'un legs conjoint est un acte de volonté, on peut, à l'instar de ce qui est admis pour la renonciation abdicative à succession, considérer que cette volonté constitue la cause efficiente de l'accroissement des colégataires. Partant, il ne paraît pas incongru de soutenir que la révocation partielle d'un legs conjoint réalisée dans une intention libérale est constitutive d'une libéralité au profit des colégataires.

**99. Synthèse** – En définitive, qu'il s'agisse du legs par exclusion de l'administration légale ou du legs par révocation partielle d'un legs conjoint, ces hypothèses montrent qu'un legs peut valablement résulter ou s'inférer d'une clause ou d'un acte dont l'objet n'est pas de réaliser une libéralité. La reconnaissance de ces legs atypiques interroge : peut-on les qualifier de legs testamentaires ? Au contraire, ne convient-il pas de les qualifier de legs indirects à l'image de ce pourquoi on qualifie certaines donations d'indirectes ? Si la part d'atypicité de ces legs les éloigne certainement des modèles testamentaires légaux, au moins en apparence, il ne nous semble pas possible de parler, à leur égard, de legs « indirect » au sens où l'on parle de donation « indirecte ».

## §2 – LA QUALIFICATION DES LEGS ATYPIQUES

**100. Annonce** – Les legs atypiques ci-dessus examinés ne peuvent, à notre avis, recevoir la qualification de legs indirects dans la mesure où ils sont portés par un testament légal (A). Dès lors, la qualification de legs testamentaire paraît devoir s'imposer. Toutefois, comme l'intention libérale des auteurs de ces legs ne s'exprime pas avec clarté, c'est la qualification de legs testamentaire *implicite* qui aura notre préférence (B).

### A – L'impropriété de la qualification de legs indirect

**101. Annonce** – D'après la doctrine majoritaire, une donation est dite « indirecte » lorsqu'elle résulte d'un acte instrumentaire ne respectant pas le formalisme notarié des donations imposé par les articles 931 et 932 du Code civil. Par analogie, on doit donc considérer qu'un legs est « indirect » lorsqu'il ne suit pas les formalités de confection matérielle du testament. Or tel n'est pas le cas des legs examinés : s'ils contiennent une part certaine

d'atypicité, tous sont portés par des testaments réguliers en la forme. Avant de le montrer (2), il est nécessaire de brièvement revenir sur les formalités de confection du testament (1).

### *1 – Les formalités de confection du testament*

**102. Description des exigences légales** – Le formalisme testamentaire, prescrit à peine de nullité<sup>370</sup>, est strict à double titre. D'une part, on l'a dit, la loi encadre les moules testamentaires. L'article 969 du Code civil n'admet ainsi, en dehors de l'établissement exceptionnel de testaments privilégiés ou militaires<sup>371</sup>, que la constitution de testaments authentiques, olographes ou mystiques. Depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1994, il convient d'ajouter à ces trois formes du Code civil le testament international. Il est impératif de recourir à l'une de ces quatre formes prédéterminées pour tester.

D'autre part, chaque forme de testament est soumise à diverses formalités<sup>372</sup>. Ainsi, par exemple, le testament *authentique* suppose la présence de « deux notaires ou [d'un] notaire assisté de deux témoins » (C. civ., art. 971). Le second notaire ou les témoins doivent, à peine de nullité de l'acte, être présents pendant toute sa réalisation : de la dictée des dernières dispositions par le testateur à son écriture et sa lecture par le notaire<sup>373</sup>. En outre, le testament doit être signé par le notaire, les témoins et le testateur<sup>374</sup>. Enfin, conformément aux règles gouvernant les actes dressés par les notaires, il importe que chaque feuillet du testament notarié comporte le paraphe du testateur<sup>375</sup>. Quoique soumis à un formalisme moins lourd, le testament *olographe* demeure un acte solennel. De fait, alors que la confection d'un acte sous seing privé ne requiert en principe que la signature de son auteur, la rédaction d'un testament olographe doit, selon l'article 970 du Code civil, être écrit (« graphe ») en entier (« holo ») de la main du

---

<sup>370</sup> C. civ., art. 1001. Le testateur ne peut d'ailleurs, de lui-même, sauver son testament de la nullité ; s'il souhaite préserver ses dispositions de dernières volontés, il lui faut réécrire son testament dans le strict respect des règles légales (Cass. req., 7 novembre 1853, *D.* 1854. I, p. 29 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 2016, n° 15-17.039, *RTD civ.* 2016, p. 428 ; *AJ fam.* 2016, p. 265, obs. N. LEVILLAIN ; *RDC* 2016, p. 712, note S. GAUDEMET).

<sup>371</sup> C. civ., art. 981 et s.

<sup>372</sup> Pour une explication exhaustive du formalisme propre à chaque testament, v. : M. NICOD et M. GRIMALDI, *Dalloz action – Droit patrimonial de la famille*, 2018-2019, ch. 321, n° 321.09 et s.

<sup>373</sup> Cass. req., 18 janvier 1864 ; *DP* 1864. I, p. 139, *S.* 1864. I, p. 81 ; Cass. req., 17 juillet 1884, *DP* 1886. V, p. 414.

<sup>374</sup> Sauf, naturellement, si le testateur a expressément déclaré ne pas savoir ou pouvoir signer.

<sup>375</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 11-20.702, Bull. n° 201 ; *RTD civ.* 2012, p. 761, obs. M. GRIMALDI ; *D.* 2013, p. 2250, obs. M. NICOD ; *AJ fam.* 2012, p. 618, obs. N. LEVILLAIN.

testateur, ce qui interdit qu'il soit dactylographié<sup>376</sup>. Le testament olographe doit, en outre, contenir une date comprenant l'énonciation précise du jour, du mois et de l'année où le testament a été rédigé. Enfin, le testament doit être signé par le testateur. On connaît les raisons de ces trois exigences. Il s'agit non seulement d'assurer l'authenticité des dispositions prises, dont le testateur ne pourra pas, le plus souvent, lui-même témoigner. Mais également de s'assurer que le testateur était mû par une intention libérale et capable, au moment où il a testé, du contenu de son écrit.

**103. Assouplissement des formalités propres à chaque testament<sup>377</sup>** – Certes, ces exigences ont depuis longtemps été allégées<sup>378</sup>. Ainsi, s'agissant du testament notarié, qui désormais peut être dactylographié, la jurisprudence n'astreint plus le notaire à rapporter mot à mot les paroles du testateur : il peut les mettre en forme et redresser les incorrections de langage pourvu que sa rédaction « conserve exactement le sens et la substance de la dictée »<sup>379</sup>. De même, s'agissant du testament olographe<sup>380</sup>, la Cour de cassation admet qu'il soit rédigé dans une langue étrangère à celui du testateur ou encore que ce dernier ait seulement recopié un modèle<sup>381</sup>, voire même, sous certaines conditions, qu'il ait eu la main guidée par un tiers<sup>382</sup>. En outre, et surtout, la jurisprudence admet de larges dispenses de datation<sup>383</sup>.

---

<sup>376</sup> Cass. civ., 18 mai 1936, *DH* 1936, p. 345 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2013, n° 12-17.870 : « Mais attendu que, selon l'article 970 du Code civil, le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ; que, par une appréciation souveraine des éléments de la cause, la cour d'appel a relevé que le testament litigieux était composé de photocopies d'un testament antérieur, de feuillets manuscrits intercalés, que l'ensemble du document, non daté, n'était pas entièrement rédigé de la main de Francis Michel X... ; qu'elle a justement déduit que cet écrit ne pouvait avoir valeur de testament ; que le moyen n'est fondé aucune de ses branches ».

<sup>377</sup> *Rapp.* : V. AVENA-ROBARDET, « Numérique : les propositions du 117<sup>ème</sup> Congrès des notaires », *AJ fam.* 2021, p. 512.

<sup>378</sup> Pour plus de détails, v. notamment : P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 294 et s., n° 383 et s. ; J.-F. MONTREDON, *thèse préc.*, p. 183 et s., n° 305 et s.

<sup>379</sup> Cass. req., 3 mars 1890, *DP* 1890. I, p. 354 ; Cass. req., 6 décembre 1937, *S.* 1938. I, p. 59.

<sup>380</sup> Pour de plus amples développements, v. : D. GUEVEL, « Remarques sur l'évolution des conditions de forme des testaments olographes », *Mélanges M. GOBERT*, 2004, p. 449 et s.

<sup>381</sup> Lyon, 25 mars 1975, *D.* 1979, p. 263, note B. DUFOUR.

<sup>382</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 1959, Bull. n° 385, *D.* 1959, p. 507, note G. HOLLEAUX.

<sup>383</sup> En ce sens, v. notamment : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 1983, n° 82-11.259, Bull. n° 95 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grand arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 125-126, p. 667 et s. : « Attendu que la cour d'appel a constaté que M. Frédéric X... avait lui-même date son testament de janvier 1975, que sa capacité et sa volonté de gratifier son épouse et ses petits-neveux ne faisaient pas de doute, qu'il n'avait pas établi d'autre testament et qu'il avait déposé le testament litigieux chez un notaire le 26 février suivant. Qu'en décidant, en de telles circonstances, que le testament ne pouvait être tenu pour valable, faute de date, en raison de l'omission du seul quantième du mois qui n'était manifestement que le fruit d'une inadvertance, la juridiction du second degré n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et, par suite, a violé [l'article 970 du Code civil] » ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30

On pourrait multiplier les témoignages favorables à l'assouplissement des conditions formelles du testament<sup>384</sup>, mais le sens de l'évolution est clair : « parce que le testament est une liberté civile, son formalisme est une forme causée. Ce qui compte [pour les juges] c'est [l]a volonté libre et déterminée [du testateur]. [Et] c'est cette même liberté qui permet à une volonté libre une libre expression »<sup>385</sup>.

## 2 – Le respect des formalités par les legs atypiques

**104. Cas de la clause d'exclusion d'administration légale** – S'agissant du legs par exclusion de l'administration légale, on peut observer que, dans les deux décisions analysées, la clause de privation figurait dans un testament dont la validité n'était pas contestée.

Dans la première espèce, le défunt avait entendu d'abord, par testament olographe déposé chez le notaire, instituer légataires universels conjoints ses deux enfants mineurs sous la condition expresse que leur mère ne bénéficiât pas du droit de jouissance légale des biens faisant l'objet desdits legs. Puis, par testament notarié, il avait déclaré « révoquer toutes les dispositions testamentaires antérieures et léguer 33,33 % des biens de [sa] succession à [sa sœur] » avant de rédiger un codicille manuscrit par lequel il avait indiqué qu'il était « opposé à ce que [son] ex-épouse administre et gère [son] patrimoine qui reviendr[ait] à [ses] enfants et confi[ait] cette mission exclusivement à [sa] sœur, qui se fer[ait] le cas échéant assister de [son] père ».

Dans la seconde affaire, le défunt avait d'abord, par testament olographe enregistré après son décès, légué des biens particuliers à sa « compagne et future épouse » en indiquant que « tout le reste de [ses] biens et œuvre d'art reviendra à [son] fils. Une liste sera établie et remise à [un tiers] ». Puis, par un mandat posthume, il avait donné à ce tiers le mandat de gérer et d'administrer la totalité du capital de sa société avant d'ajouter un codicille au testament manuscrit par lequel il avait indiqué qu'il « entend[ait] que [son] épouse reçoive le maximum en pleine propriété permis par la loi dans [sa] succession et déclare l'instituer pour [sa] légataire universelle ».

---

juin 1992, n° 90-10.021, Bull. n° 215 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2007, n° 05-14.366, Bull. n° 182, *RTD civ.* 2007, p. 606, note M. GRIMALDI : « Mais attendu qu'en dépit de son absence de date, un testament olographe n'encourt pas la nullité dès lors que des éléments intrinsèques à l'acte, corroborés par des éléments extrinsèques, établissent qu'il a été rédigé au cours d'une période déterminée et qu'il n'est pas démontré qu'au cours de cette période, le testateur ait été frappé d'une incapacité de tester ou ait rédigé un testament révocatoire ou incompatible ».

<sup>384</sup> Sur ce sujet, v. : P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 294 et s., n° 513 et s.

<sup>385</sup> B. BEIGNER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janvier 2005, *préc.*

Dans l'une et l'autre affaire soumise à la Cour de cassation, on peut ainsi voir que l'exclusion de l'ex-conjoint de l'administration légale des biens des enfants mineurs avait été faite par voie de codicille, c'est-à-dire par un acte complétant le testament notarié ou olographe. Or une telle intégration de la clause dans les dispositions testamentaires du défunt, régulières en la forme<sup>386</sup>, exclut assurément que l'on regarde les legs faits aux mineurs comme des legs indirects. Selon nous, ces legs relèvent bien plus sûrement de la qualification de legs testamentaires. La même conclusion s'impose à propos de la révocation partielle d'un legs conjoint.

**105. Cas de la révocation partielle d'un legs conjoint** – La révocation partielle d'un legs conjoint peut-elle s'opérer de manière informelle ? Les articles 1035 et 1036 du Code civil fournissent une réponse négative.

Le premier de ces textes prévoit que la révocation volontaire totale ou partielle d'un legs doit s'opérer « par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté ». Le testateur qui désire révoquer expressément son legs conjoint a donc le choix entre la rédaction d'un nouveau testament, conforme au formalisme testamentaire<sup>387</sup>, et un acte devant notaire dont les règles de confection sont quasi-identiques à celles du testament authentique<sup>388</sup>.

En outre, l'article 1036 du Code civil prévoit qu'à défaut de révocation expresse, le testateur est censé avoir tacitement révoqué son legs par un testament postérieur, là encore respectueux du formalisme légal, dont les dispositions se révèlent incompatibles avec les précédents. La révocation partielle d'un legs conjoint peut ainsi résulter d'un testament postérieur aux termes duquel le défunt a légué une fraction du bien légué à un proche, en lieu et place d'un des colégataires initialement désignés.

En tout état de cause, la révocation partielle d'un legs conjoint n'est efficace que moyennant le respect du formalisme testamentaire. Partant, comme cela est le cas concernant le legs par clause d'exclusion d'administration légale de legs indirect, il n'est pas possible de qualifier le

---

<sup>386</sup> Ce que relève explicitement la cour d'appel de Versailles, statuant sur renvoi dans l'affaire ayant donné lieu à la décision précitée du 11 février 2015 et annulant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 24 septembre 2013 : « considérant que les dispositions testamentaires prises par Olivier Y... et notamment le codicille rédigé le 20 novembre 2010, dont la validité reste acquise aux débats à défaut de décision judiciaire contraire ayant force de chose jugée, expriment sa volonté certaine d'exclure Isabelle X... de l'administration légale des biens composant sa succession et revenant à ses deux enfants mineurs » (CA Versailles, 22 octobre 2015, RG n° 15/02407).

<sup>387</sup> Le testament nul pour vice de forme ne peut entraîner la révocation d'un legs précédent (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janvier 1979, Bull. n° 16, *JCP G.* 1979. IV, p. 92).

<sup>388</sup> Sur ces règles, v. *supra* n° 102 et s.

legs par révocation partielle d'un legs conjoint de legs « indirect » au sens où l'on parle communément de donation « indirecte ».

**106. Rejet de la qualification de legs indirect** – La clause d'exclusion de l'administration légale et la révocation partielle du legs conjoint constituent des legs, puisqu'ils offrent un avantage économique à leur bénéficiaire par le biais d'une disposition à cause de mort. Mais ils constituent des legs atypiques, en qu'ils résultent d'une clause ou d'un acte qui ne constitue pas un testament. Pour autant, ces legs ne sont pas des legs indirects au sens où l'on comprend les donations indirectes, car la clause ou l'acte en cause sont pour leur part, et comme il vient d'être dit, formalisés dans des testaments ou codicilles. Dès lors, ces legs sont infiniment plus proches du legs testamentaire que du legs indirect. Pour autant, ces legs testamentaires ne sont pas expressément formalisés. Ne reste alors, pour les désigner, que la qualification de legs testamentaires implicites.

## **B – La pertinence de la qualification de legs implicite**

**107. Annonce** – Pour justifier le rattachement des legs examinés à la catégorie des legs testamentaires implicites (2), il importe de déterminer les contours de cette notion (1).

### *1 – Les contours de la notion de legs implicite*

**108. Formalisme strict des legs en droit classique romain** – Le legs implicite est une notion inconnue du droit classique romain. En effet, à cette époque, les juriconsultes soumettent la validité des legs à des formules sacramentelles. Seules quatre manières de léguer étaient ainsi possible : les legs fait *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* ou encore *per praeceptionem*<sup>389</sup>.

Le legs *per vindicationem*, auquel les testateurs avaient le plus souvent recourt, se faisait par la formule : « je donne et lègue tel bien »<sup>390</sup>. Celui qui était gratifié d'une pareille disposition devenait immédiatement propriétaire du bien légué et avait une action directe et réelle sur la chose léguée ; il n'avait pas besoin, pour en devenir propriétaire, que l'héritier lui en fit la

---

<sup>389</sup> E. DIDIER-PAILHÉ, *Cour élémentaire de droit romain*, 4<sup>ème</sup> éd., Larose, 1878, p. 355 et s. ; C.-G. MARINESCO, *Droit romain, des actions qui naissent des legs au profit des légataires*, thèse, Paris, 1889, p. 1 et s. ; A. CASTALDO et J.-P. LÉVY, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 1287 et s., n° 915 et s. ;

<sup>390</sup> GAIUS, L. II, t. V, § 1.

délivrance. Le legs *per damnationem* s'exprimait, quant à lui, par ces paroles « que mon héritier soit obligé de donner ou faire ceci ou cela ». Ce legs, originellement conçu à l'image d'une condamnation, n'offrait qu'une action personnelle au légataire, de sorte qu'il était obligé d'en demander la délivrance à l'héritier<sup>391</sup>. Au contraire, lorsqu'un testateur léguait *sinendi modo* – en s'exprimant ainsi : « que mon héritier soit obligé de laisser Untel prendre et avoir pour lui tel bien » –, il donnait au légataire le droit de se saisir de la chose qui en était l'objet<sup>392</sup>. Enfin, le legs *per praeceptionem* était celui qu'un testateur faisait par préciput à l'un de ses héritiers et était formulé de la manière suivante : « qu'Untel prenne d'abord tel bien ».

Les Romains enchaînaient ainsi la volonté du testateur à de strictes paroles, toute infraction à ces formules entraînant la nullité de l'acte. Cette rigueur s'expliquait par le désir de simplifier et de diminuer les procès, le juge devant seulement examiner la conformité aux formules exigées par les lois : « bien que le langage ne soit pas toujours la fidèle reproduction de la pensée, le juré (le juge) devra tenir pour exact et complet ce qui a été dit et ne connaître la pensée que par le signe extérieur employé pour la révéler, la coutume redoute plus l'arbitraire de celui-ci que la rigueur du droit [...] »<sup>393</sup>.

**109. Atténuation progressive du formalisme** – Ces exigences ont peu à peu été atténuées. Il a ainsi d'abord été décidé que le legs dont la nullité ne tenait qu'à l'impropriété des termes de la formule avait la valeur d'un legs *per damnationem*<sup>394</sup>. Puis une constitution de JUSTINIEN, rendue en 529, a supprimé ces quatre distinctions<sup>395</sup> : il n'était plus besoin, pour faire des legs valables, de recourir à une formule plutôt qu'à une autre ; tout ce qui importait était que l'intention libérale du testateur soit manifeste : « *in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis utiliberam habeant facultatem* »<sup>396</sup>.

**110. Abrogation par le Code Napoléon : apparition des legs implicites** – Le Code Napoléon n'a gardé aucune formule sacramentelle du droit romain. L'article 967 du Code civil, dans une écriture inchangée depuis 1804, prévoit en effet que « toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté ». La volonté du testateur n'a donc plus à

---

<sup>391</sup> GAIUS, L. II, t. V, § 2.

<sup>392</sup> GAIUS, L. II, t. V, § 6.

<sup>393</sup> M. GÉRARDIN, « Le legs de la chose d'autrui », *Nouvelle revue historique*, 1887.

<sup>394</sup> ULPIEN, t. XXIV, § 11.

<sup>395</sup> L. 1, C., *Communia de legatis*, 6-43 ; Inst. L. II, t. XX, *De legatis*, § 2.

<sup>396</sup> C. 15, c. VI, t. XXIII.

être exprimée en des termes sacramentels ; « le testateur est [...] entièrement maître de son vocabulaire »<sup>397</sup>.

Allant plus loin encore, la jurisprudence admet qu'un legs ne puisse résulter que tacitement des termes employés dans un testament. Par un arrêt du 11 janvier 2005, publié au Bulletin, la Cour de cassation est venue consacrer cette solution, en décidant que « la validité d'un testament n'implique pas l'emploi de termes sacramentels et qu'il appartient au juge, pour rechercher la volonté du rédacteur, d'interpréter l'acte au regard des éléments extrinsèques invoqués par les parties »<sup>398</sup>. On peut y voir le prolongement d'un arrêt du 5 novembre 1996 aux termes duquel les Hauts magistrats avaient affirmé qu'« il n'est pas nécessaire, pour que la volonté du testateur soit valablement exprimée dans l'acte litigieux, [...] que cette volonté soit clairement exprimée, dès lors qu'il incombe aux juges du fond d'interpréter l'acte »<sup>399</sup>. Il résulte de ces décisions qu'un legs peut valablement se découvrir derrière les clauses obscures ou équivoques des testaments, qu'il appartient souverainement aux juges du fond d'interpréter<sup>400</sup>. Or parce qu'ils ne résultent pas d'une formule bien arrêtée, mais d'une interprétation de volonté, ces legs doivent être qualifiés de legs implicites.

## 2 – Le rattachement à la notion de legs implicite

**111. Cas de la clause d'exclusion d'administration légale** – Selon certains auteurs, ils seraient audacieux « de découvrir un legs dans un acte qui n'ajoute ni ne modifie rien à la vocation légale de l'héritier et dont l'auteur a été animé par la seule volonté de priver l'administrateur légal de ses pouvoirs »<sup>401</sup>. Commentant la décision précitée du 10 juin 2015,

---

<sup>397</sup> M. NICOD, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janvier 2005, n° 02-16.985, *D.* 2005, p. 1064.

<sup>398</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janvier 2005, n° 02-16.985, Bull. n° 24, *Dr. fam.* 2005, comm. 62, B. BEIGNER ; *D.* 2005, p. 1064, note M. NICOD.

<sup>399</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1996, Bull. n° 384, *Dr. fam.* 1997, n° 54, note B. BEIGNER ; *D.* 1997, somm. 366, obs. M. NICOD ; *JCP G.* 1998. I, p. 809, obs. R. LE GUIDEDEC ; *RTD civ.* 1999, p. 169, obs. J. PATARIN. *Rapp.* : CA Douai, 5 janvier 1931, *JN* 1931, art. 36803 ; Trib. civ. Seine, 27 mars 1935, *RGN* 1936, art. 24364, p. 26 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 1952, *JCP G.* 1952. II, p. 7179, note P. VOIRIN ; *RTD civ.* 1953, p. 531, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 1955, Bull. n° 334 ; Paris, 4 novembre 1955, *GP* 1955. I, p. 153 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 1979, *JCP G.* 1980. IV, p. 28 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1993, *JCP N.* 1994, p. 191.

<sup>400</sup> Sur cette question, v. notamment : B. BARRAU, *L'interprétation des testaments*, thèse Bordeaux, 1927 ; C. DELANNOY, *L'interprétation des testaments par les tribunaux*, thèse, Lille, 1937 ; B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 2003, n° 34 et s. ; A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », *JCP G.* 1957, p. 1385, n° 2 ; M. NICOD, « De l'art de faire parler les morts au risque de la dénaturation du testament », *Dr. fam.* 2021, n° 3, p. 59.

<sup>401</sup> C. PÉRES, « La clause d'exclusion de l'administration légale ou de la jouissance légale : une intarissable controverse du droit de la famille ? », *RDA* 2018, n° 17, p. 60, spéc. p. 72, citant

Monsieur GRIMALDI relève ainsi qu' : « il est assez artificiel de trouver un legs là où [...] le testateur ne déclare point “léguer” le reste de ses biens à son héritier, mais constate simplement que celui-ci recueillera ceux qu'il n'a pas légués »<sup>402</sup>. En outre, selon Monsieur VERNIÈRES, « il est peu évident de considérer que, en excluant son ex-conjoint de l'administration légale, le *de cuius* ait eu la volonté et la conscience d'enrichir ses enfants mineurs ». Selon cet auteur, « en stipulant [une telle] clause, le *de cuius* [ne veut] que priver son ex-conjoint de tout pouvoir sur les biens qui reviendraient par succession à leurs enfants mineurs. L'intention du *de cuius* de gratifier ses propres enfants paraît donc très incertaine »<sup>403</sup>.

Il est cependant contestable de prétendre qu'il y a incompatibilité absolue entre l'*animus testandi* et la volonté du défunt de priver son ex-conjoint de l'administration légale de ses biens. En effet, les raisons du sacrifice voulu par l'auteur d'une libéralité ne sont pas toujours indifférentes à la caractérisation de l'intention libérale<sup>404</sup>. Cette règle vaut aussi bien s'agissant de l'*animus donandi* que de l'*animus testandi*, comme le rappelle la Cour de cassation aux termes d'un arrêt du 30 septembre 2009<sup>405</sup>. Dans cette espèce où la testatrice avait exhéredé son fils et consenti un legs à une association, les juges décident en effet que « la volonté de priver un héritier réservataire de la quotité disponible n'exclut pas l'intention libérale du testateur vis-à-vis d'une tierce personne ; qu'ayant non seulement relevé que le motif déterminant du testament dans la volonté de X... d'exhéredé son fils, mais également constaté que l'intéressé, [...] avait disposé de la quotité disponible de sa succession comme elle l'entendait au profit [d'une] association, la cour d'appel, appréciant souverainement l'existence de son intention libérale, a pu décider que le testament était valable ». Autrement dit, peu importe que la volonté de déshériter fût le motif déterminant de la testatrice ; sa volonté de consentir un legs à une association suffisait à caractériser son intention libérale. Par conséquent, on ne voit pas ce qui permet de conclure à l'incompatibilité entre la volonté d'exclure son ex-conjoint de l'administration légale sur les biens laissés à ses enfants et l'existence d'une intention libérale. Tout au contraire, le droit français admet cette compatibilité, s'il existe, comme c'est le cas dans les espèces examinées, des éléments permettant de concrétiser l'intention libérale. Pour s'en tenir à la seconde espèce, le testament était rédigé comme suit : « [je déclare] que mon

---

M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, *préc.* et C. VERNIÈRES, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, *préc.*

<sup>402</sup> M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, *préc.*

<sup>403</sup> C. VERNIÈRES, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, *préc.*

<sup>404</sup> V. *supra* n° 27.

<sup>405</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, Bull. n° 200, *JCP N.* 2009, n° 42, act. 665, *JCP G.* 2010, p. 374, note R. LE GUIDEC ; *RTD civ.* 2011, p. 162, note M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2014, comm. 144, B. BEIGNER ; *AJ fam.* 2009, p. 460, obs. BICHERON.

épouse... reçoive le maximum en pleine propriété prévu par la loi dans ma succession et déclare l'instituer pour légataire universelle » ; « que tout le reste de mes biens et œuvres d'art reviendra à mon fils B... [dont] la *liste* sera établie et remise à Monsieur A... ». Enfin, le testament indiquait que « si à la date de mon décès, mon fils est encore mineur, je stipule expressément que la mère de mon fils n'aura ni l'administration légale, ni la jouissance des biens qu'il recueillerait dans ma succession ». Loin de se borner à déclarer que son enfant recueillerait les biens qu'il n'avait pas légués, le testateur avait fourni une liste désignant les biens lui revenant. Or on peut déduire de cette liste la volonté du testateur de voir son enfant recevoir « tout le reste de [ses] biens et œuvres d'art », non en qualité d'héritier légal, mais en qualité de légataire. Partant, c'est bien la qualification de legs (testamentaire) implicite qui s'impose. Il en va de même pour la révocation partielle du legs conjoint.

**112. Cas de la révocation partielle du legs conjoint** – On a vu que la révocation partielle d'un legs conjoint devait être analysée comme un acte de disposition, dès l'instant où elle avait pour seul effet de modifier l'économie des dernières volontés du testateur, sans jamais rétablir la succession légale. En poussant un peu plus loin l'analyse, ne peut-on pas découvrir une intention libérale chez celui qui révoque partiellement son legs conjoint ? Quoique la question n'ait pas été envisagée en jurisprudence, une réponse positive est évidente. En révoquant partiellement son legs conjoint, sans instituer d'autres légataires, le testateur sait que les colégataires originaires verront accroître la part de leur legs. Or dans la mesure où ces colégataires ont eux-mêmes été gratifiés par le testateur au titre du legs conjoint initial, on ne conçoit pas qu'ils soient investis du surplus de legs autrement que par intention libérale. Pour reprendre les mots de Monsieur BAHUREL, on peut dire que, dans l'hypothèse de la révocation partielle d'un legs conjoint, « le testateur ne révoque qu'en apparence : animé d'une intention libérale envers le[s] bénéficiaire[s] de sa révocation, il *refait* son testament plus qu'il ne le *défait* »<sup>406</sup>. Il nous semble ainsi qu'à l'instar de la clause d'exclusion d'administration légale, la révocation partielle d'un legs conjoint est révélatrice d'une libéralité tacite. De sorte que, là encore, la qualification de legs implicite devrait s'imposer.

**113. Conclusion du second chapitre** – Au terme de ces développements, on l'aura compris, la nécessité que le legs soit porté par un testament exclut *a priori* en l'état du droit positif que l'on rencontre des legs indirects. Certes, les legs examinés – legs par exclusion de

---

<sup>406</sup> C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 67, n° 53, employant à tort, selon nous, l'expression « legs indirect ».

l'administration légale et legs par révocation partielle d'un legs conjoint – sont atypiques en ce sens qu'ils tirent leur origine d'un acte ou d'une clause ne constituant pas, en eux-mêmes, des legs. Toutefois, dès lors qu'ils sont formalisés dans un testament, ces legs atypiques relèvent bien plus sûrement de la qualification de legs testamentaire que de legs indirect au sens où l'on parle de donation indirecte, et ce, indépendamment du fait que les testaments qui les contiennent ne font pas clairement apparaître qu'il s'agit de legs. La recherche de legs indirects se solde donc par un échec. Mais cet échec n'en demeure pas moins fécond. Il apporte une réponse à notre interrogation initiale : si l'actualité du dessaisissement est discutable au sein des situations envisagées en première section (réversion d'usufruit ; assurance épargne acceptée *post mortem* ; *trust* entre vifs révocable), mais que l'on s'obstine malgré tout à parler de donation, c'est parce que, sur le terrain catégorique, le juge ne peut pas faire rentrer ces libéralités dans la catégorie des libéralités à cause de mort, faute de concept de legs indirect. La libéralité indirecte, n'ayant pas été conceptualisée lorsqu'elle est à cause de mort, retomberait ainsi inmanquablement dans la catégorie des donations.

En tout état de cause, ces développements auront permis de montrer que, contrairement à ce que l'on enseigne, toutes les donations indirectes ne se trouvent pas réalisées par un acte « entre vifs ». Une inadéquation entre la réalité de la donation indirecte et sa conceptualisation existe ainsi également sur ce point.

## CONCLUSION DU PREMIER TITRE

**114.** Dans sa thèse consacrée à la notion de donation indirecte, PONSARD s'interrogeait de la sorte : « les actes communément appelés donations indirectes méritent-ils vraiment ce nom de donation ? »<sup>407</sup>. La réponse fut sans équivoque : « la donation indirecte est une *véritable donation* »<sup>408</sup> renfermant les caractères propres de celle-ci, à savoir l'existence d'une intention libérale et d'un transfert immédiat de la chose donnée. Depuis lors, l'affirmation de l'éminent civiliste n'a pas été démentie en doctrine : dans tous les manuels de droit des libéralités, elle est une donnée qui résonne d'évidence. Au regard des développements qui précèdent, l'assertion n'a cependant rien d'évident. S'agissant tout d'abord de l'existence de l'intention libérale, il a été montré que ce critère n'est pas toujours déterminant pour parler de donation indirecte. Si cette réalité n'apparaît pas au grand jour, elle est cependant certaine : en jurisprudence comme dans la loi, certaines opérations échappent à la qualification de donation indirecte en dépit de l'existence avérée d'une intention libérale de son auteur ; inversement, il n'est pas rare qu'un acte soit judiciairement qualifié de donation indirecte sans que la preuve de l'intention libérale soit réellement vérifiée, sinon exigée. Des donations indirectes habitent ainsi le droit positif sans manifester un quelconque caractère libéral tandis que d'autres existent, en fait, sans être reconnues comme telles, le droit positif les occultant. C'est dire que contrairement aux enseignements traditionnels, en pratique, le critère de l'intention libérale ne semble pas toujours constituer un critère absolu de la donation indirecte. Ensuite, nous avons expliqué en quoi il paraissait inexact d'affirmer que toute donation indirecte se réalise au moyen d'un transfert de propriété *entre vifs*. En effet, la jurisprudence n'hésite pas à ranger sous l'étiquette « donation indirecte » des libéralités qui produisent tout ou partie de leurs effets à la mort de leur auteur : c'est évident pour la clause de réversion d'usufruit qui enrichit l'usufruitier successif d'un bien de nature successorale ; c'est également certain pour l'assurance épargne acceptée *post mortem* et le *trust* entre vifs révocable opérant un décalage temporel entre le dessaisissement du disposant (qui est immédiat) et l'investiture du bénéficiaire (qui n'intervient qu'après la mort du disposant). Là encore, l'opinion doctrinale commune ne rend donc pas un compte parfait du droit positif. C'est pourquoi il est permis de penser que, s'agissant de la nature prétendue de la donation indirecte, à savoir un acte libéral entre vifs, une certaine inadéquation existe entre la conceptualisation doctrinale et sa réalité contentieuse.

---

<sup>407</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 21.

<sup>408</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 272.



## TITRE 2 – UNE DONATION ORIGINALE

**115. Une donation ni ostensible, ni manuelle, ni déguisée** – Si la réalité contentieuse de la donation indirecte ne correspond pas toujours à la conception avancée d'un acte constitutif d'une *libéralité entre vifs*, elle ne cadre pas non plus parfaitement avec l'idée d'une *donation originale*, distincte des autres formes de donation qu'elle voisine.

Pour rendre compte de cette originalité, certains auteurs se bornent à définir la donation indirecte de manière exclusivement négative. C'est ainsi que Monsieur JUBAULT écrit : « la donation indirecte se reconnaît par défaut : elle n'est pas une donation ostensible, elle n'est pas un don manuel ; elle n'est pas une donation déguisée. Toute donation correspondant à cette description est une donation indirecte »<sup>409</sup>. ESMEIN et BOULANGER n'affirmaient pas autre chose lorsqu'ils livraient, l'un puis l'autre, les conclusions suivantes : « on rassemble sous cette dénomination toutes les donations dispensées de formes par la jurisprudence, autres que les dons manuels et les donations déguisées »<sup>410</sup> ; « la notion de donation indirecte est l'une de celles qui, suivant une formule devenue célèbre en philosophie, se pose en s'opposant »<sup>411</sup>. Cette approche, comme toute définition négative, prête cependant le flanc à la critique. En effet, si la définition négative peut « mettre au jour certaines particularités de [la notion], elle peut aussi conduire à l'affubler de caractères qu'[elle] ne comporte pas naturellement, à exagérer ou, inversement, à minimiser ses traits propres »<sup>412</sup>. Et pour preuve : les définitions négatives de la donation indirecte ci-dessus évoquées ne quadrillent pas précisément les contours de la donation indirecte, ni ne la distinguent nettement des autres formes de libéralité entre vif.

En toute hypothèse, d'autres auteurs, spécialement PONSARD, ont proposé une définition positive de la donation indirecte. Plusieurs critères ont ainsi été proposés pour établir l'autonomie du concept, dont on peut faire la synthèse en reprenant les mots de Monsieur NICOD : « la donation indirecte résulte d'un *acte juridique sincère*, qui reste *muet* sur la nature libérale du transfert qu'il opère »<sup>413</sup>. Habituellement, en effet, on enseigne que la

<sup>409</sup> C. JUBAULT, *manuel préc.*, p. 551, n° 801.

<sup>410</sup> P. ESMEIN, in C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. X, 6<sup>ème</sup> éd., 1954, § 659, note 8, p. 522.

<sup>411</sup> J. BOULANGER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, *D.* 1962, p. 657, n° XIV.

<sup>412</sup> C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, thèse, LGDJ, 1999, p. 3, n° 4, à propos des études dites « négatives » de la notion d'acte conservatoire. *Comp.* : M. BLEUSEZ, *thèse préc.*, p. 23, n° 6.

<sup>413</sup> M. NICOD, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, n° 17-13.017 et 17-13.400, Bull. n° 10, *Dr. fam.* n° 4, comm. 102 (soulignements ajoutés). Cette assertion nous semble refléter l'originalité attribuée par la doctrine majoritaire à la donation indirecte. Toutefois, on rappellera que Monsieur LIBCHABER a proposé une redéfinition de la donation indirecte qui s'éloigne des critères ordinairement dégagés pour la

donation indirecte n'existe qu'en fonction d'un support muet, à savoir un acte juridique dissimulant sa nature libérale. Par-là, elle s'émanciperait du don manuel mais aussi des libéralités ostensibles que sont la donation notariée et la donation ostensible privée. Muet, l'acte support de la donation indirecte serait en outre toujours sincère, c'est-à-dire un acte dépourvu de toute simulation. Ainsi pourrait-on toujours distinguer la donation indirecte des donations simulées – donation déguisée et donation par personne interposée. En somme, l'originalité ou l'autonomie de la donation indirecte doit être appréciée au regard du double critère de *l'acte muet* et de *l'acte sincère* ; tel est du moins l'enseignement de la doctrine majoritaire, que la diversification des formes de donations indirectes ne semble pas avoir reconsidéré.

**116. Rupture** – Toutefois, ces enseignements ne rendent pas parfaitement compte de la réalité pratique de la donation indirecte. Les critères ainsi dégagés par la doctrine ne semblent parvenir ni à recouvrir tout le champ des donations indirectes telle que la jurisprudence le conçoit, ni à la distinguer des autres formes de donations – ostensibles, manuelles et simulées – que la loi ou la jurisprudence reconnaissent. Et cela se vérifie tant à propos du caractère muet (**Chapitre 1**) que sincère (**Chapitre 2**) attribué à l'acte juridique qui véhicule la donation indirecte.

---

circonscrire : la donation indirecte, selon l'auteur, se caractériserait par l'absence de flux économique entre le donateur et le donataire. Sur cette définition et son appréciation, v. *supra* n° 5 et n° 7.

## CHAPITRE 1 – UN ACTE MUET

**118. Annonce** – Comme l'intention libérale, l'existence d'un acte muet ne semble pas toujours constituer un critère catégorique de la donation indirecte en pratique. Là encore, auteurs et tribunaux ne s'accordent pas parfaitement : si les premiers tombent presque tous d'accord pour dire que la donation indirecte n'existe qu'en fonction d'un acte juridique voilant la pensée bienfaisante de son auteur, les seconds ont toujours montrer moins de dogmatisme<sup>414</sup>. Certaines libéralités entre vifs sont judiciairement analysées en donations indirectes sans qu'il n'y ait, semble-t-il, d'acte support muet au sens où la doctrine l'entend ; réciproquement, la qualification de donation indirecte est parfois refoulée alors que tout laisse à penser qu'elle devrait s'imposer, au regard précisément de la nature silencieuse de l'acte portant

---

<sup>414</sup> Ce n'est pas dire, et la précision est importante, que le critère de l'acte muet ne trouve aucun écho en jurisprudence. Redisons-le : les décisions que nous allons analyser reflètent *une part* de la réalité contentieuse de la donation indirecte, et non l'ensemble de celle-ci. On trouve d'ailleurs quelques arrêts motivant le choix des juges de requalifier, ou non, un acte en donation indirecte par le critère de l'acte muet. Ainsi, par exemple, des juges ont refusé d'adopter la qualification de donation indirecte à propos de libéralités qui, selon eux, procédaient d'un acte ne contenant aucune formule masquant l'intention libérale du disposant, telle la donation faite par voie d'autorisation d'exercice « à titre gratuit » d'un droit de passage (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 1973, Bull. n° 178, *RTD. civ.* 1974, p. 180, obs. R. SAVATIER ; *JCP G.* 1975. II, p. 17190, note M. DAGOT ; *Deffrénois* 1975, art. 30908, note G. GOUBEUX ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1978, Bull. n° 148, *D.* 1978, p. 468, obs. D. MARTIN) ou celle résultant d'un acte portant mention de la volonté du défunt de « renoncer » et de « léguer » au profit de sa concubine ses droits dans leur maison indivise (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2012, n° 11-11.636, *D.* 2012, p. 2476, obs. M. NICOD : l'écrit était rédigé en ces termes : « je renonce et lègue mes droits concernant la maison et les biens à Mlle Colette ». *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1967, Bull. n° 208, *D.* 1967, p. 584, note A. BRETON ; *JCP G.* 1967. II, p. 15225, note signée R. L. ; *RTD civ.* 1967, p. 853, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1978, Bull. n° 148 ; *D.* 1978, p. 468, obs. D. MARTIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1978, Bull. n° 379, *JCP G.* 1980. II, 19263, obs. M. DAGOT ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1987, Bull. n° 188 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1988, Bull. n° 300 ; *JCP G.* 1989. II, 21375, note T. HASSLER, *Deffrénois* 1989, art. 34482, p. 442, obs. G. VERMELLE ; *RTD civ.* 1989, p. 570, obs. P. REMY ; *RTD civ.* 1990, p. 700, obs. J. PATARIN ; CA Versailles, 20 janvier 1987, *D.* 1988, p. 207, note C. COLOMBET ; CA Dijon, 16 juin 1994, *D.* 1995, somm. 189, obs. A. ROBERT ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2006, n° 04-18.442 : « Attendu que la cour d'appel ayant relevé que, par acte sous seing privé du 30 mai 1993, Pierre X... avait attribué à son fils, M. Jean-Claude X..., le droit d'user et d'habiter cette propriété, cet acte, qui réalisait une donation directe entre vifs aurait dû, à peine de nullité, être passé en la forme authentique, ne pouvait servir de vecteur à une donation indirecte ; que par ce motif substitué, l'arrêt se trouve légalement justifié ». Pour la même solution à propos d'une promesse de donation indirecte, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 2017, n° 16-14.351, *Dr. fam.* 2017, n° 5, p. 57, note M. NICOD ; *RTD. civ.* 2017, p. 466, obs. M. GRIMALDI). V. encore : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 novembre 2003, n° 00-18.660, qui fait directement appel à la notion « d'acte neutre » tel que dégagé par PONSARD (sur ce point, v. *infra* n° 122) : approuvant une cour d'appel d'avoir requalifié en donation indirecte une promesse de payer sans contrepartie les fruits d'un bien donné, la Cour de cassation a jugé que l'acte au moyen duquel la donation véhiculait, « ne comport[an]t aucune qualification ni n'utilis[an]t aucun terme propre aux libéralités, ne laissait pas apparaître sa gratuité » et, dès lors, constituait « un acte neutre [pouvant] être le support d'une donation indirecte ».

l'opération. Afin de prendre la mesure de ce décalage, un examen de la systématisation doctrinale de l'acte muet est essentiel (**Section 1**), avant l'appréciation de son application jurisprudentielle (**Section 2**).

## SECTION 1 – LA SYSTEMATISATION DOCTRINALE

**119. Annonce** – On l'a évoqué : le critère de l'acte muet a été établi par la doctrine en vue de distinguer la donation indirecte des autres formes de libéralités entre vifs que sont le don manuel et les donations ostensibles par acte notarié ou sous seing privé. L'occasion est donc bonne d'analyser le critère dans une double direction, en précisant ce que la doctrine entend par acte juridique muet (§1), avant d'établir la portée qu'elle donne à ce critère (§2).

### §1 – LA COMPREHENSION DU CRITERE DE L'ACTE MUET

**120. Une certitude et une ambiguïté** – Si les auteurs s'accordent à admettre que la donation indirecte procède d'un acte juridique *muet*, c'est-à-dire voilant l'intention libérale de son auteur, presque tous cultivent cependant l'ambiguïté sur la nature – *negotium* ou *instrumentum* – de cet acte support. Pour mener à bien l'analyse du critère doctrinal de l'acte muet, nous reviendrons sur la certitude qui le fonde, à savoir l'existence d'un acte juridique silencieux sur sa nature libérale (A), puis sur l'ambiguïté de la nature de cet acte juridique (B).

#### A – La certitude quant au caractère silencieux de l'acte juridique

**121. Acte juridique opaque ?** – « Les donations indirectes sont tous les avantages purement gratuits qui ne se produisent pas sous la forme ordinaire des donations, telle qu'elle est établie par les articles 931, 932 et suivants du Code Napoléon ; c'est-à-dire dans la forme notariée »<sup>415</sup>, écrivait RAGEYS en 1868. Soixante-dix ans plus tard, COLIN et CAPITANT enseignaient que les donations indirectes « résultent d'un acte juridique qui, bien que déterminé par l'*animus donandi*, n'est pas un contrat de donation »<sup>416</sup>. On retrouve aujourd'hui peu ou prou la même définition dans le traité des successions et des libéralités des Professeurs MAZEAUD et LEVENEUR : « la donation indirecte », affirment-ils, « est une donation qui se réalise en dehors d'un contrat de donation, au moyen d'un acte juridique différent dont elle

---

<sup>415</sup> A.-F. RAGEYS, *Des libéralités indirectes en droit français*, thèse, 1868, p. 32.

<sup>416</sup> A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, préc.*, 1938, n° 1629.

emprunte la forme et qu'elle utilise comme support»<sup>417</sup>. Si l'on fait la synthèse de ces différentes formules, la catégorie « donation indirecte » désigne toutes les donations qui, formellement, ne se présentent pas comme une libéralité. Si la donation est dite « indirecte », ce serait donc précisément parce que l'acte juridique qui la porte n'est pas un contrat de donation, c'est-à-dire un acte solennel passé devant notaire affichant ostensiblement l'intention libérale du disposant. Dans cette vue, l'acte indirect est donc confondu avec l'acte opaque.

**122. Acte juridique neutre ?** – Dans sa thèse de doctorat, PONSARD a tenté de dégager la spécificité de cette opacité<sup>418</sup>. L'auteur soutient ainsi que la « neutralité est le caractère commun à tous les actes réalisant donation indirecte »<sup>419</sup>.

Qu'est-ce qu'un acte neutre ? En doctrine, deux conceptions s'affrontent. Selon certains, l'acte neutre serait un acte étranger à la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, un acte qui échapperait à l'emprise de ces deux catégories<sup>420</sup>. L'exemple topique serait le concordat de faillite<sup>421</sup>, et plus généralement toutes les remises de dette dites « intéressées » ou « spéculatives » existant dans le cadre des procédures ouvertes aux entreprises et aux particuliers en difficultés<sup>422</sup>. En ce sens, Monsieur MARTIN DE LA MOUTTE affirme que le concordat de faillite est un acte neutre puisque le créancier, qui agirait dans la perspective de protéger ses propres intérêts, pour dit-il « perdre le moins possible », ne manifesterait ni d'intention libérale, ni d'intention onéreuse<sup>423</sup>. Pour d'autres, au contraire, la notion d'acte neutre désigne « une catégorie d'actes intégrant le domaine de la distinction, sans qu'ils révèlent

---

<sup>417</sup> H., L. et J. MAZEAUD et L. et S. LEVENEUR, *manuel préc.*, p. 660, n° 1471.

<sup>418</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 130.

<sup>419</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 272.

<sup>420</sup> J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa technique en droit civil*, thèse, Paris, 1951, p. 299 et s., n° 326 et s. ; D. HOUTCIEFF, *Rep. civ.*, Dalloz, v° *Renonciation*, 2004, n° 2 ; S. BENILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse, Montpellier, 2006, p. 201, n° 336 ; N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, thèse, Toulouse 1, 2011, p. 114 et s., n° 142 et s. Encore que ces auteurs n'expliquent pas dans quelle catégorie devraient être rangés les actes qui, à titre gratuit, ne procèdent d'aucune intention libérale, l'acte neutre, ainsi compris, n'est peut-être pas inconcevable. Mais cela implique alors d'admettre que lui soit appliqué un régime autre que celui des actes gratuits ou onéreux, ce qui cette fois ne paraît guère envisageable.

<sup>421</sup> Le concordat de faillite, supprimé par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, est une remise de dette par laquelle les créanciers réduisent volontairement leurs droits envers leur débiteur afin que ce dernier évite la faillite.

<sup>422</sup> N. PICOD, *thèse préc.*, p. 114 et s., n° 142 et s.

<sup>423</sup> J. MARTIN DE LA MOUTTE, *thèse préc.*, p. 299, n° 326 et s., relevant à cet égard que « les créanciers ne renoncent pas à leurs droits moyennant une nouvelle obligation qui la remplacerait (sinon il y aurait novation), ni ne reçoivent paiement de ce qui leur est dû au moyen d'une chose différente de celle qui constitue l'objet de l'obligation à laquelle ils ont renoncé (sans quoi il y aurait dation en paiement) ».

pour autant immédiatement leur nature gratuite ou onéreuse »<sup>424</sup>. Dans cette vue, l'acte neutre n'est pas indifférent à l'opposition gratuit onéreux ; tout au contraire, il y est pleinement attaché parce qu'il peut prendre les deux directions. Dit autrement, l'acte neutre serait ici un acte équivoque, ambivalent, *opaque quant à sa nature*. C'est en ce sens que PONSARD conçoit la neutralité de l'acte support de la donation indirecte<sup>425</sup> : selon l'auteur, la donation indirecte se définit comme une donation résultant d'un acte ou d'une clause « qui n'indiquent pas s'ils sont consentis à titre gratuit ou onéreux »<sup>426</sup> ou, ce qui revient au même, « dont la loi n'a pas prohibé l'emploi à titre gratuit, mais qui peuvent aussi bien être employées à titre onéreux »<sup>427</sup>. L'acte neutre est donc, selon PONSARD, l'acte juridique dont le caractère gratuit ou onéreux est *prima facie* incertain et qui, de ce fait, peut se dénouer sans que l'on sache *a priori* à quel titre il a été consenti<sup>428</sup>.

**123. Acte juridique muet : acte neutre et acte onéreux déséquilibré** – Sans rejeter l'analyse de PONSARD, la doctrine contemporaine ne recourt pas toujours à l'idée de neutralité. Parfois jugée « trop étroite »<sup>429</sup>, l'idée d'ambivalence ou de silence lui est préférée pour définir l'acte support de la donation indirecte<sup>430</sup>. Dans sa grande majorité, en effet, la

---

<sup>424</sup> M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 248, n° 1324 ; F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, thèse, LGDJ, 1997, p. 45, n° 118 ; G. LAMOUREUX, *thèse préc.*, 2021, p. 267, n° 330.

<sup>425</sup> De fait, même si PONSARD utilise parfois l'expression « acte abstrait » pour désigner l'acte support de la donation indirecte, « l'expérience des discussions que M. PONSARD doit mener montre bien que ce doute sur le caractère onéreux ou gratuit est bien le critère à la fois nécessaire et suffisant de ses déterminations » (H. MÉAU-LAUTOUR, *Les donations déguisées en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, thèse, LGDJ, 1985, p. 396, n° 532).

<sup>426</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 130.

<sup>427</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 128.

<sup>428</sup> X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD. civ.* 1997, p. 25, n° 10.

<sup>429</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 153, n° 360, relevant que « plus globalement, ce qui caractérise l'acte d'emprunt c'est qu'il n'affiche pas sa nature libérale ; la réticence se présente comme le principe fédérateur de toutes les donations indirectes ».

<sup>430</sup> En ce sens, v. par exemple : M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, thèse, LGDJ, 1967, p. 36 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *manuel préc.*, p. 78 et s., n° 116 et s. ; A. BRETON, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 1982, *D.* 1983, p. 85, selon qui « la donation indirecte est celle qui, sans simulation, résulte d'un acte juridique licite n'ayant pas, de sa nature, un caractère gratuit [...] C'est un « acte n'ayant pas, de sa nature, un caractère gratuit », ce qui comprend à la fois l'acte à titre onéreux et l'acte neutre » ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 152 et s., n° 360 ; M. NICOD, « La caractérisation préalable des donations tacites », *JCP N.* 2020, n° 1158 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 262, n° 332. Déjà en ce sens avant les travaux de PONSARD, v. par exemple : L. JOSSERAND, « Libéralisme et verbalisme », *DH* 1933, chron. 66, p. 68, pour qui la donation indirecte n'existe qu'en fonction d'un acte évitant toute formule « indiscrete » et « révélatrice » de sa gratuité. *Rapp. : Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges et les conditions des donations*, qui parlent de « donations tacites » pour désigner les donations indirectes (sur cette ordonnance, v. : J.-B. FURGOLE,

doctrine s'accorde pour enseigner que la donation indirecte s'exprime au moyen d'un acte juridique muet sur sa nature libérale, c'est-à-dire d'un acte qui laisse tapie dans l'ombre la volonté bienfaisante de son auteur. Dans cette vue, l'acte muet déborde du strict cadre de la neutralité. La donation indirecte peut prendre corps au sein d'un acte neutre *stricto sensu*, tel un paiement pour autrui ou renonciation. Elle peut aussi prendre corps au sein d'un acte onéreux volontairement déséquilibré, telle une vente à prix modique<sup>431</sup>.

Enfin, il est de tradition d'enseigner que l'acte juridique capable de dissimuler l'intention libérale de son auteur et donc de réaliser la donation indirecte peut relever de diverses catégories juridiques. La donation indirecte pourrait ainsi se réaliser par l'intermédiaire soit d'un acte qui opère un déplacement de valeur, soit d'un acte qui le justifie *a posteriori*<sup>432</sup>. Ainsi, l'acte muet ne serait pas toujours un acte translatif : la donation indirecte est concevable au moyen d'actes constitutifs (bail, société...), abdicatifs (renonciation, remise de dette...) ou encore déclaratifs (reconnaissance de dette, reconnaissance d'apport par contrat de mariage...) <sup>433</sup>, qu'ils soient

---

*Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges et les conditions des donations*, 2<sup>ème</sup> éd. Toulouse, 1761, obs. sur l'art. 1<sup>er</sup>, p. 18). Pour des auteurs qui demeurent fidèles à la thèse de PONSARD, v. par exemple : R. SAVATIER, *Rep. civ.*, Dalloz, v<sup>o</sup> Donation, 2<sup>ème</sup> éd., 1972, n<sup>o</sup> 391 : « les donations indirectes sont celles qui, sans qu'il y ait besoin de simulation, résultent de contrats licites dont la nature se prête, indifféremment, à des actes à titre onéreux ou à des donations (acte neutre). On peut, à bon droit, les qualifier d'actes neutres. Implicitement, la loi, en les permettant, leur ouvre les deux directions ». R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, Paris, 1947, n<sup>o</sup> 101 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil – Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n<sup>o</sup> 116, p. 78 ; A. BRETON, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 1982, *D.* 1983, p. 85 ; P. RAYNAUD, *Droit civil – Les successions et les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd, Paris, Sirey, 1988 ; X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *art. préc.*, p. 25, n<sup>o</sup> 10 ; M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 252, n<sup>o</sup> 1331.

<sup>431</sup> Ce n'est pas dire, pour autant, que PONSARD réfutait l'idée qu'une donation indirecte puisse se réaliser grâce à un acte onéreux volontairement déséquilibré. Au contraire, l'auteur admet une telle hypothèse, affirmant que cet acte constitue un acte neutre. En pareil cas, explique-t-il, c'est la clause portant fixation du prix qui réalise la donation ; or selon l'auteur, rien ne révèle dans l'acte que cette fixation ne correspond pas à la valeur du bien vendu, l'insuffisance du prouvant pouvant, dit-il, être due au fait que l'une des parties a été plus habile que l'autre dans la défense de ses intérêts (A. PONSARD, *thèse préc.*, pp. 129, 185 et 277). Dès lors, l'acte onéreux volontairement déséquilibré constituerait un acte neutre, en ce sens qu'on ne pourrait savoir, à première lecture de la clause de fixation du prix, si le déséquilibre résulte ou non d'une intention libérale. Cette analyse est contestable. D'une part, c'est au moyen de l'acte de vente dans son ensemble que la libéralité indirecte se réalise. D'autre part, malgré une prestation notoirement insuffisante, la vente à bas prix se présente toujours comme un acte à titre onéreux (en ce sens, v. notamment : E-N. MARTINE, « Des donations réalisées au moyen d'un contrat synallagmatique conclu à vil prix », *Deffrénois* 1961, art. 28040, n<sup>o</sup> 2, p. 170 ; S. BÉNILSI, *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse, Montpellier, 2006, p. 209, n<sup>o</sup> 347). Dans ces conditions, il est contestable d'affirmer que l'acte onéreux volontairement déséquilibré constitue un acte neutre.

<sup>432</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 157, n<sup>o</sup> 370.

<sup>433</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 131 et s. ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 157 et s., n<sup>o</sup> 370 et s. ; H. MÉAULAUTOUR, *thèse préc.*, p. 398 et s., n<sup>o</sup> 535 et s. ; H. L. J. MAZEAUD et L. S. LEVENEUR, *manuel préc.*, p. 661 et s., n<sup>o</sup> 1475 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*,

bilatéraux ou unilatéraux<sup>434</sup>. Ce qui compterait « c'est qu'un acte juridique non libéral porte officiellement l'avantage concédé »<sup>435</sup>. On retrouve cette idée sous la plume de RIPERT, qui enseignait qu' « on peut trouver dans un acte juridique quelconque une donation indirecte ; il suffira que dans cet acte on introduise deux éléments : une volonté de gratifier et un avantage gratuitement accordé, un élément intentionnel et un élément matériel »<sup>436</sup>.

En somme, il est acquis en doctrine que l'acte juridique véhiculant la donation indirecte, qui peut être translatif, constitutif, abdicatif ou déclaratif, se caractérise par son ambivalence, sinon son silence quant à l'intention libérale du disposant. En revanche, la plupart des auteurs maintiennent la nature de cet acte juridique dans l'ambiguïté.

## **B – L'ambiguïté quant à la nature de l'acte juridique silencieux**

**124. Rappel** – Il est deux manières de concevoir l'acte juridique : d'un côté, l'acte juridique « désigne une opération volontaire dont le but et le résultat sont de produire des effets de droit, en tant qu'elle est considérée dans sa substance (le *negotium*) »<sup>437</sup> ; d'un autre, « l'acte désigne l'écrit (l'*instrumentum* : acte instrumentaire) dressé pour constater, matérialiser une telle opération »<sup>438</sup>. Qu'en est-il de l'acte muet, support de la donation indirecte ? Cette libéralité suppose-t-elle, en doctrine, l'existence d'un acte instrumentaire constatant l'acte juridique par lequel s'accomplit la donation ?

En sondant les écrits, on découvre que la plupart des auteurs sont peu dissertes sur la nature de l'acte muet. Très souvent, la formule choisie pour le décrire est ambiguë. Ainsi, par exemple, peut-on lire dans le cours de COLIN et CAPITANT que les donations indirectes sont des « donations qui [...] se réalisent par un *acte juridique* autre qu'un contrat de donation proprement dit »<sup>439</sup>. Empruntant des termes quasi-similaires, les Professeurs TERRÉ, SIMLER et GAUDEMET enseignent que la donation indirecte, « à la différence du don manuel, [...]

---

p. 151, n° 1328 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 261 et s., n° 331 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 511 et s., n° 570 et s.

<sup>434</sup> A. BRETON, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 1982, *D.* 1983, p. 85, relevant qu' « un acte unilatéral peut être l'instrument d'une donation, cela n'empêche pas qu'il y ait implicitement contrat entre donateur et donataire ».

<sup>435</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 144, n° 341.

<sup>436</sup> G. RIPERT, *La notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1930-1931, p. 133.

<sup>437</sup> C. BRENNER et S. LEQUETTE, *Rép. civ.*, Dalloz, v° Acte juridique, 2019, n° 2.

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, préc.*, n° 1629.

n'existe qu'en raison de *l'acte qui la soutient*»<sup>440</sup>. Rien n'est dit de la nature de cet acte juridique, qui peut tout aussi bien s'entendre d'un *negotium* que d'un *instrumentum*... À notre connaissance, seuls deux auteurs se sont positionnés sur la nature de l'acte juridique en cause. Mais l'une et l'autre thèses sont en contradiction, cultivant l'ambiguïté : ainsi pour Monsieur GRIMALDI, l'acte juridique qui véhicule la donation indirecte devrait toujours être un écrit pour valablement constituer un formalisme de substitution<sup>441</sup>, un *instrumentum* donc, tandis que Madame PETERKA affirme que la donation indirecte est une disposition libérale incluse dans un *negotium* dont l'existence réelle masque l'*animus donandi*<sup>442</sup>.

**125. Synthèse** – S'il y a une certitude s'agissant du critère doctrinal de l'acte muet, c'est que celui-ci s'entend d'un acte juridique dissimulant l'intention libérale du disposant. En un mot, l'acte muet – sans lequel, dit-on, la donation indirecte ne saurait exister – est un acte silencieux quant à son caractère gratuit ou onéreux. Cependant, la nature de cet acte juridique n'est pas parfaitement identifiée par les auteurs. La plupart de ceux qui ont écrit sur la donation indirecte entretiennent le flou autour de la notion d'acte juridique dont il est question. Ainsi, cet acte juridique *muet* pourrait s'entendre au sens d'un *instrumentum* ou d'un *negotium*.

Quoi qu'il en soit, l'incertitude de la nature de l'acte juridique muet, support tenu pour essentiel à la donation indirecte, n'empêche nullement d'observer la portée qui est donnée à ce critère : entendu strictement ou largement, l'acte juridique *muet* est, pour l'essentiel des auteurs, le critère permettant de distinguer la donation indirecte des autres formes de donations entre vifs que sont le don manuel et les donations ostensibles par acte notarié ou sous seing privé.

---

<sup>440</sup> F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 511, n° 570. *Rapp.* : H. L. J. MAZEAUD et L. S. LEVENEUR, *manuel préc.*, p. 660, n° 1471 : « pour réaliser une donation il n'est pas toujours nécessaire de recourir au contrat de donation. On peut parvenir au même résultat en passant un acte juridique différent » ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 260, n° 329 : « [la donation indirecte] n'a pas besoin d'être notariée, car elle n'est pas une donation directe ; elle procède indirectement de l'acte qui la porte » ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 156, n° 369, selon qui « le seul point qui importe c'est que l'acte juridique qui sert de support à la disposition reste muet sur sa nature libérale » ; A. BRETON, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 1982, *D.* 1985, p. 85 : « la donation indirecte est celle qui, sans simulation, résulte d'un *acte juridique* licite n'ayant pas, de sa nature, un caractère gratuit ».

<sup>441</sup> M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 252, n° 1330. Précisément, l'auteur écrit : « Au soutien de la nécessité d'un acte instrumentaire constatant l'acte juridique par lequel s'accomplit la donation, pourrait, comme à propos des donations déguisées, faire valoir que seule une apparence formalisée est de nature à constituer un formalisme de substitution. Il faudrait donc un *acte-support* : la vente déséquilibrée ou la remise de dette devrait être passée par écrit ».

<sup>442</sup> N. PETERKA, *Les dons manuels*, thèse, LGDJ, 2001, p. 16, n° 19, et p. 365, n° 413.

## §2 – LA PORTEE DU CRITERE DE L'ACTE MUET

**126. Triple distinction** – Le critère de l'acte muet, entendu comme un acte juridique silencieux sur sa nature libérale, permettrait d'isoler la donation indirecte de trois autres formes de libéralités entre vifs que sont la donation authentique, la donation ostensible par acte sous seing privé et le don manuel.

Parce que la donation indirecte procéderait toujours d'un acte muet, elle ne serait pas assimilable à la donation notariée. En ce sens, on explique que l'acte authentique portant donation manifeste expressément l'intention libérale de son auteur. En rédigeant le contrat de donation, le notaire cristalliserait la volonté bienfaitrice du disposant ; plus encore, il la mettrait au jour, la révélerait et l'afficherait ostensiblement – ce qui explique l'expression de « donation faite à découvert »<sup>443</sup> parfois choisie pour la désigner. Sur ce point, théorie et pratique s'accordent parfaitement : à notre connaissance aucun arrêt n'a assimilé la donation indirecte à la donation notariée.

En outre, le critère de l'acte muet permettrait de distinguer la donation indirecte de la donation ostensible sous seing privé. Cette dernière s'entend d'une donation procédant d'un écrit privé dont la lettre exprime clairement l'intention libérale de son auteur<sup>444</sup>. Aussi, contrairement à l'acte support de la donation indirecte, voilant le caractère libéral du transfert patrimonial, celui de la donation ostensible sous seing privé porterait toujours la trace explicite de l'*animus donandi* du disposant. La distinction des deux libéralités présente un intérêt pratique certain puisque la donation indirecte bénéficie d'une immunité formelle qui ne s'étend pas à la donation ostensible sous seing privé<sup>445</sup>. La validité des donations indirectes ne fait en effet aujourd'hui aucun doute. Sans entrer dans une étude approfondie du fondement de cette validité<sup>446</sup>, rappelons seulement que, pour bon nombre, les auteurs contemporains considèrent que la donation indirecte tire sa légitimité d'une coutume *praeter legem* au regard de

---

<sup>443</sup> En ce sens, v. : H. NOUVEAU, *Essai sur la notion de la donation déguisée*, thèse, Paris, 1943, p 14.

<sup>444</sup> J.-F. MONTREDON, *thèse préc.*, p. 33, n° 39 ; M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 211, n° 1279 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 247, n° 306 ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 173, n° 407 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 511, n° 570.

<sup>445</sup> Sur le plan fiscal, la nullité de la donation ostensible sous seing privé n'a pas d'incidence. En effet, l'Administration fiscale est autorisée à percevoir le droit de mutation sur un acte frappé de nullité pour vice de forme (pour plus de détails, v. : A. CHAPPERT, « Le traitement fiscal des donations atypiques », *Defrénois* 1988, art. 34273, n° 2 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 148, n° 401).

<sup>446</sup> Pour plus de détails, v. : A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 93 et s. ; J.-F. MONTREDON, *thèse préc.* ; M. NICOD, *thèse préc.*

l'article 931 du Code civil, d'un usage que ce Code n'a pas écarté et qui a force obligatoire dans le silence de la loi écrite<sup>447</sup>.

Enfin, le critère de l'acte muet marquerait les contours de la distinction entre la donation indirecte et le don manuel. Ce point appelle de plus amples développements. C'est pourquoi, après avoir montré comment le critère de l'acte muet permettrait de différencier ces deux formes de donation (A), on mesurera précisément les enjeux liés à la distinction, spécialement sur le terrain fiscal (B).

## A – Le principe de la distinction entre la donation indirecte et le don manuel

**127. Acte juridique versus acte matériel** – Définissant le don manuel, PACILLY écrit ainsi : « le don manuel est un contrat par lequel, dans une intention libérale, une personne fait remise matérielle de la main à la main, directement ou par intermédiaire, à une autre personne qui accepte, d'une chose mobilière susceptible d'être transmise par voie de simple tradition, sans que la double volonté de donner et recevoir ait à s'exprimer autrement que par la tradition réelle »<sup>448</sup>. Dans le même sens, Madame GOLDIE-GENICON relève que « le don manuel ; contrat réel par excellence, n'existe que par la tradition que fait le donateur de la chose donnée au donataire. Cette tradition fait partie de l'essence même du don manuel, parce qu'elle sert de

---

<sup>447</sup> En ce sens, v. notamment : M. NICOD, *thèse préc.*, p. 168 et s., n° 395 et s. *Rapp.* : J.-F. MONTREDON, *thèse préc.*, p. 41 et s., n° 49 et s., F. LUCET, « Consensualisme et formalisme », *L'échange des consentements*, colloque Deauville, 1995, p. 47 ; H. LÉCUYER, « Des donations échappant au formalisme légal », *Dr. pat.* 2003, p. 92 ; G. RAOUL-CORMEIL, *J.-Cl.* art. 931, fasc. 10 : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Forme authentique », 2021, n° 19 et s., pour qui la donation indirecte serait valable parce que conforme à une coutume *contra legem*. *Comp.* : M. MAGUET, « Donations déguisées et donations indirectes », *JCP N.* 1943, p. 303, n° 24 ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Les libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 249, n° 1326 ; I. NAJJAR, « La validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé », *D.* 1995, p. 115, pour qui le fondement de la validité de la donation doit également être appréciée au regard de la lettre de l'article 931 du Code civil. En ce sens, les auteurs enseignent que l'article 931 doit être interprété comme imposant l'authenticité à tout acte instrumentaire qui *porte* une donation ; or puisque la donation indirecte serait toujours véhiculée par un acte qui ne la porte pas ostensiblement, elle respecterait les dispositions de cet article. *Comp.* : A.-F. RAGEYS, *thèse préc.*, p. 44 et s. et Y. JOLIVET, *Essai sur la tendance anti-formaliste de la jurisprudence en matière de donations déguisées*, thèse, Poitiers, 1940, p. 32 et s., pour qui les donations indirectes seraient valablement soustraites à l'authenticité « parce qu'elle ne [seraient] qu'un effet, voulu certes, mais accessoire, d'un acte principal qui n'a pas le caractère gratuit, et qui, par conséquent vaut pour lui-même ». Dans cette vue, la validité de la donation indirecte serait fondée sur la maxime « l'accessoire suit le principal ». *Comp.* : G. RIPERT, *cours préc.*, p. 52 et s. et A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 128 et p. 273, pour qui l'acte muet constituerait un formalisme de substitution à l'acte notarié car il aurait peu ou prou les mêmes vertus protectrices que la rédaction d'un acte authentique.

<sup>448</sup> G. PACILLY, *Le don manuel*, thèse, Caen, 1936, p. 18, n° 5.

substitut à l'exigence d'un acte notarié posée à l'article 931 du Code civil »<sup>449</sup>. Toujours, le don manuel se réaliserait ainsi par la remise matérielle de la chose donnée<sup>450</sup> : un bijou, un tableau ou encore, par exemple, une jument<sup>451</sup>. La doctrine unanime consacre cette analyse, ce dont elle déduit que le don manuel, contrat réel, se distingue de la donation indirecte<sup>452</sup>.

Certes, au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, certains auteurs ont relativisé l'opposition<sup>453</sup> tandis que d'autres ont été jusqu'à prôner son abandon<sup>454</sup>. Telle fût, par exemple, la position adoptée par Monsieur LUCET dans sa thèse de doctorat. L'auteur affirme ainsi : « la tradition, acte neutre, est susceptible d'être réalisée avec ou sans contrepartie voulue. C'est donc un acte susceptible de porter la donation indirecte »<sup>455</sup>. Empruntant le même raisonnement, Madame DEBOISSY écrit : « la tradition d'une chose est à la fois un acte neutre (la tradition peut être consentie à titre gratuit ou à titre neutre) et un acte abstrait (la tradition est valable indépendamment de sa cause) ; [...] le don manuel est [donc] une espèce dont la donation indirecte est le genre »<sup>456</sup>. Ces auteurs fondent ainsi l'assimilation du don manuel et de la donation indirecte sur le caractère muet des actes qui portent ces deux donations.

Cette analyse ne correspond cependant pas à l'opinion commune. En effet, si la tradition est bel et bien un acte muet en ce qu'elle « n'indique ni la raison qui a poussé le *tradens* à l'accomplir, ni l'effet qu'il cherche ainsi à produire »<sup>457</sup>, elle est très généralement présentée, non comme un acte juridique, mais comme la remise matérielle de la chose<sup>458</sup>. Aussi, selon la

---

<sup>449</sup> C. GOLDIE-GENICON, « Pas de don manuel sans remise matérielle de la chose », note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 10-28.363, *RDC* 2013, p. 202.

<sup>450</sup> En ce sens, v. par exemple : G. PACILLY, *thèse préc.*, p. 18, n° 5 ; A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 15 ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 36, n° 92 ; N. PETERKA, *thèse préc.* ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 511, n° 570 ; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003, p. 41, n° 21 ; M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 250, n° 1328 ; P. RAYNAUD, *manuel préc.*, p. 375, n° 488 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 247, n° 307 ; H. L. J. MAZEAUD et L. S. LEVENEUR, *manuel préc.*, p. 647, n° 1461.

<sup>451</sup> Sur la possibilité de réaliser un don manuel d'une jument, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2016, n° 15-14.121 ; *Dr. fam.* 2016, n° 4, p. 33, note M. NICOD. *Comp.* : CA Paris, 15 septembre 2005, n° 05/09059, sur la question de la validité d'un don manuel de chat.

<sup>452</sup> En ce sens, v. : P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 260, n° 329 : « [La donation indirecte] n'existe qu'en fonction de l'acte qui la soutient, ce en quoi elle n'est pas un don manuel » ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 487, n° 538 ; M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 250, n° 1328 ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 154, n° 364.

<sup>453</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, pp. 104, 145 et 276.

<sup>454</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 402, n° 539 ; F. LUCET, *thèse préc.*, 1987, p. 67 et s., n° 45 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 45, n° 118.

<sup>455</sup> F. LUCET, *thèse préc.*, p. 68, n° 45.

<sup>456</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 45, n° 118.

<sup>457</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 154, n° 363.

<sup>458</sup> En ce sens, v. notamment : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 490 et s., n° 541 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, Partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 212,

doctrine majoritaire, le don manuel et la donation indirecte auraient pour point commun de procéder d'un acte occultant l'intention libérale du donateur ; toutefois, elles marqueraient leur différence en ce que le don manuel serait toujours porté par un *acte matériel* alors que la donation indirecte le serait par un *acte juridique*<sup>459</sup>.

## **B – Les enjeux de la distinction entre la donation indirecte et le don manuel**

**128. Enjeux relativement minces de la distinction en droit civil** – En droit civil, les enjeux de la distinction de la donation indirecte et du don manuel sont relativement minces. Comme la donation indirecte, le don manuel est valable : la solution est acquise de longue date<sup>460</sup>. Certes, le Code civil a doté le don manuel d'une règle probatoire particulière dans l'hypothèse où une personne est en possession d'un meuble qu'elle prétend avoir reçu au titre d'un don manuel et qu'une autre (l'ancien propriétaire ou son héritier) le réclame<sup>461</sup>. En pareil cas, par exception au droit commun de la charge probatoire, la règle de preuve contenue à l'article 2276 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil s'applique au bénéficiaire du possesseur *a domino*. Ainsi, jusqu'à preuve du contraire, sa possession fait présumer son titre et le dispense de produire la preuve directe du don manuel<sup>462</sup>. Or une telle présomption de libéralité n'existe pas en matière

---

n° 1281. *Comp.* : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 271 et s., n° 331 et s., qui considère qu'un don manuel peut procéder d'une quasi-tradition, par exemple un don manuel par virement.

<sup>459</sup> Il importe peu, à cet égard, que le don manuel s'accompagne d'une convention écrite (un « pacte adjoint » dit-on) puisque celle-ci n'a pas pour objet de constituer la donation.

<sup>460</sup> À l'instar de la donation indirecte, le fondement de cette validité demeure aujourd'hui discuté. Sur ce point, v. notamment : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 3 et s., n° 5 et s., considérant pour sa part que le don manuel se présente comme une coutume *praeter legem* qui coexiste avec l'article 931 du Code civil.

<sup>461</sup> C'est le cas, par exemple, lorsque des héritiers agissent en revendication d'un bien contre celui qu'il soupçonne de le détenir et que celui-ci avoue sa possession invoquant l'existence d'un don manuel. Pour plus de détails, v. : A. DESTIT, *De la preuve en matière de dons manuels*, thèse, Paris, 1898 ; P. BRONZINI, *De la preuve des dons manuels*, thèse, Aix-en-Provence, 1911 ; A. VIÉNOT, *L'article 2279 du Code civil et son application aux dons manuels*, thèse, Paris, 1912 ; J.-F. PILLEBOUT, « Le contentieux du don manuel », *JCP N.* 1992, p. 2229 ; L. PERFETTI, « Don manuel et intérêt de l'enfant », *Defrénois* 1995, art. 36058, p. 539 ; N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 455 et s., n° 514 et s.

<sup>462</sup> Cette présomption de titre n'est pas cependant irréfutable. En effet, l'article 2276 n'intervient pas ici comme règle de fond, offrant un titre inattaquable au possesseur, mais joue comme règle de preuve dans les rapports de deux possesseurs. La preuve contraire est donc autorisée. À cet égard, trois moyens s'offrent au demandeur. Il peut tout d'abord contester l'existence même de la donation, en montrant, par exemple, l'absence d'intention libérale (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1982, Bull. n° 287). Il peut également contester les qualités de la possession, en apportant la preuve, par tous moyens, que la possession dont se prévaut le possesseur est viciée (v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 octobre 2014, n° 13-22.938, Publié ; *RDC* 2015, n° 112f8, p. 559 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2020, n° 19-13.202). La solution est de bon sens : dans cette matière, comme dans toutes autres, la possession ne vaut titre qu'autant qu'elle réunit les qualités requises par la loi ; elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque. Aussi, la présomption de titre en faveur du prétendu donataire est logiquement écartée si le demandeur prouve que sa possession est viciée,

de donation indirecte puisque celle-ci doit nécessairement être prouvée positivement par celui qui en invoque l'existence. Toutefois, en dehors de cette règle probatoire, la donation indirecte et le don manuel sont soumis au même régime civil.

**129. Importance de la distinction en droit fiscal** – En réalité, c'est sur le terrain fiscal que la distinction entre ces deux formes de libéralités présenterait une importance majeure<sup>463</sup>. Il est vrai, en effet, qu'outre la règle du rappel fiscal à laquelle la donation manuelle et la donation indirecte sont toutes deux soumises<sup>464</sup>, leur régime fiscal est très différent : tandis que le premier n'est jamais immédiatement taxé (1), la seconde constitue, en soi, un fait générateur des droits de mutation à titre gratuit (2).

*1 – L'absence de taxation immédiate du don manuel*

**130. Cas limitatifs de taxation du don manuel**<sup>465</sup> – Le don manuel n'a jamais donné lieu à une taxation automatique, au sens où sa réalisation ne constitue pas, en soi, un fait générateur des droits de mutation à titre gratuit. Avant la loi du 18 mai 1850, l'impôt sur un don manuel ne pouvait ainsi être perçu que s'il existait un écrit constatant la libéralité et formant un titre entre les parties : même lorsque le don manuel était constaté dans une décision judiciaire, seule

---

par exemple, par l'équivocité ou la clandestinité. Enfin, pour combattre la présomption, il peut contester l'existence de la possession, en prouvant que son adversaire est détenteur précaire du bien en vertu, par exemple, d'un contrat de dépôt (Cass. civ., 16 octobre 1956, Bull. n° 351 ; *JCP G.* 1956. IV, p. 157). En ce cas, il lui appartient d'en apporter la preuve, laquelle doit en principe s'établir par écrit lorsque la valeur du bien est supérieure à 1 500 euros.

<sup>463</sup> M. NICOD, « Des titres dématérialisés peuvent-ils faire l'objet d'un don manuel ? », *D.* 1999, p. 308 : « [Le] régime de faveur [du don manuel] [...] justifie l'existence d'une démarcation franche, [le] séparant clairement de la donation indirecte ». *Contra*, v. notamment : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 17, n° 21 relevant que « si l'article 6 de la loi du 18 mai 1850 a inséré, dans le Code général des impôts, une disposition permettant, dans certaines conditions, de taxer les dons manuels et de mettre fin à l'évasion fiscale qu'ils autorisaient, le législateur est resté muet quant à la taxation de la donation indirecte ».

<sup>464</sup> La règle du rappel fiscal (également appelée « rapport fiscal ») consiste à rapporter les donations antérieures pour le calcul des droits de mutations à titre gratuit lors d'une nouvelle donation ou d'une succession. Cette disposition vise toutes les donations antérieures consenties par le défunt aux héritiers, donataires et légataires, « quelle que soit leur forme ». Elle s'applique donc aux donations tant manuelles qu'indirectes.

<sup>465</sup> Sur le sujet, v. : B. FRULEUX et J.-F. DESBUQUOIS, « La taxation des dons manuels », *APSP* 2012/4, n° 33 ; G. HUBLLOT, « De quelques difficultés civiles et fiscales liées au don manuel », *Dr. pat.* 1<sup>er</sup> mars 2002, n° 102 ; N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 207 et s., n° 258 et s. ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 48 et s., n° 128 et s. ; C. BRUNO, « L'imposition des dons manuels », *AJPI* 1992, p. 661 ; A. GOBIN, « État actuel des problèmes juridiques et fiscaux du don manuel », *JCP N.* 1982. I, p. 569 ; L. MARTIN, « Les donations en droit fiscal », *JCP N.* 1990. I, p. 443 ; L. MARTIN, « Les dons manuels », *JCP N.* 1997, p. 1369 ; R. GOLLOT et C. GOURY, « L'actualité du don manuel », *GP.* 1999. I, p. 12 ; G. BONNET, « Zone d'ombres sur la taxation des dons manuels de somme d'argent », *Defrénois* 1998, art. 36858.

la présence au procès du donateur *et* du donataire autorisait l'Administration à le soumettre aux droits de mutation à titre gratuit<sup>466</sup>.

Ce régime fut certes durci par l'article 6 de la loi du 18 mai 1850, qui multiplia les cas d'assujettissement du don manuel à l'impôt sur les donations<sup>467</sup>. Mais ceux-ci demeurent très limités en pratique. Outre le jeu du rappel fiscal, les dons manuels sont imposés uniquement dans trois cas limitativement énumérés par l'article 757 du Code général des impôts. La loi vise d'abord l'hypothèse dans laquelle le donataire ou l'un de ses représentants communique l'existence du don dans un acte présenté, volontairement ou par obligation, à la formalité de l'enregistrement (acte de partage, inventaire de succession...)<sup>468</sup>. Il se déduit de là qu'une déclaration de don manuel réalisée par le donateur ne donne pas lieu à perception de l'impôt. En outre, le don manuel est imposable lorsqu'il est révélé par le donataire soit spontanément, soit en réponse à une demande de renseignements, d'éclaircissements ou de justifications de l'Administration, soit au cours d'une procédure de contrôle ou encore d'une procédure contentieuse. Mais cette révélation implique nécessairement un acte volontaire et positif de la part du donataire<sup>469</sup> : elle ne peut ainsi être déduite du silence gardé par le contribuable, ni résulter des constatations propres du contrôleur fiscal<sup>470</sup>. Enfin, l'article 757 du Code général des impôts vise l'hypothèse dans laquelle le don manuel est reconnu sans équivoque dans une décision émanant de l'autorité judiciaire<sup>471</sup>. Si aucune de ces

---

<sup>466</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 208, n° 259 ; G. PACILLY, *thèse préc.*, p. 522, n° 204.

<sup>467</sup> L'article 6 de la loi du 18 mai 1850 est actuellement codifié à l'article 757 du Code général des impôts.

<sup>468</sup> S'agissant de la forme de la déclaration, la loi est souple ; l'expression « don manuel » n'a pas besoin de figurer, comme telle, dans l'acte, tant qu'il n'existe aucun doute sur sa réalité (N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 218, n° 273). En outre, la nature de l'acte contenant l'aveu du donataire ou de l'un de ses représentants est indifférente : ce peut être un acte public ou privé, un acte administratif, judiciaire ou extrajudiciaire (N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 221, n° 276).

<sup>469</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 225, n° 279.

<sup>470</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. com., 16 avril 2013, n° 12-17.414 ; Com., 6 décembre 2016, n° 15-19.966, Bull. n° 151. *Comp.* : Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-11.120, Publié, *RFP* n° 7-8, juillet 2020, p. 11, note J.-F. DESBUQUOIS, qui juge que la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, en modifiant l'article 635 A du Code général des impôts, permet à l'Administration d'assujettir aux droits de mutation à titre gratuit un don manuel dont le montant excède 15 000 euros, alors même que son bénéficiaire a été contraint de lui en révéler l'existence à l'occasion du contrôle de sa situation fiscale personnelle.

<sup>471</sup> À cet égard, il n'est pas nécessaire que les termes du jugement désignent expressément l'opération sous l'expression « don manuel », ni même qu'ils en déterminent les parties (en ce sens, v. : Cass. req., 19 novembre 1912, *S.* 1915. I, p. 54, note A. WAHL ; Cass. com., 12 juillet 2005, n° 03-20.915 ; Cass. com., 12 octobre 2010, n° 09-70.337).

trois conditions n'est remplie, le don manuel échappe ainsi aux droits de mutation à titre gratuit<sup>472</sup>. C'est dire qu'il est dépourvu de toute taxation automatique.

**131. Conséquence : absence de pénalité et d'intérêt de retard** – En outre, du fait de son absence de taxation immédiate, le don manuel ne donne en principe lieu à aucune pénalité ou intérêt de retard. Dans sa thèse de doctorat, PACILLY plaidait en faveur de la solution inverse. Selon l'auteur, le principe de l'impôt du don manuel serait acquis dès le jour du don manuel ; au contraire, l'acte ultérieur visé par la loi (déclaration, révélation, reconnaissance, rappel) ne constituerait qu'une simple condition de son exigibilité<sup>473</sup>. Cette position n'est cependant pas celle retenue par le droit positif. La doctrine de l'Administration et la jurisprudence considèrent en effet que la date à laquelle le don manuel a été réalisé est sans incidence sur ses modalités d'imposition<sup>474</sup>. Par un arrêt du 10 octobre 2000, publié au Bulletin, la Cour de cassation énonce ainsi clairement que c'est à la date de la « révélation » du don manuel à l'Administration qu'il convient de se placer pour apprécier les règles applicables au don litigieux<sup>475</sup>. Il se déduit de là que le bénéficiaire d'un don manuel ne peut se voir appliquer par l'Administration ni pénalité ni intérêt de retard.

Par conséquent, le don manuel n'est pas soumis à taxation immédiate aux droits de mutation à titre gratuit puisque celle-ci n'est encourue qu'en cas de révélation fiscale du don à l'Administration. Or contrairement à ce que certains avaient souhaité, ce régime n'est pas applicable en matière de donation indirecte.

---

<sup>472</sup> Sauf, bien sûr, le jeu du rappel fiscal prescrit à l'article 784 du Code général des impôts. Cependant, le don manuel échappe à toute imposition si le bénéficiaire d'un don manuel ne vient pas à la succession du donateur, qu'il ne recueille pas, à nouveau, de son vivant, une donation de sa part et que les conditions prévues par l'article 757 du Code général des impôts ne sont pas remplies.

<sup>473</sup> G. PACILLY, *thèse préc.*, p. 544, n° 210, p. 561, n° 215, p. 573, n° 220. Pour mémoire, le fait générateur de l'impôt se définit comme le fait par lequel sont réalisées les conditions légales nécessaires pour l'exigibilité de l'impôt. Au contraire, l'exigibilité de l'impôt se définit comme le droit que le Trésor public peut faire valoir, à partir d'un moment donné, auprès du redevable pour obtenir le paiement de l'impôt (BOI-TVA-BASE-20-20190807, à propos de la taxe sur la valeur ajoutée).

<sup>474</sup> Instr. 13 avril 1992, BOI 7-G-3-92, *Deffrénois* 1992, art. 35297 ; Cass. com., 10 octobre 2000, n° 97-21.591, Bull. n° 152.

<sup>475</sup> Cass. com., 10 octobre 2000, *préc.* Les droits de donation sont dus, par conséquent, au tarif en vigueur au jour de l'acte, si celui-ci est obligatoirement soumis à la formalité de l'enregistrement, à la date de sa présentation volontaire, dans le contraire, de la révélation du don manuel par le gratifié à l'Administration fiscale, ou encore du jugement contenant sa reconnaissance. Corrélativement, le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter de la survenance d'un des faits générateurs.

## 2 – La taxation immédiate de la donation indirecte

**132. Application de l'article 677 1° du Code général des impôts** – La loi ne prévoit pas explicitement le régime fiscal de la donation indirecte. Dans ce silence, une partie de la doctrine a imaginé que celui du don manuel trouvait application en la matière. Précisément, on a soutenu qu'en l'absence d'enregistrement volontaire ou obligatoire<sup>476</sup>, et sauf le jeu du rappel fiscal, les donations indirectes ne seraient imposées que dans les trois cas prévus à l'article 757 du Code général des impôts<sup>477</sup>. Il n'en est pourtant rien en pratique. Ni la jurisprudence, ni la doctrine de l'Administration ne portent la trace, même implicite, d'une application aux donations indirectes du régime fiscal du don manuel. Et pour cause : une telle interprétation est contraire au principe d'interprétation stricte de la loi fiscale<sup>478</sup>.

Aussi doit-on retenir que la donation indirecte est imposable immédiatement, et ce, conformément aux dispositions de l'article 677-1° du Code général des impôts. Cet article prévoit que sous réserve de dispositions particulières – qui n'existent pas pour la donation indirecte –, toutes transmissions de propriété, soit entre vifs, soit par décès, sont « passibles d'une imposition proportionnelle ou progressive ». Le texte vise toutes les mutations entre vifs, qu'elles soient réalisées à titre gratuit ou à titre onéreux. Il trouve ainsi à s'appliquer en matière de donation indirecte<sup>479</sup>. En outre, le terme « passible » suggère que le fait générateur de la taxation demeure à la date où le bien a été transmis, c'est-à-dire au jour de la réalisation de la

---

<sup>476</sup> Tel est le cas si l'acte support de la donation indirecte n'est pas un acte soumis à l'enregistrement obligatoire en vertu des articles 635 et suivants du Code général des impôts. Pour mémoire, les articles 635 et suivant du Code général des impôts soumettent à la formalité de l'enregistrement une série d'actes, parmi lesquels figurent, par exemple, les actes notariés (CGI, art. 635, 1, 1°), les actes portant transmission de propriété ou d'usufruit de bien immeuble, de fonds de commerce, de clientèle ou d'office (CGI, art. 635, 1, 3° et 635, 2, 5°), les actes portant répudiation de successions, legs ou communautés (CGI, art. 635, 2, 2°) ou encore les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire (CGI, art. 635, 2, 1°).

<sup>477</sup> R. GENTILHOMME et M. HERAIL, *Fiscalité des mutations à titre gratuit et des partages*, 2<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2013, p. 196, n° 312 ; P. BERGER, « La donation indirecte de valeurs mobilières », *Dr et pat.*, mars 1994, p. 36 et 37 ; H. LE NABASQUE, F. BOUSSIER et F. RICHEN, « La transmission de l'entreprise familiale », Dalloz, 1992, n° 389.

<sup>478</sup> En ce sens, v. notamment : B. PACAUD, « Variations à propos de la taxation du don manuel », *JCP N.* 1999, p. 120, n° 20 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 51, n° 134 ; N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 262, n° 322.

<sup>479</sup> *D. adm.* 7 G-311, 15 décembre 1991, n° 10. En doctrine, v. notamment : P. FERNOUX, « Une bombe à retardement : la taxation des donations indirectes », *BIM Lefebvre* 1999, n° 2, p. 104 ; J.-P. LE GALL, « Donations indirectes et distributions irrégulières : un certain particularisme de la fiscalité », *Dr. fisc.* 2000, p. 138, n° 6 ; F. DEBOISSY, « Requalification d'un contrat d'assurance-vie en donation indirecte », *Dr. fisc.* 2008, n° 11 ; T. LAMBERT, *Procédures fiscales*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 124, n° 273. En jurisprudence, v. par exemple : CA Paris, 22 novembre 2016, n° 2013/02648.

donation indirecte<sup>480</sup>. Dès lors, on doit admettre que la donation indirecte, à la différence du don manuel, constitue en tant que telle un fait générateur des droits de mutation à titre gratuit. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par la Cour de cassation<sup>481</sup>.

**133. Application des pénalités et intérêts de retard** – Reste une interrogation : le bénéficiaire d'une donation indirecte peut-il se voir condamner au paiement d'une pénalité et à des intérêts de retard en application des articles 1727, I et 1728, 1, a, du Code général des impôts<sup>482</sup> ? La réponse à cette interrogation n'est pas évidente car l'article 677-1° précité ne précise pas si la date de réalisation de la mutation (en l'occurrence la donation) intéresse uniquement le fait générateur de l'impôt ou également l'exigibilité de sa taxation. Le terme « passible » postule que le fait générateur de la taxation des donations indirectes se situe au jour de sa constitution, mais il ne dit rien de l'exigibilité de cette taxation. Or on l'a compris, ce n'est que si ces deux événements interviennent au même moment que l'Administration fiscale est fondée à infliger des pénalités de retard au bénéficiaire de la donation indirecte.

Sur ce point, la jurisprudence n'a jamais eu l'occasion de se prononcer clairement. Cependant, l'analyse du contentieux montre que l'Administration fiscale a pris parti pour la seconde solution sans jamais avoir été démentie par la Cour de cassation<sup>483</sup>. En effet, il n'est pas rare d'apercevoir dans le détail des décisions relatives à la taxation d'une donation indirecte la condamnation du donataire au paiement de pénalités et d'intérêts de retard. Ainsi, au terme d'un arrêt rendu le 21 juin 2011, la Cour de cassation a validé la notification d'une proposition de redressement (la donation indirecte ayant été réalisée par voie d'abandon d'usufruit) à hauteur de 680 818 euros, dont 157 000 euros de pénalités et intérêts de retard<sup>484</sup>. De même, dans la décision déjà citée du 6 novembre 2019, requalifiant un *trust*-libéralité en donation indirecte, les juges ont validé la proposition de rectification contradictoire stipulée pour la

---

<sup>480</sup> En ce sens, v. : P. FERNOUX, « Une bombe à retardement : la taxation des donations indirectes », *art. préc.*, p. 104.

<sup>481</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-20.461 ; Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-15.621 ; *AJ fam.* 2019. 313, note S. PAILLARD.

<sup>482</sup> Pour mémoire, ces dispositions autorisent l'Administration à sanctionner doublement le bénéficiaire d'une donation simulée, pour avoir manqué, et donc retardé, la production d'une déclaration comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette et la liquidation de son impôt. Le donataire peut ainsi se voir appliquer et une majoration de 10 % des droits rappelés et des intérêts au taux de 0,20 % par mois à compter de la date de réalisation de la donation (avant la loi de finances rectificatives pour 2017, ce taux était de 0,40 % par mois).

<sup>483</sup> V. également implicitement : BOI-ENR-DMTG-20-10-10, § 1 et § 100.

<sup>484</sup> Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-20.461, Bull. n° 104 ; *D.* 2011, note X. DELPECH ; *Dr. fam.* 2011, comm. 15, note B. BEIGNIER.

somme totale de 1 206 510 euros en principal et 322 989 euros en pénalités et intérêts de retard<sup>485</sup>. Au vu de ces décisions, on peut considérer, avec certains auteurs<sup>486</sup>, que c'est au jour de la réalisation de la donation indirecte que les droits de mutation à titre gratuit sont exigibles, de sorte que son bénéficiaire peut se voir appliquer des pénalités retard<sup>487</sup>. La donation indirecte ne profite donc pas du même régime de faveur que le don manuel<sup>488</sup>. C'est dire que sur le terrain fiscal, la distinction de ces deux variétés de donation présente une importance majeure.

**134. Conclusion de la première section** – De ces développements, il faut retenir que, selon le discours doctrinal commun, la donation indirecte est une libéralité entre vifs qui n'existe que par un *acte juridique muet*. Cette assertion recouvre deux idées principales : la première, que l'on retrouve exprimée sans ambiguïté, est que la donation indirecte procéderait d'un acte juridique *voilant l'intention libérale de son auteur* ; la seconde, sur laquelle cette fois le doute est majoritairement entretenu, est que cet acte juridique – support de la donation indirecte – pourrait s'entendre aussi bien d'un *negotium* que d'un *instrumentum*. En un mot, la donation indirecte serait une libéralité entre vifs procédant d'un acte juridique (dans ses deux aspects, *negotium* et *instrumentum*) silencieux quant à sa nature libérale. Traçant en partie les contours de la donation indirecte, ce critère permet, dit-on encore, de la distinguer du don manuel et de la donation ostensible (par acte notarié ou sous seing privé) dont les régimes diffèrent sensiblement. Toutefois, ce critère fait l'objet d'une certaine fluctuation jurisprudentielle.

## SECTION 2 – LA FLUCTUATION JURISPRUDENTIELLE

**135. Annonce** – Une analyse minutieuse de la jurisprudence dévoile que la catégorie « donation indirecte » ne comprend pas uniquement des donations résultant d'un acte muet. Ici

---

<sup>485</sup> Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985 ; *Dr. fam.* 2020, p. 31, note M. NICOD ; *GP* 2020, p. 68, note S. LEROND.

<sup>486</sup> En ce sens, v. par exemple : B. PACAUD, « Le don manuel », *LPA*, 24 avril 1991, n° 49, p. 26 ; A. CHAPPERT, « Le traitement fiscal des donations atypiques », *Defrénois* 1988, art. 34273, n° 2 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 77, n° 210 ; R. LE GENTILHOMME et M. HERAIL, *Fiscalité des mutations à titre gratuit et des partages*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 6 et p. 179, n° 11 et n° 276 ; M. COLLET, *Droit fiscal*, 7<sup>ème</sup> éd., PUF, 2019, p. 142, n° 247.

<sup>487</sup> En ce sens, v. également les principes généraux énoncés par la doctrine administrative desquels il résulte que l'exigibilité des droits de mutation à titre gratuit est soumise à la réunion des éléments constitutifs de la libéralité (BOI-ENR-DMTG-20-10-10-20190502, §1 et §100).

<sup>488</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 156, n° 368-2, note 191, relevant que « la donation indirecte [est] plus durement traitée que le don manuel ».

et là, en effet, des libéralités apparaissent sous le nom de donation indirecte qui procèdent d'un acte affichant ostensiblement l'intention libérale du disposant. Pour la jurisprudence, l'acte muet ne serait donc pas un critère absolument typique du concept de donation indirecte, contrairement aux enseignements classiques. En outre, cette tendance jurisprudentielle à rejeter le critère de l'acte muet ne peut manquer d'être rapprochée de celle consistant à écarter la qualification de donation indirecte au bénéfice de celui de don manuel alors même qu'un acte muet sert de socle à la transmission libérale.

Au rebours de ce que l'on enseigne habituellement, le critère de l'acte muet ne semble donc pas toujours suffire à déterminer le concept de donation indirecte, ni à marquer parfaitement son originalité puisqu'il existe aussi bien des actes muets, vecteurs de libéralités, sans donation indirecte (§1) que des donations indirectes sans acte vecteur muet (§2).

#### §1 – LES ACTES MUETS SANS DONATION INDIRECTE

**136. Double illustration** – La Cour de cassation place dans l'orbe des dons manuels deux formes spéciales de libéralité de biens incorporels : la donation de titres financiers par virement<sup>489</sup> et la donation de sommes d'argent par chèque. Pourtant, ces libéralités opèrent au moyen d'un acte juridique muet, et devraient donc, selon les enseignements classiques, intégrer la catégorie des donations indirectes. Pour s'en convaincre (B), un bref rappel du droit positif s'impose (A).

#### A – L'exposé du droit positif

**137. Don manuel de sommes d'argent par chèque** – Aujourd'hui, l'emploi du chèque ne se cantonne plus à un rôle de substitut monétaire dans le règlement d'obligations de somme d'argent<sup>490</sup>. Il peut également servir à garantir une dette ou gratifier son bénéficiaire. À la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence a en effet admis qu'une donation peut se faire par la remise d'un chèque. Or pour qualifier cette nouvelle forme de libéralité, elle s'est orientée vers la qualification, non de donation indirecte, mais de don manuel.

Par un arrêt du 4 novembre 1981, la Cour de cassation a décidé que « le don manuel d'une somme d'argent peut être fait au moyen de la remise d'un chèque, qui réalise la tradition par le

---

<sup>489</sup> Le raisonnement mené au sujet de la donation de titres financiers par virement peut être transposé, *mutatis mutandis*, à la donation de monnaie scripturale par virement que la Cour de cassation considère également comme un don manuel (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1966, Bull. n° 424, D. 1966, p. 614).

<sup>490</sup> A. BOUJEKA, « Des libéralités par chèque », D. 2003, chron., p. 2712.

dessaisissement, irrévocable du tireur au profit du bénéficiaire, qui acquiert immédiatement la propriété de la provision »<sup>491</sup>. Cette solution a rapidement été confirmée. Par une décision du 20 novembre 1985, les juges ont ainsi précisé que « le don manuel d'une somme d'argent fait 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 dont le bénéficiaire acquiert la propriété »<sup>492</sup>. Une donation par chèque peut donc se faire sous la forme d'un don manuel si, d'une part, le chèque est valablement créé<sup>493</sup>, et d'autre part, une provision suffisante existe avant le décès du donateur<sup>494</sup>. Quoique les recueils de jurisprudence n'en présentent pas de nombreuses traces, la solution est acquise en droit positif.

**138. Don manuel de valeurs mobilières par virement** – Elle l'est tout autant s'agissant des donations de valeurs mobilières par virement. Pendant longtemps, il est vrai, la donation de valeurs mobilières par virement a répondu à une double qualification selon que l'action donnée était au porteur ou nominative. Lorsqu'elle était au *porteur*, l'opération était analysée en un don manuel à raison, disait-on, de l'incorporation matérielle du droit d'associé au titre-papier. En effet, pour la jurisprudence, une telle donation se réalisait par la tradition du titre papier et consistait, dès lors, en un don manuel<sup>495</sup>. Au contraire, lorsque l'action donnée portait sur une valeur mobilière *nominative*, la donation entraînait dans la catégorie des donations indirectes<sup>496</sup>. Puisque la transmission des actions nominatives procédait d'une inscription au registre des transferts<sup>497</sup>, aucune enveloppe corporelle ne justifiait la qualification de don manuel. Les

---

<sup>491</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, *Coco Chanel*, n° 80-12.926, Bull. n° 327 ; *RTD. civ.* 1982, p. 781, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 1982, art. 32944, p. 1378, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>492</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985, Bull. n° 314 ; *Defrénois* 1986, art. 33700, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD. civ.* 1987, p. 137, obs. J. PATARIN.

<sup>493</sup> Le don manuel d'un chèque « en blanc » n'est ainsi pas valable, le chèque sans montant n'étant lui-même pas admis (CA Nîmes, 9 janvier 1996, n° 1996-030094, *Dr. fam.* 1997, comm. 64, B. BEIGNER).

<sup>494</sup> La solution a été depuis confirmée, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1991, *Defrénois* 1991, art. 35119, obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 1993, n° 91-14.486, Bull. n° 65 ; *D.* 1994, p. 182, obs. CABRILLAC ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Bull. n° 39 ; *D.* 2002, p. 2447, obs. M. NICOD ; *D.* 2003, p. 344, obs. D.-R. MARTIN ; *RTD. civ.* 2002, p. 551, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 2003, art. 37649, n° 7, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>495</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ., 11 août 1880 ; *S.* 1881. I, p. 15 ; Cass. req., 15 novembre 1881, *S.* 1882. I, p. 259 ; *DP.* 1882. I, p. 67 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1996, Bull. n° 119 ; *Dr. pat.* 1996, n° 1329, p. 71, obs. A. BÉNABENT ; CA Paris, 30 décembre 1981, *S.* 1883. II, p. 241, note J.-E. LABBE.

<sup>496</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. req., 1<sup>er</sup> février 1842 ; *DP* 1842. I, p. 203 ; Cass. req., 17 février 1873, *DP* 1874. I, p. 145 ; CA Paris, 31 mars 1981, *GP*, 1981. II, p. 622, note J. VIATTE.

<sup>497</sup> En effet, selon l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> du décret n° 55-1595 du 7 décembre 1955, « les droits du titulaire d'un titre sont établis par une inscription sur le registre de la personne morale émettrice ».

tribunaux écartaient alors la qualification de don manuel au bénéfice de celle de donation indirecte.

Cette dualité de qualification a disparu après que la loi du 30 décembre 1981 a procédé à une dématérialisation de l'ensemble des valeurs mobilières<sup>498</sup>. Qu'elles soient nominatives ou au porteur, leur transmission se fait désormais selon un régime unique : l'inscription en compte tenu soit par l'émetteur (dans le cas d'un titre nominatif), soit par un intermédiaire financier (dans le cas des titres au porteur)<sup>499</sup>. On pouvait dès lors s'attendre, au regard de la jurisprudence antérieure, à ce que la donation de l'ensemble des titres financiers relève désormais de la catégorie de donation indirecte. Ce n'est pourtant pas la qualification qui a triomphé en jurisprudence. Par une formule qui ne laisse place à aucune incertitude, la Cour de cassation, statuant en matière fiscale, a en effet jugé, aux termes d'un arrêt du 19 mai 1998, que « les titres au porteur peuvent faire l'objet d'un don manuel ». Précisant sa solution, elle relève en outre que « de la circonstance que ces titres soient désormais dématérialisés, il résulte qu'inscrits désormais en compte, ils se transmettent par virement de compte à compte »<sup>500</sup>. Une telle qualification avait été suggérée par la doctrine de l'Administration fiscale. Commentant les nouvelles dispositions de la loi de finances pour 1992, une instruction du 13 avril 1992 relève que « la notion de don manuel peut porter sur des biens corporels et incorporels et même se réaliser par un simple jeu d'écriture, [de sorte qu'] il importe peu que matériellement le transfert de fonds se soit opéré par virement de compte dès lors que cette opération a entraîné dessaisissement réel et immédiat au profit du donataire. »<sup>501</sup>. Pour le fiscaliste donc, la donation de valeurs mobilières résultant d'un ordre de virement doit figurer dans la catégorie des dons manuels, non dans celle des donations indirectes<sup>502</sup>. Cette solution n'est d'ailleurs pas l'apanage du droit fiscal : le juge civil s'en est rapidement emparée, comme en témoigne un arrêt rendu

---

<sup>498</sup> Loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 (article 94-II) entrée en vigueur le 3 novembre 1984. Sur ce sujet, v. notamment : J. FOYER, « La dématérialisation des valeurs mobilières en France », *Mélanges G. FLATTET*, Lausanne, 1985, p. 21.

<sup>499</sup> C.M.F., art. L. 211-3.

<sup>500</sup> Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161 ; *D.* 1998. 551, note D. R. MARTIN ; *D.* 1999, p. 308, obs. M. NICOD ; *RTD. com.* 1999. 170, obs. R. CABRILLAC ; *RTD. civ.* 1999, p. 677, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 1999, p. 26, obs. A. CHAPPERT ; Bull. *Joly Soc.* 1998, p. 1093, note D. R. MARTIN ; *JCP N.* 1998, p. 1664, obs. H. HOVASSE. Déjà en ce sens, quoiqu'implicitement, v. : CA Paris, 22 mars 1989, *RTD. com.* 1989, p. 504, obs. R. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; CA Paris, 19 mars 1991, *JCP N.* 1992. II, p. 119.

<sup>501</sup> Instr. 13 avril 1992, BOI 7-G-3-92, *Defrénois* 1992, art. 35297.

<sup>502</sup> Il se déduit de là qu'une entreprise familiale peut être transmise au moyen d'un don manuel. Sur ce sujet, v. notamment : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 148 et s., n° 176 et s. ; P. BERGER, « La transmission de l'entreprise à titre gratuit », *RJ com.* 1988, p. 45 ; S. LEROND, *Le don manuel et la transmission d'entreprise*, Actes prat. strat. patrimoniale, 2012, n° 4, étude 36.

le 12 novembre 1998 à propos d'une donation de titres de rente<sup>503</sup>. En droit positif, la jurisprudence civile et fiscale considère donc que le virement est un moyen de donner manuellement, une technique de réalisation de la tradition matérielle. Au regard du critère de l'acte muet, cette qualification paraît néanmoins contestable.

## **B – L'analyse du droit positif**

**139. Rupture avec les enseignements classiques** – Si l'on s'en tient aux enseignements doctrinaux les plus traditionnels, c'est vers la qualification de donation indirecte que porte l'analyse. Deux raisons majeures militent en faveur de cette position. D'une part, les donations envisagées n'opèrent aucune tradition matérielle (1). D'autre part, et surtout, elles sont portées par un acte juridique muet : le chèque et l'inscription en compte (2).

### *1 – L'absence de tradition matérielle*

**140. Cas du don manuel par chèque : arguments au soutien de la qualification** – La qualification jurisprudentielle de don manuel par chèque trouve quelques soutiens en doctrine. Plusieurs arguments sont avancés pour la justifier malgré l'absence de corporalité de la chose donnée<sup>504</sup>.

Une première analyse défend l'idée d'une tradition matérielle du titre-chèque<sup>505</sup>. En ce sens, on soutient que le titre-chèque, bien corporel incluant la créance sur la provision, provoquerait une matérialisation du droit sur les deniers. Dès lors, le transfert du chèque *manu ad manum* remplirait l'exigence d'une tradition réelle<sup>506</sup>. Contestant cette position, d'autres auteurs estiment que la tradition est réalisée par la présentation du chèque au paiement, c'est-à-dire par

---

<sup>503</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 1998, n° 96-19.814. L'association nationale des sociétés a également adopté cette solution (ANSA, Avis, 3 novembre 1993, n° 261, *JCP N.* 1994, p. 100541).

<sup>504</sup> Pour un exposé exhaustif de ces arguments, v. : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 344 et s., n° 392 et s.

<sup>505</sup> En ce sens, v. notamment : M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, *RTD com.* 1977, p. 131 ; M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, *RTD com.* 1981, p. 570 et *RTD com.* 1986, p. 413 ; M. VIVANT, note sous CA Pau, 3 mars 1981, *JCP G.* 1982. II, 19706 ; J.-F. MONTREDON, *thèse préc.*, p. 96 et s., n° 150 et s.

<sup>506</sup> En outre, la remise du titre conférerait au gratifié l'ensemble des droits attachés au titre-chèque, c'est-à-dire les droits sur la provision mais aussi tous les attributs du chèque et notamment la faculté pour le gratifié d'exercer les recours cambiaires. Dans cette vue, l'absence de provision au moment de la remise du chèque n'invaliderait pas le don manuel, son bénéficiaire pouvant toujours exercer une action en paiement contre le tireur ou, le cas échéant, contre ses héritiers ou légataires. V. cependant : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985, *préc.*, conditionnant le don manuel par chèque à l'existence d'une provision avant le décès du tireur.

l'inscription scripturale de la somme au crédit du compte du donataire<sup>507</sup>. Dans cette vue, le don manuel s'opérerait au moyen d'un jeu d'écritures scripturales et serait conclu « au moment du paiement effectif du chèque, c'est-à-dire à la date de son encaissement qui opère la quasi-tradition »<sup>508</sup>. Enfin, une dernière analyse consiste à assimiler l'objet de la tradition et la créance du tireur contre le tiré<sup>509</sup>. Sous ce rapport, « l'objet de la tradition [serait] constitué par la provision : [ce serait] elle dont le transfert constitue[rait] la tradition et réalise[rait] la donation »<sup>510</sup>. La jurisprudence, on l'a vu, a fait sienne cette analyse puisque, dans l'arrêt précité du 4 novembre 1981, elle admet que si la donation par chèque porte sur des deniers, c'est la provision qui est l'objet de la tradition<sup>511</sup>.

**141. Suite : critiques des arguments** – Aucun de ces trois arguments n'emporte la conviction. Le premier sonne faux car en matière de chèque le droit n'est jamais incorporé au titre : « celui-ci est en principe un titre nominatif et ne fait que *représenter* la somme d'argent inscrite sur le chèque »<sup>512</sup>. Partant, la remise du titre-chèque ne peut valoir tradition réelle des deniers.

L'analyse consistant à voir dans le jeu d'écritures la tradition de la somme d'argent ne correspond pas, quant à elle, à l'analyse classique de la tradition. Habituellement, on l'a vu, la tradition imposée par le don manuel est envisagée par la doctrine comme une tradition matérielle car le don manuel est lui-même communément défini comme un contrat réel. Or si l'on retient que la donation par chèque réalise une tradition par jeu d'écritures scripturales, force est d'admettre que la tradition revêt un caractère purement immatériel. Les auteurs le confessent aisément : ils parlent non de « tradition » mais de « quasi-tradition » de la somme d'argent. Or une quasi-tradition symbolique d'une chose incorporelle n'est pas une remise matérielle d'une chose corporelle. À cette critique, on a objecté que la quasi-tradition de monnaie scripturale atteignait les mêmes objectifs que la tradition matérielle, à savoir le dessaisissement irrévocable du donateur. Mais c'est là substituer au critère de la tradition matérielle celui du dessaisissement irrévocable et, partant, déformer la notion de don manuel, telle qu'elle est ordinairement

---

<sup>507</sup> En ce sens, v. notamment : J.-P. ARRIGHI, « Le don manuel par chèque », *D.* 1980, p. 165 ; R. SAVATIER, *RTD civ.* 1977, p. 173 ; R. SAVATIER, *RTD civ.* 1978, p. 694.

<sup>508</sup> N. PETERKA, *J.-Cl. Civil Code*, art. 931, fasc. 30, « Donations et testaments – Donations entre vifs – Forme. Don manuel », 2021, n° 132.

<sup>509</sup> En ce sens, v. notamment : G. CHAMPENOIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, *préc.*

<sup>510</sup> M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 218, n° 1289.

<sup>511</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, *préc.*

<sup>512</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 348, n° 397. Dans le même sens, v. : J.-P. ARRIGHI, « Le don manuel par chèque », *D.* 1980, p. 165.

définie. D'un point de vue technique comme théorique, cette analyse mérite en conséquence d'être écartée.

Quant à l'argument consistant à rechercher l'objet de la tradition dans la provision du chèque, il ne convainc pas davantage. Une telle position, en effet, consiste à dissocier l'objet de la donation – la somme d'argent – et l'objet de la tradition – la provision. Il en résulte concrètement que le don manuel est parfait sans déplacement des deniers donnés ; qu'il est formé alors que l'argent est encore au crédit du compte du donateur<sup>513</sup>. Or dans l'opinion commune, la tradition qu'implique le don manuel a un objet identique à la chose donnée, faute de quoi elle ne peut en dessaisir le donateur. Sauf à s'écarter, là encore, des enseignements traditionnels, la conception identifiant l'objet de la tradition à la provision est donc impropre à justifier la qualification de « don manuel » par chèque. Sous quelque angle que l'on se place, il est donc impossible de déceler dans le « don manuel » de sommes d'argent par chèque l'existence d'une tradition matérielle, du moins telle qu'elle est pensée par la doctrine majoritaire.

**142. Cas du don manuel par virement : analyse et critique** – La même conclusion s'impose s'agissant du « don manuel » de titres financiers par virement. En dépit, là aussi, de l'incorporalité de la chose donnée, d'aucuns défendent cette qualification au moyen de diverses explications. Les arguments avancés, dont deux retiendront l'attention, ne correspondent cependant pas à l'analyse classique de la tradition.

Un auteur soutient tout d'abord qu'une telle donation réalise une tradition matérielle des titres financiers par incorporation à l'écriture en compte<sup>514</sup>. Selon l'auteur, l'écriture en compte constitue un bien corporel conférant une corporalité aux titres financiers. Autrement dit, les titres financiers constitueraient des biens incorporés dont la tradition serait assurée par le jeu d'écritures scripturales auquel aboutit le virement. Cette analyse est néanmoins discutable. Il est en effet douteux que les actions se « corporalisent » par l'inscription en compte dont on cherche en vain la nature corporelle<sup>515</sup>. La théorie de l'incorporation, rendue ainsi fictionnelle, est à ce point distendue qu'elle pêche, à notre avis, par artificialité.

---

<sup>513</sup> M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 219, n° 1290.

<sup>514</sup> D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, chr. 47 ; D. R. MARTIN, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.* 1998, chr. 15 ; D. R. MARTIN, note sous Cass. com., 19 mai 1998, n° 96-16.252 ; *D.* 1998, p. 551 ; D. R. MARTIN, « La théorie de la scripturalité », *D.* 2005, p. 1702.

<sup>515</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 401, n° 441 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 819, n° 38.

Une deuxième analyse fondée sur l'article L. 211-17 du Code monétaire et financier a récemment été proposée<sup>516</sup>. Cette disposition prévoit que « le transfert de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur [...] ». Il en résulterait que l'inscription en compte, « titre instrumentaire immatériel »<sup>517</sup>, constitue une simple présomption de propriété des titres financiers au bénéfice du titulaire du compte ; qu'elle n'a, dès lors, aucune fonction acquisitive de droit sur lesdits titres<sup>518</sup>. En permettant le transfert de cet *instrumentum* scriptural, le virement bancaire réaliserait donc une quasi-tradition des titres financiers<sup>519</sup>. En outre, cette quasi-tradition assurerait l'opposabilité aux tiers de la cession et l'exercice effectif par le donataire de ses droits d'actionnaires. Partant, le virement emporterait dessaisissement irrévocable du donateur dès l'exécution de l'ordre de virement et serait, comme telle, l'équivalent de la tradition matérielle<sup>520</sup>. En un mot, la donation de titres financiers par virement constitue, dit-on, un « quasi-don manuel ». Toutefois, cette analyse semble également en rupture avec les enseignements ordinaires et majoritaires. Là encore, en effet, l'analyse proposée suggère de distinguer l'objet de la tradition – qui porterait ici sur l'*instrumentum* scriptural, c'est-à-dire l'inscription en compte – et l'objet de la donation – qui consisterait dans les titres financiers. Or pour la doctrine classique, le don manuel est constitué par une *remise matérielle de la chose donnée*, c'est-à-dire de l'objet de la donation. En outre, selon l'analyse examinée, le don manuel se réaliserait par une remise purement dématérialisée. Pourtant, on l'a dit, une tradition immatérielle ne constitue pas une tradition matérielle. La donation de valeurs mobilière par virement n'opèrerait donc aucune tradition matérielle, aucun don manuel au sens où la doctrine classique l'entend. Du reste, il n'est pas même certain que le virement constitue une quasi-tradition des titres financiers. Car contrairement à ce qu'est suggéré, il n'est pas acquis que l'article L. 211-17 du Code monétaire et financier, ne s'appliquant au demeurant qu'aux titres côtés<sup>521</sup>, vaille présomption de propriété des titres financiers. Cette disposition

---

<sup>516</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 387 et s., n° 432 et s.

<sup>517</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 406, n° 446.

<sup>518</sup> Dans le même sens, v. : A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, thèse, Économica, 2007, p. 189, n° 227 ; V. MALASSIGNÉ, *Les titres représentés – essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, thèse, Dalloz, 2016, p. 156, n° 206 et s.

<sup>519</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 381, n° 428. Dans cette vue, c'est le virement, non l'inscription en compte, qui constitue le moyen par lequel les titres financiers transitent d'un patrimoine à l'autre.

<sup>520</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 381, n° 428, affirmant que « dès lors que l'ordre de virement est exécuté, il y a dessaisissement irrévocable du gratifiant-donneur d'ordre, lequel doit aboutir inéluctablement à l'inscription de l'objet du virement au crédit du compte du bénéficiaire-donataire. À l'instar de la tradition *re*, la quasi-tradition par virement de compte garantit la protection du donateur, en attirant l'attention de ce dernier sur la portée de son acte, par l'irréversibilité de l'exécution de l'ordre de virement [...] ».

<sup>521</sup> En effet, l'article L. 211-18 du Code monétaire et financier prévoit explicitement que le transfert de propriété des titres financiers non côtés résulte « de l'inscription au compte de l'acheteur ».

paraît en effet devoir être interprétée comme faisant de l'inscription en compte la condition d'existence de la propriété des titres financiers. Or la fonction acquisitive de l'inscription en compte fait échec à l'existence d'une quasi-tradition par virement des titres financiers : si l'inscription en compte réalise le transfert de propriété des valeurs, le virement ne peut pas en dessaisir irrévocablement le donneur d'ordre. Partant, il nous semble que le virement ne peut constituer « l'*alter ego* »<sup>522</sup> de la tradition matérielle. À tous égards donc, l'analyse examinée ne semble pas permettre de justifier la qualification de don manuel.

En somme, en dépit des multiples arguments avancés au soutien du droit positif, il nous semble qu'en l'absence de corporalité, ni une somme d'argent, ni des titres financiers ne peuvent faire l'objet d'une tradition matérielle, et donc d'un don manuel. En réalité, seule la qualification de donation indirecte apparaît pertinente pour valider ces deux formes de libéralité : toutes deux, en effet, procèdent d'un acte juridique susceptible de taire la gratuité de l'opération.

## 2 – L'existence d'un acte juridique muet

**143. Cas de la donation de sommes d'argents par chèque** – La qualification de donation indirecte paraît évidente pour la remise d'un chèque dans la mesure où le chèque est un instrument de paiement, lequel est neutre. Le chèque constitue à la fois un *negotium* et un titre instrumentaire.

D'une part, le chèque assure le déplacement de la somme donnée du champ d'action du donateur vers celui du donataire, qui la soustrait à la puissance du premier pour la soumettre à celle du second<sup>523</sup>. En cela, il consiste en un acte juridique en tant que *negotium*. D'ailleurs, cet acte juridique constitue un acte « dont la coloration peut être indifféremment gratuite ou onéreuse »<sup>524</sup>. Le chèque, en effet, peut servir à la réalisation d'une opération à titre onéreux (le règlement d'une dette par exemple) ou à titre gratuit. Autrement dit, le chèque est un acte muet, spécialement un acte neutre. D'autre part, et en même temps, le chèque est un titre papier qui constate le transfert de propriété de la somme d'argent du donateur au donataire : c'est, en effet,

---

<sup>522</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 419, n° 461.

<sup>523</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 158, n° 372 ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 220, n° 1290 ; N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 365, n° 413.

<sup>524</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 156, n° 368-2. Dans le même sens, v. : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 364 et s., n° 412 et s. ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 389, n° 522 et p. 939, n° 527 ; F. LUCET, « La distinction de la libéralité indirecte et de la libéralité déguisée », *LPA* 24 avril 1991, p. 16 ; J.-P. ARRIGHI, « Le don manuel par chèque », *D.* 1980, chron. p. 165, spéc. n° 23 ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Partages d'ascendants, libéralités, manuel préc.*, p. 220, n° 1290.

un écrit qui porte la signature du tireur et l'indication de la somme à donner en chiffres et en lettres. Aussi bien, la donation par chèque n'existe qu'en fonction de ce titre qui la porte.

Or si à la simple lecture de l'acte instrumentaire rien ne laisse percevoir l'intention libérale du tireur, cette donation doit être considérée comme réalisée au moyen d'un support muet. Au regard des enseignements classiques, la jurisprudence devrait donc retenir la qualification de donation indirecte, et non celle de don manuel<sup>525</sup>.

**144. Cas de la donation de titres financiers par virement** – La même conclusion s'impose pour la donation de titres financiers par virement. Car contrairement à ce qui est soutenu, l'inscription en compte a un rôle, non pas probatoire, mais acquisitif de droit<sup>526</sup>. Pour s'en convaincre, relisons les dispositions de l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier. Ce texte prévoit que « nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte dans lequel ces titres sont inscrits [...] ». Comme on l'a écrit, cette disposition « est la transposition pure et simple de l'article 2276 [du Code civil] dans sa fonction acquisitive aux titres financiers qui se transmettent par virement de compte à compte ou par inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique »<sup>527</sup>. Partant, dans la donation de titres financiers par virement, ce n'est pas tant l'ordre de virement qui dessaisit le donateur que l'inscription en compte qui en résulte : c'est elle qui permet de réaliser la donation desdites valeurs. Or l'inscription en compte

---

<sup>525</sup> Dans le même sens, v. : M. NICOD, *thèse préc.*, p. 156, n° 368-2 ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Partages d'ascendants, libéralités, manuel préc.*, p. 220, n° 1290 ; S. DEVILLE, *thèse préc.*, p. 325, n° 807. Pour une position qui semble plus hésitante, v. : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 364, l'auteur évoquant la qualification de « quasi don manuel par chèque en tant que donation indirecte ». *Contra* : R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, pour qui la qualification de don manuel est justifiée. En tout état de cause, la qualification de donation indirecte suppose que les éléments constitutifs de la donation soient démontrés, notamment l'intention libérale. Sur la difficulté d'établir cette preuve lors de la remise d'un chèque en blanc, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2018, n° 17-16.515 ; *Dr. fam.* 2018, n° 10, p. 31, note M. NICOD.

<sup>526</sup> En ce sens, v. par exemple : S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, thèse, Paris II, 2001, p. 269 et s., n° 445 ; C. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, thèse, Clermont-Ferrand, 1996, p. 178, n° 514 ; D. R. MARTIN, « De l'inscription en compte des actifs scripturaux », *D.* 1998, p. 15 ; R. ROBLOT, *La dématérialisation des valeurs mobilières*, brochure ANSA, 1984, n° 17 ; F. TRÉBULLE, *L'émission des valeurs mobilières*, Paris I, 1999, n° 645 ; R. LIBCHABER, « Le dépôt d'instruments financiers », *Dr. pat.*, n° 82, mai 2000, p. 89 ; F.-G. TRÉBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, thèse, Economica, 2002, n° 759 et s. ; A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse, Dalloz, 2001, n° 393.

<sup>527</sup> W. DROSS, *J.-Cl. Civil Code*, art. 2276 et 2277, fasc. unique, « Prescription et possession – Prescription des choses mobilières, 2018, n° 104.

est un acte juridique, précisément un acte juridique instrumentaire<sup>528</sup>. Certes, cet *instrumentum* purement scriptural n'est pas matériel, mais immatériel. Il n'en demeure pas moins que l'inscription en compte, en tant qu'écriture comptable, constitue un écrit. La Cour de cassation l'a d'ailleurs admis à l'occasion de poursuites pénales engagées contre les dirigeants d'une société. Par un arrêt du 30 mai 1996, elle a en effet jugé que « l'inscription en compte de valeurs incorporelles constitue un *écrit* qui entre dans les prévisions [...] de l'article 314-1 nouveau du Code pénal, réprimant l'abus de confiance »<sup>529</sup>.

Il s'ensuit, à notre avis, qu'à l'instar de la donation de sommes d'argent par chèque, la donation de titres financiers par virement n'existe qu'en fonction d'un écrit. Or cet acte juridique tait lui aussi la nature libérale de la transmission, car il peut se réaliser sans que l'on sache, à première lecture, s'il est consenti à titre onéreux ou à titre gratuit<sup>530</sup>. Techniquement, la donation de titres financiers devrait donc être qualifiée de donation indirecte.

**145. Synthèse** – Parce qu'elles procèderaient d'une « quasi-tradition » de la chose donnée, les donations de titres financiers par virement et celles de sommes d'argent par chèque sont constitutives, selon les juges, d'un don manuel. En aucun cas, en effet, la jurisprudence n'y voit l'existence de donations indirectes. Pourtant, les actes par lesquels ces libéralités véhiculent semblent réunir tous les caractères de l'acte muet : le virement et le chèque sont deux *instrumentum* qui, par leur nature d'instrument de paiement, voilent l'intention libérale de leur auteur. Dès lors, si l'on adhère à l'analyse classique de l'acte muet, les donations envisagées devraient être qualifiées, non de don manuel, mais de donation indirecte. Pour cette raison, on peut légitimement penser que, contrairement à ce que l'on enseigne habituellement, le critère de l'acte muet n'est pas, en droit positif, déterminant de la donation indirecte ; plus encore, il ne permet pas d'établir une césure nette entre elle et le don manuel. Aussi bien, on trouve de nombreuses décisions qui requalifient en donation indirecte des libéralités ne reposant sur aucun acte muet.

---

<sup>528</sup> H. CAUSSE et R. ROBLOT, « Principe, nature et logique de la dématérialisation », *JCP E.* 1992, n° 48, p. 194. *Contra* : M. DAGOT, « Les donations non solennelles », *JCP N.* 2000, p. 1392, considérant cependant que c'est le virement, non l'inscription en compte, qui porte la donation.

<sup>529</sup> Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. n° 224 ; *Rev. soc. crim.* 1997, p. 129, obs. J. RIFFAULT-TRÉCA ; *Rev. soc.* 1996, p. 806, note B. BOULOC.

<sup>530</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 156, n° 368-2 ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 220, n° 1290.

## §2 – LES DONATIONS INDIRECTES SANS ACTE MUET

**146. Contradiction opposée au critère de l'acte muet** – Le critère de l'acte muet fait parfois défaut en jurisprudence. Et pour cause : certaines donations indirectes ne reposent sur aucun acte juridique, quand d'autres procèdent d'un acte affichant ostensiblement l'intention libérale du disposant. La contradiction opposée au critère de l'acte muet vient ainsi de ce que les juges s'efforcent de nier tantôt la nécessité d'un acte juridique (A), tantôt le caractère silencieux de cet acte juridique (B).

### A – L'absence d'acte juridique

**147. Mise en situation de succéder et mise à disposition d'un bien** – Il est admis, au moins implicitement, que des donations indirectes se réalisent sans aucun acte juridique. La qualification des avantages résultant, pour un héritier, tant de la mise en situation de succéder gratuitement dans la profession du défunt que de la mise à disposition gratuite d'un de ses biens, en fournit une première série d'illustrations<sup>531</sup>. À ce sujet, on peut notamment citer deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation rendus à quarante ans d'intervalles<sup>532</sup>.

Dans la première affaire, un représentant de commerce avait, un an avant son décès, introduit l'une de ses filles au sein de l'entreprise dans laquelle il travaillait. Pour ce faire, il l'avait régulièrement présentée à ses employeurs et à sa clientèle, de sorte qu'immédiatement après son décès, elle avait pu le remplacer auprès des entreprises qui l'employaient. Convaincues de ce que la valeur de cet avantage devait figurer à la succession de leur père, ses cohéritières en avaient sollicité le rapport à la masse partageable. Leur analyse est entièrement approuvée. Dans le sillage de la cour d'appel, la Cour de cassation juge en effet que doit être rapporté à la succession du défunt l'avantage indirect consistant, pour celui-ci, à avoir placé sa fille dans une situation privilégiée lui permettant de le remplacer dans sa profession de représentant de commerce, « cet avantage recela[n]t en puissance le profit à retirer de la conclusion ultérieure de contrats de représentation ».

Dans la seconde affaire, deux frères s'opposaient sur le rapport des loyers économisés par l'un d'entre eux, qui avait bénéficié pendant vingt-quatre ans de la jouissance gratuite d'un appartement parisien appartenant à leur mère. La cour d'appel accepta de faire droit à la demande de rapport aux motifs que cette occupation gratuite et à titre exclusif l'avait favorisé

---

<sup>531</sup> V. *supra* n° 50 et s.

<sup>532</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1972, n° 70-14.196, Bull. n° 137 ; *RTD. civ.* 1973, p. 593, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, n° 11-14.033.

par rapport à son frère. La Cour de cassation adopte cette position mais casse l'arrêt d'appel pour avoir jugé que l'avantage devait être apprécié à sa valeur actuelle – le rapport étant dû, conformément à l'article 860 du Code civil, de la valeur du bien donné à l'époque du partage d'après son état à l'époque de la donation.

Ces deux arrêts sont dépourvus d'équivoque : aucune des donations indirectes envisagées ne se sont annoncées sous la forme d'un acte instrumentaire, pas même d'un acte juridique. De fait, on ne trouve trace ni de la concession écrite d'un bail, ni d'une cession formalisée de licence, ni encore d'une renonciation manuscrite à créance. En l'espèce, l'installation de l'héritière dans la profession de représentant de commerce de son père résultait d'entretiens et d'échanges réguliers avec le réseau relationnel développé par son père tout au long de sa carrière<sup>533</sup>. Quant à la mise à disposition gratuite de l'immeuble, et plus particulièrement la renonciation du défunt au paiement des loyers, elle procédait de son attitude « passive », du fait qu'il avait laissé son fils occuper les lieux sans jamais réclamer de contrepartie. La jurisprudence admet ainsi des donations indirectes sans acte support.

**148. Remises de dettes non formalisées d'un prêteur ou d'une caution** – À ces hypothèses, s'ajoutent celles, moins connues, résultant d'une remise de dette non formalisée d'un prêteur ou d'une caution.

La remise de dette constitue, à n'en pas douter, un instrument efficace de libéralité. En effet, par un tel acte, « le créancier renonçant s'appauvrit par la disparition d'un élément d'actif, et le débiteur s'enrichit dans le même mouvement par celle d'un élément de passif »<sup>534</sup>. Il y a là l'élément matériel de la libéralité. Si cette renonciation repose sur une intention libérale, s'y joint l'élément intentionnel et la libéralité est caractérisée. Or si l'on tient au critère de l'acte muet tel que traditionnellement défini, cette libéralité ne peut constituer une donation indirecte qu'à la condition que la remise de dette se réalise au moyen d'une *quittance*, se bornant par ailleurs à énoncer la libération du débiteur sans indication de sa cause<sup>535</sup>. Pourtant, la jurisprudence range sous l'étiquette « donation indirecte » des remises de dettes qui résultent de simples comportements de fait. Par un arrêt du 15 mai 2019, la première chambre civile de

---

<sup>533</sup> De même, lorsque de manière concomitante le *de cuius* a cessé d'exploiter son fonds de commerce et que l'héritier a débuté l'exploitation d'un fonds de même nature : l'avantage indirect est alors constitué par la réunion de la clientèle du premier fonds à celle du second, mais il n'existe formellement aucune convention entre le *de cuius* et son héritier. En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 1979, Bull. n° 245 ; *D.* 1980, p. 402, obs. D. MARTIN ; *JCP N.* 1980, p. 425 ; *RTD civ.* 1982, p. 181, obs. J. PATARIN.

<sup>534</sup> R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, n° 15.

<sup>535</sup> Pour une illustration jurisprudentielle, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1987, Bull. n° 297 ; *Defrénois* 1988, p. 860, obs. L. AYNÈS ; *Defrénois* 1988, p. 1251, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1988, somm. p. 275.

la Cour de cassation a ainsi jugé que la renonciation, par l'écoulement du temps, des crédientiers au paiement d'une partie des arrérages d'une rente viagère constituait une donation indirecte devant être prise en compte pour l'application des règles du rapport<sup>536</sup>. La même solution avait d'ailleurs été adoptée par la cour d'appel de Paris dans une affaire où un père s'était abstenu d'attirer sa fille en justice pour la contraindre au paiement d'une partie de la rente<sup>537</sup>. On le voit, dans ces deux affaires, la donation indirecte ne s'exprime pas au moyen d'un *instrumentum* ; elle procède seulement de l'abstention du donateur, abstention qui constitue un fait juridique, non un acte juridique, encore moins un acte instrumentaire.

Dans la même veine, et pour clore cette liste non exhaustive, on peut encore citer deux décisions récentes ayant requalifié en donation indirecte la renonciation et d'un prêteur et d'une caution à leurs recours en remboursement<sup>538</sup>. Or aucun acte juridique ne matérialisait ces remises de dettes, ce que les juges ont tenu pour indifférent, la caractérisation de la donation indirecte résultant selon eux du fait que le créancier s'était engagé en connaissance de l'insolvabilité avérée du débiteur. En d'autres termes, les juges ont considéré que la donation indirecte était constituée par la renonciation *tacite* des créanciers à leur recours en remboursement. Là encore, la donation indirecte ne résulte donc pas d'un acte juridique. En vain objecterait-on, s'agissant de la remise de dette de la caution, que c'est l'acte écrit de cautionnement qui donne lieu à la donation indirecte<sup>539</sup>. La donation procède ici de la renonciation *animo donandi* au bénéfice de subrogation de la caution, autrement dit au recours en remboursement qu'elle détient contre son débiteur<sup>540</sup>. L'acte de cautionnement constitue tout

---

<sup>536</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2019, n° 18-17.372 : « Attendu que c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé qu'en ne réclamant pas pendant de longues années le paiement de la rente conçue en complément de retraite, [les crédientiers] qui avaient déjà par le passé favorisé leur fils, avaient clairement manifesté l'intention de le gratifier en le déchargeant de l'obligation contractée en contrepartie de la donation ». *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mars 2004, n° 00-15.915.

<sup>537</sup> CA Paris, 2 mars 2016, n° 14/22290 : « Considérant que Mme C. a bénéficié d'un avantage de la part de son père, qui s'est abstenu de l'attirer en justice pour la contraindre au paiement de la rente ; que cet avantage constitue une donation indirecte qui l'oblige à effectuer le rapport des sommes concernées à la succession, et ce, sans pouvoir opposer la prescription de l'article 2224 du Code civil [...] ».

<sup>538</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 2017, n° 16-12.310 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2020, n° 18-25.309 ; *Dr. fam.* 2020, n° 6, p. 17, note M. NICOD. *Rapp.* : Cass. com., 12 juin 1963, Publié, *RTD. com.* 1964, p. 159, obs. R. HOUIN ; Cass. com., 13 mai 1981, n° 79-15.574 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-18.631.

<sup>539</sup> En ce sens, v. par exemple : M. RÈMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G.* 1977. I, p. 2850 ; S. BENILSI, *thèse préc.*, p. 209, n° 347 ; F.-X. TESTU, « Le cautionnement-libéralité », *JCP G.* 1989. I, p. 3377, n° 28, dont la position paraît ambiguë, l'auteur relevant que la donation est constituée tantôt par l'acte de cautionnement, tantôt par la renonciation de la caution à ses voies de recours.

<sup>540</sup> En ce sens, v. notamment : C. GOLDIE-GENICON, « Libéralités et sûretés », *JCP N.* 2017, n° 13, p. 1148 : « Si libéralité il y a, elle ne peut, par conséquent, venir que de la renonciation par la caution à ses recours en remboursement. La libéralité procède de la renonciation, non du cautionnement lui-même.

au plus le « prétexte » de la donation, mais non le support par lequel l'opération libérale se concrétise. Dans la décision envisagée, c'est donc bien par la renonciation *implicite* de la caution à ses voies de recours contre le débiteur, et non par l'acte de cautionnement, que la donation indirecte s'est réalisée.

Toutes ces décisions semblent ainsi montrer que les tribunaux n'hésitent pas à requalifier certaines libéralités en donation indirecte alors même qu'elles ne procèdent d'aucun acte juridique. Aussi bien, poursuivant la même logique consistant à se détacher du critère de l'acte muet, d'autres décisions admettent l'existence de donations indirectes quand bien même les libéralités en cause sont portées par un acte dévoilant clairement l'intention libérale du disposant.

## **B – L'absence de silence de l'acte juridique**

**149. Cession à prix vil ou dérisoire** – Il est des cas où l'acte qui véhicule la donation indirecte ne porte pas explicitement donation là où pourtant elle apparaît évidente. Il semble alors difficile de parler d'acte muet sans tomber dans le verbalisme. La donation indirecte par voie de cession onéreuse à vil prix en fournit une bonne illustration<sup>541</sup>.

---

À défaut d'une telle renonciation, le cautionnement n'est qu'un contrat de service gratuit (ou contrat de bienfaisance), la catégorie des actes à titre gratuit débordant, on le sait, celle des libéralités ».

<sup>541</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1969, n° 67-10.401, Bull. n° 8 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 avril 1976, n° 74-12.883, Bull. n° 8 ; CA Aix-en-Provence, 11 mai 1992, JD n° 1992-041507 : « la vente consentie à un prix dérisoire est nulle en tant que vente, le prix réel et sérieux étant un élément constitutif du contrat de vente ; sauf à démontrer que le vendeur a agi dans une intention libérale auquel cas subsiste la donation » ; CA Aix-en-Provence, 2 avril 2008, n° 07/01688, donnant lieu à Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.411 ; Cass. com., 4 mars 2020, n° 17-31.642, *Dr. fisc.* 2020, n° 23, comm. 261, note P. FERNOUX ; *LPA* n° 133, p. 4, note A. PANDO (cession de parts sociales à vil prix). La même opération est parfois requalifiée en donation déguisée. En ce sens, v. par exemple : Cass. civ., 3 décembre 1912, *D.* 1913. I, p. 174 ; Limoges, 13 novembre 1936, *RTD civ.* 1937, p. 106 ; Toulouse, 3 mai 1943, *S.* 1943. II, p. 40 ; Cass. civ., 28 décembre 1949, *JCP G.* 1950. II, p. 5500, note R. CAVARROC ; Cass. civ., 13 mai 1952, *D.* 1952, p. 505, LALOU ; Montpellier, 8 décembre 1954, *GP* 1955. I, p. 185, *RTD civ.* 1955, p. 350, note R. SAVATIER ; Tb. Périgueux, 1<sup>er</sup> juin 1954, *JCP G.* 1955. II, p. 8536, note LAURENT, confirmé en appel par CA Bordeaux, 10 octobre 1955, *GP* 1955. II, p. 277 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 octobre 1964, Bull. n° 438 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 février 1970, *D.* 1970, p. 285 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 mai 1979, *JCP G.* 1979. IV, p. 246 ; CA Paris, 18 mars 2019, n° 17/02187. En faveur de cette dernière qualification, v. notamment : E-N. MARTINE, « Des donations réalisées au moyen d'un contrat synallagmatique conclu à vil prix », *Deffrénois* 1961, art. 28040, p. 169 ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 147, n° 350 ; R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc. Comp. les solutions rendues en matière de donation par voie de cession à un franc ou un euro* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 1980, Bull. n° 164, *D.* 1981, p. 273, note I. NAJJAR ; *RTD civ.* 1981, p. 442, obs. J. PATARIN (retenant la qualification de donation déguisée) ; Cass. com., 7 juillet 2021, n° 19-16.446, *Dr. fam.* 2021, n° 11, comm. 156, note M. NICOD (retenant également la qualification de donation déguisée).

Pour le montrer, étudions une décision assez ancienne rendue en 1969<sup>542</sup>. Dans cette affaire, une personne a vendu à son neveu un immeuble à usage de garage moyennant une rente viagère de 60 000 anciens francs. Quatre ans plus tard, le vendeur a sollicité l'annulation de la vente pour vileté du prix. Procédant à l'analyse de l'opération, les juges du fond ont estimé qu'à défaut de prix sérieux, l'acte était valable en tant donation indirecte, l'intention libérale du disposant à l'égard de son neveu ayant été, selon eux, établie. Pour déclarer le moyen non fondé, la Cour de cassation considère que la cour d'appel, après avoir souverainement apprécié que l'intention libérale du vendeur était « indiscutable », a pu déduire, sans dénaturer l'acte litigieux, que celui-ci constituait une donation indirecte.

Il n'est pas inutile de le souligner, car c'est l'élément clef de l'arrêt examiné : le vil prix ou le prix dérisoire, contrairement au prix modique, n'a pas d'existence réelle<sup>543</sup>. En effet, en présence d'un prix vil ou dérisoire, « la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage, nous dit désormais le Code civil, est illusoire »<sup>544</sup>. C'est pourquoi, en principe, les tribunaux annulent la vente stipulée pour un tel prix. Ce n'est qu'exceptionnellement, lorsque comme dans l'arrêt cité, le vendeur a la volonté de gratifier l'acquéreur qu'on a pu dire que la vente emportait donation indirecte au profit de l'acquéreur. Si l'on adhère à l'analyse classique de l'acte muet, cette qualification paraît cependant contestable. Quand l'acte support de la donation indique, comme en l'espèce, qu'un immeuble à usage de garage est cédé pour le prix de 60 000 anciens francs, soit environ 90 euros, il n'est besoin, semble-t-il, de procéder à aucune estimation du bien pour deviner que ce prix n'équivaut à aucune contrepartie sérieuse et, par là-même, que la gratuité habite l'opération. À notre avis, en effet, le prix vil ou dérisoire ruine toute illusion d'onérosité et laisse transparaître le caractère libéral de l'opération. La Cour de cassation, elle-même, a parfois reconnu qu'un tel acte affichait ostensiblement l'intention bienfaisante de son auteur. Elle a ainsi rejeté la demande de requalification d'une vente à prix dérisoire en donation, non indirecte, mais déguisée, aux motifs que l'intention simulatoire du disposant n'était pas cachée : l'acte ostensible (en l'occurrence la vente), nul pour défaut de prix, annonçait lui-même la gratuité de l'opération<sup>545</sup>. Dans ces conditions, comment prétendre

---

<sup>542</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1969, n° 67-10.401, Bull. n° 8.

<sup>543</sup> J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950. *Contra* : A. PONSARD, *thèse préc.* p. 186 ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 147, n° 349, estimant qu'un prix dérisoire est un prix existant.

<sup>544</sup> C. civ., art. 1169.

<sup>545</sup> Cass. req., 26 avril 1893, *DP* 1893. I, p. 359 ; Lyon, 11 juillet 1908, *DP* 1910. II, p. 100 ; Cass. civ., 3 novembre 1896, *DP* 1897. I, p. 584. Dans le même sens, v. notamment : Cass. req., 3 juillet 1920, *GP* 1920. II, p. 480, *S.* 1921. I, p. 27 ; Cass. req., 3 mai 1922, *S.* 1922. I, p. 310 ; Cass. req., 26 janvier 1931, *GP* 1931. I, p. 441 ; Cass. civ., 4 juin 1957, *D.* 1958, p. 79, note P. MALAURIE ; Cass. civ.,

que la donation réalisée au moyen d'une vente à vil prix ou à prix dérisoire puisse valoir donation indirecte ? Une telle qualification ne semble possible qu'au prix d'une indifférence au critère de l'acte muet... Par fidélité aux enseignements classiques, la donation devrait, à notre avis, valoir donation ostensible et être nulle pour défaut d'authenticité<sup>546</sup>.

**150. Renonciations translatives à un droit** – Une conclusion analogue semble s'imposer à propos d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris ayant admis qu'une renonciation « translative » à une part dans l'actif net d'une communauté légale reçoive la qualification de donation indirecte<sup>547</sup>.

Avant que le jugement prononçant son divorce n'ait été signifié, une femme avait sollicité de son avocat qu'il adresse une lettre au notaire chargé de la liquidation de son régime matrimonial. Celle-ci contenait la mention suivante : « je vous confirme que ma cliente *n'entend rien réclamer* en ce que concerne sa part dans le cadre de la communauté [...] si ma cliente doit signer un document qui puisse rassurer son ex-mari, merci de me faire parvenir ledit document ». Saisie d'un litige sur la liquidation du régime matrimonial des époux, la cour d'appel de Paris a décidé que cette clause, renfermant une renonciation de l'épouse à sa part de communauté, s'analysait en une donation indirecte entre époux pendant le mariage, révocable par application de l'article 1096 du Code civil. Certes, la lettre litigieuse ne dit pas *expressis verbis* que la renonciation à la part de communauté est faite à titre de donation. Pourtant, elle laisse aisément deviner son caractère libéral car les termes employés mettent à jour sa gratuité : il n'y a en effet aucun acte muet, aucun silence sur l'intention libérale de l'épouse qui renonce à ses droits dans le but d'apaiser les craintes de son mari. En réalité, la donation litigieuse aurait dû répondre, elle aussi, à la qualification de donation ostensible sous seing privé.

---

26 octobre 1959, Bull. n° 434, p. 360 ; Cass. civ. 18 avril 1958, Bull. n° 187, p. 147 ; Cass. civ., 11 juin 1958, Bull. n° 302 ; Cass. civ., 12 octobre 1964, Bull. n° 438, *RTD civ.* 1965, p. 386, note R. SAVATIER.

<sup>546</sup> En sens pour l'acte onéreux à vil prix (mais non à prix dérisoire), v. : A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 186.

<sup>547</sup> CA Paris, 12 septembre 2002, n° 2001/17461, *AJfam.* 2002, p. 421. *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 30 novembre 1982, Bull. n° 343 ; *D.* 1983, p. 85, note A. BRETON ; *Defrénois* 1983, art. 33031 ; *RTD civ.* 1983, p. 576, obs. J. PATARIN. En l'espèce, le propriétaire d'un commerce de serrurerie avait laissé l'un de ses enfants gérer le fonds à seul profit depuis onze années, en lui abandonnant l'utilisation des secrets de fabrication, des marques et des enseignes commerciales, de même que la possession et la disposition des éléments corporels du fonds. En outre, le bailleur du local commercial, le propriétaire du fonds et son fils avaient conclu un acte sous-seing-privé ayant pour objet le transfert du bail au nom de ce dernier. La Cour de cassation, approuvant le raisonnement des juges du fond, considère que cet acte, portant reprise du bail par le fils, réalise une donation indirecte du fonds de commerce, valable bien qu'étant faite sous signature privée, alors même que ces termes laissaient peu de doute sur la nature gratuite de l'opération.

En tenant compte du critère de l'acte muet, il devrait en être également ainsi de toutes les renonciations conventionnelles à succession. Pour mémoire, la renonciation conventionnelle à succession (appelée aussi « cession gratuite de droits successoraux » ou « renonciation *in favorem* à succession ») est une convention au terme de laquelle un héritier s'engage à ne pas exercer ses droits successoraux, soit au profit de celui qui en aurait recueilli légalement le bénéfice, soit au profit d'un étranger à la succession. Cette opération transfère ainsi la propriété à un bénéficiaire nommément désigné par le renonçant. Par-là, elle se distingue de la renonciation abdicative à succession dont l'objet, on le verra<sup>548</sup>, est porté vers le refus de voir les biens intégrer le patrimoine du renonçant. En tout état de cause, il est solidement ancré en droit positif que la renonciation conventionnelle à succession constitue une donation indirecte dispensée, comme telle, des formalités de l'article 931 du Code civil<sup>549</sup>. La solution est pourtant loin d'être évidente si, là encore, on tient au critère de l'acte muet. L'acte par lequel une personne déclare vouloir céder gratuitement à un tiers désigné ses droits successoraux n'est pas un acte juridique silencieux sur sa nature libérale. Dès 1946, PONSARD écrivait : « lorsqu'on passe une convention stipulant que l'une des parties renoncera à un droit au profit de l'autre et sans prévoir de prix, [...] on étale aux yeux de tous le but, non plus abdicatif, mais translatif, que l'on a poursuivi » : « il y a une donation directe, qui ne peut valoir que si elle respecte les formes authentiques »<sup>550</sup>. Cette idée est d'ailleurs relayée par le législateur. Ainsi, juste après avoir affirmé que toute cession faite par un héritier de ses droits successoraux emporte acceptation pure et simple, l'article 783 du Code civil précise qu'il en est pareillement « de la renonciation, *même gratuite*, que fait un héritier au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers ou héritiers de rang subséquent ». De ce point de vue, la solution consistant à voir dans la renonciation « conventionnelle » à succession un cas de donation indirecte inspire les plus sérieuses réserves.

**151. Acte de « rétrocession » d'un fonds de commerce** – Plus énigmatique encore apparaît la solution rendue par la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> juin 1994, qui estime qu'un acte de

---

<sup>548</sup> Sur ce point, v. *infra* n° 182.

<sup>549</sup> En ce sens, v. : Cass. req., 15 novembre 1858, *DP* 1858. I, p. 433 ; Cass. req., 15 février 1882, *S.* 1883. I, p. 312 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 1974, n° 72-10.901, *Bull.* n° 162, *D.* 1975, note A. PONSARD.

<sup>550</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 140 et s. Dans le même sens, v. : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 515, n° 576, relevant qu'« on peut néanmoins s'interroger sur la validité de cet acte en tant que donation indirecte : la convention ne prévoyant aucune contrepartie à la charge du bénéficiaire, le caractère gratuit devient ostensible ; on n'est plus dès lors en présence d'un acte abstrait qui ne révèle pas sa cause, mais d'une donation directe qui devrait être annulée ».

rétrocession d'un fonds de commerce expressément qualifié de « donation » peut servir de support à une donation indirecte<sup>551</sup>.

Dans cette affaire, une commerçante avait, dans un acte de donation-partage, cédé son fonds à sa fille. À peine plus de deux ans plus tard, elle s'était finalement fait réinscrire au registre du commerce. Sa fille, qui s'en était fait quant à elle radier, avait alors rédigé un acte sous seing privé, intitulé « donation », en vue de rétrocéder le fonds de commerce à sa mère. Puis, cinq ans après cette rétrocession, cette dernière avait demandé le renouvellement du bail commercial. Le bailleur s'y était cependant opposé, prétendant qu'elle n'était pas redevenue propriétaire du fonds de commerce, faute pour l'acte de rétrocession de réaliser une donation valable en la forme. L'arrêt d'appel avait censuré cette analyse. La Cour de cassation en fait autant puisqu'elle décide que les juges du fond ont, sans dénaturer des termes du litige, estimé que l'acte sous seing privé intitulé donation constituait une rétrocession de ce fonds, donc une donation indirecte. Dès lors, il n'avait pas à répondre au formalisme de l'article 931 du Code civil. Au regard des enseignements traditionnels, il est encore plus difficile ici de partager l'opinion de la Cour de cassation : comme on l'a déjà fait remarquer, l'acte litigieux, qui porte le nom de « donation », affiche ostensiblement sa nature libérale<sup>552</sup>.

**152. Conclusion du premier chapitre** – Pour identifier la donation indirecte et la distinguer des libéralités manuelles et ostensibles, il est enseigné qu'elle procède, contrairement à ces dernières, d'un *acte juridique muet*, c'est-à-dire d'un *negotium* ou d'un *instrumentum* voilant l'intention libérale de son auteur. Quoiqu'exprimée en termes distincts – certains auteurs préférant la notion d'acte juridique ambivalent ou d'acte juridique neutre –, cette assertion ressort clairement de la plupart des manuels et ouvrages appréhendant le concept de donation indirecte.

Si le critère de l'acte juridique muet rend compte d'une part du droit positif, il en est une autre qui, à l'inverse, ne lui correspond pas. Pour trois raisons. D'une part, la jurisprudence s'efforce parfois de nier le caractère muet de l'acte par lequel procèdent certaines libéralités afin d'écarter la qualification de donation indirecte qui devrait s'imposer. Cette tendance se

---

<sup>551</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, Bull. n° 195 ; *RTD civ.* 1994, p. 665, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 1994, art. 35953, n° 175, p. 1539, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>552</sup> En ce sens, v. notamment : X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *art. préc.*, n° 10 ; M. NICOD, *thèse préc.*, p. 157, n° 371, qui relève en outre que la qualification de donation indirecte surprend du fait que la notion de « rétrocession » ne correspond à aucune catégorie juridique précise. En effet, comme on l'a dit, la doctrine enseigne habituellement que l'acte muet, critère de la donation indirecte, suppose un acte juridique qui corresponde à une catégorie juridique précise ayant ses conditions et ses effets propres.

remarque aussi bien en matière de libéralités par chèque que de donations par virement, les juges forçant la qualification de tradition pour en déduire l'existence de dons manuels. D'autre part, suivant la même logique consistant à rejeter le critère de l'acte muet, les juges admettent des donations indirectes qui, procédant de simples comportements de fait, ne résultent pas d'un acte juridique. Enfin, on trouve des donations indirectes dont le support ne voile aucunement l'intention libérale du donateur. C'est dire que le critère de l'acte muet, censé déterminer en grande partie l'originalité de la donation indirecte, n'explique pas parfaitement les applications pratiques de la donation indirecte ; il existe, ici aussi, un certain divorce entre la théorie et les représentations jurisprudentielles du concept.

## CHAPITRE 2 – UN ACTE SINCERE

**153. Des donations simulées à la donation indirecte** – Le critère de l'acte *muet* ne serait être le seul marqueur de l'originalité de la donation indirecte. Il faut, enseigne-t-on encore, que cet acte muet soit également dépourvu de toute simulation, ce en quoi la donation indirecte se distinguerait des donations et déguisée, et à personne interposée. La singularité de la donation indirecte par rapport aux autres formes de donation, et tout spécialement aux donations simulées, résiderait ainsi dans le fait que l'acte *muet* dont elle procède est également *sincère*.

Encore faut-il préciser. La question des rapports de la donation indirecte et des donations simulées a été appréhendée différemment au fil du temps. Alors que POTHIER incluait les donations par interposition de personnes dans le champ des donations indirectes<sup>553</sup> et que certains auteurs du XIX<sup>ème</sup> siècle assimilaient les donations déguisées aux donations indirectes, la doctrine contemporaine distingue radicalement ces libéralités de la donation indirecte. Ainsi, par exemple, Monsieur NICOD affirme : « à la différence de la donation simulée (donation déguisée ou donation à personne interposée), qui repose sur la création d'une apparence trompeuse, la donation indirecte résulte d'un acte juridique *sincère*, qui reste muet sur la nature libérale du transfert qu'il opère »<sup>554</sup>. On ne saurait nier, par ailleurs, que le critère de l'acte sincère rend compte d'une part essentielle des donations classiquement considérées comme indirectes. Citons, pêle-mêle, l'assurance-vie<sup>555</sup>, les actes onéreux à prix modique (vente<sup>556</sup>,

<sup>553</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des donations entre mari et femme*, par M. DUPIN, Paris, 1824, n° 94.

<sup>554</sup> M. NICOD, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, n° 17-13.017 et 17-13.400, Bull. n° 10, *Dr. fam.* n° 4, comm. 102. Dans le même sens, v. encore : J. FLOUR et H. SOULEAU, *manuel préc.*, p. 78 et s., n° 116 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 248 et s., n° 1324 et s. ; P. MAULAUURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 258 et s., n° 440 et s. ; A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 19 et s. et p. 272 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 511, n° 570 ; R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, n° 7.

<sup>555</sup> CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797, *RDSS* 2005, p. 89, concl. C. DEVYS ; *Dr. pat.* 2006, n° 148, p. 112, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *RGDA* 2005, p. 485, note J. BIGOT ; *RJPF* mars 2005, p. 22, note P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *RDC* 2005, p. 302, note A. BENABENT ; *Deffrénois* 1996, art. 36306, p. 43, note F. SAUVAGE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 05-10.254, Bull. n° 258 ; Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13, *Dr. pat.* 2006, n° 148, p. 112 et s., obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Dr. fam.* 2008, comm. 30, B. BEIGNIER ; *RTD. civ.* 2008, p.137, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G.* 2008. II, p. 10029, note L. MAYAUX ; *Dr. fam.* 2008, étude 11, note V. NICOLAS ; *LPA* 2008, n° 134, p. 40, note J.-P. MAUBLANC ; *D.* 2008, p. 218, note G. BRUGUIÈRE-FONTENILLE ; *JCP N.* 2008, p. 1222, note P. PIERRE et R. LE GENTILHOMME ; *Dr. fisc.* 2008, comm. n° 217, F. DEBOISSY.

<sup>556</sup> Cass. civ., 13 octobre 1955, *D.* 1956, p. 22 ; Cass. civ., 11 janvier 1956, *D.* 1956, somm. 82 ; *GP.* 1956. I, p. 228 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1959, *D.* 1960, p. 185, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janvier 1972, *JCP N.* IV. 5338 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 février 1973, Bull. n° 74 ; CA Lyon, 10 avril 1974, *GP* 1975, I, p. 232-10 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 avril 1976, Bull. n° 144 ; *JCP N.* 1977, p. 5214.

bail<sup>557</sup>, augmentation de capital<sup>558</sup>, attribution résultant d'un partage<sup>559</sup>, etc.) ou encore le *trust inter vivos*<sup>560</sup>. Ces donations indirectes se réalisent au moyen d'un acte juridique muet qui ne comporte aucune simulation, au sens où la doctrine l'entend<sup>561</sup>.

Toutefois, à l'instar du critère de l'acte muet, le critère de l'acte *sincère* n'explique pas parfaitement les applications pratiques de la donation indirecte, ni ne la distingue immanquablement des donations simulées. Afin de le montrer – si l'on nous pardonne l'effet un brin itératif du raisonnement – nous commencerons par présenter la systématisation doctrinale de l'acte sincère (**Section 1**) avant d'analyser son application, là encore, fluctuante par la jurisprudence (**Section 2**).

## SECTION 1 – LA SYSTEMATISATION DOCTRINALE

**154. Annonce** – De façon générale, on l'a dit, la doctrine contemporaine considère que la donation indirecte procède d'un acte juridique *sincère*, qu'elle ne contient aucun mensonge contrairement aux donations simulées.

La différence de régime entre ces donations est sans nul doute à l'origine de la distinction entre ces deux variétés de donation, et partant, de l'élaboration du critère de l'acte sincère. En effet, au regard tant du droit civil que du droit fiscal, la distinction de la donation indirecte et des donations simulées présente de multiples enjeux. Avant de préciser ce que les auteurs entendent par acte juridique sincère (§2), il sera donc opportun d'établir les intérêts qu'ils accordent à la distinction de ces deux variétés de donation (§1).

---

<sup>557</sup> Cass. civ., 28 juillet 1913, *DP* 1917. I, p. 58.

<sup>558</sup> CA Paris, 9 juin 1986, *JD* n° 1986-60144.

<sup>559</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 2002, *Bull.* n° 276, *D.* 2003, p. 1873, obs. M. NICOD.

<sup>560</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, *Bull.* n° 93, *D.* 1996, *chron.* p. 231 et s., Y. LEQUETTE ; *JCP G.* 1996. II, p. 22647, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *Rev. crit. DIP.* 1996, p. 692, note G. A.L. DROZ, *Defrénois* 1997, art. 36457, p. 26, note T. VIGNAL, *RTD. civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN ; Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985 ; *Dr. fam.* 2020, p. 31, note M. NICOD ; *GP* 2020, p. 68, note S. LEROND.

<sup>561</sup> Certaines décisions ont même explicitement distingué la donation indirecte de la donation déguisée en recourant au critère de l'acte sincère. En ce sens, v. notamment : *Tb. civ. Figeac*, 27 décembre 1848, confirmé par *CA Agen*, 5 décembre 1849, 1850. II, p. 7, affirmant qu'entre les deux notions « il y a toute la distance qui sépare la vérité du mensonge ». *Rapp.* : *Tb. civ. Figeac*, 7 février 1839 ; *CA Lyon*, 18 janvier 1945, *GP.* 1945.I.193 ; *Tb. civ. Lille*, 4 février 1945 ; Cass. civ., 11 novembre 1834 ; Cass. civ., 29 mai 1838.

§1 – LES INTERETS DE LA DISTINCTION DE LA DONATION INDIRECTE ET DES DONATIONS SIMULEES

**155. Annonce** – La distinction de la donation indirecte et des donations simulées a impliqué et implique encore plusieurs différences de régime, tant en droit civil (A) qu'en droit fiscal (B).

**A – En droit civil**

**156. Régime discriminatoire propre aux donations simulées** – Comme la donation indirecte, les donations simulées sont par principe valables. Le Code civil se refuse à condamner la simulation ; elle est, selon lui, un phénomène neutre parfaitement licite, à condition du moins de ne pas être l'instrument d'une fraude<sup>562</sup>. Cependant, cette validité ne va pas sans exception. Ainsi, après avoir longtemps frappé de nullité absolue les donations simulées consenties entre époux, le Code civil continue de prohiber celles réalisées au profit d'un incapable. Or qu'elle concerne l'époux (1) ou l'incapable (2), la nullité absolue qui résulte de ces prohibitions n'a jamais eu d'application en matière de donation indirecte.

*1 – La nullité des donations simulées consenties entre époux*

**157. Article 1099 alinéa 2 ancien du Code civil** – Dans le système du Code Napoléon, l'article 1099 énonçait que « les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus [alinéa 1<sup>er</sup>] ; toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle [alinéa 2<sup>nd</sup>] ». Au lendemain de la promulgation de l'article 1099, une partie de la doctrine prétendait que la nullité des donations simulées entre époux s'entendait, non comme l'anéantissement rétroactif de la donation, mais comme la réduction au taux de la quotité disponible<sup>563</sup>. Quoiqu'employant le terme « nulle », le législateur n'aurait donc pas véritablement souhaité l'annulation des donations simulées entre époux mais seulement leur réduction en cas d'excès de la quotité disponible du disposant.

---

<sup>562</sup> C. civ., art. 1201.

<sup>563</sup> En ce sens, v. par exemple : A. VALETTE, cité par F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, Paris, Marescq et Ainé, 1873, p. 532 ; A. DURANTON, *Cours de Droit français*, t. IX, n° 831 ; F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. IV, Paris, Delhomme, 1848, p. 248.

**158. Exclusion des donations indirectes** – Toutefois, cette analyse paraît contestable<sup>564</sup>. Premièrement, rien ne justifie *a priori* que le terme « nulle » prenne dans cette disposition un sens différent de celui que la loi lui attribue normalement. Deuxièmement, pareille analyse ne semble pas répondre à l'intention des rédacteurs du Code civil<sup>565</sup>. En effet, à l'origine de l'article 1099 du Code civil, l'article 177 du projet de Code civil était rédigé comme suit : « les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus [alinéa 1<sup>er</sup>]. Toute donation simulée par le déguisement de l'acte, ou faite à personnes interposées sera nulle [alinéa 2<sup>nd</sup>] ». Aussi, les deux alinéas du texte distinguaient explicitement le régime des donations indirectes, simplement réductibles à la quotité disponible selon les « dispositions ci-dessus », de celui des donations déguisées, nulles au même titre que les donations par interposition de personnes. Il serait alors pour le moins paradoxal que l'article 1099, adopté sur le modèle du projet d'article 177, se soit borné à rappeler – non sans une certaine redondance avec les articles 912 et suivants du Code civil – que les donations simulées comme les donations indirectes sont soumises au jeu de la réduction des libéralités pour atteinte à la réserve héréditaire.

L'article 1099 alinéa 2 ancien du Code civil édictait ainsi une sanction spécifique pour les donations simulées entre époux, tandis qu'il considérait valables jusqu'à concurrence de la quotité légale les donations que les conjoints se consentaient indirectement ou manuellement<sup>566</sup>.

---

<sup>564</sup> Pour une analyse détaillée des diverses interprétations doctrinales quant au domaine d'application de l'article 1099 ancien du Code civil, v. : M. LAVRAUE, *Des libéralités détournées entre époux*, thèse, Nancy, 1906, p. 10 et s.

<sup>565</sup> En ce sens, v. par exemple : C. DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, t. II, Forgotten Books, 1819, art. 1099.

<sup>566</sup> Cette prohibition était complétée par l'article 1100 du Code civil, réputant personnes interposées non seulement les parents dont le conjoint du donateur était héritier présomptif au jour de la donation, mais aussi les enfants d'un précédent mariage du conjoint du donateur. Cet article a été abrogé à l'occasion de la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale. Comme le rappelle Madame GAUDEMET, ces présomptions avaient été dénoncées par deux arguments principaux, qui se prolongeait l'un l'autre : « L'un de technique, sinon de pratique juridique, avancé au lendemain de la loi n° 63-699 du 13 juillet 1963. Jusque-là, sans doute, un époux ne pouvait gratifier son conjoint aussi largement qu'un tiers lorsqu'il laissait un enfant d'un premier : la quotité disponible entre époux était alors moindre que la quotité disponible ordinaire. D'où l'intérêt qu'il aurait pu y avoir à gratifier le conjoint par personne interposée. Mais depuis la loi de 1963, les époux peuvent toujours se gratifier de ce dont ils peuvent gratifier un tiers ; et quelle que soit la configuration familiale, le disponible ordinaire est aujourd'hui l'une des branches du disponible spécial de l'article 1094-1. Pourquoi, dans ces conditions, gratifier une personne interposée plutôt que directement le conjoint ? S'y ajoutait un argument de politique juridique, présent dès les années 1960 et repris dans les années 1990. N'était-il pas inopportun de créer de la sorte une véritable incapacité de recevoir de la "belle-famille" – les présomptions [de l'article 1100 du Code civil] étant jugées irréfragables –, à l'heure des recompositions familiales fréquentes et dont on ne saurait nier qu'elles puissent être marquées du sceau de l'affection ? » (S. GAUDEMET, « Les effets dans le temps de l'abrogation des présomptions d'interposition de personne de l'article 1100 du Code civil », *RDC*, 2015, n° 2, p. 325).

Bien que la disposition ait été abrogée à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004<sup>567</sup>, c'est-à-dire à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>568</sup>, nous voyons ici comment le législateur a pu instaurer un régime distinct entre les donations indirectes et les donations simulées, sanctionnées plus durement. L'exposé de l'article 911 du Code civil achèvera, espérons-le, de le montrer.

## 2 – La nullité des donations simulées adressées à un incapable

**159. Autonomie de l'article 911 du Code civil** – L'article 911 du Code civil prévoit que « toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit *déguisée* sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de *personnes interposées*, physiques ou morales ». La loi frappe donc de nullité toutes les donations simulées faites à un incapable<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> Sur les modifications apportées par cette loi au droit des libéralités, v. : F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Deffrénois* 2004, art. 38038, p. 1425 ; A. DELFOSSE et J.-F. PÉNIGUEL, « Divorce, libéralités entre époux et avantages matrimoniaux », *Deffrénois, Supplément Rapide*, n° 21 du 16 novembre 2004, p. 12 et s. ; C. RIEUBERNET, « Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *LPA* 2004, p. 10 ; S. PIEDELIEVRE, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, p. 2512 ; C. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Deffrénois* 2004, art. 38084, p. 93 et s. ; J.-L. RIEUBERNET, « Les libéralités et les avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », *JCP N.* 2004, n° 45.1538 (1<sup>ère</sup> partie) et n° 46.1548 (2<sup>ème</sup> partie).

<sup>568</sup> Quoique parfois dénoncée comme aussi déraisonnable qu'impraticable (en ce sens, v. notamment : B. BEIGNIER et M. NICOD, « Donations entre époux : d'un droit à l'autre », *Deffrénois* 2005, art. 38104, p. 265 ; M. NICOD, « Les dispositions transitoires et interprétatives de la loi du 23 juin 2006 », *D.* 2006, p. 2587 ; S. PIEDELIEVRE, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, chron. p. 2512 ; A. BENABENT, « Dispositions transitoires », in « Les nouveaux divorces », *AJ fam.* 2004, p. 232 ; P.-J. CLAUX, « Donations entre époux », *AJ fam.* 2005, p. 138. *Contra*, v. notamment : C. RIEUBERNET, « Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *LPA* 21 juill. 2004, p. 10 ; J. CASEY, « Les incidences de la loi du 26 mai 2004 en droit patrimonial de la famille », *RJPF*, n° 10, oct. 2004 ; N. PETERKA, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, (dir. M. GRIMALDI), 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 375-73 et s. ; D. VIGNEAU, « Donations entre époux : quel droit ? », *D.* 2005, p. 980 ; P. FLEURY-LE GROS, « Loi portant réforme des successions et libéralités : dispositions transitoires. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.*, 2006, étude 51), cette solution a été confirmée sans réserve par la Cour de cassation : « à défaut de mention expresse de rétroactivité, les dispositions de la loi du 26 mai 2004 abrogeant l'article 1099, alinéa 2 du Code civil, ne sont pas applicables aux donations visées par ce texte et conclues avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2009, n° 08-20.570, Bull. n° 242 ; *D.* 2010, p. 728, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Deffrénois* 2010, p. 605, J. MASSIP ; *RTD civ.* 2009, p. 764, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.*, 2010, comm. 16, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Dr. fam.* 2010, comm. 25, B. BEIGNIER).

<sup>569</sup> Cette disposition vise les incapacités relatives et spéciales de *recevoir* à titre gratuit, frappant notamment le tuteur (C. civ., art. 907), l'ensemble des membres des professions médicales et pharmaceutiques et, plus généralement depuis 2007, sous réserve de quelques dérogations (c. civ., art. 909

La doctrine s'est parfois demandée si ce n'était pas inutilement que l'article 911 prescrivait la nullité des donations simulées au profit des incapables. En effet, selon le droit commun, toute libéralité adressée à un incapable est nulle du fait même de l'incapacité. Ainsi, une donation indirecte faite au profit d'une personne physique ou morale incapable de recevoir à titre gratuit est nulle. Pourtant, l'autonomie de l'article 911 du Code civil est certaine : tandis que le droit commun prescrit, par principe, la nullité relative des libéralités réalisées au profit d'un incapable<sup>570</sup>, l'article 911 du Code civil prévoit la nullité absolue des donations simulées<sup>571</sup>. À cet égard, on explique que le caractère absolu de la nullité sanctionnerait le comportement frauduleux du donateur, la fraude visant ici à contourner les règles de l'incapacité<sup>572</sup>.

Ainsi, en basculant de la nullité relative à la nullité absolue, se trouve augmenté le nombre des personnes titulaires d'un droit de critique. Avec une nullité relative, à défaut de simulation donc, la libéralité adressée à un incapable est annulable à la seule demande de celui que la loi a entendu protéger (C. civ., art. 1181) ; simulée, la libéralité est sujette à une nullité absolue et peut être anéantie à la demande de tout intéressé (C. civ., art. 1180). En édictant une nullité absolue, l'article 911 du Code civil soumet ainsi les donations simulées à un régime particulier auquel la donation indirecte échappe. Sur le terrain fiscal, la différence entre les deux catégories de donations est encore plus visible sur le terrain fiscal.

---

al. 2, 1° et 2°) et, plus généralement depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, ceux qui prodiguent des soins aux personnes malades (C. civ., art. 909). L'article 911 s'applique également aux incapacités *d'exercice* frappant certaines personnes morales, telles que les établissements privés de santé, les groupements privés ou publics sociaux et médico-sociaux, ceux reconnus d'utilité publique ainsi que les groupements dits « sectaires », qui peuvent accepter des libéralités avec l'autorisation de l'État (C. civ., art. 910). Sur la question, v. : J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, thèse, Defrénois, 2019, p. 272 et s., n° 275 et s.

<sup>570</sup> V. par exemple : C. civ., art. 909, frappant de nullité relative les libéralités adressées par un malade à son soignant. En doctrine, des contestations existent contre cette nullité relative. Ainsi, par exemple, Monsieur LEPROVAUX fait valoir que l'article 909 du Code civil limite les donations non pas seulement dans l'intention de protéger le disposant contre un risque de captation, mais dans le but d'assurer la défense de l'institution civile constituée par les professionnelles de santé. En ce sens, l'auteur explique que les libéralités réalisées entre un malade et son médecin peuvent malmener le bon fonctionnement des missions du service médical et altérer la confiance que les individus porteraient à cette institution civile indispensable à l'ordre social. Aussi, Monsieur LEPROVAUX suggère que, l'article 909 poursuivant un but de protection de l'intérêt général, la nullité des libéralités devrait être absolue (J. LEPROVAUX, *J.-Cl. Civil Code*, art. 911, fasc. unique, « Donations et testaments – Capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament – Libéralités déguisées – Libéralités par personnes interposées », 2021, n° 61).

<sup>571</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. req., 6 décembre 1876, *DP* 1877. I, p. 492 ; Cass. req., 5 mai 1879, *DP* 1880. I, p. 145, note C. BEUDANT ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 avril 1963, *D.* 1964, p. 306 ; *JCP G.* 1964. II, p. 15502.

<sup>572</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse, préc.*, p. 477, n° 640. Dans le même sens, v. : L. JOSSERAND, « Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droits – Évolutions et actualités », Sirey, 1936, p. 122.

## **B – En droit fiscal**

**160. Plan** – « Tranchant sur l'indulgence du Code civil, le Code général des impôts », relève Madame DEBOISSY, « a rompu avec le pacte de non-agression du droit privé en déclarant la guerre à la simulation ; la neutralité est devenue lutte ouverte ; l'indifférence a cédé le pas à la répression »<sup>573</sup>. On ne saurait mieux exprimer la sévérité manifestée par la législation fiscale à l'égard de l'acte simulé et donc des donations simulées. En droit fiscal, ces donations sont en effet systématiquement perçues comme des abus de droit. Elles sont soumises à un régime répressif. La même logique est à l'œuvre en matière de donation indirecte, mais elle ne s'exerce pas toujours selon la même méthode, ni avec la même vivacité. Pour le fiscaliste, la distinction entre la donation indirecte et les donations simulées présente donc bien des intérêts pratiques. Afin de le montrer, on étudiera successivement le régime fiscal des donations simulées (1), puis celui de la donation indirecte (2).

### *1 – Les modalités du régime fiscal des donations simulées*

**161. Procédure de répression de l'abus de droit par fictivité** – L'imposition fiscale d'une donation simulée emprunte nécessairement la voie de la procédure de répression des abus de droit prescrite à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales. Selon cette disposition, « l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ». Comme on le voit, la procédure de répression des abus de droit fiscal se compose d'un double volet : l'abus de droit par fraude à la loi et l'abus de droit par fictivité.

L'abus de droit « par fictivité » réprime les manœuvres des contribuables qui, par la création d'une situation juridique apparente contraire à la réalité, anéantissent ou réduisent irrégulièrement leur dette d'impôt. Or il est acquis que toutes les donations simulées entrent dans le champ d'application de l'abus de droit par fictivité. En conséquence, lorsque l'Administration fiscale entend rapporter la preuve d'une donation simulée, elle est tenue de

---

<sup>573</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 4, n° 10.

fonder son redressement sur cette branche particulière de l'abus de droit<sup>574</sup>. En principe, son action peut s'exercer jusqu'à l'expiration de la sixième année suivant celle du fait générateur de l'impôt, c'est-à-dire du jour de la réalisation de la donation déguisée ou à personne interposée<sup>575</sup>. En outre, cette procédure est soumise à un formalisme rigoureux, prescrit à peine de nullité<sup>576</sup>, qui est à la mesure des sanctions attachées à la révélation d'une donation simulée.

**162. Sanctions fiscales et pénales attachées à la procédure de répression** – La découverte d'un abus de droit rend inopposable les donations simulées à l'Administration fiscale. Celle-ci peut alors faire supporter au contribuable les droits de donation, lesquels s'accompagnent automatiquement d'une amende de 80 %<sup>577</sup>. D'ailleurs, cette majoration s'applique sans préjudice d'une éventuelle condamnation à des pénalités et intérêts de retard.

Outre ces sanctions fiscales, des poursuites pénales peuvent être engagées contre le bénéficiaire d'une donation simulée si celle-ci a servi d'instrument à une fraude fiscale. L'article 1741 du Code général des impôts ne laisse place à aucun doute : « quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende

---

<sup>574</sup> Naturellement, si l'Administration fiscale accuse le contribuable d'avoir agi dans un but exclusivement fiscal, elle doit se placer sur le terrain de l'abus de droit « par fraude à la loi ».

<sup>575</sup> L.P.F., art. L. 186. Ce délai était de dix ans avant la loi du n° 2007-1223 du 21 août 2007. Certes, l'article L. 180 du Livre des procédures fiscales, applicable en matière d'abus de droit, prévoit un délai abrégé de trois ans. Mais celui-ci n'est opposable à l'administration que si, nous dit l'article, « l'exigibilité des droits et taxe est suffisamment révélée par le document enregistré sans qu'il soit nécessaire de procéder à des recherches ultérieures ». Or comme le relève Madame DEBOISSY, « il sera exceptionnel que la preuve de [la simulation] résulte de l'acte lui-même : des recherches complémentaires seront généralement nécessaires, faisant ainsi obstacle au jeu de la prescription abrégée » (F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 48, n° 126).

<sup>576</sup> Trois manifestations peuvent en être citées. D'une part, la notification de rectification doit être prise par un agent ayant au moins le grade d'inspecteur divisionnaire, qui y appose nécessairement son nom et sa signature. D'autre part, la notification est tenue de présenter une motivation suffisante de la part de l'Administration fiscale, de manière à permettre au contribuable de présenter ses observations ou de faire connaître son acceptation, dans un délai de trente jours à compter de la réception de cette notification. Enfin, l'Administration fiscale doit informer le contribuable de son droit de soumettre le litige à l'avis d'un comité *ad hoc*, le comité de l'abus de droit fiscal. Pour plus de détails, v. : F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 287 et s., n° 749 et s.

<sup>577</sup> C.G.I., art. 1729, b. Du fait de son caractère automatique, l'amende de 80 % s'applique dès la réunion des éléments constitutifs de la donation simulée (CE, 19 mars 2018, n° 399862, *min. c / A, Dr. fisc.* 2018, n° 28, comm. 334, concl. Y. BÉNARD, ; *RJF* 6/2018, n° 645). À cet égard, on notera que dans l'hypothèse particulière où la donation déguisée opère par vente ou cession, et que cette opération fait également l'objet d'un rehaussement pour insuffisance de prix (sur ce point, v. *infra* n° 188), les droits de donation et la majoration de 80 % sont assis, non sur le prix exprimé dans l'acte, mais sur la valeur réelle du bien (C.G.I., art. 666 et 761).

de 500 000 euros »<sup>578</sup>. À cet égard, une instruction fiscale a expressément indiqué que cette disposition s'appliquait aux donations simulées<sup>579</sup>. On le voit, parce que les donations simulées constituent toujours un abus de droit aux yeux du législateur fiscal, leur régime est marqué du sceau de la sévérité. Cette sévérité se retrouve également dans le traitement fiscal de la donation indirecte, quoique sous une forme et à un degré variables.

## 2 – Les modalités du régime fiscal de la donation indirecte

**163. Triple arme** – Pas moins de trois voies sont ouvertes à l'Administration pour taxer une donation indirecte<sup>580</sup> : la procédure de rectification contradictoire de droit commun, d'une part, la procédure de répression des abus de droit par fraude à la loi, d'autre part, et enfin, celle que l'on appelle aujourd'hui la procédure du « mini-abus de droit »<sup>581</sup>.

Quelle que soit la procédure envisagée par l'Administration, le bénéficiaire d'une donation indirecte, comme celui d'une donation simulée, s'expose à des sanctions punitives, mais les modalités de cette répression se distinguent de celles prescrites en matière de donation simulée. Cela se vérifie tant à propos de la procédure de rectification contradictoire, qui sert

---

<sup>578</sup> Plus généralement sur les sanctions pénales des infractions fiscales, v. : R. SALOMON, « Dix ans d'évolution du droit pénal fiscal », *Dr. fisc.* 2017, n° 40, p. 484.

<sup>579</sup> Instruction du 14 janvier 1972 : BODGI 7 G-1-72 ; *Defrénois* 1972, art. 30046. L'action de l'Administration fiscale est enfermée dans un délai de trois ans suivant la requalification de l'opération (Cass. crim., 19 mars 1979, n° 78-92.575). Précisons à cet égard que le notaire complice d'une donation simulée frauduleuse est passible des mêmes peines que le donataire, qui peuvent s'ajouter à d'éventuelles sanctions disciplinaires ainsi qu'à une condamnation au paiement de dommages et intérêts au titre de sa responsabilité civile (C.G.I., art. 1742. Sur la responsabilité civile du notaire en matière de donations simulées, v. : G. BONNET, *Les ventes d'immeubles, instruments de libéralités, aspects civils et fiscaux*, thèse, Paris II, 1996, p. 703 et s., n° 761 et s. ; T. SANSEAU, « Le devoir du notaire en matière fiscale (à propos des donations déguisées) », *Defrénois* 1983, art. 33023 ; A. ALABRIAN, « La responsabilité professionnelle des notaires pour manquement à leur devoir de conseil en matière fiscale », *Defrénois* 2011, art. 39198 ; L. GUILMOIS, « Le notaire et l'abus de droit fiscal », *JCP N.* 2018, p. 1270. En jurisprudence v. par exemple : Cass. crim., 23 mars 1987, n° 86-92.272 ; CA Douai, 22 juin 1977, *JCP G.* 1977, p. 318).

<sup>580</sup> Sur le principe même de la taxation d'une donation indirecte, v. *supra* n° 132 et s.

<sup>581</sup> Il est d'ailleurs admis que la notification de proposition de redressement d'une donation indirecte comporte plusieurs chefs relevant de ces diverses procédures (Cass. com., 6 novembre 2007, Bull. n° 235, n° 05-21.527, *RJF* 2008, n° 238). Il faut seulement que la nature des rehaussements soit clairement identifiable afin que le contribuable ne soit pas privé des garanties attachées à chacune de ces procédures. De fait, si l'Administration poursuit la taxation d'une donation indirecte par la voie de la procédure de rectification contradictoire, tout en reprochant implicitement un abus de droit (ou un « mini-abus de droit »), elle expose sa rectification à la nullité avec pour conséquence, au bénéfice du contribuable, la décharge de toute imposition (Cass. com., 23 juin 2015, n° 13-19.486, Bull. n° 1264, *Dr. fisc.* 2015, n° 42, comm. 643, note F. DEBOISSY, à propos d'une cession de parts sociales à prix modique ; Cass. com., 4 mars 2020, n° 17-31.642, *Dr. fisc.* 2020, n° 23, comm. 261, note P. FERNOUX ; *LPA* n° 133, p. 4, note A. PANDO, à prix de ventes immobilières à vil prix).

ordinairement de siège à la taxation d'une donation indirecte (a) que des procédures de répression des abus de droit, plus exceptionnelles en pratique (b).

a) *La procédure de rectification contradictoire*

**164. Mise en œuvre de la procédure** – La taxation d'une donation indirecte peut emprunter la voie procédurale de la rectification contradictoire<sup>582</sup>. Cette procédure, inscrite à l'article L. 55 du Livre des procédures fiscales, réserve à l'Administration fiscale le droit de notifier une rectification motivée au contribuable chaque fois qu'elle constate une « insuffisance », une « inexactitude », une « omission » ou une « dissimulation » dans les éléments qui constituent la base de ses impôts ou qui doivent être retenus pour sa détermination<sup>583</sup>. Elle doit être mise en œuvre dès lors que le redressement concerne des éléments servant de base au calcul de l'impôt ; nul doute par conséquent qu'elle s'applique en matière de donation indirecte.

Sa mise en œuvre est en principe soumise à un délai de six ans à compter de la date de réalisation de la donation indirecte<sup>584</sup> ; ce délai peut être réduit à trois ans si la donation ressort ostensiblement du document enregistré à l'Administration<sup>585</sup> – hypothèse qui se rencontre en pratique, on l'a vu. Précisions enfin que cette procédure de rectification offre au contribuable le droit de présenter ses observations, de se faire assister d'un conseil voire de solliciter l'intervention d'une commission<sup>586</sup>. Là encore, ces garanties s'expliquent aisément. Elles constituent la contrepartie des sanctions punitives auxquelles s'expose le

---

<sup>582</sup> L'ordonnance n° 2004-281 du 25 mars 2004 a modifié la terminologie de la procédure auparavant intitulée « procédure de redressement contradictoire ».

<sup>583</sup> Le terme « impôt » est ici entendu au sens large. L'article L. 55 du Livre des procédures fiscales vise plus particulièrement « les impôts, droits, taxes, redevances ou sommes quelconques dus en vertu du Code général des impôts ». Sur les cas d'exclusion de la procédure de rectification contradictoire, v. notamment les cas cités à l'article L. 56 du Livre des procédures fiscales.

<sup>584</sup> L.P.F., art. L. 186. En jurisprudence, v. par exemple : CA Aix-en-Provence, 20 septembre 2016, n° 15/07262.

<sup>585</sup> L.P.F., art. L. 180. Sur ce point, v. notamment : J.-P. LE GALL, « Donations indirectes et distributions irrégulières : un certain particularisme de la fiscalité », *Dr. fisc.* 2000, p. 138, n° 6 ; N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 262, note n° 1054 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 51, n° 135 ; T. LAMBERT, *Procédures fiscales*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 124, n° 273.

<sup>586</sup> Elle se distingue ainsi des procédures de taxation d'office (LPF, art. L. 66 et s.) et d'évaluation d'office (LPF, art. L. 73) qui réservent peu de place au débat contradictoire. Sur la question, v. : M. COLLET, *Droit fiscal*, 5<sup>ème</sup> éd., PUF, 2007, p. 129 et p. 133, n° 231 et n° 237 ; K. SID, *Droits fondamentaux du contribuable et procédures fiscales – études comparatives*, thèse Paris I, 2006, t.2, p. 191 à 208, n° 706 à 742. ; J.-C. DRIE, *Procédures de contrôle fiscal, la voie de l'équilibre*, thèse Paris XVIII, 2004, p. 219 à 228, n° 410 à 430 ; V. DAUMAS, « Pouvoirs de contrôle de l'administration et garanties du contribuable : un équilibre en perpétuelle construction », *RJF* 2010, 8-9, p. 626 et s.

donataire : une pénalité et des intérêts de retard<sup>587</sup>, d'une part, une amende de 40 % des droits rappelés en cas de manquement délibéré, d'autre part<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> Le bénéficiaire d'une donation indirecte peut être condamné à une pénalité de retard de 10 % des droits rappelés (C.G.I., art. 1728, 1, a) ainsi qu'à des intérêts de retard de 0, 20 % par mois à compter de la date de réalisation de la libéralité (C.G.I., art. 1727, I). Le notaire peut également voir sa responsabilité engagée. En ce sens, v. : CA Lyon, 25 novembre 1999, JD n° 99-103270 ; Cass. com., 9 décembre 2010, n° 09-16.531, Bull. n° 254 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 septembre 2014, n° 13-16.485.

<sup>588</sup> C.G.I., art. 1729, a. Cette disposition, ni aucune autre du Code général des impôts, ne définit pas le « manquement délibéré ». Quelques décisions jurisprudentielles paraissent cependant délimiter les contours de la notion (Cass. com., 23 juin 2015, n° 13-19.486, Bull. n° 1264, *Dr. fisc.* 2015, n° 42, comm. 643, note F. DEBOISSY ; Cass. com., 4 mars 2020, n° 17-31.642, *Dr. fisc.* 2020, n° 23, comm. 261, note P. FERNOUX ; *LPA* n° 133, p. 4, note A. PANDO). Dans la première affaire, l'Administration avait notifié une proposition de rectification sur la valeur de parts sociales acquises et déclarée par un contribuable. Elle soutenait que l'opération de cession des parts faite à un prix modique constituait une donation indirecte à hauteur de l'écart constaté entre le prix de cession et la valeur réelle des titres. Dans la seconde espèce, il s'agissait de l'acquisition par une société constituée entre un notaire et son épouse, de trois appartements à un prix que l'Administration avait jugé insuffisant par rapport au prix du marché. Estimant que ces opérations, constitutives de ventes à vil prix, réalisaient des donations indirectes au profit de la société<sup>588</sup>, elle adressa à celle-ci une proposition de rectification contradictoire en vue de l'application des droits de mutation à titre gratuit. Or dans ces deux affaires, l'Administration fiscale invoquait la volonté manifeste et délibérée du donataire d'éviter les droits dont il était redevable. La Cour de cassation annula les propositions de rectification : en faisant état de ce que les donataires avaient eu la volonté manifeste *d'éviter les droits dont ils étaient redevables*, l'Administration se serait, nous dit la Cour de cassation, implicitement placée sur le terrain de l'abus de droit. Or faute pour elle de s'être conformée à la procédure prescrite à l'article L. 64 du Livre précité, le redressement serait entaché d'irrégularité, justifiant le dégrèvement de toute imposition. Il ressort ainsi de ces deux arrêts, dont l'un est publié au *Bulletin*, que la notion de manquement délibéré ne correspond pas, en matière de donation indirecte du moins, à la volonté du contribuable d'éviter l'impôt normalement dû. *Rapp.* : CA Versailles, 12 octobre 2021, n° 20/03376, qui tente, non sans une certaine ambiguïté, de délimiter positivement la notion de manquement délibéré. Dans cette affaire, les juges du fond, confirmant la requalification d'un contrat d'assurance-vie en donation indirecte, ont invalidé la majoration de 40 % pour manquement délibéré des bénéficiaires. La cour d'appel a considéré, d'une part, que malgré la qualité de curatrice de l'un des bénéficiaires, il n'était pas établi de manière certaine que ceux-ci aient eu connaissance de la clause stipulée à leur profit dès lors qu'ils ne l'avaient accepté qu'après la mort de la souscriptrice, ni donc de la volonté de cette dernière de les gratifier. D'autre part, « et surtout », ajoutent les juges versaillais, « il ne peut [...] être fait le reproche [aux donataires], quand bien même ils auraient connaissance comme tout un chacun, par la lecture d'articles récurrents dans la presse économique, des avantages fiscaux présentés par une assurance-vie, de ne pas avoir relevé eux-mêmes que le contrat d'assurance-vie qui leur bénéficiait, devait s'analyser en réalité en une donation indirecte, ce qui constitue une situation assez exceptionnelle, fonctions des circonstances, et suppose de connaître la jurisprudence des juridictions judiciaires en la matière laquelle s'élabore au fur et à mesure et présuppose que le bénéficiaire aurait l'obligation d'interpréter un contrat qualifié d'assurance-vie parfaitement encadré pour invoquer lui-même qu'il y a lieu de le qualifier autrement ». En somme, l'analyse de ces trois décisions, dont la portée des deux derniers doit être relativisée, semble montrer que la preuve d'un manquement délibéré au sens de l'article 1729, a du Code général des impôts requiert de l'Administration fiscale qu'elle démontre que le donataire ne pouvait ignorer, au jour de la déclaration de l'opération que celle-ci réalisait en sa faveur une libéralité indirecte.

**165. Nature punitive des sanctions** – Or ces sanctions ont toutes une coloration plus ou moins punitive. La jurisprudence l’a explicitement admis pour la pénalité de retard de 10 % ainsi que pour la majoration de 40 % pour manquement délibéré<sup>589</sup>.

Qu’en est-il des intérêts de retard ? On enseigne classiquement que ces intérêts n’ont pas de caractère punitif, parce qu’ils seraient dus de plein droit, c’est-à-dire sans appréciation du comportement du contribuable<sup>590</sup>. Les intérêts de retard, dit-on, sont la simple manifestation de la responsabilité du contribuable, compensant le dommage subi par l’Administration en raison de la contribution tardive du contribuable aux charges publiques<sup>591</sup>. Cette analyse ne convainc pas<sup>592</sup>. À considérer, d’abord, les répercussions des condamnations pour les contribuables, il est difficile de ne pas voir dans le paiement des intérêts de retard une peine. Pour ne prendre que les cas précédemment rapportés<sup>593</sup>, les contribuables avaient été condamnés à payer

<sup>589</sup> En ce sens, v. par exemple : CE, 17 mars 1993, n° 74775, *Dr. fisc.* 1993, n° 28, comm. 1470, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; Cass. com., 6 mai 1996, *RJF* 1996, n° 1088 ; Cass. com., 29 juin 1999, *RJF* 1999, n° 1299 ; CE, 27 juillet 2001, *Sté Agencinox*, *Rev. fisc.*, 2001, n° 1138, note G. GOULARD ; *BDCF* novembre 2001, p. 27, concl. G. GOULARD ; *Procédures* 2001, n° 244, note J.-L. PIERRE ; *RJF* 2001, n° 1416.

<sup>590</sup> CE, avis, 5 avril 1996, *Houdmond* ; *Procédures* 1996, n° 318, note J.-L. PIERRE ; *RJF* 1996, n° 607 et la chronique de S. AUSTRY, « L’application des principes généraux du droit pénal aux pénalités fiscales : étendu et limite », p. 311 ; *RJF* 1996, n° 765, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; CE, avis, 31 mars 1995, *SARL Auto-Industrie Méric*, *AJDA* 1995, p. 739, note M. DREIFFUS. *Rapp.* : Cass. com., 29 avril 1997, Bull. n° 110 ; *JCP G.* 1997. II. 22935, note F. SUDRE ; *RTDH* 1998.1 69, note J.-J. LOUIS ; *LPA*, 1<sup>er</sup> décembre 1997, n° 144, p. 6, note G. TIXIER et A.-G. HAMONIC-GAUX ; *Procédures* 1997, n° 229, note J.-L. PIERRE ; *Defrénois* 1998, p. 202, n° 3, obs. A. CHAPPERT ; *D.* 1997, IR, 134 ; *Dr. fisc.* 1997, n° 688 ; *RJF* 1997, n° 641 ; Cons. const., n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Rec.* p. 88 ; *Dr. fisc.* 1983, n° 2-3, comm. 47 ; Cons. const., n° 2016-744 DC, 29 décembre 2016, cons. 34. BOI-CTX-DG-20-50-20120912, §1 ; CE, 9 novembre 1988, *Grisoni*, *Dr. fisc.* 1989, n° 1360, concl. B. MARTIN-LAPRADE ; *Rev. jur. fisc.* 1989, n° 179 ; CE, 12 février 1988, *Fega*, *Dr. fisc.* 1988, n° 1284 ; *Rev. fisc.* 1988, n° 381 ; CE, 2 avril 2003, n° 237751 ; CEDH, 6 octobre 2009, n° 29494/09, *Poniatowski c/ France* ; CEDH, 17 mai 2016, n° 76.959/11, *Sté Oxygène Plus*, L. AYRAULT, « Droit fiscal européen des droits de l’Homme – chronique de l’année 2016 », *Dr. fisc.* 2017, n° 9, étude 191, n° 5 et s. ; CEDH, 12 janvier 2018, n° 52961/09 et a., *Homan et a. c/ Belgique*. *Rapp.* : Cass. com., 17 mars 2004, n° 02-19.276, Bull. n° 57, *RFJ* 2004, n° 797 ; Cass. com., 27 septembre 2005, Bull. n° 185 ; *Procédures* 2005, n° 298, note J.-L. PIERRE.

<sup>591</sup> Ils seraient, selon l’expression de J.-L. LAMARQUE, « le prix du temps » (J.-L. LAMARQUE, *J.-Cl. pr. fisc.*, fasc. 116-10, « Sources du droit fiscal – Application du principe de supériorité des normes internationales – Protection des droits de l’Homme », 2010, n° 65). Dans le même sens, v. F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 78, n° 212.

<sup>592</sup> Sur la critique de la nature indemnitaire des intérêts de retard, v. : F. GREAU, *Les intérêts moratoires*, thèse, Defrénois, 2006, p. 586 et s., n° 473 et s. ; J. HONG-ROCCA, *Les sanctions fiscales à l’épreuve des transformations du droit*, thèse Paris I, 2005, n° 285, p. 330 et s. ; A. PERIN-DUREAU, *L’obligation fiscale à l’épreuve des droits et libertés fondamentaux*, thèse, Dalloz, 2014, p. 450 et s., n° 679 et s.

<sup>593</sup> V. *supra* n° 133.

104 618 euros<sup>594</sup> et 234 637 euros<sup>595</sup> d'intérêts de retard. Or on peut difficilement retirer au paiement de telles sommes l'idée de répression. La Cour de cassation accrédite d'ailleurs cette thèse puisqu'elle admet qu'un notaire soit tenu civilement responsable pour n'avoir pas informé les bénéficiaires d'une donation déguisée de l'application par l'Administration de ces intérêts de retard<sup>596</sup>. Enfin, et surtout, la nature simplement indemnitaires des intérêts de retard paraît incompatible avec le pouvoir laissé à l'Administration fiscale d'en octroyer une remise totale ou partielle à raison de la bonne foi du contribuable<sup>597</sup>. Au regard de ces éléments, on ne peut s'empêcher d'apercevoir une sanction punitive derrière la condamnation du contribuable au paiement d'intérêts de retard.

**166. Synthèse** – En somme, à la différence des donations simulées, la donation indirecte peut être taxée au moyen de la procédure de rectification contradictoire. En outre, si même cette procédure suit une logique punitive comparable à celle de l'abus de droit par fictivité, les sanctions qui lui sont attachées sont moins sévères : les pénalités de retard ne peuvent ainsi s'accompagner d'une amende que de 40 % des droits rappelés, non de 80 % ; en outre, contrairement à la majoration pour abus de droit, celle pour manquement délibéré est dépourvue d'automatisme et requiert la preuve de ce que le donataire a délibérément commis une déclaration irrégulière. De ce point de vue, la distinction entre la donation indirecte et les donations simulées présente des intérêts évidents sur le terrain du droit fiscal. La même conclusion s'impose lorsque la taxation de la donation indirecte s'exerce par la voie procédurale de la répression des abus de droit.

*b) Les procédures de répression des abus de droit par fraude à la loi*

**167. Procédure de répression de l'abus de droit de l'article L. 64** – Pour rapporter la preuve d'une donation indirecte, l'Administration peut également se placer sur le terrain de l'abus de droit (L.P.F., art. L. 64). Mais ici, contrairement au cas des donations simulées, l'abus de droit doit être caractérisé par établissement d'une fraude à la loi. Dans cette perspective,

---

<sup>594</sup> Cass. com., 21 juin 2011, *préc.* : 680 818 – 157 000 = 523 818 x 0,1 = 52 382 (pénalité de 10 %) ; 157 000 – 52 382 = 104 618 (intérêts de retard).

<sup>595</sup> Cass. com., 6 novembre 2019, *préc.* : 1 206 510 – 322 989 = 883 521 x 0,1 = 88 352 (pénalité de 10 %) ; 322 989 – 88 352 = 234 637 (intérêts de retard).

<sup>596</sup> Cass. com., 9 décembre 2010, n° 09-16.531, *Bull* n° 254 ; *JCP N.* 2011, n° 20, p. 1168, obs. J.-P. GARÇON. En l'espèce, le notaire a été condamné au paiement de la somme de 237 000 euros, soit la somme due par les contribuables au titre des intérêts de retard.

<sup>597</sup> L.P.F., art. L. 247, 2° et 3° ; C.G.I., art. 1727, II 1°, 2°, 3° et 4°.

l'abus de droit sanctionne le fait de rechercher le bénéfice de l'application d'une norme à l'encontre des objectifs poursuivis par son auteur dans le but *exclusif* d'éluider ou d'atténuer ses charges fiscales. Or nul doute que cette disposition s'applique en matière de donation indirecte. Les rapports annuels du Comité de l'abus de droit et la jurisprudence des juges du fond en portent d'ailleurs trace, spécialement en matière d'assurance épargne<sup>598</sup>. Ainsi, par exemple, la cour d'appel de Reims a jugé qu'une donation indirecte réalisée au moyen d'une assurance-vie de capital différé constituait un abus de droit par fraude à la loi dans la mesure où sa souscription avait été faite par le bénéficiaire de la clause attributive pour le compte de la souscriptrice à peine plus de vingt jours avant son décès<sup>599</sup>.

En pareille hypothèse, la donation indirecte subit, certes, le même traitement fiscal que les donations simulées : outre l'inopposabilité de l'acte et le rehaussement d'impôt consécutif, le bénéficiaire de la donation indirecte s'expose à toutes les sanctions fiscales et pénales propres à l'abus de droit fiscal<sup>600</sup>. Cependant, les exigences de preuve diffèrent. Pour sanctionner une donation indirecte au titre de l'article L. 64, l'Administration ne peut se borner à en démontrer l'existence ; elle doit en outre établir la preuve des deux éléments constitutifs de la fraude à la loi : son élément objectif, qui consiste en l'utilisation d'une norme à l'encontre des intentions de son auteur, et son élément subjectif, à savoir la poursuite d'un but *exclusivement*

---

<sup>598</sup> En ce sens, v. : CCRAD, Rapport 2002, avis n° 2000-10 (imminence du décès du souscripteur) ; CCRAD, Rapport annuel 2001, avis n° 1999-18 (pourcentage élevé du patrimoine investi) ; CCRAD, Rapport annuel 1997, avis n° 1997-16 (souscription avec participation du bénéficiaire). En jurisprudence, v. par exemple : CA Reims, 26 janvier 2006, n° 04-2478 ; *RJF* 2006, n° 951 (imminence du décès du souscripteur) ; CA Douai, 29 septembre 2003, n° 02-2277 ; *RJF* 2004, n° 813 (imminence du décès du souscripteur) ; CA Reims, 26 janvier 2006, n° 04-2478, ch. civ., 2<sup>ème</sup> sect. ; *RJF* 2006, n° 951 ; CA Douai, 29 septembre 2003, n° 02-2277, 1<sup>ère</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect. ; *RJF* 2004, n° 813. Sur le sujet, v. : *Instr.* du 20 août 1981, BODGI 7 G-9-81 ; S. GONSARD et P.-J. SAINT-AMAND, « Assurance-vie placement et abus de droit », *Dr. pat.* 2011, n° 205, p. 90 ; F. DOUET, « Requalification d'un contrat d'assurance-vie et procédure de répression des abus de droit », *Deffrénois* 2009, art. 39031, p. 2170 ; D. GRILLET-PONTON, « L'instrumentalisation du droit patrimonial de la famille : l'art de dissimuler le transfert taxable au moyen d'un outil civil », *Dr. fam.* 2000, étude 7 ; P. DUVAUX, « L'assurance-vie requalifiée en donation », *Dr. pat.*, juin 1998, p. 22. V. également le rescrit fiscal n° 2008/17 (ENR) publié le 22 juillet 2008 (BOI 7 G 2) qui met en garde les praticiens contre des montages autour de renoncations à succession abusives. En ce sens, également : CCRAD, Rapport annuel 2007, avis n° 2006-06 ; CCRAD, Rapport annuel 2001, avis n° 2001-9 ; CCRAD, Rapport annuel 2002, avis n° 2002-30 ; CCRAD, Rapport annuel 2000, avis n° 2000-19 ; CCRAD, Rapport annuel 1999, avis n° 1999-18. Au reste, le législateur a perçu le risque de fraude à la loi en décidant, pour les contrats souscrits après le 20 novembre 1991, de soumettre aux droits de succession la part des capitaux correspondants aux primes versées par le souscripteur après l'âge de soixante-dix ans, pour leur fraction excédant 30 500 euros (CGI, art. 757-B-I). En diminuant les avantages fiscaux en fonction de l'âge du souscripteur assuré, le législateur a sans doute limité les abus qui pourraient en découler. Sur le sujet, v. : S. GONSARD et P. JULIEN SAINT-AMAND, « Assurance-vie placement et abus de droit », *Dr. pat.* 2011, n° 205, p. 3.

<sup>599</sup> CA Reims, 26 janvier 2006, n° 04-2478 ; *RJF* 2006, n° 951.

<sup>600</sup> Pour plus de détails, v. *supra* n° 162.

fiscal. Les enjeux de la distinction entre la donation indirecte et les donations simulées prennent ainsi toute leur mesure, non sur le plan des sanctions, qui sont exactement les mêmes, mais sur le plan probatoire.

**168. Procédure de répression du « mini-abus de droit »<sup>601</sup> de l'article L. 64 A** – Il en va pareillement si l'Administration met en œuvre la procédure dite du « mini-abus de droit ». Cette procédure, instaurée par la loi de finances pour 2019 et codifiée à l'article L. 64 A du Livre des procédures fiscales, permet à l'Administration d'écarter comme ne lui étant pas opposables les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre de l'intention de leurs auteurs, ont pour motif *principal* d'éluder ou d'atténuer la charge fiscale normalement due.

La procédure se distingue du dispositif de l'article L. 64 précité en ce que l'Administration n'a pas, sur l'élément subjectif de l'abus de droit, à démontrer la poursuite d'un but exclusivement fiscal : la preuve d'un motif *principalement* fiscal suffit. On enseigne à cet égard que l'expression « motif *principal* » doit s'entendre, non dans un sens quantitatif – c'est-à-dire comme le motif majoritaire en valeur –, mais dans un sens qualitatif, comme un synonyme de motif essentiel, fondamental, déterminant, décisif<sup>602</sup>. Autrement dit, le motif principal serait « celui sans lequel l'acte n'aurait pas été passé ou réalisé, ou l'aurait été différemment »<sup>603</sup>. C'est, en somme, la notion de cause impulsive et déterminante que les civilistes connaissent, notamment pour apprécier la licéité d'une condition.

Cette circonstance, dit-on, n'est pas la seule qui marque une différence entre les deux procédures de répression des abus de droit par fraude à la loi. En effet, les travaux

---

<sup>601</sup> L. fin. 2019, n° 2018-1317, 28 décembre 2018, JO 30 décembre, art. 109. Cette procédure s'applique aux propositions de rectifications notifiées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021, portant sur des actes passés ou réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Parmi une littérature abondante sur cette nouvelle procédure, v. notamment : F. DEBOISSY, « Commentaires administratifs de la nouvelle procédure d'abus de droit (mini-abus de droit) », *Dr. fisc.* 2020, n° 10, comm. 182 ; N. JACQUOT, *J.-Cl. Pr. fisc.*, fasc. 379, « Abus de droit de l'article L. 64 A du LPF. Mini-abus de droit – Définition et notions », 2021 ; S. FERRARI, « L'élargissement de la notion d'abus de droit fiscal : de nombreuses questions sans question réponses à ce jour », *Les Nouvelles Fiscales*, 2019, 1241, p. 27 ; F. DOUET, « Abus de droit pour motif principal fiscal », *JCP N.* 2019, p. 44 ; O. DEBAT et H. MANCIET, « Bref retour sur l'abus de droit pour motif principalement fiscal », *Dr. pat.* 2019, p. 44 ; O. ROZENFELD, « Abus de droit à but principalement fiscal : la nouvelle arme de l'Administration fiscale ? », *Dr. pat.* 2019, p. 12 ; J.-F. DESBUQUOIS, « Évolutions récentes de l'abus de droit », *RFP* 2019, p. 18 ; B. TOULEMONT et H. ZAPF, « Commentaire des principales dispositions de la loi de finances pour 2019 », *GP* 2019, p. 46 ; H. ZAPF, « Haro sur la sécurité juridique des contribuables ! », *GP* 2019, p. 45.

<sup>602</sup> BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 100. Sur ce point, v. : N. JACQUOT, *J.-Cl. Pr. fisc.*, fasc. 379, *préc.*, n° 132.

<sup>603</sup> N. JACQUOT, *J.-Cl. Pr. fisc.*, fasc. 379, *préc.*, n° 134.

parlementaires de loi de finances pour 2019 enseignent que, contrairement à la procédure de répression de l'abus de droit de l'article L. 64, le dispositif de l'article L. 64 A n'entraîne pas l'application automatique de la majoration de 80 % des droits rappelés<sup>604</sup>. La procédure du « mini-abus de droit » et celle de l'abus de droit « traditionnel » se distingueraient ainsi quant à leurs effets. Il faut toutefois nuancer cette dernière affirmation puisque, pour sanctionner un « mini-abus de droit », l'Administration fiscale peut appliquer des pénalités aux taux respectifs de 40 % pour manquement délibéré (C.G.I., art. 1729, 1, a), et de 80 % pour manœuvres frauduleuses (C.G.I., art. 1729, 1, c)<sup>605</sup>. En pratique, l'application de ces majorations ne devrait pas être si exceptionnelle qu'il y paraît. Et pour cause : d'une part, il a été jugé, d'une part, que la simple référence aux considérations de fait caractérisant une fraude à la loi suffisait à établir l'intention du contribuable d'échapper à l'impôt<sup>606</sup> ; d'autre part, et surtout, un acte ayant un but principalement fiscal poursuit, semble-t-il très souvent, un dessein frauduleux. Sur le terrain des sanctions, la procédure du « mini-abus de droit » n'apparaît donc pas si éloignée du dispositif de l'article L. 64.

En somme, si l'Administration entend mettre en œuvre cette procédure pour imposer une donation indirecte, elle doit, là encore, satisfaire à des exigences de preuve particulières : il ne suffit pas qu'elle démontre l'existence de la donation, encore lui faut-il prouver que le contribuable a utilisé des textes à l'encontre de leurs objectifs (c'est ici l'élément objectif de la « mini-fraude »), et ce, dans un but *principalement* fiscal (c'est là son élément subjectif). Dans cette hypothèse donc, comme dans celle ci-dessus décrite, les enjeux de la distinction entre la donation indirecte et les donations simulées prennent leur importance essentiellement sur le terrain probatoire.

---

<sup>604</sup> A. DE MONTGOLFIER, *Rapport général sur le projet de loi de finances pour 2019*, n° 147, p. 47, § 6 : « le nouvel article L. 64 B du Livre des procédures fiscales, s'il reprend la rédaction de l'article L. 64 relatif à l'abus de droit, n'entraînerait pas, pour autant, l'application de la majoration de 80 % ». Dans le même sens, v. : BOI-CF-IOR-30-20, 31 janvier 2020, § 130. Cette absence d'automatisme serait, dit-on (*Rapp. gén., préc.*, n° 147, p. 47, § 8), la clé de la constitutionnalité du mécanisme. On se souvient en effet qu'en 2013, le législateur avait déjà tenté d'assouplir le champ d'application de l'abus de droit par fraude à la loi, en remplaçant le critère du but exclusivement fiscal par celui du but principalement fiscal (L. fin. 2014, n° 2013-1278, 29 décembre 2013, JO 30 décembre 2013, art. 100). Toutefois, par une décision du 29 décembre 2013, le Conseil constitutionnel avait censuré cette mesure jugeant que, du fait notamment de l'application des majorations automatiques, elle était contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et au principe de légalité des délits et des peines (Cons. constit., 29 décembre 2013, n° 2013-685 DC ; *AJDA* 2014, p. 5 ; *AJCT* 2014, p. 107, obs. LASSERRE CAPDEVILLE).

<sup>605</sup> BOI-CF-IOR-30-20, 31 janvier 2020, § 130.

<sup>606</sup> CAA Nantes, 7 avril 2008, n° 06NT00976 et n°06NT00453.

**169. Synthèse** – En droit civil, la distinction entre la donation indirecte et les donations simulées présente un double enjeu pratique : le premier réside dans la nullité absolue des seules donations simulées faites à un incapable ; le second procède de la prohibition qui frappait jusqu'en 2005 les seules donations simulées entre époux. À quoi s'ajoute la loi fiscale, qui bien que dotant ces deux variétés de donations d'un régime punitif, en distingue les modalités et les sanctions. Or on ne peut manquer de penser que ces divergences de régimes fondent la systématisation du critère de l'acte sincère réputé isoler la donation indirecte des donations simulées – critère qu'il convient désormais de présenter.

## §2 – LE CRITERE DE DISTINCTION AVEC LES DONATIONS SIMULEES

**170. De l'acte simulé... à l'acte sincère : présentation séquentielle** – Pour distinguer la donation indirecte des donations simulées, la doctrine recourt unanimement au critère de l'acte sincère<sup>607</sup>. Toutefois, c'est seulement après avoir élaboré le critère de l'acte simulé, tenu pour caractéristique des donations simulées, que les auteurs ont construit et structuré celui de l'acte sincère. Aussi, avant de préciser ce que la doctrine entend par acte sincère (B), il est nécessaire de présenter la définition qu'elle fait de l'acte simulé (A).

### A – La compréhension de l'acte simulé

**171. Annonce** – Pour conduire cet examen, une progression en deux temps sera suivie. On présentera d'abord la définition de l'acte simulé (1) avant de rendre compte de l'objet de simulation (2) dans chacune des deux formes de donation simulée.

---

<sup>607</sup> A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 842 ; A. ROUAST, *Les libéralités entre vifs exemptes de forme*, Cours de doctorat, 1948-1949, p. 217 ; Y. JOLIVET, *thèse préc.*, 1940, n° 8 et n° 10 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II, 4<sup>ème</sup>, Larose & Forcel, 1892, p. 326, n° 467 ; J. ABEILLE, *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse, Aix-Marseille, 1939, p. 19 ; M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 35, n° 36 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 92 et s., n° 118 et s. ; F. DEBOISSY, *thèse, préc.*, p. 52, n° 137 ; T. TAURAN, « La subtile distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées », *RRJ* 2011-2, p. 614. *Contra*, v. notamment : M. CLOS, *Le rôle de l'intention libérale dans les donations déguisées*, thèse, Montpellier, 1941, p. 73. Selon l'auteur, ce serait le critère de l'accessoire qui tracerait les contours de la distinction : « il faut s'en tenir à la place qu'occupe dans l'esprit du disposant l'*animus donandi* ; cette place est-elle la première, il y a libéralité indirecte ».

### *1 – La définition de l'acte simulé*

**172. Double niveau de définition** – Selon la doctrine classique, l'acte support des donations simulées revêtirait une double dimension, à la fois matérielle et psychologique.

Sur le plan matériel, l'acte simulé serait tout d'abord celui « que les parties révèlent à la pleine lumière juridique, un acte vers lequel elles souhaitent voir converger tous les regards »<sup>608</sup>. Autrement dit, l'acte simulé aurait toujours un caractère apparent, ostensible. Mais ce n'est pas tout : l'acte simulé, dit-on, doit également entrer en contradiction avec un autre acte (appelé « contre-lettre »), caché mais réel, en ce sens qu'il contient l'intention véritable des parties<sup>609</sup>. L'acte secret doit ainsi neutraliser l'acte apparent simulé<sup>610</sup>. Dans sa dimension matérielle, l'acte simulé se définit ainsi comme un acte apparent qui, coexistant avec un acte secret mais réel, entre simultanément en contradiction avec lui. Munie de ces directives générales, la doctrine enseigne que les donations simulées se réalisent au moyen d'une contre-lettre venant démentir l'acte simulé apparent : dans la donation déguisée, il y aurait toujours derrière l'acte apparent (une vente par exemple), un autre acte, celui qui a été réellement voulu par les parties<sup>611</sup>. De même, la donation par personne interposée procéderait toujours d'un accord secret intervenant entre les véritables intéressés et déterminant l'effet réel produit par un acte apparent non sérieux<sup>612</sup>.

Sur le plan psychologique, un double enseignement doit être tiré de la doctrine : d'une part, la simulation serait toujours l'œuvre volontaire et consciente des parties. En conséquence, « si les parties ont par erreur, c'est-à-dire involontairement, donné à l'acte une étiquette juridique incompatible avec son économie interne, [...] la qualification de simulation ne [devrait pouvoir]

---

<sup>608</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 30, n° 73. Dans le même sens, v. : M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 59, n° 68.

<sup>609</sup> C. OPHÈLE, *Rep. civ.*, Dalloz, v° *Simulation*, 2016, n° 28 et s.

<sup>610</sup> La doctrine relève à cet égard la nécessité de la concomitance entre ces deux actes. Toutefois, cette simultanéité pourrait n'être qu'intellectuelle. En ce sens, DEMOLOMBE écrit : « 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 postérieurement, ait été dans la volonté commune des parties, arrêtée en même temps que la convention » (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Des contrats*, t. XXIX, 4<sup>ème</sup> éd., Pedone-Lauriel, 1877, n° 322, cité par C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse, Paris II, 2012, p. 93, n° 93). De même, Madame DEBOISSY affirme que « peu importe que l'acte occulte soit rédigé concomitamment ou postérieurement à l'acte ostensible dans la mesure où, au moment où l'acte apparent est présenté aux tiers, la volonté d'en altérer la portée existe dans l'intention des parties » (F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 34, n° 89).

<sup>611</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 31, n° 78.

<sup>612</sup> J. DESBLEUMORTIERS, *La simulation par l'emploi d'un tiers : essai sur les interpositions de personnes*, thèse, Paris, 1916, p. 22, n° 13.

être retenue »<sup>613</sup>. La simulation, d'autre part, aurait un caractère intentionnel en ce sens qu'elle à créer un mensonge en vue de tromper les tiers<sup>614</sup>. Reste encore à préciser l'objet de ce mensonge, qui diffère selon que la donation est déguisée ou à personne interposée.

## 2 – L'objet de l'acte simulé

**173. Objet distinct** – Il est admis que l'objet de l'acte simulé diffère selon les deux variétés de donation simulée : alors que dans la donation déguisée, la simulation porterait sur la cause catégorique de l'acte qui la véhicule, c'est-à-dire sur sa nature ou sa justification (a), dans la donation par personne interposée, la simulation concernerait l'identité même du donataire (b)<sup>615</sup>.

### a) Un mensonge sur la cause catégorique de l'acte support

**174. Analyse classique du déguisement** – Pendant longtemps, la doctrine a considéré que la donation déguisée consistait toujours à masquer la nature onéreuse de son acte support<sup>616</sup>. En 1930, dans son célèbre cours sur la notion de libéralité, RIPERT relève ainsi : « on dira [...] qu'il y a donation déguisée quand on emploie un acte qui indique par lui-même sa cause onéreuse, la cause onéreuse étant fausse ; ou encore quand on emploie un acte qui n'indique pas sa cause mais dont la cause est présumée onéreuse »<sup>617</sup>. De ce point de vue, seul

---

<sup>613</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 36, n° 97.

<sup>614</sup> En ce sens, v. notamment : M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 30, n° 26 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 37 et s., n° 100 et s. Pour autant, cette intention de tromper ne se confondrait pas avec les motifs (louables ou non) poursuivis par les auteurs de la simulation et dès lors avec leur éventuelle intention frauduleuse.

<sup>615</sup> En pratique, rien n'interdit *a priori* que le déguisement et l'interposition de personnes se combinent. Pour des illustrations jurisprudentielles, v. : Bordeaux, 13 février 1806, cité par J. DESBLEUMORTIERS, *thèse préc.*, p. 23, n° 14 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 avril 1958, Bull. n° 187 ; Cass. soc., 25 avril 1968, 1968, p. 587, obs. P. VOIRIN.

<sup>616</sup> En ce sens, v. notamment : G. BAUDRY-LACANTINIÈRE et A. COLIN, *Traité théorique et pratique de Droit civil – Des donations entre vifs et des testaments*, t. 1, 3<sup>ème</sup> éd., Larose, 1895, n° 1237 ; A. ROUAST, *Les libéralités entre vifs exemptes de forme, Les cours du droit*, 1948-1949, p. 8 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, LGDJ, 1956, n° 3348 ; G. RIPERT, *cours préc.*, p. 112 ; L. JOSSERAND, *thèse préc.*, p. 121 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, Paris, 1961, n° 489 ; M. DAGOT, *thèse préc.*, n° 40 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 501, n° 557 ; P. RAYNAUD, *manuel préc.*, p. 377, n° 490 ; S. LAMBERT, *thèse préc.*, p. 314, n° 192. En jurisprudence, v. : Cass. req., 26 avril 1893, D. 1893. I, p. 359 ; Cass. civ., 13 mai 1952, D. 1952, p. 505.

<sup>617</sup> G. RIPERT, *cours préc.*, p. 112, relevant quelques pages avant qu' « il y a donation déguisée quand les parties, pour réaliser un transfert à titre gratuit empruntent volontairement la forme d'un acte à titre onéreux et le déguisement consiste à dissimuler sous des formes en apparence onéreuse une volonté de bienfaisance, une intention de libéralité. L'acte est détourné, on n'en prend que l'apparence extérieure, on n'en prend que la forme, dans cette forme on verse le contenu d'un acte à titre gratuit ».

un acte onéreux était susceptible de réaliser une donation déguisée. L'exemple topique donné était la vente à prix fictif : « il ne peut pas y avoir vente s'il n'y a pas de prix dans le contrat », écrit RIPERT ; « si donc, poursuit-il, voulant faire une mutation gratuite, on indique un prix qui n'est pas payé ou que l'on n'a pas l'intention de s'obliger à payer, on dissimule sa donation en employant les formes juridiques de la vente »<sup>618</sup>. Autrement dit, l'acte de vente à prix fictif simulerait l'existence d'une contrepartie au transfert de la chose ; or puisque cette contrepartie confère à l'acte de vente son caractère onéreux, il y aurait bien mensonge sur la nature onéreuse de l'acte apparent.

**175. Analyse moderne du déguisement** – Cette analyse a été reprise et complétée par Madame MÉAU-LAUTOUR à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>619</sup>. Selon l'auteur, dont l'analyse est reprise par la doctrine contemporaine<sup>620</sup>, l'objet du déguisement ne peut se réduire au seul mensonge sur la nature onéreuse de l'acte apparent<sup>621</sup>. S'appuyant sur le concept de « cause catégorique » élaboré par Monsieur BOYER<sup>622</sup>, Madame MÉAU-LAUTOUR considère en effet que la donation déguisée opère plus généralement « une simulation sur la cause catégorique de l'acte support qui entraîne sa disqualification »<sup>623</sup>.

Concrètement, la simulation sur la cause catégorique de l'acte support de la donation consisterait à mentir soit sur sa *nature*, soit sur sa *justification*. Le premier cas vise, dit-on, les donations réalisées au moyen d'un acte à titre onéreux à prix fictif – vente, bail, apport à une société, etc. – ; tandis que le second viserait, par exemple, la donation réalisée au moyen d'une transaction portant mention fictive d'un litige préexistant<sup>624</sup>. Un acte de transaction pourrait en

---

<sup>618</sup> G. RIPERT, *cours préc.*, p. 111.

<sup>619</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 203 et s., n° 270 et s.

<sup>620</sup> Résumant et adoptant sa pensée, Monsieur NICOD écrit : [la donation déguisée] consiste, en l'occurrence, à proclamer faussement la présence d'une catégorie, autre que celle de libéralité, qui puisse justifier l'enrichissement du donataire. Concrètement, les parties font croire, à l'aide d'éléments matériels propres à tromper l'observateur, soit que l'appauvrissement du disposant a été compensé par un sacrifice équivalent du gratifié, soit qu'il existe une cause antérieure justifiant l'avantage consenti. Dans les deux cas, elles élaborent une catégorie fictive, différente de celle de la donation entre vifs » (M. NICOD, *thèse préc.*, p. 144, n° 344). Dans le même sens, v. : GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 236, n° 1310 ; F. LUCET, *thèse préc.*, p. 85 et s.

<sup>621</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 251 et s., n° 336 et s.

<sup>622</sup> L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Sirey, 1947, p. 209. Selon l'auteur, la cause catégorique d'un acte est l'élément dont la présence est nécessaire à sa qualification juridique ; ainsi, la chose vendue constituerait la cause catégorique du contrat de vente, autant que l'aléa dans le contrat d'assurance, le rapport d'obligation dans le contrat de cautionnement ou encore l'*affectio societatis* dans le contrat de société.

<sup>623</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 211, n° 282.

<sup>624</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 155 et s., n° 206 et s.

effet renfermer une donation déguisée si les parties créent artificiellement un litige afin de justifier un transfert gratuit de valeurs du patrimoine du donateur vers celui du donataire. En pareil cas, explique-t-on, le déguisement ne consisterait pas à mentir sur la nature de l'acte apparent – car il n'y a pas de contrepartie fictive –, mais résiderait dans la *justification* de l'acte apparent, c'est-à-dire dans la création mensongère du litige. La même analyse est avancée à propos de la donation par voie de reconnaissance de dette fictive. Dans cette hypothèse, on observe que la simulation n'a pas pour objet de cacher la nature onéreuse de l'acte, mais consiste à créer artificiellement un rapport d'obligation entre les parties. Or ce rapport d'obligation constituerait, là encore, la *justification* de l'acte support, c'est-à-dire la cause de la reconnaissance de dette.

Aux termes de l'analyse moderne du déguisement, la qualification de donation déguisée ne pourrait donc être retenue qu'à la condition que l'acte dont elle procède soit, par le mensonge qu'il contient, « affecté dans sa nature juridique ou dans sa catégorie de rattachement »<sup>625</sup>. Autrement dit, la donation déguisée dépendrait de l'existence d'un mensonge sur la cause catégorique de l'acte qui en est l'instrument. En revanche, enseigne-t-on, la donation par personne interposée procéderait nécessairement d'un mensonge sur l'identité du donataire.

#### b) *Un mensonge sur l'identité du donataire*

**176. Donataire réel masqué par la personne interposée** – Il existe très peu d'écrits consacrés à la donation par personne interposée<sup>626</sup>. Ce n'est pas dire, pour autant, qu'aucune définition n'en ait été donnée.

L'interposition de personnes est ordinairement définie comme une simulation servant à cacher la personne même d'une des parties à l'acte, qui en est le véritable bénéficiaire. En ce sens, Madame DEBOISSY écrit : « dans l'interposition de personnes la contre-lettre vise à déplacer les effets de l'acte apparent de la tête du prête-nom sur celle d'un simulateur resté tapi dans l'ombre. La simulation porte ici sur l'identité de l'une des parties à l'opération apparente »<sup>627</sup>. Concrètement, une personne figurerait dans l'acte comme si elle agissait pour son propre compte, alors qu'en réalité elle ne serait que le prête-nom du véritable

---

<sup>625</sup> M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 236, n° 1310.

<sup>626</sup> Pour analyse plus ou moins détaillée de la notion, v. notamment : L. DEMARTIAL, *Étude critique sur l'interposition de personnes*, thèse, Paris, 1912 ; M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 119 et s., n° 125 et s. ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 212, n° 283 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 226 et s., n° 592 et s. ; A. DUBOIS DE LUZY DE PELISSAC, *L'interposition de personnes*, thèse, LGDJ, 2010, p. 306 et s. ; C. VERNIERES, *thèse préc.*, p. 92 et s., n° 90 et s.

<sup>627</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 32, n° 73.

bénéficiaire<sup>628</sup> ; elle jouerait ainsi le « rôle d'ayant cause de "pure forme" du disposant »<sup>629</sup>. La simulation par interposition de personnes comporterait ainsi notamment « un acte apparent qui ne produira pas effet entre les parties, et duquel il semble résulter que la personne, simplement interposée entre les parties, est elle-même intéressée à l'acte »<sup>630</sup>. À partir de cette définition générale de l'interposition de personnes, la doctrine enseigne unanimement que la donation par personne interposée opère un mensonge consistant à masquer aux tiers le donataire réel. Monsieur DAGOT écrit ainsi : « dans une donation par personne interposée, le donataire véritable restera caché aux yeux des tiers, dissimulé derrière le donataire apparent, personne interposée »<sup>631</sup>. On retrouve cette idée sous la plume de Messieurs MALAURIE et BRENNER lorsqu'ils enseignent que dans la donation par interposition de personnes, « le disposant fait à une personne déterminée une libéralité ostensible qui, apparemment, est pure est simple ; mais, de manière [...] clandestine, il est stipulé que le bénéficiaire apparent devra transmettre le bien au bénéficiaire véritable »<sup>632</sup>. Précisément, c'est l'absence de droit de propriété de la personne interposée sur la chose donnée qui serait la marque d'une intervention fictive dans l'opération<sup>633</sup>. Autrement dit, pour qu'il y ait donation par personne interposée, il faudrait nécessairement que « la personne interposée soit un titulaire fictif, apparent, des droits dont s'est dépouillé le disposant »<sup>634</sup>.

---

<sup>628</sup> F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 313 et s., n° 335 et s.

<sup>629</sup> C. VERNIÈRES, *thèse préc.*, p. 94, n° 94, citant lui-même M. PLANIOL, *DP* 1890. II, p. 185.

<sup>630</sup> J. DESBLEUMORTIERS, *thèse préc.*, p. 22, n° 13.

<sup>631</sup> M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 108, n° 116.

<sup>632</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 199, n° 239. Dans le même sens, v. : M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 235, n° 1309, relevant que « l'interposition de personne occulte l'identité de l'une des parties, mais [contrairement au déguisement] laisse apparente la nature, la qualification de l'acte ».

<sup>633</sup> En ce sens, v. notamment : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1957, n° 714 et s. ; G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, thèse, Sirey, 1950, p. 163 et s., n° 122 et s. ; H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse, Paris, 1969, p. 310 et s., n° 177 ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, thèse, Economica, 1981, p. 220, n° 230 ; J.-E. LABBÉ, note sous Cass. civ., 5 juillet 1886 et Cass. req., 6 novembre 1888, *S.* 1890. I, p. 241 ; R. SAVATIER, note sous Paris, 21 juin 1935, *D.* 1936. II, p. 17 ; H. SIMONNET, « Le legs avec charge, catégorique juridique », *Mélanges F. GÉNY*, t. II, Sirey, 1934, p. 132 et s. ; A. DUBOIS DE LUZY DE PELISSAC, *thèse préc.*, p. 52 et s. ; C. VERNIÈRES, *thèse préc.*, p. 103, n° 104. *Comp.* : R. SAVATIER, obs. sous Paris, 8 novembre 1924, *RTD civ.* 1925, p. 162 et s. ; G. RIPERT, *cours préc.*, p. 306 et s. ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1945, p. 117 et s., n° 72 et s. ; A. FRANÇON, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Defrénois* 1954, art. 27291, p. 257, n° 9 ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 197, n° 331, qui évoquent plutôt l'idée de rôle passif de la personne interposée.

<sup>634</sup> C. VERNIÈRES, *thèse préc.*, p. 103, n° 104.

**177. Synthèse** – Par ces développements, nous espérons avoir clarifié les traits de l’acte simulé – acte caractéristique, dit-on, de la donation déguisée et de la donation par personne interposée. Il se définirait ainsi comme un acte ostensible mensonger entrant en contradiction avec un acte secret réel ; en outre, il viserait à tromper les tiers soit sur la cause catégorique de l’acte support de la libéralité (c’est ici l’hypothèse de la donation déguisée), soit sur l’identité du donataire (c’est là l’hypothèse de la donation par personne interposée). Rien de tel, affirme-t-on par opposition, n’est nécessaire pour réaliser une donation indirecte : l’acte muet dont elle procède serait parfaitement sincère.

## **B – La compréhension de l’acte sincère**

**178. Élément matériel de l’acte sincère** – Sur le plan matériel, la donation indirecte ne supposerait jamais la contradiction entre un acte apparent mensonger et un acte caché réel. Tout au contraire, l’acte support de la donation indirecte serait parfaitement sincère en ce sens qu’il « supporte[rait] aisément la gratuité : l’intention libérale [serait] compatible avec la catégorie d’emprunt utilisée ; il n’y [aurait] aucune contradiction entre un élément apparent et un élément réel ; aucune simulation [ne serait] à dénoncer »<sup>635</sup>. Autrement dit, tandis que l’acte support de les donations simulées ne serait qu’une apparence, une fiction, « réduit à l’état d’armature, de structure juridique vidée de sa substance »<sup>636</sup> ; dans la donation indirecte, au contraire, l’acte instrumentaire serait bel et bien réel, « il [serait] sincère et rempli[rai]t effectivement la fonction juridique qui est la sienne. Simplement, son économie [serait] bouleversée par l’intrusion de l’intention bienfaisante »<sup>637</sup>. En ce sens, citons à nouveau RIPERT : « si on essayait, au point de vue théorique, de définir la donation indirecte, on pourrait dire que c’est celle qui résulte d’un acte juridique quelconque, à la condition que cet acte juridique soit un acte réel »<sup>638</sup>.

**179. Élément psychologique de l’acte sincère** – Sur le plan psychologique, la donation indirecte n’impliquerait « aucune volonté de créer une apparence différente de la réalité »<sup>639</sup>.

À la différence de l’auteur d’une donation déguisée, l’auteur d’une donation indirecte rechercherait simultanément les effets de la donation et ceux de la catégorie de l’acte support

---

<sup>635</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 52, n° 138.

<sup>636</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 144, n° 342.

<sup>637</sup> M. NICOD, *thèse préc.*, p. 144, n° 342.

<sup>638</sup> G. RIPERT, *cours préc.*, p. 132.

<sup>639</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 53, n° 143.

emprunté<sup>640</sup>. La doctrine en déduit que la preuve d'une donation indirecte n'entraînerait jamais la disqualification de son acte support, contrairement à la preuve d'une donation déguisée<sup>641</sup>. En outre, à la différence de la donation par personne interposée, la donation indirecte n'entraînerait pas de mensonge sur l'identité du bénéficiaire réel de l'opération<sup>642</sup> ; si elle peut mettre en scène trois protagonistes, ainsi par exemple lorsqu'elle procède d'un *trust* ou d'une assurance sur la vie, elle ne viserait aucunement à mentir sur la personne qui bénéficie réellement de la chose donnée<sup>643</sup>.

Une dernière observation s'impose. La doctrine relève que la donation indirecte peut parfois contenir une intention de tromper les tiers. En ce sens, Madame DEBOISSY relève : « si les parties choisissent la technique de la donation indirecte au lieu de recourir à une donation indirecte [...], ce sera le plus souvent dans une intention de dissimulation à l'égard des tiers et, plus précisément, à l'égard du fisc. L'existence de taux élevés a toujours décuplé les facultés d'adaptation des contribuables... »<sup>644</sup>. Cependant, alors que cette intention de tromper serait un élément nécessaire, essentiel, aux donations simulées, elle ne serait, dit-on, qu'un élément accessoire, accidentel, à la donation indirecte<sup>645</sup>.

**180. Conclusion de la première section** – À suivre les enseignements traditionnels, l'acte juridique muet permettant de véhiculer la donation indirecte doit également être *sincère*, ne présenter *aucun mensonge, aucune simulation*. Le fondement de ce critère – censé marquer l'originalité de la donation indirecte par rapport aux donations simulées (donation déguisée et donation par personne interposée) – réside dans les différences de régimes existant entre ces deux variétés de donation. Et pour cause : le droit civil applique aux donations simulées un régime répressif auquel la donation indirecte n'a jamais été soumise ; quant au droit fiscal, il

---

<sup>640</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 399, n° 535.

<sup>641</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 398 et s., n° 535 et s. ; F. LUCET, *thèse préc.*, p. 96 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 52, n° 138.

<sup>642</sup> C. JUBAULT, *manuel préc.*, p. 553, n° 804, relevant que « la donation indirecte ne doit pas être confondue avec la donation par personne interposée. La donation par personne interposée utilise certes un moyen “indirect” pour parvenir à ses fins. En réalité l'interposition est un mensonge : c'est un mécanisme de simulation [...]. La donation par interposition de personne ne relève donc pas de la catégorie dite des “donations indirectes” ».

<sup>643</sup> *Contra* : R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *art. préc.*, n° 18. Confrontant son critère de redéfinition de la donation indirecte à certaines hypothèses de donations indirectes effectuées par l'intermédiaire d'un tiers (virement, stipulation pour autrui, assurance sur la vie, *trust*), l'auteur écrit ainsi : « ce qui relie [ces donations indirectes] et incite à les traiter ensemble, c'est que toutes peuvent en quelque sorte passer pour des donations effectuées par personnes interposées ».

<sup>644</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 53, n° 141.

<sup>645</sup> F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 53, n° 141.

les distingue, non quant à la nature de leur régime qui tous deux obéissent à une logique punitive, mais sur les modalités et l'étendue de cette punition. Aussi, c'est dans cette perspective comparative qu'a été élaboré le critère de l'acte sincère. Par opposition à l'acte simulé dont procéderaient, dit-on, les deux formes de donation simulée, l'acte sincère serait un acte juridique ne comportant ni de simulation sur sa catégorie de rattachement (onéreuse, par exemple), ni de simulation sur l'identité du bénéficiaire de l'opération. Positivement, l'acte sincère, vecteur de la donation indirecte, serait donc un acte réel et sérieux.

Aussi fondé et finement élaboré soit-il par la doctrine, le critère de l'acte sincère n'a cependant jamais réussi à rendre un compte parfait de la réalité contentieuse de la donation indirecte. Là encore, son application jurisprudentielle est assez fluctuante.

## SECTION 2 – LA FLUCTUATION JURISPRUDENTIELLE

**181. Annonce** – Il est des hypothèses pratiques où le critère de l'acte sincère n'entre pas en ligne de compte dans la caractérisation de la donation indirecte, pas davantage qu'il ne la débarrasse de toute confusion avec les donations simulées. Certaines libéralités sont qualifiées de donations indirectes alors que l'acte dont elles procèdent n'a semble-t-il rien de sincère (§1) ; réciproquement, des actes sincères vecteurs de donations échappent à la qualification de donation indirecte (§2).

### §1 – LES DONATIONS INDIRECTES SANS ACTE SINCERE

**182. Analyse à partir de la renonciation abdicative à succession** – Des décisions, certes peu nombreuses, mais régulières, ont explicitement admis la qualification de donation indirecte à propos de donations résultant d'actes simulés. Le contentieux de la requalification de la renonciation abdicative à succession en fournit un bon exemple<sup>646</sup>.

Qu'est-ce qu'une renonciation ? Le dictionnaire juridique de CORNU en donne la définition suivante : « la renonciation consiste en un acte de disposition par lequel une personne, abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine éteint ce droit ou s'interdit

---

<sup>646</sup> Les raisonnements qui suivent valent, *mutatis mutandis*, pour la renonciation abdicative à un usufruit dans un acte de renonciation régulier, dont il est admis en jurisprudence qu'elle constitue, à supposer l'intention libérale prouvée, une forme particulière de donation indirecte (en ce sens, v. par exemple : Cass. com., 10 avril 2019, n° 17-19.733 ; RFP 2019, n° 6, comm. 8, M. LEROY ; BJS sept. 2019, n° 1201, p. 26, R. MORTIER ; *Deffrénois* 2019, n° 154u6, p. 32, note C. VERNIÈRES).

de faire-valoir un moyen de défense ou d'action »<sup>647</sup>. Par nature, la renonciation est donc un acte purement extinctif : un abandon ou, dit-on encore, l'expression unilatérale d'une volonté abdicative<sup>648</sup>. Faute d'effet translatif, la renonciation abdicative ne peut donc, en principe, recevoir la qualification de donation directe<sup>649</sup>. À l'évidence, en effet, « il y a antinomie entre l'action de faire passer et l'abandon »<sup>650</sup>.

Le droit positif connaît de nombreuses figures de renonciation abdicative, parmi lesquelles la renonciation abdicative à succession (C. civ., art. 786 *in fine*). Au moment de l'ouverture de la succession, l'héritier présomptif dispose d'une option : ou bien il accepte la succession<sup>651</sup>, ou bien il y renonce. Or cette renonciation est, par nature, un acte d'abdication en ce sens qu'elle n'est pas faite au profit d'un cohéritier ou d'un tiers<sup>652</sup>. Autrement dit, celui qui renonce à une succession n'a pas, par principe, la volonté d'en transmettre le bénéfice ; tout au contraire, il s'en désintéresse. Pour autant, la jurisprudence considère qu'une renonciation abdicative à succession réalisée en vue de gratifier celui ou ceux qui en bénéficierai(en)t, quoique ne contenant pas de désignation particulière, doit être requalifiée en donation, spécifiquement en donation *indirecte*. Un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation le 7 décembre 2016 l'a encore reconnu<sup>653</sup>.

**183. Illustration : décision du 7 décembre 2016** – En l'espèce, un homme était décédé sans descendant, en l'état d'un testament instituant légataires deux de ses sœurs avec lesquelles lui et leur mère avaient créé une exploitation viticole. Cette dernière a renoncé unilatéralement

---

<sup>647</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>ème</sup> éd., PUF, 2022, v<sup>o</sup> renonciation, p. 897.

<sup>648</sup> F. DREIFFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse Paris I, 1985, p. 29, n<sup>o</sup> 12 ; C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 265, n<sup>o</sup> 339 ; V. COSSIC, « Abandon et donation », *Revue juridique de l'Ouest*, 2009-4, p. 463, relevant que « renoncer vient du latin *renunciare*. Or renoncer veut dire justement abandonner ».

<sup>649</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. req., 16 mars 1870, *DP* 1879. I, p. 329.

<sup>650</sup> V. COSSIC, « Abandon et donation », *Revue juridique de l'Ouest*, 2009-4, p. 459 et s., poursuivant « l'abandon ne peut se définir que comme l'extinction d'une prérogative par la volonté de son titulaire ».

<sup>651</sup> Soit purement et simplement, soit à concurrence de l'actif net.

<sup>652</sup> Cette hypothèse est concevable (C. civ., art. 783, 1<sup>o</sup>). Mais en ce cas il s'agit d'une renonciation translatrice et non abdicative (en ce sens, v. par exemple : Cass. civ., 18 juin 1846, *DP* 1846. I, p. 331 ; Cass. civ., 9 décembre 1874, *DP* 1875. I, p. 132 ; Cass. req., 15 février 1882, *DP* 1882. I, p. 413 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1953, Bull. n<sup>o</sup> 5 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 1973, *D.* 1973, p. 738 ; *RTD civ.* 1974, p. 438, obs. R. SAVATIER).

<sup>653</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n<sup>o</sup> 15-28.154, *AJ fam.* 2017, p. 149, obs. N. LEVILLAIN ; *Rev. soc.* 2017, p. 42, note H. HOVASSE ; *RJPF* 2017, p. 45, note F. SAUVAGE. Dans le même sens, v. encore : Cass. req., 15 novembre 1858, *DP* 1858. I, p. 433 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1959, Bull. n<sup>o</sup> 554 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, *D.* 1962, p. 657, note J. BOULANGER ; *JCP G.* 1963. I, p. 12973, note P. VOIRIN ; *RTD civ.* 1961, p. 715, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 1974, Bull. n<sup>o</sup> 162.

à la succession de son fils par acte abdicatif<sup>654</sup> avant de décéder à son tour deux ans plus tard. Considérant que cette renonciation constituait une donation indirecte au profit des deux sœurs associées de l'exploitation viticole, le reste de la fratrie non associée les avait assignées aux fins d'en voir ordonner le rapport à la succession de leur mère. Cette demande fut accueillie par la cour d'appel qui décida que les bénéficiaires légaux de la renonciation, c'est-à-dire les deux sœurs associées, devaient rapporter à la succession de leur mère les droits auxquels celle-ci avait renoncé sur la succession de son fils (et de leur frère), soit une réserve du quart de cette succession. Cet arrêt triompha du pourvoi formé contre lui, puisque la Cour de cassation jugea au terme d'un chapeau tenant lieu de principe que « la renonciation à succession faite en vue d'augmenter la part des cohéritiers constitue une donation indirecte si elle procède d'une intention libérale ». Sur ce dernier point, la Cour considère que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, après avoir relevé que [la renonçante], qui vivait avec [les deux sœurs bénéficiaires de la renonciation] et leur frère, avait systématiquement favorisé ces trois enfants pour leur céder l'exclusivité de l'exploitation viticole familiale, qu'elle avait déjà consulté un notaire lors de la rédaction de son testament et que la renonciation à ses droits sur la succession de son fils, qui était la seule solution techniquement habile et juridiquement sûre pour éviter de faire entrer dans la gestion de l'exploitation les deux enfants précédemment écartés, a estimé que cette renonciation avait été faite dans l'intention de gratifier [ses bénéficiaires légaux] ».

En droit positif, une renonciation abdicative à succession se voit donc reconnaître la qualification de donation indirecte lorsqu'elle en réunit les deux éléments objectif et subjectif : le déséquilibre économique, d'une part, et l'intention libérale, d'autre part<sup>655</sup>. Pourtant, si l'on suit les enseignements de la doctrine, l'opération devrait logiquement intégrer la catégorie des donations déguisées, et non celle des donations indirectes.

**184. Négation de l'existence d'un mensonge sur la cause catégorique de l'acte** – On l'a vu, la simulation caractéristique de la donation déguisée consiste en un mensonge soit sur la nature, soit sur la justification de l'acte qui la porte. Or dans l'hypothèse qui nous retient, les

---

<sup>654</sup> C'est-à-dire par acte adressé au greffe du tribunal dans le ressort duquel la succession de son fils s'était ouverte.

<sup>655</sup> S'agissant de l'élément objectif, c'est-à-dire le transfert actuel de la chose, on a vu précédemment qu'il était considéré comme acquis dès lors que la volonté du renonçant avait pour effet positif de libérer le mécanisme légal d'enrichissement.

parties, spécialement le renonçant, n'avaient-elles justement pas l'intention de tromper les tiers sur la *nature* de l'acte apparent ?

Une réponse positive s'impose. Car l'acte apparent servant de support à la libéralité se rattache aux actes abdicatifs alors qu'en réalité l'opération est voulue translatrice : la déclaration unilatérale de renonciation, acte-support apparent de la libéralité, entre ainsi en contradiction avec l'acte de donation (translatif) tenu secret par les parties. Ainsi, comme dans le cas d'une donation par vente à prix fictif, qui entraîne un déguisement sur la nature onéreuse de l'acte apparent, la renonciation abdicative à succession réalisée *animo donandi* comporte un mensonge sur la nature abdicative de l'acte apparent<sup>656</sup>. Si l'on retenait l'analyse ordinaire de la donation déguisée, et par miroir, celle de la donation indirecte, c'est donc bien sous la première qualification, et non sous la seconde, que la donation par voie de renonciation abdicative à succession devrait être admise. En pratique, le critère de l'acte sincère n'est donc pas toujours déterminant de la qualification de donation indirecte. Il ne semble pas davantage lui être exclusif puisque la jurisprudence, aujourd'hui comme hier, requalifie en donations déguisées certaines libéralités procédant d'un acte sincère.

## §2 – LES ACTES SINCERES SANS DONATION INDIRECTE

**185. Gonflement de la notion de simulation** – Il existe des hypothèses dans lesquelles la qualification de donation indirecte devrait s'imposer eu égard à l'existence d'un acte-support sincère, mais où les juges décident de recourir à la qualification de donation déguisée. Ce choix de qualification emprunte deux méthodes distinctes mais destinées, toutes deux, à convaincre de la présence d'une simulation : la première, discrète, qui consiste à nier l'existence d'un élément contraire à la notion de simulation ; la seconde, plus audacieuse parce que nécessitant en principe un effort de motivation<sup>657</sup>, qui consiste à faire naître un élément décisif, du moins décrété comme tel, de la notion de simulation.

La disqualification de certaines donations indirectes en donations simulées se traduit ainsi tantôt par la négation d'un élément factuel incompatible avec l'existence de la donation simulée (A), tantôt par la création d'un élément factuel qui en serait déterminant (B).

---

<sup>656</sup> En ce sens, v. : R. SAVATIER, *RTD civ.* 1961, p. 715 ; J. BOULANGER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, n° 57-11.873, Bull. n° 268 ; *D.* 1962, p. 657, n° XI et s. ; P. VOIRIN, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, n° 57-11.873, Bull. n° 268, *JCP G.* 1963. I, p. 12973 ; F. SAUVAGE, « Fausse renonciation à succession, vraie donation ? », *RFPF* 2017-3/41, p. 45 ; V. COSSIC, « Abandon et donation », *Revue juridique de l'Ouest*, 2009-4, p. 459 et s. *Contra*, v. notamment : M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 39, n° 42 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 406, n° 542.

<sup>657</sup> En ce sens, v. : S. ASECIO, *La disqualification en droit privé interne*, thèse, Bordeaux, 1999, p. 196.

## **A – La négation d’un élément incompatible avec la donation simulée**

**186. Annonce** – Les donations simulées, on l’a dit, impliquent l’existence d’un mensonge, soit sur la catégorie de rattachement de l’acte qui la porte (c’est ici l’hypothèse de la donation déguisée), soit sur l’identité de son réel bénéficiaire (c’est là l’hypothèse de la donation par personne interposée). La qualification de la première, la donation déguisée, s’oppose à ce qu’un élément factuel accrédite la réalité de l’acte qui la porte, tandis que la qualification de la seconde, la donation par personne interposée, est incompatible avec l’attribution d’un droit de propriété au prête-nom.

Pour parvenir à la requalification de ce qui devrait être une donation indirecte en donation déguisée ou en donation par personne interposée, il suffit alors de nier l’existence de l’une (1) ou l’autre de ces circonstances (2), comme le fait parfois la Cour de cassation.

### *1 – La négation d’un élément incompatible avec la donation déguisée*

**187. Cas particulier de la vente à prix modique *et alii*** – En droit positif, la donation réalisée au moyen d’une vente à prix modique, c’est-à-dire à un prix inférieur à la valeur de marché<sup>658</sup>, reçoit parfois la qualification de donation déguisée.

En pratique, les parties à une vente étant libres de fixer le montant de la contrepartie, il ne leur est pas interdit de stipuler un prix plus bas que celui du marché. Concrètement, ou bien les parties font figurer ce prix modique dans l’acte, ou bien elles mentionnent un prix en adéquation avec la valeur du bien vendu tout en décidant, dans l’ombre, qu’une seule fraction en sera acquittée. Or en pareille hypothèse, la jurisprudence a pu considérer qu’il y avait, non pas donation indirecte, mais donation déguisée<sup>659</sup>.

---

<sup>658</sup> C. civ., art. 1108 *in fine*. Le prix modique doit être distingué du prix vil et du prix dérisoire, qui équivalent tous les deux à un défaut de prix. Sous ce rapport, la donation réalisée au moyen d’une vente à vil prix ou à prix dérisoire devrait recevoir, non la qualification de donation déguisée, mais celle de donation ostensible nulle comme contraire à l’article 931 du Code civil, dès lors que la gratuité est ostensiblement révélée. Cependant, la jurisprudence retient très souvent la qualification de donation déguisée (en ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 mai 1979, *JCP G.* 1979. IV, p. 246).

<sup>659</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 12 octobre 1964, Bull. n° 438, *Defrénois* 1966, art. 28796 ; *RTD civ.* 1965, p. 386, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 février 1970, *D.* 1970, p. 285, *RTD civ.* 1970, p. 389, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1975, n° 73-14.076, Bull. n° 288 ; CA Nîmes, 28 juin 1976, *GP* 1978, I, p. 38 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1984, *Defrénois* 1985, art. 33472, p. 226 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1993, n° 91-11.648, Bull. n° 164 ; *JCP G.* 1993. IV, p. 2718 ; CA Bordeaux, 30 octobre 2008, n° 06/03643 ; CA Lyon, 25 novembre 1999, JD n° 99-103270 ; Cass. req., 25 janvier 1899, *DP.* 1899. 1, p. 542 ; Cass. req., 26 mai 1903, *DP.* 1905. 1, p. 172 ; Cass. req., 5 janvier 1909, *DP.* 1911. I, p. 460 ; Cass. com., 18 octobre 1988, *Dr. fisc.* 1989, p. 9865 ; CA Pau, 20 mars 2018, n° 16/00571.

En voici trois manifestations en droit civil, plus ou moins récentes. Par un arrêt rendu le 26 janvier 1880, la cour d'appel de Caen a jugé qu'un bail à nourriture conclu moyennant un prix inférieur à la valeur réelle de l'immeuble présentait un avantage pour le preneur constitutif d'une donation déguisée<sup>660</sup>. De même, par un arrêt rendu le 12 octobre 1964, la première chambre civile de la Cour de cassation, se retranchant derrière la souveraineté des juges du fond, entérine un arrêt d'appel ayant reconnu l'existence d'une donation déguisée dans une aliénation faite par un conjoint remarié au bénéfice de neveux de sa seconde épouse, en contrepartie d'une faible rente viagère<sup>661</sup>. Enfin, plus récemment, le 11 juillet 2019, la même chambre de la Cour de cassation a admis que devait être prise en considération pour le calcul de la réserve héréditaire du défunt une donation déguisée constituée par une vente que ce dernier avait consentie pour 205 000 euros, alors que la valeur réelle du bien immobilier avait été estimée à 336 000 euros<sup>662</sup>. Sa décision contient un chapeau intérieur qui, sur ce point, mérite toute notre attention : « le rapport d'une donation déguisée sous couvert d'une vente à moindre prix n'est dû que pour l'avantage ainsi conféré, correspondant à la différence entre la valeur du bien donné et le prix payé ». Sur le terrain civil, l'acte onéreux à prix modique peut donc recevoir la qualification de donation déguisée.

**188. Solution reprise par le juge de l'impôt** – Cette solution se retrouve également en droit fiscal des libéralités. On rappellera à cet égard que, face à un acte onéreux dont le prix est inférieur à la valeur réelle du bien cédé, l'Administration fiscale, conformément à l'article 17 du Livre des procédures fiscales, peut procéder à un rehaussement du prix de la vente et recouvrer le montant de l'impôt de mutation à titre onéreux qu'elle était en droit d'espérer<sup>663</sup>. À cet égard, la valeur vénale se substituant au prix insuffisant est celle qui, d'après l'Administration, s'entend du prix normal et sincère que le vendeur aurait pu obtenir le jour de la vente<sup>664</sup>. Ce n'est pas tout. L'Administration fiscale est également en droit d'établir une

---

<sup>660</sup> Caen, 26 janvier 1880, *S.* 1880. II, p. 105 ; *DP* 1882. II, p. 49, cassé pour un autre motif par Cass. civ., 19 décembre 1882, *S.* 1883. I, p. 260, *DP* 1883. I, p. 343.

<sup>661</sup> Cass. civ. 12 octobre 1964, Bull. n° 438, *Defrénois* 1966, art. 28796 ; *RTD civ.* 1965, p. 386, obs. R. SAVATIER.

<sup>662</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2019, n° 18-19.415 ; *Dr. fam.* 2019, n° 10, p. 31, note M. NICOD ; *RTD civ.* 2019, note M. GRIMALDI.

<sup>663</sup> Le rehaussement du prix doit être opéré suivant la procédure de redressement contradictoire prévue à l'article L. 55 du Livre des procédures fiscales. Sur celle-ci, v. *supra* n° 164.

<sup>664</sup> BODGI 7 C-5-86 : « Il convient, pour appréhender cette valeur [valeur vénale réelle d'un bien immobilier] de se placer du point de vue d'un acheteur quelconque et non d'une personne déterminée. Autrement dit, seuls sont à prendre en compte pour l'estimation du bien les éléments réels d'appréciation, abstraction faite de circonstances propres à la situation personnelle des parties ».

taxation plus complète de l'acte en démontrant que cette insuffisance résulte d'une intention libérale du vendeur. Or à ce titre, un certain nombre d'arrêts de cours d'appel ont reconnu à l'Administration le droit de recouvrer l'impôt par la voie de la procédure de répression des abus de droit, spécialement des donations déguisées<sup>665</sup>. Ainsi, par exemple, la cour d'appel de Montpellier a décidé, aux termes d'un arrêt rendu le 5 mars 2015, que le preneur d'un bail à nourriture n'ayant exécuté qu'une partie des obligations de soins mises à sa charge devait être regardé comme donataire d'une donation déguisée. Parce qu'il avait privilégié les visites régulières et diverses attentions envers le bailleur et avait délaissé le paiement de dépenses courantes de ce dernier, le preneur s'est ainsi vu condamné au paiement de l'impôt sur les donations, outre les pénalités et majorations propres à la donation déguisée<sup>666</sup>.

En droit positif, civil ou fiscal, la jurisprudence est donc disposée à reconnaître que, lorsqu'une opération est réalisée en dessous de sa contrepartie normale ou prévue dans une intention libérale, il y a donation déguisée. Cette qualification ne semble cependant possible qu'au prix de la négation d'un élément factuel antinomique à l'acte simulé : l'existence d'une contrepartie réelle.

**189. Négation de l'existence d'une contrepartie réelle** – Pour s'en convaincre, comparons la situation envisagée avec l'hypothèse de la donation sous forme d'une vente à prix fictif. La vente consistant dans le transfert de propriété d'une chose contre versement d'un prix, il est certain que lorsque le prix stipulé est fictif – et que cette fictivité est motivée par une intention libérale –, l'opération doit, si l'on s'en tient à la notion de déguisement, recevoir la qualification de donation déguisée. En pareil cas, il existe bien un mensonge sur la nature onéreuse de l'acte apparent car le prix fictif imprime à l'acte un caractère onéreux dont il est en réalité dépourvu. La même conclusion s'impose à propos de la rente viagère et du bail à nourriture dépourvus de contrepartie<sup>667</sup>. Faute de contrepartie (en l'occurrence, d'arrérages ou

---

<sup>665</sup> CA Pau, 20 mars 2018, n° 16/00571 (bail à nourriture partiellement exécuté) ; ; CA Bordeaux, 30 octobre 2008, n° 06/03643 (vente avec bouquet et rente viagère partiellement exécutée) ; CA Lyon, 25 novembre 1999, JD n° 99-103270 (vente avec prix et rente viagère minorés) ; CCRAD, *Rapport Annuel* 2006, avis n° 1006-17 ; Cass. req., 25 janvier 1899, *DP.* 1899. 1, p. 542 (rente viagère à prix minoré) ; Cass. req., 26 mai 1903, *DP.* 1905. 1, p. 172 (rente viagère à prix minoré) ; Cass. req., 5 janvier 1909, *DP.* 1911. 1, p. 460 (rente viagère à prix minoré) ; Cass. com., 18 octobre 1988, *Dr. fisc.* 1989. E. 9865. En dépit d'une doctrine fiscale en sens contraire : A. CHAPPERT, « Le traitement fiscal des donations atypiques », *Deffrénois* 1988, art. 34273, n° 4.

<sup>666</sup> CA Montpellier, 5 mars 2015, n° 12/03622. Dans le même sens, v. : CCRAD, *Rapport Annuel* 2016, avis n° 2015-20 (vente contre bouquet et clause de soin partiellement exécuté) ; TGI Châlons-sur-Marne, 22 juin 1977, *Rev. enr. et imp.* 1981, art. 154691-1, p. 233.

<sup>667</sup> Si là encore, bien sûr, l'absence de contrepartie soit motivée par l'existence d'une intention libérale.

de services), l'acte est onéreux seulement en apparence ; en réalité, il sert de trompe-l'œil pour déguiser une donation. Là aussi, il y a donc bien simulation, spécialement déguisement, au sens entendu par la doctrine. La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais louvoyé sur la qualification de telles opérations : si l'absence de contrepartie est motivée par une intention libérale, l'acte doit nécessairement, pour la Cour de cassation, intégrer la catégorie des donations déguisées<sup>668</sup>. La solution est conforme aux enseignements traditionnels : simulant l'existence d'une contrepartie réelle, les parties créent bien un mensonge sur la nature de l'acte, et donc un déguisement.

Néanmoins, rien de tel dans chacune des hypothèses ci-dessus décrites : la vente, le bail à nourriture ou la clause viagère a donné naissance à deux obligations – obligation de transférer la propriété ou de rémunérer, obligation de payer le prix ou d'exécuter les prestations – lesquelles sont *réelles* et ont toutes été véritablement exécutées<sup>669</sup>. Aussi bien, s'agissant du cas de la vente, SAVATIER exprime-t-il que celle-ci « *existe* ; le prix stipulé correspond exactement à l'intention des parties ; il n'y a donc pas de simulation, donc pas de donation déguisée »<sup>670</sup>. En ce sens, Monsieur GRIMALDI écrit également : « dès lors que le prix convenu, quel qu'en soit le montant, a été payé, le bien a, dans cette mesure, été acquis à titre onéreux ; il ne l'a été à titre gratuit que pour la différence entre ce prix et la valeur du bien au jour de la vente. Dit autrement, l'opération est mixte : elle est une vente à concurrence de la quote-part de la valeur avérée que représente le prix payé, elle est une donation pour le surplus »<sup>671</sup>. En réalité, l'acte de vente servant de support à la donation étant parfaitement sincère, seule la qualification de donation indirecte devrait s'imposer. En effet, puisque la modicité de la contrepartie traduit une intention libérale, l'opération réalise certainement une donation au profit de l'acquéreur, mais une donation qui ne suppose aucun mensonge sur la cause catégorique de l'acte. La qualification de donation déguisée ne pourrait se justifier que si le prix modique stipulé par les parties était lui-même fictif, c'est-à-dire qu'il n'était jamais

---

<sup>668</sup> En ce sens pour le bail à nourriture, v. par exemple : Cass. com., 6 janvier 2015, n° 13-25.049.

<sup>669</sup> En ce sens, v. notamment : A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 130 et p. 184 et s. ; R. SAVATIER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup> juillet 1959, *D.* 1960, p. 185 et note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 octobre 1964, *RTD civ.* 1965, p. 386 ; J.-F. MONTREDON, *thèse préc.*, n° 205 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 506, n° 563 et p. 516, n° 577 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 111, n° 147.

<sup>670</sup> R. SAVATIER, note Cass. civ. 12 octobre 1964, *préc.*, *RTD civ.* 1965, p. 386.

<sup>671</sup> M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2019, n° 18-19.415, *RTD civ.* 2019, p. 634. Déjà en ce sens, v. M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 253, n° 1332 : « Y voir, comme parfois, l'instrument d'une donation déguisée, c'est méconnaître qu'il n'est point mensonger : dès lors que les prestations doivent bien être exécutées, [...] l'acte, pour être déséquilibré, n'en est pas moins sincère ».

acquitté par l'acquéreur<sup>672</sup>. Au contraire, si le prix est payé, sa modicité ne prive pas l'acte de vente de sa forme onéreuse et ne met pas en jeu son existence.

Ainsi, pour écarter la qualification de donation indirecte normalement applicable, la jurisprudence nie l'existence d'une contrepartie réelle, ce qui opère irrémédiablement disqualification de l'opération à prix modique en acte à prix fictif, et donc de l'opération toute entière en donation déguisée. Poursuivant la même logique consistant à forcer la qualification de donation simulée, spécialement celle de donation par personne interposée, la Cour de cassation nie parfois l'existence du droit de propriété attribué à cette dernière sur la chose donnée.

## *2 – La négation d'un élément incompatible avec la donation par personne interposée*

**190. Cas particulier de la donation par interposition d'une société** – À cet égard, deux arrêts rendus respectivement le 24 janvier 2018 et le 11 mai 2021 méritent notre attention<sup>673</sup>. Pour en comprendre les termes, il importe d'examiner séparément les circonstances de chacune de ces affaires en commençant par la plus ancienne dont les motifs ont ensuite été confirmés par ceux de l'arrêt plus récent.

Dans la première espèce, un homme était décédé en laissant pour lui succéder son épouse et ses deux enfants issus de précédentes unions. Sa vie durant, le défunt avait exercé une activité de traitement chimique et de débroussaillement mécanique. Cinq ans après la création par son fils de sa propre société et de son propre fonds de commerce, son père a décidé de lui louer son fonds. Ce contrat a par la suite été résilié sans que le fonds de commerce ne soit restitué. Néanmoins, au décès du père, le second enfant et la veuve ont demandé qu'il soit tenu compte,

---

<sup>672</sup> Pour une illustration de cette forme de donation déguisée, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 2015, n° 13-27.701 : « attendu qu'après avoir constaté que, non seulement la vente [d'un chalutier] avait été consentie à un prix modique, mais également que [l'acquéreur] ne justifiait pas du paiement effectif à son père, [que ce dernier] était animé d'une intention libérale à l'égard du fils avec lequel il avait travaillé jusqu'en 1982 et dont il souhaitait maintenir l'emploi, la cour d'appel en a souverainement déduit, sans inverser la charge de la preuve, que la cession du navire constituait une donation déguisée ».

<sup>673</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, n° 17-13.017 et n° 17-13.400, Bull. n° 10 ; *Dr. fam.*, n° 4, avril 2018, obs. M. NICOD ; *RJPF*, 1<sup>er</sup> avril 2018, obs. G. DROUOT ; *GP*, 27 mars 2018, p. 66, obs. S. LEROND ; *GP*, 26 juin 2018, p. 63, obs. K. RODRIGUEZ ; *JCP N* 2018, 1125, note V. ZALEWSKI-SICARD ; *LPA* 2018, n° 134, p. 11, note P.-L. NIEL ; *BMIS*, 1<sup>er</sup> avril 2018, n° 4, p. 191, obs. A. REYGROBELLET ; *Deffrénois*, 15 février 2018, n° 7, p. 5 ; *RJDA*, 1<sup>er</sup> avril 2018, p. 367 ; *Actualité*, 6 février 2018, obs. Q. GUICHET-SCHIELE ; *AJ fam.* 2018, p. 188, obs. N. LEVILLAIN ; *D.* 2018. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; CA Versailles, 11 mai 2021, n° 19/07956. *Comp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juillet 2021, n° 19-23.580, *Dr. fam.* 2021, comm. 145, note A. TANI.

au titre du rapport des libéralités, de l'avantage résultant pour le premier fils de l'incorporation du fonds de commerce du père dans sa société. La cour d'appel a fait droit à leur demande. Le fils avantagé a alors formé un pourvoi, soutenant notamment que l'héritier ne doit le rapport à la succession que des libéralités qui lui ont été personnellement consenties par le *de cujus*. Précisément, il a reproché à la cour d'appel d'avoir méconnu les dispositions des articles 843 et 857 du Code civil en l'obligeant à rapporter à la succession la valeur du fonds de commerce que son père avait donné en location-gérance, non à lui, mais à sa société. À titre subsidiaire, il a prétendu qu'à supposer qu'il soit effectivement tenu d'un rapport, celui-ci devait correspondre à la plus-value que la donation avait procuré aux titres de capital qu'il détenait dans la société, et non, comme les juges du fond l'avaient décidé, à la valeur totale du fonds. La Cour de cassation, par arrêt du 24 janvier 2018 est venue rejeter le premier moyen du pourvoi ; après avoir affirmé, par un chapeau intérieur et aux visas des articles précités du Code civil, que « *l'interposition d'une société ne fait pas obstacle au rapport à la succession d'une donation* », elle a fait sienne l'analyse de la cour d'appel : c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain, nous dit-elle, que la cour d'appel a déduit de la circonstance selon laquelle le fils du défunt ne rapportait pas la preuve de la restitution du fonds, lequel avait été incorporé à celui exploité par sa société, *personne interposée* à lui, que celui-ci était tenu de rapporter à la succession la donation indirecte dont il avait ainsi bénéficié de son père. Néanmoins, à l'égard du second moyen de pourvoi, la Haute Juridiction casse la décision d'appel s'agissant du montant du rapport de la donation : « en cas de donation faite par le défunt à l'héritier *par interposition d'une société* dont ce dernier est associé, le rapport est dû à la succession en proportion du capital qu'il détient ». Immanquablement, les motifs de cette décision, qui évoquent à plusieurs reprises « *l'interposition d'une société* », laissent penser que, pour la Cour, la donation litigieuse constitue une donation à personne morale interposée, et donc une donation simulée<sup>674</sup>.

Cette lecture est corroborée par les termes de l'arrêt du 11 mai 2021 précité. Dans cette affaire, des parents avaient acquitté quatre dettes bancaires d'une société tierce dont les parts étaient détenues, pour la moitié, par leur fils. En outre, ils avaient effectué un virement au profit d'une autre société dont, là encore, leur fils détenait 50 % des parts. Estimant que ces opérations réalisaient une donation au profit de son frère, sa sœur en avait sollicité le rapport à la succession de leur père. La cour d'appel de Versailles a fait droit à sa demande : « il résulte de articles [843 et 851, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil] que les donations étant présumées rapportables qu'elles soient directes ou indirectes, *l'interposition d'une société ne fait pas obstacle au rapport à la*

---

<sup>674</sup> M. NICOD, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, *préc.*, *Dr. fam.*, n° 4, avril 2018.

succession »<sup>675</sup>. Les juges du fond ont ainsi condamné le fils du défunt à rapporter cette donation pour un montant correspondant à la valeur totale des dettes acquittées au profit de la première société et du virement effectué au profit de la seconde. Curieuse affirmation, là encore, que celle selon laquelle la donation indirecte par l'interposition d'une société est rapportable. En outre, le choix des mots, spécialement celui d' « interposition », utilisés pour caractériser la donation accrédite l'idée que celle-ci est perçue, non pas tant (ou pas seulement) comme une donation indirecte, mais comme une donation à personne morale interposée, c'est-à-dire comme une donation simulée. Au regard des enseignements précités, une telle qualification est pour le moins contestable.

**191. Négation du droit de propriété de la société sur la chose donnée** – Une précision s'impose. Le propos n'est pas ici de contester la possibilité de réaliser une donation par interposition d'une société. À l'évidence, la donation par interposition de personnes peut tout aussi bien concerner les personnes physiques que morales<sup>676</sup>. Une société peut donc venir cacher le véritable bénéficiaire d'une donation. Cependant, si l'on s'en tient à l'analyse classique de la donation par personne interposée, cette société doit intervenir *fictivement* à l'acte, elle doit ainsi être dépourvue de toute prérogative de propriétaire sur le bien donné. Autrement dit, la société doit intervenir, non pour réaliser son propre intérêt, mais pour réaliser l'intérêt personnel du donataire réel<sup>677</sup>. Or au sein des espèces examinées, les sociétés sont toutes deux propriétaires des biens donnés. Elles conservent l'objet des donations<sup>678</sup>, sur lequel elles peuvent exercer tous les pouvoirs qu'elles détiennent en tant que propriétaires. Dans ces affaires, elles ne sont donc pas, au sens où la doctrine l'entend, des personnes interposées car leur objet social n'est pas détourné de leur finalité et utilisé pour satisfaire les intérêts individuels des donataires. Cela est d'autant plus incontestable que ces derniers ne sont, dans aucune de ces affaires, les uniques associés des sociétés dites « interposées ».

En réalité, ces sociétés constituent de simples intermédiaires, une technique particulière de réalisation de la donation indirecte qui, à chaque fois, trouve son origine dans un acte juridique parfaitement sincère : pour le premier cas, la donation se réalise grâce à la renonciation du propriétaire à réclamer la restitution du fonds à l'expiration du contrat de location-gérance ;

---

<sup>675</sup> CA Versailles, 11 mai 2021, n° 19/07956.

<sup>676</sup> B. VIAL PEDROLETTI, *L'interposition des personnes dans les sociétés commerciales*, thèse, Aix-Marseille, 1986, p. 87 et s. ; A. DUBOIS DE LUZY DE PELISSAC, *thèse préc.*, p. 55 et s., n° 82 et s.

<sup>677</sup> A. DUBOIS DE LUZY DE PELISSAC, *thèse préc.*, p. 55, n° 84.

<sup>678</sup> G. DROUOT, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, *préc.*, *RJPF*, 1<sup>er</sup> avril 2018.

pour le second, grâce au paiement des dettes et au virement de sommes d'argent sans remboursement. En outre, comme le relève à juste raison Monsieur DROUOT, la méthode de calcul retenue par la Cour de cassation confirme l'idée que la société n'est pas une personne interposée entre le donateur et le donataire : « en effet, elle prend en compte cette propriété et en déduit que l'avantage dont a ainsi bénéficié la société correspond à une donation au profit des associés de celle-ci. Le rapport est dû de la valeur du fonds de commerce, donc de l'objet de la donation, mais à proportion seulement du capital détenu par l'héritier associé »<sup>679</sup>. Ce faisant, la Cour de cassation reconnaît que la société demeure propriétaire du fonds litigieux, ce qui est contradictoire avec la qualification de donation à personne (morale) interposée qu'elle retient.

Pareilles décisions montrent que les juges n'hésitent pas, au stade de la qualification d'une donation réalisée par le truchement d'une société, à nier l'existence de sa propriété sur le bien donné, dans le seul but de la considérer comme une personne interposée entre les donateurs et les associés donataires. Il y a donc, une fois de plus, disqualification par négation d'un élément de fait incompatible avec la qualification de donation simulée. Cette méthode n'est, du reste, pas la seule qui permette aux juges de substituer la qualification de donation simulée à celle de donation indirecte. En effet, c'est aussi en ajoutant à la situation juridique un élément prétendument déterminant de la notion de donation simulée qu'ils parviennent parfois à la faire échapper à la qualification de donation indirecte normalement applicable.

## **B – L'ajout d'un élément prétendument déterminant de la donation simulée**

**192. Contentieux de la requalification de l'achat pour autrui** – Il existe des actes qui, en doctrine, reçoivent la qualification de donation indirecte mais que la jurisprudence requalifie en donation déguisée. Pour passer de l'une à l'autre catégorie, les juges s'emploient à ajouter à l'opération litigieuse un élément décisif, du moins décrété comme tel, de la qualification de donation déguisée. Cette méthode s'illustre tout particulièrement au sein du contentieux de la requalification de l'achat pour autrui entre époux<sup>680</sup>.

---

<sup>679</sup> *Ibid.*

<sup>680</sup> V. également le contentieux de la requalification de la libération d'un apport en société fait par une personne au moyen de deniers fournis par une autre, qui donne parfois lieu à la qualification de donation déguisée grâce à la technique de l'indivisibilité (Paris, 9 mars 1859, *D.* 1850. II, p. 12, sur pourvoi : Cass. req., 7 février 1860, *D.* 1860. I, p. 115). Sur le sujet, v. notamment : A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 179 et s. ; F. LUCET, *thèse préc.*, p. 136 et s.

Comme il a été dit<sup>681</sup>, l'achat pour autrui est l'opération par laquelle un bien est acquis par une personne mais payé grâce à des deniers fournis par une autre personne. En pratique, deux techniques au moins permettent d'aboutir à ce résultat : ou bien le *solvens* livre directement le prix de la vente au vendeur ; ou bien il rembourse le prêt contracté par l'acquéreur en vue du financement de l'acquisition. Cette opération peut servir à réaliser une donation : c'est le cas toutes les fois où le paiement sous-tend une intention libérale envers l'acquéreur. Dans cette hypothèse, selon ce qui semble être l'opinion de la majorité des auteurs<sup>682</sup>, la donation qui naîtra sera toujours une donation *indirecte*, et non une donation *déguisée*, faute d'une quelconque simulation sur la cause catégorique de l'acte juridique qui la porte, à savoir l'achat pour autrui ou, plus exactement, le *paiement* pour autrui.

Pourtant, la jurisprudence ne l'entend pas toujours ainsi<sup>683</sup>. En effet, face à un achat pour autrui réalisé *animo donandi*, il n'est pas rare que les juges retiennent la qualification de donation déguisée en raison, dit-on, d'une indivisibilité entre les opérations de vente et de donation. A bien y regarder toutefois, cette indivisibilité, qui du reste n'explique pas la simulation, paraît purement artificielle. Pour le montrer (2), il faut d'abord examiner les hypothèses dans lesquelles les tribunaux font appel à la notion d'indivisibilité pour forcer la qualification de donation déguisée (1).

### *1 – L'examen descriptif de l'argument tiré de l'indivisibilité*

**193. Annonce** – L'indivisibilité, que certains auteurs préfèrent nommer « contraction »<sup>684</sup>, est ordinairement définie comme l'état de ce qui ne peut être divisé soit intellectuellement, soit matériellement sous un rapport envisagé<sup>685</sup>. L'indivisibilité est dite intellectuelle, subjective ou

---

<sup>681</sup> V. *supra* n° 17.

<sup>682</sup> En ce sens, v. par exemple : J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité », *RTD civ.* 1950, p. 1 ; J. CARBONNIER, note sous Bordeaux, 9 juillet 1942, *JCP* 1943. II, p. 2112 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 152, n° 412 (sauf, selon l'auteur, lorsque l'achat pour autrui contient une déclaration mensongère d'origine des fonds). *Contra*, v. notamment : P. VOIRIN, note sous Cass. civ., 30 avril 1941, *JCP G.* 1941. II, p. 1727 ; F. HUBERT, « La théorie de l'indivisibilité en matière de donation déguisée », *JCP G.* 1944. I, p. 414 ; A. LENOAN, note sous Cass. civ., 30 mai 1951, Bull. n° 166, *D.* 1951, p. 617 ; F. TERRÉ, *thèse préc.*, p. 385 et s., n° 478 et s. ; C. DAVID, O. FOUQUET, M.-A. LATOURNIE, B. PLAGNET, *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1991, thème 23, p. 273, pour qui la qualification de donation déguisée est parfaitement justifiée.

<sup>683</sup> Pour une requalification en donation indirecte, v. par exemple : CA Lyon, 11 février 1943, *JCP G.* 1943. II, p. 2283 ; Tb. Seine, 6 février 1948, *JCP N.* 1950. II, p. 5196 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1967, Bull. n° 216 ; Com., 7 juillet 2019, n° 08-18.365.

<sup>684</sup> P. VOIRIN, note sous Cass. req., 7 juin 1943, *JCP G.* 1944. II, p. 2571.

<sup>685</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>ème</sup> éd., PUF, 2022, v° indivisibilité, p. 544. Pour plus de détails sur l'indivisibilité, v. notamment : J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, thèse, Montpellier, 1999 ; J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité », *RTD. civ.* 1950, p. 1 ;

psychologique, lorsqu'elle résulte de la volonté des parties ; au contraire, elle est dite matérielle, objective ou technique, lorsqu'elle ressort de la nature des choses, autrement dit quand l'opération ne peut se réaliser qu'en s'incluant dans une autre<sup>686</sup>. Or en matière d'achat pour autrui, ce sont les deux volets de l'indivisibilité, intellectuelle (a) et matérielle (b), auxquels recourt la Cour de cassation pour retenir la qualification de donation déguisée<sup>687</sup>.

a) *L'indivisibilité intellectuelle des opérations*

**194. Double illustration** – Parmi les arrêts déduisant l'existence d'une donation déguisée d'une indivisibilité intellectuelle entre la donation et l'acquisition, on peut citer, parmi beaucoup d'autres<sup>688</sup>, deux décisions de la Cour de cassation : la première, en date du

---

F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 2014, p. 374 et s., n° 465 et s.

<sup>686</sup> S. ASECIO, *thèse préc.*, 1999, p. 223, citant lui-même : P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Strasbourg, 1969, p. 355 n° 291 et p. 355, n° 293.

<sup>687</sup> H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 115 et s., n° 151 et s. ; J.-B. SEUBE, *thèse préc.*, p. 69 et s., n° 40 et s. On notera cependant que depuis la réforme opérée par la loi du 28 décembre 1967, la technique de l'indivisibilité intellectuelle est en net repli en jurisprudence (loi n° 67-1179 du 28 décembre 1968 tendant à insérer dans le Code civil un article 1099-1 relatif aux donations entre époux. Sur cette loi, spécialement sur les motifs qui l'ont inspirée, v. : M. HOGUET, *Rapport n° 567 annexé au procès-verbal de la séance de l'Assemblée nationale du 28 décembre 1967* ; G. MAS, *JCP N.* 1966. I, p. 1985). À l'occasion de cette réforme, un article 1099-1 a été inséré au Code civil, qui prévoit que lorsqu'un « époux acquiert un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés ». Concrètement, cela signifie que si la donation entre époux résultant d'un achat pour autrui est anéantie – en raison, par exemple, de sa nullité –, il n'y a désormais restitution que des deniers ayant servi à l'acquisition, non plus du bien acquis. La loi oblige ainsi désormais à dissocier formellement la donation des deniers de l'acquisition et, dès lors, à écarter toute idée de dépendance entre la donation (indirecte) et l'acquisition. Ce faisant, il a paralysé le recours à la technique de l'indivisibilité intellectuelle en matière d'achat pour autrui entre époux. Or l'achat pour autrui est une opération essentiellement conclue entre époux. Partant, il n'est guère étonnant d'observer un recul de l'indivisibilité intellectuelle au sein du contentieux de la requalification de l'achat pour autrui. Ce n'est pas dire, pour autant, que cette technique a disparu du droit positif : les dispositions de l'article 1099-1 du Code civil n'étant applicables qu'aux donations entre époux, la jurisprudence fait encore appel à l'indivisibilité intellectuelle pour faire rentrer l'achat pour autrui dans la catégorie des donations déguisées : l'arrêt précité rendu par la chambre commerciale le prouve certainement.

<sup>688</sup> En ce sens, v. par exemple : CA Montpellier, 28 février 1876, *S.* 1876. II, p. 241 ; Cass. civ., 30 mai 1951, *Bull.* n° 166 ; *D.* 1951, p. 617, note A. LENOAN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1955, *Bull.* n° 234, *JCP N.* 1956. II, p. 9258, note M. DALIMIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 avril 1965, *DS* 1966-J, p. 205, note P. VOIRIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 1966, *DS* 1966-J, p. 370, note P. MALAURIE, *JCP G.* II, p. 15152, obs. A. PLANQUEEL ; Cass. com., 2 juin 1981, n° 80-10.266, *Bull.* n° 260 ; *Defrénois* 1982, art. 32919, n° 24, obs. B. JADAUD ; Cass. com., 21 février 1995, n° 93-14.512 ; *Defrénois* 1996, art. 36395, note A. CHAPPERT ; *JCP N.* 1996, 3797, p. 1122, obs. C. DAVID, F. LUCET, J.-M. SERRE et D. VIDAL.

30 mai 1951<sup>689</sup>, rendue en matière civile ; la seconde, en date du 21 février 1995<sup>690</sup>, rendue en matière fiscale.

**195. Décision du 30 mai 1951, rendue en matière civile** – Dans cette espèce, diverses acquisitions immobilières réalisées au nom d’une épouse avaient été payées au moyen de chèques et de virements prélevés sur les comptes personnels de son conjoint. À leur divorce, ce dernier avait sollicité la nullité de ces opérations car constituant, selon lui, des donations déguisées. La cour d’appel puis la Cour de cassation ont fait droit à sa demande. D’une part, les Hauts magistrats ont considéré que les juges du fond avaient, à bon droit, relevé que l’épouse, « n’exerçant ni métier, ni profession, ne possédait d’autre avoir qu’[une] villa », dont il n’était pas allégué qu’elle avait « été aliéné[e] ou hypothéqué[e] durant le mariage ». Autrement dit, la Cour de cassation retient, s’agissant de la qualification de l’acte, que les fonds ayant servi aux acquisitions ne pouvaient être que ceux de l’époux, et qu’il avait donc consenti une donation à son épouse. D’autre part, s’agissant de la qualification de cette donation, la Cour a considéré au terme d’une motivation particulièrement riche que « les juges du fond, interprétant l’intention des parties et le but poursuivi, constatent que, dans chacun des cas envisagés, les sommes prétendument données correspondent toujours au montant des prix et frais d’acquisition des immeubles ; qu’en réalité, les donations ont eu pour objets les immeubles achetés et non leur prix ; que “l’argent déboursé n’a été que le moyen” ; que ce que l’on voulait donner, c’était le bien dont l’argent allait “permettre l’acquisition” ; que “ce soit les immeubles en cause eux-mêmes et non leur prix qui font l’objet” des donations ; que telles étaient les libéralités que “les acquisitions cachaient” ». Dès lors, selon la Cour, « en décidant que chaque donation *formait un tout indivisible avec l’acte destiné, dans la commune intention des parties, à la déguiser sous une apparence trompeuse, tendant à faire croire que la donataire fournissait elle-même la contrepartie de son acquisition à l’aide de ses propres ressources, l’arrêt attaqué, qui est motivé, loin d’avoir violé [la loi], en a fait une exacte application* ».

La Cour de cassation estime ainsi que l’opération doit s’analyser, pour le tout, comme une donation déguisée des immeubles dès lors que les deux actes – donation des deniers et acquisition des immeubles – étaient reliés par un lien d’indivisibilité né de l’intention des époux de transmettre les biens sous leur aspect final, en l’occurrence sous leur aspect immobilier. De ce point de vue, l’indivisibilité dont il s’agit est bien, selon la Cour de cassation, le fruit de

---

<sup>689</sup> Cass. civ., 30 mai 1951, Bull. n° 166, *préc.*

<sup>690</sup> Cass. com., 21 février 1995, n° 93-14.512, *préc.*

la volonté des parties : elle est donc intellectuelle ou subjective, et non matérielle ou technique<sup>691</sup>. Les motifs de l'arrêt en témoignent, puisqu'ils renvoient expressément à la « commune intention des parties »<sup>692</sup>.

**196. Décision du 21 février 1995, rendue en matière fiscale** – Dans cette seconde affaire, rendue cette fois en matière fiscale, un contribuable avait acquis, par acte notarié, deux parcelles intégralement payées par un tiers au moyen de chèques. Estimant que ces actes dissimulaient une donation déguisée des parcelles, l'Administration fiscale avait poursuivi l'acquéreur sur le terrain de l'abus de droit par simulation. Sur pourvoi formé par l'acquéreur contre le jugement ayant validé la requalification de l'acte en donation déguisée, la Cour de cassation estime, d'abord, que l'acquéreur était mal venu à se plaindre de ce que le jugement attaqué n'avait pas constaté l'existence de l'intention libérale du *solvens* à son égard dès lors « qu'il ne contestait pas que [ce dernier] avait entendu lui donner, au moyen des chèques libellés à l'ordre du notaire, la somme correspondant au prix d'achat des terrains ». En outre, la Cour de cassation considère que les juges du fond ont légalement justifié leur décision en retenant, après avoir « constaté la remise directe du prix par le donateur au vendeur des terrains », que le celui-ci « avait transmis au [donataire] non pas une somme d'argent mais l'objet du paiement, à savoir les parcelles du terrain ». Par conséquent, elle approuve les juges du fond d'avoir requalifié l'achat pour autrui en donation déguisée.

On reconnaît ici la théorie de l'indivisibilité volontaire : quoique l'arrêt ne dise pas explicitement que la donation (indirecte) des deniers fait intellectuellement « bloc » avec l'acquisition des parcelles, il résulte des motifs de la décision du fond, validés par la décision examinée et selon lesquels le donateur souhaitait transmettre les parcelles acquises, et non les deniers ayant servis à les financer, que les juges du fond comme ceux de cassation considèrent qu'il y a donation déguisée du fait que les parties ont voulu lier les deux opérations : donation et acquisition. À cet égard, au sein de l'une et l'autre des décisions commentées, on ne saurait tirer l'existence d'une indivisibilité objective entre les opérations de la constatation de la correspondance entre les sommes données et le prix d'acquisition. En effet, cette constatation, au demeurant accessoire à l'admission d'une indivisibilité<sup>693</sup>, a seulement pour but d'accréditer

---

<sup>691</sup> En ce sens, v. notamment : P. VOIRIN, note sous Cass. req., 18 février 1947, *JCP G.* 1947, p. 3719 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 116, n° 151 ; G. BONNET, *thèse préc.*, p. 366, n° 393.

<sup>692</sup> Dans le même sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1951, *D.* 1951, p. 620 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1961, Bull. n° 301 ; Cass. com., 25 juin 1963, Bull. n° 329 ; Cass. com., 21 juin 1969, Bull. n° 239.

<sup>693</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 novembre 1960, Bull. n° 502, admettant l'existence d'une indivisibilité des opérations alors que le *solvens* n'avait fourni qu'une partie des fonds utiles à l'acquisition.

l'idée d'une indivisibilité intellectuelle entre la donation des deniers et l'acquisition du bien : si le paiement du *solvens* couvre l'intégralité du prix d'acquisition, il est en effet plus aisé de justifier que les parties, spécialement le *solvens*, ont voulu transmettre le bien acquis et, dès lors, l'existence d'une unité entre la donation et l'acquisition. Aussi, même si les juges du fond ont constaté l'existence d'une concordance entre le montant de la donation et celui du prix d'acquisition, c'est bien la volonté des parties qui, dans le cas examiné, tiendrait « lieu de ciment »<sup>694</sup> à l'indivisibilité. Reste à comprendre pourquoi cette indivisibilité générerait une donation *déguisée* selon les juges.

**197. Indivisibilité donnant lieu à une donation déguisée** – Comment expliquer que l'indivisibilité intellectuelle entre la donation et l'acquisition fasse basculer l'opération dans la catégorie des donations déguisées ? En pratique, les arrêts admettant une telle solution ne fournissent aucune réponse claire à cette question. En effet, les juges ne livrent pas, dans leurs décisions, le lien logique qui existerait entre l'indivisibilité intellectuelle des actes et le caractère déguisé de la donation réalisée au moyen de l'achat pour autrui.

À notre connaissance, BOULANGER, seul, s'est attaché à donner une explication précise. Dès lors, nous ne pouvons mieux faire que de le citer : « on affirme que le donateur a voulu donner, non les deniers, mais le bien acquis. Or selon les juges, cette donation ne peut être abritée que sous la vente. Pourtant, la vente n'est pas une forme vide : elle contient deux obligations réelles, l'obligation de transférer la propriété et l'obligation de payer le prix. Où va-t-on loger l'obligation du donateur envers le donataire ? Les trois obligations vont être enveloppées dans un ensemble indivisible qui sera à la fois une donation et une vente, et comme la donation ne fait plus qu'un avec la vente, comme au surplus elle a été réalisée à l'insu de tous, on croit pouvoir déclarer qu'il y a eu donation déguisée »<sup>695</sup>. Autrement dit, s'il y a donation déguisée, c'est parce que l'acquisition du bien, indissociable de la libéralité à raison de la volonté des parties, en masquerait l'existence. Ainsi, c'est bien grâce à l'existence d'une indivisibilité intellectuelle entre les opérations que l'achat pour autrui reçoit la qualification de donation déguisée. D'autres décisions revendiquent par ailleurs cette même qualification en raison, cette fois, d'une indivisibilité matérielle entre les opérations.

---

<sup>694</sup> G. BONNET, *thèse préc.*, p. 366, n° 393.

<sup>695</sup> J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité [...] », *art. préc.*, p. 14, n° 11.

b) *L'indivisibilité matérielle des opérations*

**198. Exposé de la solution** – Pour justifier la requalification d'un achat pour autrui en donation déguisée la jurisprudence recourt également à l'idée d'indivisibilité matérielle entre la donation et l'acquisition. D'innombrables décisions illustrent cette hypothèse<sup>696</sup>, la première ayant, à notre connaissance, été rendue le 30 novembre 1971 par la cour d'appel de Paris<sup>697</sup>. Dans cette affaire, une femme avait acquis un bien que son mari prétendait avoir intégralement financé. Au divorce des époux, ce dernier sollicitait la nullité de l'opération sur le fondement de l'article 1099, alinéa 2, ancien du Code civil. Sa demande est rejetée par la cour d'appel,

---

<sup>696</sup> Que la donation prétendument indivisible de l'acquisition constitue une donation indirecte ou un don manuel : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 1972, *Rép. not.* 1973, p. 594, A. BRETON ; *D.* 1972, p. 460, obs. A. BENABENT ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 1983, *Defrénois* 1984, art. 33285, note M.-C. RONDEAU-RIVIER, *RTD civ.* 1985, p. 197, obs. J. PATARIN ; *JCP G.* 1984. IV, p. 45 ; *D.* 1984. I, p. 104 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, Bull. n° 139, *JCP N.* 1985. II., p. 26, note P. REMY ; *Defrénois* 1985, art. 33489, n° 34, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1985, p. 199, obs. J. PATARIN ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, Bull. n° 4, *Defrénois* 1987, p. 1506, note G. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987, Bull. n° 36 ; n° 85-15.336 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juillet 1987, *Defrénois* 1987, p. 1506, obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1988 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 1988, Bull. n° 311, *Defrénois* 1989, p. 223, note G. MORIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 1989, Bull. n° 71, *RTD civ.* 1989, p. 799, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 1989, Bull. n° 79, *RTD civ.* 1989, p. 802, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1989, Bull. n° 236 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 1989, n° 87-15638 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 1989, n° 87-18.930 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 1990, n° 88-14.455, *Defrénois* 1990, art. 34774, n° 36, p. 557, obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 1990, n° 88-13.800 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1991, n° 89-20.130 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1991 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1992, n° 90-11.620 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1992, JD n° 1992-047841 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1992 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1993 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1993, n° 91-10.268 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1994, *Dr. pat.*, nov. 1994, p. 61, obs. A. BENABENT ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1995, n° 93-16.597, Bull. n° 247 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1998, n° 96-15.662 ; CA Montpellier, 24 septembre 2002, JD n° 2002-247800 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2003, n° 97-18.816 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2004, n° 00-19511 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 2005, n° 02-21.011, Bull. n° 167, *D.* 2005. IR 1176 ; *RTD civ.* 2005, p. 598, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 2006, n° 03-19.206, Bull. n° 127 ; *JCP G.* 2006. I., p. 193, n° 5, obs. G. WIEDERKEHR ; *JCP G.* 2008. I., p. 108, n° 3, obs. R. LE GUIDEC ; CA Paris, 17 janvier 2007, JD n° 2007-334928 ; CA Aix-en-Provence, 29 mars 2007, RG n° 06/03891 ; CA Poitiers, 28 novembre 2007 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 2008, n° 06-20.495 ; CA Metz, 29 janvier 2008, RG n° 2008/366479 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 décembre 2008, n° 07-17.145 ; CA Provence, 11 décembre 2008, RG n° 07/17843 ; CA Paris, 9 décembre 2009, RG n° 09/03754 ; CA Douai, 11 janvier 2010, RG n° 08/08538 ; CA Nîmes, 13 janvier 2010, RG n° 08/04542 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avril 2010, n° 09-12.948 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 2010, n° 09-67.504 ; CA Rennes, 9 novembre 2010, RG n° 08/08731 ; CA Lyon, 29 novembre 2011, RG n° 09/06097 ; CA Aix-en-Provence, 26 juin 2012, RG n° 11/08492 ; CA Colmar, 18 octobre 2012, RG n° 11/01770 ; CA Versailles, 21 février 2013 ; CA Rouen, 23 octobre 2013, RG n° 12/00298 ; CA Bastia, 29 janvier 2014, RG n° 11/00781 ; CA Limoges, 19 mars 2014, RG n° 13/00287 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 2015, n° 14-20.245 ; CA Pau, 30 novembre 2015, RG n° 15/04629 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 16-14.323, Publié ; *Dr. fam.* 2017, comm. 38, M. NICOD ; *AJ fam.* 2017, p. 209, note N. LEVILLAIN ; *GP* 2017, p. 24, note S. PIEDELIÈVRE ; *GP* 2017, p. 56, note O. VERGARA ; *GP* 2017, p. 85, note A.-L. CASADO ; *D.* 2017, note D. LOUIS ; CA Aix-en-Provence, 13 septembre 2017, RG n° 15/19680.

<sup>697</sup> CA Paris, 30 novembre 1971, *JCP G.* 1972. II, p. 17047, note M. DAGOT ; *RTD civ.* 1972, p. 802, obs. R. SAVATIER ; *D.* 1974, p. 625, note P. MALAURIE ; *GP* 1973. II, p. 897, note D. MARTIN.

faute, pour lui, d'avoir prouvé qu'il avait seul fourni les fonds nécessaires à l'acquisition. En outre, les juges du fond prennent soin de préciser dans un *obiter dictum* « qu'il n'y a donation déguisée de l'immeuble acquis que lorsqu'il y a déclaration mensongère sur l'origine des fonds ». Or en l'espèce, les juges relèvent que l'acte ne contenait « aucune indication concernant la provenance du prix ». Une lecture *a contrario* de cette solution permet donc de considérer qu'un achat pour autrui peut être requalifié en donation déguisée si l'acte de vente contient une affirmation mensongère sur l'origine des fonds employés par l'acquéreur.

Une décision récente de la Cour de cassation permet de s'en convaincre<sup>698</sup>. Dans cette affaire, l'épouse en secondes noces du défunt avait, du vivant de celui-ci, acquis un bien immobilier. Selon l'acte de vente, ce bien avait été financé par un emprunt souscrit par l'épouse et par ses fonds personnels. Faisant valoir que leur père avait, en fait, remboursé plus de 60 % des échéances dudit prêt, les enfants du défunt issus de sa première union avaient demandé aux juges du fond de constater l'existence d'une donation déguisée au profit de l'épouse. Cette demande a été accueillie par la cour d'appel qui, pour justifier l'existence d'un déguisement, a relevé que l'épouse avait menti sur la provenance des fonds utiles à l'acquisition. Le raisonnement des juges du fond a été suivi par la Cour de cassation, selon laquelle : « ayant relevé que le financement de l'acquisition de l'immeuble par [l'époux], dissimulé par [sa femme], avait enrichi le patrimoine de cette dernière au détriment de celui de [son époux], sans contrepartie pour ce dernier, la cour d'appel a caractérisé son intention de s'appauvrir au profit de son épouse, dans le but de la gratifier, et l'existence d'une donation déguisée »<sup>699</sup>. Il résulte ainsi clairement de cette décision que la qualification de donation déguisée peut être retenue en présence d'une affirmation mensongère relative à l'origine des fonds dans l'acte d'acquisition. Là encore, la solution est sous-tendue par l'idée d'une indivisibilité entre les opérations de donation et de vente.

---

<sup>698</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 16-14.323, Publié ; *Dr. fam.* 2017, comm. 38, M. NICOD ; *AJ fam.* 2017, p. 209, note N. LEVILLAIN ; *GP* 2017, p. 24, note S. PIEDELIÈVRE ; *GP* 2017, p. 56, note O. VERGARA ; *GP* 2017, p. 85, note A.-L. CASADO ; *D.* 2017, note D. LOUIS.

<sup>699</sup> On relèvera par ailleurs que, dans l'arrêt commenté, le mensonge sur l'origine des fonds a également permis aux juges de caractériser l'existence de l'intention libérale du disposant (commentant ce point, v. : M. NICOD, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, *préc.*, *Dr. fam.* 2017, comm. 38 ; O. VERGANA, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, *préc.*, *GP* 2017, p. 56). Il reste que la preuve de l'intention de tromper les tiers, à la supposer établie par le mensonge des époux, n'est pas la preuve de l'*animus donandi*. En approuvant la thèse selon laquelle l'intention libérale du *de cuius* se déduit de l'existence d'un mensonge sur l'origine des fonds de l'acquisition, la Cour de cassation valide, ici encore, une singulière manière d'administrer la preuve de l'élément intentionnel de la donation indirecte (sur cette tendance, v. *supra* n° 37 et s.).

**199. Nécessité d'un mensonge positif sur l'origine des fonds** – Encore faut-il préciser ce que le droit positif entend par « mensonge » sur la provenance des fonds. La Cour de cassation décide qu'il n'y a donation déguisée qu'autant qu'il y a mensonge positif dans l'acte de vente sur l'origine des fonds<sup>700</sup>. *A contrario*, la qualification de donation déguisée ne peut être retenue en présence d'un simple silence sur la provenance des fonds. Certes, par un arrêt ancien du 26 avril 1984, la Cour de cassation a pu retenir que la nullité de la donation résultant d'un achat pour autrui entre époux est encourue si les époux ont entendu créer une apparence trompeuse « par une *dissimulation* mensongère sur l'origine des fonds »<sup>701</sup>. Cette solution semblait ainsi admettre la qualification de donation déguisée en cas de simple réticence sur l'origine des fonds, c'est-à-dire en cas de « dissimulation par omission »<sup>702</sup>. Cependant, par un arrêt postérieur du 6 janvier 1987, publié au Bulletin cette fois, la Cour de cassation a affirmé au contraire que « l'absence d'indication relative à la provenance des fonds ne constitu[e] pas un mensonge »<sup>703</sup> duquel peut être déduite l'existence d'une donation déguisée. Partant, deux situations doivent être distinguées en droit positif : ou bien il y a déclaration mensongère sur l'origine des fonds, et l'indivisibilité matérielle ainsi que la qualification de donation déguisée doivent être retenues ; ou bien l'acte de vente ne contient aucune précision relative à l'origine des fonds ayant servi à l'achat, et l'on est en présence d'une donation indirecte. C'est ainsi que, non sans une certaine ironie, un auteur écrit : « concrètement [les parties] éviter[ont] le piège de la donation déguisée en s'abstenant d'inutiles bavardages dans l'acte »<sup>704</sup>.

**200. Argument implicite tiré de l'indivisibilité matérielle des opérations** – Il est vrai que ces arrêts n'évoquent pas l'existence d'une indivisibilité matérielle des opérations. En ce sens, un auteur a pu relever que « la Cour de cassation n'indique absolument pas les motifs qui fondent cette qualification de donation déguisée, elle ne fait qu'affirmer l'idée selon laquelle la qualification de donation déguisée ne saurait être retenue qu'en présence d'une affirmation mensongère sur l'origine des fonds, laquelle doit être relevée par les juges du fond »<sup>705</sup>. Pour

---

<sup>700</sup> En ce sens, v. : Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, Bull. n° 4, *Defrénois* 1987, p. 1506, note G. CHAMPENOIS ; CA Metz, 29 janvier 2008, RG n° 03/03739 ; CA Orléans, 29 octobre 1987, JD n° 1987-045034 ; CA Nîmes, 13 janvier 2010, RG n° 08/04542.

<sup>701</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, Bull. n° 139, *JCP N.* 1985. II., p. 26, note P. REMY.

<sup>702</sup> S. PIEDELIEVRE, *art. préc.*, n° 22.

<sup>703</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, *préc.*

<sup>704</sup> G. CHAMPENOIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, *préc.*

<sup>705</sup> S. ANSENCIO, *thèse préc.*, p. 232.

autant, c'est bien l'idée d'indivisibilité des opérations qui anime la solution<sup>706</sup>. En effet, si les juges concluent à l'existence d'une donation déguisée, c'est parce qu'il existe, selon eux, un lien *technique* d'indivisibilité entre la donation indirecte et l'acquisition des biens.

Tentons d'éclairer leur raisonnement, qui procède là encore en deux temps. D'une part, les juges considèrent que la donation indirecte et l'acquisition sont reliées par un lien d'indivisibilité. Précisément, ce lien indivisible proviendrait de ce que l'acte d'acquisition contient une déclaration mensongère sur l'origine des fonds, laquelle masque l'existence de la donation indirecte. Autrement dit, comme la déclaration mensongère dissimulant la donation indirecte est elle-même incluse dans l'acte d'achat, les deux actes – donation et acquisition – seraient reliés par un lien indivisible. Or l'analyse des décisions montre que cette indivisibilité n'est pas, selon les juges, le fruit de la volonté des parties – celle-ci n'étant jamais relevée –, mais le résultat technique d'un enchevêtrement des actes d'acquisition et de déclaration mensongère sur l'origine libérale des fonds. D'autre part, et en même temps, cette indivisibilité matérielle des opérations justifierait la requalification de l'achat pour autrui en donation déguisée. Tout comme l'indivisibilité intellectuelle, l'indivisibilité matérielle ferait naître une donation *déguisée* car l'acquisition du bien, solidaire de la libéralité par l'effet de la déclaration mensongère, masquerait l'existence de cette dernière. Or ce masque consisterait en un déguisement. Partant, l'achat pour autrui serait constitutif d'une donation déguisée. Quoique les décisions examinées ne renvoient pas formellement à l'indivisibilité matérielle des opérations, c'est bien cette idée qui préside à la requalification de l'achat pour autrui en donation déguisée. En ce sens, Monsieur PIÉDELIÈVRE écrit : « la disqualification, effectuée par la jurisprudence, en cas de mensonge dans l'acte d'acquisition sur l'origine [...] ne peut se comprendre que par un retour à l'utilisation du lien d'indivisibilité »<sup>707</sup>.

En droit positif, la notion d'indivisibilité – intellectuelle ou matérielle – constitue donc le fondement de la requalification de certains achats pour autrui en donation déguisée. Une telle solution ne résiste cependant pas à une analyse approfondie de la situation.

---

<sup>706</sup> F. LUCET, *thèse préc.*, p. 129, critiquant une telle solution : « ce n'est pas parce qu'une donation, indirecte par son procédé, voisine avec un déguisement [en l'occurrence le mensonge sur l'origine des fonds], que l'ensemble de l'opération doit être qualifié de donation déguisée, sous peine de retomber dans les errements anciens de "l'indivisibilité" [...] ».

<sup>707</sup> S. PIÉDELIÈVRE, *art. préc.*, n° 35.

## 2 – L'examen critique de l'argument tiré de l'indivisibilité

**201. Absence de mensonge sur la cause catégorique de l'acte support** – Les solutions examinées sont contestables, au moins à deux titres. D'une part, l'indivisibilité (intellectuelle ou matérielle) entre la donation et la vente est, en tant que telle, impuissante à justifier l'existence d'une simulation, et donc d'une donation déguisée. En effet, aucune simulation, aucun mensonge n'existe sur la cause catégorique de l'acte support de la donation, à savoir le *paiement* pour autrui. Dans l'hypothèse d'un achat pour autrui, le paiement effectué par le donateur met fin à une dette qui existe réellement dans le patrimoine du donataire ; il n'a donc rien de simulé. Partant, aucun déguisement ne saurait être dénoncé<sup>708</sup>. Pas davantage la vente à l'occasion de laquelle la donation est effectuée est-elle simulée : que le *solvens* rembourse l'emprunt souscrit par l'acquéreur ou paye directement le vendeur, la vente est sincère puisqu'un transfert de propriété moyennant le paiement d'un prix est bien exécuté par les parties. La vente serait-elle simulée que cela ne permettrait pas, de toute façon, de justifier la qualification de donation déguisée puisque cette dernière n'est conçue par la doctrine qu'en présence d'une simulation affectant l'acte juridique qui la réalise. Or la donation par achat pour autrui ne se réalise pas au moyen de la vente mais au moyen du paiement pour autrui. À tout point de vue, cette opération ne devrait donc jamais recevoir la qualification de donation déguisée.

Il est vrai que dans les affaires où il est question d'indivisibilité matérielle, les parties font œuvre d'une certaine « mise en scène »<sup>709</sup> ; en procédant à une déclaration mensongère dans l'acte de vente sur l'origine des fonds, les parties créent un mensonge en trompant les tiers sur l'origine des fonds<sup>710</sup>. Toutefois, ce mensonge n'est pas le mensonge caractéristique de la

---

<sup>708</sup> En ce sens, v. par exemple : J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité [...] », *art. préc.*, p. 1 ; J. CARBONNIER, note sous Bordeaux, 9 juillet 1942, *JCP* 1943. II, p. 2112 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 152, n° 412 (sauf, selon l'auteur, lorsque l'achat pour autrui contient une déclaration mensongère d'origine des fonds). *Contra*, v. notamment : P. VOIRIN, note sous Cass. civ., 30 avril 1941, *JCP G.* 1941. II, p. 1727 ; F. HUBERT, « La théorie de l'indivisibilité en matière de donation déguisée », *JCP G.* 1944. I, p. 414 ; A. LENOAN, note sous Cass. civ., 30 mai 1951, Bull. n° 166, *D.* 1951, p. 617 ; F. TERRÉ, *thèse préc.*, p. 385 et s., n° 478 et s. ; C. DAVID, O. FOUQUET, M.-A. LATOURNIE, B. PLAGNET, *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1991, thème 23, p. 273, pour qui la qualification de donation déguisée est parfaitement justifiée.

<sup>709</sup> F. LUCET, *thèse préc.*, p. 124, n° 76.

<sup>710</sup> Sur les raisons de ce mensonge lorsque l'achat pour autrui est réalisé entre époux séparés de biens, v. : F. LUCET, *thèse préc.*, p. 124, n° 76 : « nous sommes dans le cas d'époux séparés de biens ; aussi est-il certain que la donation [...] indirecte, ainsi effectuée, est suffisante pour assurer au donataire un enrichissement personnel. La dissimulation vise un autre but que l'existence de la donation, qui ne fait aucun doute. La déclaration mensongère sur l'origine des fonds permet, en pratique de bénéficier de règles matrimoniales assurant le caractère définitif de l'enrichissement du donataire, en mettant obstacle, par exemple, à la révocabilité des donations entre époux ou aux droits des héritiers réservataires. En particulier,

donation déguisée<sup>711</sup> ; il s'attache au mécanisme de l'emploi des fonds qui se greffe sur l'acte de vente, mais n'affecte pas le paiement qui seul justifie le transfert patrimonial. Le paiement existe réellement en toutes hypothèses. Et on ne voit pas comment l'indivisibilité entre la vente et la donation des deniers peut parvenir à la solution inverse... « On a beau rapprocher les opérations, toutes les obligations subsistent, sans que se discerne, si l'on s'en tient à la notion de déguisement, la moindre raison d'en changer la structure »<sup>712</sup>. Ainsi, même en admettant que la donation fasse bloc avec la vente, que ces deux opérations soient indivisiblement liées, cette indivisibilité n'explique pas que l'opération devienne une donation déguisée.

**202. Artificialité de l'indivisibilité au sein des hypothèses examinées** – D'autre part, et surtout, cette indivisibilité est purement artificielle. Précisons qu'il ne s'agit pas ici de contester la possibilité que deux opérations juridiques soient indivisiblement liées : les parties peuvent en effet avoir l'intention d'établir un lien d'indivisibilité entre deux actes qu'elles concluent et ce n'est là, comme l'a justement écrit Monsieur TERRÉ, qu'une application normale du principe de l'autonomie de la volonté<sup>713</sup>. En outre, un acte peut être matériellement lié à un autre dès lors qu'il ne peut se réaliser qu'à la condition de s'inclure dans celui-ci<sup>714</sup> ; la donation avec charges en fournit un bon exemple<sup>715</sup>. Pour autant, cette indivisibilité, fruit de la volonté des parties ou résultat de la nature des choses, doit être démontrée : « le “simple voisinage” d'opérations distinctes ne suffit pas à établir un lien indivisible »<sup>716</sup>.

---

l'emploi ou le remploi sont des règles dans lesquelles la déclaration mensongère de l'origine des fonds joue un rôle essentiel ». Autrement dit, pour les époux séparés de biens, la déclaration mensongère sur l'origine libérale des fonds permet d'assurer une certaine tangibilité à l'opération : en substituant l'application des règles relatives aux opérations d'investissement de fonds propres à l'époux acquéreur à celles relatives au droit des libéralités (nullité, révocation, rapport, réduction), ils évitent que l'achat pour autrui soit en tout ou partie remis en cause. Or de toute évidence, ce détournement des règles constitue un mensonge des parties.

<sup>711</sup> En ce sens, v. notamment : M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 237, n° 1310, pour qui la jurisprudence assimile à la simulation ce qui est le recel d'une donation déjà faite ; F. LUCET, *thèse préc.*, p. 126, n° 77.

<sup>712</sup> J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité [...] », *art. préc.*, p. 12, n° 9.

<sup>713</sup> F. TERRÉ, *thèse préc.*, p. 378, n° 469.

<sup>714</sup> F. TERRÉ, *thèse préc.*, p. 380, n° 472.

<sup>715</sup> J. BOULANGER, *art. préc.*, p. 6 ; F. TERRÉ, *thèse préc.*, p. 380, n° 472, reprenant l'analyse de BOULANGER et relevant ainsi : « si les arrêts ne parlent pas d'indivisibilité à propos de la donation avec charges, lorsque l'inexécution de la charge entraîne la révocation de la donation c'est parce que la notion de cause constitue une explication suffisante, déclare M. BOULANGER, l'indivisibilité n'en existe pas moins et tient alors « à la nature du procédé technique employé ».

<sup>716</sup> F. TERRÉ, *thèse préc.*, p. 381, n° 472. Dans le premier cas, celle de l'indivisibilité intellectuelle donc, les juges devraient constater la volonté des parties, fût-elle tacite, de rendre indivisibles les opérations réalisées. En ce sens, BOULANGER relève que l'indivisibilité intellectuelle est « la constatation d'une certaine manière d'être de ce que les parties ont réellement inclus dans une opération juridique »

Or c'est ici que le bât blesse. En effet, au sein des hypothèses envisagées, les juges se bornent à affirmer l'existence d'une indivisibilité entre la donation et l'acquisition, sans jamais invoquer les raisons qui justifient cette indivisibilité<sup>717</sup>. L'artificialité de l'indivisibilité est évidente pour les arrêts qui l'invoquent puisque dans une vente, l'acte d'acquisition est totalement autonome de l'acte déclaratif d'origine des fonds<sup>718</sup>. Comme il a été justement écrit : « dans le contrat de vente, le transfert de propriété étant [...] indépendant du paiement du prix, la propriété (hors cas d'interposition de personnes) est acquise à celui qui figure à l'acte comme acheteur, non à celui qui, en fait, a pu fournir les fonds »<sup>719</sup>. En effet, « aucune disposition du Code n'exige une déclaration, encore moins une enquête, sur l'origine des deniers qui servent à payer une acquisition »<sup>720</sup>. Si la déclaration d'origine des fonds est indépendante de l'acte d'acquisition, on ne peut dès lors affirmer que, du fait de l'existence d'une déclaration mensongère sur l'origine des fonds dans l'acte d'acquisition, les deux opérations – donation et acquisition – sont reliées par la nature des choses. Sans doute peuvent-elles être indivisibles à raison de l'intention des parties. Mais, en ce cas, encore faut-il procéder à une recherche réelle de leur volonté et prouver que les parties ont eu l'intention, fût-ce tacitement, de lier les opérations. Or si même les arrêts invoquent parfois l'existence d'une « intention des parties », voire « d'une indivisibilité intellectuelle », ce ne sont là que des affirmations pures et simples. De fait, aucune décision ne marque d'intérêt pour les mobiles profonds des parties, spécialement ceux du *solvens*, pour attester de l'existence d'une volonté de rendre indivisible la donation et l'acquisition. En outre, s'il n'est pas exclu que les parties puissent vouloir transmettre, non les deniers objet de la donation indirecte, mais le bien acquis avec ces deniers, cette circonstance

---

(J. BOULANGER, *art. préc.*, p. 13, n° 10). Quant à l'indivisibilité matérielle, il est évident que les juges doivent vérifier que la donation et l'acquisition ne peuvent exister l'un sans l'autre.

<sup>717</sup> Dans le même sens pour l'indivisibilité intellectuelle, v. : J. BOULANGER, *art. préc.*, p. 13, n° 10. *Rapp.* la réflexion plus générale menée par GÉNY au début du XX<sup>ème</sup> siècle : « quels emplois surprenants n'en a-t-on pas faits, et si l'on veut bien me pardonner l'expression, à quelle sauce ne l'a-t-on pas mise, dans les matières les plus diverses ? Ces résultats, quand on doit les admettre, se justifient par des motifs d'équité ou d'intérêts pratique, tandis que la conception dont on les fait dépendre, rarement fondée sur la nature des choses... reste le plus souvent subjective, de façon qu'en la prenant comme fondement objectif d'une construction juridique, on s'expose de gaieté de cœur à des résultats erronés » (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, t. I, rep. 1995, p. 75, n° 168).

<sup>718</sup> F. LUCET, citant lui-même : M. DAGOT, *art. préc.*, n° 24.

<sup>719</sup> J. CARBONNIER, note sous Bordeaux. 9 juillet 1942 : JCP 43, II, 2112. Dans le même sens, v. notamment : M. DAGOT, « Réflexions sur l'article 1099-1 du Code civil », *JCP G.* 1971. 1. 2397, n° 24 ; F. LUCET, thèse, *préc.*, p. 123, n° 76.

<sup>720</sup> J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité [...] », *art. préc.*, p. 15, n° 11, poursuivant : « si les fonds sont empruntés, le vendeur pourra n'en être avisé que pour consentir une subrogation ».

ne suffit pas, à elle seule, à établir la preuve de ce qu'elles ont voulu que la donation et l'acquisition se lient indissolublement.

Matériel ou intellectuel, le lien d'indivisibilité entre la donation et l'acquisition n'est donc jamais réellement constaté par les juges ; tout au contraire, il est attribué *a posteriori* pour tenter de justifier la qualification de donation déguisée. Les arrêts relèvent d'ailleurs eux-mêmes l'artificialité de l'indivisibilité des opérations de donation et d'acquisition. En effet, en toute logique, l'établissement d'un lien d'indivisibilité entraîne l'application d'un régime juridique unique à l'ensemble des opérations liées entre elles<sup>721</sup>. En principe, la donation déguisée réalisée au moyen d'un achat pour autrui qui serait anéantie, en vertu, par exemple, de la prohibition des donations simulées entre époux, devrait alors contaminer l'ensemble des actes liés, c'est-à-dire la donation *et* la vente. Pourtant, toutes les fois où l'opération subit la sanction de nullité, seule la donation tombe et la vente conserve tous ses effets. « L'affirmation de l'existence de l'indivisibilité s'achève [ainsi] en la négation [par les juges eux-mêmes] du plus rationnel de ses effets »<sup>722</sup>.

**203. Synthèse** – L'analyse jurisprudentielle de l'achat pour autrui prouve ainsi que, lorsqu'il s'agit de chasser la qualification de donation indirecte normalement applicable, les juges n'hésitent pas à ajouter à l'opération juridique un élément qui, selon eux, justifient sa requalification en donation simulée. Cette technique de disqualification par ajout d'un élément artificiel côtoie ainsi celle, moins subtile mais tout aussi efficace, qui consiste à nier l'existence d'un élément incompatible avec la qualification de donation simulée. En tout état de cause, l'une comme l'autre témoignent de ce que la jurisprudence a une conception plus large que la doctrine de la notion d'acte simulé, et donc plus restrictive de celle d'acte sincère. Certes, dans toutes les hypothèses envisagées, la donation est occulte : la donation par acte onéreux déséquilibré dissimule certainement la part de gratuité qu'il contient ; de même, la donation réalisée au moyen d'un achat pour autrui est dissimulée aux yeux des tiers puisque le paiement par le *solvens* en lieu et place de l'acquéreur se réalise toujours « dans l'ombre »<sup>723</sup> ; enfin, il est certain que la donation réalisée par le truchement d'une société ne dévoile pas toute sa

---

<sup>721</sup> F. TERRÉ, *thèse préc.*, pp. 387 et 390, n° 481 et 485 ; P. REMY, obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 1989 ; *RTD civ.* 1989, p. 574.

<sup>722</sup> J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité [...] », *art. préc.*, p. 16, n° 12. *Contra* : F. TERRÉ, *thèse préc.*, p. 386 : « la nullité, frappant la donation déguisée que constitue l'ensemble des deux opérations, n'anéantit que l'élément donation. Mais cette conséquence résulte de la portée du lien d'indivisibilité. Le lien d'indivisibilité peut être plus ou moins fort, qu'il se répercute sur les effets de l'acte ou sur la portée d'une nullité. Là aussi la solution paraît normale ».

<sup>723</sup> J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité [...] », *art. préc.*, p. 15, n° 11.

gratuité. Pourtant, on sait que selon l'opinion commune le fait de « celer » l'existence d'une donation ne suffit pas à ce que celle-ci constitue une donation simulée<sup>724</sup>.

**204. Conclusion du second chapitre** – Un autre décalage entre la position de la doctrine contemporaine et celle la pratique de la donation indirecte semble avoir été identifié.

À suivre les enseignements généraux, toute l'originalité de la donation indirecte résiderait dans le fait qu'elle procède d'un acte juridique qui, quoique muet sur l'intention libérale de son auteur, est parfaitement sincère. Précisément, cet acte juridique ne comporterait ni de simulation sur sa catégorie de rattachement – ce en quoi la donation indirecte ne se confondrait pas avec la donation déguisée –, ni de simulation sur l'identité du donataire – ce en quoi la donation indirecte se distinguerait de la donation par personne interposée. Il y aurait donc, d'un côté, les donations simulées (déguisée ou à personne interposée) qui procèdent toujours d'un acte juridique muet mais *mensonger* et, d'un autre côté, la donation indirecte qui émane toujours d'un acte muet mais *sincère*.

Pourtant, en pratique, le cloisonnement de ces deux variétés de donation n'est pas total. Certaines donations, au sein desquelles le défaut d'acte sincère imposerait de les voir chassées du champ de la donation indirecte, sont pourtant admises sous cette qualification : il en va ainsi de celles qui sont réalisées au moyen d'une renonciation abdicative à succession. Inversement, il est des libéralités que les enseignements traditionnels placent dans l'orbe des donations indirectes, mais qui, en jurisprudence, subissent l'attraction de la simulation. C'est dire qu'à l'instar du critère de l'acte muet, le critère de l'acte sincère, censé participer de l'originalité de la donation indirecte, ne rend pas parfaitement compte de ses applications jurisprudentielles. Là encore, la conceptualisation de la donation indirecte apparaît partiellement inadéquate au regard de sa réalité contentieuse.

---

<sup>724</sup> M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 36, n° 37.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

---

**205.** Les développements qui précèdent ont permis de montrer la réalité des décalages existants entre la conceptualisation doctrinale de la donation indirecte et sa réalité contentieuse. Ainsi, contrairement à ce que la théorie enseigne, la donation indirecte ne correspond pas parfaitement au modèle de la *libéralité entre vifs* ordinaire. Et pour cause : en pratique, l'intention libérale ne constitue pas toujours un critère catégorique du concept, pas davantage que ce dernier ne recouvre que des actes entre vifs. Juges et législateur admettent en effet parfois la qualification de donation indirecte sans exiger la preuve de l'existence de l'intention libérale ou de celle d'un dessaisissement actuel du disposant. Inversement, il est des libéralités entre vifs qui échappent à la qualification de donation indirecte là où, pourtant, elle devrait, à notre avis, s'imposer. En outre, la réalité contentieuse de la donation indirecte ne cadre pas parfaitement avec l'idée que celle-ci constituerait une donation originale, distincte des autres formes de donations – ostensibles, manuelles et simulées. Une analyse minutieuse de la jurisprudence montre en effet que, contrairement aux enseignements habituels, la catégorie « donation indirecte » ne comprend pas uniquement des donations résultant d'un acte juridique muet et sincère : il existe aussi bien des actes juridiques muets et sincères, vecteur de libéralités, sans donation indirecte que des donations indirectes sans acte vecteur muet et sincère. Un hiatus existe donc entre la conceptualisation de la donation indirecte et sa réalité légale ou jurisprudentielle.

**206.** Face à ce constat, quelle solution peut-on apporter ? Faut-il oublier le concept de donation indirecte ou, au contraire, en redessiner les contours à l'aide de nouveaux critères ? Aucune de ces deux voies ne nous semble envisageable, sauf à balayer d'un revers de main la part du droit positif qui correspond à la conceptualisation de la donation indirecte<sup>725</sup>. Pas davantage, et pour les mêmes raisons, on ne peut envisager une approche exclusivement fonctionnelle de la donation indirecte : passée l'euphorie de la nouveauté, cette analyse obligerait, là encore, à mettre sous le boisseau toutes les solutions pour lesquelles la réalité contentieuse de la donation indirecte est conforme aux critères conceptuels dégagés par la doctrine. C'est dans une voie médiane, combinant conceptualisme et pragmatisme, qu'il paraît préférable de nous engager. En filigrane des développements précédents se dégage, au fond,

---

<sup>725</sup> V. *supra* n° 7.

une tendance assez nette : c'est que les décalages entre le discours et la réalité du terrain sont le fruit, non pas tant d'une résistance de la donation indirecte à la conceptualisation, que d'une volonté plus ou moins assumée des acteurs principaux de la qualification (juges et législateur) d'utiliser la donation indirecte pour atteindre un résultat désiré ; en un mot l'instrumentaliser. Est-ce à dire qu'il faut accepter cette instrumentalisation sans condition ? Assurément non.

## PARTIE 2 – UNE INSTRUMENTALISATION PERFECTIBLE

---

**207. Position du problème** – L’enseignement à tirer des développements précédents est clair : un décalage existe entre la réalité contentieuse de la donation indirecte et la systématisation du concept entrepris par la doctrine. En filigrane de ces dissonances se profile très souvent la volonté des juges – pour s’en tenir à eux – d’instrumentaliser la qualification de donation indirecte<sup>726</sup>.

Qu’entend-t-on par instrumentalisation de la qualification ? Afin de le comprendre, il convient de revenir rapidement sur les caractéristiques des raisonnements sur lesquels reposent, de manière générale, les solutions juridiques. Comme le rappelle Madame LEGENDRE, « deux principaux raisonnements peuvent mener à l’élaboration d’une solution pour répondre à un problème donné : le raisonnement dialectique, d’une part, et le raisonnement dogmatique, d’autre part »<sup>727</sup>. Ce dernier, appelé aussi raisonnement syllogistique, peut se définir comme « une méthode de qualification permettant de ranger une situation dans la catégorie juridique qui lui correspond, préalablement posée par une autorité légitime [...], en vue de la réalisation des droits de chacun [...] »<sup>728</sup>. Au contraire, le raisonnement dialectique consiste, à partir des faits constatés, à mettre en balance les droits des plaideurs, à confronter les différents intérêts sous-tendant le litige, pour choisir la qualification qui conduit à l’application de la règle permettant d’atteindre le résultat jugé le plus opportun<sup>729</sup>. En somme, alors que le raisonnement dogmatique, partant de la règle pour lui faire gouverner les faits, ne préjuge pas de la valeur de

---

<sup>726</sup> Il est des hypothèses où la dissonance paraît davantage masquer une erreur de fait ou de droit qu’une volonté d’instrumentaliser la qualification. À notre avis, il en va ainsi notamment de la qualification de la libéralité par chèque. La jurisprudence y voit un don manuel alors que tout laisse à penser qu’il s’agit d’une donation indirecte (v. *supra* n° 137 et s.). Cette négation forcée de la qualification ne semble pas répondre au phénomène d’instrumentalisation de la donation indirecte puisqu’aucune politique particulière ne paraît se manifester derrière la substitution de qualification.

<sup>727</sup>R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé – Réflexion en matière personnelle et familiale*, thèse, Dalloz, 2020, p. 158, n° 253, sur l’analyse du raisonnement conduit par les décisions mettant en œuvre un contrôle de proportionnalité. *Rapp.* : J.-P. CHAZAL, « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016, p. 121 ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 ; P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

<sup>728</sup> P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme » *JCP G.* 2015, act. 902. *Rapp.* : H. MOTULSKY, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 1948 n° 44 et s.

<sup>729</sup> *Rapp.* : R. LEGENDRE, *thèse préc.*, p. 159, n° 254 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009, p. 151, n° 108 ; Y. LEQUETTE, « Le code civil – Un passé, un présent, un avenir », *1804-2004 Le code civil*, Dalloz, 2004, p. 24.

la majeure (en l'occurrence de la qualification normalement applicable), le raisonnement dialectique, partant des faits pour remonter à la majeure, lui réserve un certain jugement critique : la qualification est accueillie ou repoussée selon qu'elle concourt, ou non, à l'obtention du résultat désiré. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la doctrine désigne ce raisonnement sous le nom de syllogisme ascendant<sup>730</sup> ou régressif<sup>731</sup>.

On l'aura compris : l'instrumentalisation de la qualification, et plus généralement de la règle de droit, épouse un raisonnement dialectique, car elle est, selon l'expression d'ARISTOTE, une sorte d'abduction logique<sup>732</sup>. En ce sens, les professeurs CUMYN et GOSSELIN écrivent que l'instrumentalisation de la qualification est une action qui « consiste à qualifier une situation factuelle en fonction de la solution juridique qui en découle dans le cas à l'étude »<sup>733</sup>. Le décideur choisit opportunément la qualification conduisant à l'application de la règle qui lui permet d'atteindre le résultat souhaité. En un mot, l'instrumentalisation de la qualification est une méthode inductive de résolution des conflits qui fait de la qualification un instrument de politique. Or nombre des décisions analysées en première partie paraissent se servir de la donation indirecte comme d'un outil malléable propre à atteindre le résultat jugé le plus opportun par les acteurs de la qualification – principalement les juges et le législateur. C'est pourquoi nous pensons que ces solutions, en rupture avec les enseignements théoriques, procèdent non d'une imperfection de la définition doctrinale de la donation indirecte, mais

---

<sup>730</sup> A. PERROT, *Rapport de synthèse du colloque sur la logique judiciaire, Travaux et recherches de la faculté de droit de Paris*, 1969, p. 148.

<sup>731</sup> P. FORIERS, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, AFDSE, Toulouse, 1967, fasc. 1, p. 112.

<sup>732</sup> ARISTOTE, *Organon*. III. – *Les premiers Analytiques*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1992, spéc. II, 25, p. 316 et s. Selon ARISTOTE, l'abduction est un mode d'inférence consistant à présenter ce qu'il faut démontrer comme la conclusion d'une majeure avérée et d'une mineure non avérée mais moins improbable que la conclusion, ou semblant plus facile à démontrer que celle-ci. Pour plus de détails, v. notamment : A. PAPAUX, *Essai philosophique : de la subsomption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, thèse, LGDJ, 2003.

<sup>733</sup> M. CUMYN et G. GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill*, vol. 62, n° 2, 2016, p. 329 et s. Dans le même sens, v. : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil : introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 1994, p. 42, n° 55 ; D. BODEN, *Comptes rendus, Archives de philosophie du droit*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 461 : « Transposée dans le domaine de la dogmatique juridique (plaidoiries, réquisitoires, motivation des jugements, doctrine, c'est-à-dire plaidoirie générale et abstraite, exposé des motifs des règlements d'exécution, etc.), l'abduction est la recherche de la qualification juridique apte à commander l'effet juridique recherché ». *Comp.* : J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Thémis, 1972, p. 201 ; G. CORNU, *Droit civil – introduction au droit*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 90, n° 198 ; J.-C. HUTCHESON, « Le jugement intuitif : la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », *Mélanges F. Gény*, II, p. 531. Ces auteurs expliquent que le raisonnement dialectique ne met pas toujours entièrement de côté le raisonnement dogmatique car de nombreuses solutions l'épousant emprunteraient un raisonnement syllogistique au stade de la rédaction formelle de la décision.

d'une instrumentalisation de sa qualification – tantôt « positive » (c'est ici l'hypothèse où la donation indirecte est forcée), tantôt « négative » (c'est là l'hypothèse où elle est refoulée).

**208. Annonce** – Ce constat, qui révèle la raison dominante des dissonances dénoncées en première partie, pourrait satisfaire. Néanmoins, l'instrumentalisation de la donation indirecte distille parfois, on le verra, quelques méfaits : un certain arbitraire peut en découler et, avec lui, une certaine rupture d'égalité entre les justiciables. Ce n'est pas dire, pour autant, que cette instrumentalisation doive être nécessairement condamnée<sup>734</sup>. L'instrumentalisation de la qualification de la donation indirecte exprime parfois un besoin louable d'adapter la généralité de la loi au cas d'espèce. C'est dire qu'il est nécessaire de faire le départ entre les instrumentalisations de la donation indirecte que l'on peut qualifier de « pernicieuses », car contraires aux principes de notre système juridique, et les « vertueuses » qui, pour être moins explicites, méritent d'être conservées. Pour cela, encore doit-on identifier avec précision les motifs poursuivis par l'instrumentalisation de la donation indirecte. En effet, seul un examen suffisamment détaillé des causes finales de cette instrumentalisation est en mesure de donner les clefs de la distinction précitée. Nous tenterons par conséquent, d'abord, de rechercher les grandes finalités de l'instrumentalisation de la donation indirecte (**Titre 1**) avant d'en déterminer les limites (**Titre 2**).

---

<sup>734</sup> *Rapp.* : F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 134, n° 113 : « [...] L'instrumentalisation des notions, leurs déformations, leur relativisations – ce qui advient lorsqu'une même notion est comprise différemment selon les domaines du droit et leurs besoins –, sont rarement profitables au bon fonctionnement du système juridique [...] ». Dans le même sens, v. également : M. CUMYN et G. GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill*, vol. 62, n° 2, 2016, p. 329 et s. ; P. FRÉCHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques », 2010, note 58, p. 672 ; M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mélanges J. DABIN*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 359 ; B. DE BERTIER-LESTRADE, « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », *Les affres de la qualification juridique*, (dir.) M. NICOD, Presses de l'Université de Toulouse, 2015, p. 31 ; F. GRUA, « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, p. 319 et s. ; J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, p. 370, n° 577 ; B. AUDIT, « Qualification et droit international privé », *Droits*, 1993 (18), p. 61.



## TITRE 1 – LES FINALITES DE L'INSTRUMENTALISATION

**209. Méthode et difficultés de la recherche** – Les développements qui suivent ont pour objectif d'analyser les finalités poursuivies par l'instrumentalisation de la donation indirecte, c'est-à-dire de rechercher les « motifs des motifs »<sup>735</sup> des solutions précédemment étudiées<sup>736</sup>. Cela implique nécessairement de dépasser les frontières du droit car, comme on le verra, certaines des finalités de l'instrumentalisation sont extra-juridiques, ou du moins mêlent le juridique à l'extra-juridique. En tout état de cause, cette recherche ne s'est pas faite sans difficultés.

Tout d'abord, s'agissant de l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte, il n'a pas été aisé de réaliser un dépouillement exhaustif des décisions, notamment des décisions de fond. Ces dernières demeurent trop souvent tapies dans l'ombre des recueils jurisprudentiels. Pourtant, c'est à partir d'elles que l'on est fréquemment parvenu à découvrir les finalités de l'instrumentalisation. Elles contiennent en effet souvent des détails déterminants de la solution. À l'heure où la Cour de cassation souhaite améliorer l'accessibilité et la compréhension de la norme judiciaire, il ne serait sans doute pas inutile d'assurer une plus large diffusion des décisions du fond qui, parfois, éclairent les siennes. Toutefois, c'est là une question qui dépasse le cadre de cette étude.

Ensuite, même lorsqu'il a été possible d'accéder aux détails des solutions judiciaires, légales ou administratives, il fut très rare d'y découvrir les motifs explicites de l'instrumentalisation de la donation indirecte. Par principe (ou tradition ?), les solutions masquent les considérations extra-juridiques d'où elles puisent parfois leur inspiration. La loi, générale et abstraite, ne s'épanche jamais sur les considérations d'opportunité qui ont pu en justifier l'adoption. C'est, en dehors des textes, au moyen des travaux parlementaires – lorsqu'ils étaient accessibles – que les finalités de certaines instrumentalisation légales ont donc été découvertes. Quant aux décisions judiciaires et administratives, il y a longtemps que la doctrine a remarqué que « les motifs donnés [dans ces dernières] ne correspondent pas toujours à ceux qui ont véritablement

---

<sup>735</sup> Suivant Monsieur ATIAS, cette expression, reprise par Madame DEUMIER dans un article d'ampleur sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation (P. DEUMIER, « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation – Étude des travaux préparatoires », *Mélanges J.-F. BURGELIN*, 2009, p. 125 et s.) aurait été employée pour la première fois par la Cour de cassation dans une décision de la chambre des requêtes du 16 mai 1838 considérant « que les jugements et arrêts résident entièrement dans leur dispositif et que la loi n'a pas pu exiger et qu'elle n'a, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs » (C. ATIAS, « Crise de la motivation judiciaire ? », conférence Cour de cassation, 17 mai 2005, consultable sur le site de la Cour de cassation).

<sup>736</sup> P. DEUMIER, « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation – Étude des travaux préparatoires », *art. préc.*, p. 125 et s. ; G. CORNU, « La bonté du législateur », *RTD civ.* 1991, p. 283.

inspiré le juge [ou l'Administration] »<sup>737</sup>. La qualification des actes demeure principalement fondée, dans la motivation des décisions, sur la volonté des parties que les juges ou l'Administration prétendent découvrir<sup>738</sup>. Pourtant, pour nombre des solutions étudiées, l'intention commune ou individuelle des parties ne semble que le vêtement qui habille des choix politiques du juge et/ou de l'Administration. Ces choix ont donc dû être recherchés, autant que faire se peut, dans les mailles des motifs des décisions, sinon parfois dans certaines de leurs interprétations doctrinales.

À ces deux difficultés de fond s'est enfin ajoutée une difficulté de forme. Les finalités de l'instrumentalisation de la donation indirecte étant diverses et variées, parfois enchevêtrées, il fut impossible de parvenir à leur catégorisation parfaite. Ce n'est pas dire qu'aucune classification ne peut être dégagée. Les finalités de l'instrumentalisation de la donation peuvent ainsi se rassembler selon deux ordres qui, pensons-nous, sont de nature à éclairer sous un nouveau jour certaines des décisions précédemment analysées : la quête de justice d'une part (**Chapitre 1**) et la recherche de l'utilité d'autre part (**Chapitre 2**).

---

<sup>737</sup> A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », *JCP G.* 1957, p. 1385. *Rapp.* : P. DEUMIER, « Les "motifs des motifs" des arrêts de la Cour de cassation – Étude des travaux préparatoires », *art. préc.*, p. 125.

<sup>738</sup> En ce sens, v. : G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1905, p. 446 et s. ; B. GELOT, *thèse préc.*, p. 21, n° 22 et p. 23, n° 23.

## CHAPITRE 1 – LA JUSTICE

**210. Annonce** – À bien y regarder, les décisions analysées en première partie paraissent, pour beaucoup, instrumentaliser la qualification de donation indirecte au service de la justice.

Que faut-il entendre par « justice »<sup>739</sup> ? Le terme est assurément polysémique. À suivre le célèbre article de Monsieur GHESTIN « L'utile et le juste dans le contrat », la « justice » ou, plus exactement le « juste », se définirait comme ce qui est conforme au droit positif<sup>740</sup>. Sous une telle acception, une décision en quête de justice serait donc une solution respectueuse, selon les juges, des normes juridiques. ARISTOTE note lui-même que le terme justice s'entend en deux sens : le premier, « ce qui est conforme à la loi » ; le second, « ce qui respecte l'égalité »<sup>741</sup>. La justice est donc en ce second sens une vertu spécifique (ARISTOTE l'appelle « justice particulière » : elle consiste à ne pas prendre plus que son dû), vertu qui peut trouver une traduction institutionnelle dans les deux espèces qu'il en identifie, à savoir, « la justice distributive » et la « justice corrective ». Cela permet d'entrevoir le lien entre la justice et l'équité, qui peut être entendue *lato sensu* comme l'expression même du lien analytique entre justice de traitement des individus ; ou *stricto sensu*, comme mise en œuvre de cette égalité en tant que « correctif à la loi ».

Toutefois, des deux espèces de justice particulière qu'ARISTOTE identifie, seule nous intéressera la seconde : « la justice corrective ». En effet, les motifs sous-jacents de l'instrumentalisation envisagée ci-après ne correspondent pas à l'idée de conformité normative. En somme, la justice, telle qu'elle semble innover l'instrumentalisation de la donation indirecte, incorporera ainsi l'idée de justice corrective au sens aristotélicien, c'est-à-dire la justice obéissant à une logique de rétablissement d'un déséquilibre, qu'il faudra compléter par

---

<sup>739</sup> Plus généralement, sur l'interdépendance du droit et de la justice, v. notamment : R. SAVATIER, *thèse préc.*, p. 278 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1949, n° 11 et 190 ; J.-M. TRIGEAUD, « Le légal et le moral du point de vue positiviste », *Rev. Éthique*, n° 22, 1996, p. 21 et s. ; R. BOUDON, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », *Mélanges F. TERRÉ*, Dalloz-PUF, 1999, p. 11 et s. ; F. TERRÉ, « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *Archives de philosophie du droit, L'égalité*, tome 51, Dalloz, 2008, p. 21 et s., spéc. p. 27 ; R. DRAGO, « La méthode législative à la lumière du juste et de l'injuste », *De l'injuste au juste*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, p. 61 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et le sentiment de justice », *Mélanges P. BÉZARD*, Montchrestien, 2002, p. 557 et s.

<sup>740</sup> J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chr., p. 1 et s.

<sup>741</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Librairie Générale Française, 1992. Pour une analyse détaillée de la définition de la justice corrective selon ARISTOTE et de sa distinction avec la justice distributive, v. notamment : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, p. 1 et s. n° 1 et s. ; F. CHÉNEDÉ, « Le droit civil, au naturel », *RTD civ.* n° 3, 2020, p. 506 et s. ; R. THERY, *Libéralisme pénal – Principes, contradictions et enjeux d'une institution non idéale*, thèse, Panthéon-Assas, 2022, p. 437, n° 781 et s.

une catégorie n'existant pas de manière distincte chez ARISTOTE : la justice répressive, c'est-à-dire celle qui vise non à réparer mais bien à punir<sup>742</sup>.

Cette acception de la justice donnée, il reste à identifier avec plus de précisions les instrumentalisation de la donation indirecte qui, tour à tour, semblent au service de la justice ou corrective (**Section 1**) ou punitive (**Section 2**).

## SECTION 1 – LA JUSTICE CORRECTIVE

**211. Distinction selon la portée des décisions** – Comme il vient d'être dit, la justice corrective dont on parle ici a pour but de restaurer un équilibre injustement rompu, que ce déséquilibre soit purement patrimonial ou recouvre un aspect davantage moral. En somme, la justice corrective poursuivie par cette instrumentalisation de la donation indirecte reposerait sur des considérations d'équité.

Dans cette visée équitable, il faut encore distinguer eu égard à la portée des solutions analysées. Alors que certaines d'entre elles paraissent au service d'une « équité particulière » (§1), au sens où l'instrumentalisation viserait une justice dépendante des circonstances propres au litige, d'autres décisions, quoiqu'également teintées de justice corrective, s'imposent plus largement et visent apparemment à préserver une « équité générale » (§2)<sup>743</sup>.

### §1 – L'ÉQUITÉ PARTICULIÈRE

**212. Annonce** – S'il est un domaine où l'équilibre est à la fois particulièrement important et particulièrement délicat à trouver, c'est sans doute le domaine du partage en droit patrimonial de la famille<sup>744</sup>. Aussi n'est-il pas surprenant que la donation indirecte puisse, de manière

---

<sup>742</sup> En effet, comme le souligne Madame THERY, la justice punitive reste chez ARISTOTE subsumée sous la catégorie de justice corrective. « À l'époque d'ARISTOTE, écrit l'auteur, la justice corrective renvoie indifféremment à la justice civile ou pénale, le monopole de la peine n'étant pas institué » (R. THERY, *thèse préc.*, p. 437 et s., n° 781 et s.).

<sup>743</sup> Pour plus de détails sur la distinction entre « équité particulière » et « équité générale », v. notamment : C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, thèse, LGDJ, thèse, p. 14 et s., n° 16. L'auteur analyse notamment l'œuvre de CICÉRON ayant consacré l'approche générale de l'équité (sur ce point, v. également : G. CIULEI, « Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de CICÉRON », *Revue historique du droit français et étranger*, Paris, Sirey, 1968, p. 646).

<sup>744</sup> Sur le sujet, v. notamment : H.-G. MIRABEAU, *Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe*, 2<sup>ème</sup> éd., 1826 ; J. PATARIN, « Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements de successions », *Mélanges P. VOIRIN*, 1966, p. 618 et s. ; R. SAVATIER, « Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution préférentielle en matière de

circonstanciée, constituer un instrument de rééquilibrage du partage aussi bien successoral (A) que matrimonial (B).

### **A – L'équité particulière au sein du partage successoral**

**213. Annonce** – À se risquer à un classement des opérations ayant entraîné une intervention du juge pour rétablir l'équité dans le partage successoral, il ressort des décisions analysées que l'instrumentalisation de la donation indirecte obéit, le plus souvent, à une logique d'égalisation<sup>745</sup>. Nombreuses sont en effet les solutions qui peuvent être lues comme la manifestation de la volonté des juges de préserver l'égalité du partage successoral.

Ces décisions peuvent être rapprochées d'autres manifestations d'instrumentalisation qui, quoique n'étant pas justifiées par l'idée d'égalisation, sont guidées par la volonté des juges de préserver l'équité lors de certains partages successoraux en sauvegardant l'efficacité des dernières volontés du défunt. Pour apprécier ces diverses solutions dites « d'équité particulière », il est ainsi nécessaire de distinguer celles visant à l'égalisation des droits des copartageants (1) de celles visant à la sauvegarde des dernières volontés du défunt (2).

#### *1 – L'égalisation des droits des copartageants*

**214. Annonce** – L'instrumentalisation de la donation indirecte semble plus fréquemment porter remède à des inégalités lors de règlements successoraux, que l'égalité des droits des copartageants ait été rompue par le défunt (a) ou par les copartageants eux-mêmes (b).

##### *a) L'égalité rompue par le défunt*

**215. Requalification d'une dette d'un héritier en donation rapportable** – Il arrive que ce soit le *de cuius* lui-même qui entende privilégier un de ses proches au détriment des autres, comportement que les juges pourront chercher à contrecarrer pour rétablir une certaine égalité

---

partage », *Mélanges P. VOIRIN*, 1966, p. 763 et s. ; J. PATARIN, « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », *Mélanges A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 335 et s. ; C. BRENNER et C. PUIGELIER, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2008, p. 77 et s.

<sup>745</sup> D'autres instrumentalisation de la donation indirecte s'illustrant lors d'un partage successoral semblent témoigner d'une logique d'indemnisation. En effet, quelques arrêts paraissent pouvoir être lus comme la manifestation des juges d'indemniser l'un des descendants du défunt pour l'aide qu'il lui a apportée. En ce sens, v. par exemple : CA Versailles, 26 mai 2020, n° 18/06446 ; CA Nîmes, 7 juin 2018, n° 16/02366 ; CA Toulouse, 5 septembre 2017, n° 17/563.

successorale. Trois exemples, qu'il convient de détailler, montrent que c'est bien l'idée de justice corrective qui, à chaque fois, explique le recours forcé à la qualification de la donation indirecte.

Un premier exemple peut être tiré d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 mars 2016, faisant recours à la technique du rapport *via* l'article 843 du Code civil<sup>746</sup>. Dans cette affaire, des parents ont cédé à leur fille divers actifs par acte sous seing privé du 30 janvier 1988. Le prix de cession a été converti en rente viagère, payable mensuellement aux cédants à partir de février 1988. Les deux parents décèdent et, en 2012, le frère de la cessionnaire demande le rapport de la donation de 430 000 euros que sa sœur aurait reçue de la part de leurs parents correspondant au montant total des impayés de la rente viagère à compter de novembre 1997. De son côté, la cessionnaire, admettant n'avoir pas réglé les arrérages, soutient que ces impayés résultent non d'une libéralité de son père mais d'une remise de dette de sa part. Par conséquent, elle considère ne rien devoir à la succession paternelle. Cette argumentation est rejetée par la cour d'appel qui juge que la cessionnaire a bénéficié d'une donation indirecte de la part de son père résultant du fait qu'il s'était abstenu de l'attirer en justice pour la contraindre au paiement de la rente. Les juges la condamnent en conséquence à restituer le montant des arrérages impayés au titre du rapport des libéralités.

En quoi cette affaire illustre-t-elle le recours à la donation indirecte pour corriger une inégalité successorale voulue par le défunt ? Pour qualifier un avantage de libéralité rapportable, encore faut-il, on l'a dit, y découvrir une intention libérale : sans intention libérale, pas de libéralité, sans libéralité, pas de rapport successoral. Or dans notre affaire, les juges ne se sont pas embarrassés d'une telle constatation. Pourquoi ? Tentons une explication en envisageant la même situation sans la caractérisation de la donation indirecte. Quel sort aurait été réservé aux arrérages impayés par la cessionnaire si l'on avait estimé que ces arrérages sont dus, faute, à la fois, de donation et de remise de dette ? À défaut d'intention libérale, c'est de « créance de la succession contre la fille », non de « donation indirecte à la fille », que les impayés litigieux auraient dû être qualifiés. L'héritière l'avait du reste souligné : selon elle, les arrérages dus à raison du contrat de rente viagère constituaient, non une donation indirecte, mais une dette dont elle était débitrice envers son père (avant que celui-ci n'y ait prétendument renoncé). Or payer une dette à la succession, n'équivaut pas à rapporter un bien reçu par donation dans celle-ci, quand bien même on parle de « rapport des dettes » et quand bien même le rapport d'un bien s'effectuerait en valeur par le paiement d'une indemnité de rapport. Si l'on parle de rapport des

---

<sup>746</sup> CA Paris, 2 mars 2016, n° 14/22290.

dettes c'est pour souligner leur intégration dans la masse partageable pour composer le lot du cohéritier débiteur, mais le rapprochement entre les deux rapports s'arrête à peu près là. Pour le dire autrement, les deux rapports, de dette ou d'un bien reçu par donation, n'obéissent pas au même régime juridique. En particulier, le cohéritier débiteur d'une dette peut établir l'extinction de celle-ci par prescription, selon le délai de droit commun. Les dettes d'un copartageant prescrites avant le décès du créancier ne peuvent ainsi faire l'objet d'un rapport à la masse à partager<sup>747</sup>. Au contraire, le rapport des donations à la succession ne se prescrit pas avant la clôture des opérations de partage<sup>748</sup>. Aussi bien, « les cohéritiers du gratifié, auxquels il est dû, ne peuvent se voir opposer que, depuis le décès, s'est écoulé le nombre d'années – hier trente, aujourd'hui cinq – par lequel s'accomplit la prescription extinctive »<sup>749</sup>. L'obstacle de la prescription est sans doute la clef de compréhension de la décision des juges parisiens.

Qu'en serait-il en effet dans l'espèce commentée si les rentes impayées avaient reçu la qualification de dette, non de donation indirecte ? On précisera au préalable qu'à l'égard d'une dette payable par termes successifs, la prescription se divise comme la dette elle-même et court à l'égard de chacune de ses fractions à compter de son échéance<sup>750</sup>. Une prescription distincte s'applique donc à chaque créance correspondant à chaque période successive. Dans notre affaire, si les arriérés avaient été qualifiés en dettes, celles-ci auraient de toute évidence été sujettes à « rapport » en application de l'article 864 précité. Mais pour une partie seulement : en effet, toutes les échéances impayées et non réclamées plus de cinq ans avant le décès du *de*

---

<sup>747</sup> CA Grenoble, 14 août 1845, *DP* 1846. II, p. 135 ; *Tb. civ. Seine*, 22 mai 1926, *DH* 1926. II, p. 137. À cet égard, on rappellera que la prescription des dettes d'un copartageant envers la succession est suspendue pendant la durée de l'indivision (C. civ., art. 865 *in fine*). Pour des illustrations jurisprudentielles, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janvier 1972, Bull. n° 16 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 décembre 1978, Bull. n° 377, *JCP G.* 1089. IV, p. 58 ; *Defrénois* 1979, art. 32093, n° 74, p. 1249, obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1998, Bull. n° 234, *Dr. fam.* 1998, comm. 161, obs. B. BEIGNER ; *RTD civ.* 1999, p. 161, obs. J. PATARIN ; *JCP G.* 1999. I, p. 132, obs. R. LE GUIDEC ; *Defrénois* 2002, art. 37089. La cohéritière avait essayé cette défense : faisant valoir que la première demande de son frère concernant la rente viagère figure dans l'assignation du 11 juin 2012, elle avait en effet soutenu devant les juges du fond que les arrérages échus antérieurement au 12 juin 2007 ne pouvaient être réclamés, soit l'équivalent d'environ 2 100 000 millions de francs. Mais l'argument est balayé par la cour d'appel qui relève que la prescription de l'article 2224 du Code civil ne court pas être indivisaires.

<sup>748</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2017, n° 16-16.894, Publié ; *RTD civ.* 2017, p. 461, note M. GRIMALDI ; *D.* 2017, p. 817 ; *AJ fam.* 2017, p. 309, obs. N. LEVILLAIN (évoquant malencontreusement le « rapport des dettes » tout en statuant sur une demande de « rapport de donations »).

<sup>749</sup> M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2017, *préc.*, *RTD civ.* 2017, p. 461.

<sup>750</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2021, n° 20-13.661 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2016, n° 14-22.938, 14-27.143, 14-28.539, *D.* 2016, p. 870, note M. LAGELÉE-HEYMANN ; *D.* 2016, p. 2305, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVEY ; *D.* 2017, p. 539, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJDI* 2016, p. 445, obs. G. VALDELIÈVRE ; *RDI* 2016, p. 269, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; *RTD civ.* 2016, p. 364, obs. H. BARBIER.

*cujus*, à savoir le 6 novembre 2010, auraient été déclarées éteintes par l'effet de la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil ; aussi, la restitution n'aurait porté que sur les impayés restants dus à compter du 6 novembre 2005, soit pour un montant d'environ 140 000 euros. Au contraire, sous la qualification de donation indirecte, les mêmes impayés pouvaient être restitués à la succession paternelle pour leur entier montant, soit 415 000 euros, puisque le rapport des libéralités peut être demandé pour leur valeur totale tant que le partage n'est pas accompli<sup>751</sup>. C'est ainsi que la solution de la cour d'appel, qui ne se limite pas à parler de dette impayée mais va jusqu'à parler de donation rapportable, paraît s'expliquer par le souci d'assurer l'égalité entre tous les cohéritiers du défunt. Sans cela, la prescription aurait empêché de rétablir l'égalité entre le frère et la sœur.

**216. Mise à disposition gratuite et prolongée d'un bien du défunt** – De manière plus franche, il existe d'autres cas où la volonté d'avantager un héritier par le *de cuius* s'est soldée par une requalification de l'opération en donation indirecte. L'hypothèse est connue : il s'agit de celle dans laquelle le *de cuius* met un immeuble à la disposition d'un héritier, gratuitement et pour une durée relativement longue<sup>752</sup>. Ici encore, la jurisprudence peut s'expliquer par le souci d'assurer une justice corrective entre les héritiers.

Lorsque l'héritier profite gratuitement d'un immeuble du *de cuius*, il réalise une économie de loyers. Est-ce à dire que cette économie est le fruit d'une libéralité ? Jusqu'en 2012, la Cour de cassation a, par le détour du concept d'avantage indirect, assujéti cette économie au rapport des libéralités. Pourtant, l'avantage résultant de la mise à disposition pouvait trouver son explication dans d'autres conventions qu'une donation, tel un engagement de soins ou d'entretien des lieux, dans une obligation alimentaire ou d'entretien, ou même dans un prêt à usage, lequel ne saurait donner lieu à aucune restitution lors du règlement de la succession du prêteur<sup>753</sup>, voire dans une obligation morale exclusive de toute intention libérale.

Si la Cour de cassation retient l'existence d'une libéralité, c'est probablement une nouvelle fois pour imposer le rapport et assurer une certaine égalité entre les héritiers. Ainsi, l'avantage tiré d'une économie sur des loyers se trouve gommé au moment du partage. Confrontée à ces solutions, la doctrine a d'ailleurs pu y déceler le déclin, en jurisprudence, d'une certaine

---

<sup>751</sup> À l'égard des donations de sommes d'argent, le principe du nominalisme monétaire s'applique. Ainsi, le rapport d'une somme d'argent est égal à son montant.

<sup>752</sup> V. *supra* n° 50.

<sup>753</sup> M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, *préc.*, *RTD civ.* 2012, p. 353, précisant qu'un prêt, « qui ne transfère ni ne constitue aucun droit réel, n'est pas une donation : il n'y a pas de donation de services ».

solidarité familiale – qui invite à faire profiter gratuitement son prochain de ses biens – au profit d’une approche stricte de l’égalité des héritiers, laquelle invite au contraire à comptabiliser toutes les opérations passées au sein de la cellule familiale. Ainsi selon Madame BARABÉ-BOUCHARD, ce qui justifie le rapport n’est plus l’existence d’une libéralité en avancement de part mais « l’existence d’une rupture objective d’égalité dans la situation des successibles »<sup>754</sup>. Quant à Messieurs MALAURIE et BRENNER, ils ont rapproché la solution des « coutumes “d’égalité parfaite” de notre Ancien droit » où, rappellent-ils, « l’on cherchait à déceler scrupuleusement tous les avantages dont avait pu profiter un enfant »<sup>755</sup>. Si l’exemple appartient désormais à l’histoire, il n’en démontre pas moins de manière très éclairante comment l’utilisation de la donation indirecte, par le lien qu’elle entretient avec le rapport, peut devenir l’instrument privilégié d’une politique d’égalisation des situations au nom de la justice corrective.

**217. Mise en situation professionnelle privilégiée** – Afin d’achever de s’en convaincre, prenons un dernier exemple où, à nouveau, l’avantage né d’une opération voulue par le *de cujus* sera effacé par le recours à une donation indirecte. Il s’agit cette fois de la reprise par l’héritier de l’activité professionnelle du *de cujus*.

Une telle situation a donné lieu à un arrêt rendu le 19 novembre 1968 par la Cour de cassation<sup>756</sup>. Après le décès d’un représentant de commerce, sa fille avait continué l’activité en

---

<sup>754</sup> V. BARABÉ-BOUCHARD, « Occupation gratuite d’un logement par un héritier – De la dispense systématique de rapport au rapport systématique ? », *JCP N.* 2006, p. 1220.

<sup>755</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 511, n° 668, citant eux-mêmes : J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, n° 1004, n° 3. En effet, l’Ancien droit ne comptait pas que des coutumes permettant de « faire » un héritier ou aîné. À côté d’elles, coexistaient d’autres usages qui obligeaient les parents à s’en tenir à l’égalité parfaite entre leurs descendants : à l’ouverture de la succession, un rapport de *tous* les avantages perçus, même sans *animus donandi*, était ainsi imposé (sur le sujet, v. par exemple : X. MARTIN, *Le principe d’égalité dans les successions roturières en Anjou et dans le Maine*, Paris, PUF, 1972). D’ailleurs, la loi révolutionnaire du 17 nivôse an II consacra ce système des coutumes d’égalité parfaite : le disposant ne pouvait ainsi pas dispenser du rapport l’héritier et ce dernier y était tenu même en cas de renonciation à la succession. Mais cette disposition fut de courte durée car la loi du 4 germinal an VIII revint au système des coutumes de préciput.

<sup>756</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 1968, Bull. n° 287 ; *JCP G.* 1969. II, p. 15899, note M. DAGOT ; *Deffrénois* 1969, art. 29304, note J. MAZEAUD. D’autres arrêts, plus anciens, avaient tracé la voie dans laquelle s’est engagé l’arrêt rapporté. En effet, par une suite d’arrêts, la Cour de cassation a-t-elle affirmé que des « avantages » très voisins constituaient une valeur patrimoniale soumise aux règles du partage. Un arrêt du 27 décembre 1963 l’a admis pour la succession d’un chauffeur de taxi (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 décembre 1963, Bull. n° 569). Le frère du *de cujus* avait obtenu que l’autorisation administrative dite « de stationnement » soit transférée à son nom ; la Cour de cassation a retenu « que l’avantage pécuniaire résultant, pour l’exploitant d’un taxi, de l’usage permettant de demander, moyennant rémunération, le transfert à un tiers de l’autorisation de stationner à un emplacement déterminé, constitue une valeur patrimoniale, qui doit figurer dans la masse successorale, à laquelle il est éventuellement rapportable ».

le remplaçant auprès des entreprises qui l'employaient. Lors du règlement de la succession, ses frères et sœurs ont demandé le rapport à la succession de l'avantage que présentait pour elle cette mise en situation professionnelle privilégiée, plus précisément du « portefeuille de représentation »<sup>757</sup>. Leur demande est rejetée par les juges du fond aux motifs que « les contrats qui lient [les] représentants de commerce à leurs employeurs sont conclus *intuitu personae* et que les droits qu'ils font naître au profit de l'une ou de l'autre des parties ne peuvent être cédés librement ». Assimilant ledit « portefeuille de représentation » à une clientèle civile, incessible à l'époque du litige, les juges du fond considèrent ainsi que la défenderesse n'a perçu aucun avantage rapportable. Cette analyse est balayée par la Cour de cassation qui, au visa de l'article 843 du Code civil, juge que « l'avantage pécuniaire résultant, pour un héritier, de la situation privilégiée qui lui a permis de remplacer le défunt dans sa profession de représentant de commerce, constitue une valeur patrimoniale qui doit figurer dans la masse successorale, à laquelle il est éventuellement rapportable ». Selon la Cour, les juges du fond auraient dû rechercher si, concrètement, la fille du défunt n'avait pas tiré un avantage personnel de sa « situation privilégiée » ou, dit autrement, de la possibilité qui lui avait été offerte de se faire attribuer le bénéfice des contrats conclus par son père au cours de sa profession. N'ayant pas procédé à cette recherche, leur décision fut cassée par la Cour de cassation pour violation de l'article 843<sup>758</sup>.

Une fois de plus, l'avantage se mue en donation indirecte rapportable. Pourtant, ni l'élément intentionnel ni l'élément matériel de celle-ci ne semblent caractérisés. D'abord, à la lecture de l'arrêt, on peut sérieusement douter que l'intention libérale du *de cuius* ait été véritablement

---

Dans une autre espèce, la chambre civile, constatant que les dépôts de journaux (dits « kiosques à journaux ») font, en pratique, « l'objet de cessions à titre onéreux portant sur un droit de présentation », a déclaré que ces dépôts ont « une valeur patrimoniale » dont les juges du fond ont, à bon droit, ordonné le rapport (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1963, Bull. n° 304). De même encore l'héritier qui, pour pouvoir exploiter sous son propre nom le laboratoire d'analyses médicales de son père, en a demandé la radiation administrative, a tiré un avantage de cette situation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 1965, Bull. n° 65).

<sup>757</sup> Il s'agit là de l'expression employée par les demandeurs.

<sup>758</sup> Dans un arrêt du 14 juin 1972, rendu dans la même affaire, la Cour de cassation a jugé que cet avantage, effectivement rapportable, correspondait au prix que le défunt aurait pu obtenir s'il avait réalisé de son vivant la cession des cartes de représentant actuellement exploitées par sa fille. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1972, Bull. n° 156 ; *RTD. civ.* 1973, p. 593, obs. R. SAVATIER : « mais attendu que, d'une part, l'évaluation de l'avantage recueilli par Yvonne Naime est souveraine et n'est en rien atteinte par la double constatation que [celle-ci] n'est devenue titulaire des cartes de représentant qu'après la mort de son père et qu'elle aurait pu n'en pas devenir titulaire ; que, d'autre part, l'avantage fait par son père à Yvonne Naime consistant à l'avoir placée dans une situation privilégiée, cet avantage qui recelait en puissance le profit à retirer de la conclusion ultérieure de contrats de représentation existait dès l'ouverture de la succession ; qu'enfin, si l'arrêt attaqué relate la précision émanant d'Yvonne Naime que la collaboration par elle donnée à son père a empêché que les contrats de représentation "ne soient résiliés du vivant de Mathieu Naime", cette précision est sans incidence sur l'évaluation de l'avantage qu'Yvonne Naime a recueilli.

recherchée puis démontrée... En outre, comme le souligne SAVATIER après les juges du fond, à l'époque où la décision a été rendue, la clientèle civile, à laquelle on assimile ici le « portefeuille de représentation » n'était pas cessible et n'avait donc aucune valeur patrimoniale<sup>759</sup>. Avant la décision étudiée, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait en effet jugé que, lorsqu'un contrat de représentation commerciale prenait fin par le décès du représentant, les héritiers de celui-ci ne pouvaient pas réclamer une indemnité de clientèle parce que ce droit ne préexistait pas au décès et que la loi ne l'instituait pas au profit des héritiers<sup>760</sup>. Sans valeur à transmettre, ni intention libérale prouvée, il n'y aurait donc pas dû avoir d'avantage indirect... Et sans donation indirecte, aucun rapport ne pouvait être ordonné. Par où l'on voit bien que la qualification d'avantage indirect, pour ne pas dire « donation indirecte », choisie par la Cour de cassation a permis de restituer à la masse partageable un « bien » qui n'était pourtant pas susceptible d'évaluation : la quasi-clientèle civile constituée par le « portefeuille de représentation » du *de cuius*.

On a pu justifier ce recours quelque peu forcé au rapport successoral par l'idée de parallélisme entre le droit des successions et le droit des régimes matrimoniaux. À cette époque, il est vrai, la jurisprudence admettait que la valeur du portefeuille de représentant de commerce puisse être un bien commun et donc faire partie du partage de la communauté<sup>761</sup>. Sans doute, la solution peut-elle se recommander en partie de cette idée d'harmonisation. Mais le contexte successoral de l'arrêt, c'est-à-dire la présence de plusieurs héritiers, invite à chercher une autre explication. La solution semble surtout dominée par le souci d'assurer l'égalité entre les cohéritiers du *de cuius*<sup>762</sup>. Il paraît bien que l'on soit ici en présence d'une application extensive de l'article 851 du Code civil, qui prévoit notamment que « le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers »<sup>763</sup>, ce qui aboutit à un raffinement tout à fait remarquable dans la recherche d'égalité en matière successorale. Il s'est apparemment agi

---

<sup>759</sup> . SAVATIER, *RTD civ.* 1973, p. 593. Les clientèles civiles sont désormais cessibles et constituent une valeur patrimoniale, pour autant, que soit respectée la liberté de la clientèle et que le « fonds libéral » soit aussi cédé (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, Bull. n° 283, *JCP G.* 2011. II, p. 10452, note F. VILLA ; *JCP G.* I. 2001, p. 301, obs. J. ROCHFELD ; *JCP E.* 2001, p. 419, note G. LOISEAU : « Mais attendu que si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; qu'à cet égard, la cour d'appel ayant souverainement retenu, en l'espèce, cette liberté de choix n'était pas respectée, a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen, mal fondé en sa première branche, est inopérant en sa seconde ».

<sup>760</sup> Cass. soc., 19 septembre 1940, *DH* 1940, p. 199 ; Cass. soc., 11 août 1944, *D.* 1945, p. 58.

<sup>761</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 1967, *D.* 1968, p. 4 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 1968 (deux arrêts), Bull. n° 19 et 20, *D.* 1968, p. 220.

<sup>762</sup> J. MAZEAUD, note sous l'arrêt rapporté.

<sup>763</sup> M. DAGOT, note sous l'arrêt.

de dépasser le seul point de vue patrimonial pour, en définitive, prendre en compte la situation réelle des héritiers dans leur vie professionnelle ou sociale. Comme le relevait CARBONNIER : « à côté des successions et libéralités patrimoniales, qui ont accaparé l'attention des civilistes, il existe des successions et libéralités extrapatrimoniales souvent bien plus lucratives, qu'aucune loi ne règle, qu'aucun inventaire ne décrit, qu'aucun impôt ne frappe. Le P.D.G. cède son fauteuil à son gendre ; le fils profite du nom, des relations, du crédit de son père ; il y a des dynasties de sommités »<sup>764</sup>. Et de poursuivre : « Or ces bénéfices familiaux, qui se répandent en dehors des canaux du droit, peuvent se trouver inégalement répartis. Le principe d'égalité, mis au goût du jour, exigerait que ces inégalités-là fussent aussi redressées ». Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation a gommé, à ce qu'il semble, la différence entre les deux successions, patrimoniales et extrapatrimoniales, et la valorisation croissante d'éléments autrefois situés hors du marché dans une recherche d'égalité toujours plus sensible entre les héritiers. Le rapport et la donation indirecte sont les instruments de cette instrumentalisation égalisatrice, comme en témoignent les trois exemples retenus ici. Voyons ce qu'il en est lorsque la rupture de l'égalité provient des copartageants entre eux-mêmes.

*b) L'égalité rompue par les copartageants*

**218. Bail rural consenti à un héritier par un coindivisaire** – La source de l'inégalité entre les cohéritiers ne dépend pas toujours d'une décision du *de cuius* : il arrive que ce soient les coindivisaires qui privilégient l'un d'eux. Or là encore, les juges font preuve d'adaptation et instrumentalisent la donation indirecte pour restaurer une certaine égalité successorale.

Un arrêt du 31 mars 1981 en offre un témoignage éclairant. Dans cette affaire, la Cour de cassation a jugé que le bail consenti par des coindivisaires à l'un des futurs copartageants sur une exploitation agricole dont il était l'attributaire lui conférait un avantage indirect rapportable au titre du rapport des libéralités. Elle a en effet considéré « qu'après avoir exactement relevé que ce bail consenti, sans contrepartie synallagmatique, avait conféré [à l'attributaire] et aux dépens de la masse partageable sur laquelle il n'avait que des droits égaux à ceux des futurs copartageants, un avantage indirect représenté par le bail, la cour d'appel en a justement déduit que, pour assurer l'égalité des indivisaires dans les opérations de partage, la valeur de cet avantage devait être rapportée à la masse successorale, peu important à cet égard que le bail eut

---

<sup>764</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd. 1995, p. 102.

été consenti par les cohéritiers postérieurement à l'ouverture de la succession ou par le père lui-même [...] »<sup>765</sup>.

Où résidait précisément l'avantage litigieux ? L'explication est donnée par le Doyen SAVATIER<sup>766</sup>. L'auteur relève que l'octroi d'un bail rural à l'attributaire d'une exploitation agricole dépendant d'une succession rompt l'égalité des futurs copartageants à double titre : d'une part, en conférant au preneur la jouissance exclusive du bien loué ainsi que de toutes les prérogatives attachées à sa qualité de preneur (droit au renouvellement et à la préemption notamment) ; d'autre part, en diminuant la valeur vénale du bien loué du fait de son existence, mais également des prérogatives précitées. En outre, précise l'auteur, cette inégalité demeurerait en présence d'un loyer à la charge du preneur car cette contrepartie constituerait la seule rétribution du propriétaire (ici la succession). Aussi, seul le versement d'un pas de porte d'un montant égal à la valeur du droit au bail serait en mesure de rééquilibrer les droits des copartageants. Pour le dire autrement, l'avantage résultant de l'octroi d'un tel bail résiderait, tout d'abord, dans le fait que le preneur bénéficierait de tous les attributs attachés à cette qualité, contrairement à ses copartageants ; ensuite dans ce que la valeur du bien loué est diminuée, ce qui touche l'ensemble des coindivisaires. Et cet avantage ne pourrait être compensé que par le paiement d'un pas de porte (et non par les loyers qui compensent déjà et uniquement la mise à disposition du bien à l'indivisaire). Or dans notre affaire, c'est précisément après avoir constaté que le bail avait été consenti à l'attributaire « sans aucune contrepartie synallagmatique » que les juges ont sollicité le rapport à la succession de la différence entre la valeur du bien loué s'il n'était pas loué, et la valeur du bien en l'état, c'est-à-dire loué. En définitive, la solution invite à l'inclure dans la masse partageable comme s'il ne l'était pas. Ce faisant, la Cour de cassation évite que l'héritier preneur ne profite du bien sans avoir à compenser sa perte de valeur, laquelle résulte du bail lui-même et aurait dû, si l'on suit le Doyen SAVATIER, être amortie par le paiement d'un pas de porte.

Ici, comme dans les arrêts précités, la Cour de cassation occulte l'exigence de l'intention libérale. Il est question de rapport, d'avantage en valeur, mais nullement de preuve de l'intention libérale. Cette stratégie d'évitement peut s'expliquer. En l'espèce, le bail avait été consenti, non par le défunt, mais par les coindivisaires de l'attributaire. Or la découverte d'une

---

<sup>765</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *Defrénois* 1981, p. 1327, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP* 1981. IV, p. 224 ; *JCP N.* 1982. II, p. 28, note P. REMY ; *RTD civ.* 1982, p. 183, J. PATARIN.

<sup>766</sup> R. SAVATIER, « Rôle constructif de la jurisprudence en matière de rapport dans les partages. Application au rapport du droit au bail ou d'occupation sur un immeuble », *JCP G.* 1969. I, p. 2214. V. également : R. SAVATIER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 1965, Bull. n° 690 ; *D.* 1967, p. 407.

intention libérale des coindivisaires, et donc d'une libéralité de leur part, n'aurait pas pu donner lieu au rapport successoral de l'avantage conféré par le bail. En effet, seules les donations consenties *par le défunt* sont rapportables à sa succession. Le pourvoi l'avait du reste souligné, en soutenant que la technique du rapport, prévue à l'article 843 du Code civil, ne concernait que les libéralités reçues *du défunt*. La Cour de cassation ne se résout pas à l'argument, jugeant « qu'il importe peu, pour l'application de l'article 843 du Code civil, que le bail ait été consenti par les cohéritiers postérieurement à l'ouverture de la succession ou par le *de cuius* lui-même ». Il y a là incontestablement un élargissement prétorien du champ d'application du rapport des libéralités non dénué d'audace<sup>767</sup>. Cependant, contrairement aux arrêts précités relatifs aux agissements du *de cuius*, le motif de cette extension est explicitement visé dans la lettre de la décision : l'octroi du bail crée un avantage au profit de l'attributaire de l'exploitation agricole qui doit être rapporté au nom, nous dit la Cour de cassation, « de l'égalité des indivisaires dans les opérations de partage ». L'extension du domaine du rapport des libéralités s'explique donc ici par des considérations de justice corrective<sup>768</sup>. Cette quête « de justice et d'équité »<sup>769</sup> n'est cependant pas totalement surprenante en la matière, la Cour de cassation ayant déjà jugé que lorsque le *de cuius* donne à bail à l'un de ses enfants un bien dont il obtient l'attribution lors du règlement de la succession, ce bien doit être évalué comme un bien occupé, non comme un bien libre<sup>770</sup>. Cet arrêt, relatif à la rupture d'égalité effectuée entre copartageants, rejoint ainsi les décisions précédemment analysées relatives au rétablissement de la justice corrective rompue par la volonté du *de cuius* qui désirait avantager un héritier. Et une fois encore, c'est la technique du rapport qui a été sollicitée par les juges pour contraindre l'héritier élu à remettre dans la masse commune le trop-perçu.

Dans toutes ces solutions, une même considération semble donc avoir retenu l'attention des juges, à savoir la recherche d'équité, renvoyant précisément ici à l'égalité entre les cohéritiers. Ces solutions sont, semble-t-il, à rapprocher d'autres décisions qui, s'efforçant de sauvegarder les dernières volontés du défunt, traduisent également une instrumentalisation « équitable » de la donation indirecte.

---

<sup>767</sup> P. REMY, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *JCP N.* 1982. II, p. 28.

<sup>768</sup> P. REMY, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *JCP N.* 1982. II, p. 28, lequel relève que la solution est à la fois « équitable et réaliste » ; G. CHAMPENOIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *Defrénois* 1981, p. 1327, relevant que la Cour de cassation semble, en l'espèce, « surtout sensible à un souci de justice et d'équité ».

<sup>769</sup> G. CHAMPENOIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, *préc.*

<sup>770</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juin 1973, *JCP G.* 1973. II, p. 17559, note J. PATARIN ; *Defrénois* 1974, art. 30726, p. 1087, note G. MORIN.

## 2 – La sauvegarde des dernières volontés du défunt

**219. Première illustration : validation de vœux précatifs** – Un premier exemple de cette instrumentalisation équitable de la donation indirecte peut être donné par un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 mars 1994<sup>771</sup>.

Le 26 mai 1969, une femme décède en laissant pour lui succéder ses trois enfants ainsi que la fille naturelle d'un quatrième enfant prédécédé. Dans son testament, la défunte a émis le vœu que sa petite-fille, issue de son fils prédécédé, reçoive en nature une part de sa succession. Puis, par acte sous seing privé du 13 juin 1970, les trois enfants de la défunte ont donné leur accord pour un partage en quatre parts égales, dont l'une revenait précisément à leur nièce. Toutefois, lors des opérations de liquidation, l'un des enfants a sollicité la nullité dudit acte aux motifs que ce dernier constituait une libéralité ayant pour objet d'allouer à sa nièce une part dans la succession de sa grand-mère malgré l'incapacité absolue de lui succéder dont elle était frappée en vertu de l'article 757 ancien du Code civil<sup>772</sup>. Dans sa version applicable à l'espèce, cette disposition ne laissait, en effet, aucun droit à l'enfant naturel sur les biens des grands parents. En outre, à l'époque de l'arrêt, l'enfant naturel ne pouvait représenter son parent prédécédé. Si l'on comprend bien, pour le demandeur, l'acte sous seing privé – qu'il avait lui-même signé – était donc nul comme constitutif d'une libéralité adressée à une personne « incapable », l'incapacité de l'enfant naturel à succéder à ses grands-parents étant regardée comme d'ordre public à l'époque.

Sa demande est rejetée tant par la cour d'appel que par la Cour de cassation. Cette dernière juge ainsi que « s'il est exact que [la petite-fille de la défunte] ne pouvait représenter son père prédécédé dans la succession de sa grand-mère, cette seule circonstance est insuffisante pour établir que, par l'acte du 13 juin 1970, les enfants [de la défunte] avaient entendu, en lui attribuant une part de la succession, consentir à [leur nièce] une donation soumise aux formes prévues par les articles 931 et 932 du Code civil ». Puis d'ajouter que « les juges du fond, [ayant] relevé que, dans son testament, la défunte avait manifesté la volonté que [sa petite-fille

---

<sup>771</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994, n° 92-12.800, *Defrénois* 1994, p. 1539.

<sup>772</sup> L'article 757 prévoyait seulement que « le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère prédécédés, est réglé ainsi qu'il suit : si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien que des ascendants ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants ni ascendants, ni frères ni sœurs ». Ce n'est qu'avec la loi du 1<sup>er</sup> août 1972 que l'enfant naturel a acquis les mêmes droits qu'un enfant légitime dans la succession de ses père et mère et autres ascendants. Désormais, depuis la réforme du 3 décembre 2001, « la loi ne distingue plus selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder » (C. civ., art. 733).

naturelle] reçoive une part de sa succession, l'acte en cause [à savoir celui du 13 juin 1970] avait donc pour objet de donner effet à la volonté de la testatrice [...] de sorte que *cette donation indirecte* n'était pas soumise aux formes prescrites par les articles précités ».

Selon la Cour de cassation, l'acte litigieux constituerait donc la mise en exécution du legs précatif de la testatrice en faveur de sa petite-fille. Or cette mise en exécution aurait réalisé la « novation » d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle novation serait incompatible avec la qualification de donation indirecte. Pourtant, on l'a dit, sous quelque angle d'analyse que l'on se place, cette décision porte déformation de la notion classique de donation indirecte<sup>773</sup>. Cette déformation peut être lue comme manifestant la volonté des juges de sauver de la nullité les dispositions précatives de la testatrice ou, pour transposer les mots de CARBONNIER, de « faire après coup ce qu'un notaire eût pu faire d'abord : donner une forme juridique à la volonté certaine du disposant »<sup>774</sup>. En effet, pour être valable, un legs implique l'existence d'une volonté certaine du défunt, « ce qui [le] distingue des simples vœux ou des dispositions précatives [...] qui sont dépourvus de caractère obligatoire : leur efficacité dépend de la volonté discrétionnaire de l'héritier qui peut décider de les exécuter sans que rien ne puisse l'y contraindre »<sup>775</sup>. Dans notre affaire, la qualification de donation indirecte paraît dès lors avoir servi à contraindre l'héritier demandeur à exécuter le legs précatif de la testatrice, à préférer le respect casuel de la volonté du défunt que la protection générale de la forme testamentaire<sup>776</sup>.

**220. Seconde illustration : validation d'un legs verbal** – Manifestent aussi cette volonté de sauvegarde des dernières volontés du défunt, les solutions précédemment analysées relatives à la promesse de délivrance d'un legs verbal<sup>777</sup>.

Reprenons un exemple tiré d'un arrêt du 4 janvier 2005<sup>778</sup>. Dans cette affaire, la Cour de cassation a jugé que l'acte par lequel une personne déclarait vouloir exécuter, en faveur de son frère, un legs verbal consenti par son grand-père constituait, non une donation indirecte, mais un engagement unilatéral pris en connaissance de cause d'exécuter une obligation naturelle. En d'autres termes, les juges ont considéré que la promesse de délivrance du legs verbal par

---

<sup>773</sup> Sur ce point, v. *supra* note n° 163.

<sup>774</sup> J. CARBONNIER, « De la distinction de la substitution prohibée et du double legs en usufruit et en nue-propriété », *Deffrénois* 1946, art. 26421, p. 203.

<sup>775</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.* p. 317, n° 414.

<sup>776</sup> *Rapp.* : D. GUÉVEL, « Remarques sur l'évolution des conditions de forme », *Mélanges M. GOBERT*, *Économica*, 2004, p. 468, n° 28.

<sup>777</sup> Sur l'analyse de ces solutions, v. *supra* n° 19 et s.

<sup>778</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, Bull. n° 4, *JCP G.* 2005. II, p. 10519, note M. MEKKI.

l'héritier du défunt constituait un acte à titre onéreux, de sorte qu'aucune libéralité ne pouvait être caractérisée entre les deux frères. D'un point de vue technique, on l'a vu, cette solution peut être critiquée : l'obligation naturelle que l'héritier aurait volontairement exécutée n'exclut pas inéluctablement l'intention libérale à l'égard de son frère et donc la requalification de l'acte en donation indirecte – ce dont témoigne d'ailleurs l'illustration précédente<sup>779</sup>.

La raison de cette instrumentalisation est très souvent recherchée dans le droit fiscal, et ce, sans doute parce que le premier arrêt sur la question, rendu en 1860<sup>780</sup>, portait précisément sur la taxation d'un tel engagement. Pour mémoire, dans cette affaire, la Cour avait jugé que la délivrance d'un legs verbal par les héritiers du défunt « n'est point attributive mais simplement déclarative d'une transmission de propriété, puisqu'il est admis et constaté que cette transmission ne procède pas directement du légataire universel qui opère la délivrance, et qu'au contraire elle remonte à la personne même du testateur [...] ». Dès lors, concluait-elle, le légataire verbal n'est pas soumis au paiement des droits de donation. Aussi bien, pour de nombreux auteurs, l'instrumentalisation négative de la donation indirecte réalisée par les juges en matière d'exécution de legs verbal aurait pour objectif d'atténuer la charge fiscale<sup>781</sup>. En ce sens, Monsieur BAHUREL écrit : « de cette validité du verbal, il s'ensuit que l'exécution du legs verbal par l'héritier ne correspond pas à une donation de sa part faite au légataire [...]. En droit fiscal, il y a un seul paiement de droit de mutation qui frappe le legs. S'il y avait eu libéralité de la part de l'héritier, deux droits de mutation auraient été appliqués, le premier pour la succession du *de cuius*, le second pour la donation de l'héritier »<sup>782</sup>. Autrement dit, en s'efforçant de nier la qualification de donation indirecte, les droits de mutation ne s'appliquent qu'une seule fois et sont perçus par l'Administration d'après le degré de parenté entre le testateur et le légataire, et non entre ce dernier et l'héritier « exécuteur »<sup>783</sup>.

---

<sup>779</sup> Comme on l'a montré, l'engagement d'exécuter un legs verbal pourrait être analysé comme une renonciation au droit d'invoquer l'inefficacité du legs verbal. En outre, étant autonome, cette renonciation disposerait de sa propre cause, laquelle pourrait très bien résider dans l'intention libérale de l'héritier « exécuteur ». Or, si cette renonciation se formalise en une promesse de délivrance, dépourvue de simulation et muette sur sa cause libérale, la qualification de donation indirecte pourrait, à notre avis, être retenue.

<sup>780</sup> Cass. civ., 19 décembre 1860, *DP* 1861. I, p. 17. Déjà implicitement en ce sens, v. : Cass. req., 26 janvier 1826, *S.* 1827. I, p. 139 ; Trib. de la Réole, 4 mars 1846, *D.* 1846, p. 59 ; Paris, 16 février 1860, *D.* 1860, p. 122.

<sup>781</sup> Ou l'instrumentalisation « négative » du don manuel, lorsqu'il s'agit, non d'un acte de promesse de délivrance, mais d'une délivrance matérielle du legs verbal.

<sup>782</sup> C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 92, n° 92.

<sup>783</sup> *Rapp.* : Rép. min., 22 juillet 1954, *JO* déb. Ass. nat., p. 3516.

Encore ne faut-il point, à notre avis, borner le regard au seul contentieux fiscal traité par cet arrêt. Certes la négation forcée de la qualification de donation indirecte évite une double mutation fiscale. Toutefois, il n'est pas certain que *cet effet pratique* attaché à l'instrumentalisation corresponde à *la finalité recherchée* par les juges. Du moins, cet effet devrait être replacé dans le contexte particulier du litige : la validité des dispositions de dernières volontés dont on sait qu'elles sont essentiellement « le témoignage de l'âme »<sup>784</sup> ou, dit-on encore, « le cri du cœur »<sup>785</sup> du testateur. Aussi bien, le « sauvetage » du legs verbal par le jeu de l'obligation naturelle, et donc la négation du régime civil et fiscal de la donation indirecte, pourrait s'expliquer par l'idée de convenance sociale : l'instrumentalisation manifesterait, là encore, le respect par les juges de la « force mystique »<sup>786</sup> des dernières volontés du défunt, en leur donnant plein effet.

**221. Synthèse** – Même si les arrêts ne le précisent pas toujours expressément, l'instrumentalisation de la qualification de donation, positive ou négative, paraît pouvoir s'expliquer par l'idée de justice corrective au sein du partage successoral. Cette irruption de l'équité particulière dans le processus de qualification de la donation indirecte, et plus particulièrement de l'égalité, ne vaut d'ailleurs pas seulement en matière successorale : d'autres solutions rendues en matière de partage matrimonial semblent également exprimer un certain désir de justice et d'équité.

## **B – L'équité particulière au sein du partage matrimonial**

**222. Annonce** – D'après CARBONNIER, « les douleurs du divorce, pour une part considérable, sont celles de l'après divorce »<sup>787</sup>. Et HAUSER d'ajouter : « et, plus

---

<sup>784</sup> *Institutes* de Justinien, 2, 10, principium : « *testamentum est eo appellatur quod testatio mentis est* ». Pour plus de détails, v. : H. LEVY-BRUHL, *Cours de droit romain approfondi : le testament en droit romain*, Les cours de droit, 1948-1949, p. 101 et s.

<sup>785</sup> C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 28, n° 1.

<sup>786</sup> P. MALAURIE, *Les successions – Les libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2010, n° 469. *Rapp* : J. CARBONNIER, *Le mythe comme support de la règle de droit*, Cours de doctorat (1977-1978), PUF, 2008, p. 1209 et s., selon qui « la force obligatoire du testament repose sur ce mécanisme de crainte, des morts, des parents » ; R.-T. TROP LONG, *Droit civil expliqué, commentaire du titre II du livre III, Des donations et des testaments*, C. Hingray, 1855, préface : « Qui pourrait d'ailleurs ne pas respecter les dernières volontés d'un mourant ? [...] Nous ne voyons dans les livres saints que la bénédiction des patriarches s'étend sur la famille comme un décret venu de Dieu. Partout et dans tous les pays connus, civilisés ou non, les désirs exprimés par le père, dans son moment suprême, parlent plus haut aux enfants recueillis que toutes les lois de l'ordre civil ».

<sup>787</sup> J. CARBONNIER, « La question du divorce », *D.* 1975, chr. 118.

particulièrement, celles du partage des biens [du couple] »<sup>788</sup>. On ne s'étonnera pas dès lors que les partages matrimoniaux, incluant ici le partage des biens tant des époux que des partenaires pacsés et des concubins, donnent naissance à des revendications de justice traduites le plus souvent par un désir d'égalité. Or l'analyse de certaines solutions invite à se demander si la qualification de donation indirecte ne constitue pas un instrument utile à la satisfaction de telles demandes. En effet, certaines manipulations de la donation indirecte semblent traduire une volonté des juges – et plus rarement du Gouvernement – d'assurer une certaine égalité tant entre les membres d'un couple (1) qu'entre les différentes formes de couples (2).

### *1 – L'égalité dans le couple*

**223. Position du problème : l'indemnisation de l'entraide conjugale**<sup>789</sup> – Pendant un temps, la jurisprudence a entendu assurer une égalité patrimoniale dans le couple en disqualifiant certaines donations indirectes entre époux séparés de biens en ce qu'il convient d'appeler une « donation rémunératoire ». Cette jurisprudence a prospéré surtout avant la loi du 26 mai 2004, supprimant la libre révocabilité des donations de biens présents entre époux. Revenons donc sur ces décisions qui, quoique probablement appelées à ne plus être réitérées<sup>790</sup>, manifestent combien la donation indirecte a pu être mise au service de l'égalité au sein du couple.

En vertu de l'article 214 du Code civil, chacun des époux est tenu de contribuer aux charges du mariage<sup>791</sup>. Une telle contribution peut être effectuée en nature et donc éventuellement au

---

<sup>788</sup> J. HAUSER, « Liquidation-partage après divorce : controverses et précision », *RTD civ.* 2013, p. 96.

<sup>789</sup> Sur l'entraide conjugale, et plus généralement sur l'entraide familiale, v. notamment : G. TIRET, *Les relations juridiques de travail à l'intérieur de la famille*, thèse, Paris, 1941 ; R. NERSON, « Le travail ménager de la femme mariée », *Mélanges A. BRUN*, Librairie économique et sociale, 1974, p. 409 ; C. PHILIPPE, *Le devoir d'assistance et de secours entre époux, Essai sur l'entraide conjugale*, thèse, LGDJ, 1981 ; F. DEKEUWER, *L'entraide familiale*, thèse, Lille, 1992 ; V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2004 ; C. LEFRANC-HAMONIAUX, « L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps », *Dr. fam.* 1999, chron. 13 ; C. PHILIPPE, « Couple et bricolage », *Dr. fam.* 2015, étude 5 ; N. PETRONI-MAUDIÈRE, *Le déclin du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux*, thèse, Limoges, 2004, p. 80, n° 58 et s. ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse, Limoges, 1997, p. 738 ; B. VAREILLE, « Régimes conventionnels : contribution aux charges du mariage et rémunération de la femme au foyer en régime séparatiste. La donation rémunératoire », *RTD civ.* 1997, p. 494. Pour une approche sociologique et économique, v. : C. DELPHY, « Par où s'attaquer au partage inégal du travail ménager ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 22, 2003, n° 3 ; C. DELPHY, *L'Ennemi principal*, Syllepse, 2013.

<sup>790</sup> Les donations antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2005 demeurent soumises à l'article 1096 ancien du Code civil. En effet, l'article 47-III de loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 a décidé que l'abrogation de l'article 1096 du Code civil ne s'appliquait, sauf stipulation contraire des parties, qu'aux donations conjugales consenties à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005.

<sup>791</sup> Sauf stipulation contraire, cette contribution s'effectue à proportion de leurs facultés respectives.

moyen d'une collaboration bénévole à l'entreprise de son conjoint. En effet, même si la loi de 1975<sup>792</sup> a abrogé l'alinéa 3 de l'article 214, prévoyant expressément la collaboration à la profession du conjoint, le principe d'une contribution en nature demeure<sup>793</sup>.

Sur le fondement de cette disposition, on a longtemps refusé au conjoint qui collaborait à titre gratuit à la profession de son époux la possibilité d'obtenir une quelconque rétribution car, était-il enseigné, le conjoint collaborateur ne faisait là qu'accomplir son devoir de contribuer aux charges du mariage. Peu importait alors la mesure de l'investissement, le devoir moral de solidarité conjugale excluait que l'un soit créancier de l'autre<sup>794</sup>. La rigidité de la Cour de cassation n'emportait toutefois pas les mêmes conséquences selon le régime matrimonial des époux. Il faut rappeler en effet que dans le régime communautaire, les fruits et revenus des biens du couple, propres ou communs, accroissent la communauté<sup>795</sup> ; l'époux collaborateur communs en bien est donc associé aux bénéfices de l'entreprise, propre ou commune, à laquelle il apporte son aide<sup>796</sup>. Au contraire, lorsque le régime est séparatiste, chaque époux est seul propriétaire de ses gains et salaires, de même que les fruits et revenus de ses biens<sup>797</sup> ; dès lors, celui qui participe gratuitement à l'activité de l'autre contribue à un enrichissement au partage duquel il n'a pas vocation.

**224. Disqualification de donations indirectes en donations rémunératoires** – Cette position, excluant toute indemnité au bénéfice de l'époux séparé de biens dont l'investissement pouvait dépasser les exigences de l'article 214 du Code civil, a été reconsidérée à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. Pour ce faire, les juges n'ont pas hésité, lorsque cela était possible, à manipuler la qualification de donation indirecte.

---

<sup>792</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975.

<sup>793</sup> Sur ce sujet, v. par exemple : A. BRETON, *D.* 1981, p. 242 ; A. PONSARD, *Defrénois* 1980, art. 32174.

<sup>794</sup> Plus rarement, on a justifié l'exclusion de la rémunération en raison de l'exécution par l'époux collaborateur d'une obligation d'assistance ou par l'impossibilité de découvrir un lien de subordination entre époux. Sur l'ensemble de ces justifications, v. notamment : E. WAGNER, « La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint », *D.* 1985, p. 1 et s.

<sup>795</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, n° 90-17.212, Bull. n° 96 ; *JCP G.* 1993. II, p. 22003 ; *JCP N.* 1992. II, p. 333, note J.-F. PILLEBOUT ; *Defrénois* 1992, art. 35348, note G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1993, p. 401, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; *LPA* 1993, p. 16, note R. LE GUIDEC. Dans le même sens, v. notamment : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2000, n° 97-11.524 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 2000, n° 98-19.767 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, n° 05-18.066, Bull. n° 67 ; *D.* 2007, p. 1578, note M. NICOD ; *RTD civ.* 2007, p. 618, obs. B. VAREILLE.

<sup>796</sup> Sur ce point, v. : V. BRÉMOND, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 05-16.434, *D.* 2007, p. 2126.

<sup>797</sup> C. civ., art. 1536 *in fine*.

L'occasion nous a été donnée de montrer qu'à partir de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, et ce, jusqu'au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, de nombreuses décisions, à l'occasion de liquidations de comptes entre époux, avaient disqualifié en donations rémunératoires certaines donations indirectes, spécialement celles résultant d'un achat pour autrui<sup>798</sup>. Pour s'en convaincre, reprenons brièvement l'examen d'un arrêt du 9 novembre 1993<sup>799</sup> dont le raisonnement est généralisable à l'ensemble des décisions sur la question.

Dans cette affaire, au lendemain de leur mariage, des époux mariés sous le régime de la séparation de biens avaient acquis en indivision une propriété agricole. Le prix de celle-ci avait été intégralement réglé au moyen de deniers figurant sur un compte joint des époux mais alimenté pour l'essentiel par les salaires du mari. Dix-sept ans plus tard, à l'occasion de leur divorce, ce dernier entendait voir requalifier en donation indirecte le paiement du prix correspondant à la part de son épouse dans l'indivision. La cour d'appel comme la Cour de cassation écartèrent sa prétention : constatant que l'épouse séparée de biens avait renoncé à l'activité professionnelle qu'elle exerçait au moment de son mariage pour se consacrer à son foyer et seconder son mari dans son entreprise horticole, les juges estimèrent que le paiement litigieux « avait pu » résulter de la volonté de l'époux de rétribuer, à l'avance, la collaboration de son épouse. Et – ce que ne dit pas clairement l'arrêt – puisque cette intention rémunératoire est jugée incompatible avec l'existence d'une intention libérale, le paiement constituait un acte rémunératoire, et non une libéralité indirecte.

C'est avec les plus grandes réserves qu'il convient, du point de vue technique, d'accueillir cette décision qui se contente d'une hypothétique et future dette de conscience de l'époux *solvens* pour balayer l'existence de son intention libérale, et donc d'une donation indirecte. Reste à se demander pourquoi un tel raisonnement, maintes fois réitéré en jurisprudence, s'est imposé. Afin de le comprendre, il convient de progresser par étapes en envisageant, d'abord, les effets attachés à la donation dite « rémunératoire » avant de lever le voile sur les raisons qui semblent avoir poussé les juges à privilégier ceux-ci au régime de la donation indirecte.

---

<sup>798</sup> V. *supra* n° 17 et s.

<sup>799</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, n° 91-22.059, Bull. n° 317, *RTD civ.* 1995, p. 173, obs. B. VAREILLE ; *Defrénois* 1994, p. 43, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G.* 1994. II, p. 22300, note C. PHILIPPE ; *JCP G.* 1994. I, p. 3791, obs. R. LE GUIDEC ; *RTD civ.* 1994, p. 595, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1994, p. 662, obs. J. PATARIN.

**225. Mise à l'écart de l'ancienne révocation des donations entre époux** – Les textes du Code civil entretiennent l'ambiguïté sur le régime des libéralités rémunératoires<sup>800</sup>. Ainsi, l'article 909 du Code civil lève certaines incapacités spéciales de recevoir des libéralités pour les « dispositions rémunératoires faites à titre particulier ». À suivre cette disposition, la donation rémunératoire échapperait au régime des libéralités ordinaires. Toutefois, l'article 1083 du même Code prévoit qu'en cas de donation de biens à venir par contrat de mariage, « le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour des sommes modiques, à titre de récompense ou autrement ». En outre, l'article 960 soumet les donations rémunératoires à la révocation pour survenance d'enfants<sup>801</sup>. D'après ces articles, la donation rémunératoire pourrait donc au contraire suivre le régime général des libéralités ordinaires. C'est dire que la loi ne tranche pas formellement sur l'inclusion ou l'exclusion des donations rémunératoires dans le domaine des donations ordinaires.

Qu'en est-il de l'article 1096 ancien du Code civil d'après lequel « toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, sont toujours révocables » ? Cette disposition, applicable jusqu'à la loi du 26 mai 2004, permettait ainsi à l'époux donateur de révoquer *ad nutum* l'ensemble des donations consenties à son conjoint. Concrètement, en cas de révocation, le bien donné était donc restitué à l'époux donateur dans l'état où il se trouvait au jour de la donation. Le texte renvoyant à « toutes les donations faites entre époux » devrait, par principe, s'appliquer aux rémunératoires. La Cour de cassation a cependant toujours décidé qu'elles y échappaient. En l'espèce, la requalification forcée du paiement en donation rémunératoire privait donc l'époux *solvens*, demandeur, de la possibilité d'invoquer l'article 1096 ancien du Code civil et donc d'obtenir la restitution, par son épouse, des sommes employées au remboursement du prêt immobilier. En outre, quoique la décision ne l'évoque pas – en ce qu'elle est rendue sur le terrain civil – la qualification de donation rémunératoire dispense son bénéficiaire, ici l'épouse, de toute restitution fiscale au titre de l'impôt sur les libéralités. En principe, en effet, les droits de mutation à titre gratuit ne sont pas exigibles sur le montant d'une libéralité rémunératoire<sup>802</sup>. Dans notre affaire, la disqualification du paiement

---

<sup>800</sup> En ce sens, v. notamment : C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *art. préc.*, p. 352, n° 9.

<sup>801</sup> On rappellera toutefois que depuis la loi du 23 juin 2006, la survenance d'un enfant du donateur n'emporte révocation de la donation qu'à condition que l'acte de donation le prévoit.

<sup>802</sup> BOI-ENR-DMTG-20-10-10, n° 80 : « lorsque les services rendus par le donataire au donateur ne sont pas appréciables en argent, ni susceptibles d'engendrer une action en justice, le droit de mutation à titre gratuit est exigible. Dans le cas contraire, il y a dation en paiement taxable à l'impôt de mutation à titre onéreux selon le tarif prévu pour la vente des biens transmis. Toutefois, si la valeur de ces biens dépasse

en donation rémunératoire « entérinait » donc le droit de propriété de l'épouse dans l'exploitation agricole<sup>803</sup>.

**226. Logique d'indemnisation** – Révétons, désormais, les motifs de cet entérinement forcé de propriété. Les arrêts ayant admis, dans la même situation, la qualification de donation rémunératoire, les dévoilent à travers plusieurs éléments : l'instrumentalisation de la donation indirecte réside dans l'intention des juges d'indemniser l'époux séparé de biens pour son dévouement important et non rémunéré et donc plus généralement de corriger les effets drastiques que peut avoir le régime de la séparation de biens pour l'époux non salarié.

Le basculement de qualification n'intervient que sur le *constat d'une « sur-contribution »* non rémunérée du conjoint donataire. La solution est constante et la décision étudiée en témoigne : en l'espèce, les juges du fond avaient relevé que l'épouse avait contribué aux charges de son mariage au-delà de ce qui était attendu d'elle au titre de l'article 214 du Code civil, dans la mesure où elle avait sacrifié sa carrière professionnelle, non seulement pour se consacrer à l'entretien du foyer, mais aussi pour collaborer à l'activité professionnelle de son conjoint. En outre, la qualification de donation indirecte n'est masquée que s'il est reconnu que l'époux « donataire » n'a reçu *aucune compensation* pour son dévouement et si *les époux ont adopté le régime de la séparation de biens*, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas associés patrimoniallement du fait de leur régime matrimonial. C'est dire, grâce à ces trois éléments, combien la décision rapportée, comme toutes celles qui se sont efforcées de substituer la qualification de donation rémunératoire à celle de donation indirecte, mettent en évidence la volonté des juges d'assurer la rémunération à retardement et de manière forfaitaire, c'est-à-dire sans lien immédiat avec le travail fourni<sup>804</sup>, de l'époux collaborateur bénévole. À cet égard, on relèvera, après

---

sensiblement celle des services rendus, il y a donation avec charges, soumise aux droits de mutation à titre gratuit ».

<sup>803</sup> Sur cette idée d'entérinement du droit de propriété par le jeu de la qualification de donation rémunératoire, v. notamment : S. OUGIER, *L'alimentaire et l'indemnitaire dans les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce – Étude comparée de droit français et de droit canadien*, thèse, Paris II, 2015, p. 213 et s., n° 465 et s.

<sup>804</sup> À notre connaissance, en effet, la jurisprudence ayant recouru à la donation rémunératoire pour rémunérer la sur-contribution d'un époux (résultant d'une collaboration professionnelle ou d'une gestion exceptionnelle du foyer) a toujours considéré que le montant de cette donation correspondait à celui dû au titre de l'excès de contribution. *Comp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n°09-67.135, Bull. n° 169 ; *JCP N.* 2010, 1341, note A. SÉRIAUX ; *RDC* 2011/1, p. 99, obs. I. DAURIAIC ; *Defrénois* 2011, p. 706, obs. B. VAREILLE ; *AJ fam.* 2010, 398, obs. C. VERNIÈRES ; *JCP N.* 2011, 1155, obs. R. LE GUIDEC ; *GP* 2010, n° 315, p. 25, note J. CASEY, qui admet, à propos d'un legs stipulé rémunératoire par le *de cujus* au bénéfice de sa nièce, que « le caractère excessif de la libéralité par rapport au service rendu ne lui faisait

Monsieur GRIMALDI, que le changement de qualification de la donation indirecte à celle de donation rémunératoire qui s'est, en la matière<sup>805</sup>, toujours effectuée sur le terrain de l'intention libérale, laisse une plus grande marge d'appréciation aux juges du fond<sup>806</sup>. En effet, ainsi que l'explique l'auteur, « du point de vue de l'élément matériel, l'existence d'une libéralité ne peut être exclue sans une évaluation des prestations fournies, dont la valeur doit être ensuite comparée à celle du bien reçu ou au montant de la somme payée ». Au contraire, sous la catalyse de l'élément intentionnel, c'est-à-dire de l'intention du disposant, il suffit d'expliquer que l'époux *solvens* est mû par une volonté de rémunérer les services fournis pour écarter l'intention libérale, et partant, la donation indirecte. Aussi bien, la disqualification sur le terrain intentionnel de l'acte évite une évaluation arithmétique de la prestation à rétribuer : point n'est besoin de fixer la portion excédant de ce qui était attendu au titre de la contribution aux charges du mariage ni d'apprécier si sa valeur est parfaitement équivalente à la donation dite « rémunératoire ». En matière de donation rémunératoire entre époux, c'est la loi du tout ou rien : la libéralité, quelle que soit son importance, est rémunératoire ou ne l'est pas<sup>807</sup> ; et dans le premier cas, ainsi qu'on vient de le dire, « tout se passe comme si la disposition rémunérerait [l'activité] de manière forfaitaire »<sup>808</sup>, ce qui conforte l'idée selon laquelle l'instrumentalisation de la donation indirecte s'exerce ici en vue d'une certaine équité, d'une certaine justice corrective.

Ce n'est d'ailleurs sans doute pas un hasard si, pour arriver au même résultat, à savoir le rétablissement d'un équilibre au sein du couple marié sous le régime de la séparation de biens, la jurisprudence est aussi passée par l'enrichissement injustifié, mécanisme spécialement dédié au rétablissement d'équilibres. En effet, dès 1979, la Cour de cassation a permis d'indemniser

---

pas perdre son caractère rémunératoire ». Dans le même sens, en matière de donation rémunératoire d'un père à sa fille : CA Nîmes, 7 juin 2018, n° 16/02366.

<sup>805</sup> À notre connaissance, en effet, la jurisprudence ayant recouru à la donation rémunératoire pour rémunérer la sur-contribution d'un époux (résultant d'une collaboration professionnelle ou d'une gestion exceptionnelle du foyer) a toujours considéré que le montant de cette donation correspondait à celui dû au titre de l'excès de contribution. *Comp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n°09-67.135, Bull. n° 169 ; *JCP N.* 2010, 1341, note A. SÉRIAUX ; *RDC* 2011/1, p. 99, obs. I. DAURIAIC ; *Defrénois* 2011, p. 706, obs. B. VAREILLE ; *AJ fam.* 2010, 398, obs. C. VERNIÈRES ; *JCP N.* 2011, 1155, obs. R. LE GUIDEC ; *GP* 2010, n° 315, p. 25, note J. CASEY, qui admet, à propos d'un legs stipulé rémunératoire par le *de cuius* au bénéfice de sa nièce, que « le caractère excessif de la libéralité par rapport au service rendu ne lui faisait pas perdre son caractère rémunératoire ». Dans le même sens, en matière de donation rémunératoire d'un père à sa fille : CA Nîmes, 7 juin 2018, n° 16/02366.

<sup>806</sup> M. GRIMALDI, obs. sous Cass. com., 19 décembre 2006, n° 05-17.086, Bull. n° 260, *RTD civ.* 2007, p. 603.

<sup>807</sup> A. BRETON, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 1979 et 30 mai 1979, *Defrénois* 1980, art. 32174.

<sup>808</sup> C. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », *art. préc.*, p. 377, n° 36

le dévouement d'un conjoint marié sous le régime séparatiste qui, allant au-delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage, a apporté une collaboration non rémunérée à l'exercice de la profession de l'autre époux, en lui accordant à cette fin l'action de *in rem verso*<sup>809</sup>. Du reste, certains juges ont justifié la reconnaissance d'une donation rémunératoire par l'existence même d'un enrichissement sans cause qui nécessitait d'être réparé. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 7 janvier 1980, la cour d'appel de Versailles a jugé que l'époux avait pu consentir une donation rémunératoire à son épouse en contrepartie de « l'enrichissement dont il avait profité du fait du labeur de son épouse et des pertes de gains et salaires qu'elle avait pu subir »<sup>810</sup>.

En somme, cette jurisprudence, quoique datée, est particulièrement révélatrice de l'utilisation de la donation indirecte à des fins d'égalisation, spécialement dans le couple marié et séparés de biens. D'autres manifestations d'instrumentalisation plus actuelles paraissent poursuivre la même logique entre les différentes formes de couple.

## 2 – L'égalité des couples

**227. Requalification d'une créance en donation indirecte irrévocable** – Le fait est trop connu pour que l'on s'y attarde : l'idée d'un droit commun des couples (mariage, pacte civil de solidarité<sup>811</sup> concubinage), longtemps écartée, paraît désormais promue notamment par la jurisprudence. Le mouvement actuel serait ainsi celui du rapprochement des différents modes de conjugalité, se traduisant « tantôt par l'affaiblissement des effets du mariage [alignement à la baisse] tantôt par l'application indistincte à tous les couples de certaines dispositions

---

<sup>809</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 1979, Bull. n° 11 ; GP 1979, II, p. 500, note J. V. ; *Defrénois* 1990, art. 32174, p. 44, note A. PONSARD ; *Defrénois* 1990, art. 32348, p. 915, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1979, p. 256, obs. R. SAVATIER ; *D.* 1981, p. 241, note A. BRETON : « même pendant le mariage, l'article 214 n'excluait pas que la femme pût obtenir indemnité dans la mesure où son activité, allant au-delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage, avait réalisé à la fois un appauvrissement résultant pour elle du travail fourni sans rémunération et un enrichissement corrélatif de son mari qui pouvait résulter tant de l'absence même de versement d'une rémunération que de la plus-value procurée à un bien dudit-mari ». Dans le même sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 1986, Bull. n° 17 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, n° 98-21.991.

<sup>810</sup> CA Versailles, 7 janvier 1980, *Defrénois* 1981, art. 32552, note A. BRETON. En l'espèce, l'épouse donataire avait délaissé son travail pour seconder bénévolement son mari dans la tenue de son commerce. Les juges du fond ont considéré que l'épouse avait ainsi excédé les exigences de l'article 214 du Code civil. Dès lors, ils ont jugé que le remboursement de la part d'emprunt effectué par l'époux correspondait à la contrepartie de son enrichissement et constituait, dès lors, une donation rémunératoire.

<sup>811</sup> Ci-après, PACS.

[véritable création d'un droit commun], tantôt enfin [et surtout] par la reprise de certains effets du mariage pour les partenaires et/ou les concubins [alignement à la hausse] »<sup>812</sup>.

Certaines utilisations de la donation indirecte paraissent s'inspirer de cette logique d'égalisation des droits entre les différentes formes de couples. On en donnera deux illustrations seulement. L'une est empruntée à la jurisprudence relative au partage des biens entre concubins, l'autre est donnée par une réponse ministérielle concernant le régime patrimonial des partenaires pacsés.

**228. Requalification jurisprudentielle en matière de concubinage** – La situation est la suivante : des concubins acquièrent en indivision un immeuble – servant de logement familial – financé au moyen d'un emprunt souscrit solidairement. L'un d'entre eux contribue au remboursement des échéances du prêt au-delà de sa quote-part dans la propriété acquise<sup>813</sup>. Par exemple, alors que l'indivision est de moitié entre les concubins, l'un d'eux a financé les trois quarts de l'acquisition. À la séparation du couple, le concubin ayant payé plus que sa part prétend bénéficier d'une créance contre l'autre. Sa demande est alors tenue en échec par les juges aux motifs que le remboursement constitue une donation indirecte, laquelle est diversement justifiée : tantôt « par les liens des concubins manifestés par la souscription dans le même temps d'un pacte civil de solidarité »<sup>814</sup>, tantôt « en raison de la communauté de vie et de l'affection existant entre les parties »<sup>815</sup>, tantôt parce « que le couple [a] eu ensemble deux enfants à l'époque de l'acquisition »<sup>816</sup>, tantôt encore parce que les concubins ont passé sous silence les mesures exactes de leur financement dans l'acte d'acquisition<sup>817</sup>.

---

<sup>812</sup> M. LAMARCHE, *Rép. Dalloz*, PACS, 2021, n° 38. Plus généralement sur la question d'un droit commun du couple, v. par exemple : X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2010 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples, essai critique et prospectif*, thèse, IRJS, 2017 ; B. SCHWART, *Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple*, thèse Nantes, 2017 ; F. TERRÉ, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 59 et s., n° 66 et s.

<sup>813</sup> Plus rarement, le prix est versé comptant le jour de l'acquisition et l'un des concubins a versé une partie du prix supérieure à sa quote-part.

<sup>814</sup> TGI Nanterre, 10 novembre 2011, n° 10/11043. *Comp.* : CA Rouen, 3 février 2010, n° 09/05340, qui refuse la qualification de donation indirecte aux motifs que « l'acquisition indivise ne constituait pas un projet de vie commune ».

<sup>815</sup> CA Aix-en-Provence, 30 mars 2000, n° 96/10/505 ; CA Nîmes, 30 avril 2008, JD n° 2008-365367 ; CA Nîmes, 15 septembre 2010, n° 09/02020.

<sup>816</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avril 2014, n° 13-11.025.

<sup>817</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-18.631.

L'attitude compréhensive de la jurisprudence à l'égard de la caractérisation de l'intention libérale<sup>818</sup> peut s'expliquer par les conséquences de la mise à l'écart de la qualification de donation indirecte. Dans chacun des litiges mentionnés, le concubin qui a remboursé le prêt au-delà de sa quote-part prétendait, à la séparation, bénéficier d'une créance contre son concubin, le plus souvent en vertu de l'article 815-13 du Code civil<sup>819</sup>. Selon cette disposition, l'indivisaire qui a conservé à ses frais un bien indivis peut revendiquer une créance sur l'indivision et être payé par prélèvement sur l'actif indivis avant le partage. Pour la jurisprudence, l'indivisaire qui règle personnellement les échéances d'un emprunt afférent à un immeuble indivis est considéré comme ayant effectué des dépenses nécessaires à la conservation du bien<sup>820</sup>. Aussi, bénéficie-t-il d'un droit de créance à l'égard de l'indivision<sup>821</sup>. Concrètement donc, le concubin qui a le moins financé l'acquisition d'un bien indivis (ou qui ne l'a pas financé du tout) est en principe débiteur de l'indivision, et indirectement de son concubin. La Cour de cassation, en faisant du remboursement du prêt une donation indirecte, anéantit toute créance de remboursement au profit du concubin ayant payé plus que sa part : de créancier, il devient donateur. Dans les différentes affaires, le recours forcé à la qualification de donation indirecte a donc interdit au concubin ayant financé le logement au-delà de sa quote-part de prétendre à une créance contre son concubin.

---

<sup>818</sup> En effet, du point de vue technique, l'intention libérale peut sembler bien facilement admise au seul vu de l'existence d'une communauté de vie prolongée et/ou concrétisée par un pacte civil de solidarité, comme de la présence d'enfants communs lors de l'acquisition ou de la répartition inégale choisie par les concubins. Pour plus de détails, v. *supra* n° 43. Au contraire, les juges ont parfois accueilli la qualification de donation indirecte parce « qu'à l'époque de l'acquisition [...], [aucune] communauté de vie déjà affirmée [n'était] de nature à justifier l'intention libérale du concubin, l'enfant n'étant né [qu'un an plus tard] » (CA Paris, 12 mars 2014, JD n° 2014-004541) ou encore parce que « la relation des concubins n'a pas été formalisée par un pacte civil de solidarité » (CA Riom, 17 novembre 2015, n° 14/02789) ou que « l'acquisition indivise ne constituait pas un projet de vie commune » (CA Rouen, 3 février 2010, n° 09/05340).

<sup>819</sup> Il arrive également que la demande de remboursement soit fondée sur l'existence d'un prêt ou d'une créance d'enrichissement injustifié.

<sup>820</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 1986, n° 84-15.071 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, n° 95-17.277 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, n° 04-11.524, Bull. n° 284, D. 2006, p. 1913 ; *AJ fam.* 2006, p. 326, obs. S. DAVID ; *JCP G.* 2006. I, p. 193, spéc. n° 23, obs. A. TISSERAND-MARTIN.

<sup>821</sup> En principe, cette créance est égale à la plus forte des deux sommes que représentent respectivement la dépense faite et le profit subsistant. En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 1983, D. 1984, p. 289, note D. RAMBURE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 1986, n° 84-15.071 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 mai 1990, n° 88-13.979 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012, n° 11-17.497, *RTD civ.* 2012, p. 561, obs. B. VAREILLE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2014, n° 13-18.197, *AJ fam.* 2014, p. 633, obs. S. THOURET. *Comp.* : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 2021, n° 19-21.302, D. actu. 11 juin 2021, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *AJ fam.* 2021, p. 433, obs. J. CASEY, qui décide que l'article 815-13 du Code civil ne s'applique pas aux dépenses d'acquisition et qu'un époux séparé de biens finançant la part de son conjoint dans l'acquisition d'un bien indivis peut invoquer à son encontre une créance évaluable sur le fondement de l'article 1543 du Code civil.

Reste à se demander alors pourquoi les juges ont entendu supprimer une telle créance. Compte tenu de la tendance générale au rapprochement des différents modes de conjugalité, il ne paraît pas incongru de penser que cette instrumentalisation de la donation indirecte a pour objectif de faire participer le concubin *solvens* au financement des dépenses de la vie commune et ainsi d'étendre au concubinage les règles de la contribution aux charges du ménage applicables pourtant aux seuls époux et partenaires pacsés<sup>822</sup>. À cet égard, il est acquis que les dépenses liées au logement principal du couple et, le cas échéant, de leurs enfants, constituent des charges du ménage. Ainsi, les dettes de loyer, les charges de copropriété comme le remboursement des échéances du prêt souscrit pour l'acquisition du logement des époux et des partenaires sont à leur charge commune, en principe à proportion de leurs facultés personnelles<sup>823</sup>. La Cour de cassation l'a récemment rappelé pour les partenaires pacsés. Au terme d'une décision du 27 janvier 2021, elle a ainsi jugé que « releva[it] de l'obligation d'aide

---

<sup>822</sup> En ce sens, v. : A.-L. CASTALDO, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-18.631, *GP* 2017, n° 291u4. En effet, seuls le mariage, et depuis 2006, le PACS imposent une contribution réciproque à tous les frais engagés pour le ménage et/ou pour les enfants. En mariage, l'article 214 du Code civil dispose ainsi que « si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ». Quant au PACS, l'article 515-4 du même Code prévoit que les partenaires « s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques ». Avant la réforme du 23 juin 2006, les partenaires n'étaient tenus d'aucune contribution aux charges du ménage. Certes, l'article 515-4 ancien du Code civil prévoyait que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle ». Mais, comme on l'a écrit, cette rédaction excluant toute idée de réciprocité se ressentait encore du désir de ne pas faire état d'une contribution aux charges du ménage (F. TERRÉ et P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 770, n° 881). Dans le système de 1999, la situation des partenaires était donc identique à celle, actuelle, des concubins : en l'absence de volonté exprimée à cet égard, chacun d'eux devait supporter les dépenses de la vie courante qu'il avait engagées, sans pouvoir prétendre à une créance au titre d'une contribution aux charges du ménage.

<sup>823</sup> Pour le loyer du logement, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 1995, n° 92-21.278, Bull. n° 394 ; *RTD civ.* 1996, p. 225, obs. B. VAREILLE ; *JCP G.* 1996. I, p. 3908, obs. P. SIMLER. Pour le remboursement des échéances de l'emprunt souscrit pour l'acquisition indivise du logement familial, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1981, n° 79-17.171, Bull. n° 176 ; CA Paris, 14 avril 2010, n° 09/00683, *D.* 2010, p. 2392, note V. BRÉMOND ; CA Bastia, 3 novembre 2010, n° 09/00683 ; CA Amiens, 16 mars 2011, n° 09/04586 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 décembre 2018, n° 17-31.226 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> avril 2015, n° 14-14.349 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 avril 2015, n° 13-25.446 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2013, n° 11-26.933, Bull. n° 94, *Defrénois* 2013, p. 1, n° 1184 ; *D.* 2013, p. 2242, obs. V. BRÉMOND ; *JCP G.* 2013, n° 15, obs. M. STORCK ; *Dr. fam.* 2013, comm. 110, note B. BEIGNER ; *D.* 2014, p. 1340, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAUX ; *RTD civ.* 2013, p. 582, n° 11, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-21.892, Bull. n° 189 ; *D.* 2013, p. 22682, note A. MOLIÈRE ; *Dr. fam.* 2014, comm. n° 38, note B. BEIGNER ; *D.* 2014, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAUX ; *RTD civ.* 2013, p. 821, n° 7, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 2021, n° 19-26.140, sur lequel v. : C. GOLDIE-GENICON, « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », *D.* 2021, n° 12, p. 668. Même solution pour l'acquisition indivise d'une résidence secondaire à destination familiale : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2018, n° 17-25.858 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2013, n° 12-17.420, Bull. n° 249, *D.* 2014, p. 527, note G. VINEY.

matérielle entre partenaires pacsés, le remboursement intégral, par un seul des partenaires, de deux prêts souscrits par chacun des membres du couple pour financer l'acquisition du logement familial indivis »<sup>824</sup>. Au contraire, le concubinage n'est assorti d'aucun devoir patrimonial : quelle que soit la durée de l'union libre, l'existence ou non d'enfants, aucune disposition légale n'impose aux concubins de contribuer ensemble aux charges de la vie commune<sup>825</sup>. Contrairement aux époux et aux partenaires, le concubin indivisaire qui a le moins financé l'acquisition du logement du couple ne peut donc prétendre que son concubin a, par le paiement des échéances, exécuté une obligation légale de contribution aux charges du ménage. Il semble donc que, dans les affaires rapportées, le recours à la qualification de donation indirecte marque la volonté des juges de faire émerger entre les concubins une forme de contribution aux charges du ménage, en permettant de faire échec à la revendication par l'un des concubins d'une créance issue d'un financement au-delà de sa quote-part.

Cet objectif est d'ailleurs parfois ouvertement assumé par la jurisprudence. Elle a ainsi pu refuser la créance de remboursement du concubin *solvens* en faisant apparaître « une obligation naturelle de contribuer aux charges du ménage »<sup>826</sup> ou une « volonté commune de participer, par le financement du bien, aux dépenses de la vie commune »<sup>827</sup>. Le rapprochement entre les différentes formes de couples est alors patent et l'instrumentalisation de la donation indirecte a pu en être l'efficace outil.

---

<sup>824</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 2021, n° 19-26.140.

<sup>825</sup> La loi n'exclut cependant pas que les concubins prévoient, par convention, les modalités d'une contribution aux charges du ménage (sur cette possibilité, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 juin 2005, n° 02-12.767, Bull. n° 278 ; D. 2006, pan. 1422, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2005, p. 760, obs. J. HAUSER).

<sup>826</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2003, n° 00-20.305 : « mais attendu qu'après avoir relevé, en se référant aux constatations du rapport d'expertise soumis à la discussion contradictoire des parties, que les concubins avaient contribué de manière équivalente aux dépenses de la vie courante, la cour d'appel a exactement décidé que le litige ne portait que sur le partage de l'immeuble indivis, en observant à bon droit que son financement intégral par M. Z... dépassait largement le cadre de l'obligation naturelle existant entre concubins ; d'où il suit que le moyen est inopérant en sa première branche et mal fondé en sa seconde ».

<sup>827</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 07-20.628 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-18.442 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015, n° 14-11.039 (pour une partie des règlements) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 2018, n° 17-13.979.

**229. Requalification ministérielle en matière de PACS<sup>828</sup>** – Ces décisions peuvent être rapprochées d’une réponse ministérielle rendue le 23 novembre 2000 à propos du régime des biens des partenaires pacsés avant la réforme du 23 juin 2006<sup>829</sup>.

Sans entrer dans les détails<sup>830</sup>, on rappellera que les partenaires dont le PACS a été conclu antérieurement à la loi du 23 juin 2006 sont en principe soumis au régime de l’indivision<sup>831</sup>. Ainsi, l’article 515-5, alinéa 2, ancien du Code civil disposait que « les autres biens [que les meubles meublants] dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l’acte d’acquisition ou de souscription n’en dispose autrement ».

Les difficultés étaient alors les mêmes que sous le concubinage : lorsque l’acquisition d’un bien indivis par moitié était financée de façon inégale par les partenaires, la question se posait de savoir à quel titre le partenaire qui avait le moins financé l’acquisition devenait propriétaire de la moitié du bien et, plus précisément, si son partenaire pouvait solliciter le remboursement des sommes versées au-delà de sa quote-part. Par une réponse ministérielle du 23 novembre 2000, le ministre de la Justice a décidé que, sauf preuve contraire, le partenaire qui avait le moins contribué à l’acquisition était réputé avoir acquis son droit indivis au titre d’une donation indirecte<sup>832</sup>. Le garde des sceaux a posé une présomption simple de donation indirecte

---

<sup>828</sup> Illustration de ce que la classification des instrumentalizations de la donation indirecte n’est pas parfaite, cette solution aurait pu, eu égard à sa portée, être rangée parmi celles que l’on qualifie « d’équité générale ».

<sup>829</sup> *Rép. min.* n° 23816 : *JO Sénat*, Q. 23 novembre 2000, p. 4019 ; *JCP N.* 2000, p. 1769 ; *Dr. fam.* 2001, p. 22, comm. 17, obs. H. LÉCUYER ; *RJPF* janv. 2001, p. 40, obs. S. VALORY ; *Defrénois* 2001, p. 272, n° 37310, obs. H. FULCHIRON. Pour une analyse critique de ces décisions, v. notamment : M. SAULIER, « Les concubins peuvent-ils s’abstenir de contribuer aux charges du ménage », *AJ fam.* 2018, p. 457.

<sup>830</sup> Pour ceux-ci, v. notamment : W. BABY, *Les effets patrimoniaux du PACS – L’invention d’une nouvelle forme de conjugalité*, thèse, Defrénois, 2013.

<sup>831</sup> Pour plus de détails, v. : Y. FLOUR, « Brèves remarques sur l’indivision entre partenaires d’un PACS », *GP* 1999, p. 284 ; B. BEIGNER, « PACS et indivision : visite aux Enfers », *Defrénois* 2000, p. 617 ; G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d’indivision dans le PACS », *Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI*, Litec, 2002, p. 83 ; M. MATHIEU, « Conventions relatives à la propriété des biens », *JCP N.* 2000, p. 1473 ; J. CHARLIN, « La fameuse indivision de l’article 515-5 du Code civil », *JCP N.* 2000, p. 1851. Désormais, le régime légal du PACS est la séparation de biens. En effet, l’article 515-5 du Code civil dispose que « sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l’article 515-3, chacun des partenaires conserve l’administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d’eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas du dernier alinéa de l’article 515-4 ».

<sup>832</sup> Sauf si, ajoutait le texte, « celui qui a financé l’acquisition peut prouver que les fonds en question ont été avancés à titre de prêt à l’autre partenaire, qui devra les lui rembourser lorsqu’il sera procédé à la liquidation des créances et des dettes entre partenaires, à la dissolution du pacte ».

applicable à tous les immeubles acquis à titre onéreux par les partenaires<sup>833</sup>. Concrètement donc, le partenaire qui a le moins financé l'acquisition d'un immeuble indivis (ou qui ne l'a pas financé du tout) n'est pas tenu de rembourser à son partenaire les sommes que ce dernier a versées au-delà de sa quote-part. Comme en matière de concubinage, la présomption de donation indirecte « consolide » le droit de propriété du partenaire donataire sur le bien indivis et l'exonère de toute dette à l'encontre du partenaire *solvens*.

Derrière la qualification de donation indirecte, se profile encore, semble-t-il, la volonté d'étendre au PACS des règles normalement réservées au couple marié. Le rapprochement ne s'effectue plus sur le terrain de la contribution aux charges mais sur celui de la communauté de biens inscrite à l'article 1401 du Code civil. Cette disposition prévoit que « la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ». La loi prévoit donc que tout bien acquis à titre onéreux par les époux pendant leur union leur appartient communément<sup>834</sup>. La présomption de donation indirecte, telle qu'elle résulte de la réponse ministérielle susvisée, peut être lue comme imposant une sorte de communauté aux partenaires à l'image de la communauté générée par l'article 1401 du Code civil. Si cette réponse ministérielle fait désormais figure d'exception en pratique – puisqu'elle ne s'applique qu'aux PACS non soumis à la loi du 23 juin 2006 –, elle n'en démontre pas moins très clairement comment la qualification de la donation indirecte peut constituer un outil d'égalisation des droits entre les différentes formes d'union du couple.

**230. Efficacité de l'instrumentalisation ?** – Une dernière observation s'impose quant à l'efficacité de l'instrumentalisation à atteindre le résultat souhaité. Les donations indirectes signalées sont assujetties au régime civil et fiscal. Tout d'abord, elles sont susceptibles d'être anéanties : outre qu'elles sont soumises aux causes légales de révocation des donations, notamment pour ingratitude ou survenance d'enfants<sup>835</sup>, elles peuvent être réduite en cas d'atteinte à la réserve des héritiers du disposant. Ensuite, les donations indirectes entre concubins, comme celles réalisées avant 2007 entre partenaires pacsés, donnent lieu à une

---

<sup>833</sup> Cette règle joue même à l'insu des partenaires puisqu'elle est applicable aux biens acquis par un partenaire à l'insu de l'autre. En effet, la même réponse ministérielle précisait que la présomption d'indivision ne se limitait pas aux hypothèses où l'acquisition était réalisée par les deux partenaires.

<sup>834</sup> Sur le fondement de cette présomption, v. par exemple : A. PONSARD, « La présomption de communauté », *RTD civ.* 1948, p. 388, n° 2.

<sup>835</sup> On rappellera toutefois que depuis la loi du 23 juin 2006, la survenance d'un enfant du donateur n'emporte révocation de la donation qu'à condition que l'acte de donation le prévoit.

taxation élevée de 50 et 60 % (C.G.I., art. 777). Aussi bien, la qualification de donation indirecte ne garantit pas au donataire la certitude du bénéfice de sa libéralité. Celui-ci peut être, en tout ou partie, diminué par le jeu des règles civiles et fiscales des libéralités. Dès lors, on peut se demander si ces règles n'éradiquent pas l'association patrimoniale recherchée par l'instrumentalisation de la donation indirecte, et donc l'efficacité même de cette instrumentalisation.

Si l'on se place du côté du donateur, la réponse est nuancée. En effet, sauf révocation légale de la donation, ce dernier aura définitivement éprouvé la « communautarisation » insufflée par la qualification de donation indirecte ; il ne pourra récupérer le bien donné à son concubin ou partenaire. Cependant, si l'on se place du côté du donataire, la réponse paraît positive. En effet, comme on vient de le dire, ce dernier peut voir sa libéralité remise totalement ou partiellement en cause par l'application des règles civiles et fiscales des libéralités. L'instrumentalisation de la donation indirecte ne satisfait donc pas toujours pleinement la finalité qu'elle poursuit : si un élément de son régime peut satisfaire immédiatement l'objectif recherché, en l'occurrence l'association patrimoniale, il n'en demeure pas moins que la qualification doit être appliquée avec l'ensemble de son régime. Il est impossible, pour les juges ayant choisi la qualification de donation indirecte, d'appliquer partiellement celui-ci : telle une reine que l'on solliciterait, la donation indirecte arrive avec tout le cortège de ses serviteurs et servantes, et il est impossible de les séparer, de les isoler. Or, comme ces affaires en témoignent, certains aspects du régime de la donation indirecte peuvent venir amoindrir, sinon anéantir, le résultat pratique recherché.

**231. Synthèse** – Si toutes les décisions citées semblent révéler que les juges utilisent la donation indirecte pour corriger des inégalités naissant ponctuellement entre les héritiers du défunt ou les membres d'un couple, d'autres solutions – légales ou jurisprudentielles – paraissent, quant à elles, préserver une équité plus « générale » au sens où l'instrumentalisation s'imposerait au-delà des particularités *d'un* litige. Leur importance, substantielle plus que quantitative, oblige à les examiner en détail.

## §2 – L'EQUITE GENERALE

**232. Annonce** – Parce que les manifestations de l'instrumentalisation qui suivent constituent, à notre avis, des « quasi-normes », leur présentation se fera selon leur source : on analysera ainsi d'abord celles d'initiative législative (A) puis celles d'initiative jurisprudentielle (B).

## A – Les manifestations législatives

**233. Assurance décès temporaire et avantage matrimonial : exposé des solutions légales** – En droit positif, il est des hypothèses où le législateur se sert de la donation indirecte comme d'un outil modelable au service de l'équité générale – telle que nous l'entendons<sup>836</sup> – spécialement pour pallier la position précaire dans laquelle le conjoint survivant a longtemps été maintenu en droit successoral. Deux illustrations, que l'on peut analyser conjointement, peuvent en être données : l'instrumentalisation de la donation indirecte relative à l'assurance décès temporaire et celle qui a trait à l'avantage matrimonial.

Les termes du débat sur l'appréhension de l'assurance décès temporaire par la loi sont bien connus<sup>837</sup>. Reprenant des solutions prétoriennes du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>838</sup>, la loi du 13 juillet 1930, aujourd'hui codifiée à l'article L. 132-13 du Code des assurances, présume irréfragablement que l'assurance décès souscrite à primes modestes constitue un acte de prévoyance et donc un acte à titre onéreux<sup>839</sup>. Non sans un artifice<sup>840</sup>, le législateur désactive ainsi par principe la qualification de donation indirecte.

Une autre solution peut être mise en perspective en quittant la matière assurantielle pour le droit des régimes matrimoniaux. Elle résulte de l'article 1527 du Code civil et a trait à la qualification de l'avantage matrimonial. On sait que le jeu du régime matrimonial peut, dans certains cas, avantager un époux, par exemple parce que le contrat de mariage lui attribue une plus grande part dans le partage de la communauté. On pourrait considérer qu'il bénéficie alors d'une donation indirecte<sup>841</sup>. Cependant, la loi Naquet du 27 juillet 1884, puis celle du 13 juillet 1965 (C. civ., act. art. 1527), codifiant elles aussi la jurisprudence antérieure<sup>842</sup>, en a décidé autrement : en principe, c'est-à-dire au cas où il existe seulement des enfants communs aux

---

<sup>836</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 211.

<sup>837</sup> Pour plus de détails, v. *supra* n° 23 et s. On rappellera seulement ici que l'assurance décès, très différente de l'assurance dite « épargne », oblige l'assureur, contre le versement de primes, à verser à un tiers une somme déterminée (capital ou rente) en cas de mort de la personne assurée.

<sup>838</sup> Cass. civ., 16 janvier 1888, *DP* 1888. I, p. 77 ; Cass. civ., 6 février 1888, *DP* 1888. I, p. 193 ; *S.* 1888. I, p. 121, note T. CREPON ; Cass. civ., 28 mars 1877, *S.* 1877. I p. 393, note J.-E. LABBÉ. Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, v. notamment : C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 142 et s., n° 104 et s.

<sup>839</sup> L'article L. 132-13 précité dispose : « le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

<sup>840</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 29 et s.

<sup>841</sup> Pour plus de détails, v. *supra* note n° 155.

<sup>842</sup> Pour plus de détails sur cette codification à droit constant, v. : Q. GUIGUET-SCHIELÉ, *thèse préc.*, p. 8, n° 7.

époux, de tels avantages « ne sont pas regardés comme des donations ». Ainsi, comme l'assurance décès stipulée gratuitement au profit d'un tiers, l'avantage matrimonial appartient, par principe, à la catégorie des actes à titre onéreux.

**234. Effet pratique des solutions** – L'effet pratique de ces instrumentalisation « négatives » de la donation indirecte est identique : l'assurance décès comme l'avantage matrimonial échappent au droit des libéralités. Ainsi s'agissant de l'assurance décès, les primes versées par le souscripteur – de même que le capital<sup>843</sup> – ne sont pas soumises aux règles civiles et fiscales des libéralités<sup>844</sup>. Il en va pareillement pour l'avantage matrimonial : disqualifié en convention de partage<sup>845</sup>, l'avantage matrimonial n'est ni réintégré à la succession de l'époux prémourant, ni réductible pour atteinte à la réserve<sup>846</sup>. Il n'est pas davantage imputable sur l'usufruit légal du conjoint survivant ou révocable pour ingratitude<sup>847</sup>. Enfin il importe de souligner que, du point de vue fiscal, l'avantage matrimonial ne souffre aucun droit de mutation à titre gratuit : à son égard, point d'impôt sur les donations ni même sur les successions.

En somme, en posant en principe que l'assurance décès et l'avantage matrimonial constituent des actes à titre onéreux, le législateur permet à leurs bénéficiaires d'obtenir l'intégralité de leur profit : par principe, aucune restitution civile ou fiscale ne leur est imposée<sup>848</sup>. Ce faisant, la loi

---

<sup>843</sup> C. ass., art. L. 132-12.

<sup>844</sup> Les primes sont seulement imposables au titre de la fiscalité des assurances, dont le régime est favorable au bénéficiaire (sur ce régime, v. *infra* n° 374).

<sup>845</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS et N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2021, p. 328, n° 404.

<sup>846</sup> Sur ces solutions classiques, v. notamment : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 1052, n° 1175 ; M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis, 8<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 279, n° 358 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *manuel préc.*, p. 670, n° 719 ; A. PONSARD, p. 581 et s., n° 350 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *manuel préc.*, p. 632, n° 752.

<sup>847</sup> Et ce même pour assassinat (en ce sens, v. notamment : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avril 1998, n° 96-14.508, Bull. n° 146, D. 1998, p. 529, note J. THIERRY ; JCP G. 1998. II. 10097, note C. PUIGELIER ; RTD civ. 1998, p. 457, obs. B. VAREILLE ; RTD civ. 1998, p. 882, obs. J. HAUSER ; Dr. fam. 1998, comm. 102, note B. BEIGNER). Rapp. : S. GAUDEMET, « Nouveaux cas d'indignité successorale », *Deffrénois* 2021, n° 200w6, regrettant à raison que la loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales n'ait pas ouvert le débat de l'absence de déchéance légale des avantages matrimoniaux.

<sup>848</sup> En ce sens s'agissant de l'avantage matrimonial, v. notamment : M. PLANIOL et G. RIPERT, par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUAM, t. V, n° 62 ; A. COLIN et J. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1932, n° 912. En ce sens s'agissant du contrat d'assurance décès (à propos des solutions prétoriennes reprises par la loi du 13 juillet 1930), v. notamment : A. WALH, « L'assurance en cas de décès, au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses », RTD civ. 1902, p. 22, n° 3 ; L. BALLEYDIER et H. CAPITANT, « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence », *Le Code civil 1801-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, pp. 557 et 653 ; C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 148, n° 111.

favorise ceux que le disposant désigne comme bénéficiaires de l'opération, à savoir, le plus souvent, le conjoint survivant<sup>849</sup>.

**235. Justice corrective successorale au profit du conjoint survivant** – À l'analyse du contexte dans lesquelles ces deux lois relatives à l'assurance décès et à l'avantage matrimonial ont été adoptées, cette faveur semble avoir pour objectif d'assurer une certaine subsistance à l'époux survivant dont les droits *ab intestat* étaient quasiment inexistant<sup>850</sup>. Autrement dit, l'objectif paraît avoir été d'assurer une justice corrective, au regard d'une situation abstraitement donnée.

Le Code Napoléon donnait au conjoint survivant une vocation successorale *ab intestat* quasi-illusoire : il n'héritait qu'en avant-dernier lieu, après les héritiers au douzième degré du défunt, et donc juste avant l'État (C. civ., anc. art. 767)<sup>851</sup>. En outre, ces droits successoraux n'étaient nullement garantis : le conjoint survivant n'étant pas réservataire, ils pouvaient lui être ôtés, notamment par testament. La condition *ab intestat* du conjoint survivant pouvait seulement, ou presque<sup>852</sup>, être améliorée par l'adoption du régime légal de la communauté<sup>853</sup>. Ce régime donnait en effet au survivant vocation à recueillir la moitié de la communauté en meubles et acquêts, c'est-à-dire de tous leurs biens mobiliers et immobiliers acquis à titre onéreux pendant

---

<sup>849</sup> L'époux est assurément le bénéficiaire de l'avantage matrimonial : l'opération ne se conçoit pas autrement. Quant à l'assurance décès, le souscripteur est certes libre de choisir le bénéficiaire, qui peut ou non, être son conjoint survivant. Seulement, en 1930, les statistiques montrent le conjoint du souscripteur (très souvent l'épouse) était le bénéficiaire privilégié de ce type d'assurance (sur ce point, v. par exemple : L. BERGERON, *Qu'est-ce que l'assurance sur la vie ? Causeries familiales*, Armand Anger, Paris, 1870, p. 51).

<sup>850</sup> Aujourd'hui, le conjoint survivant a toujours une vocation. Sur la nature et l'étendue des droits actuels du conjoint survivant, v. : P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 87 et s., n° 75 et s. ; S. GAUDEMET, « La dévolution successorale », *Deffrénois* 2017, n° 1, p. 8, dont le propos est particulièrement éclairant sur la question de l'articulation de la vocation légale du conjoint survivant et des libéralités qu'il a, le cas échéant, reçues du défunt ; C. GOLDIE-GENICON, « Les droits légaux du conjoint survivant », *JCP N.* 2018, p. 1317. Pour une approche comparative, v. : S. GAUDEMET, « Quelle protection pour le conjoint survivant en France ? Régimes matrimoniaux, successions, libéralités », *RIDC*, 2018, n° 70/2, p. 249.

<sup>851</sup> En outre, même lorsque le conjoint survivant recueillait la succession, c'était « en qualité de successeur irrégulier, et sans avoir la saisine » (P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 89, n° 78). Pour plus de détails sur les droits du conjoint survivant en 1804, v. notamment : J.-R. ANDRÉ, *Le conjoint survivant en concours avec des enfants non communs en droit français et en droit belge*, thèse, Paris II, 2020, p. 56 et s., n° 57 et s.

<sup>852</sup> En 1804, les conjoints pouvaient certes se consentir des legs ou des donations. Mais leur liberté de disposer était très limitée en présence d'héritiers réservataires (C. civ., art. anc. 1094), et ce, notamment pour assurer la conservation des biens dans la famille de sang.

<sup>853</sup> Sur l'effet mélioratif du régime de la communauté sur la condition du conjoint survivant, v. notamment : C. BRENNER, « Solidarités familiales et mise en commun des biens du couple », *Dr. fam.* 2016, dossier 20, n° 6.

le mariage<sup>854</sup>. Toutefois, ces droits « matrimoniaux » n'équivalaient pas, loin s'en faut, à une vocation successorale *ab intestat*, pas davantage que l'usufruit du conjoint survivant institué par la loi du 8 mars 1891 allouant des aliments au veuf ou à la veuve dans le besoin. Aussi, jusqu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, époque à laquelle ont été édictées les solutions reprises légalement pour l'assurance décès et l'avantage matrimonial, le droit successoral français ne garantissait pas au conjoint survivant les moyens de sa subsistance.

La même conclusion s'impose, à peu de choses près, s'agissant de la loi du 13 juillet 1965 d'où résulte l'actuel article 1527 du Code civil. Certes, au début du XX<sup>ème</sup> siècle, le conjoint survivant accéda à des droits *ab intestat* en pleine propriété sur la succession de son époux<sup>855</sup>. En outre, une ordonnance du 23 décembre 1958 fit de lui un véritable héritier en lui conférant la saisine, c'est-à-dire la faculté d'entrer automatiquement en possession des biens lui revenant dans la succession du prédécédé. Toutefois, ces droits en pleine propriété n'étaient acquis qu'à la condition qu'il n'y ait plus d'ascendants et de collatéraux privilégiés dans au moins une ligne successorale (paternelle ou maternelle) du prémourant. En somme, quoiqu'ils aient amélioré la situation *ab intestat* du conjoint survivant, ces divers textes ne lui ont pas offert de promotion successorale considérable, ni en quotité ni en qualité<sup>856</sup>. De sorte qu'en 1965, date à laquelle le régime des avantages matrimoniaux a été élaboré, la loi n'assurait pas beaucoup plus qu'en 1930 la subsistance du conjoint survivant.

C'est pourquoi, la mise à l'écart de la qualification de donation indirecte en matière d'avantage matrimonial et d'assurance décès, dont l'époux a toujours été le bénéficiaire privilégié, pourrait s'analyser comme une manifestation de bonté ou de bienveillance du législateur afin d'encourager la conclusion de ces actes corrigeant la position précaire dont souffrait le conjoint survivant. Cette interprétation est largement admise par la doctrine tant à

---

<sup>854</sup> Le régime de la communauté de meubles et acquêts ne constitue plus le régime légal : désormais les époux sont en principe mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, qui donne au survivant (ou à l'époux divorcé) vocation à recueillir les seuls biens immobiliers acquis à titre onéreux pendant le mariage. Ils demeurent cependant libres de prévoir, par convention, de se soumettre à la communauté de meubles et acquêts (C. civ., art. 1498 et s.), voire à la communauté universelle (C. civ., art. 1526).

<sup>855</sup> Par une loi du 3 décembre 1930, la réserve de l'ascendant avait ainsi été limitée à l'usufruit au profit du conjoint survivant. En outre, une loi du 26 mars 1957 l'éleva avant les collatéraux ordinaires dans l'ordre des successibles.

<sup>856</sup> Par ailleurs, la loi du 13 juillet 1965 diminua les droits matrimoniaux du conjoint puisqu'elle réduisit la communauté légale aux acquêts, c'est-à-dire aux seuls immeubles appartenant aux époux lors du mariage.

propos de l'assurance décès<sup>857</sup> que de l'avantage matrimonial<sup>858</sup>. Ainsi, par exemple, selon Madame BÉGUIN, « il est indéniable que l'application des prévisions du droit [successoral] sans amodiation aurait limité l'intérêt de recourir à l'assurance décès. En lui conférant pleine efficacité, c'est-à-dire en assurant le versement *intégral* de la somme prévue au contrat, la promotion du contrat est favorisée »<sup>859</sup>, et avec elle – ajouterons-nous – la garantie d'une correction de la rigueur du droit successoral à l'égard du conjoint survivant.

En somme, en matière d'assurance décès comme d'avantage matrimonial, le législateur, codifiant la jurisprudence, instrumentalise la notion de donation indirecte en vue de tempérer

---

<sup>857</sup> En ce sens, v. par exemple : 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, p. 22, selon qui le but de la solution (prétorienne à l'époque) est « de favoriser un acte de prévoyance essentiellement digne d'encouragement » ; J. LATOURNERIE, *L'assurance sur la vie contractée par deux époux au profit du survivant*, thèse, 1923, p. 22 ; E. H. PERREAU, « La réduction, le rapport et la récompense des primes ou du capital dans l'assurance-vie », *RGAT* 1931, p. 721 ; M. LE ROY, *thèse préc.*, p. 307, n° 569 ; L. BALLEYDIER et H. CAPITANT, « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence », *Le Code civil 1801-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, pp. 557 et 563 ; A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 263, relevant que la réglementation autonome de l'assurance en cas de décès « a été admise pour des raisons de fait beaucoup plus que de droit, en vue d'encourager le développement de l'assurance sur la vie. Les arguments de droit n'ont été imaginés qu'après coup, pour justifier la solution donnée » ; S. GAUDEMET, « Solidarités familiales et transmission successorale », *Dr. fam.* 2016, dossier 16, n° 2 : « on pourrait même ajouter – qu'on ne fera ici que mentionner – deux instruments à propos desquels les efforts déployés par la loi et la jurisprudence pour les soustraire aux règles successorales mettent d'autant mieux en évidence combien ils sont liés [à la solidarité familiale] : les avantages matrimoniaux et l'assurance-vie, qui peuvent contribuer à dessiner ou redessiner les solidarités familiales » ; C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 142, n° 105. Selon cet auteur, « la question du régime patrimonial du contrat d'assurance sur la vie doit être replacée dans la continuité des problématiques d'éradication de la pauvreté par la prévoyance. Cette idéologie prônait la protection des personnes défavorisées, plus spécifiquement des veuves et orphelins, en incitant les français à améliorer leur protection contre les aléas de l'avenir par l'épargne » ; M. VIGNERON, *La réglementation des assurances sur la vie en France (1681-1938) : éléments de comparaison avec l'Angleterre*, thèse, Toulouse, 2020, p. 236.

<sup>858</sup> En ce sens, v. par exemple : C. BRENNER *J.-Cl. Civil. Code.*, fasc. 30, 2021, « Libéralités – réserve héréditaire, quotité disponible, imputation des libéralités », 2021, n° 34 ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 1549, n° 1135 3° ; J.-R. ANDRÉ, *Le conjoint survivant en concours avec des enfants non communs en droit français et en droit belge*, thèse, 2020, p. 473, n° 622 ; P. LACOSTE, « Le changement de régime matrimonial : cause et communauté universelle », *JCP N.* 1994, p. 3020 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, J. LE COURTOIS et F. SURVILLE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. II, Sirey, 1900, n° 1450 ; M. PLANIOL, note sous CA Nancy, 25 février 1891, *DP* 1891. II, p. 353 ; Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Titularité de l'action en tranchement : de l'incohérence à l'hypocrisie », *GP* 2015, n° 158-160, p. 5 et s. Au-delà, certains ont vu dans la solution le souhait du législateur de favoriser le mariage et les enfants à naître (en ce sens, v. : G. CORNU, « La bonté du législateur », *RTD civ.* 1991, p. 283).

<sup>859</sup> C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 163, n° 125. Quelques pages avant, l'auteur précise également à propos de la jurisprudence codifiée par la loi de 1930 que « la volonté des juges de favoriser le développement des [contrats d'assurances décès] apparaissait en filigrane. Un tel dessein, poursuit l'auteur, se comprenait d'autant mieux que, sous la III<sup>ème</sup> République, le législateur avait souhaité promouvoir la prévoyance par le biais des assurances collectives » (C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 142, n° 105).

l'ancienne modicité des droits successoraux légaux *de l'ensemble* des conjoints survivants. D'où l'idée, selon nous, que ces solutions teintées de justice corrective correspondent davantage à l'équité *générale* qu'à l'équité particulière. La même conclusion s'impose à propos d'autres manifestations d'instrumentalisation d'origine jurisprudentielle cette fois-ci.

## **B – Les manifestations jurisprudentielles**

**236. Choix des illustrations** – Pour illustrer les instrumentalisation judiciaires de la donation indirecte dites « d'équité générale », on s'en limitera à deux particulièrement évocatrices : celle de la clause de réversion d'usufruit (1) et celle du *trust inter vivos* révocable (2).

### *1 – L'hypothèse de la clause de réversion d'usufruit*

**237. Volonté des juges d'instrumentaliser la qualification** – Pour mémoire, la clause de réversion d'usufruit est la convention par laquelle le propriétaire d'un bien en aliène la nue-propriété et s'en réserve l'usufruit tout en stipulant cet usufruit réversible à son décès au profit d'un tiers. L'opération vise donc à permettre à deux personnes, le plus souvent des conjoints, de profiter successivement de l'usufruit d'un bien.

On s'en souvient, aux termes de quatre décisions rendues entre 1991 et 2008 – d'abord par la première chambre civile de la Cour de cassation, puis par une chambre mixte –, les juges ont décidé que lorsque l'usufruitier actuel était mû par une intention libérale à l'égard de l'usufruitier en second rang, la clause constituait une donation indirecte à terme de bien présent, autrement dit une donation entre vifs<sup>860</sup>. Pour assurer cette qualification, et éviter celle de donation de biens à venir, les juges n'ont pas hésité à déformer la conception civile de l'obligation à terme, pour remplacer celle d'obligation éventuelle qui pouvait paraître s'imposer<sup>861</sup>.

---

<sup>860</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 4 avril 1991, n° 89-18361, Bull. n° 128 ; *RTD civ.* 1992, p. 165, note J. PATARIN ; *RTD civ.* 1992, p. 598, note F. ZENATI ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, Bull. n° 291, *RTD civ.* 1998, p. 938, F. ZENATI ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 octobre 2000, n° 98-21.969 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, Bull. n° 318, *Defrénois* 1998, art. 36782, note A. CHAPPERT ; *D.* 1998, n° 263, note G. TIXIER ; Cass. mixte, 8 juin 2007, n° 05-10.727, Bull. n° 6, *BICC* 15 septembre 2007, rapp. RIVIERE, avis LEGOUX ; *D.* 2008, pan. 807, obs. SERRA ; *JCP G.* 2007. II. 10130, note G. GOUBEAUX ; *JCP G.* 2009. I, p. 109, n° 81, obs. R. LE GUIDEC ; *Defrénois* 2007. 1688, obs. A. CHAPPERT ; *AJ fam.* 2007, p. 353, obs. F. BICHERON ; *Dr. fam.* 2007, n° 151, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2007, p. 588, obs. T. REVET ; *RTD civ.* 2007, p. 605, obs. M. GRIMALDI.

<sup>861</sup> V. *supra* n° 65 et s.

La substitution de la qualification de donation indirecte *entre vifs* à celle de donation indirecte *à cause de mort* procède, non d'une erreur ou d'une confusion, mais d'un choix délibéré des juges. En effet, il fut un temps, on l'a vu, où la première chambre civile soutenait qu'une telle clause réalise une donation indirecte *de biens à venir* entre l'usufruitier actuel et l'usufruitier successif<sup>862</sup>. Un tel changement d'orientation traduit une nette volonté des juges d'utiliser la notion de donation indirecte (entre vifs) au service d'une finalité donnée : en un mot, d'instrumentaliser sa qualification. Pour quelle raison ?

**238. Finalité de l'instrumentalisation : sauvegarde de la prévoyance conjugale** – Une réponse peut être fournie par l'analyse du contexte des solutions jurisprudentielles rendues entre 1997 et 2008 et des commentaires doctrinaux auxquels elles ont donné lieu. Il en ressort que la qualification de donation indirecte entre vifs a pour objectif de valider la pratique (usuelle) consistant pour l'usufruitier en second à renoncer au bénéfice de la réversibilité avant le décès de l'usufruitier en premier. Ce qui manifeste, là encore, le souci de sauvegarder un acte de prévoyance conjugale.

Comme Monsieur GRIMALDI<sup>863</sup> puis Monsieur DURAND<sup>864</sup> l'ont souligné, l'analyse de la clause de réversion d'usufruit en une donation de biens à venir emporte en effet nullité d'une telle renonciation. Car, dès lors que la clause de réversion d'usufruit est elle-même analysée en une donation de biens à venir, c'est-à-dire une donation ayant pour objet tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, la renonciation anticipée au bénéfice de l'usufruit successif constitue un « pacte renoncitatif » à un bien particulier dans succession de l'usufruitier en premier. Or ce type de pacte s'inscrit dans le domaine de la prohibition des pactes sur succession future inscrite à l'article 722 du code civil<sup>865</sup>.

---

<sup>862</sup> En ce sens, v. notamment : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, n° 82-10.848, Bull. n° 124, *D.* 1983, p. 281, *Defrénois* 1983, p. 1355, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1984, p. 349, obs. J. PATARIN ; *JCP G.* 1984, 20257, note E.-S. DE LA MARNIERRE ; *JNA* 1984, art. 57638, note A. RAISON ; *Defrénois* 1985, art. 33609, note M. GRIMALDI ; *JCP N.* 1985. II, p. 30, note P. REMY.

<sup>863</sup> M. GRIMALDI, *Defrénois*, 1985, art. 33609.

<sup>864</sup> S. DURAND, *thèse préc.*, p. 174, n° 335.

<sup>865</sup> À l'époque des décisions analysées, les pactes renonciatifs sur succession future étaient également prohibés par l'article 1130 alinéa 2 du Code civil, d'après lequel « on ne [...] renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi ». Cette disposition a été abrogée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant notamment réforme du droit des contrats. Toutefois, ces pactes demeurent nuls en vertu de l'article 722 du Code civil, lequel dispose que toutes « les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi ». Pour d'autres illustrations d'annulation de pactes renonciatifs sur succession future,

**239. Confirmation par la décision du 20 avril 1983** – Il suffit de relire la décision du 20 avril 1983 – requalifiant justement la clause de réversion en donation de biens à venir – pour s’en convaincre. Le pourvoi faisait grief à l’arrêt déféré à la Cour de cassation d’avoir analysé la renonciation à l’usufruit successif en un pacte sur succession future et d’avoir prononcé sa nullité en se fondant sur le fait que cette renonciation avait été réalisée du vivant de l’usufruitier actuel et acceptée par ses filles lors d’une donation-partage effectuée par ce dernier. Au soutien du rejet du pourvoi qu’elle prononce, la Cour relève que : « dès lors » que « la clause de réversibilité de l’usufruit au profit du conjoint survivant insérée dans l’acte de donation partage [...] s’analysait en une donation de biens à venir [...], cette clause conférait [à l’usufruitière en second rang] dans la succession [de son mari, usufruitier actuel], un droit auquel elle ne pouvait renoncer, ni unilatéralement ni par contrat, tant que cette succession ne s’était pas ouverte [...] ». C’est donc bien parce que la clause de réversion était analysée en une donation de biens à venir que la renonciation anticipée de l’usufruit successif fut qualifiée de pacte sur succession non ouverte. Au contraire, si la clause de réversion d’usufruit est requalifiée en donation *entre vifs*, la renonciation anticipée de l’usufruit successif ne constitue plus un pacte sur la succession de l’usufruitier en premier rang, mais une renonciation à un droit déjà acquis<sup>866</sup>. Un tel acte devient alors parfaitement valable. Aussi bien, l’analyse des arrêts ayant admis la validité de cette renonciation révèle le souci de préserver l’adaptabilité des effets de la clause de réversion d’usufruit stipulée entre époux, essentielle en pratique. Autrement dit, il s’est agi de garantir un acte de prévoyance conjugale. À cet égard, un auteur écrit fort justement que : « à sa façon, [la qualification de donation indirecte *de bien présent*] est une preuve de l’adaptation du droit au vieillissement de la population constaté dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. La réversion d’usufruit a permis de répondre à la volonté de plus en plus marquée des parents de transmettre, de leur vivant, leurs biens à leurs descendants tout en assurant au survivant d’eux le maintien de son cadre de vie : comme l’ancienne grâce mutuelle, elle concilie les intérêts du cœur et du sang, ceux du couple et du lignage »<sup>867</sup>.

**240. Effet supplémentaire de l’instrumentalisation** – La doctrine a également remarqué que la qualification de donation indirecte de bien présent, en lieu et place de celle de donation

---

v. notamment : Cass. civ., 11 janvier 1853, *DP* 1853. I, p. 17 ; Cass. req., 10 août 1840, *S.* 1840. I, p. 757 ; Cass. civ., 16 août 1841, *S.* 1841. I, p. 684 ; Cass. civ., 12 janvier 1853, *DP* 1853. I, p. 17.

<sup>866</sup> En ce sens, v. notamment : S. DURAND, *thèse préc.*, p. 183, n° 352. L’auteur ajoute que ce droit étant déjà acquis par l’usufruitier en second, ce dernier peut en disposer, par exemple en l’incluant dans une vente ou un apport à une société.

<sup>867</sup> S. BERRE, *Deffrénois* 2009, p. 197.

de bien à venir, permettait de sauver de la nullité de principe la clause de réversion elle-même<sup>868</sup>. En effet, contrairement aux donations entre vifs, les donations de biens à venir sont par principe prohibées (C. civ., art. 943<sup>869</sup>). Seules deux exceptions à cette nullité existent : lorsqu'elles sont réalisées entre époux ou par un tiers au bénéfice de ceux-ci ou de l'un d'entre eux. Dès lors, la substitution forcée de la qualification de donation entre vifs à celle, qui devrait s'appliquer, de donation de biens à venir, produit une autre conséquence avantageuse que celle tenant à la validité de la renonciation *ante mortem* au bénéfice de l'usufruit successif : grâce à elle, la clause de réversion d'usufruit n'est pas seulement valable entre époux, elle « est pour ainsi dire accessible à tous : entre parents (frères et sœurs...), mais également entre étrangers, comme les concubins »<sup>870</sup>.

Toutefois, eu égard au contexte dans lequel les arrêts ayant admis la qualification de donation de biens présents à terme ont été rendus, *il n'est pas certain que cet effet supplémentaire attaché à l'instrumentalisation ait été réellement souhaité par les juges*. La revendication d'un droit commun des couples, ou du moins d'une plus grande assimilation des règles du mariage, du PACS et du concubinage, n'était pas vraiment discutée à l'époque où ces solutions ont été rendues. En outre, et surtout, dans la quasi-totalité de ces arrêts, le débat juridique ne portait pas sur la validité même de la clause de réversion d'usufruit – laquelle était toujours constituée entre époux – mais sur la validité de la renonciation anticipée au bénéfice de l'usufruit successif par l'époux désigné. Par conséquent, s'il est indéniable que l'instrumentalisation de la donation indirecte a eu pour effet d'élargir l'efficacité pratique de la clause de réversion d'usufruit, *l'objectif poursuivi par cette instrumentalisation* ne tient pas, à notre avis, à cette efficacité mais à celle de la renonciation anticipée au bénéfice de l'usufruit successif dans un but de préserver de la prévoyance conjugale. Or cette protection de la prévoyance conjugale ne semble pas, là encore, avoir été voulue pour un cas donné mais pour toutes les situations dans lesquelles la clause de réversion est stipulée entre époux. D'où le classement de cette solution dans la catégorie des instrumentalisations dites « d'équité générale ».

Bien qu'éloignée de l'idée de prévoyance conjugale, l'utilisation opportuniste de la qualification de donation indirecte en matière de *trust* entre vifs révocable invite à une conclusion identique.

---

<sup>868</sup> M. GRIMALDI, *Deffrénois*, 1985, art. 33609. Dans le même sens, v. : S. DURAND, *thèse préc.*, p. 183, n° 353 ; F. ZENATI, *RTD civ.* 1998, p. 937.

<sup>869</sup> Cette disposition prévoit que « la donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard ».

<sup>870</sup> S. DURAND, *thèse préc.*, p. 183, n° 353. *Rapp.* : F. ZENATI, *RTD civ.* 1998, p. 937.

## 2 – L'hypothèse du trust entre vifs révocable

**241. Affaire Zieseniss : rappel de la solution** – On le sait déjà<sup>871</sup> : à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, s'est posée devant les juridictions françaises la question de savoir si une libéralité réalisée au moyen d'un *trust inter vivos* révocable et dont la valeur placée est transférée au(x) bénéficiaire(s) à la mort du constituant appartenait à la catégorie des legs ou des donations entre vifs<sup>872</sup>. Tandis que les juges du fond – première instance et cour d'appel de Paris – prirent parti en faveur de la qualification de legs particulier, la Cour de cassation plaça le *trust* litigieux dans l'orbe des donations entre vifs, et plus particulièrement des donations indirectes. Dans un attendu formulé en termes généraux – et donc transposable à tous les *trusts* empruntant la même figure<sup>873</sup> – la Haute Juridiction décida que l'opération avait « réalisé une donation indirecte [...] ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice ». Cependant, du point de vue technique, une telle analyse est critiquable car les bénéficiaires d'un *trust* stipulé révocable n'ont aucune maîtrise absolue des biens ; tout au plus bénéficient-ils d'une « propriété défensive »<sup>874</sup>, mais distincte du droit définitif sur lesdits biens<sup>875</sup>.

**242. Résultat pratique recherché : réduction prioritaire du trust sur les donations de biens présents** – Cette solution, qui force donc la qualification de donation indirecte, trouve également son explication pratique à travers l'idée de justice corrective. Afin de le montrer, il est utile au préalable de mettre en évidence les conséquences liquidatives attachées à la requalification du *trust* litigieux, spécialement son rang d'imputation et de réduction.

Pour mémoire, les articles 923, 926 et 927 du Code civil posent que les donations doivent être imputées successivement des plus anciennes aux plus récentes et avant les legs qui doivent, au contraire, être imputés simultanément et réduits, le cas échéant, proportionnellement à leur

---

<sup>871</sup> V. *supra* n° 82 et s.

<sup>872</sup> Cinq décisions ont été rendues dans cette affaire : TGI Paris, 28 novembre 1990 ; TGI Paris, 28 septembre 1993, *RTD civ.* 1994, p. 401, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93, *D.* 1996, chron. p. 231 et s., Y. LEQUETTE ; *JCP G.* 1996. II, p. 22647, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *Rev. crit. DIP.* 1996, p. 692, note G. A.L. DROZ, *Deffrénois* 1997, art. 36457, p. 26, note T. VIGNAL, *RTD civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN ; TGI Paris, 7 avril 1999, *RTD civ.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN, *D.* 1999, p. 683, note Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 693, note M. GORÉ, *Dr. fam.* 1999, p. 24, note B. B. ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, *AJ fam.* 2001, n° 1, p. 29, *RTD civ.* 2001, p. 931, obs. J. PATARIN.

<sup>873</sup> Pour un rapprochement utile de six ou sept figures principales de *trusts* libéraux aux variétés françaises de libéralités, v. : S. GAUDEMET et C. BRENNER, « *Trust* et liquidation civile d'une succession soumise à la loi française », *art. préc.*

<sup>874</sup> J. PATARIN, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 1998, Bull. n° 314, *RTD civ.* 1999, p. 682. *Rapp.* : T. VIGNAL, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, *Deffrénois* 1997, art. 36457.

<sup>875</sup> V. *supra* n° 85 et s.

valeur<sup>876</sup>. Les imputations ayant lieu dans l'ordre inverse de la réduction, il se déduit de ces articles que les legs doivent être réduits simultanément en premier, avant les donations qui doivent, quant à elles, être réduites successivement des plus récentes aux plus anciennes.

Dans l'affaire Zieseniss, la Cour de cassation a considéré que le *trust* entre vifs révocable dans lequel les bénéficiaires entrent en possession au décès du constituant – et uniquement celui-ci<sup>877</sup> – doivent être imputés après les donations entre vifs de biens présents même postérieures au *trust* mais avant les legs<sup>878</sup>. En termes de réduction, il faut comprendre que le *trust inter vivos* révocable doit donc être réduit avant toutes les donations de biens présents réalisées par le *settlor*, même celles antérieures à la constitution du *trust*, mais après les legs. Or c'est là que se dessine l'intérêt pratique de la qualification de donation indirecte, sinon le fondement de la solution retenue<sup>879</sup> : sans assimilation du *trust* à une donation indirecte, celui-ci n'aurait pu être imputé avant les legs. Le dialogue entre le moyen du pourvoi et la solution de la Cour en est le plus sûr révélateur. En effet, les demandeurs au pourvoi reprochaient aux juges du fond d'avoir écarté la qualification de donation entre vifs au profit de celle de legs en prenant appui sur le pouvoir de révocation conservé par la disposante et sur l'objet du *trust* qui aurait consisté en des biens à venir. Et la Haute Juridiction de relever que : « cependant », « la cour d'appel avait constaté que [la disposante] s'était dépouillée d'un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le *trustee* de le remettre, au jour de sa mort, aux bénéficiaires désignés par elle à cette date ; que cette opération [...] a réalisé une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice par la réunion de tous ses éléments, a donc pris date à ce jour ; que, dès lors, les dispositions de l'article 926 C. civ.

---

<sup>876</sup> C. civ., art. 923 : « Il n'y aura jamais lieu de réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires ; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes ». C. civ. art. 926 : « Lorsque les dispositions testamentaires excéderont, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers ».

<sup>877</sup> Il faut y insister : l'arrêt Zieseniss n'a trait qu'aux libéralités réalisées au moyen d'un *trust entre vifs révocable* où la prise de possession des valeurs placées par les bénéficiaires ont eu lieu au décès du constituant. La solution ne peut donc être appliquée s'agissant d'un *trust* testamentaire, ni d'un *trust* entre vifs révocable transférant les valeurs placées du vivant du constituant, encore moins d'un *trust* irrévocable.

<sup>878</sup> La Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi, a également conclu à l'imputation des libéralités résultant du *trust* après les donations postérieures réalisées par la donatrice (CA Paris, 7 avril 1999, *D.* 1999, p. 683 et erratum, p. 723, note Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 693, note M. GORÉ, *RTD civ.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN, *Dr. fam.* 1999, n° 30 (2<sup>e</sup> esp.), note B. BEIGNIER.

<sup>879</sup> En ce sens, v. notamment : 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, p. 232, n° 20 : « L'importance que la Haute Juridiction donne à cette considération porte à y découvrir l'explication de la solution qu'elle retient ».

[propres à l'ordre de réduction des legs] n'étaient pas applicables à la réduction de cette libéralité, de sorte qu'en statuant comme elle l'a fait la cour d'appel a violé les textes susvisés ». C'est donc bien de la qualification de donation indirecte que la Cour de cassation déduit le régime d'imputation propre au *trust inter vivos* révocable : sans elle, la qualification de legs aurait dû s'imposer et l'imputation prioritaire aurait été écartée<sup>880</sup>. Autrement dit, l'arrêt Zieseniss procède bien d'une instrumentalisation de la donation indirecte visant à réduire le *trust inter vivos* révocable, après les legs, *mais juste avant les donations entre vifs réalisées par la constituante*.

**243. Objectif poursuivi par la réduction prioritaire : justice corrective de portée générale** – Reste à montrer en quoi cette instrumentalisation est inspirée par l'idée de justice corrective, et plus spécialement par l'idée d'équité générale.

La finalité de justice corrective poursuivie par la solution est facilement décelable au cas d'espèce. Pour mémoire, dans cette affaire, la constituante laissait pour lui succéder ses deux petites-filles venant en représentation de son premier fils prédécédé, et son autre fils. De son vivant, elle avait constitué le *trust* litigieux au bénéfice des deux enfants de son fils survivant. Puis elle avait consenti à ce dernier des donations hors part successorale et l'avait, par testament, institué légataire de la quotité disponible. C'est dans ce contexte que les deux petites-filles de la constituante (venant en représentation de leur père prédécédé) avaient demandé le partage de la succession et la réduction de l'ensemble des libéralités consentis à leur oncle (donataire et légataire) et à leurs cousins (bénéficiaires du *trust*). Un conflit était alors né entre eux quant à l'ordre d'imputation et de réduction des libéralités résultant du *trust* et des donations ultérieures. Les deux petites-filles soutenaient que le *trust* devait être réduit comme des donations entre vifs, donc après les legs et les donations hors part postérieures ; de leur côté, le fils de la constituante et ses enfants prétendaient que le *trust* devait être réduit au rang d'un legs, et ce, afin que réduit en dernier, ils en obtiennent le plus grand bénéfice. L'opposition de la Cour de cassation à cette dernière thèse manifeste l'intention des juges de sauvegarder une partie de la quotité disponible de la défunte, entièrement atteinte par le *trust*. En d'autres termes, en imposant la requalification du *trust* en donation indirecte et, partant, sa réduction avant les

---

<sup>880</sup> Il est peu probable, en effet, que la Cour de cassation aurait choisi la qualification de donation à cause de mort car cette qualification l'aurait obligé à conclure à la nullité de l'opération. En effet, la donation à cause de mort n'est valable qu'entre époux ; or en l'espèce, les bénéficiaires du *trust* étaient les héritiers de la constituante. L'exceptionnelle validité des donations de biens à venir n'était donc pas applicable en l'espèce.

libéralités adressées postérieurement au fils de la constituante, la Cour de cassation a visiblement souhaité équilibrer les droits successoraux de chacun des héritiers : grâce à cette requalification les petites-filles de la défunte ont pu solliciter la réduction des libéralités excessives adressées à leur oncle et ainsi protéger la réserve héréditaire de leur père duquel elles venaient en représentation. Par où l'on constate que la justice corrective innerve l'instrumentalisation de la donation indirecte au cas d'espèce.

Au-delà, cette finalité paraît transcender le cas d'espèce. À suivre les termes de l'attendu de principe forgé par la Cour de cassation, ce sont en effet *tous les trusts entre vifs révocables*, et non seulement celui constitué par Madame Zieseniss, qui doivent recevoir la qualification de donation indirecte et être imputés avant les donations postérieures à sa constitution. La même conclusion s'impose à la lecture de la décision de la cour d'appel de renvoi<sup>881</sup>. En effet, si cette dernière n'a pas eu à trancher la question de savoir si le *trust* devait être imputé avant ou au même rang que les legs consentis par la défunte – les parties s'étant accordées pour admettre leur imputation préalable –, elle s'est tout de même appropriée la solution de la Cour de cassation s'agissant de l'ordre d'imputation des *trusts* entre vifs révocables. Les juges du fond ont ainsi soigneusement souligné « 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 [la disposante] que les droits résultant de la "propriété équitable" conférée par le droit américain aux bénéficiaires du *trust* qui conduisent à préférer ces bénéficiaires au légataires »<sup>882</sup>. De telles formulations générales et abstraites, alliées à la publication de l'arrêt au Bulletin de la Cour de cassation, ne laissent place au doute : l'objectif poursuivi, à savoir la justice corrective au sein de la liquidation civile de la succession, vaut pour toutes les successions mettant en jeu la question de l'ordre d'imputation et de réduction des libéralités résultant du *trust* entre vifs révocable et des donations ultérieures. Du reste, la solution a été confirmée<sup>883</sup>. C'est pourquoi, on peut voir

---

<sup>881</sup> En ce sens, v. notamment : S. GAUDEMET et C. BRENNER, « *Trust* et liquidation civile d'une succession soumise à la loi française », *art. préc.*

<sup>882</sup> CA Paris, 7 avril 1999, *D.* 1999, p. 683 et erratum, p. 723, note Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 693, note M. GORÉ, *RTD civ.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN, *Dr. fam.* 1999, n° 30 (2<sup>e</sup> esp.), note B. BEIGNIER.

<sup>883</sup> CA Rennes, 4 mai 2005, n° 03/4727 dont le pourvoi contre l'arrêt a été rejeté par la Cour de cassation : Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Bull. n° 131, *GP* 2007, n° 352, p. 12, obs. J.-M. TIRARD ; *Defrénois* 2007, n° 23, p. 1697, obs. A. CHAPPERT ; *D.* 2007, p. 1941, note F. DOUET ; *RTD com.* 2007, p. 852, obs. J.-P. LE GALL ; *Dr. pat.* 2007, p. 65, note D. GUTMANN ; *RJF* 2007, p. 10, obs. B. HATOUX. *Rapp.* : CA Paris, 3 novembre 2019, n° 09/15216 ; Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985 ; *Dr. fam.* 2020, p. 31, note M. NICOD ; *GP* 2020, p. 68, note S. LEROND. *Rapp.* : Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Bull. n° 131, *GP* 2007, n° 352, p. 12, obs. J.-M. TIRARD ; *Defrénois* 2007, n° 23, p. 1697, obs. A. CHAPPERT ; *D.* 2007, p. 1941, note F. DOUET ; *RTD com.* 2007, p. 852, obs. J.-P. LE

dans l'arrêt Zieseniss une intervention dynamique des juges dans le processus de création du droit ; une instrumentalisation « d'équité générale »<sup>884</sup>.

**244. Conclusion de la première section** – Au terme de ces développements, nous avons mis en évidence que la qualification de donation indirecte assume une fonction de justice corrective. Toutes les décisions analysées semblent en effet fondées sur des considérations d'équité conduisant les juges ou le législateur à admettre ou refouler la qualification de donation indirecte suivant que celle-ci assure, ou non, le rétablissement d'un équilibre et donc d'une certaine justice. En outre, à s'essayer à une classification de ces manifestations d'instrumentalisation « équitables », il ressort qu'elles peuvent être distinguées selon leur portée. En effet, si certaines semblent au service d'une équité « particulière » au sens où elles visent une justice dépendante des circonstances propres au litige, d'autres rayonneraient au-delà et seraient pour ainsi dire plus « générales ». Bornons-nous, pour conclure, à en rappeler deux manifestations notables : il arrive, d'abord, que les juges forcent la qualification de donation indirecte pour imposer le rapport successoral d'une valeur et ainsi déjouer l'inégalité successorale que le défunt avait instaurée entre ses héritiers. C'est notamment l'hypothèse de la reprise, par l'héritier, de l'activité professionnelle du *de cuius*. D'un autre côté, la donation indirecte semble plus largement parfois servir à promouvoir des opérations de prévoyance conjugale. Il en va ainsi, par exemple, en matière de clause de réversion d'usufruit où les juges s'efforcent d'imposer la qualification de donation indirecte pour assurer l'efficacité des modalités particulières de cette convention, spécialement la renonciation anticipée au bénéfice de l'usufruit successif. La rigueur juridique s'estompe alors et le raisonnement juridique cède le pas à une « pesée appréciative »<sup>885</sup> : la donation indirecte n'est plus figée dans les contours abstraits de sa définition juridique mais joue comme un instrument judiciaire de justice corrective, comme un outil d'équité « particulière » ou « générale ».

D'autres décisions semblent, au contraire, pouvoir être lues comme la manifestation d'une tendance des juges à se servir de la donation indirecte comme d'un instrument de justice punitive.

---

GALL ; *Dr. pat.* 2007, p. 65, note D. GUTMANN ; *RJF* 2007, p. 10, obs. B. HATOUX, étant précisé que, dans ces deux dernières solutions, le *trust* avait été rendu irrévocable par le constituant de son vivant.

<sup>884</sup> Pour plus de précisions sur les suites d'une telle solution, spécialement sur la question de l'ordre d'imputation de dispositions libérales résultant de *trusts successifs* présentant les mêmes caractères que celui constitué par Madame Zieseniss, v. : S. GAUDEMET et C. BRENNER, « *Trust* et liquidation civile d'une succession soumise à la loi française », *art. préc.*

<sup>885</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 185.

## SECTION 2 – LA JUSTICE PUNITIVE

**245. Annonce** – En certains domaines, la donation indirecte semble être moins un instrument de correction qu’un outil de sanction, une sorte de mesure judiciaire répressive destinée à punir un acte considéré comme une fraude. Par fraude, l’on entend ici, non pas tant la fraude juridique, c’est-à-dire « [l’] agissement illicite par emploi de moyens réguliers »<sup>886</sup>, mais le comportement que l’on pourrait qualifier de trompeur ou transgressif<sup>887</sup>. En effet, certaines instrumentalisation de la donation indirecte affichent plus ou moins explicitement la volonté des juges de sanctionner un agissement qu’ils jugent contraire à une règle – parfois morale – gouvernant la matière tant familiale (§1) que fiscale (§2).

### §1 – LA JUSTICE PUNITIVE EN MATIERE FAMILIALE

**246. Annonce** – En matière familiale, spécialement lors de liquidations successorales, l’utilisation « sanctionnatrice » de la donation indirecte paraît s’exercer en faveur de la protection de la solidarité parentale, c’est-à-dire, au sens large, de l’esprit de famille, des sentiments doux et sincères qui unissent en principe les parents à leurs enfants. Or le droit des successions français repose traditionnellement sur l’idée de solidarité familiale<sup>888</sup> : le mécanisme de la réserve héréditaire – qui se traduit « par le passage obligé d’une partie des biens »<sup>889</sup> du *de cuius* à certains héritiers dits réservataires<sup>890</sup> – en est la manifestation la plus la significative puisqu’elle garde ses bénéficiaires « d’une exhéredation pour cause de “mauvaise”

---

<sup>886</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>ème</sup> éd., PUF, 2022, v° fraude, p. 482. Sur les définitions juridiques de la fraude, v. notamment : J. VIDAL, *Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse Paris, 1957 ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, thèse, Paris I, 2008.

<sup>887</sup> Sur les diverses acceptions du terme fraude, v. notamment : F. DOURNAUX, *thèse préc.*, p. 2, n° 3.

<sup>888</sup> En ce sens, v. par exemple : C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des succession », *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 149 : « Au-delà même de la conception de la mort et de ses suites – donc de la personne – qu’il est susceptible de véhiculer, le régime de la succession signale en effet [...] l’intensité de la solidarité des générations et des membres de la famille dont elle entend [...] imposer le respect ». *Rapp.* : S. GAUDEMET, « “L’intérêt de la famille”, élément d’un ordre public familial », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, p. 287.

<sup>889</sup> Y. LEQUETTE, « Quelle destinée pour la réserve héréditaire ? », *Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire*, (dir.) C. PÈRES et P. POTENTIER, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 600.

<sup>890</sup> Ainsi, l’article 912, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose 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, s’ils sont appelés à la succession et s’ils l’acceptent ». Sur la réserve héréditaire, son histoire et son montant, v. notamment : P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 416 et s., n° 538 et s.

vie ou de “mauvaise” pensée »<sup>891</sup>. C’est la raison pour laquelle la donation indirecte, dont la dimension successorale est évidente, sert parfois à réprimer un acte considéré comme attentatoire au devoir moral de préservation du lien parental. De nombreuses décisions judiciaires peuvent être citées en ce sens (A).

Une solution rendue le 19 décembre 2002 par la Cour de cassation mérite d’être rapprochée de ces décisions. Elle témoigne, en effet, de ce que la donation indirecte peut aussi être utilisée par les juges au service de la répression familiale, spécialement pour sanctionner une faute familiale (B).

### **A – La sanction d’un acte contraire à la solidarité parentale**

**247. Annonce** – Il apparaît que la donation indirecte constitue parfois un outil judiciaire de police de la solidarité parentale, essentiellement lors de partages successoraux opposant l’époux en secondes noces du défunt et ses enfants d’un premier lit. C’est en tout cas ce qui ressort de l’analyse des décisions (1). Plus exceptionnellement, il arrive que la même logique se manifeste en dehors d’un tel conflit (2).

#### *1 – En présence d’un remariage*

**248. Évolution perceptible de l’instrumentalisation « sanctionnatrice »** – Les époux mariés en secondes noces peuvent se consentir des donations. Cependant, la solidarité qu’expriment ces donations est susceptible d’entrer en concurrence avec la solidarité parentale<sup>892</sup>. Précisément, les donations consenties entre époux mariés en secondes noces peuvent porter atteinte aux droits patrimoniaux des enfants du premier lit du donateur, tout au moins, et plus symboliquement, au lien affectif qui les unit à lui. Or, comme on va le voir, les juges n’hésitent traditionnellement pas à sanctionner de telles atteintes en instrumentalisant la qualification de donation indirecte.

Cependant, une évolution est perceptible, qui se traduit par un repli constant de l’utilisation sanctionnatrice de la donation indirecte. Cette évolution n’a rien de surprenant : elle coïncide

---

<sup>891</sup> M. GRIMALDI, « 3 questions à Michel Grimaldi – Un regard tranquille et curieux sur le droit des successions », *JCP N.* 2021, act. 337. *Rapp.* : J.-F. SAGAUT, « Égalité successorale et authenticité... sans réserve ! », *Mélanges M. GRIMALDI*, Defrénois, 2020, p. 878, relevant que la « réserve héréditaire se révèle être aussi un garde-fou efficace contre les excès d’autorité du *de cuius* dont il faut protéger l’hoirie de “ses caprices, ses passions, quand il ne sera plus” ».

<sup>892</sup> *Rapp.* : C. BRENNER, « Solidarités familiales et mise en commun des biens du couple », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 20.

avec le recul de la méfiance du législateur à l'égard des donations entre époux mariés en secondes noces. Sans entrer dans les détails<sup>893</sup>, on rappellera que jusqu'au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, la loi successorale était marquée d'une franche hostilité envers les secondes noces, en particulier envers la « marâtre » dont on redoutait qu'elle ne s'emparât des biens de l'époux prédécédé au détriment des enfants du premier lit<sup>894</sup>. Sur les brisées de l'Édit des secondes noces<sup>895</sup>, le Code Napoléon avait alors réduit très significativement la quotité disponible au profit du second époux<sup>896</sup>. Cette règle a été profondément modifiée, d'abord en 1972, puis surtout en 2006 : désormais, le Code civil ne distingue plus, s'agissant de la quotité disponible spéciale entre époux, entre le conjoint marié en secondes ou en premières noces<sup>897</sup>. Autrement dit, un époux peut consentir autant de libéralités à son conjoint en secondes qu'en premières noces. Aussi, l'évolution de la loi successorale est celle « d'un constant adoucissement de la rigueur primitive »<sup>898</sup> à l'égard des libéralités entre époux mariés en secondes noces. Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que l'utilisation de la donation indirecte, pour sanctionner une libéralité entre époux mariés en secondes noces, s'éclipse progressivement du contentieux judiciaire.

Cette illustration n'en reste pas moins très riche d'enseignements. C'est pourquoi on retracera son histoire en distinguant deux temps : le premier, qui correspond au temps d'une instrumentalisation sanctionnatrice quasi-systématique (a) ; le second, qui révèle la persistance ponctuelle de cette instrumentalisation (b).

---

<sup>893</sup> Sur le sujet, v. notamment : M.-C. RONDEAU-RIVIER, *Le remariage*, thèse, Lyon, 1981, n° 280 ; F. LUCET, « Familles éclatées, familles reconstituées : les aspects patrimoniaux », *Defrénois* 1991, p. 513 ; M. MEUNIER-MOLLARET, *Le conjoint survivant face aux enfants du de cujus*, thèse, Paris II, 2014 ; I. DONNAT, *La transmission du patrimoine dans la famille recomposée*, thèse, La Réunion, 2018 ; C. BONNES-AGUILAR, *L'intérêt patrimonial de l'enfant au sein des familles recomposées*, thèse, Aix-Marseille, 2018.

<sup>894</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 356, n° 464.

<sup>895</sup> Sur cet édit, v. notamment : J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 1442, n° 1046.

<sup>896</sup> C. civ., anc. art. 1098. Sur la question, v. notamment : J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, art. 37749 » ; E. PRIEUR, « La place de la liberté face aux nouveaux droits du conjoint survivant », *JCP N.* 2003, n° 2, p. 1026.

<sup>897</sup> L'article 1094-1, tel qu'il résulte de la loi du 23 juin 2006, dispose ainsi que pour le cas où l'époux laisserait des enfants, *issus ou non du mariage*, il pourra disposer en faveur de l'autre époux, soit du disponible ordinaire, soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit seulement.

<sup>898</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 356, n° 464.

a) *Le temps de l'instrumentalisation quasi-systématique*

**249. Cas particulier de l'achat pour autrui entre époux** – On a eu l'occasion de montrer que, jusqu'à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, de nombreuses décisions ont admis qu'une libéralité réalisée au moyen d'un achat pour autrui constituait une donation déguisée<sup>899</sup>. Reprenons, pour mémoire, l'analyse d'un arrêt rendu le 30 avril 1941 dont la dialectique transcende l'ensemble des arrêts rendus sur la question<sup>900</sup>. En l'espèce, un homme précédemment divorcé et qui avait une fille de son premier mariage, avait payé l'acquisition de deux immeubles au nom de sa seconde femme. Au décès de celui-ci, sa fille sollicitait la nullité de l'acte comme constituant une donation déguisée entre époux, sur le fondement de l'article 1099 ancien du Code civil. Sa prétention fut accueillie par la Cour de cassation, qui jugea que la donation des deniers, « form[ant] un tout indivisible avec l'acte destiné (l'achat des immeubles), dans la commune intention des parties », constituait une donation déguisée. En d'autres termes, la Cour de cassation considère que la donation par achat pour autrui s'analyse en une donation déguisée des immeubles dans la mesure où les époux avaient voulu transmettre, non les deniers, mais les biens sous leur aspect immobilier, autrement dit qu'ils avaient créé une indivisibilité entre la donation des deniers et l'acquisition des immeubles.

Reste, on l'a dit, que le lien d'indivisibilité entre la donation des deniers et l'achat des immeubles – à le supposer existant – paraît impuissant à justifier l'existence du déguisement caractéristique de la donation déguisée<sup>901</sup>.

**250. Convocation forcée de la nullité des donations déguisées entre époux** – La prétention de la fille du donateur à obtenir la nullité de la donation fournit une première explication à cette instrumentalisation « négative » de la donation indirecte. On s'en souvient<sup>902</sup> : jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, l'article 1099 alinéa 2 du Code civil frappait de nullité absolue toutes les donations déguisées entre époux. Or cette nullité ne valait pas pour les donations indirectes. Dans ces conditions, la requalification forcée de

---

<sup>899</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 193 et s.

<sup>900</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avril 1941, *GP.* 1941. II, p. 50 ; *JCP G.* 1941. II, p. 1727, P. VOIRIN ; *RTD civ.* 1941, p. 629, note R. SAVATIER.

<sup>901</sup> En effet, aucune simulation n'existe sur la cause catégorique de l'acte véhiculant la libéralité, à savoir le paiement pour autrui. Qu'on en juge dans notre affaire : le paiement effectué par l'époux donateur auprès du vendeur des immeubles avait bel et bien mis fin à une dette qui existait *réellement* dans le patrimoine de son épouse (donataire) ; sa cause n'avait donc rien de simulée.

<sup>902</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 157 et s.

l'achat pour autrui en donation déguisée tendait à l'annulation de la libéralité, c'est-à-dire concrètement, à la restitution par l'épouse de la donation à la succession du donateur.

On objectera sans doute que cette restitution était possible *via* la qualification de donation indirecte, au moyen d'une action en réduction de la libéralité<sup>903</sup>. En effet, cette action s'exerce à l'encontre de toutes les libéralités, qu'elles soient déguisées ou indirectes. En ce sens, l'article 920 du Code civil dispose : « les libéralités, directes ou *indirectes*, qui portent atteinte à la réserve d'un ou plusieurs héritiers, sont réductibles à la quotité disponible lors de l'ouverture de la succession ». En l'espèce, il n'est donc pas exclu que l'action en réduction de la donation litigieuse, à la supposée exercée par la fille du défunt, héritière réservataire en vertu de l'article article 913 précité, lui aurait permis, à l'instar de l'action en nullité, d'obtenir une restitution à la succession de son père.

Cependant, l'action en réduction est plus restrictive que l'action en nullité. L'action en réduction est en effet soumise à la démonstration par l'héritier réservataire d'une atteinte à sa réserve héréditaire. Au contraire, la nullité de la donation est systématique : elle « existe de droit à celui qui la demande, sans qu'il y ait lieu d'examiner si [elle] excède ou non la quotité disponible »<sup>904</sup>. Ce principe attaché à l'action en nullité a d'ailleurs été rappelé par la Cour de cassation, qui souligne dans l'affaire rapportée que « toute donation déguisée est nulle à l'égard des héritiers réservataires, et cette nullité n'est pas soumise à la condition que la quotité disponible ait été dépassée ». Dès lors, s'il n'était pas impossible, pour la fille du donateur, d'exercer l'action en réduction pour obtenir une restitution à la succession de son père, encore aurait-elle dû prouver positivement l'atteinte à sa réserve héréditaire. En outre, si réduction il y a, celle-ci est fonction du dépassement de la quotité disponible (et donc de l'atteinte à la réserve). La réduction ne peut donc atteindre qu'une partie de la libéralité et n'offrir qu'une réduction partielle de celle-ci. Au contraire, l'annulation de la donation offre la garantie d'une restitution totale de la donation dans la succession du donateur. Dès lors, même

---

<sup>903</sup> En droit français certains héritiers bénéficient d'une réserve héréditaire, c'est-à-dire d'une part de biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges. En présence d'héritiers réservataires, un donateur (ou un testateur) ne peut donc disposer de ses biens de façon illimitée. Précisément, l'article 913 du Code civil dispose que « les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ». En conséquence, lorsqu'une libéralité – donation ou legs – excède la quotité disponible du disposant, l'héritier réservataire dispose d'une action (appelée « action en réduction ») qui a pour but, au jour de la succession du disposant, de faire respecter sa réserve héréditaire. Concrètement, elle permet au réservataire d'obtenir la restitution – en valeur ou en nature – à la succession du disposant de la part de la libéralité qui porte atteinte à sa réserve héréditaire.

<sup>904</sup> R. SAVATIER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avril 1941, *préc.*, *RTD civ.* 1941, p. 629.

si la fille du défunt avait réussi à prouver que la donation litigieuse portait atteinte à sa réserve héréditaire, encore aurait-il fallu que cette donation dépasse totalement la quotité disponible de son père, à défaut de quoi elle n'aurait reçu qu'une restitution partielle de la donation à la succession. En somme, si, comme l'action en nullité, l'action en réduction d'une donation permet sa restitution à la succession du donateur, cette restitution est tout à la fois plus délicate et plus incertaine à obtenir que celle sollicitée sur le fondement de la nullité. Aussi bien, dans l'espèce envisagée, la requalification de l'opération en donation déguisée offrait à la fille du défunt la certitude d'une restitution de la totalité de la donation consentie par son père au bénéfice de son épouse. On rappellera également, après certains commentateurs de la décision rapportée, que les héritiers ne succèdent pas à la faculté de révocation des libéralités<sup>905</sup>. La fille du défunt ne pouvait donc, sur ce fondement, solliciter une quelconque restitution de la donation.

Une dernière précision s'impose, qui s'applique à l'ensemble des décisions ayant recouru à l'artifice de l'indivisibilité pour justifier la requalification d'un achat pour autrui en donation déguisée<sup>906</sup>. Pareille justification – l'indivisibilité – permet aux juges de considérer que la valeur de la donation est celle des immeubles acquis, et non celle des deniers employés à l'achat de ceux-ci<sup>907</sup>. Or à l'époque de l'arrêt étudié, cette solution était favorable au créancier de la restitution lorsque le pouvoir d'achat attaché aux deniers employés pour l'acquisition des biens avait baissé entre le jour de la donation et le jour où était exercé l'action en nullité par l'effet de l'inflation. En effet, jusqu'au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, aucune disposition législative ne consacrait le mécanisme de la dette de valeur en droit patrimonial de la famille<sup>908</sup>. Aussi bien, à défaut d'indivisibilité, la restitution d'une donation par achat pour autrui eût toujours porté sur le montant nominal des deniers effectivement donnés puis employés à l'acquisition du bien. C'est dire que l'indivisibilité comportait, à cette époque, des vertus pratiques non négligeables pour le créancier de la restitution<sup>909</sup>. Ainsi, l'action en nullité exercée par la fille du défunt, et

---

<sup>905</sup> P. VOIRIN, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 avril 1965, Bull. n° 273 ; D. 1966, p. 205.

<sup>906</sup> Pour une analyse technique de ces décisions, v. *supra* n° 193 et s.

<sup>907</sup> *Comp.*: C. civ., art. 1099-1.

<sup>908</sup> M. DAGOT, *thèse préc.*, p. 41, n° 45. ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, p. 153, n° 412 ; J.-L. AUBERT, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1972, D. 1972, p. 514.

<sup>909</sup> Qu'en était-il dans notre affaire ? Le récit judiciaire ne nous dit pas explicitement que les deniers versés au vendeur avaient subi une dépréciation. On peut toutefois le supposer car, dans son pourvoi, l'épouse donataire contestait le montant de la restitution évalué par les juges du fond à la valeur des immeubles acquis. Aussi bien, celle-ci considérait que, à supposer que la donation soit annulée, seule la valeur nominale des deniers effectivement sortis du patrimoine de son mari constituait l'objet de sa dette de restitution. En admettant que la restitution porte sur les immeubles acquis eu égard à l'indivisibilité

précisément la restitution totale de la donation litigieuse attachée à celle-ci, nous donne une première explication des raisons qui ont conduit les juges, dans tous les arrêts ayant admis cette solution, à passer insensiblement de la qualification de donation indirecte à celle de donation déguisée.

**251. Logique de punition contre un agissement jugé attentatoire au lien parental** – Reste à expliquer pourquoi les juges ont souhaité condamner l'époux donataire à une restitution automatique et totale de la donation. À cette question, la doctrine répond unanimement : la requalification forcée des achats pour autrui, admise essentiellement lorsque le litige oppose l'époux en secondes noces du donateur et ses enfants d'un premier lit, viserait à sanctionner, par l'effet radical de la nullité, un acte que les juges réputent réalisés à des fins de spoliation des droits des enfants du premier lit du donateur<sup>910</sup>.

L'assertion mérite une double vérification. En premier lieu, cette instrumentalisation de la donation indirecte est-elle réellement dictée par un esprit de sanction ? L'analyse des motifs de l'arrêt commenté invite à une réponse positive. La Cour de cassation juge que « lorsque la donation forme un tout indivisible avec l'acte destiné, dans la commune intention des parties, à la déguiser, celui-ci est également frappé de nullité dans les rapports entre époux ; *qu'il en est ainsi dans l'espèce où l'acte avait pour objet unique de réaliser la fraude et était indissolublement lié avec elle* ». En soulignant le caractère frauduleux de l'opération, les juges témoignent leur désapprobation à l'égard de la libéralité consentie par les époux. Dans le contexte d'hostilité légale pour les secondes noces<sup>911</sup>, la décision atteste ainsi de l'instrumentalisation de la donation indirecte au service de la solidarité parentale. Dans un autre arrêt rendu à propos d'un achat pour autrui entre époux de secondes noces, la Cour de cassation avait du reste souligné « qu'en déclarant nulles et pas seulement réductibles les donations déguisées, [l'article 1099 alinéa 2 du Code civil] *a pour but de protéger les droits des enfants du premier mariage et de prévenir les fraudes faciles à commettre et difficiles à découvrir* »<sup>912</sup>.

---

intellectuelle des opérations, la Cour de cassation condamne ainsi l'épouse donataire à la plus large restitution qui soit.

<sup>910</sup> En ce sens, v. par exemple : R. SAVATIER, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 décembre 1949, *RTD civ.* 1950, p. 529 ; F. HUBERT, « La théorie de l'indivisibilité en matière de donation déguisée », *JCP G.* 1944, p. 414, n° III ; J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité [...] », *art. préc.*, n° 8 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 115 et s., n° 151 et s. ; J.-B. SEUBE, *thèse préc.*, p. 69, n° 39.

<sup>911</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 248.

<sup>912</sup> *Rapp.* : Cass. civ., 30 novembre 1831, *S.* 1832. I, p. 134 ; *D.* 1831. I, p. 371 (où l'achat pour autrui avait été réalisé au moyen d'un don manuel des deniers) : « qu'en déclarant nulles et pas seulement réductibles les donations déguisées, [l'article 1099 alinéa 2 du Code civil] *a pour but de protéger les droits des enfants du premier mariage et de prévenir les fraudes faciles à commettre et difficiles à découvrir* ».

Par cette reformulation de l'article 1099, la Cour de cassation témoignait clairement des raisons d'être de l'instrumentalisation sanctionnatrice de la donation indirecte.

En second lieu, cette solution était-elle essentiellement admise dans les litiges opposant l'époux en secondes noces du donateur et ses enfants d'un premier lit ? L'observation du contentieux judiciaire mène, là encore, à une réponse positive. Certes, des arrêts ont admis que le donateur lui-même puisse obtenir l'annulation de la donation par achat pour autrui réalisé au profit de son époux sur le fondement de l'article 1099 alinéa 2 ancien du Code civil<sup>913</sup>. Mais la logique de ces solutions, quoique moins évidente, pourrait bien aussi concerner la lutte contre la fraude en matière familiale. À l'époque où ces arrêts ont été rendus, l'époux donateur pouvait révoquer *ad nutum* les donations consenties à son conjoint (C. civ., anc. art. 1096)<sup>914</sup>. En outre, à l'instar de la nullité, la révocation d'une donation a pour effet de l'anéantir complètement. Cependant, contrairement à la nullité, la révocation aurait dû porter sur les seuls deniers tandis qu'en période d'inflation le donateur avait intérêt à la restitution de la valeur de l'immeuble<sup>915</sup>, ce qui n'est pas incompatible avec la lutte contre la fraude : le donateur peut se repentir et agir dans l'intérêt de la famille...

**252. Synthèse** – En définitive, comme les commentateurs de l'époque n'ont pas manqué de le relever, la jurisprudence décrite s'inscrit dans un mouvement plus général d'hostilité aux secondes noces. Faisant nôtre leur analyse, nous pouvons donc tenir cette requalification systématique en donation déguisée des donations par achats pour autrui entre mariés en

---

<sup>913</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 1955, Bull. n° 234, *JCP N.* 1956. II, p. 9258, note M. DALIMIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 avril 1965, Bull. n° 273 ; *D.* 1966, p. 205, note P. VOIRIN ; *JCP G.* 1966. II, p. 14604, note P. MALAURIE ; *RTD civ.* 1966, p. 562, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 1966, Bull. n° 117, *D.* 1966, p. 370, note P. MALAURIE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 1989, n° 87-15.638 ; CA Paris, 13 juin 1990, RG n° 89-4301 ; CA Versailles, 6 juin 1991, JD n° 1991-043314 ; CA Paris, 12 avril 1995, JD n° 1995-021753).

<sup>914</sup> Comme l'article 1099 ancien du Code civil, cette disposition a été abrogée par la loi du 26 mai 2004. Désormais, seules les donations de biens à venir entre époux demeurent révocables *ad nutum*.

<sup>915</sup> En théorie, rien ne s'opposait à ce que la théorie de l'indivisibilité s'applique en dehors des sentiers de la nullité des donations déguisées entre époux. Cependant, à notre connaissance, la jurisprudence est rare qui l'admettait – une seule décision en ce sens a été trouvée (Cass. req., 18 février 1947, *JCP G.* 1947. II, p. 3719, obs. P. VOIRIN), si parfois même elle ne refusait pas explicitement l'application de cette indivisibilité au cas de la révocation d'une donation (CA Aix-en-Provence, 17 février 1944, *JCP G.* 1945. II, p. 2784, note R. SAVATIER). De là d'ailleurs l'insertion de 1099-1 au Code civil par la loi du 28 janvier 1967, qui prévoit que lorsqu'un « époux acquiert un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés ». Concrètement, cela signifie que si la donation entre époux résultant d'un achat pour autrui est anéantie, il n'y a désormais restitution que des deniers ayant servi à l'acquisition, non plus du bien acquis.

secondes noces pour une illustration très nette de l'instrumentalisation sanctionnatrice de la donation indirecte.

Cette jurisprudence est cependant en net déclin. En effet, l'article 1099 alinéa 2 du Code civil, siège de la nullité des donations déguisées entre époux, a été abrogé par la loi du 26 mai 2004<sup>916</sup>. La tendance décrite n'en reste pas moins révélatrice de l'utilisation punitive de la donation indirecte. En outre, si le fait est devenu plus rare, on trouve encore des manifestations de cette instrumentalisation visant à protéger le devoir de préservation du lien parental en présence d'époux mariés en secondes noces.

### *b) Le temps de l'instrumentalisation ponctuelle*

**253. Instrumentalisation particularisée** – Aujourd'hui, lorsque le défunt laisse des enfants, l'étendue de sa liberté de donner à l'égard de son conjoint est la même que ce conjoint soit de « premières » ou de « secondes » noces. La loi successorale, on l'a dit, est d'une bien moins grande hostilité qu'autrefois à l'encontre des donations entre époux mariés en secondes noces et, plus généralement, à l'encontre des libéralités matrimoniales. L'abrogation de la nullité des donations déguisées, dont on vient de faire état, en est la manifestation topique.

Dans ce contexte, il ne paraît guère étonnant de constater un repli, en jurisprudence, de l'utilisation de la donation indirecte pour sanctionner des donations entre époux mariés en secondes noces venant « blesser » la solidarité parentale. Mais ce serait rendre une mauvaise image de la jurisprudence que d'affirmer qu'il n'en existe plus aucune trace. Deux arrêts récents propres au recel successoral permettent de s'en convaincre : l'un, rendu le 2 octobre 2019 par la cour d'appel de Paris<sup>917</sup>, l'autre, prononcé le 1<sup>er</sup> février 2017 par la Haute Juridiction<sup>918</sup>.

---

<sup>916</sup> On soulignera que ni la loi du 26 mai 2004, ni celle du 23 juin 2006 n'a abordé la question du traitement transitoire de l'abrogation de l'article 1099, alinéa 2, ancien du Code civil. Cependant, par un arrêt du 9 décembre 2009, la Cour de cassation a décidé qu'« [...] à défaut de mention expresse de rétroactivité, les dispositions de la loi du 26 mai 2004, abrogeant l'article 1099 alinéa 2 du Code civil ne sont pas applicables aux donations visées par ce texte et conclues avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2009, n° 08-20.570, Bull. n° 242 ; *D.* 2010, p. 728, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Deffrénois* 2010, p. 605, J. MASSIP ; *RTD civ.* 2009, p. 764, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.*, 2010, comm. 16, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Dr. fam.* 2010, comm. 25, B. BEIGNIER).

<sup>917</sup> CA Paris, 2 octobre 2019, n° 17/20905.

<sup>918</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 16-14.323, *Publié* ; *Dr. fam.* 2017, comm. 38, M. NICOD ; *AJ fam.* 2017, p. 209, note N. LEVILLAIN ; *GP* 2017, p. 24, note S. PIEDELIÈVRE ; *GP* 2017, p. 56, note O. VERGARA ; *GP* 2017, p. 85, note A.-L. CASADO ; *D.* 2017, note D. LOUIS.

**254. Rappels préliminaires sur le recel successoral** – Quelques précisions préalables sur le recel successoral s'imposent<sup>919</sup>. L'article 778 du Code civil prévoit que « sans préjudice de dommages et intérêts, l'héritier qui a recelé des biens ou des droits d'une succession [...] est réputé accepter purement et simplement la succession, [...] sans pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou les droits détournés ou recelés ». Le recel est ainsi constitué de deux éléments : un élément matériel et un élément intentionnel<sup>920</sup>. S'agissant précisément de l'élément matériel, il consiste en la dissimulation d'un « effet de la succession », c'est-à-dire d'un bien ou d'un droit faisant partie d'une succession à partager ou devant y être intégrée. Le recel peut donc porter sur un *avantage indirect* reçu par un successible, du moins si cet avantage est rapportable ou réductible<sup>921</sup>. Encore faut-il que cet avantage indirect soit constitutif d'une véritable libéralité puisqu'en principe le rapport et la réduction ne visent que les libéralités consenties par le défunt<sup>922</sup>. En conséquence, si la preuve n'est pas rapportée de ce que l'avantage indirect a été réalisé dans une intention libérale, et donc qu'il constitue une véritable donation indirecte, le jeu de l'article 778 du Code civil est automatiquement écarté. En somme, l'avantage indirect, distinct de la donation indirecte, n'est pas un « effet de la succession », de

---

<sup>919</sup> Sur le recel en droit patrimonial, v. : M. HUGENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Rousseau, 1904 ; F. ROLLAND, *Du recel en matière de successions et de communauté*, thèse, Paris, 1908 ; P. LEBRETON, *Du recel en matière de communauté et de succession*, thèse, Caen, 1911 ; M. LHUISSIER, *Le divertissement et le recel en matière de communauté et de succession*, thèse, Paris, 1915 ; P. LEFÈVRE, *Le recel d'effets de succession et de communauté (conception de jurisprudence)*, thèse Paris, 1930 ; R. MONESTIER, *Du rôle de la pénalité civile en matière successorale*, thèse Montpellier, 1935 ; M.-J. MOUNIER, *Le recel en matière de succession et de communauté*, thèse Paris, 1959 ; M. CRÉMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Études offertes à P. KAYSER*, t. I, PUAM, 1979, p. 290 ; M. NICOD, « Recel de communauté versus recel successoral », *Dr. fam.* 2020, n° 4, p. 39. Sur le recel successoral en particulier : P. MALAURIE, « L'exercice du recel successoral et la preuve de l'intention frauduleuse », *D.* 1997, p. 163 ; V. ZALEWSKI, « Le recel successoral revisité », *LPA* 18 octobre 2005, n° 207, p. 5 ; B. VAREILLE, « Le recel successoral dans la jurisprudence récente », *Defrénois* 2007, art. 38632 ; A. WALRAWENS, « La restitution par l'héritier receleur », *RJPF*, n° 4, 1<sup>er</sup> avril 2017.

<sup>920</sup> Le recel exige d'établir la preuve que l'héritier a, dans une intention frauduleuse, cherché à frustrer ses cohéritiers de tout ou partie de leurs droits. Bien que l'article 778 du Code civil ne vise pas expressément cette exigence, l'article 800 du même Code en atteste l'importance puisqu'il rappelle, s'agissant de l'administration de la succession, que l'héritier omettant « sciemment et de mauvaise foi » de comprendre dans l'inventaire des effets de la succession est déchu de l'acceptation à concurrence de l'actif net. En outre, la jurisprudence est régulière et constante sur ce point, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987, n° 85-15.336 ; *D.* 1987, p. 253, G. MORIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1995, Bull. n° 484, *RTD civ.* 1996, p. 447, obs. J. PATARIN ; *JCP G.* 1996, p. 3968, n° 2, obs. R. LE GUIDEC.

<sup>921</sup> En effet, seules les donations rapportables ou réductibles sont prises en compte dans les opérations de liquidation de la succession. Partant, seule leur dissimulation cause un préjudice aux autres héritiers (M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2000, *préc.*). *Rapp.* : M. NICOD, « Le recel de donation rapportable ou réductible », *Defrénois* 2020, n° 25, p. 54.

<sup>922</sup> V. cependant : C. civ., art. 851 et 856 qui soumettent spécialement au rapport certains avantages reçus par un successible. En revanche, le caractère rapportable de la donation est présumé (C. civ., art. 845).

sorte que sa dissimulation ne cause aucun préjudice aux autres héritiers du défunt. Ces précisions apportées, revenons à l'étude de nos solutions.

**255. Exposé des litiges** – Dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris, les juges, sans inviter les demandeurs à fournir la preuve de l'intention libérale, ont répondu favorablement aux enfants du défunt reprochant à la dernière épouse de leur père d'avoir recelé divers *avantages indirects* reçus de lui tant avant qu'après la célébration de leur mariage. Rappelant que les donations consenties en cours d'union sont présumées rapportables en vertu de l'article 845 du Code civil, la cour condamna l'épouse donataire à restituer à la masse toutes celles d'entre elles dont elle avait bénéficié pendant son mariage<sup>923</sup>. Quant à la décision de la Cour de cassation, elle admet également, avec autant de souplesse probatoire, que l'épouse en dernières noces du défunt soit condamnée aux peines du recel pour avoir soustrait à la succession de son mari une donation déguisée réalisée au moyen d'un achat pour autrui. Précisément, elle juge que cette opération constitue une libéralité déguisée dans la mesure où l'acte d'acquisition contenait une déclaration mensongère sur l'origine des fonds<sup>924</sup>. Reste que l'intention de tromper les tiers sur l'origine des fonds n'est pas l'intention libérale. En outre, on l'a dit<sup>925</sup>, le mensonge consistant à nier l'existence d'une donation dans l'acte d'acquisition qui en est la suite ne caractérise pas le déguisement propre à la donation déguisée. L'une et l'autre des décisions forcent donc la qualification *et* de donation indirecte *et* de donation déguisée.

**256. Analyse des litiges** – On retrouve ici, semble-t-il, un objectif identique à celui des instrumentalisation précédemment analysées. Plusieurs éléments contenus dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris laissent à penser que la solution répond à la volonté des juges de réprimer un comportement visant, selon eux, à spolier les droits des enfants du premier lit du défunt. Il se déduit du récit judiciaire que les avantages indirects relevaient d'un projet plus général du couple visant, pour déshériter les enfants du premier lit du défunt, à faire passer la quasi-totalité du patrimoine de ce dernier sur la tête de son épouse. De son côté, en effet, le défunt avait donné

---

<sup>923</sup> Cependant, la Cour jugea que les donations reçues antérieurement au mariage n'étaient pas rapportables, motif pris, au visa de l'article 846 du Code civil, que l'épouse survivante n'était pas héritier présomptif du défunt avant leur mariage. Partant, la cour d'appel a estimé que ces donations ne devaient être restituées à la masse qu'à supposer qu'elles soient réductibles.

<sup>924</sup> L'attendu décisionnel est ainsi rédigé : « ayant relevé que le financement de l'acquisition de l'immeuble par [le défunt] dissimulé par [son épouse], avait enrichi le patrimoine de cette dernière au détriment de celui [son époux], sans contrepartie pour ce dernier, la cour d'appel a caractérisé son intention de s'appauvrir au profit de son épouse, dans le but de la gratifier, et l'existence d'une donation déguisée ».

<sup>925</sup> V. *supra* n° 201 et s.

le maximum de droits à son épouse tant dans sa succession, en la désignant légataire de la plus large quotité disponible, qu'en dehors de celle-ci au moyen d'une assurance sur la vie. Quant à cette dernière, elle semble avoir continué à jouer le jeu de la spoliation après le décès de son mari, en manœuvrant pour conserver tout le bénéfice des avantages litigieux et ainsi fausser l'issue du partage successoral. On peut donc penser que ces agissements ont inspiré la mansuétude des juges à l'égard de la preuve de l'intention libérale, et donc l'instrumentalisation de la donation indirecte. *Quid* de la décision de la Cour de cassation ? Pour considérer que l'épouse s'était rendue coupable du recel des fonds ayant servi à l'acquisition, encore fallait-il que ces fonds figurent dans la succession du défunt. Or pour l'établir, le recours à la qualification de donation était d'un secours immédiat puisque, redisons-le, toute donation est présumée rapportable. Rapportable, elle constitue donc un « effet de la succession » au sens de l'article 778 du Code civil. Voilà pourquoi, dans cette affaire, la convocation forcée de la donation paraît trouver son explication dans la volonté d'atteindre les conditions légales du recel successoral, et donc de sanctionner l'épouse survivante. Cette explication est accréditée par les motifs de la décision, qui relèvent l'attitude particulièrement hostile de l'épouse survivante à l'égard des enfants de son conjoint et les multiples silences gardés sur les biens reçus du défunt, notamment les fonds ayant servi à l'acquisition litigieuse<sup>926</sup>. Les deux décisions s'expliquent ainsi visiblement par le souci d'assurer la police de la solidarité parentale.

Une dernière observation propre à la décision de la Cour de cassation renforce au demeurant ce sentiment. En l'espèce, l'achat pour autrui avait été réalisé avant que la nullité des donations déguisées ne soit levée par la loi. Pour sanctionner l'épouse, les juges auraient donc pu se contenter de prononcer la nullité de la donation déguisée. En effet, la nullité aurait obligé l'épouse à restituer la valeur de la donation à la succession du défunt. Cependant, comme Monsieur NICOD l'a souligné<sup>927</sup>, sur le fondement de la nullité, les deniers seraient tombés

---

<sup>926</sup> La Cour relève ainsi « que l'arrêt relève, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que Mme A... a, de façon mensongère, déclaré dans l'acte de vente que les fonds versés au titre de l'apport initial provenaient de ses fonds personnels ; qu'il énonce que la donation déguisée dont elle a ainsi bénéficié n'avait fait l'objet d'aucune déclaration au notaire chargé de la succession et qu'elle a rapidement renoncé à la succession afin de favoriser sa clôture ; qu'il ajoute qu'elle a encore occulté la donation, lorsque, en réponse à une lettre adressée par Mme Y... faisant expressément référence au financement de son appartement en grande partie par Henry X... et lui demandant la réintégration de cette donation dans la succession, elle s'est bornée à l'inviter à se rapprocher du notaire, lequel ne pouvait que réitérer que celle-ci était clôturée ; que la cour d'appel, [...], a caractérisé l'existence d'une manœuvre dolosive commise par Mme A... dans l'intention de rompre l'égalité du partage au détriment des cohéritiers, laquelle manœuvre a pu se manifester avant même l'ouverture de la succession ».

<sup>927</sup> M. NICOD, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, *op. cit.*, *Dr. fam.* 2017, comm. 38. *Rapp.* : C. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Deffrénois* 2004, art. 38084, p. 93, n° 17, soulignant que le recel d'une donation

dans la masse à partager à laquelle l'épouse avait droit. La nullité d'une libéralité, même si elle oblige le donataire à restituer la donation dans la succession du donateur, ne le prive donc pas de toute part dans celle-ci. Au contraire, l'invocation de l'article 778 a eu pour conséquence de priver l'épouse de tout droit sur les fonds détournés<sup>928</sup>. Un tel choix de la part de la Cour de cassation est significatif : l'instrumentalisation de la donation indirecte témoigne certainement de la volonté des juges d'en faire un outil de sanction drastique contre un acte constitutif d'une atteinte à la solidarité familiale.

**257. Synthèse** – En définitive, malgré le déclin de l'hostilité du législateur à l'égard des secondes noces et l'abrogation de la nullité des donations déguisées, la donation indirecte continue parfois d'être instrumentalisée au service de la solidarité parentale en présence d'un époux de secondes noces. Plus exceptionnellement, d'autres décisions poursuivent cette même logique en l'absence d'un remariage.

## *2 – En l'absence de remariage*

**258. Requalification d'une renonciation à succession : exposé de la solution** – Un arrêt rendu le 27 mai 1961 fournit une autre manifestation de l'utilisation sanctionnatrice de la donation indirecte en matière de solidarité parentale<sup>929</sup>.

En 1953, une femme décéda en laissant pour héritiers sa sœur ainsi que des neveux et des nièces issus d'un autre collatéral. La sœur de la défunte abdiqua ses droits dans la succession avant de décéder elle-même en 1954. Au partage de sa succession, sa fille (unique héritière) assigna ses cousins aux fins de voir dire que, pour le calcul de sa réserve héréditaire, il serait tenu compte des biens qu'ils avaient recueillis dans la succession de sa tante, par suite de la renonciation de sa mère. De leur côté, les défendeurs contestaient l'existence d'une intention libérale de leur tante, et donc d'une libéralité à leur égard. Leur argumentation fut balayée par

---

par un époux a pour conséquence « la perte par le conjoint donataire de l'entier bénéfice de la donation ». Et d'ajouter que cette « sanction – la privation de vocation légale sur les effets recelés – [est] finalement plus sévère que la simple nullité de la donation ».

<sup>928</sup> Concrètement, si la restitution de la donation a lieu en valeur, comme c'était le cas en l'espèce, le receleur paye à la succession ce qu'il doit en moins prenant : « ses droits, calculés sur les seuls biens qu'il n'a pas recelés, sont diminués des sommes dont il est redevable et, s'il doit plus, il décaisse la différence » (M. GRIMALDI, *Droit civil – Successions, manuel préc.*, p. 424, n° 523. *Comp.* : B. VAREILLE, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, *JCP N.* 2018, p. 1018, pour qui les droits du receleur sont diminués de la valeur des biens recelés, et non pas de la seule quote-part qu'il y avait).

<sup>929</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, Bull. n° 268 ; *D.* 1962, p. 657 note J. BOULANGER ; *RTD. civ.* 1961, p. 715, obs. R. SAVATIER ; *JCP G.* 1962. II, p. 12973, note P. VOIRIN.

les juges : l'intention libérale de la renonçante, nous dit la Cour de cassation, a souverainement été établie par les juges du fond dès lors qu'ils ont constaté, d'une part, que la défunte n'ignorait pas que la succession de sa sœur à laquelle elle renonçait était très importante et, d'autre part, qu'il régnait depuis de nombreuses années une mésintelligence entre elle et sa fille. Pour la Cour de cassation, la renonciation abdicative à succession devait donc être requalifiée en donation indirecte.

Cependant, au chapitre de la preuve de l'*animus donandi*, cet arrêt doit être accueilli avec réserve<sup>930</sup>. En effet, il ne semble pas rigoureux de déduire l'existence d'une intention libérale du sentiment de désaffection de la renonçante à l'égard d'un tiers à la donation, en l'occurrence à l'égard de sa fille.

**259. Réintégration de la fille de la renonçante dans les opérations de partage** – Pour comprendre cette attitude compréhensive des juges, il faut, une nouvelle fois, rechercher ce qui se serait passé sans le recours à la donation indirecte.

En 1954, l'article 785 ancien du Code civil disposait que l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier : il n'était donc tenu au paiement d'aucune dette successorale ; corrélativement, il était exclu de tous les avantages qu'il aurait pu retirer de cette succession<sup>931</sup>. Qu'en était-il à l'égard des tiers ? D'une part, la loi de 1954 n'admettait aucune représentation des renonçants : les propres successeurs du renonçant, ses enfants par exemple, ne pouvaient donc jamais recueillir les droits abdiés par représentation<sup>932</sup>. Seuls les cohéritiers du renonçant bénéficiaient de l'accroissement : leur part dans la succession était donc augmentée rétroactivement<sup>933</sup>. En somme, à l'égard des tiers, la renonciation à succession entraînait un profit pour les cohéritiers du renonçant, non pour ses propres successeurs. D'autre part, ce profit était en principe regardé comme procédant du défunt lui-même, non du renonçant. En d'autres termes, les cohéritiers bénéficiaires de l'accroissement n'étaient pas considérés comme ayant reçu cet accroissement au titre d'une donation du renonçant. Partant, la valeur des droits reçus

---

<sup>930</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 40.

<sup>931</sup> La règle demeure aujourd'hui ; elle a seulement été transposée à l'article 805 du Code civil après la réforme opérée par la loi du 23 juin 2006 : « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Sous réserve des dispositions de l'article 845, la part du renonçant échoit à ses représentants ; à défaut, elle accroît à ses cohéritiers ; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent ».

<sup>932</sup> C. civ., anc. art. 744. Aujourd'hui, la représentation d'un renonçant est admise. Sur le sujet, v. par récemment : S. GAUDEMET et N. GESSEY, « Le domaine de la représentation successorale – Droit civil versus droit fiscal », *BFIE* 2019, n° 4, p. 128.

<sup>933</sup> Par exception, en l'absence d'héritiers de rang égal ou si ces derniers renonçaient à leur tour, les héritiers subséquents profitaient de la renonciation.

*via* la renonciation n'avait pas à être réintégrée dans la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve héréditaire du renonçant : puisque la réunion fictive a pour but de reconstituer le patrimoine héréditaire tel qu'il serait si le défunt n'avait consenti aucune libéralité, seules les donations entre vifs qui ont été faites par lui doivent en effet être réintégrées dans la masse<sup>934</sup>. Cette dernière règle connaissait toutefois une exception jurisprudentielle. Lorsque la renonciation avait été *voulue* par le *renonçant* dans une *intention libérale*, c'est-à-dire en vue de gratifier les cohéritiers, la renonciation à succession était – comme aujourd'hui encore – analysée en une donation indirecte.

On l'aura donc compris : en 1954, faute d'intention libérale, et donc de donation indirecte, la renonciation à succession ne pouvait jamais bénéficier aux successeurs du renonçant : ni directement *via* le mécanisme de la représentation, ni indirectement *via* les règles de la réunion fictive à la succession. Dès lors, dans l'affaire envisagée, faute d'intention libérale et donc de donation indirecte, seuls les neveux et nièces de la défunte, cohéritiers de la renonçante, auraient pu bénéficier de l'accroissement consécutif à la renonciation. Ne pouvant représenter sa mère, la fille de la renonçante aurait été exclue de la succession de sa tante. Elle n'aurait pas davantage pu obtenir un droit « indirect » dans cette succession grâce à la réunion fictive de la valeur des droits acquis par ses cousins dans la succession de sa mère : en l'absence de renonciation *animo donandi*, l'accroissement dont bénéficiaient les cohéritiers du renonçant devait être réputé émaner directement de la succession abdiquée, non d'une donation de la renonçante. Faute de donation indirecte, la fille de la renonçante aurait donc été totalement « chassée » du bénéfice de la succession de sa tante.

En requalifiant de force la renonciation à succession en donation indirecte, la Cour de cassation a donc permis à la fille de la renonçante d'obtenir des droits dans la succession de sa tante puisque, ce faisant, elle a obligé les bénéficiaires de la renonciation à rapporter à la succession de la renonçante (la mère) la valeur des biens auxquels elle avait renoncé C'est dire que, dans une certaine mesure, l'instrumentalisation de la donation indirecte a permis de faire disparaître les effets de la renonciation litigieuse. Mais cela n'explique pas tout.

**260. Logique punitive contre la mère renonçante** – Encore faut-il tenter de comprendre pourquoi les juges ont entendu supprimer les conséquences de cette renonciation. Quel objectif pouvaient-ils poursuivre en forçant la qualification de donation indirecte ?

---

<sup>934</sup> C. BRENNER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20 : « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », 2021, n° 27.

Pour nous aider à le comprendre, citons BOULANGER dont le propos est particulièrement éclairant : « à la vérité, l'existence d'une inexpiable querelle de famille permet d'imaginer, sans risque d'erreurs graves, tous les conciliabules qui ont pu avoir lieu dans l'ombre. Les héritiers entre lesquels (rien n'autorise à supposer le contraire) régnait une bonne entente ont eu des rapports, des conversations les uns avec les autres. On est de la sorte conduit à dessiner le schéma suivant : la mère de famille annonce, à la cohérie réunie, que *pour infliger à sa fille un juste châtiment, elle a pris la décision de la priver, par une renonciation, du profit futur de la succession* »<sup>935</sup>. Voilà qui est dit : la renonçante, mère de la demanderesse avec laquelle elle entretenait des rapports conflictuels, aurait renoncé par châtiment contre sa fille, pour la sanctionner donc. S'il en est bien ainsi, la solution de la Cour de cassation paraît bien constituer une nouvelle manifestation de l'utilisation sanctionnatrice de la donation indirecte. Précisément, l'instrumentalisation de la qualification de donation indirecte a pu viser à sanctionner le « plan subtilement préétabli »<sup>936</sup> d'une mère souhaitant priver sa fille de tous droits dans l'hérédité de sa tante. Elle a permis une fois encore de réprimer un acte essentiellement contraire à la solidarité parentale. Ce qui, d'une certaine manière, pourrait être un écho aux solutions du droit romain condamnant les libéralités *ab irato*, c'est-à-dire sous l'empire de la colère<sup>937</sup>.

Cette décision, comme toutes celles précédemment analysées, paraît ainsi attester que la donation indirecte constitue un outil malléable propre à atteindre la sanction d'un acte jugé contraire à la solidarité parentale. En effet, les motifs sous-jacents laissent nettement apparaître que l'instrumentalisation de la donation indirecte à l'œuvre vise tantôt à sanctionner l'agissement d'époux mariés en secondes noces contre les enfants d'un premier lit du donateur, tantôt à neutraliser les effets de la renonciation attentatoire au devoir moral de préservation du lien parental. Quoique de manière plus trouble, une autre décision laisse apparaître la même logique en utilisant la donation indirecte pour sanctionner la gestion anormale d'un actif successoral.

---

<sup>935</sup> J. BOULANGER, *D.* 1962, p. 659.

<sup>936</sup> J. BOULANGER, *D.* 1962, p. 659.

<sup>937</sup> J. POTHIER, *Traité des successions, donations testamentaires, donations entre-vifs, substitutions et des propres*, par M. BUGNET, t. VIII, 1861, p. 249, n° 84 : « il est de la nature du legs qu'il parte d'une volonté de bienveillance pour la personne à qui il est fait. Tout autre motif par lequel le legs serait fait, est contraire à sa nature, et doit [être] annul[é] ». Et d'ajouter que « comme le penchant et le devoir de la nature porte les père et mère à laisser leurs biens à leurs enfants plutôt qu'à d'autres personnes, lorsqu'il y a des preuves suffisantes d'une haine injuste et marquée, qu'un père porte à son fils, on peut facilement présumer que c'est cette haine qui a été le principal motif qui l'a porté à laisser ses biens à d'autres auxquels il ne les aurait pas laissés sans cela ».

## **B – La sanction de la gestion anormale d’un actif familial**

**261. Rapport forcé d’un avantage indirect** – Une décision rendue le 19 décembre 2002 paraît bien fournir une autre application de l’utilisation sanctionnatrice de la donation indirecte en matière familiale<sup>938</sup>.

En l’espèce, un homme, chirurgien-dentiste de profession, est décédé en 1960 en laissant comme héritières son épouse et leurs deux filles. À la suite de son décès, le cabinet dentaire avait fonctionné avec divers remplaçants afin de permettre à l’une des filles d’achever ses études et d’en reprendre l’exploitation. Après avoir obtenu son diplôme de dentiste en 1962, cette fille avait alors exploité le cabinet en qualité de remplaçante avant de le reprendre à son nom en 1964. Lors des opérations de partage des successions parentales, un conflit était né entre les deux héritières quant à la réintégration de la valeur du cabinet dentaire à la succession du père, cette valeur ayant décliné entre son décès et la reprise du cabinet par la fille.

Par arrêt du 24 mai 2000, la cour d’appel de Nîmes avait estimé que la valeur du cabinet dentaire devait être réintégrée à la succession du défunt par la repreneuse pour la somme de 410 000 francs, c’est-à-dire pour sa valeur au moment du décès de leur père. Ce faisant, les juges du fond n’avaient pas tenu compte de la baisse de valeur du cabinet après le décès. Devant la Cour de cassation, la repreneuse avait prétendu que seul le droit de présentation de la clientèle médicale constituait une valeur patrimoniale et que ce droit n’ayant pas été exercé par le *de cuius*, il était impossible de l’inclure dans l’actif successoral. En outre, et surtout, elle reprochait aux juges du fond de ne pas avoir pris en considération la déperdition de clientèle constatée entre 1960 et 1964 et d’avoir, au contraire, exigé le rapport de la valeur du cabinet dentaire au jour du décès.

La Cour de cassation ne lui donna pas raison. Elle considéra que la clientèle du cabinet dentaire, dont la valeur était restituable à la succession, compte tenu de la cessibilité des clientèles civiles<sup>939</sup> devait être rapportée, au titre du rapport des libéralités, par la

---

<sup>938</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 2002, n° 00-18.339, Bull. n° 277 ; *JCP G.* 2003. I, p. 180, n° 6, obs. R. LE GUIDEC ; *D.* 2003, p. 1590, note S. MIRABAIL.

<sup>939</sup> Ce faisant, la Cour de cassation confirmait le revirement qu’elle avait opéré par un arrêt du 7 novembre 2000 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, Bull. n° 283, *JCP G.* 2011. II, p. 10452, note F. VILLA ; *JCP G.* I. 2001, p. 301, obs. J. ROCHFELD ; *JCP E.* 2001, p. 419, note G. LOISEAU, admettant sous certaines conditions la cession des clientèles civiles, en particulier celles du médecin : « Mais attendu que si la cession de la clientèle médicale, à l’occasion de la constitution ou de la cession d’un fonds libéral d’exercice de la profession, n’est pas illicite, c’est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; qu’à cet égard, la cour d’appel ayant souverainement retenu, en l’espèce, cette liberté de choix n’était pas respectée, a légalement justifié sa décision ; d’où il suit que le moyen, mal fondé en sa première branche, est inopérant en sa seconde ».

repreneuse pour sa valeur au jour du décès du père, c'est-à-dire sans tenir compte de sa dévaluation<sup>940</sup>. Si l'on comprend bien le raisonnement – qui ne comporte pas de référence explicite à l'article 843 du Code civil<sup>941</sup> –, l'obligation au rapport successoral de la repreneuse repose sur l'idée que la reprise par la fille du cabinet dentaire constituait une mise en situation privilégiée de succéder à la profession du père, caractéristique d'un avantage indirect – pour ne pas dire d'une donation indirecte – rapportable à sa succession.

Du point de vue technique, cette admission de l'existence d'une donation indirecte – nommée « avantage » indirect – et sa soumission au rapport des libéralités sans vérification concrète de l'intention libérale du défunt à la succession duquel on exige le rapport ne laisse pas de troubler. Aucune déclaration, aucune allusion ne viennent éclairer la preuve de l'*animus donandi* dont on sait pourtant qu'il est la condition nécessaire de la donation indirecte et donc du rapport des libéralités. Dès lors, comment ne pas y voir un nouvel exemple d'instrumentalisation ?

**262. Volonté de sanctionner une faute de gestion de la repreneuse ?** – L'analyse du contexte du litige permet d'avancer une explication à l'indulgence des juges dans la caractérisation de la donation indirecte : le recours forcé à la qualification n'a-t-il pas visé à sanctionner la repreneuse ayant reçu l'opportunité – semble-t-il par décision de son père avant son décès, du moins par accord avec ses parents, quoiqu'en dise la Cour de cassation – de reprendre le fonds libéral ? Et cette sanction n'a-t-elle pas visé à punir la mauvaise tenue du cabinet à la suite de la mort du défunt en imputant à la repreneuse la baisse de valeur de la clientèle ? Pour s'en convaincre, il n'est peut-être pas inutile de revenir sur les conséquences concrètes de la solution, spécialement sur l'évaluation du rapport des donations dont les juges semblent ici faire application.

---

<sup>940</sup> L'attendu décisionnel est ainsi rédigé : « mais attendu d'abord, que la cession d'une clientèle médicale n'est pas illicite dès lors qu'elle sauvegarde la liberté de choix du patient ; qu'il s'ensuit que la cour d'appel était fondée à prendre en compte la valeur de la clientèle médicale ; qu'ensuite, ayant relevé qu'au décès de son mari, [son épouse] avait fait fonctionner le cabinet avec un remplaçant jusqu'en 1962, date à laquelle sa fille [...] avait obtenu son diplôme de dentiste, que de 1962 à 1964, celle-ci avait exploité le cabinet comme remplaçante, jusqu'à ce qu'elle le reprenne à son nom, et que ce mode d'exploitation avait été décidé dans son intérêt exclusif, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, évaluant en réalité l'avantage recueilli par [cette dernière], restituable à l'indivision successorale, a estimé qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de la baisse de clientèle et de valeur du cabinet dentaire résultant de son exploitation temporaire par un remplaçant ».

<sup>941</sup> Sur ce point, v. : S. MIRABAIL, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 2002, n° 00-18.339, Bull. n° 277, D. 2003, p. 1590, qui considère que, même si elle ne le dit pas expressément, la décision est fondée sur l'article 843 du Code civil.

Pour mémoire, l'article 860 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, prévoit que « le rapport [des libéralités] est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation »<sup>942</sup>. Si le bien donné a subi une déperdition de valeur entre le jour de la donation et le jour où est exercé le rapport et que cette dépréciation est imputable au donataire (défaut d'entretien, dégradations, constitutions de droits réels et de charges...), le rapport de la donation n'est donc pas diminué<sup>943</sup>. Le donataire est tenu responsable de la dépréciation et doit, par conséquent, rapporter la valeur de cette donation en considération de son état au jour où il l'a reçue<sup>944</sup>. Tel semble être le fondement de la solution commentée. En effet, même si les juges ne prennent pas directement parti sur l'existence d'une faute de gestion du cabinet par la repreneuse, la solution met en évidence le fait que la repreneuse avait bénéficié d'un *privilege exclusif* dans la reprise du cabinet dont elle n'avait pas assurée, selon les juges, une bonne gestion. Ce qui semble illustrer une nouvelle utilisation sanctionnatrice de la donation indirecte en matière familiale.

**263. Soustraction habile aux conditions de l'article 815-13 du Code civil** – On peut toutefois se demander si l'imputation de la baisse de valeur de clientèle à la repreneuse avait besoin de la caractérisation de la donation indirecte, ou plus exactement de l'emprunt à son régime, pour s'imposer. Sans le recours à la donation indirecte, la repreneuse aurait-elle supporté la déperdition de clientèle médicale et, donc, la baisse de valeur du cabinet ? Il est possible d'en douter.

À défaut de caractériser un avantage rapportable, il est certain que la repreneuse aurait été tenue de réintégrer le prix du cabinet dans la succession à titre de cessionnaire à titre onéreux d'un droit successif. Cependant, cette valeur aurait sans doute été évaluée à la date de la cession, c'est-à-dire en 1964. En effet, conformément à l'article 815-10 alinéa 4 du Code civil, « chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis et supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l'indivision ». Sans caractérisation de la donation indirecte, la repreneuse n'aurait donc pas eu à subir la déperdition de la clientèle médicale constatée par les juges. On pourra répondre que, selon l'article 815-13 alinéa 2, il y lieu

---

<sup>942</sup> Le tout sauf stipulation contraire dans l'acte de donation, comme le rappelle l'alinéa 3 de l'article 860.

<sup>943</sup> Pour plus de détails, v. : P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 526 et s., n° 691 et s.

<sup>944</sup> Pour un rappel de cette règle, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 1989, Bull. n° 338 ; D. 1990, p. 359 (1<sup>ère</sup> espèce), note J. MAYRY ; *RTD civ.* 1990, p. 694, obs. J. PATARIN. À l'inverse, on tient compte des plus et moins-values dues à des phénomènes extérieurs au donataire, aux fluctuations économiques ou au fait d'un tiers par exemple (Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 1990, n° 88-16.193, D. 1990, p. 359 (2<sup>ème</sup> espèce), note J. MAURY ; *JCP G.* II. 1991, p. 21767, note E.-S. DE LA MARNIERRE ; *Deffrénois* 1990, p. 559, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1990, p. 694, obs. J. PATARIN.

d'inscrire au passif du compte de l'indivision successorale les sommes dont l'indivisaire peut être redevable au titre des dépréciations causées par une faute de gestion engageant sa responsabilité<sup>945</sup>. L'indivisaire fautif est en effet seul redevable envers l'indivision de l'intégralité de la perte de valeur du bien sans aucune possibilité de modulation judiciaire « selon l'équité », contrairement à ce que prévoit l'article 815 alinéa 1<sup>er</sup> pour l'évaluation de l'indemnité due au titre des impenses d'amélioration du bien indivis<sup>946</sup>. Suivant cette analyse, la repreneuse étant indivisaire de la succession paternelle, elle pouvait bien répondre seule des pertes subies du fait de la mauvaise tenue du cabinet et donc de sa baisse de valeur. Cependant, encore aurait-il fallu pouvoir établir à son encontre une faute personnelle de gestion. Car si aucun gérant n'est formellement nommé par les indivisaires – ce qui demeure parfaitement légal<sup>947</sup> –, le pouvoir de gestion est dévolu à l'ensemble des indivisaires, qui répondent solidairement d'une éventuelle dépréciation des biens indivis. Or, en l'espèce, si la repreneuse avait effectivement bénéficié d'un *privilege exclusif* dans la reprise du cabinet, elle n'en était pas gérante au sens de l'article 1873-5 du Code civil, à ce qu'il semble. Du reste, les faits attestent qu'entre le décès de son père et la reprise à son nom du cabinet, plusieurs remplaçants avaient assuré la gestion du cabinet en accord, semble-t-il, avec l'épouse survivante. En cela pourrait donc résider la raison pour laquelle les juges ont préféré recourir à la qualification de donation indirecte : imposer plus facilement à l'héritière « privilégiée », *via* le rapport des libéralités, une indemnisation pour la baisse de la valeur de la clientèle. La solution témoignerait ainsi, non pas tant d'une volonté des juges de rétablir une égalité objective entre les cohéritiers, que de sanctionner la repreneuse pour une prétendue mauvaise gestion du fonds dentaire constitutif d'un actif familial. Si tel est bien le cas, l'arrêt rejoindrait les précédentes décisions qui, toutes, de façon plus ou moins manifeste, révèlent combien la donation indirecte sert d'instrument judiciaire de justice punitive en matière familiale. Voyons désormais ce qu'il en est en matière fiscale.

---

<sup>945</sup> Cass. req., 23 avril 1898, *DP* 1898. I, p. 390 ; Cass. civ., 17 novembre 1936, *DH* 1937. III ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 juin 1964, *JCP G.* 1964. II, p. 13819, note J. PATARIN ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1968, *D.* 1969, somm., p. 22 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 octobre 2005, n° 03-11.986, *JCP N* 1991, II, p. 344 et 345 ; *JCP G.* IV. 1991, p. 216 ; *JCP E* 1991, n° 23, pan. n° 624 ; *D.* 1991, inf. rap. p. 157 ; *GP* 1991 n° 265-267, p. 234 et 238. En revanche, si la perte de valeur est due à une cause extérieure, telle que le contexte économique, l'indivisaire gérant ne devra évidemment pas en indemniser ses coindivisaires.

<sup>946</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 14-25.106, *GP* 2017, p. 39, note A.-L. CASADO.

<sup>947</sup> Selon l'article 1873-5 du Code civil, les indivisaires « peuvent » nommer un ou plusieurs gérants. Ils n'y sont pas donc pas obligés.

§2 – LA JUSTICE PUNITIVE EN MATIERE FISCALE

**264. Annonce** – L'analyse du contentieux fiscal des libéralités enseigne que certaines manifestations d'instrumentalisation de la donation indirecte sont teintées de moralisme et visent à réprimer des actes que les juges de l'impôt réputent, là aussi, frauduleux.

D'emblée, une interrogation se pose : n'est-il pas incongru de parler de moralisme en droit fiscal ? À l'évidence, en effet, « la mission principale du droit fiscal [et donc du juge de l'impôt] est d'assurer la pérennité des rentrées budgétaires et de garantir au mieux la rentabilité de l'impôt »<sup>948</sup>. Cette fonction incontestable du droit fiscal n'est cependant pas exclusive de tout moralisme<sup>949</sup>. Des auteurs ont en effet montré comment, au nom d'une certaine morale, l'Administration et/ou le juge de l'impôt, grâce au jeu des qualifications, choisissaient parfois d'imposer lourdement des actes jugés transgressifs, sinon illicites<sup>950</sup>.

L'instrumentalisation de la donation indirecte en vue de réprimer un acte considéré comme constitutif d'une illicéité fiscale en fournit une illustration (A). L'utilisation opportuniste de la donation indirecte par le juge de l'impôt s'épanouit toutefois en dehors du strict contentieux de la fraude fiscale. Ainsi, dans un arrêt récent, dont la logique invite à le rapprocher des autres décisions examinées, la Cour de cassation ne semble accueillir la qualification de donation que pour épouser la finalité recherchée : la sanction, par l'impôt, d'un acte considéré comme une illicéité sociétaire (B).

---

<sup>948</sup> R. GOUYET, *thèse préc.*, p. 228, n° 538.

<sup>949</sup> Sur le sujet, v. notamment : R. GOUYET, *L'illicite et le droit fiscal*, thèse, Dijon, 1998, p. 228 et s., n° 538 et s. ; P. SAUNIER, « Mœurs et fiscalité », *Droits*, 1994, p. 81, n° 19.

<sup>950</sup> J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *Droit fiscal*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 193 : « des positions de nature morale peuvent déterminer le choix d'une qualification – la distinction des subsides perçus d'un tiers avaient le caractère de revenus à raison de leur importance et de leur périodicité. Mais, en 1981, le Conseil d'État a substitué à ces critères objectifs un critère plus subjectif : les subsides cessent d'être des revenus lorsqu'il ressort des circonstances de l'affaire qu'ils ont le caractère de pure libéralité. En réalité, cette formule cache maladroitement la prise en considération de la légitimité de la situation du bénéficiaire des subsides, comme en témoigne une jurisprudence ultérieure : si les subsides versés à la suite d'un concubinage ordinaire sont des libéralités, ils cessent de l'être pour devenir des revenus imposables lorsqu'ils sont versés à l'occasion de relations adultérines » ; R. GOUYET, *thèse préc.*, p. 262, n° 608 : « dans ses rapports avec l'illicite, le juge fiscal se laisse volontiers guider par des considérations morales, d'équité et de justice pour qualifier juridiquement les actes qu'il a connaître ».

## A – La sanction d’une illicéité fiscale

**265. Sanction à double degrés** – La donation indirecte semble parfois servir la volonté des juges de sanctionner un acte regardé comme fiscalement frauduleux<sup>951</sup>.

Dans cette visée répressive, deux degrés d’intensité doivent être distingués. Alors que certaines instrumentalisation de la donation indirecte ont pour résultat de soumettre aux droits de mutation à titre gratuit des actes qui *a priori* n’y sont pas assujettis, d’autres entraînent une surimposition, c’est-à-dire une charge fiscale plus lourde que celle à laquelle l’acte réputé frauduleux devrait en principe être soumis. De cette disparité de résultat, il semble possible d’induire une différence de degré dans l’instrumentalisation sanctionnatrice. Pour en juger, on distinguera selon qu’elle sert à sanctionner l’acte par une imposition forcée (1) ou par une surimposition (2).

### 1 – La sanction par l’imposition forcée

**266. Annonce** – Différentes décisions révèlent que les juges utilisent la qualification de donation indirecte pour assujettir de force aux droits de donation des actes constitutifs, selon eux, d’une illicéité fiscale. On trouve quelques illustrations de cette œuvre dans la jurisprudence administrative<sup>952</sup>, même si le contentieux judiciaire semble en être un terreau plus fertile. Deux

---

<sup>951</sup> Là encore, on entend la fraude dans un sens un large, comme un agissement licencieux ou illicite, non dans celui technique que lui donne l’article L. 64 du Livre des procédures fiscales. Sur cette définition, v. *supra* n° 167.

<sup>952</sup> En effet, on a eu l’occasion de montrer (v. *supra* n° 51 et s.) que les juges administratifs – et plus particulièrement le Conseil d’État – avaient pu, parfois, substituer le concept de distribution irrégulière à celui de donation indirecte, pour éviter soigneusement de vérifier l’existence d’une intention libérale de la part de la société « distributrice » (en ce sens, v. par exemple : CE, 29 juin 2001, n° 223663, *Dr. sociétés* 2001, comm. 184, note J.-L. PIERRE ; *Dr. fisc.* 2001, n° 46, comm. 1043, concl. S. AUSTRY ; Bull. *Joly Soc.* 2002, § 2, p. 125 s., obs. J.-C. PAROT ; CE, 13 décembre 2002, n° 224975 ; CAA Bordeaux, 29 mai 2007, n° 04BXOO737 ; CAA Paris, 8 décembre 2006, n° 04PA03701 ; CE, 23 juillet 2010, n° 308019, *Dr. fisc.* 2010, n° 44, comm. 541, concl. N. ESCA ; CE, 19 juillet 2011, n° 327762, *Dr. fisc.* 2011, n° 37, comm. 49, concl. D. HÉDARY ; CAA Marseille, 20 décembre 2018, n° 17MA3151). L’analyse du texte ayant créé le concept de distribution irrégulière (décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948) paraît éclairer les motivations de cette instrumentalisation. Cette catégorie de distributions a été créée dans le but de lutter contre des évasions fiscales. En effet, avant le décret précité, seule la catégorie des distributions régulières – c’est-à-dire les dividendes – existait ; dès lors, « il suffisait que les bénéficiaires réalisés par la société soient dérivés par un canal autre que celui des dividendes pour que l’impôt de distribution ne soit pas exigible » (M. COZIAN, « L’imposition des distributions irrégulières effectuées par les sociétés relevant de l’impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 108 à 117) », *Dr. fisc.* 1985, n° 49, p. 100037. *Rapp.* : C. DE LA MARDIÈRE, *Droit fiscal de l’entreprise*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2019-2020, p. 357, n° 1024, relevant que « la notion de distributions irrégulières est propre au droit fiscal, car elle constitue pour celui-ci le moyen de lutter contre des abus » ; *Rapp. Cons. const.*, 28 juin 2019, n° 2019-703, *Dr. fisc.* 2019, n° 27, act. 328). Dans ces conditions, il n’est pas incongru de penser que l’instrumentalisation

exemples, qui jouent sur des registres bien différents, suffiront à s'en convaincre : l'un est relatif à la requalification de divers abandons d'usufruits réservés (a), l'autre s'inscrit dans le délicat contentieux de la qualification des *trusts inter vivos* (b).

a) *L'imposition forcée d'abandons d'usufruit*

**267. Exposé des décisions** – S'agissant de l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière d'abandon d'usufruits réservés, la démonstration peut être conduite à partir de l'analyse de quatre arrêts rendus respectivement en décembre 1997, mai et juin 2011 et avril 2019<sup>953</sup>.

Les faits litigieux sont toujours peu ou prou les mêmes : une personne, le plus souvent un parent, avait donné la nue-propriété de biens à ses enfants (ou l'avait apporté à la société détenue par eux) tout en se réservant l'usufruit. Puis, quelques temps plus tard, cette même personne avait fait enregistrer au service des impôts un acte par lequel elle entendait abdiquer son usufruit. Ainsi, dans la décision de 1997, des époux avaient fait donation à leurs trois enfants de la nue-propriété de divers immeubles puis, un an et demi après, avaient renoncé purement et simplement à leur usufruit sur ces biens par déclaration au greffe. Dans chacune des affaires, l'Administration fiscale avait prétendu que l'acte abdicatif d'usufruit constituait une libéralité, spécialement une donation indirecte, en faveur du nu-propriétaire. À chaque fois, elle entendait recouvrer les droits de mutation à titre gratuit correspondants auprès desdits nus-propriétaires.

Les quatre arrêts rapportés approuvent la requalification des opérations en donation indirecte et, par conséquent, valident le recouvrement fiscal. Pour ce faire, les juges répondent que chacun des abandons d'usufruit procédait d'une intention libérale, intention libérale qui est établie de façon hétéroclite : tantôt par le fait que les renonçants n'avaient pas « invoqué de trop lourde charges pour expliquer [l'abandon] »<sup>954</sup>, tantôt en raison des liens de parenté entre le

---

de la donation indirecte par les juges administratifs aient vocation à poursuivre cette lutte contre l'évasion fiscale en déchargeant l'Administration de la charge probatoire de l'intention libérale.

<sup>953</sup> Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.729, Bull. n° 319 ; *RTD civ.* 1999, p. 452, note J. PATARIN ; *AJDI* 1999, p. 207, obs. J.-P. MAUBLANC ; *JCP N.* 2001, p. 1782, note D. GRILLET-PONTON ; *Dr. pat.* 2009, n° 178, p. 28, note M. LEROY ; *JCP N.* 1998, p. 1747, note J. LAFOND ; CA Dijon, 5 mai 2011, n° 10/00973, *Dr. sociétés* 2012, comm. 4, note R. MORTIER ; Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-20.461, Bull. n° 104 ; *D.* 2011, note X. DELPECH ; *Dr. fam.* 2011, comm. 15, note B. BEIGNIER ; Cass. com., 10 avril 2019, n° 17-19.733, *Inédit* ; *RFP* 2019, n° 6, comm. 8, M. LEROY ; *BJS* sept. 2019, p. 26, R. MORTIER (dans la même affaire, v. : CE, 14 octobre 2019, n° 417095 ; *JCP E.*, n° 48, 2019, p. 1537, note A. THOBIE, qui taxe la sociétaire bénéficiaire au titre d'un bénéfice imposable (CGI, art. 219).

<sup>954</sup> Cass. com., 2 décembre 1997, *préc.* : « mais attendu qu'ayant relevé que [les renonçants] ont donné la nue-propriété de divers biens immobiliers à leurs enfants et, dix-huit mois plus tard, *sans qu'il soit invoqué de trop lourdes charges pour l'expliquer*, ont renoncé à leur usufruit, de sorte que, la pleine propriété étant ainsi reconstituée entre les mains, les enfants ont perçu des loyers sur ces biens avant que l'usufruit tel

renonçant et les associés de la société donataire<sup>955</sup>, tantôt encore parce que « le droit d'usufruit n'était pas vacant entre la déclaration de son abandon et l'établissement des déclarations fiscale »<sup>956</sup>. Toujours est-il qu'il ne semble pas tout à fait rigoureux de justifier l'existence de l'intention libérale au seul vu de ces circonstances qui, indépendamment les unes des autres, ne paraissent pas toujours suffisantes à vérifier que les abandons d'usufruit, quoique dépourvus de contrepartie<sup>957</sup>, aient été réalisés dans l'intention de gratifier les nus-propriétaires<sup>958</sup>.

**268. Analyse des arrêts** – En pure théorie, l'abandon d'usufruit ne devrait donner lieu à aucun droit de mutation, ni gratuit, ni onéreux : l'acte étant purement abdicatif de droit, il n'y a pas de mutation de propriété ou, dit autrement, de *cession* de droits, quand bien même l'abdication a pour conséquence de reconstituer la pleine propriété sur la tête du nu-propriétaire. En ce sens, on a souligné que « dans la mesure où l'entrée en possession [du nu-propriétaire] procède d'une situation de fait, sans aucun transfert de droits d'une personne [l'usufruitier] à une autre [le nu-propriétaire], ni manifestation de volonté expresse investissant le nu-

---

qu'il résultait de la donation antérieure fût venu à son terme, *le jugement en déduit que la renonciation, procédant d'une intention libérale*, était un acte translatif de l'usufruit aux enfants qui, touchant les loyers ont manifesté leur acceptation de cette donation ; qu'ayant, hors de toute contradiction ou dénaturation, légalement justifié sa décision en appréciant les intentions des parties au regard des faits qu'il a relatés, *le tribunal a fait une exacte application de la loi* ».

<sup>955</sup> CA Dijon, 5 mai 2011, *préc.* : « si juridiquement, la [société] est bénéficiaire de [la renonciation à usufruit], les véritables bénéficiaires de celle-ci sont les enfants du gérant, qui détiennent 99,89 % des parts de la [société] ; que l'intention libérale est ainsi suffisamment établie par les liens de parenté existant entre [la donatrice] et les autres associés de la [société], de même que par l'ensemble des actes juridiques portant sur le bien litigieux et le maintien à titre gratuit dans les lieux de [la donatrice] par la société après son acte de renonciation de l'usufruit » et Cass. com., 10 avril 2019, *préc.* : « mais attendu que l'arrêt constate que l'usufruit dont [la renonçante] a fait l'abandon sans contrepartie n'était pas dépourvu de valeur, que cet abandon la privait de tout pouvoir de décision au sein de la société et que, s'il profitait aux associés en leur permettant de céder leurs actions, la société l'avait immédiatement accepté et avait perçu les dividendes lui revenant dès leur mise en distribution ; que de ces motifs, dont il ressort que [la renonçante] entendait gratifier la société en accroissant la valeur de ses actions et ses biens dès lors que cette dernière était la bénéficiaire de la donation intervenue en sa faveur et non les enfants de [la renonçante], la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite et n'a pas méconnu l'objet du litige, a légalement justifié sa décision ».

<sup>956</sup> Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-20.461 : « mais attendu [...] qu'ayant relevé qu'il n'était pas soutenu que les revenus produits par ces titres n'avaient pas été perçus, l'arrêt retient encore que le droit d'usufruit n'était pas resté vacant entre la déclaration de son abandon et l'établissement des déclarations fiscales ; que la cour d'appel a exactement déduit de ces constatations et appréciations que la réunion de l'usufruit des actions à leur nue-propriété s'est opérée sans délai ; que le moyen [tiré notamment de la violation de l'article 894 du Code civil] n'est pas fondé ».

<sup>957</sup> On rappellera qu'un acte sans contrepartie, c'est-à-dire un acte à titre gratuit, n'est pas nécessairement une libéralité : la libéralité se caractérise par l'intention libérale et plus précisément la donation par l'*animus donandi*.

<sup>958</sup> Pour plus de détails, v. *supra* n° 42.

propriétaire, l'Administration fiscale ne devrait pas pouvoir enregistrer de fait générateur taxable »<sup>959</sup>. Concrètement, et conformément à l'article 680 alinéa 1<sup>er</sup> du Code général des impôts<sup>960</sup>, seule devrait pouvoir être exigée du renonçant la perception d'un droit fixe.

Cependant, au début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>961</sup>, la Cour de cassation a jugé que « si, aux termes de l'article 13 de la loi du 25 février 1901 [l'actuel article 1133 du Code précité], la réunion de l'usufruit à la nue-propriété est affranchie de l'impôt de mutation lorsqu'elle s'opère par le décès de l'usufruitier ou à l'expiration du terme fixé pour la durée de l'usufruit, *il en est autrement quand elle a lieu prématurément, soit par suite de la renonciation de l'usufruitier, soit par l'effet d'une convention quelconque* ». Dans ces trois cas, poursuit la Cour de cassation, « le nu-propriétaire est tenu [...] au paiement du droit afférent à la mutation qui a opéré à son profit l'extinction anticipée de l'usufruit »<sup>962</sup>, c'est-à-dire aux droits de mutation à titre onéreux si la renonciation est faite moyennant une contrepartie ou aux droits de mutation à titre gratuit si la renonciation est réalisée dans une intention libérale.

La solution, qui demeure en droit positif<sup>963</sup>, peut être résumée en posant l'alternative suivante : *ou bien* le nu-propriétaire entre en possession de l'usufruit abandonné par suite

---

<sup>959</sup> D. GRILLET-PONTON, « Droits de mutation à titre gratuit : le traitement fiscal des actes portant renonciation à un droit ou une gratification familiale », *JCP N.* 2001, p. 1782. Dans le même sens, v. : A.-M. DEMANTE, *Principes de l'enregistrement*, n° 752 ; E. NAQUET, *Revue de l'enregistrement*, 1908, p. 205 ; J. LAFOND, « La renonciation à un usufruit réservé », *JCP N.* 1982, prat. 8202 ; R. GENTILHOMME et M. IWANESKO, « L'extinction anticipée du quasi-usufruit (1<sup>ère</sup> partie) », *JCP N.* 2009, p. 1165.

<sup>960</sup> Cette disposition prévoit que : « tous les actes qui ne se trouvent ni exonérés, ni tarifés par aucun autre article du présent Code et qui ne peuvent donner lieu à une imposition proportionnelle ou progressive sont soumis à une imposition de 125 euros ».

<sup>961</sup> Cass. civ., 21 décembre 1909, *Rép. enr.*, art. 12074.

<sup>962</sup> Cette solution avait été suggérée par la doctrine, spécialement par MAGUERO. Se fondant sur la théorie dite de « la propriété apparente », l'auteur enseignait : « la renonciation produira un changement dans la propriété apparente. Elle réalisera la transmission de l'usufruit, de la tête de l'usufruitier entré en possession ou ayant accepté sur celle du nu-propriétaire. Par suite, elle donnera ouverture au droit de mutation [...] ». E. MAGUERO, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque*, Paris, Rédaction et Administration 1894, v° Renonciation, spéc. n° 37. Pour une critique de cette solution, v. par exemple : D. GRILLET-PONTON, *art. préc.*, qui souligne qu'une vacance de jouissance « relève de la pure scolastique juridique ». Dans le même sens, v. : J.-P. LE GALL, « Donations indirectes et distributions irrégulières : un certain particularisme de la fiscalité », *Dr. fisc.* 2000, p. 138, n° 11, qui juge quant à lui l'hypothèse d'une vacance « absurde ». Plus généralement, pour une critique de l'utilisation, au cas de l'abandon d'usufruit, de la théorie dite de « la propriété apparente », v. : J. LAFOND, « La renonciation à un usufruit réservé », *JCP N.* 1982, prat. 8202, n° 19.

<sup>963</sup> Selon une réponse ministérielle du 20 mars 2008, « les renonciations à usufruit purement extinctives ou abdicatives sont assujetties au droit fixe prévu à l'article 680 du Code général des impôts (CGI). Toutefois, les droits de mutation à titre gratuit ou à titre onéreux deviennent exigibles, si le nu-propriétaire entre en jouissance du droit abandonné par l'usufruitier. En outre, la renonciation à un usufruit peut s'analyser en une donation, si elle révèle clairement l'intention du renonçant de consentir une libéralité au nu-propriétaire [...] ».

d'une contrepartie financière ou d'une libéralité, et alors l'abandon d'usufruit est assujéti aux droits de mutation (à titre onéreux ou à titre gratuit, suivant l'hypothèse) ; *ou bien* le nu-propiétaire laisse la jouissance du bien grevé vacante ou, s'il y a mutation, celle-ci est justifiée par une autre cause qu'onéreuse ou libérale (par exemple, une charge excessive du bien, une gestion délicate, voire un désintéret pour le bien...) et alors l'abandon d'usufruit est soumis au seul droit fixe des actes innomés, actuellement d'un montant de 125 euros. Aux termes de ces développements, on aura compris que, pour que l'abandon d'usufruit soit redressé au titre des droits de donation, il est strictement nécessaire que l'intention libérale du renonçant soit établie par l'Administration. Sans preuve de l'*animus donandi*, il n'y a pas de donation, même indirecte, et l'acte demeure alors assujéti au seul droit fixe. Peu importe, redisons-le, que l'abandon ne comporte aucune contrepartie de la part du nu-propiétaire. Un acte à titre gratuit n'est pas nécessaire une libéralité. Or les droits de mutation à titre gratuit ne sont applicables qu'aux seules libéralités.

Il faut retenir de tout ceci que, dans les affaires envisagées, si les juges n'avaient pas forcé la qualification de donation indirecte, le montant des droits dus à l'Administration aurait donc été égal à celui du droit fixe d'enregistrement, c'est-à-dire, suivant l'époque des arrêts, entre 250 francs et 125 euros. En faisant de ces abandons d'usufruit des donations indirectes, les juges ont donc autorisé l'Administration à les soumettre à l'impôt sur les donations, lequel impôt est sensiblement plus élevé que le droit fixe.

**269. Instrumentalisation sanctionnatrice ?** – Au vu de divers éléments contenus dans les arrêts signalés, on peut penser que l'objectif de cette instrumentalisation vise à punir un acte réalisé, selon les juges, à des fins d'évasion fiscale. Par exemple, les motifs de la décision de 1997 mettent spécialement en évidence le délai, à savoir dix-huit mois, entre lequel la donation de la nue-propiété de l'immeuble et l'abandon d'usufruit litigieux a été réalisé. N'est-ce pas suggérer que l'abandon d'usufruit présentait un caractère trop hâtif et suspect au regard de sa motivation fiscale ? Cette suspicion d'évasion fiscale apparaît plus encore plus marquée dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de mai 2011, où il était question d'un abandon d'usufruit *au profit d'une société* à laquelle les nus-propiétaires, enfants de la renonçante, étaient associés. Le rapport des faits laisse en effet entendre que les juges ont soupçonné la légitimité de la donation avec réserve d'usufruit suivie de l'abandon de ce même usufruit en raison de l'existence d'une société à laquelle les enfants de la renonçante (et donc bénéficiaire de la renonciation) étaient également associés. Dit autrement, il semble que, dans l'esprit des juges, les parties avaient utilisé la technique sociétaire pour « camoufler » le véritable bénéficiaire de

l'abandon d'usufruit et, d'une certaine manière peut-être, pour occulter l'existence de la donation indirecte. Dès lors, ce serait pour « sanctionner » ce montage qui ressemble à une interposition frauduleuse de société – que les juges auraient forcé la qualification de donation indirecte et soumis l'opération aux droits de donation au taux entre étrangers (mère-société). Ce qui a fait dire à un commentateur de l'arrêt qu'en l'espèce, la cour d'appel « réussit le tour de force de caractériser *l'animus donandi* vis-à-vis des enfants du donataire, tout en reconnaissant la qualité de donataire, non pas à ces derniers mais à la société [afin de soumettre l'abandon d'usufruit aux taux de 60 %, et non au taux – plus favorable – entre parents] »<sup>964</sup>.

En somme, tous ces éléments contenus dans les arrêts donnent une nette coloration punitive aux solutions retenues. Il semble possible d'en déduire qu'ils constituent des manifestations de l'utilisation sanctionnatrice de la donation indirecte en matière fiscale, permettant à l'Administration de soumettre à l'impôt un acte qui, *a priori*, n'aurait dû être soumis qu'à un droit fixe.

b) *L'imposition forcée d'un trust entre vifs*

**270. Exposé de la solution** – On retrouve ce qui semble être une logique analogue dans un arrêt du 6 novembre 2019, rendu cette fois en matière d'imposition de *trust* libéral *inter vivos*<sup>965</sup>. Dans cette affaire, on s'en souvient, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que la transmission de deux millions d'euros au moyen d'un *trust* constitué au

---

<sup>964</sup> R. MORTIER, note sous CA Dijon, 5 mai 2011, n° 10/00973, *Dr. sociétés* 2012, comm. 4.

<sup>965</sup> Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985 ; *Dr. fam.* 2020, p. 31, note M. NICOD ; *GP* 2020, p. 68, note S. LEROND. *Rapp.* : Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Bull. n° 131, *GP* 2007, n° 352, p. 12, obs. J.-M. TIRARD ; *Deffrénois* 2007, n° 23, p. 1697, obs. A. CHAPPERT ; *D.* 2007, p. 1941, note F. DOUET ; *RTD com.* 2007, p. 852, obs. J.-P. LE GALL ; *Dr. pat.* 2007, p. 65, note D. GUTMANN ; *RJF* 2007, p. 10, obs. B. HATOUX. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Rennes considère, à l'instar de l'Administration, que la transmission de biens placés dans un *trust inter vivos* irrévocable de droit américain constitué par un citoyen français réalise une donation indirecte ayant « reçu effet au jour du décès du donateur par la réunion de tous ces éléments constitutifs ». La Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé par les bénéficiaires du *trust*, semble approuver une telle qualification : relevant que les juges du fond avaient eux-mêmes constaté que « le constituant du *trust* s'était défait irrévocablement de la propriété des biens portés par le *trustee* pour le compte des bénéficiaires désignés, lesquels avaient acquis cette propriété du *trust* provoquée par son décès », la Cour considère que la cour d'appel « avait déduit à bon droit qu'était ainsi caractérisée une mutation à titre gratuit ayant pris effet lors de l'échéance du *trust* fixée au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du *trust* ». Sans se référer aucunement à la notion de donation indirecte, l'arrêt de la Cour de cassation paraît « endosser l'analyse de la cour d'appel » : en effet, l'expression « à bon droit » et le rejet sans réserve du pourvoi semblent impliquer « la pleine approbation de l'arrêt attaqué » quant à la qualification de donation indirecte. En ce sens, v. : J.-P. LE GALL, *RTD com.* 2007, p. 852 ; J.-M. TIRARD, note sous Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Bull. n° 131, *GP* 2007, n° 352, p. 12. Pour une position plus réservée, v. : A. CHAPPERT, *Deffrénois* 2007, n° 23, p. 1697 ; F. DOUET, *D.* 2007, p. 1941 ; J.-P. LE GALL, *RTD com.* 2007, p. 852.

Canada devait être assujettie aux droits de mutation à titre gratuit en ce qu'elle constituait une donation indirecte. Au plan des concepts, la solution est pour le moins intrigante puisque les juges ont décidé que l'intention libérale du *settlor*, le constituant du *trust*, inconnu en l'espèce, résultait de la seule désignation formelle du bénéficiaire dans l'acte constitutif de *trust*<sup>966</sup>. Qu'on en juge : « mais attendu, nous dit la Cour, que l'arrêt [d'appel] retient encore que la désignation formelle, par [le constituant], de M. B... en tant que bénéficiaire suffit à établir son intention libérale, peu important que son identité soit ignorée ; [...] qu'en l'état de ces appréciations, *c'est à bon droit* que la cour d'appel a retenu que l'acte de constitution du *trust* avait permis la réalisation d'une donation indirecte ». C'est dire la mansuétude dont ont fait preuve les juges dans la vérification de l'intention libérale du donateur.

La raison pour laquelle ils ont ainsi forcé la qualification de donation indirecte n'est pas difficile à entrevoir : il ne fait guère de doute que la donation indirecte a opportunément permis de soumettre le *trust* à l'impôt sur les donations, à défaut pour la loi du 29 juillet 2011 instituant un régime spécial d'imposition des *trusts* de pouvoir être appliquée à l'espèce.

**271. Rappel des dispositions de la loi du 29 juillet 2011** – L'idée générale de la loi du 29 juillet 2011 a été de soumettre aux droits de mutation à titre gratuit *toutes les transmissions à titre gratuit* de biens placés dans un *trust* étranger – à supposer bien sûr que ce dernier puisse être rattaché à la France, conformément à l'article 750 ter du Code général des impôts<sup>967</sup>.

L'article 792-0 bis II §1 dispose ainsi que, lorsque la transmission réalisée par un *trust* est le résultat d'une donation ou d'une succession, ce *trust* est soumis aux droits de mutation à titre gratuit en fonction du lien de parenté existant entre le constituant (*settlor*) et son bénéficiaire. En ce cas, poursuit la loi, le fait générateur de la taxation est la *transmission* des actifs au bénéficiaire, cette taxation s'exerçant sur la valeur vénale nette des biens, droits ou produits concernés à la date de la transmission.

---

<sup>966</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 44.

<sup>967</sup> L'article 750 ter du Code général des impôts prévoit notamment que : « Sont soumis aux droits de mutation à titre gratuit : 1° Les biens meubles et immeubles situés en France ou hors de France, et notamment les fonds publics, parts d'intérêts, biens ou droits composant un *trust* défini à l'article 792-0 bis et produits qui y sont capitalisés, créances et généralement toutes les valeurs mobilières françaises ou étrangères de quelque nature qu'elles soient, lorsque le donateur ou le défunt a son domicile fiscal en France au sens de l'article 4 B ; 2° Les biens meubles et immeubles, que ces derniers soient possédés directement ou indirectement, situés en France, et notamment les fonds publics français, parts d'intérêts, biens ou droits composant un *trust* défini à l'article 792-0 bis et produits qui y sont capitalisés, créances et valeurs mobilières françaises, lorsque le donateur ou le défunt n'a pas son domicile fiscal en France au sens de l'article précité ».

L'article 792-0 bis II §2 du même Code précise de son côté que les droits de mutation à titre gratuit sont également applicables aux transmissions gratuites *via* un *trust* ne résultant ni d'une donation ni d'une succession. Précisément, dans les cas où la qualification de donation ou de succession ne s'applique pas, les biens placés dans le *trust* et transmis à titre gratuit à un bénéficiaire au décès du constituant peuvent, sous certaines conditions, être soumis aux droits de mutation à titre gratuit<sup>968</sup>. Dans cette hypothèse, ce n'est donc pas la transmission qui constitue le fait générateur de la taxation mais le *décès du constituant*, que les biens soient transmis à cette date ou à une date ultérieure<sup>969</sup>.

La loi prévoit encore que, si aucune des dispositions précitées ne s'appliquent, les droits de mutation à titre gratuit sont quand même dus, et ce, au taux de 60 %. La seule condition est que le *trust* ait été créé par un constituant fiscalement domicilié en France lors de la constitution.

**272. Inapplication des dispositions en l'espèce** – Qu'en était-il dans notre affaire ? Faute de donation indirecte, l'opération litigieuse était-elle imposable en vertu de l'une de ses dispositions de l'article 792-0 bis II § 2 précitées ?

Une première difficulté apparaît s'agissant du rattachement du *trust* litigieux à la France, rattachement dont on sait qu'il est la première condition *sine qua non* de l'application de la loi de 2011. Faute de connaître l'identité du constituant, le *trust* litigieux était-il « rattachable » à la France ? Il est vrai que l'article 750 ter 1<sup>o</sup> précité prévoit que le *trust* y est rattachable dès lors que le constituant a son domicile fiscal en France, et ce, quelle que soit la situation géographique des actifs du *trust*. Or en l'absence d'information sur la personne du constituant, il n'était pas possible de savoir s'il avait, ou non, élu domicile en France. Cependant, l'article 750 ter 2<sup>o</sup> précise que le *trust* peut également être rattaché à la France si le *bénéficiaire* y est domicilié au jour de la transmission et s'il l'a été pendant au moins six ans au cours des dix dernières années. Or dans notre affaire, il se déduit des faits que le bénéficiaire du *trust* avait élu domicile en France dans les conditions précitées. *A priori*, le *trust* litigieux, constitué au

---

<sup>968</sup> Cette solution avait été suggérée par la doctrine. En ce sens, v. notamment : 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, p. 231 ; G. BLANLUET et J.-P. LE GALL, « Le *trust* au pied du mur », *Dr. fisc.* 2005, n° 29, étude 27.

<sup>969</sup> « Et de [deux] choses l'une alors. Soit, à la date du décès du constituant, une part déterminée des actifs du *trust* est due à un bénéficiaire ; les droits sont alors calculés en fonction du lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire suivant les règles du droit commun. Soit, à la date du décès, une part déterminée des actifs du *trust* est due globalement à des descendants du constituant ; les droits de succession sont alors exigibles au taux marginal applicable en ligne directe, à savoir au taux de 45 % » (M. GRIMALDI et C. VERNIÈRES, « Brèves observations sur l'imposition aux droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via* un *trust* », *Deffrénois* 2011, n° 18, p. 1474, n° 6).

Canada, pouvait donc être rattaché à la France. Sur ce point, le défaut de connaissance sur l'identité du *settlor* ne représentait donc pas une difficulté.

Deux explications peuvent dès lors être avancées pour justifier la mise à l'écart de la loi de 2011 au cas d'espèce.

D'abord, on l'a dit, si l'article 792-0 bis II § 2 autorise la taxation d'un *trust* non constitutif d'une donation, cet article ne s'applique qu'à la condition que la transmission des biens placés dans ce *trust* se fasse à titre de mort. Or en l'espèce, faute de connaître l'identité du *settlor*, les juges ne pouvaient pas savoir s'il était, ou non, encore vivant au jour de la transmission. Partant, ils n'étaient pas en mesure de savoir si la transmission des deux millions d'euros l'avait été à cause de mort. Pour la même raison, il n'était pas davantage possible de mettre en œuvre la taxation au taux de 60 %. L'absence de connaissance de l'identité du *settlor* excluait l'application des trois cas de taxation offerts par la loi du 2011.

À cette difficulté *d'application* de la loi, semble s'être ajouté un problème *d'applicabilité* des dispositions. En effet, l'article 14-III de la loi du 29 juillet 2011 dispose que l'article 792-0 s'applique « aux donations consenties et pour des décès intervenus à compter de la publication de la présente loi ». Le texte n'est pas très clair<sup>970</sup>. Cependant, conformément à l'article 1<sup>er</sup> du Code civil, il faudrait comprendre que la loi s'applique à toutes les transmissions à titre gratuit réalisées par l'intermédiaire d'un *trust* constitué après son entrée en vigueur, soit le 31 juillet 2011. Or dans notre affaire, la transmission est intervenue en mai et juillet 2003, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Dès lors, à supposer même que l'identité du constituant ait été connue des juges, l'article 792-0 ne pouvait semble-t-il s'appliquer à l'espèce, faute pour le *trust* d'avoir sorti ses effets postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 2011.

Voilà qui répond à notre interrogation initiale : à défaut de donation indirecte, le *trust* litigieux n'aurait pu être soumis aux droits de mutation à titre gratuit ; à nouveau, seul le droit fixe aurait pu être exigé. L'article 750 ter, dans sa version applicable à l'espèce, est clair à cet égard : une transmission patrimoniale n'est assujettie aux droits de mutation à titre gratuit que si elle est le résultat soit d'une donation, soit d'une succession. Aussi bien, dans notre affaire, faute de donation indirecte, la transmission résultant du *trust* litigieux, quoiqu'elle ait été réalisée à titre gratuit, n'aurait pu être assujettie aux droits de mutation à titre gratuit. Le pourvoi

---

<sup>970</sup> Pour une critique de cette disposition, v. notamment : M. GRIMALDI et C. VERNIÈRES, « Brèves observations sur l'imposition aux droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via* un *trust* », *art. préc.*, pour qui « mieux eût valu dire que le dispositif s'applique aux transmissions à titre gratuit postérieures à... ainsi qu'aux *trusts* dont le constituant est décédé postérieurement à... (même date). Et mieux eût valu viser la date d'entrée en vigueur de la loi, qui, conformément à l'article 1<sup>er</sup> du Code civil, est celle du lendemain de sa publication (soit le 31 juillet 2011).

formé n'avait pas manqué de le souligner : « la constitution d'un *trust* irrévocable, discrétionnaire et non testamentaire conduit à un démembrement de la propriété entre le *trustee* et le(s) bénéficiaire(s) inconnu du droit français jusqu'à la loi du 29 juillet 2011 ; [...] à défaut de disposition expresse du Code général des impôts, jusqu'à la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, étendant le champ d'application des droits de mutation aux bénéficiaires d'un *trust* et les règles d'assiette aux biens ou droits placés dans un *trust*, de tels biens étaient nécessairement exclus de cette assiette ».

**273. Poursuite de la logique répressive conduite par la loi du 29 juillet 2011** – Mais ceci ne dit pas tout de la logique de l'arrêt, c'est-à-dire de la finalité de la soumission du *trust* litigieux aux droits de mutation à titre gratuit. La réponse est à rechercher dans la *ratio legis* de la loi de 2011.

En prévoyant une taxation de *toutes* les transmissions gratuites réalisées par un *trust*, et non pas seulement de celles qui résultent d'une donation ou d'une succession, le législateur a assurément perçu le *trust* réalisé à titre gratuit comme un instrument d'évasion fiscale qu'il faudrait empêcher à travers une taxation dissuasive<sup>971</sup>. La lecture du texte et l'examen de son contexte donnent tout crédit à cette interprétation. En effet, le régime fiscal prévu par la loi contient diverses mesures à coloration punitive. Ainsi, par exemple, la loi exclut du bénéfice des réductions d'impôts toutes les transmissions réalisées *via* un *trust* autrement que par donation ou succession, c'est-à-dire relevant de la deuxième hypothèse de taxation. De même encore, pour les *trusts* constitutifs d'une donation ou d'une succession (première hypothèse de taxation), l'article 792-0 *bis* II décide que l'assiette des droits de mutation est toujours « la valeur nette des biens, droits ou produits capitalisés à la date de la transmission »<sup>972</sup>. Autrement dit, pour le calcul de l'impôt, la loi retient l'enrichissement final du bénéficiaire, et non l'appauvrissement initial du constituant. Or « entre l'un et l'autre, la différence peut être grande car l'intérêt d'un *trust* est souvent de confier des biens à un *trustee* en escomptant une gestion performante »<sup>973</sup>. Outre qu'elle poursuit un objectif de taxation générale des *trusts* à titre gratuit, la loi du 29 juillet 2011 contient ainsi de multiples dispositions défavorables au contribuable.

---

<sup>971</sup> En ce sens, v. par exemple : D. GUTMANN, « Les réformes de la fiscalité du patrimoine : orientations générales et problèmes d'application », *Deffrénois* 2011, p. 1459 ; M. GRIMALDI et C. VERNIÈRES, « Brèves observations sur l'imposition aux droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via* un *trust* », *Deffrénois* 2011, n° 18, p. 1474, n° 6.

<sup>972</sup> On précisera qu'au cas de transmission par succession, les droits dus par le bénéficiaire sont calculés en ajoutant la valeur des actifs reçus à celle des autres biens qu'il a pu recueillir en qualité de successeur.

<sup>973</sup> M. GRIMALDI et C. VERNIÈRES, « Brèves observations sur l'imposition aux droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via* un *trust* », *Deffrénois* 2011, n° 18, p. 1474, n° 6.

Tout ceci accrédite nettement l'intention de ses auteurs de sanctionner, par l'impôt, les *trusts* réalisés à l'étranger. Au demeurant, le communiqué de presse du Conseil des ministres du 11 mai 2011 relatif à cette loi souligne que « divers dispositifs viendront en outre limiter l'optimisation et l'évasion fiscale internationale, notamment la taxation des *trusts* [...] »<sup>974</sup>. La formule est éloquente et ne laisse aucun doute sur l'intention du législateur de réprimer les *trusts* étrangers dont le mécanisme lui a semblé propice à l'évasion fiscale.

Pareillement, les juges semblent avoir forcé la qualification de donation indirecte pour parvenir à imposer le *trust* litigieux dans le même esprit que la loi de 2011. À l'instar des décisions précitées relatives aux abandons d'usufruit, l'arrêt rapporté a ainsi tous les atours d'une utilisation sanctionnatrice de la donation indirecte par le juge de l'impôt. Et une fois de plus, c'est l'imposition forcée de l'acte aux droits de mutation à titre gratuit qui réaliserait concrètement cette sanction.

**274. Observation conclusive** – Une dernière observation s'impose pour conclure sur ces deux illustrations. Nous avons eu l'occasion de voir que l'Administration pouvait sanctionner des actes ayant pour motif *principal* (et non plus seulement *exclusif*) d'éluder ou d'atténuer la charge fiscale normalement due<sup>975</sup>. La procédure dite du « mini-abus de droit » lui permet en effet désormais de taxer les actes poursuivant un tel objectif, de les taxer et souvent d'imposer au contribuable de lourdes majorations<sup>976</sup>. En outre, cette procédure n'oblige pas l'Administration à requalifier l'acte poursuivi en libéralité, et donc à établir la preuve de l'intention libérale du disposant.

D'où une interrogation : si les actes litigieux ici analysés (abandons d'usufruit, *trust inter vivos*) devaient être sanctionnés au nom de la lutte contre l'évasion fiscale, pourquoi l'Administration n'a-t-elle pas eu recours à ladite procédure au lieu de forcer la qualification d'intention libérale et, avec elle, celle de donation indirecte ? Là encore, la réponse tient à l'application de la loi dans le temps. La procédure dite du « mini-abus de droit » s'applique aux propositions de rectifications notifiées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021 portant sur des actes réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Or aucune des opérations litigieuses, requalifiées en donation indirecte, n'avaient été constituées avant cette date. On perçoit ainsi combien la qualification

---

<sup>974</sup> Ce communiqué de presse du Conseil des ministres du 11 mai 2011 est disponible sur le site internet du Gouvernement (<http://archives.gouvernement.fr>).

<sup>975</sup> V. *supra* n° 168.

<sup>976</sup> Sur les effets attachés à la procédure dite du « mini-abus de droit », v. *supra* n° 168.

de donation indirecte, grâce au lien qu'elle entretient avec l'impôt sur les donations, a pu constituer un outil judiciaire de sanction fiscale.

## 2 – La sanction par la surimposition

**275. Application forcée d'une majoration des droits de donation** – Signe encore plus net de l'idée de justice punitive fiscale, certaines instrumentalisations de la donation indirecte entraînent même une surimposition de l'acte en vue de sanctionner un comportement jugé frauduleux. Deux solutions rendues par la chambre commerciale de la Cour de cassation – dont l'ancienneté n'interdit pas de penser qu'elles peuvent être réitérées à l'avenir – paraissent offrir un témoignage éclairant de cette position : l'un rendu en 1981, l'autre en 1995<sup>977</sup>. Ils intéressent tous deux la qualification d'une donation réalisée au moyen d'un achat pour autrui. Dans la première espèce, une personne avait acquis un immeuble dont le prix avait été directement réglé par un tiers auprès de la société vendeuse. De même, dans la seconde affaire, une personne avait acquis deux parcelles intégralement payées par un tiers auprès du notaire en charge de la vente. Ainsi qu'on l'a déjà entrevu, à supposer ces actes constitutifs de libéralités, celles-ci ne paraissent pouvoir être qualifiées de déguisées au sens où l'on entend ordinairement cette notion : même si l'opération ne met pas au jour la donation des deniers nécessaire à l'acquisition de l'immeuble, cette dissimulation n'est pas caractéristique, en effet, d'une simulation<sup>978</sup>. Ainsi qu'il été précédemment expliqué, il y a là tout au plus une donation *indirecte*. Pourtant, dans les deux affaires signalées, la Cour de cassation rejette cette analyse et approuve l'Administration d'avoir requalifié les actes en donation *déguisée* aux motifs que chacun des contrats de vente dissimulait la donation de deniers.

Une telle solution est loin d'être indifférente au redevable, qui se voit *automatiquement* pénalisé. En effet, pour le fiscaliste, la qualification de donation déguisée est constitutive d'un abus de droit : le donataire encourt des sanctions fiscales et pénales. Notamment, il est redevable d'une pénalité de 80 % du montant des droits de donation. Dans les arrêts étudiés, l'instrumentalisation négative de la donation indirecte entraînait donc une surimposition pour le contribuable par l'application de cette pénalité au taux prohibitif.

---

<sup>977</sup> Cass. com., 2 juin 1981, n° 80-10.266 ; *Dr. fisc.* 1982, com. 82 ; *Defrénois* 1982, art. 32919, n° 24, obs. B. JADAUD ; Cass. com., 21 février 1995, n° 93-14.512 ; *Defrénois* 1996, art. 36395, note A. CHAPPERT.

<sup>978</sup> Pour plus de détails sur ce point, v. *supra* n° 201 et s.

**276. Logique répressive ?** – Il n'est pas facile de trouver les raisons qui ont pu déterminer l'adoption de ces décisions. Avec certains commentateurs qui se sont interrogés sur la qualification fiscale d'une telle opération, on peut tout de même esquisser une réponse.

Relisons ainsi Messieurs DAVID, FOUQUET, LATOURNIE et PLAGNET : « devrait-on également exclure la qualification donation déguisée dans le cas où le paiement de l'acquisition aurait été fait directement par le donateur au vendeur ? La réponse est ici plus douteuse dans la mesure où ce paiement pour autrui *dissimule le payeur véritable et aboutit peut-être en sa faveur à une donation ne portant pas sur des biens exonérés*. C'est la preuve de l'importance fondamentales des qualifications juridiques en droit de l'enregistrement [...], qui permet une *évasion* limitée au contribuable en lui offrant une beaucoup plus grande sécurité fiscale, tout en évitant les abus les plus criants par l'appel au réalisme fiscal »<sup>979</sup>. À suivre ces auteurs, la donation réalisée par achat pour autrui serait un instrument d'évasion fiscale que la requalification (forcée) en donation déguisée permettrait de sanctionner. Quant à Monsieur BONNET, il écrit : « depuis longue date, il a été relevé que [la donation par achat pour autrui] évitait au donateur, présumé désireux de transmettre un immeuble, d'avoir à acquérir celui-ci – première mutation passible des droits d'enregistrement à titre onéreux – pour ensuite le transmettre au donataire – seconde mutation donnant lieu cette fois à la perception des droits d'enregistrement à titre gratuit »<sup>980</sup>. Le donateur, choisissant d'acquérir un immeuble pour autrui en payant le vendeur à la place de l'acquéreur (ou en donnant préalablement les deniers au donataire) aurait donc pour objectif d'échapper à une double taxation : une première taxation à titre onéreux (celle de l'achat de l'immeuble) ; une seconde taxation à titre gratuit (celle de la donation).

N'y a-t-il pas lieu de penser que l'Administration fiscale et le juge de l'impôt soupçonnent également l'existence d'une évasion fiscale lorsqu'ils sont face à une donation réalisée au moyen d'un achat pour autrui dissimulant la véritable identité du *solvens* ? L'instrumentalisation de la donation indirecte, résultant de sa commutation en donation déguisée, constituerait alors une technique habile en vue d'appliquer le régime prohibitif de l'abus de droit et de sanctionner des achats considérés frauduleux par l'Administration. En un mot, l'instrumentalisation de la donation indirecte permettrait à l'Administration de contourner les exigences probatoires de la fraude à la loi, telles qu'elles résultent de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.

---

<sup>979</sup> C. DAVID, O. FOUQUET, M.-A. LATOURNIE et B. PLAGNET, *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2000, n° 23, p. 377 et s.

<sup>980</sup> G. BONNET, *thèse préc.*, p. 765, n° 829. *Rapp.* : A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 181 et s.

**277. Synthèse** – C’est en tout cas l’occasion de constater que le juge de l’impôt n’hésite pas, parfois, à manipuler la qualification de donation indirecte pour sanctionner un acte qui lui semble réalisé à des fins de fraude fiscale. On peut, en outre, observer un certain degré dans l’instrumentalisation, degré qui paraît être le résultat d’une différence d’intensité dans la « volonté répressive » du juge. En effet, certaines solutions semblent forcer la qualification de donation indirecte pour soumettre un acte aux droits de donation alors que l’Administration ne devrait pouvoir exiger qu’un droit fixe<sup>981</sup> : c’est ainsi que certaines décisions relatives à des abandons d’usufruit ou à un *trust* gratuit paraissent pouvoir être interprétées. D’autres instrumentalisations recherchent une sanction « plus lourde » du contribuable, en substituant la qualification de donation déguisée à celle de donation indirecte qui devrait s’imposer, pour appliquer les pénalités attachées au déguisement : c’est ce qui semble ressortir des décisions citées en matière de libéralités par achat pour autrui. En tout état de cause, et quel que soit le degré de sanction obtenu par l’instrumentalisation, la même conclusion semble s’imposer : à chaque fois, la qualification de donation indirecte est un outil utilisé par l’Administration et le juge de l’impôt pour lutter – à tort ou à raison, c’est une autre question – contre ce qu’ils jugent être de la fraude fiscale.

En matière d’enregistrement, l’instrumentalisation de la donation indirecte n’est cependant pas toujours au service de la lutte contre la fraude fiscale. Une solution récente témoigne au contraire de ce que cette qualification peut également concourir, par son régime fiscal, à sanctionner un acte que les juges considèrent comme une simple illicéité sociétaire.

## **B – La sanction d’une illicéité sociétaire**

**278. Requalification forcée d’une vente à prix modique en donation indirecte** – Des solutions précédemment analysées, on peut rapprocher un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 mai 2019<sup>982</sup>. En effet, quoique cette décision s’éloigne du thème de la fraude fiscale, elle met en lumière combien la qualification de donation indirecte, par le lien qu’elle entretient avec l’impôt, peut constituer un outil de sanction contre des comportements jugés transgressifs.

---

<sup>981</sup> C.G.I., art. 680.

<sup>982</sup> Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-15.621, *AJ fam.* 2019, p. 313, note S. PAILLARD ; *Dr. fisc.* 2019, n° 26, comm. 310, note N. VERGNET et J.-P. COIFFARD ; *Defrénois* 2019, p. 30, obs. C. VERNIÈRES.

En l'espèce, une société anonyme, la société Harmonie, avait cédé une parcelle de terre à son dirigeant, par ailleurs président de conseil d'administration. Dans l'acte de vente, cette parcelle avait été présentée comme un terrain à bâtir, pour un prix d'environ 3000 euros. Un immeuble fut cependant construit sur ce terrain par une société civile immobilière administrée par la société Harmonie. Quelques années plus tard, le dirigeant revendit l'ensemble immobilier au prix de 285 000 euros. À la suite d'un contrôle fiscal, l'Administration considéra que la vente du terrain constituait une donation indirecte de l'immeuble consentie par la société anonyme à son dirigeant. Elle procéda alors au redressement de l'opération, en sollicitant le paiement de droits de mutation à titre gratuit au taux applicable entre personnes non parentes, soit 60 %. Sur contestation du dirigeant, prétendument donataire, les juges rennais validèrent le rehaussement litigieux et, avec lui, la requalification de l'acte en donation indirecte. Leurs motifs furent les suivants : « en cédant [à son dirigeant], par un acte qui produit ses effets à l'égard de ce dernier ainsi que des tiers, un terrain supportant un bâtiment d'habitation pour le prix du terrain nu, la société Harmonie s'est elle-même irrévocablement dépouillée au profit de celui-ci de la différence de valeur entre la valeur vénale du bien cédé et le prix de cession, *l'intention libérale exprimée à travers l'acte de son dirigeant étant caractérisé par l'absence de toute contrepartie*, ce qui répond à la définition de la donation prévue aux articles 893 et 894 du Code civil ». L'intention libérale de la société Harmonie à l'égard du dirigeant résulterait donc du déséquilibre économique de l'opération ou, si l'on veut encore, de l'appauvrissement de la disposante. La preuve de l'*animus donandi* est là encore bien déficiente... On pouvait donc s'attendre à ce que la Cour de cassation censure la cour d'appel pour défaut de base légale au regard de l'article 894 du Code civil. Pourtant, elle a entériné la solution des juges du fond, sans dire mot de la preuve de l'intention libérale de la société, se montrant par-là extrêmement conciliante avec l'Administration fiscale.

**279. Mise à l'écart du concept de distribution indirecte** – La volonté d'imposer le paiement des droits de donations aux taux entre étrangers, c'est-à-dire aux taux de 60 % est ainsi patente. Or la donation indirecte apparaissait comme le seul moyen à la disposition des juges pour atteindre ce but : à savoir sanctionner le seul dirigeant social, à l'exclusion de la société donatrice.

Reprenons. Faute de libéralité, la vente litigieuse aurait sans doute pu être imposée au titre d'une distribution indirecte au sens de l'article 111 c) du Code général des impôts. Pour mémoire, les distributions indirectes (ou avantages occultes) correspondent aux richesses distribuées par une société commerciale à ses associés en dehors des formalités prescrites par

la loi sur les sociétés<sup>983</sup>. Il en va ainsi notamment de la vente d'un bien appartenant à la société pour un à prix minoré<sup>984</sup>. Or le Conseil d'État semble admettre que ces distributions puissent donner lieu à perception de l'impôt sur le revenu entre les mains de son bénéficiaire<sup>985</sup>, même en l'absence d'intention libérale de la société établie<sup>986</sup>. Cependant, la qualification de distribution indirecte atteint quasi-systématiquement les deux parties à l'acte : l'associé et la société donatrice sont respectivement imposés sur le montant de l'enrichissement et de l'appauvrissement résultant de l'opération. En effet, l'avantage dont bénéficie l'associé à la suite d'une distribution indirecte est souvent le pendant, du côté de la société, d'un acte anormal de gestion<sup>987</sup>. Ainsi qu'on l'a écrit, la distribution indirecte « a pour corollaire l'existence d'un acte anormal de gestion au niveau de la société cédante qui peut alors voir l'écart de prix ainsi constaté réintégré à ses résultats imposables »<sup>988</sup>. Au contraire, la qualification de donation indirecte n'atteint fiscalement que le bénéficiaire qui seul supporte la charge définitive de l'impôt. Comme on l'a écrit, alors que le concept de « donation indirecte est un fusil à un seul coup [...], [c]elui des distributions irrégulières est un fusil à deux coups qui permet [à l'Administration] d'atteindre à la fois le donateur et le donataire »<sup>989</sup>. Partant, il n'est pas

<sup>983</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 51 et s.

<sup>984</sup> En ce sens, v. par exemple : CE, 20 février 1980, n° 11453 et 11454, *RFJ* 4/80, n° 318. *Rapp.* : CE, 8 décembre 1971, n° 80306 ; CE, 10 juin 1983, n° 27391, *RFJ* 8-9/83, n° 1037 ; CAA Paris, 2 mai 1993, n° 91842.

<sup>985</sup> Rappelons que, lorsque le bénéficiaire d'une distribution indirecte est une personne physique, le gain, imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, est majoré de 25 %.

<sup>986</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 53 et s. Du reste, par un arrêt du 21 décembre 2018, le Conseil d'État a dispensé l'Administration fiscale d'apporter la preuve du caractère délibéré de la minoration du prix de cession lorsque celui-ci est « significativement inférieur à la valeur vénale » du bien cédé (CE, 21 décembre 2018, *Sté Croe Suisse*, n° 402006 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 9, comm. 176, concl. A. BRETONNEAU, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; *RJF* 3/2019, n° 246 ; chron. V. VILLETTE, p. 303. *Rapp.* : CAA Versailles, 3 mars 2020, n° 19VE00113 ; *RDF* 2020, n° 21, p. 32, note F. DEBOISSY et G. WICKER). En matière de distribution indirecte, la charge probatoire de l'Administration paraît donc plus légère qu'en matière de donation indirecte.

<sup>987</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY et M. CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 44<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2020-2021, p. 495, n° 1277. Pour des illustrations jurisprudentielles en matière de cessions d'actifs pour un prix minoré, v. par exemple : CAA Paris, 2 mai 1993, n° 91842 ; CE, 20 juin 2003, n° 232832, *Dr. fisc.* 2004, n° 5, comm. 200 ; *RFJ* 10/2003, p. 754, concl. P. COLLIN ; CE, 21 décembre 2018, *Sté Croe Suisse*, n° 402006 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 9, comm. 176, concl. A. BRETONNEAU ; *RDF* 2019, n° 9, p. 49-60, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; *RJF* 3/2019, n° 246 ; chron. V. VILLETTE, p. 303 ; CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ch., 22 janvier 2020, n° 420816, *Sté Études et Marketing* ; *RJF* 2020, n° 369, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI).

<sup>988</sup> N. VERGNET et J.-P. COIFFARD, *Dr. fisc.* 2019, n° 26, comm. 310, spéc. n° 4.

<sup>989</sup> M. COZIAN, « Vagabondage fiscal au royaume des libéralités », *Mélanges A. PONSARD*, Litec, 2003, p. 159, n° 14. Ce n'est pas dire, pour autant que la société Harmonie aurait subi une sanction fiscale. En effet, si l'Administration avait choisi de se placer sur le terrain des distributions indirectes, le profit auquel la société Harmonie avait renoncé de façon anormale (par la sous-évaluation de la valeur du terrain) aurait été réintégré dans son résultat imposable *au taux normal* (CGI, art. 38, 2). La société Harmonie n'aurait

incongru de penser que si, dans notre affaire, l'Administration a changé d'arme, qu'elle a choisi le concept de donation indirecte et non celui de distribution irrégulière, c'est parce qu'elle a voulu frapper exclusivement le bénéficiaire de l'opération, c'est-à-dire le dirigeant. Ce que pourrait expliquer le fait qu'il aurait commis un acte contraire à son devoir fiduciaire.

**280. Sanction d'un acte jugé déloyal du dirigeant ?** – Pour rappel, le droit des sociétés fait peser sur le dirigeant un devoir de loyauté non seulement à l'égard de ses associés mais aussi envers sa société<sup>990</sup>. Ce devoir a été consacré expressément par la jurisprudence en 1998<sup>991</sup>, mais ce devoir se découvre également dans certaines dispositions légales, notamment celles visant à limiter les conflits d'intérêt comme celles prévoyant les procédures de conventions réglementées<sup>992</sup>.

En effet, sous la plupart des formes sociales, les conventions portant sur des opérations non courantes conclues entre la société et son dirigeant doivent être soumises à certaines formalités<sup>993</sup>. Ainsi, dans les sociétés anonymes, ce qui constitue le cas d'espèce, elles sont assujetties à une autorisation préalable du conseil d'administration ainsi qu'à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. À défaut d'autorisation par le conseil d'administration,

---

donc pas été sanctionnée. Et pour cause : une société « distributrice » ne peut être sanctionnée que si – et ce n'était pas le cas dans notre affaire – elle refuse de donner le nom du bénéficiaire de la distribution indirecte lorsque l'Administration, au cours de la procédure de contrôle, la met en demeure d'en révéler (CGI, art. 117). En pareil cas, elle est condamnée à une amende égale à 100 % du montant de la distribution, laquelle n'est pas déductible de ses résultats imposables. Pour plus de détails sur le régime fiscal des distributions irrégulières, v. notamment : M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises, manuel préc.*, p. 482 et s., n° 1257 et s.

<sup>990</sup> Ce devoir, enseigne-t-on, constitue un « rempart contre des comportements moralement répréhensibles, de nature à rompre l'équilibre sur lequel reposent les relations sociétaires » (L. NURIT-PONTIER, *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 45-10, « Devoir de loyauté », 2020, n° 4). Sur le devoir de loyauté en droit des affaires, v. également par exemple : B. DAILLE-DUCLOS, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E.* 1998, p. 1486 ; H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.*, 1999, p. 273 ; P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Dunod, 2000 ; B. LE BARS, « La “moralisation” de la vie des affaires est-elle en cours ? », *JCP G.* 2009, act. 115 ; K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse, Rennes, 2011.

<sup>991</sup> Cass. com., 24 février 1998, n° 96-12.638, Bull. n° 86, *JCP E.* 1998, p. 637 ; *JCP G.* 1998. IV, n° 1864 ; *D.* 1999, p. 100, note Y. PICOD ; *RTD com.* 1998, p. 612, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés* 1998, p. 546, note M.-L. COQUELET. Dans le même sens, v. par exemple : Cass. com., 6 juin 2001, n° 98-16.390, *CCC* 2001, comm. 158, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Cass. com., 12 février 2002, n° 00-11.602, Bull. n° 32, *JCP E.* 2002, n° 581, obs. J.-J. CAUSSAIN et A. VIANDIER ; *Dr. soc.* 2002, comm. 146, note T. BONNEAU ; Bull. *Joly* 2002, p. 617, § 137, note B. SAINTOURENS ; *Dr. pat.* mai 2002, p. 94, note D. PORACCHIA.

<sup>992</sup> C. com., art. L. 225-38 et s.

<sup>993</sup> Pour plus de détails, v. : M. COZIAN, F. DEBOISSY et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 32<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, p. 395 et s., n° 940 et s.

les opérations concernées peuvent être annulées, si elles emportent des conséquences dommageables pour la société<sup>994</sup>. En outre, le dirigeant peut voir sa responsabilité civile et pénale engagée<sup>995</sup>. Par la menace de ces sanctions, la procédure vise ainsi à éviter que le dirigeant d'une société, par ses pouvoirs, ne cause des dommages à la société ou, plus subtilement, ne lui impose des affaires qui sont bonnes pour lui, mais mauvaises pour elle<sup>996</sup>. C'est dire que cette procédure manifeste un devoir de loyauté du dirigeant à l'égard de société. Or au vu des circonstances de l'espèce, tout laisse à penser que c'est bien le thème de la loyauté fiduciaire, en particulier celle imposée par la procédure des conventions réglementées, qui a servi de guide implicite à la résolution du litige, et donc au recours forcé à la donation indirecte. Tout d'abord, l'opération litigieuse était conclue entre la société Harmonie, société anonyme, et son dirigeant. En outre, cette opération constituait une opération non courante pour la société : *a priori*, en effet, cette dernière n'avait aucun intérêt à la sous-évaluation du prix de vente du terrain. Enfin, il convient que le dirigeant – dont l'étendue des pouvoirs est d'ailleurs particulièrement grande en matière de société anonyme<sup>997</sup> – détenait également la qualité de président du conseil d'administration. Dès lors, l'Administration a fort bien pu le soupçonner de n'avoir jamais soumis la vente à l'approbation du conseil d'administration dont il était le président, ou bien que, pour emporter l'adhésion du conseil, il ait minimisé l'importance des avantages qu'il allait en retirer.

Dans ces conditions, le recours forcé à la qualification de donation indirecte pourrait s'expliquer par la volonté de réprimer le dirigeant pour un défaut de loyauté. Il n'est pas interdit de penser non plus que le comportement litigieux ait été perçu comme particulièrement peu scrupuleux par l'Administration : malgré le respect très formel des procédures, le dirigeant aurait préféré son intérêt à celui de la société, se serait ainsi montré peu loyal, et aurait ainsi appelé les foudres administratives.

**281. Conclusion du premier chapitre** – À rapprocher l'ensemble des solutions analysées, on ne peut qu'être frappé par leur convergence. Les premières instrumentalisent la qualification

---

<sup>994</sup> C. com., art. L. 225-42.

<sup>995</sup> C. com., art. L. 225-42.

<sup>996</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY et A. VIANDIER *manuel préc.*, p. 392, n° 933. Dans le même sens, v. notamment : D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, thèse, Joly, 2004, p. 469, qui relève la procédure vise à éviter que le dirigeant n'use de « ses pouvoirs aux fins de rechercher un profit autre que celui qui lui revient dans le partage régulier et loyal du profit social ».

<sup>997</sup> Sur ce point, v. notamment : C. com., art. L. 225-56, al. 1<sup>er</sup> et L. 225-64, al. 1<sup>er</sup>.

de donation indirecte en vue, semble-t-il, de parvenir au rétablissement d'un équilibre réputé injustement rompu.

C'est cette fibre « équitable » que l'on retrouve par exemple dans les décisions forçant la qualification de donation indirecte pour imposer le rapport d'une valeur à la succession d'un défunt ayant, selon les juges, abusivement rompu l'égalité successorale de ses héritiers. Quant à la seconde série de solutions, elle met en évidence des instrumentalisation punitives de la donation indirecte, c'est-à-dire une utilisation positive ou négative de la qualification en vue de réprimer des actes jugés frauduleux. Le contentieux fiscal de la donation indirecte en abonde, l'Administration et le juge de l'impôt accueillant ou refoulant parfois la qualification pour servir, selon eux, la lutte contre la fraude fiscale. Dans les deux cas, l'inspiration paraît très nettement guidée par l'idée de justice, tantôt corrective, tantôt répressive. D'autres solutions, certes moins nombreuses mais non moins pertinentes, incitent à penser l'instrumentalisation à l'aune, non de la justice, mais de l'utilité.

## CHAPITRE 2 – L’UTILITE

**282. Utilité publique et sauvegarde des intérêts financiers de l’État** – Quelques précisions terminologiques s’imposent. L’utilité ne s’entend pas ici dans le sens que peut lui donner, par exemple, l’article 1157 du Code civil<sup>998</sup>, c’est-à-dire comme l’efficacité intrinsèque d’un acte juridique ou, ce qui revient au même, l’utilité concrète de l’acte pour les parties<sup>999</sup>. Elle ne doit pas non plus être comprise dans le sens où Monsieur GHESTIN a pu l’entendre, c’est-à-dire comme la satisfaction de l’intérêt général<sup>1000</sup>. Plus strictement, l’utilité doit être entendue ici au sens d’utilité publique en tant qu’elle vise les intérêts financiers de l’État. En effet, certaines solutions témoignent de ce que la donation indirecte constitue, entre les mains des juges ou de l’Administration, un outil pour atteindre un résultat jugé économiquement satisfaisant pour l’État : elle est l’instrument d’une politique de sauvegarde plus ou moins grande des finances publiques.

Cette utilisation opportuniste de la donation indirecte est naturellement beaucoup moins fréquente que celle déployée au service de la justice. Trois illustrations tirées de contentieux distincts n’en permettent pas moins de se convaincre de sa réalité. Elles montrent que l’instrumentalisation de la donation indirecte vise tantôt à préserver des fonds de provision étatique (**Section 1**), tantôt à garantir la récupération d’avances sociales (**Section 2**), tantôt encore à augmenter l’assiette des droits de mutation (**Section 3**).

### SECTION 1 – LA PRESERVATION DE FONDS DE PROVISION ETATIQUE

**283. Cas particulier de l’assurance épargne** – Au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, les juges judiciaires ont dû répondre, l’épisode est connu, à la question de savoir si l’assurance épargne conclue au profit d’un tiers demeurerait une forme particulière d’assurance ou constituait une donation indirecte<sup>1001</sup>. Le 23 novembre 2004, la Cour de cassation, réunie en chambre mixte,

---

<sup>998</sup> C. civ., art. 1157 : « 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 ».

<sup>999</sup> Pour plus de détails sur cette acception du terme « utilité », v. par exemple : G. DEREUX, *De l’interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Rousseau, 1905, p. 39 ; B. GELOT, *thèse préc.*, p. 24 et s., n° 26 et 27.

<sup>1000</sup> J. GHESTIN, « L’utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chr., p. 1 et s.

<sup>1001</sup> On rappellera que ces contrats ont pour finalité de capitaliser les versements du souscripteur pour les reverser, au terme convenu, soit au souscripteur s’il est encore en vie, soit au bénéficiaire désigné si le souscripteur est décédé. Ils se dénouent ainsi toujours par la délivrance d’un capital ou d’une rente, soit au souscripteur, soit au tiers bénéficiaire, lequel est égal au montant des primes versées par le souscripteur, augmenté des produits financiers et diminué des frais de gestion.

énonça sous forme de principe général qu'une telle opération, dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine, comporte un 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<sup>1002</sup>.

La conséquence de cette solution est claire : l'assurance épargne conclue gratuitement au bénéfice d'un tiers n'est pas, par principe, une donation indirecte ; elle demeure un contrat aléatoire et donc un acte à titre onéreux<sup>1003</sup>. Ainsi, elle échappe aux règles civiles et fiscales des libéralités. Concrètement, ni le bénéfice de l'assurance, ni les cotisations versées par le souscripteur ne doivent en principe être réintégrés dans sa succession, comme le sont les biens donnés : le bénéficiaire échappe ainsi aux règles du rapport et de la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, conformément aux articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances. En outre, faute de donation, le bénéficiaire de l'assurance ne doit pas l'impôt de mutation à titre gratuit d'après le degré de parenté avec le souscripteur<sup>1004</sup>. C'est dire que la requalification de l'assurance épargne en contrat d'assurance sur la vie est favorable au bénéficiaire : elle lui assure le versement intégral de la somme prévue au contrat en toute franchise de restitution civile et fiscale.

Cependant, cette qualification appelle les plus grandes réserves puisque l'assurance épargne ne comporte aucun événement incertain duquel on pourrait déduire l'existence d'un aléa<sup>1005</sup>. La vérité, que la solution de la Cour de cassation tente d'éluider, est que dans l'immense majorité des cas, le souscripteur d'une telle opération est mû par une intention libérale envers le tiers bénéficiaire, et donc que, le plus souvent, l'opération constitue une libéralité indirecte à son égard.

**284. Volonté d'assurer l'attractivité de l'assurance épargne** – Pourquoi alors les juges ont-ils voulu masquer cette vérité ? Quel intérêt y avait-il, concrètement, à requalifier l'assurance épargne en assurance sur la vie ? Une note du ministère de l'Économie et des Finances – figurant notamment dans les conclusions de l'avocat général désigné dans ces

---

<sup>1002</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4 (4 arrêts), *préc.*

<sup>1003</sup> Pour rappel, le contrat aléatoire est une espèce de contrat à titre onéreux car, ainsi qu'on l'a écrit, dans le contrat aléatoire « il existe une contrepartie espérée dans son existence et/ou son étendue » (M. LATINA, *Rép. civ.*, Dalloz, v° Contrat : généralités – classifications des contrats, 2021, n° 219 et s.).

<sup>1004</sup> On soulignera également que si l'assurance épargne est contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint, ce dernier ne doit ni rapport de la moitié du bénéfice du contrat d'assurance à la succession de son époux décédé, ni récompense à la communauté de toutes les primes payées par celle-ci, conformément à l'article L. 132-16 du Code des assurances.

<sup>1005</sup> V. *supra* n° 13.

affaires –, est riche d’enseignements<sup>1006</sup>. On peut y lire que : « [la requalification de l’assurance épargne en libéralité] 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. 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 et durable des épargnants vis-à-vis de l’ensemble du régime légal et fiscal mis en place par l’État autour des produits d’épargne et de prévoyance ».

Que faut-il comprendre concrètement par « porteur de risques systématiques pour la place de Paris » ? L’assurance épargne constitue une opération nécessaire pour le financement de l’économie publique<sup>1007</sup>. Et pour cause : la doctrine a maintes fois relevé que « les fonds investis dans les contrats d’assurance épargne [étaient] placés en obligations d’État »<sup>1008</sup> et permettaient, de la sorte, de collecter « des capitaux nécessaires à la souscription des obligations (O.A.T.) du Trésor public »<sup>1009</sup>. Au demeurant, la note susvisée précisait que les fonds investis dans l’assurance épargne « avaient permis, en 2003, la collecte de quelques 75 milliards d’euros et la constitution, au début de 2004, de 800 milliards de provisions mathématiques »<sup>1010</sup>. En outre, à l’époque de l’arrêt, « les assureurs vie représent[ai]ent le tiers de porteurs de titres d’État, posséd[ai]ent l’équivalent de 62 % du volume total des marchés obligataires français et 10 % de la capitalisation boursière de la place de Paris »<sup>1011</sup>. On perçoit ainsi « le caractère déterminant des considérations économiques lors du débat qui s’est tenu devant la Cour de cassation »<sup>1012</sup>.

Dans ces conditions, la disqualification de l’assurance épargne en assurance sur la vie peut être analysée comme une manifestation de la volonté des juges de préserver des fonds étatiques : en écartant le jeu de la qualification de donation indirecte, et donc le régime prohibitif des libéralités (spécialement la soumission de l’assurance épargne aux droits de

---

<sup>1006</sup> Avis R. DE GOUTTES, « Quelle est la nature des contrats d’assurance-vie dits “de placement” », *Bulletin des conclusions fiscales*, 2005, p. 47 et s.

<sup>1007</sup> G. DURRY, « Réflexion sur le rôle de la Cour de cassation à propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004 », *Risques* 2005, p. 118.

<sup>1008</sup> F. TERRÉ et Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grand arrêts de la jurisprudence civile, préc.*, n° 133, p. 693.

<sup>1009</sup> M. GIRAY, « La réaction de la pratique notariale à l’évolution des patrimoines familiaux », *LPA* 7 août 2003, p. 13.

<sup>1010</sup> G. DURRY, *préc.*, citant lui-même les notes.

<sup>1011</sup> L. MAYAUX, *RGDA* 2005, p. 122.

<sup>1012</sup> C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 775, n° 653.

mutation à titre gratuit<sup>1013</sup>), la Cour de cassation a tout à la fois dissuadé les souscripteurs de procéder au rachat de leur(s) contrat(s) et encouragé les particuliers à souscrire à de nouveaux contrats dont elle connaissait l'importance pour la bonne marche de la Bourse. Derrière cette instrumentalisation de la donation indirecte se décèlerait, en somme, le souci des juges de préserver les finances publiques<sup>1014</sup>. Plus anecdotiques peut-être, quoique tout aussi significatives, sont certaines décisions de la commission centrale d'aide sociale, instrumentalisant la qualification de donation indirecte afin de garantir à l'État la récupération d'aides sociales.

---

<sup>1013</sup> En effet, comme l'a fait observer Madame PÉGLION-ZIKA, « il est fort peu probable que ce soit le régime civil (à savoir l'exclusion du droit des successions et des libéralités) qui constitue pour les Français le facteur attractif à l'égard des assurances-vie épargne. À n'en pas douter, c'est bien plus leur régime fiscal avantageux en cas de décès de l'assuré qui justifie l'attraction. En effet, lorsque les primes ont été versées par le souscripteur avant ses 70 ans [C.G.I., art. 757 B], le capital ou la rente reçus par le(s) bénéficiaire(s) au décès de l'assuré sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit et soumis à un prélèvement spécifique, après abattement fixe de 152 500 euros, à un taux plus avantageux que celui des droits de mutation à titre gratuit [C.G.I., art. 9901 I, al. 1 *in fine*] » (C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *RDA* septembre 2020, p. 199., n° 6).

<sup>1014</sup> En ce sens, v. notamment : C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 159, relevant que « les considérations qui ont été véritablement décisives sont à rechercher en dehors même du droit, notamment dans une note que – chose tout à fait exceptionnelle – le ministère de l'économie et des finances avait cru devoir transmettre à la Cour et aux parties, et qui insistait sur les risques majeurs que représenteraient pour l'économie nationale une requalification des contrats d'assurance placement en libéralité indirecte, étant donné que les fonds investis dans ce genre de contrat sont massivement placés en obligations d'État, et que toute dissuasion à la souscription pourrait ainsi mettre en péril les finances publiques » ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grand arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2015, n° 133, p. 693 ; C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 775 et s., n° 653 et s. ; G. DURRY, « Réflexion sur le rôle de la Cour de cassation à propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004 », *Risques* 2005, p. 118 ; M. GRIMALDI, *RTD civ.* 2008, p. 137 ; S. GAUDEMET, *RDC* 2008, p. 880, note sous Cass. mixte, 22 février 2008, n° 06-11.934, Bull. n° 1 ; C. JAMIN, « La doctrine : explication de texte », *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges P. JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 225 et s. ; D. MAZEAUD, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS (dir.), *Économica*, 2010, p. 67, n° 15 ; Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique Française, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports Doing Business de la banque Mondiale*, 2006, p. 116 et s. ; D. MONTBRIAL, « La clarification judiciaire des règles de l'assurance-vie », *GP* 2006, p. 2 et s. ; *Rapport sur la réserve héréditaire*, C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, 2019, p. 101, n° 219 : « on a craint, à tort ou à raison, qu'une prise en compte de l'assurance-vie au titre de la réserve héréditaire ne soit interprétée par les Français comme une remise en cause des avantages fiscaux de ce placement et ne déstabilise ce secteur clé de l'économie française ».

## SECTION 2 – LA GARANTIE D’UNE RECUPERATION DES AVANCES SOCIALES

**285. Mécanisme de la récupération des aides sociales** – Quelques précisions s’imposent sur la récupération des aides sociales<sup>1015</sup>. En 1889, le Congrès international de l’assistance publique a établi un principe général d’assistance obligatoire pour les collectivités publiques. Cette reconnaissance d’un droit de l’individu à l’aide sociale n’a cependant pas eu vocation à remettre en cause le principe de la solidarité familiale. Aussi bien, l’assistance publique s’est accompagnée d’un principe de subsidiarité : les individus dans le besoin ne peuvent prétendre à l’obtention d’une aide sociale que si, par leurs propres moyens ou par la mise en jeu des obligations alimentaires familiales, ils ne parviennent pas à satisfaire le besoin au titre duquel l’aide est sollicitée. Ce principe de subsidiarité de l’aide publique se prolonge par l’obligation faite à l’allocataire, ou à ses ayants-cause, de restituer l’aide reçue, lorsque cela est possible. Ainsi, les dispositions du Code de l’action sociale et des familles, spécialement l’article L. 132-8, prévoient expressément la possibilité pour les conseils départementaux de récupérer l’aide sociale soit auprès de l’allocataire revenu à meilleure fortune, soit contre sa succession.

Mais ce n’est pas tout : les conseils départementaux peuvent aussi, dans l’hypothèse où l’allocataire a effectué des donations, choisir d’exercer un remboursement des avances sociales directement contre le *donataire* de l’allocataire. Cette dernière voie leur est d’ailleurs très favorable puisque l’action en récupération sur donation, qui peut être exercée du vivant de l’allocataire comme après son décès, concerne toutes les donations réalisées par ce dernier après la demande d’aide sociale mais aussi celles intervenues dans les dix ans qui l’ont précédée. L’idée, en somme, est qu’il n’est pas normal de consentir des donations tout en demandant de l’aide pour subvenir à ses besoins. On comprend alors combien la qualification d’un acte en donation peut être importante pour l’Administration sociale.

**286. Exposé des décisions de la commission centrale d’aide sociale** – L’analyse du contentieux de la récupération des aides sociales montre que les commissions départementales

---

<sup>1015</sup> Pour plus de détails sur ce sujet, v. : F. MAISONNASSE, *L’articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, thèse, LGDJ, 2016, p. 226 et s., n° 563 et s. ; J. HOUSSIER, *thèse préc.*, p. 444 et s., n° 456 et s. ; A. DEFER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le notaire et l’aide sociale*, Cridon Bordeaux-Toulouse, n° 111 et s. ; B. PLESSIX, « Le juge administratif, le contentieux de l’aide sociale et l’application du droit civil », note sous CE, 19 novembre 2004, *Roche, RFDA* 2005, p. 375 ; M. GREVY, « La solidarité familiale intergénérationnelle ascendante : quelle justice sociale ? », *RDSS* 2004, p. 929 ; P. POTENTIER, « Obligation alimentaire et aide sociale », *Dr. fam.* 2006, étude 22 ; P. BERTHET, « Solidarité *intra* familiale et action sociale », *AJ fam.* 2012, p. 186.

ou centrale d'aide sociale (anciennes juridictions spécialisées<sup>1016</sup>) ont parfois utilisé la qualification de donation indirecte pour forcer la récupération d'avances sociales, notamment lorsque la valeur de la succession de l'allocataire est insuffisante pour exercer un tel recours. Deux décisions rendues le 20 février 2014 ayant requalifié divers contrats d'assurance épargne en donation indirecte illustrent cette instrumentalisation<sup>1017</sup>.

Dans la première affaire, une femme avait bénéficié de 1999 à 2003 de la prise en charge de ses frais d'hébergement pour un montant total de 52 593 euros. Elle avait souscrit en 1994 et 1996 deux contrats d'assurance épargne au bénéfice de sa nièce. Considérant que ces contrats recelaient des donations indirectes, le département du Rhône exerça un recours contre la nièce de l'allocataire afin de récupérer la somme de 15 244 euros. La commission centrale d'aide sociale lui donna raison : constatant que le montant des primes perçues par la nièce de l'allocataire, à savoir 15 244 euros, était disproportionné par rapport à l'actif net successoral de la souscriptrice qui s'élevait à 25 334 euros, elle jugea que la souscription des contrats litigieux devait être regardée comme procédant d'une intention libérale.

Les faits étaient peu ou prou les mêmes dans la seconde affaire. En l'espèce, une femme avait bénéficié de prestations d'aides ménagères de 1999 à 2005 pour un montant de 18 602 euros. Elle avait également souscrit, en 1997 et en 2007, deux assurances épargne au profit de ses héritiers présomptifs. Requalifiant ces opérations en donation indirecte, le président du conseil général du Puy-de-Dôme prononça à l'encontre de ses bénéficiaires la

---

<sup>1016</sup> Depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2018 (applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019), le contentieux relatif à l'aide sociale est transféré aux pôles sociaux de tribunaux judiciaires (C.A.S.F., art. L. 134-3). D'où le fait que la Cour de cassation ait pu intervenir en la matière (v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2021, n° 19-21.420 ; *RDSS* 2021, p. 553, note A. NIÉMIEC. Cette décision témoigne d'ailleurs, elle aussi, d'une certaine mansuétude à l'égard de l'Administration sociale qui souhaitait, en l'espèce, requalifier un contrat d'assurance épargne en donation indirecte pour la récupération de 9000 euros). Par exception, certains litiges, comme les décisions d'allocation personnalisée d'autonomie, auparavant traitées par les commissions départementales ou centrales d'aides sociales (ci-après, CDAS ou CCAS), sont transférés au juge administratif. Sur le sujet, v. par exemple : M. VIALETES, « Les juridictions sociales : vers un grand *aggiornamento* ? », *RFDA* 2017, p. 25 ; J.-M. PASTOR, « Vers une réforme des juridictions de l'aide sociale », *D. actu*, 19 septembre 2014 ; C. HAUUY, « Les juridictions sociales, quelle(s) réforme(s) ? », *Civitas Europa*, 2014/2, n° 33, p. 81 et s.

<sup>1017</sup> CCAS, 20 février 2014, dossier n° 091739 ; CCAS, 20 février 2014, dossier n° 120821. La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 autorise désormais les conseils départementaux à exercer leur recours, sous certaines conditions, contre les contrats d'assurance vie souscrits par l'allocataire sans avoir besoin de les requalifier en donation indirecte (CASF, art. L. 132-18 4°). Cependant, ce recours s'applique aux successions ouvertes à compte du 30 décembre 2015 ; or en l'espèce, les allocataires étaient respectivement décédées en 2003 et 2005. Aussi bien, ni le département du Rhône, ni celui du Puy-de-Dôme ne pouvant obtenir le remboursement des prestations sociales versées aux souscriptrices sur ce fondement. Sur ce recours, v. notamment : N. LEVILLAIN, « Vieillesse de la population : le point sur la réforme – Contrats d'assurance-vie et récupération de l'aide sociale », *AJ fam.* 2016, p. 99.

récupération de l'ensemble des prestations sociales allouées. Validant ce recouvrement, la commission centrale d'aide sociale souligne, là encore, que le montant du capital et des primes versées par la souscriptrice, d'un montant de 152 049 euros, était disproportionné par rapport à la valeur de l'actif net de la succession de la souscriptrice, inférieur à 46 000 euros, de sorte que la souscription des deux contrats devait être regardée comme procédant d'une intention libérale.

On le voit, dans les deux décisions, la commission centrale d'aide sociale a admis que la preuve de la donation indirecte était rapportée dès lors qu'il existait une disproportion manifeste entre la valeur des primes *versées* par l'assureur au bénéficiaire et le patrimoine de la souscriptrice au jour de l'ouverture de sa succession.

**287. Appréciation des décisions** – La solution est-elle orthodoxe ? La réponse appelle plusieurs précisions. Premièrement, regarder le montant des fonds *versés par l'assureur* au bénéficiaire et non le montant des primes versées par le souscripteur paraît surprenant. En effet, s'il est possible que l'assurance épargne réintègre le giron des libéralités *via* l'article L. 132-13 du Code des assurances ou par la démonstration de l'absence d'aléa viager<sup>1018</sup> c'est, en principe, lorsque le montant des *primes versées par le souscripteur* est disproportionné par rapport à son patrimoine au moment du versement<sup>1019</sup>. Nous avons donc ici un premier motif d'être surpris, qu'il convient toutefois de nuancer : après tout, dans l'assurance épargne le montant versé par l'assureur est assez proche du montant des sommes payées par le souscripteur – ces dernières étant seulement augmentées des intérêts et diminuées des frais de gestion. Retenons simplement, donc, que le raisonnement, pour être économiquement assez

---

<sup>1018</sup> Sur ces deux fondements concurrents permettant la requalification de l'assurance épargne en donation indirecte, v. *supra* n° 74 et s.

<sup>1019</sup> L'article L. 132-13 du Code des assurances prévoit ainsi que les règles du rapport à succession et de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du souscripteur s'appliquent à l'assurance-vie si « les sommes versées par le contractant à titre de primes [sont] manifestement exagérées eu égard à ses facultés ». En outre, on l'a vu, dans son arrêt Roche du 19 novembre 2004, confirmé depuis, le Conseil d'État avait jugé que les départements pouvaient, dans le cadre de l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles, requalifier un contrat d'assurance épargne en donation indirecte s'il existait une disproportion manifeste entre la valeur des primes *payées* par le souscripteur et le patrimoine de celui-ci au jour desdits paiements : « considérant [...], 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 [...] ».

neutre (peu importerait en somme que l'on prenne le montant à l'entrée ou à la sortie des contrats) est juridiquement contestable en ce qu'il s'écarte des règles jusque-là posées par la Cour de cassation.

Deuxièmement, eu égard à ce qui vient d'être dit à propos de l'assurance épargne et de la solution rendue le 23 novembre 2004<sup>1020</sup>, on devrait se réjouir que l'Administration donne son exacte qualification à une opération qui a tout de la donation indirecte. Mais, précisément, parce que cette qualification intervient dans un contexte qui lui est hostile, la solution interroge. Retenir, dans ces conditions, la qualification de donation indirecte, tout en fondant cette requalification sur la disproportion entre les sommes versées par l'assureur au bénéficiaire et le patrimoine du souscripteur au moment de son décès, suscite la perplexité.

Pourquoi tant de dérogations aux règles pourtant acquises en droit positif ? L'explication paraît s'imposer d'elle-même : pour imposer aux bénéficiaires des contrats d'assurance la récupération des aides sociales qui ne pouvaient être récupérées auprès de la succession de l'allocataire. Afin de le comprendre, il importe de préciser le régime de la récupération sur succession, lequel est limité tant par les règles de l'action paulienne dont il emprunte les conditions, que par certaines règles particulières visant à protéger les héritiers du souscripteur.

**288. L'obstacle de l'action paulienne** – Face à un contrat d'assurance-vie, le département peut opérer une récupération sur succession en sollicitant le rapport des primes excessives à la succession. L'article L. 132-14 du Code des assurances prévoit ainsi que les créanciers du souscripteur peuvent solliciter « le remboursement des primes, dans le cas indiqué par l'article L. 132-13, deuxième alinéa, en vertu soit de l'article L. 1341-2 du Code civil, soit des articles L. 621-107 et L. 621-108 du Code de commerce ». Les créanciers du souscripteur, et donc le département dispensateur de l'aide sociale, peuvent ainsi solliciter, via l'action paulienne, le remboursement des primes excessives conformément à l'article L. 132-13 du Code des assurances. Encore faut-il que les conditions de l'article 1341-2 du Code civil, c'est-à-dire de l'action paulienne, soient respectées. Ainsi, outre le caractère excessif des primes versées à l'assureur, le créancier du souscripteur doit démontrer que les souscripteurs ont voulu créer ou aggraver leur insolvabilité au préjudice de la collectivité. De plus, la réintégration des primes n'est admise que si le créancier détient un principe certain de créance au jour du contrat d'assurance<sup>1021</sup>. C'est une condition de l'action paulienne : il faut être créancier au moins dans

---

<sup>1020</sup> V. *supra* n° 283 et s.

<sup>1021</sup> Sur cette condition, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 avril 2013, n° 11-28.986, *RJPF* sept. 2013, p. 38, obs. L. MARIGNOL ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janvier 1993, Bull. n° 5, *JCP G*, 1993, II, 22027, note

le principe au jour de l'acte frauduleux<sup>1022</sup>. Concrètement, pour qu'un département dispensateur d'aides sociales puisse obtenir le rapport des primes d'un contrat d'assurance-vie à la succession de l'allocataire, il faut que l'aide sociale ait été versée à l'allocataire avant qu'il ne souscrive l'assurance-vie<sup>1023</sup>. Qu'en était-il dans nos affaires ? Dans la première, les contrats d'assurance-vie avaient été souscrits en 1994 et 1996, soit antérieurement aux prestations allouées de 1999 à 2003. Faute de détenir un principe certain de créance, le département n'aurait donc, semble-t-il, pas pu obtenir restitution des aides sociales. Il apparaît donc clairement que les conditions de l'action paulienne bloquaient ici les vellétés de l'Administration d'obtenir le remboursement des aides sociales. Et c'est pourquoi, semble-t-il, elle a forcé la qualification de donation indirecte.

**289. Le traitement successoral de la créance de l'Administration** – Une conclusion différente semble s'imposer dans la seconde affaire, puisqu'en l'espèce l'un des deux contrats d'assurance-vie avait été souscrit après l'attribution de l'aide sociale. Le département détenait donc un principe certain de créance à faire valoir contre la succession de l'allocataire. Dès lors, qu'est-ce qui faisait échec à l'application de la récupération sur succession ? Un rapide examen du régime de ce recours permet de le comprendre.

Le recours contre succession a l'avantage pour le Département de s'imposer aux héritiers de l'allocataire, qui ne peuvent rentrer dans leurs droits avant de l'avoir désintéressé<sup>1024</sup>. Mais, hormis cet avantage, la récupération sur succession souffre d'importantes restrictions. D'une part, en effet, la récupération ne peut s'exercer que sur l'actif net successoral de l'allocataire, et non le patrimoine personnel des héritiers<sup>1025</sup>. Aussi bien, ces derniers sont tenus *intra vires successionis*, autrement dit dans la limite des forces de la succession. Pour le dire autrement, si la succession de l'allocataire est inférieure au montant de l'aide attribuée, le département ne peut obtenir le remboursement de celle-ci sur les biens personnels de l'héritier de l'allocataire. D'autre part, le législateur a établi des seuils de récupération pour de nombreuses aides

---

J. GHESTIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1983, Bull. n° 254, *RTD civ.* 1984, p. 719, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1981, Bull. n° 69, *Deffrénois* 1981, p. 1573, obs. J.-L. AUBERT.

<sup>1022</sup> C. BRENNER, « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement », *Les poursuites contre les tiers non débiteurs*, Colloque organisé par l'Association des avocats praticiens des procédures et de l'exécution, 16 septembre 2011, p. 69.

<sup>1023</sup> F. SAUVAGE, « L'aide sociale est-elle récupérable sur l'assurance-vie ? », *Deffrénois*, 2006, p. 43.

<sup>1024</sup> P. BERTHET, « Solidarité *intra* familiale et action sociale », *AJ fam.* 2012, p. 186.

<sup>1025</sup> CCAS, 19 décembre 1984. L'actif net successoral s'entend de la valeur des biens transmis par le défunt, déduction faite des dettes à sa charge au jour de l'ouverture de la succession, des legs particuliers, des frais funéraires et des droits de mutation.

sociales : ainsi la récupération sur succession de l'aide sociale de services ménagers ou de l'allocation représentative des services ménagers s'exerce sur un actif net supérieur à 46 000 euros<sup>1026</sup>. Pareilles restrictions n'existent pas en matière de recours sur donation. En effet, la récupération sur donation n'est soumise à aucun seuil ; elle s'exerce contre le donataire dès le premier euro, peu importe la prestation en cause et le montant de l'actif net de la succession<sup>1027</sup>. Qu'en était-il dans notre affaire ? La souscriptrice avait bénéficié d'une prestation de services ménagers. Celle-ci n'était donc récupérable qu'à supposer que l'actif net de la succession de l'allocataire fût supérieur à 46 000 euros. Or on peut lire dans la décision que : « les montants [du capital et des primes des assurances-vie] doivent être mis en relation avec l'actif net successoral de [la souscriptrice], *inférieur à 46 000 euros* ». Ce faisant, la décision met en évidence l'inapplication au cas d'espèce de la récupération sur succession. On mesure dès lors combien la requalification des contrats d'assurance-vie en donation indirecte était, là encore, utile à l'Administration.

Ces deux décisions montrent ainsi combien la qualification de donation indirecte a pu être utilisée par la commission centrale d'aide sociale pour garantir à l'État la récupération d'aides sociales dont, rappelons-le, le financement se réalise par prélèvement sur les deniers publics. Une telle instrumentalisation de la donation indirecte trouve de la sorte son fondement dans le souci de préserver les intérêts financiers de l'État. Et c'est encore cette même logique qui, quoique de façon moins directe, guide parfois les juges lorsqu'ils augmentent l'assiette des droits de mutation.

### SECTION 3 – L'AUGMENTATION DE L'ASSIETTE DES DROITS DE MUTATION

**290. Incidence de la qualification sur la date d'évaluation des biens donnés en matière fiscale** – Il est acquis que, sauf texte contraire, la valeur imposable des biens donnés à prendre en compte pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit est celle des biens à la date du fait générateur de l'impôt. Ainsi, c'est la date du fait générateur de l'impôt qui dicte la date d'estimation de la valeur des biens donnés. À cet égard, on l'a dit, la date du fait générateur de la taxation de la donation indirecte est celle de sa réalisation quand celle du don manuel est la

---

<sup>1026</sup> CASF, art. R. 132-12. De même, la récupération de l'allocation solidarité aux personnes âgées (CSS, art. D. 815-4) ou de l'ancienne allocation supplémentaire du fonds de solidarité vieillesse (CSS, anc. art. L. 815-12) s'effectue au-delà d'un actif net de 39 000 euros.

<sup>1027</sup> *Rép. min.* n° 7229, JOAN, 23 février 1998, p. 1059. En réalité, la seule restriction à cette récupération tiendrait à ce que le remboursement des prestations allouées s'exerce à concurrence de la valeur des biens donnés (art. 4 du décret n° 61-495 du 15 mai 1961).

date de la révélation du don à l'Administration, laquelle intervient le plus souvent postérieurement à la réalisation de la donation. On pressent dès lors combien la qualification des donations, indirectes ou manuelles, dont l'objet est sujet à valorisation, peut constituer un moyen discret pour les juges d'augmenter l'assiette des droits de mutation. C'est du moins ce qui semble ressortir du contentieux de la qualification de la donation de titres financiers par virement.

**291. Jurisprudence en matière de donation de titres financiers : un don manuel** – Par arrêt du 19 mai 1998, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé en termes généraux que la donation par virement de titres financiers constitue, non une donation indirecte, mais un don manuel<sup>1028</sup>.

Comme les annotateurs de l'arrêt n'ont pas manqué de le rappeler, cette solution de principe s'inspire d'une instruction fiscale du 13 avril 1992 publiée à l'occasion de la réforme du 30 décembre 1991, aménageant notamment le régime fiscal des dons manuels<sup>1029</sup>. Cette instruction souligne que « la notion de don manuel peut porter sur des biens corporels et incorporels et même se réaliser par un simple jeu d'écritures ». Puis, précise-t-elle : « il importe peu que matériellement le transfert de fonds se soit opéré par virement de compte dès lors que cette opération a entraîné dessaisissement réel et immédiat au profit du donataire »<sup>1030</sup>. Il en résulte clairement que, pour l'Administration fiscale, les titres financiers – biens incorporels – peuvent faire l'objet d'un don manuel au moyen d'un virement bancaire. La décision commentée, qui reprend exactement cette solution, pourrait donc bien s'analyser comme la consécration de la doctrine fiscale. Techniquement, pourtant, la qualification de donation indirecte semble devoir être préférée à celle de don manuel dans la mesure où la donation de titres financiers par virement procède d'un acte juridique neutre (l'acte de virement), non d'une

---

<sup>1028</sup> Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161 ; *D.* 1998. 551, note D. R. MARTIN ; *D.* 1999, p. 308, obs. M. NICOD ; *RTD. com.* 1999. 170, obs. R. CABRILLAC ; *RTD. civ.* 1999, p. 677, obs. J. PATARIN ; *Deffrénois* 1999, p. 26, obs. A. CHAPPERT ; Bull. *Joly Soc.* 1998, p. 1093, note D. R. MARTIN ; *JCP N.* 1998, p. 1664, obs. H. HOVASSE., *RTD. com.* 1989, p. 504, obs. R. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; CA Paris, 19 mars 1991, *JCP N.* 1992. II, p. 119. Déjà implicitement en ce sens : CA Versailles, 27 juin 1988, *JCP N.* 1991. II, p. 12, note E. S. DE LA MARNIERRE ; CA Paris, 22 mars 1989, *D.* 1989. IR, p. 131 ; *RTD. com.* 1989, p. 504, obs. R. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; CA Paris, 19 mars 1991, *JCP N.* 1992. II, p. 119.

<sup>1029</sup> En ce sens, v. notamment : M. NICOD, note sous Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161, *D.* 1999, p. 308.

<sup>1030</sup> Instr. 13 avril 1992, BOI 7-G-3-92, *Deffrénois* 1992, p. 759, art. 35297.

tradition matérielle<sup>1031</sup>. Comment expliquer alors que les juges aient convoqué de force la qualification de don manuel et écarté celle de donation indirecte ?

**292. Analyse doctrinale : faveur pour le contribuable** – On a pu justifier la qualification de don manuel par l'idée de faveur fiscale à l'égard du contribuable<sup>1032</sup>. Ainsi, pour certains auteurs, il faudrait voir « dans la jurisprudence contemporaine de la Cour de cassation, forçant la qualification de don manuel – en particulier le concept de tradition – au détriment de celle de donation indirecte, la volonté de soumettre [la donation de titres financiers] au régime souple de l'article 757 du Code général des impôts »<sup>1033</sup>. Concrètement, la qualification de don manuel, contrairement à celle de donation indirecte, aurait pour avantage de ne pas soumettre la donation de titres financiers à une taxation automatique. De fait, outre le jeu du rappel fiscal, le don manuel ne donne lieu à taxation que dans trois cas énumérés par l'article 757 du Code général des impôts<sup>1034</sup> : la déclaration par le donataire du don manuel dans un acte soumis à enregistrement, la constatation du don manuel dans une décision judiciaire et, enfin, depuis la loi du 30 décembre 1991<sup>1035</sup>, la révélation fiscale du don manuel par le donataire. Échappent

---

<sup>1031</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 140 et s.

<sup>1032</sup> En ce sens, v. par exemple : N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 262 et s., n° 322 ; F. DEBOISSY, note sous Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161, *RTD com.* 1998, p. 967, *in fine* ; H. HOVASSE, « Actualités des valeurs mobilières et des marchés financiers », *JCP N.* 1999, p. 1128, *in fine*.

<sup>1033</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 262 et s., n° 322.

<sup>1034</sup> Auxquels il faut ajouter celui de l'article 784 du Code général des impôts, qui impose aux héritiers de rappeler les donations antérieures consenties par le défunt. D'autres auteurs ont justifié cette qualification par la volonté des juges d'unifier le régime de la monnaie, la Cour de cassation ayant déjà admis la validité du don manuel de sommer d'argent par virement (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1966, *D.* 1966, p. 614 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, *RTD civ.* 1982, p. 328, obs. J. PATARIN). En ce sens, v. par exemple : D. R. MARTIN, note sous Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161, *D.* 1998, p. 551 ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, t. 3, 19<sup>ème</sup> éd., PUF, 2000, § 239 : « L'explication ultime [de l'admission du don manuel par chèque ou virement] devrait, sans doute, être cherchée du côté de la monnaie scripturale, plutôt que du don manuel. Le droit commercial, spécialement le droit bancaire, tend plus volontiers qu'autrefois à rapprocher de la monnaie d'État la monnaie bancaire, pourtant monnaie privée (peut-être parce qu'elle est monnaie privée), et dans le virement comme dans le chèque, il croit apercevoir en contradiction le mouvement d'implicites billets de banque » ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités, Partages d'ascendants, manuel préc.*, p. 220, n° 1290 : « au fond, en retenant une qualification unique pour toutes les donations simplifiées de somme d'argent, de monnaie fiduciaire comme de monnaie scripturale, on a sacrifié l'unité du don manuel à l'unité présumée de la monnaie ».

<sup>1035</sup> Avant cette loi, le contribuable n'était pas tenu de soumettre à l'enregistrement dans un délai déterminé le don manuel qu'il invoquait en réponse à des demandes de renseignements, de justifications ou d'éclaircissements de l'Administration. Ainsi, les dons manuels étaient assujettis aux droits de donation seulement lorsqu'ils faisaient l'objet soit d'un acte renfermant leur déclaration par le donataire ou ses représentants (C.G.I., art. 757), soit d'une reconnaissance judiciaire (C. G. I., art. 757), soit d'un rappel au titre d'une nouvelle donation intervenant entre les mêmes parties ou d'une succession dans le cadre de laquelle le donataire devient héritier du donateur (C.G.I., art. 784). L'article 15 de la loi de finances pour 1992 a modifié ce dispositif puisque, désormais, les dons manuels révélés à l'Administration fiscale par le

dès lors à toute imposition les dons manuels que l'Administration fiscale découvre elle-même<sup>1036</sup>. Au contraire, la découverte par les services fiscaux d'une donation indirecte suffit à rendre l'impôt exigible. C'est pourquoi on a pu dire que la requalification de la donation de titres financiers en don manuel aurait pour avantage de ne pas soumettre le donataire à une imposition automatique et procéderait d'un esprit de faveur envers le contribuable.

À l'appui d'une telle analyse, il a été ajouté que la requalification des donations de titres financiers en don manuel dispensait le donataire du paiement des pénalités de retard<sup>1037</sup>. En effet, dans la mesure où le fait générateur de la taxation du don manuel se situe au jour où il a été « révélé » à l'Administration – dans les cas visés par l'article 757 précité –, non au jour de sa réalisation, il ne donne lieu à aucune pénalité ou intérêt de retard<sup>1038</sup>. Au contraire, en matière de donation indirecte, l'Administration peut semble-t-il, en plus de l'intérêt de retard, majorer les droits de mutation de 10 % en application des articles 1727, I et 1728, 1, a du Code général des impôts<sup>1039</sup>. De ce point de vue, le choix de la qualification « don manuel » en lieu et place de celle de donation indirecte serait encore favorable au contribuable.

En somme, l'instrumentalisation (ici négative) de la donation indirecte à l'œuvre en matière de donation de titres financiers serait guidée par une politique de faveur à l'égard du contribuable puisque, en tant que don manuel, l'opération ne serait pas inéluctablement taxée et, à supposer qu'elle le fût, le donataire échapperait au paiement de toute pénalité de retard.

**293. Analyse alternative : faveur pour l'Administration ?** – À bien y regarder, en matière de donation de titres financiers, la qualification de don manuel paraît pourtant ne pas toujours être avantageuse pour le contribuable. Pour s'en convaincre, procédons au calcul de l'impôt sur une donation d'actions à partir d'un exemple chiffré soumis à la loi applicable en vigueur à l'époque de la solution de la chambre commerciale (1998) : le 25 mai 1989, un père procède au virement de 100 actions sur le compte de sa fille, qui valent chacune 1 000 euros. Le 8 avril 1994, lors d'une vérification comptable de la société émettrice, la donataire déclare la donation à l'Administration fiscale. À cette date, chacune des actions vaut 2 500 euros.

Quelle valeur, donc, l'Administration aurait-elle retenu pour le calcul des droits de donation ? Comme on vient de le dire, sauf texte contraire, la valeur imposable des biens donnés

---

donataire doivent être déclarés ou enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur révélation, et assujettis aux droits de donation.

<sup>1036</sup> F. DEBOISSY, note sous Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161, *RTD com.* 1998, p. 967.

<sup>1037</sup> N. PETERKA, *thèse préc.*, p. 262 et s., n° 322.

<sup>1038</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 131.

<sup>1039</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 133.

à prendre en compte pour le calcul de l'impôt sur les donations est celle des biens à la date du fait générateur de l'impôt, c'est-à-dire, pour un don manuel, au jour de l'acte qui le révèle à l'Administration. Dans notre exemple, faute de texte spécial, il aurait donc fallu tenir compte de la valeur du don manuel au jour de sa révélation par la donataire, soit le 8 avril 1994. Concrètement, la donation aurait donc été assujettie aux droits de mutation sur une valeur de 250 000 euros. *Quid* si cette même donation d'actions avait reçu la qualification de donation indirecte ? Il aurait alors fallu se situer au jour de la réalisation de la donation, c'est-à-dire à la date où le bien a été définitivement transmis au donataire. Dans notre exemple, il aurait donc fallu tenir compte de la valeur de la donation au jour de l'inscription des actions sur le compte de la donataire (le 25 mai 1989), soit 100 000 euros. En outre, le contribuable aurait été condamné à payer des pénalités et intérêts de retard, l'Administration fiscale, complice d'une jurisprudence soucieuse de ne pas la contrarier, appliquant à la donation indirecte les articles 1727, I et 1728, 1, a, du Code général des impôts<sup>1040</sup>. C'est dire qu'en cas de valorisation des actions entre le jour de la réalisation de la donation et sa « révélation » à l'Administration, la qualification de don manuel a pour effet d'augmenter l'assiette de taxation.

On pourra répondre que cet argument n'efface pas les précédents en sens contraire, à savoir qu'il n'y a pas de pénalités de retard et que certains dons manuels échapperont à tout droit de mutation. Pourtant, il importe de rappeler que la qualification de don manuel a été promue par l'Administration fiscale elle-même<sup>1041</sup>. Et, pour bien se faire comprendre, l'Administration fiscale, à travers son instruction, prend précisément un exemple similaire au nôtre avec une variation de valeur à la hausse, donc une variation jouant au profit de l'Administration fiscale<sup>1042</sup>. Ce faisant, l'instruction met en évidence l'avantage qui peut résulter pour l'Administration de la requalification de la donation de titres financiers en don manuel plutôt

---

<sup>1040</sup> V. *supra* n° 133.

<sup>1041</sup> *Rapp.* : C. DE LA MARDIÈRE, « Le pouvoir créateur du juge de l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 234 : « l'administration oppose au juge ses propres règles, lesquelles forment un ensemble appelé doctrine administrative. Cette doctrine découle essentiellement des instructions que le ministre des finances adresse à ses agents, *pour leur dicter leur conduite, notamment dire comment interpréter la loi* ».

<sup>1042</sup> En effet, juste après avoir souligné que, selon elle, la notion de don manuel devait s'entendre largement, comme comprenant également les dons manuels de biens incorporels, l'instruction fiscale rappelle que « la valeur imposable des biens donnés à prendre en compte pour le calcul des droits de donation est désormais, dans tous les cas, celle des biens à la date du fait générateur de l'impôt, c'est-à-dire la révélation du don manuel par le donataire à l'Administration ». Puis, l'instruction donne une application concrète de la règle en matière de donation de titres financiers : « exemple : une mère a donné l'ordre en 1990 à sa banque de virer sur le compte de son fils 100 titres de la société Z dont la valeur unitaire est de 10 000 F. Ce don manuel est révélé à l'Administration le 15 septembre 1993. À cette date, la valeur unitaire des titres est de 14 500 F. L'assiette des droits sera établie sur une base de 1 450 000 F et non de 1 000 000 F ».

qu'en donation indirecte. Aussi bien, il n'est pas incongru de penser que cet élément ait constitué l'un des ressorts de l'argumentation des juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation. En d'autres termes, l'instrumentalisation de la donation indirecte à propos des libéralités de titres financiers paraît devoir s'analyser en une mesure pensée à l'origine comme favorable à l'Administration et non au contribuable (quand bien même la qualification de don manuel emporterait, à l'occasion, des avantages pour ce dernier). Ce qui suggère que l'Administration fiscale ait préféré compter sur la valorisation des dons manuels plutôt que sur une taxation automatique avec d'éventuelles pénalités de retard.

Les dispositions actuelles de l'article 757 du Code général des impôts montrent du reste que l'Administration fiscale n'entend nullement faire de « cadeau » au bénéficiaire d'un don manuel et qu'elle entend, au contraire, rechercher la meilleure valeur au moment de fixer l'assiette de sa taxe. En effet, depuis la loi de finances rectificatives pour 2011, cet article prévoit que les droits de mutation à titre gratuit sont calculés *soit* sur la valeur du don manuel au jour de sa « révélation », *soit* sur sa valeur au jour de la donation si celle-ci est supérieure. En matière de donation de titres financiers, « l'assiette de taxation est [donc] dorénavant fixée au cours le plus haut entre le cours constaté au jour de l'inscription en compte et le cours au moment de la révélation »<sup>1043</sup>. On voit ainsi clairement tout l'intérêt pour l'Administration de retenir la qualification de don manuel plutôt que celle de donation indirecte, puisque, redisons-le, la date d'évaluation de la donation indirecte se situe invariablement au jour de sa réalisation. C'est pourquoi il nous paraît que la solution admise par la chambre commerciale en 1998, jamais démentie depuis, s'explique par la volonté des juges d'augmenter l'assiette des droits de mutation et donc, dans une certaine manière, de préserver les intérêts financiers de l'État.

**294. Conclusion du second chapitre** – Au terme de ces développements, il apparaît que l'instrumentalisation de la donation indirecte ne répond pas exclusivement à des considérations de justice, corrective ou punitive. Certaines de ces manifestations visent, semble-t-il, un objectif d'utilité publique : la qualification de donation indirecte est parfois un outil malléable entre les mains des juges ou de l'Administration en vue de préserver – à plus ou moins grande

---

<sup>1043</sup> C. FARGE et P. PORTIER, « La donation de titres cotés », *Deffrénois* 30 mars 2015, n° 119f0, p. 316, précisant toutefois « qu'en cas de taxation du don manuel dans le cadre d'un rappel fiscal, à l'occasion d'une nouvelle donation intervenue entre les mêmes personnes ou du règlement de la succession du donateur, ce serait la valeur des titres au jour de la nouvelle donation ou du décès du donateur qui servirait invariablement d'assiette ».

échelle – les intérêts financiers de l'État. Et contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette utilisation opportuniste de la donation indirecte rayonne au-delà des stricts litiges fiscaux : elle touche également la matière assurantielle et le contentieux de l'action sociale.

## CONCLUSION DU PREMIER TITRE

**295.** Parce que les décalages existants entre les enseignements théoriques et la réalité contentieuse de la donation indirecte ont souvent donné l'impression d'une instrumentalisation de sa qualification, il fallait, pour confirmer cette intuition, en saisir précisément les finalités. Certes, il n'y a dans cette analyse téléologique qu'une clé d'explication possible des décisions, d'autant que les « motifs des motifs » des solutions étudiées sont très rarement explicites. Dans ces conditions, l'objectif poursuivi était moins de proposer une conception figée des finalités de l'instrumentalisation que d'inviter à repenser dans son ensemble le contentieux de sa qualification.

Il n'en reste pas moins que les développements qui précèdent ont permis de découvrir que les finalités de l'instrumentalisation de la donation indirecte, quoique délicates à systématiser, paraissent pouvoir être ordonnées autour de deux grands axes : *la quête de justice* corrective ou punitive d'une part et, *la recherche d'utilité*, spécialement publique, d'autre part. Ainsi, la qualification de donation indirecte est accueillie ou refoulée selon qu'elle permet de rétablir une inégalité rompue entre les droits de certains cohéritiers, époux ou concubins. De même, au-delà des circonstances particulières d'un litige, l'instrumentalisation de la donation indirecte a pu parfois permettre d'assurer la promotion de la solidarité conjugale ou un équilibre tenu pour juste entre l'égalité des cohéritiers et la liberté de disposer d'un défunt usant d'opérations étrangères à notre système juridique. C'est ici l'idée de justice corrective qui s'exprime derrière ces instrumentalisation de la donation indirecte, justice corrective tantôt particulière, tantôt générale, selon la portée de la décision qui la conduit. À côté de cela, d'autres solutions peuvent au contraire être lues comme la manifestation de la volonté des juges de punir un comportement prétendument frauduleux : une tendance assez nette de cette utilisation répressive de la donation indirecte se fait notamment jour en droit fiscal. Enfin, il est des hypothèses, certes moins nombreuses mais non moins essentielles, qui invitent à penser que la qualification de donation indirecte constitue un outil malléable pour atteindre un résultat jugé économiquement satisfaisant pour l'État : il en va ainsi dans le cadre du contentieux de la récupération des aides sociales.

Avec le plus d'objectivité possible, on s'est ainsi essayé à cerner les objectifs ou les valeurs poursuivi(e)s par les diverses manifestations d'instrumentalisation de la donation indirecte, que cette instrumentalisation soit positive ou négative ; qu'elle soit l'œuvre de la loi, du juge ou de l'Administration. Ce faisant, nous espérons avoir convaincu que la plupart des décisions analysées en première partie ne sont ni le résultat d'une impossible conceptualisation de la

notion, ni d'erreurs manifestes des acteurs de la qualification, mais le fruit d'une volonté consciente d'utiliser la donation indirecte en marge de l'épuration au service d'une fin jugée louable.

Vient désormais le temps de prendre parti : faut-il condamner cette instrumentalisation sous prétexte qu'elle déforme, ici et là, les contours du concept de donation indirecte ? Comme on va le voir, une telle solution, pour le moins radicale, ne peut être raisonnablement envisagée. L'instrumentalisation doit-elle alors être maintenue sans bornes ? Là encore, une réponse négative semble s'imposer : des limites à l'instrumentalisation doivent être posées. Pourquoi ? Lesquelles ? Et comment les mettre en œuvre ? C'est ce qu'il nous faut maintenant préciser.

## TITRE 2 – LES LIMITES DE L’INSTRUMENTALISATION

**296. Annonce** – Il n’est pas question pour nous de militer en faveur d’une suppression totale de l’instrumentalisation de la donation indirecte, ni, à l’inverse, de souhaiter un maintien absolu du droit positif. La voie choisie est, somme toute, médiane : à notre avis, l’instrumentalisation de la donation indirecte est acceptable mais que pour autant qu’elle demeure légitime. Dès lors, une réflexion sur la légitimité de l’instrumentalisation des qualifications, spécialement celle de la donation indirecte, doit être menée. Celle-ci conduira, exceptionnellement, à d’importants développements liminaires dont on ne saurait faire grâce au lecteur compte tenu de l’opprobre ordinairement jeté sur l’instrumentalisation où « les mânes de Magnaud » semblent encore hanter les prétoires<sup>1044</sup>.

### PROLEGOMENES

**297. Position du problème** – Lorsqu’on aborde la question de la légitimité de l’instrumentalisation d’une qualification, le débat porte sur *la légitimité des acteurs* – juge et législateur – de cette instrumentalisation et sur *la légitimité des valeurs* poursuivies par cette instrumentalisation. L’instrumentalisation, comme la fiction juridique, est une forme d’anomalie du droit<sup>1045</sup>. Deux questions se posent alors : le législateur est-il libre de générer des fictions ou de procéder à des instrumentalisations de qualification ? Le législateur doit-il avoir le monopole de l’instrumentalisation ?

S’agissant de la première question, à notre sens, toute démocratie moderne s’interrogeant sur le droit de son législateur à instrumentaliser les qualifications doit être amenée à constater la libre souveraineté de celui-ci. Bien sûr, cette souveraineté ne dispense pas le législateur de tout effort de cohérence, sur le fond comme sur la forme<sup>1046</sup>. Cependant, d’un point de vue démocratique, il demeure maître, à notre avis, d’instrumentaliser les qualifications juridiques dans la mesure où il est libre de les repenser<sup>1047</sup>.

<sup>1044</sup> P. JESTAZ, *Rep. civ.*, Dalloz v° Équité, 1972, n° 3. *Rapp.* : P. STOFFEL-MUNCK, *L’abus dans le contrat, essai d’une théorie*, LGDJ, 2000, p. 5, n° 3.

<sup>1045</sup> Sur le rapprochement entre fiction et instrumentalisation, v. *supra* n° 7.

<sup>1046</sup> En ce sens, v. : S. ASECIO, *thèse préc.*, p. 27. *Rapp.* : B. OPPETIT, « L’expérience française de codification en matière commerciale », *D.* 1990, p. 3.

<sup>1047</sup> *Rapp.* : F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 306 : « Dans un système qui ne fait aucunement de la jurisprudence l’égale de la loi dans le cadre d’une philosophie du *judge made law*, le primat de la loi expression de la volonté générale implique naturellement, ne fût-ce qu’à l’occasion

Qu'en est-il, seconde question, du monopole du législateur et de la légitimité des juges à participer à cette instrumentalisation ? Nous avons vu qu'ils étaient les acteurs principaux de l'instrumentalisation de la donation indirecte : est-ce acceptable ? Les juges peuvent-ils manipuler les qualifications juridiques ? L'instrumentalisation judiciaire des qualifications juridiques est-elle, en soi, une technique légitime de création du droit ? La réponse nous paraît devoir être positive : selon nous, en effet, l'instrumentalisation judiciaire des qualifications est, en tant que telle, une opération légitime en ce qu'elle peut utilement servir à combler les lacunes de la loi.

**298. Résolution d'une lacune pratique** – Tâchons de le justifier et pour cela cherchons à cibler précisément la difficulté. Il est acquis que la loi est « un ensemble par essence imparfait qui pêche par incomplétude »<sup>1048</sup>. La raison de cette imperfection est simple et toujours soulignée par la doctrine : « la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout »<sup>1049</sup>. Du reste, comme on l'a fait remarquer, « MONTESQUIEU voyait dans les législations qui succombent à la tentation du détail la marque d'un génie étroit qui ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale »<sup>1050</sup>. Aussi bien, est-il *nécessaire et bon* que la loi comporte des lacunes auxquelles les juges peuvent remédier<sup>1051</sup>.

Encore faut-il préciser que deux types de lacune ont pu être distingués au regard de leur objet<sup>1052</sup>. Ainsi, il y aurait lacune de la loi lorsque cette dernière ne contient pas de règle pour

---

d'un bris de jurisprudence par le législateur, l'existence d'une certaine primauté démocratique ». *Rapp.* : A.-M. LEROYER, *thèse préc.*, p. 112 et s., n° 96 et s., sur la légitimité du recours aux fictions par le législateur du fait de sa souveraineté pour disposer.

<sup>1048</sup> En ce sens, v. : F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., t. 2, p. 405.

<sup>1049</sup> J.-E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. I, 1832, p. 257.

<sup>1050</sup> C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 367, n° 287, citant elle-même : C. DE MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, éd. Lefèvre, chez A. Lemerre éditeur, 1873, Lettre LXXIX.

<sup>1051</sup> *Rapp.* : J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Toulouse I, 2003, p. 43, n° 26 : « c'est la thèse des légalistes que de dire que le droit est tout entier dans la loi, comme si l'œuvre du législateur était dotée d'une parfaite complétude comme si les lois formaient ainsi une harmonie, dont la virtuosité des instrumentistes exclut toute fausse note ».

<sup>1052</sup> Pour plus de détails sur le sujet, v. notamment : C. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968 ; O. DUPEROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges J. MAURY*, Dalloz, 1960, p. 349 ; P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources de droit », *Mélanges G. RIPERT*, t. I, LGDJ, 1950, p. 9 ; P. LESCOT, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP* 1966, p. 2007.

résoudre un cas déterminé<sup>1053</sup> ; on parle alors de « lacunes techniques »<sup>1054</sup>. Ici, la loi serait donc incomplète en ce qu'il *manque purement et simplement une disposition* permettant de régler un litige. Mais il y aurait également lacune légale en présence d'une « contradiction entre deux lois ou principes dans leur application pratique à un cas particulier »<sup>1055</sup>. La doctrine les désigne sous le nom « d'antinomies »<sup>1056</sup>, plus souvent de « lacunes pratiques »<sup>1057</sup>. Ici, la loi serait donc imparfaite, non en raison de ce que le législateur a omis de promulguer une disposition, mais en raison de *l'application contradictoire de deux dispositions* à un litige<sup>1058</sup>. Au sein de ces lacunes pratiques, il faudrait à nouveau distinguer les lacunes résultant de la contradiction entre deux normes juridiques (ainsi, par exemple, au sein du Code civil, entre une règle de droit commun des contrats et une règle régissant un contrat spécial) de celles résultant de la contradiction entre une norme écrite et ce que l'on pourrait appeler « une source réelle de droit non-écrite » fondée sur des considérations d'opportunité. À propos de ces dernières lacunes pratiques, FORIERS écrivait « [il y a notamment] lacune pratique en présence d'une norme que le juge considère, dans l'état actuel de nos conceptions et de nos mœurs, comme *inadéquate* et qu'il écarte »<sup>1059</sup>. Prenons donc acte de la différence, au sein même des lacunes pratiques, entre les lacunes d'incohérence (entre normes juridiques) et les lacunes d'inadéquation (entre les valeurs d'une norme juridique et les valeurs de la société telle que perçues par le juge).

Seule cette dernière conception de la lacune légale, à savoir la lacune pratique résultant de la contradiction entre une norme juridique et une source réelle de droit fondée sur des

---

<sup>1053</sup> PERELMAN ordonnait ces lacunes techniques en deux catégories : les lacunes techniques *intra legem* visant l'hypothèse où le législateur a omis de promulguer les dispositions complémentaires d'un texte permettant son application concrète, et les lacunes techniques *praeter legem* renvoyant à l'hypothèse dans laquelle le juge constate que le litige ne relève d'aucune réglementation (C. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968).

<sup>1054</sup> P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *Le problème des lacunes en droit*, Logique et Analyse, vol. X, 1967, p. 71. Ou encore de « lacunes proprement dites » (C. DU PASQUIER, « Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse », Bâle, Helbing et Lichtenbahn, 1951, p. 19).

<sup>1055</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2006, v<sup>o</sup> antinomie, p. 65.

<sup>1056</sup> P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *art. préc.*, p. 58, relevant qu'il serait plus exact de parler d'antinomies à propos des lacunes pratiques de la loi, en ce sens qu'il existe effectivement une norme applicable au litige mais qui est, selon le juge, « en contradiction avec une norme non écrite tirée de l'idée de justice, de l'intérêt social ou du bien général ». Dans le même sens, v. : C. PERELMAN (dir.), *Les antinomies du droit*, Bruylant, 1965 et notamment la contribution de P. FORIERS, p. 20 et s. ; C. GOLDIEGENICON, *thèse préc.*, p. 492 et s., n<sup>o</sup> 384.

<sup>1057</sup> P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *art. préc.*, p. 71.

<sup>1058</sup> R. LEGROS, « L'interprétation en droit pénal », *Le problème des lacunes en droit*, 1968, p. 365.

<sup>1059</sup> P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *art. préc.*, p. 71.

considérations d'opportunité, retiendra notre attention<sup>1060</sup>. En effet, comme on a pu le souligner, l'instrumentalisation de la donation indirecte ne paraît intervenir que sur le fondement de l'appréciation par le juge du caractère opportun, satisfaisant ou équitable, de l'application de la qualification de donation indirecte, au vu des circonstances de l'espèce. On est donc bien face à la résolution d'une contradiction entre une norme écrite (la qualification normalement applicable) et une source réelle de droit non-écrite fondée sur des considérations d'opportunité. C'est pourquoi l'instrumentalisation de la donation indirecte semble devoir être regardée comme une technique de résolution des lacunes pratiques de la loi.

**299. Légitimité de la résolution des lacunes pratiques d'inadéquation par le juge** – Reste tout de même à expliquer le fondement du pouvoir des juges de combler ces lacunes pratiques de la loi, fondement qui doit être recherché au-delà de son seul pouvoir de création du droit. Cette justification n'est pas aisée à trouver. Elle est en tout cas bien plus difficile à mettre au jour que la justification du pouvoir judiciaire de comblement des lacunes techniques de la loi, c'est-à-dire de celles qui résultent d'une absence de disposition légale. On enseigne en effet de longue date que le fondement de ce pouvoir judiciaire se situe dans les termes mêmes de la loi, précisément au sein de l'article 4 du Code civil d'après lequel « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Dit autrement, le juge aurait le pouvoir, sinon le devoir, de combler les lacunes techniques de la loi en raison d'une délégation explicite du législateur. Or cette délégation explicite ne saurait valoir pour les lacunes pratiques puisque, comme on vient de le dire, ce type de lacunes n'a pour cause ni le silence, ni l'obscurité ni encore l'insuffisance de la loi au sens où l'article 4 semble l'entendre, mais pour ce que nous intéresse, son inadéquation. Parce qu'elles « présupposent une appréciation par laquelle le juge prend une position critique à l'égard du législateur et jusqu'à un certain point se substitue à lui »<sup>1061</sup>, le pouvoir créateur du juge serait, en quelque sorte, plus offensif en ce qui les concerne car le juge écarterait la volonté de la loi au seul motif que l'application de la règle (en l'occurrence la qualification) lui semble insatisfaisante au cas d'espèce et/ou de manière générale. Dit autrement, ce serait le juge lui-même qui créerait la lacune pratique telle que nous

---

<sup>1060</sup> Ce qui ne signifie pas que, dans d'autres matières, l'instrumentalisation d'une qualification peut venir combler une lacune technique de la loi. En ce sens, v. par exemple : Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079, qui semble instrumentaliser la qualification de « salariat » afin de contraindre le législateur à adopter un régime intermédiaire au bénéfice des travailleurs pour les plateformes de mises en relation.

<sup>1061</sup> C. DU PASQUIER, « Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse », Bâle, Helbing et Lichtenbahn, 1951, p. 19.

l'entendons en comparant les valeurs portées par la loi et les valeurs qu'il entend prendre en compte.

Comment légitimer alors un tel pouvoir judiciaire ? Nombres d'auteurs ont tenté d'invoquer l'existence d'une délégation implicite de pouvoir de la part du législateur<sup>1062</sup>. En somme, le législateur reconnaîtrait tacitement au juge un pouvoir normatif – un « pouvoir modérateur », dit-on souvent<sup>1063</sup> – pour adapter la loi au cas d'espèce<sup>1064</sup>. Cependant, même présentée avec les plus grandes réserves<sup>1065</sup>, cette théorie peine à convaincre<sup>1066</sup>. Ainsi qu'on a pu le relever, il n'est pas certain qu'en théorie le pouvoir se délègue de façon tacite<sup>1067</sup> et, plus techniquement, pareille délégation ne se déduit d'aucune règle de droit positif<sup>1068</sup>. En effet, aucun texte ne permet de considérer que le législateur a tacitement délégué un tel pouvoir au juge, qui, face au litige, décide lui-même d'adapter opportunément la loi aux circonstances de l'espèce. Par

---

<sup>1062</sup> En ce sens, v. notamment : H. DUPEYROUX, « Les grands problèmes du Droit », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 1938. vol. 2, p. 71 et s. D'autres théories, notamment celle de la « réception implicite » de la jurisprudence par le législateur ont été avancées (en faveur de cette théorie, v. notamment : M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mélanges G. SCELLE*, LGDJ, 1950, t. II, p. 613 et s. ; pour sa critique, v. notamment : S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, 1974, LGDJ, p. 52 et s.).

<sup>1063</sup> Ce pouvoir a fait l'objet de nombreuses études doctrinales. Le pouvoir modérateur du juge a été mis en lumière par le doyen CORNU. Selon lui, la modération a « pour objet de faire fléchir la rigueur d'un principe dans les cas où l'application pure et simple du principe aurait des conséquences excessives » (G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, polycopié, Les cours de droit, 1970-1971, p. 232). Quelques années plus tard, Monsieur BRUNET, tentant d'élaborer une théorie générale du pouvoir modérateur du juge, le définira comme un pouvoir exorbitant et exceptionnel du juge de déroger à la règle de droit normalement applicable en raison des conséquences manifestement excessives qu'elle provoquerait dans une espèce donnée (C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Paris II, 1973, p. 1. Cette définition est également le point de départ de l'étude menée par Monsieur FISCHER, lequel suggère, en outre, la reconnaissance par le législateur d'un principe général de modération du droit par le juge : J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Toulouse I, 2003).

<sup>1064</sup> C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 499, n° 388.

<sup>1065</sup> H. DUPEYROUX, « Les grands problèmes du Droit », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 1938, vol. 2, p. 71. L'auteur écrit : « Une coutume législative, c'est-à-dire ayant rang de loi ordinaire n'est concevable que si elle est expressément prévue par la Constitution. Mais une coutume ayant un rang inférieur aux règles législatives est parfaitement admissible, si la loi ordinaire ou un règlement *la reconnaît* et l'incorpore aux degrés inférieurs de l'ordre juridique. Mais, il faut pour cela une reconnaissance, une délégation par une règle positive (loi ou règlement), faute de quoi l'usage est évidemment dépourvu de toute valeur juridique ; les tribunaux ne sauraient, dans ce cas, lui en attribuer une quelconque, sans succès ».

<sup>1066</sup> Pour une critique détaillée de cette théorie, v. notamment : S. BELAID, *thèse préc.*, 1974, p. 49 et s.

<sup>1067</sup> En ce sens, v. notamment : G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1955, p. 382.

<sup>1068</sup> En ce sens, v. notamment : J. MAURY, « Observation sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Mélanges G. RIPERT*, LGDJ, t. I, 1950, p. 37 et s. Plus récemment, v. : C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 501 et s., n° 391.

conséquent, il semble impossible de trouver la justification du pouvoir judiciaire de combler les lacunes pratiques de la loi dans la théorie de la délégation implicite.

Un autre fondement doit être trouvé. À cette fin, les travaux de Madame GOLDIE-GENICON sont d'un précieux secours. S'interrogeant sur le fondement de l'éviction des dispositions communes par le droit spécial lorsqu'une lacune pratique est constatée entre ces deux normes juridiques (première hypothèse de lacunes pratiques donc), l'auteur écrit : « l'éviction de la règle commune ne repose pas sur l'interprétation de la volonté des rédacteurs des textes en concours, sur l'intention implicite du législateur, mais sur le seul constat objectif d'une incompatibilité entre les normes en concours ». Et d'ajouter : « ce seul constat d'une incompatibilité entre les normes en concours commande nécessairement de faire primer l'une d'elles sur l'autre, puisqu'il est impossible de les appliquer simultanément sans conduire à un non-sens. On ne peut laisser prospérer une option entre deux règles inconciliables *sous peine de heurter la cohérence du système juridique* »<sup>1069</sup>. Ce serait donc la nécessité de cohérence du droit qui servirait de fondement à l'éviction du droit commun par le droit spécial<sup>1070</sup>.

Ce fondement est convaincant. Il nous semble, en outre, pouvoir être étendu afin de légitimer le pouvoir judiciaire de résolution des lacunes pratiques qui nous intéressent, à savoir celles résultant de la contradiction entre une norme écrite (la qualification normalement applicable) et une source réelle de droit non-écrite (les considérations d'opportunité). En effet, il ne nous semble pas abusif de considérer que le juge dispose d'un pouvoir de comblement des lacunes pratiques de la loi fondé sur l'impératif – ou plutôt l'idéal – de cohérence du droit.

Ce fondement trouvé, il faut conclure que l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte, en tant qu'outil de résorption des lacunes pratiques de la loi, est une technique légitime de création du droit justifiée par la nécessité de la cohérence du système juridique. Reste désormais à identifier les limites dans lesquelles cette instrumentalisation peut s'exercer.

**300. Double limite à l'instrumentalisation de la donation indirecte** – Deux limites, qui peuvent être simultanément substantielles et formelles, devraient, nous semble-t-il, encadrer l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte.

La première limite résulte d'un principe fondamental gouvernant le système juridique français : l'impératif de légalité répressive. En effet, comme on va le voir plus en détails, le

---

<sup>1069</sup> C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 501 et s., n° 391 (soulignements ajoutés)

<sup>1070</sup> L'auteur précise que la cohérence de droit n'est pas un postulat mais un idéal vers lequel « [les] interprètes, notamment les juges, doivent tendre dans l'interprétation et l'articulation des textes » (C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 502, n° 391).

principe de légalité interdit toute création du droit par le juge investi d'une mission répressive. Par conséquent, il prohibe toute instrumentalisation prétorienne des qualifications lorsque celle-ci a des conséquences pénales pour le justiciable. Or on l'a vu, certaines instrumentalisations de la donation indirecte, outre qu'elles présentent une incontestable coloration pénale, s'exercent dans une matière soumise au principe de légalité répressive.

La seconde limite de l'instrumentalisation de la donation indirecte se déduit nettement des développements introductifs. Elle tient au fondement même du pouvoir judiciaire d'instrumentalisation des qualifications : l'idéal de cohérence du droit. En effet, si l'instrumentalisation des qualifications juridiques, et donc de la donation indirecte, est fondée sur le besoin d'assurer une certaine harmonie du système juridique, c'est bien cette harmonie qui doit servir de guide, et donc de limite, à l'instrumentalisation de la qualification. Il faut y insister : l'instrumentalisation de la donation indirecte ne peut être admise que si, et seulement si, la finalité qu'elle poursuit s'efforce de restaurer la cohérence du droit là où elle fait défaut ; que si l'adaptation de la qualification aux circonstances d'espèces complète, en toute cohérence, le droit d'origine législative. L'instrumentalisation est ici encadrée en raison de ses finalités, et non en raison de la matière dans laquelle elle se déploie. On retrouve ainsi la question évoquée de *la légitimité des valeurs* de l'instrumentalisation.

En somme, pour acquérir une légitimité, l'instrumentalisation de la donation doit passer un double « filtre » : elle doit respecter l'impératif de légalité répressive (**Chapitre 1**) et, hors de tout contentieux pénal, œuvrer à l'idéal de cohérence du droit (**Chapitre 2**).



## CHAPITRE 1 – L’IMPERATIF DE LEGALITE REPRESSIVE

**301. Définition et fondement de l’impératif de légalité** – L’instrumentalisation de la donation indirecte doit être rejetée lorsqu’elle heurte le principe de légalité répressive.

Qu’est-ce que cet impératif plus couramment appelé « principe de légalité des délits et des peines »<sup>1071</sup> ? Ce principe, théorisé au XVIII<sup>ème</sup> siècle et est notamment codifié aux articles 111-2 et 111-3 du Code pénal<sup>1072</sup>, exprime l’exigence selon laquelle les infractions et leurs sanctions ne peuvent être prévues que par un texte destiné à en fixer les éléments constitutifs et à en déterminer les seuils<sup>1073</sup>. Dit autrement, le principe de légalité pénale « impose l’existence d’un texte pour “incriminer” un comportement, c’est-à-dire le définir, l’interdire et le punir »<sup>1074</sup>.

Plusieurs raisons légitiment ce principe. D’un point de vue démocratique, la légalité répressive « est la condition fondamentale de la sécurité et de la liberté individuelle [car elle] constitue un rempart contre l’arbitraire des juges »<sup>1075</sup>. D’un point de vue « psychologique », la préexistence textuelle de l’infraction et de sa peine exerce sur les individus une sorte de

<sup>1071</sup> Sur les enjeux de cette distinction linguistique, v. : W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 10, « Principe de légalité répressive – Sources du droit pénal », 2022, n° 4.

<sup>1072</sup> D’autres textes consacrent également ce principe. Ainsi, les articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 prévoient respectivement que « [...] nul ne peut être contraint de faire ce [que la loi] n’ordonne pas » et que « nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». En outre, l’article 7§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme dispose que « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d’après le droit national ou international ». *Rapp.* : CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88 : « L’article 7§1 ne se borne pas à prohiber l’application rétroactive du droit pénal au détriment de l’accusé. Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l’accusé, notamment par analogie ; il en résulte qu’une infraction doit être clairement définie par la loi ».

<sup>1073</sup> Pour plus de détails, v. notamment : J. BERNASCONI, *Le juge pénal et la légalité*, thèse, Lyon, 1979 ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », *Mélanges BOUZAT*, Pedone, 1980, p. 149 et s. ; XIV<sup>ème</sup> Congrès de l’Association française de droit pénal, *Faut-il repenser le principe de la légalité pénale ?*, Bordeaux, 25 et 26 mars 1999, rapports D. REBUT, J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, M.-C. ROCA, M.A. AGARD-PEANO, R. GASSIN, F. SUDRE et R. MUNDAY, *RPDP*, 2001, p. 247 et s. ; A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légalistes et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509.

<sup>1074</sup> A. LEMASSON, *Rép. pén. et pr. pén.*, « Justice internationale pénale : institutions », 2019, n° 48.

<sup>1075</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, 17<sup>ème</sup> éd., Cujas, 2007-2008, p. 126, n° 129. *Rapp.* : CEDH, 22 novembre 2005, *S.W. c. Royaume-Uni*, n° 20166/92, rappelant que le principe de légalité répressive implique essentiellement des conditions qualitatives visant à garantir au justiciable la prévisibilité du droit pénale. Pour plus de détails sur ce sujet, v. notamment : P. BEAUVAIS, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *Archives de politique criminelle*, 2007/1, n° 29, p. 3 et s., soulignant que le principe de légalité répressive implique nécessairement la prévisibilité des règles pénales : une prévisibilité synchronique, d’abord, qui consiste à pouvoir prévoir les conséquences juridiques de ses actes à partir du droit existant ; une prévisibilité diachronique, ensuite, qui comprend de pouvoir prévoir les évolutions du droit.

contrainte susceptible de contrecarrer leurs penchants délictuels<sup>1076</sup>. Le principe de légalité répressive se justifierait donc par des considérations d'intérêts tant public que privé<sup>1077</sup>.

**302. Annonce** – Si le principe de légalité répressive impose au législateur d'établir les normes pénales de manière claire et précise, il fait également peser certaines obligations sur le juge. Notre dessein est d'exposer brièvement les arguments qui, sans être nouveaux, démontrent l'incompatibilité de ces obligations avec l'existence même d'un pouvoir judiciaire d'instrumentalisation des qualifications juridiques. Aussi rappellerons-nous les motifs qui font du principe de légalité répressive un obstacle à l'instrumentalisation judiciaire des qualifications juridiques (**Section 1**), avant d'envisager plus précisément les conséquences de cet obstacle en matière de donation indirecte (**Section 2**).

#### SECTION 1 – UN OBSTACLE A L'INSTRUMENTALISATION DES QUALIFICATIONS

**303. Obligation d'interprétation stricte de la loi pénale** – Les obligations judiciaires découlant du principe de légalité sont connues. Il n'est pas inutile pour autant d'en faire une rapide présentation pour attester de leur incompatibilité avec l'instrumentalisation judiciaire des qualifications. Sans risque de caricature excessive, on peut affirmer que le principe de légalité répressive impose deux obligations complémentaires au juge.

Tout d'abord, il impose au juge un devoir d'interprétation stricte de la loi<sup>1078</sup>. En effet, l'article 111-4 du Code pénal prévoit dans des termes ne souffrant d'aucune ambiguïté que « la loi pénale est d'interprétation stricte »<sup>1079</sup>. Cette obligation d'interprétation stricte de la loi pénale interdit au juge, sous couvert d'une analyse téléologique des textes, d'y ajouter en vue de condamner un individu pour un fait qui, quoique transgressif à ses yeux, n'est pas incriminé

---

<sup>1076</sup> W. JEANDIDIER, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 10, « Principe de légalité répressive – Sources du droit pénal », 2022, n° 10.

<sup>1077</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 106, n° 106.

<sup>1078</sup> Parmi une littérature abondante, v. : P. ESCANDE, « L'interprétation par le juge des règles écrites en matière pénale », *RSC* 1978, p. 811, *Journées italiennes de l'association H. CAPITANT*, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », 1980 ; H. CHARLES, « L'interprétation stricte de la loi pénale », *D.* 2000, p. 307 ; J.-B. THIERRY, « L'interprétation créatrice de droit, en droit pénal », *Rév. pénit.* 2009, p. 799 ; M. TOULLIER, « L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RDLF* 2014, chron. n° 8 ; L. THOMAS, « L'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l'aune des mutations de la légalité répressive », *RSC* 2014, p. 892 ; P. CONTE, « Principe de légalité répressive : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Dr pén.* n° 6, 2020, étude 17.

<sup>1079</sup> Ce principe a valeur constitutionnelle : Cons. const., 16 juillet 1996, déc. n° 96-377 DC, *Rec.*, p. 87, consid. 11 ; Cons. const., 5 mai 1998, déc. n° 98-399 DC, *Rec.*, p. 245, consid. 8.

par la loi<sup>1080</sup>. Aussi bien, selon l'opinion majoritaire, la prohibition de l'interprétation large de la loi pénale interdirait au juge de recourir à l'interprétation par analogie, induction ou présomption<sup>1081</sup>.

**304. Obligation de recherche de la qualification exacte des faits** – De cette obligation d'interprétation stricte de la loi découle assez naturellement une seconde obligation pour le juge pénal : celle de rechercher la qualification exacte des faits<sup>1082</sup>. Comme on a pu l'expliquer, « la qualification supposant une interprétation du fait et du droit que l'on cherche à faire converger l'un vers l'autre, le principe de l'interprétation stricte de la loi encadre logiquement la qualification pénale des faits »<sup>1083</sup>.

Cette obligation de rechercher la qualification exacte des faits impose au juge pénal de reconstituer ceux qui lui sont soumis avec la plus grande objectivité afin de leur donner leur *véritable sens*<sup>1084</sup>. En outre, elle impose au juge pénal, une fois les faits fidèlement reconstitués, de retenir *leur véritable qualification juridique*<sup>1085</sup>. En cette matière plus qu'en toute autre, le juge est tenu, dit-on, d'un « devoir de justesse »<sup>1086</sup>. De deux choses l'une alors : ou bien le fait litigieux est celui prévu par la loi pénale et celle-ci s'applique au cas d'espèce ; ou bien le fait litigieux n'est pas (ou plus) prévu par la loi, auquel cas il ne peut y avoir poursuite ni condamnation<sup>1087</sup>.

---

<sup>1080</sup> Sur ce point, v. par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général*, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 110, n° 111, relevant que « depuis la constitution de 1958, ce n'est pas seulement le pouvoir législatif qui détermine les infractions et en fixe les peines, c'est aussi parfois le pouvoir exécutif. Sans doute, est-ce toujours la loi, votée par le Parlement, qui seule peut définir et réprimer les crimes et les délits (Const., art. 34) ; mais les contraventions sont déterminées et punies par un décret en Conseil d'État, œuvre du pouvoir exécutif (Const., art. 37 ; décr. n° 93-726 du 29 mars 1993) ».

<sup>1081</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. crim. 1<sup>er</sup>, juin 1992, n° 91-82.141, Bull. *crim.* n° 214 ; CEDH, 3 décembre 2019, *Parmark et Bakir c/ Turquie*, n° 22429/07 et 25195/07.

<sup>1082</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. crim., 23 juin 1964, *D.* 1964, p. 579 ; Cass. crim., 18 mai 2004, n° 02-88.066 ; Cass. crim., 2 juin 2004, n° 04-81.583, note J.-H. ROBERT, *Dr. pén.* 2004, comm. 146.

<sup>1083</sup> E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, thèse, Aix-Marseille, 2013, p. 109 et s., n° 143 et s.

<sup>1084</sup> *Ibid.*

<sup>1085</sup> En jurisprudence, v. : Cass. crim., 25 mai 1992, Bull. *crim.* n° 20, *Dr. pénal.* 1993, comm. 1, obs. M. VÉRON ; Cass. crim., 29 octobre 1996, Bull. *crim.* n° 378, *Dr. pénal* 1997, comm. 18, obs. M. VÉRON. En doctrine, v. : Y. MAYAUD, note sous Cass. crim., 22 juin 2005, *RSC* 2005, p. 142.

<sup>1086</sup> En ce sens, v. : Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 7<sup>ème</sup> éd., PUF, 2021, p. 167, n° 136.

<sup>1087</sup> Pour l'absence de loi incriminant le fait litigieux, v. par exemple : Cass. crim., 1<sup>er</sup> septembre 2005, n° 03-87.949 ; pour la disparition de la loi incriminant le fait litigieux, v. par exemple : Cass. crim., 16 janvier 2002, n° 01-81.829, Bull. n° 6 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 56, obs. J.-H. ROBERT ; *D.* 2002, p. 1225, note M. DOBKINE.

**305. Prohibition de l'instrumentalisation judiciaire des qualifications** – L'ultime conséquence de tout ceci est clair : l'obligation pour le juge pénal d'interpréter strictement la loi, et donc de rechercher la qualification exacte des faits, lui interdit de manipuler, de gauchir, autrement dit d'instrumentaliser les qualifications en vue de punir un fait que la loi n'a pas incriminé. Aucune dénaturation des faits ni aucun forçage des concepts juridiques ne peut être admis de la part du juge pénal en raison du principe de légalité répressive. Dit autrement, le juge pénal ne peut engager des poursuites sous une qualification forcée ou contournée au motif que la qualification normalement applicable lui apparaît inopportune en l'espèce, notamment parce qu'elle ne permet pas de sanctionner un fait qu'il estime condamnable. C'est, au reste, sur cette argumentation que se forment les critiques à l'encontre de la correctionnalisation judiciaire des faits criminels, c'est-à-dire lorsque le juge décide qu'un crime mérite d'être requalifié en délit, voire en contravention<sup>1088</sup>. Et pour cause : la correctionnalisation judiciaire constitue une manifestation particulière d'instrumentalisation judiciaire des qualifications pénales<sup>1089</sup>.

**306. Pratique de la Cour de Strasbourg** – Peut-être serait-on tenté d'objecter à tout ceci que la Cour européenne des droits de l'Homme a admis le recours à la méthode d'interprétation téléologique suivant laquelle le juge fait primer l'esprit du texte en s'inspirant du but recherché par le législateur<sup>1090</sup>. Ainsi, par exemple, dans deux affaires rendues en 1995 et 2010, la Cour européenne a affirmé que, selon elle, « aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider des points douteux et s'adapter aux changements de situation »<sup>1091</sup>. Et d'ajouter que « l'article 7 de la Convention [fondement conventionnel du principe de légalité répressive] ne saurait être interprété comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »<sup>1092</sup>. À suivre les enseignements

---

<sup>1088</sup> E. DREYER, *Droit pénal général, manuel préc.*, p. 371, n° 579.

<sup>1089</sup> En ce sens, v. notamment : J.-B. DENIS, *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, LGDJ, 1977, p. 85. L'auteur qualifie cette pratique de « fraude à la loi pénale ».

<sup>1090</sup> En ce sens, v. par exemple : CEDH, 22 novembre 1995, *SW et CR c/ Royaume-Uni*, n° 20166/92 ; CEDH, 30 mars 2004, *Radio-France c/ France*, n° 53984/00 ; CEDH, 2 mai 2007, *Saiz Oceja c/ Espagne*, n° 74182/01 ; CEDH, 17 mai 2010, *Kononov c/ Lettonie*, n° 36376/04.

<sup>1091</sup> CEDH, 22 novembre 1995, *SW et CR c/ Royaume-Uni*, n° 20166/92.

<sup>1092</sup> En ce sens, v. par exemple : CEDH, 17 mai 2010, *Kononov c/ Lettonie*, n° 36376/04, § 185 (s'agissant de la condamnation d'un ressortissant letton pour crimes de guerre).

de ces décisions, il faudrait admettre la légitimité de l'instrumentalisation judiciaire pénale dont le résultat est cohérent avec la substance de l'infraction (ou de la sanction) prévue par le législateur. Mais cela supposerait d'admettre que le juge pénal, à l'instar du juge civil, peut combler les lacunes de la loi en raison de l'idéal de cohérence du droit. Cependant, telle ne nous semble pas être la signification du principe de légalité répressive qui, à notre avis, laisse au seul législateur le soin de restaurer les éventuelles incohérences du droit pénal. Aussi bien, et de manière plus générale, cette jurisprudence nous semble critiquable car elle paraît, sans le dire explicitement, remettre en cause la prohibition de l'interprétation judiciaire par analogie et donc le principe de légalité répressive<sup>1093</sup>. Il est loin, et nous le déplorons, le temps où l'on lisait dans les recueils de jurisprudence « qu'en matière pénale tout est de droit étroit et qu'il n'appartient pas au juge chargé d'appliquer la loi d'en combler les lacunes »<sup>1094</sup>.

**307. Conclusion de la première section** – En définitive, quoiqu'assouplies par la pratique et par certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, il nous semble que les obligations pour le juge pénal tant d'interpréter strictement la loi pénale que de rechercher la qualification exacte des faits, obligations qui découlent directement du principe de légalité répressive, constituent un obstacle dirimant à l'instrumentalisation judiciaire des qualifications en matière pénale. Le moment est maintenant venu d'évaluer les conséquences de cet obstacle en matière de donation indirecte.

## SECTION 2 – LES CONSEQUENCES EN MATIERE DE DONATION INDIRECTE

**308. Annonce** – À première vue, le rapport entre principe de légalité répressive et donation indirecte n'est pas évident. En effet, la donation indirecte paraît étrangère au contentieux pénal puisqu'aucune décision ne semble avoir mis en relation le droit pénal *stricto sensu*, c'est-à-dire celui découlant des dispositions du Code pénal, et la qualification de donation indirecte.

Le principe de légalité répressive ne s'applique cependant pas seulement au droit pénal *stricto sensu*. En effet, il est acquis de longue date que c'est toute « la matière répressive » du droit français qui est incarnée par le principe de légalité des délits et des peines. On voit alors

---

<sup>1093</sup> *Rapp.* : C. BACCARIA, *Des délits et des peines*, (1764), Paris, Flammarion, 1991, § IV, p. 66 et s. (sur les exigences traditionnelles du principe de légalité répressive). V. encore : P. CONTE, « Principe de légalité répressive : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Dr pén.* n° 6, 2020, étude 17, relevant, à regret, que depuis 1804 le principe de légalité répressive n'a plus la même signification ni la même portée.

<sup>1094</sup> Cass. crim., 3 février 1898, *S.* 1900. I, p. 202.

se dessiner le lien entre ce principe et la donation indirecte, et plus spécialement l'interaction entre celle-ci et la prohibition de l'instrumentalisation judiciaire des qualifications en matière répressive. En effet, comme nous avons tenté de le montrer, la qualification de donation indirecte (ou sa négation forcée) apparaît parfois comme une sorte de mesure judiciaire répressive destinée à punir un acte ou un comportement que le juge considère comme une fraude fiscale ou successorale. Précisément, on a vu que les juges gauchissaient parfois la qualification de donation indirecte afin de mettre en œuvre certaines sanctions fiscales ainsi que, plus rarement, les peines du recel successoral. Or il nous semble que le principe de légalité répressive, et donc la prohibition de l'instrumentalisation judiciaire des qualifications, ont vocation à s'appliquer à ces deux types de sanctions qui, sans être directement rangées dans le droit pénal, ont une visée ostensiblement répressive. Là est précisément la raison pour laquelle nous sollicitons l'abandon de toute instrumentalisation de la donation indirecte à coloration punitive (§1). Nous nous efforcerons, ensuite, de proposer quelques ajustements de technique de cassation qui pourraient contribuer à assurer un tel abandon (§2).

#### §1 – L'ABANDON SYSTEMATIQUE DE L'INSTRUMENTALISATION PUNITIVE

**309. Annonce** – La pertinence de l'abandon de l'instrumentalisation punitive de la donation indirecte doit être mise à l'épreuve des objections qu'elle est susceptible de susciter. Ces objections demeurent distinctes suivant que l'on envisage la matière fiscale ou successorale. Devront donc être examinés successivement les motifs qui plaident en faveur de l'abandon de l'instrumentalisation punitive de la donation indirecte en matière fiscale (A) puis en matière de recel successoral (B).

#### A – En matière fiscale

**310. Position du problème** – Par un arrêt du 26 décembre 1826, la Cour de cassation a admis que le principe de légalité répressive s'appliquait à la matière fiscale : « dans les lois fiscales comme dans les lois pénales, nous dit la Cour, il n'est pas permis de raisonner d'un cas prévu à un cas imprévu, et de décider alors par analogie car [...] ce qui n'est pas prévu, ce qui n'est pas ordonné ou n'est pas défendu est permis et ne peut être exigé ou défendu »<sup>1095</sup>. De son côté, le Conseil constitutionnel, traitant la question sous l'angle de l'article 8 de la Déclaration

---

<sup>1095</sup> Cass. req., 26 décembre 1826, *S.* 1825-1827. I, p. 491. Dans le même sens, v. : Cass. civ., 26 novembre 1850, *S.* 1851. I, p. 50 : « toute disposition de la loi fiscale doit énoncer les actes auxquels elle s'applique, et on ne peut l'étendre à d'autres actes par une analogie qui n'est point admise en pareille matière ».

des droits de l'Homme (fondement constitutionnel du principe de légalité), a affirmé que l'Administration fiscale était également soumise au principe de légalité, lequel principe « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »<sup>1096</sup>. En somme, toutes sanctions fiscales, qu'elles résultent d'une décision des agents du fisc ou du juge de l'impôt, doivent être prononcées dans le respect du principe de légalité répressive. Concrètement, cela signifie que ni l'Administration, ni le juge de l'impôt ne peuvent soumettre le contribuable à une amende fiscale non expressément prévue par la loi.

Mais ce n'est pas tout : la soumission des sanctions fiscales au principe de légalité répressive signifie également que ces mêmes acteurs ne peuvent, afin de sanctionner un comportement qu'ils jugent condamnable, subrepticement forcer l'application de qualifications civiles dont découlent des sanctions de nature fiscale et/ou pénale<sup>1097</sup>. Or les développements précédents ont montré que l'Administration fiscale et le juge de l'impôt n'hésitaient pas, parfois, à instrumentaliser la donation indirecte, soit en forçant sa qualification, soit en la remplaçant par celle de donation déguisée bien que ces deux qualifications donnent lieu à différentes sanctions fiscales et/ou pénales<sup>1098</sup>. Aussi bien, en vertu du principe de légalité répressive, ces solutions doivent être condamnées. Certes, on voit poindre l'objection suivante : le droit fiscal est un droit autonome, le droit civil n'obligeant aucunement le fisc et le juge de l'impôt n'étant pas tenu de respecter à la lettre les qualifications civiles, en l'occurrence celles de donation indirecte ou déguisée. Cette objection ne saurait toutefois prospérer. Pour en juger (2), il faut d'abord la présenter (1).

---

<sup>1096</sup> Cons. const., 30 décembre 1987, n° 87-237 DC, Loi de finances pour 1988, cons. 15 : JO 31 déc. 1987, p. 15761. Dans le même sens, v. : Cons. const., 22 avril 1997, n° 1997-389, *JCP G.* 1997. I, p. 4040, obs. GUIMEZANES ; *JCP G.* 1997. II, p. 22890, obs. ZARKA, *D.* 1999, p. 237, obs. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 ; Cons. const., 13 décembre 2013, n° 2013-359. En doctrine, v. par exemple : A. CAPELLO, « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives », *RSC* 2010, p. 415 ; P. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *Économica*, 1992 ; M. DOBKINE, « L'ordre répressif administratif », *D.* 1993, p. 157.

<sup>1097</sup> Toutefois, le législateur fiscal peut adopter une définition (plus souple) de certaines qualifications civiles dont découleraient des sanctions fiscales et/ou pénales. En effet, le législateur fiscal « reste maître de configurer [ses propres définitions] » (F. GÉNY, « Le particularisme du droit fiscal », *Mélanges R. CARRÉ DE MALBERG*, Sirey, 1933, p. 201). Dans le même sens, v. : M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999, p. 6.

<sup>1098</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 160 et s.

*I – Présentation de l'objection tirée de l'autonomie du droit fiscal*

**311. Teneur de la théorie de l'autonomie du droit fiscal**<sup>1099</sup> – Quelle portée donner au principe de légalité répressive lorsque, comme c'est le cas pour la donation indirecte et la donation déguisée, les catégories juridiques de droit civil ne sont pas définies par la loi fiscale ? L'Administration et le juge de l'impôt sont-ils liés par les constructions juridiques résultant de la loi, de la jurisprudence ou de la doctrine civile ? Dans le sens de la négative, s'est développée l'idée que le droit fiscal serait un droit autonome<sup>1100</sup>.

Pour mémoire, la théorie de l'autonomie du droit fiscal, défendue initialement par TROTABAS<sup>1101</sup>, repose sur l'idée que dans le silence même de la loi fiscale sur le contenu d'une notion, l'Administration et le juge de l'impôt ne sont aucunement liés par les qualifications du droit civil. En ce sens, on a pu écrire que l'autonomie du droit fiscal « permet[tait] au juge fiscal de dégager une signification proprement fiscale de chaque concept contenu dans la norme, et de respecter ainsi la spécificité de ce droit, tel que l'a voulu le législateur »<sup>1102</sup>. Et Monsieur MARCHESSOU de préciser : « l'autonomie du droit fiscal lui confère [au juge fiscal] la faculté de ne pas prendre en considération les qualifications et les implications portées par les autres branches du droit sur des situations qui, par définition, sont purement concrètes avant d'être juridiques. Fort de cette liberté de qualification, il va donc appréhender lui-même “la réalité des choses” sous un angle spécifiquement fiscal, et en poursuivant des objectifs strictement fiscaux [...] »<sup>1103</sup>. En somme, l'autonomie du droit fiscal

---

<sup>1099</sup> Pour plus de détails sur cette théorie, v. : P. BERN, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, thèse, Paris, 1972, p. 172 ; J.-P. LUKASZEWICZ, *Nouveaux aperçus sur l'autonomie du droit fiscal*, thèse, Amiens, 1973, p. 287 ; P. MARCHESSOU, *L'interprétation des textes fiscaux*, thèse, Economica, 1980 ; F. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, thèse, Rouen, 1996 ; B. CASTAGNÈDE, « Nature et caractères du droit fiscal », *Dr. fisc.* 2007, n° 3 ; V. VINDARD, *La qualification en droit fiscal*, thèse, Rennes, 2014, p. 26 et s., n° 13 et s. et p. 69 et s. ; C. DE LA MARDIÈRE, « Le pouvoir créateur du juge de l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 229 et s. ; M. PELLETIER, *Les normes de droit fiscal*, thèse, Dalloz, 2008, p. 445 et s., n° 716 et s. ; F. DOUET, « L'autonomie du droit fiscal ou les qualifications fiscales perfides », *LPA* 2007, p. 3 ; G. GOULARD, « Que reste-t-il de l'autonomie du droit fiscal ? », *RJF* 1995, p. 322 ; L. OLLÉON, « Autonomie du droit fiscal : le moribond se porte bien porte », *RJF* 2002, p. 355 ; C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « Une idée fisc : l'autonomie du contentieux fiscal », *AJDA* 2021, p. 2266.

<sup>1100</sup> Sur les différentes acceptions que peuvent recevoir l'expression « autonomie » du droit fiscal, v. : M. PELLETIER, *thèse préc.*, 2006, p. 446, n° 718 et s. ; V. VINDARD, *La qualification en droit fiscal*, thèse Rennes, 2014, p. 26 et s., n° 13 et s.

<sup>1101</sup> L. TROTABAS, « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », *DH* 1926, chron., p. 29 et s. ; L. TROTABAS, *Essai sur le droit fiscal*, RSLF, 1928, p. 201 et s.

<sup>1102</sup> M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une “tarte à la crème” : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *art. préc.*, 1999, p. 3 et s.

<sup>1103</sup> P. MARCHESSOU, *thèse préc.*, p. 220.

laisserait libres l'Administration et le juge de l'impôt, lorsque la loi fiscale est muette sur les éléments de définition d'une notion, de qualifier des faits litigieux indépendamment de la qualification qu'auraient retenu la loi civile, les juges judiciaires ou la doctrine civile.

**312. Fondements allégués au soutien de la théorie de l'autonomie** – Comment explique-t-on que le droit fiscal soit un droit autonome du droit privé ? Deux justifications – surtout la première – se sont imposées au soutien de cette théorie.

Tout d'abord, l'autonomie du droit fiscal se justifierait par « le réalisme foncier »<sup>1104</sup> du droit fiscal : le droit fiscal, dit-on, « frapper[ait] des états de fait et non des situations de droit »<sup>1105</sup> ; il « constitue[rait] un monde impénétrable qu'il serait vain de confronter avec les concepts juridiques qui par nature lui sont étrangers »<sup>1106</sup>. En d'autres termes, ce serait en raison du besoin d'adaptation de la loi fiscale aux réalités concrètes des litiges, et plus spécialement aux réalités économiques des mutations opérées par les actes juridiques, que l'Administration et le juge de l'impôt seraient libres de s'éloigner, plus ou moins significativement, des qualifications données par le droit privé dans son ensemble. En ce sens, Monsieur CASTAGNÈDE affirme que le réalisme du droit fiscal peut « conduire à ignorer les règles du droit commun ou à écarter les apparences données à une opération, pour faire prévaloir l'objectif de taxation »<sup>1107</sup>.

En outre, plus particulièrement à propos de l'indépendance du droit fiscal quant aux notions systématisées par la doctrine civile, on a pu soutenir qu'étant dénuée de tout pouvoir normatif, la doctrine civile ne pouvait diminuer les pouvoirs de l'Administration et du juge fiscal dans leurs prérogatives de qualification : « la doctrine, a-t-on écrit, ne saurait revendiquer un quelconque statut car "l'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques". Affirmer qu'il existe une seule "vraie" qualification d'une institution donnée et s'en servir pour critiquer la concrétisation

---

<sup>1104</sup> M. COZIAN, « *Propos désobligeants sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal* », *art. préc.*, p. 5, adoptant ensuite une position critique à l'égard de cet argument.

<sup>1105</sup> En ce sens, v. par exemple : L.-F. CORNEILLE, concl. sous CE, 21 janvier 1921, *Syndicat des agents généraux d'assurances de Belfort*, *DP* 1922. 3, p. 34 : « Qu'est-ce, en effet, qu'une loi fiscale ? C'est une loi destinée à frapper la matière fiscale, la matière imposable, et qui la saisit là où elle se trouve, qui la saisit telle qu'elle apparaît en fait sans se préoccuper de ce qu'elle vaut en droit. La loi fiscale frappe donc des états de faits et non des situations de droit » ; P. MARCHESSOU, *L'interprétation des textes fiscaux*, *Économica*, 1980, p. 224 ; F. DOUET, *thèse préc.*, p. 241, n° 433 ; B. CASTAGNÈDE, « Nature et caractères du droit fiscal », *Dr. fisc.* 2007, n° 25, étude 623, n° 3.

<sup>1106</sup> M. COZIAN, « *Propos désobligeants sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal* », *art. préc.*, p. 5, adoptant ensuite une position critique à l'égard de cet argument.

<sup>1107</sup> B. CASTAGNÈDE, « Nature et caractères du droit fiscal », *Dr. fisc.* 2007, n° 25, étude 623, n° 3.

opérée par l'administration ne saurait aboutir à invalider la norme d'imposition ainsi édictée »<sup>1108</sup>.

**313. Synthèse** – En somme, selon la théorie de l'autonomie du droit fiscal, dès lors que la loi fiscale ne comporterait pas de définition des concepts juridiques existants en droit civil, l'Administration et le juge de l'impôt posséderaient une indépendance qui leur permettrait d'établir leurs propres critères de qualification. À suivre cette théorie, on ne pourrait alors reprocher à l'Administration et au juge de l'impôt d'instrumentaliser la qualification de donation indirecte. En effet, le législateur fiscal n'a pas adopté la systématisation doctrinale du concept de donation indirecte. Dès lors, l'Administration et le juge fiscal seraient libres d'établir leurs propres critères de la notion et d'adopter, ici ou là, une conception plus souple que celle du droit civil, voire de la confondre avec celle de donation déguisée. Cette théorie doit pourtant être écartée en raison de son artificialité.

## *2 – Réfutation de l'objection tirée de l'autonomie du droit fiscal*

**314. Réfutation des fondements de l'autonomie du droit fiscal** – La théorie de l'autonomie du droit fiscal semble critiquable dans son fondement même.

Tout d'abord, on éprouve, avec de nombreux auteurs<sup>1109</sup>, des difficultés à saisir concrètement l'idée selon laquelle le droit fiscal serait un droit réaliste, c'est-à-dire un droit qui ne frapperait que des situations de fait « sans se soucier des qualifications juridiques »<sup>1110</sup>. Comme le soulignent Messieurs BIENVENU et LAMBERT : « l'originalité de la loi serait donc de frapper toujours des faits. Mais qui ne voit que toute loi s'applique d'abord à des faits, toute qualification juridique se définissant à partir de la réunion d'éléments de fait ». Et d'ajouter : « toute opération de qualification en vertu de la loi fiscale ou de toute autre loi

---

<sup>1108</sup> M. PELLETIER, *thèse préc.*, p. 450, n° 723. Quant aux notions systématisées par la jurisprudence judiciaire, l'auteur écrit que « nulle part, en droit positif, n'apparaît de norme réglant la concrétisation des normes fiscales en ce sens qu'elle devrait être opérée conformément aux concrétisations généralement opérées par les juridictions judiciaires ».

<sup>1109</sup> Pour plus de détails, v. : F. GÉNY, « Le particularisme en droit fiscal », *RTD civ.* 1931, p. 797 ; J.-P. MAUBLANC, *L'interprétation de la loi fiscale par le juge de l'impôt*, thèse, Bordeaux, 1984 ; V. GOTHOT, *Problèmes fiscaux d'aujourd'hui*, Bruxelles, 1962, p. 94 ; F. DEBOISSY, *thèse préc.*, 1997, p. 20 et s., n° 49 et s. ; J. PUJOL, *L'application du droit privé en matière fiscale – Recherche sur la véritable place du droit privé dans le système fiscal*, thèse, LGDJ, 1987 ; M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une “tarte à la crème” : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *art. préc.*, p. 3 et s. ; V. VINDARD, *La qualification en droit fiscal*, thèse, Rennes, 2014, p. 76, n° 80 ; G. LAMOUREUX, *thèse préc.*, p. 50 et s. n° 59 et s.

<sup>1110</sup> V. VINDARD, *thèse préc.*, p. 76, n° 80.

sélectionne [...] les éléments de fait requis par la loi pour constituer cette qualification. Il n'y a de ce point de vue aucune originalité du droit fiscal »<sup>1111</sup>. Aussi bien, l'Administration et le juge de l'impôt, au moment de qualifier, se saisissent nécessairement des situations juridiques, et non pas seulement des situations économiques. De sorte que l'idée de réalisme du droit fiscal ne semble pas pouvoir justifier l'existence même de son autonomie.

En outre, il paraît difficile de souscrire à l'idée selon laquelle l'Administration et le juge fiscal peuvent forger leurs propres critères des concepts civils dont la définition n'est donnée que par la doctrine. Sans nul doute, la doctrine ne possède aucun pouvoir normatif propre mais cela ne suffit pas, à notre avis, à justifier l'émancipation du droit fiscal des concepts doctrinaux nés du droit civil : dans un souci d'efficacité et de cohérence du droit, le silence des textes civils ne devrait pas, tant que le législateur fiscal n'a pas entendu établir lui-même ses propres définitions, permettre à l'Administration et au juge de l'impôt de se délier des concepts forgés par la doctrine civile<sup>1112</sup>. Dit autrement, le droit fiscal ne devrait pouvoir s'affranchir des qualifications civiles, sauf lorsqu'il s'en écarte expressément au moyen d'une loi, celle votée par le Parlement.

Enfin, il nous semble que, loin d'être un droit autonome, le droit fiscal est un « droit de mise en œuvre »<sup>1113</sup>, c'est-à-dire « un droit ayant vocation à s'appliquer à des situations déjà régies par d'autres branches du droit »<sup>1114</sup>. En ce sens, Monsieur DE LA MARDIÈRE souligne que le droit fiscal est « un droit de superposition, placé au-dessus des autres disciplines juridiques pour en extraire ce qui l'intéresse : l'argent. Il est donc très dépendant des autres branches du droit [...] »<sup>1115</sup>.

En somme, nous ferons nôtre la conclusion de Monsieur LAMOUREUX rejetant toute autonomie du droit fiscal. L'auteur écrit : « il semble que les rapports qu'entretiennent le droit privé et le droit fiscal doivent être envisagés comme ceux qu'entretient un droit commun avec

---

<sup>1111</sup> J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *Droit fiscal*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, n° 67.

<sup>1112</sup> G. LAMOUREUX, *thèse préc.*, p. 50, n° 59.

<sup>1113</sup> G. LAMOUREUX, *thèse préc.*, p. 50, n° 59.

<sup>1114</sup> F. DOUET, « L'autonomie du droit fiscal ou les qualifications fiscales perfides », *LPA* 2007, p. 3, n° 5.

<sup>1115</sup> C. DE LA MARDIÈRE, « Le pouvoir créateur du juge de l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 231. Cette analyse était déjà partagée par PILON en 1927, qui soulignait que les « solutions d'ordre fiscal trouvent leur principal point d'appui dans la nature juridique des opérations en cause, telle qu'elle résulte du droit civil : « solutions d'ordre fiscal trouvent leur principal point d'appui dans la nature juridique des opérations en cause, telle qu'elle résulte du droit civil » (E. PILON, note sous Cass. req., 11 février 1925 et Cass. civ., 10 février 1926, *DP* 1927. I, p. 19). Dans le même sens, v. : G. DEMANTE, *Principes de l'enregistrement*, t. 1, 4<sup>ème</sup> éd., Delamotte fils et Cie, 1888, n° 3, soulignant qu'« il n'est pas une question fiscale qui ne suppose, au préalable, une question d'ordre purement civil ».

l'un de ses droits spéciaux »<sup>1116</sup>. Et de préciser que « l'Administration fiscale, dans son office, ainsi que le juge de l'impôt, dans sa jurisprudence, se doivent donc de respecter les notions du droit commun [...]. Soutenir le contraire conduirait à défendre une indépendance des législations exacerbée, source d'insécurité juridique, mais également d'arbitraire du juge de l'impôt dans l'exercice de sa mission »<sup>1117</sup>.

**315. Synthèse** – Que faut-il retenir de tout ceci ? Un enseignement général, d'abord, sous forme d'alternative : ou bien le législateur fiscal, fort de son pouvoir institutionnel, fait référence à une notion civile en lui donnant une définition particulière<sup>1118</sup>, et l'Administration et le juge de l'impôt doivent alors suivre ces prescriptions légales ; ou bien la loi fiscale est muette, en ce sens qu'elle n'établit pas elle-même sa propre définition des concepts civils nécessaires à l'application de l'impôt, auquel cas l'Administration et le juge ont l'obligation de se référer aux critères de qualification de ces concepts, tels qu'ils sont décrits par la règle civile – loi, jurisprudence ou doctrine.

Une suggestion particulière à la donation indirecte, ensuite, qui n'est que la conséquence de cet enseignement général : puisque le législateur fiscal n'a pas forgé ses propres critères de la donation indirecte par rapport à ceux proposés par le droit civil, l'Administration et le juge de l'impôt doivent tirer les conséquences de ce silence légal et adopter les critères de qualification de la donation indirecte tels qu'ils sont définis en droit civil<sup>1119</sup>. À dire les choses plus

---

<sup>1116</sup> G LAMOUREUX, *thèse préc.*, p. 54, n° 63.

<sup>1117</sup> G LAMOUREUX, *thèse préc.*, p. 54, n° 63.

<sup>1118</sup> Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'article 257-7° du Code général des impôts s'agissant de la notion d'« opération concourant à la production et à la livraison d'immeuble ». En effet, cette disposition « permet, en cas de cession de terrain contre remise de locaux, d'imposer à la fois la cession du terrain et la remise des locaux, alors que, du point de vue l'analyse civile de l'opération, il ne saurait y avoir deux cessions (Com., 22 mars 1988, *Dr. fisc.* 1991, n° 4, CA, E. 100180) » (E. KORNPBST, « La notion de distribution de réserves, l'autonomie du droit fiscal et l'abus de droit », *Rev. soc.* 1991, p. 797).

<sup>1119</sup> À cet égard, on rappellera qu'il se déduit de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales que, par principe, les qualifications résultant d'une instruction fiscale ne s'imposent pas à l'Administration et au juge de l'impôt comme s'imposent à eux celles figurant dans la loi civile ou fiscale, selon que le législateur fiscal a pris position, ou non, sur la qualification (en ce sens, v. par exemple : C. DE LA MARDIÈRE, « Le pouvoir créateur du juge de l'impôt », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 234). C'est pourquoi l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière de donation de titres financiers nous paraît, elle aussi, porter atteinte au principe de légalité répressive. Reprenons. Pour mémoire, la Cour de cassation juge, depuis un arrêt du 19 mai 1998 rendu par la chambre commerciale (Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161, *préc.*), que la donation par virement de titres financiers constitue un don manuel, s'efforçant ainsi de nier, et donc d'instrumentaliser, la qualification de donation indirecte (v. *supra* n° 138 et s.). Nous avons montré que cette instrumentalisation témoignait de la volonté des juges d'augmenter l'assiette des droits de mutation sur la donation de titres financiers et donc, dans une certaine mesure, de préserver les intérêts financiers de l'État (v. *supra* n° 290 et s.). En outre, il est apparu que cette instrumentalisation de la donation indirecte résultait d'une instruction fiscale,

directement, l'Administration et le juge de l'impôt ne peuvent, eu égard au principe de légalité répressive et à l'absence d'autonomie de principe du droit fiscal, instrumentaliser la qualification civile de donation indirecte, sous un quelconque prétexte, même pour poursuivre un objectif *a priori* légitime de lutte contre la fraude fiscale<sup>1120</sup>. Du reste, on l'a vu, si les faits à qualifier constituent une fraude fiscale – dont au demeurant la preuve incombe à l'Administration en raison de la présomption de bonne foi du contribuable –, le Livre des procédures fiscales offre déjà divers outils pour la sanctionner, spécialement ceux tirés de la procédure de répression des abus de droit (L.P.F., art. L. 64 et L. 64 A). C'est dire que tout semble plaider en faveur de l'abandon de l'instrumentalisation punitive de la donation indirecte en matière fiscale. Voyons désormais ce qui justifie la même conclusion en matière de recel successoral.

## **B – En matière de recel successoral**

**316. Position du problème et rappel des sanctions du recel successoral** – La prohibition de l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte en matière de recel successoral ne repose pas sur les mêmes objections qu'en matière fiscale : à l'évidence, il n'est pas fait appel à une quelconque autonomie du droit successoral pour autoriser le juge civil à gauchir la qualification de donation indirecte en vue d'atteindre les peines du recel successoral.

La question est celle de la pertinence de l'intrusion en droit civil du principe de légalité répressive, et plus particulièrement de son application aux sanctions du recel successoral. Pourtant, comme on l'a écrit<sup>1121</sup>, cette intrusion, au demeurant ponctuelle<sup>1122</sup>,

---

précisément de celle du 13 avril 1992. Cependant, comme on vient de le dire, eu égard à l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales, et donc à l'absence de force normative des instructions fiscales, il nous semble que cette instrumentalisation de la donation indirecte doit être condamnée comme contraire au principe de légalité répressive. En somme, il convient de suggérer à l'Administration et au juge de l'impôt de faire sortir la donation de titres financiers de la catégorie des dons manuels, et de l'inclure, conformément au droit civil, dans la catégorie des donations indirectes.

<sup>1120</sup> La même conclusion vaut pour le juge administratif qui, jugeant en matière fiscale, est soumis à la question de la requalification d'un acte en donation indirecte ou déguisée. En outre, on rappellera que, dans cette matière, comme dans toute autre, si la requalification d'un acte pose une difficulté sérieuse, le juge administratif doit saisir le juge judiciaire d'une question préjudicielle l'obligeant à surseoir à statuer. Sur le sujet, v. notamment : Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions », *RFDA* 1990, p. 764 ; B. SEILLER, *Rép. Dalloz de contentieux administratif*, v° « Question préjudicielle », t. II ; D. LABETOULLE, « L'avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005, p. 1770.

<sup>1121</sup> N. MOLFESSIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2000, n° 97-22.394, Bull. n° 191, *RTD civ.* 2000, p. 670.

<sup>1122</sup> V. par exemple en matière de dommages et intérêts à caractère punitif : F. ROUSSEAU, « Projet de réforme de la responsabilité civile. L'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », *JCP*

paraît pouvoir se justifier à l'égard de certaines sanctions civiles assimilables à des peines pénales, et ce, en raison de l'adage « *odiosa sunt restringenda* ».

Pour admettre l'application du principe de légalité aux sanctions du recel successoral, et donc justifier l'abandon de l'instrumentalisation de la donation indirecte en cette matière, il faudrait donc démontrer que ces sanctions sont assimilables, sous ce rapport, à des sanctions pénales. Rappelons à cet égard que, dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 2006, l'article 778 du Code civil déchoit de plein droit le cohéritier convaincu de recel de la faculté d'option que la loi reconnaît aux successibles ; il est, dès lors, réputé accepter purement et simplement la succession. En outre, le receleur est privé de ses droits sur le bien recelé, qu'il doit restituer à la masse à partager ; les cohéritiers profitent seuls du bien recelé. Enfin, le receleur peut, à la demande des cohéritiers victimes, être condamné à des dommages et intérêts. En somme, le receleur encourt une triple sanction : privé de son droit d'option successorale ainsi que de ses droits sur l'objet dissimulé, il peut également être redevable de dommages et intérêts à l'égard de ses cohéritiers.

**317. Caractère de peine privée attaché aux sanctions du recel de succession** – Ces sanctions ont-elles la nature de peines ? La réponse paraît devoir être positive. Le point n'est guère contesté : la doctrine, unanime, met en avant la double dimension préventive et punitive des sanctions que la loi attache au recel successoral<sup>1123</sup>.

D'un côté (en « amont »), enseigne-t-on, ces sanctions s'emploient à dissuader les héritiers de profiter du manque d'information de leurs cohéritiers pour dissimuler des biens appartenant à la succession. Ce faisant, les sanctions du recel tentent, à titre prophylactique, de canaliser les risques d'atteintes à l'égalité successorale, ou ce qui revient au même, d'« assurer l'égalité dans le partage »<sup>1124</sup>.

D'un autre côté (en « aval »), lorsqu'elles sont prononcées, les sanctions du recel revêtent la nature d'une peine privée puisque, si l'on suit la définition de cette peine dégagée par

---

G. 2018, doct. 686, n° 5 et s. Plus généralement sur les sanctions pécuniaires civiles, v. N. ALLIX, *Les sanctions pécuniaires civiles*, thèse, LGDJ, 2020.

<sup>1123</sup> En ce sens, v. par exemple : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les détournements intrafamiliaux de nature patrimoniale », *Dr. pat.* 2011, n° 209 ; M. HUGENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Rousseau, 1904 ; R. MONESTIER, *Du rôle de la pénalité civile en matière successorale*, thèse Montpellier, 1935 ; M. CRÉMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Mélanges P. KAYSER*, t. 1, PUAM, 1979, p. 290 ; V. ZALEWSKI, « Le recel successoral revisité », *LPA* 2005, p. 5.

<sup>1124</sup> C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 139, n° 208. *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juillet 1982, Bull. n° 255 : « le divertissement et le recel peuvent résulter de toute fraude commise par un indivisaire vis-à-vis des autres indivisaires à l'effet de rompre à son profit l'égalité dans le partage à intervenir ».

Monsieur CRÉMIEUX, « les sanctions du recel successoral atteignent personnellement l'auteur d'un fait illicite et sont établies au profit des particuliers victimes de l'illicéité »<sup>1125</sup>. En effet, d'une part, la déchéance impose une acceptation pure et simple de la succession au receleur ; il est dès lors tenu *ultra vires successionis* aux dettes et charges de la succession, c'est-à-dire sur ses biens personnels si l'actif successoral n'est pas suffisant pour désintéresser les créanciers (C. civ., art. 785, alinéa 1<sup>er</sup>). D'autre part, on l'a dit, l'héritier receleur perd l'ensemble de ses droits sur les objets recelés dont ses cohéritiers profiteront seuls et, s'il en existe, il doit restituer les fruits et revenus perçus à compter de leur appropriation injustifiée<sup>1126</sup>. Enfin, l'éventuelle condamnation aux dommages et intérêts du receleur ne nécessite pas la preuve, par les cohéritiers victimes du recel, de l'existence d'un quelconque préjudice<sup>1127</sup>. C'est dire que les sanctions attachées au recel successoral constituent des sanctions de nature punitive. En ce sens, Monsieur BRENNER souligne qu'en matière de recel successoral « la loi civile prend de toute évidence une forte connotation morale », sinon pénale, ajouterons-nous. Cette connotation « la fonde à sortir de la neutralité comptable dans laquelle elle s'absorbe habituellement »<sup>1128</sup>. Aussi bien, on a pu dire des sanctions du recel de succession qu'elles constituaient un moyen de punir « le manque de probité »<sup>1129</sup> du receleur à l'égard de ses cohéritiers. Dans ces conditions, il semble indéniable que les sanctions énoncées par l'article

---

<sup>1125</sup> V. ZALEWSKI, « Le recel successoral revisité », *LPA* 2005, n° PA200520702, p. 5.

<sup>1126</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 1994, Bull. n° 295 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007, n° 06-14.399. Cependant, il n'est pas tenu d'acquitter les droits de mutation sur la libéralité recelée. En ce sens, v. : Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.080, Bull. n° 49 ; *RTD civ.* 2010, p. 607, obs. M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2010, p. 194, obs. C. VERNIÈRES.

<sup>1127</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1983, n° 82-13199 ; *D.* 1984, p. 237, note H. SOULEAU ; *Defrénois* 1984, art. 33313, note P. MALAURIE ; *RTD civ.* 1984, p. 339, note J. PATARIN.

<sup>1128</sup> C. BRENNER, « Les sanctions en droit patrimonial de la famille », in *Les sanctions en droit contemporain, La sanction, entre technique et politique*, C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, 2012, p. 200, n° 29, à propos de l'ensemble des déchéances légales du droit patrimonial de la famille. Cette prégnance de la règle morale se retrouve d'ailleurs avec l'admission d'un droit de repentir du receleur, mais aussi avec la reconnaissance du recel d'héritier à l'occasion de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Dans le même sens, v. : J. HOUSSEIER, *Les dettes familiales*, thèse, IRJS, 2017, p. 400 et s., n° 401 et s. : « [...] soucieuse de donner tout son domaine à cette règle morale, la jurisprudence entend largement la notion. [...] Cette prégnance de la règle morale s'est d'ailleurs retrouvée sous la plume du législateur en 2006, lorsqu'il s'est agi de reconnaître le recel d'héritiers, jadis oublié des textes de loi [...] C'est enfin cette même prégnance de la règle morale qui justifie que le recel soit assimilé à une peine privée, aux conséquences énergiques ».

<sup>1129</sup> M. SALLE DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », *RTD civ.* 1933, p. 1037 et s., n° 3 ; F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse Paris II, 2008, p. 205, n° 520. *Comp.* : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse, Bordeaux, 2015, p. 434, n° 415, note 3, selon qui le recel de succession ne punit pas un manquement à une incombance, mais une méconnaissance du devoir général de ne pas nuire à autrui.

778 du Code civil punissant le recel successoral correspondent à une peine privée. Or ce caractère de peine privée suffit, à notre avis, à soumettre cette disposition au principe de légalité répressive.

**318. Peine privée privative de liberté** – Cette affirmation ne fait cependant pas l’unanimité en doctrine. Pour certains auteurs, en effet, les sanctions du recel successoral ne seraient pas soumises au principe de légalité du seul fait qu’elles aient un caractère de peine privée car « il [serait] possible de considérer qu’il n’y a pas d’atteinte à la liberté et à la sécurité individuelle par l’application de l’article [778 du Code civil], ce qui justifie l’interprétation stricte de la loi pénale »<sup>1130</sup>. Dit autrement, le recel de succession ne serait pas une peine privative de liberté ; or puisque le principe de légalité répressive assure le respect de la liberté individuelle, les juges ne sauraient se tenir à une interprétation stricte de l’article 778. Il n’y aurait donc, à suivre ce raisonnement, aucune critique à émettre contre les décisions précédemment analysées instrumentalisant la qualification de donation indirecte en vue de frapper un cohéritier des peines du recel successoral.

L’analyse ne convainc pas. Tout d’abord, le recel successoral atteint à la liberté de l’héritier receleur : précisément, à sa liberté d’accepter la succession. En droit français, la succession ne s’impose pas au successible : « nul n’est héritier qui ne veut »<sup>1131</sup> ; c’est le principe de la liberté de l’option successorale. L’héritier a ainsi personnellement le choix entre l’acceptation pure et simple, l’acceptation à concurrence de l’actif net et la renonciation à la succession. Dès lors, la déchéance du droit d’option imposée par l’article 778 du Code civil à l’héritier receleur, qui en fait de droit un acceptant pur et simple de la succession, porte atteinte à sa liberté d’option. En outre, la légalité répressive vaut pour toutes les peines, y compris les amendes qui ne portent pas directement atteinte à la liberté mais à la propriété. Or les sanctions du recel emportent, par modification des règles du partage, une diminution de propriété de l’héritier receleur : ce dernier se voit privé de tout droit sur les biens détournés lors du partage de la succession. Par exemple, si la restitution de la donation a lieu en valeur, le receleur paye à la succession ce qu’il doit en

---

<sup>1130</sup> En ce sens, v. : V. ZALEWSKI, « Le recel successoral revisité », *art. préc.*

<sup>1131</sup> Cass. req., 26 février 1934, *DH* 1934, p. 201 : « Nul n’est héritier qui ne veut ; cette règle fondamentale consacrée par l’article 775 a une portée générale et s’applique à la transmission, sous la seule réserve de la disposition prévue par l’article 782 ».

moins prenant : « ses droits, calculés sur les seuls biens qu'il n'a pas recelés, sont diminués des sommes dont il est redevable et, s'il doit plus, il décaisse la différence »<sup>1132</sup>.

En somme, le recel successoral serait assimilable à une « infraction pénale »<sup>1133</sup>, en particulier à l'infraction de vol telle que prescrite par l'article 311-1 du Code pénal<sup>1134</sup>. C'est pourquoi nous croyons possible de soutenir qu'il est soumis au principe de légalité répressive<sup>1135</sup>.

**319. Abandon de l'instrumentalisation en matière de recel successoral** – Par conséquent, nous suggérons que l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte destinées à mettre en œuvre les peines du recel successoral – telles qu'on les entrevoit dans les arrêts précédemment analysés du 2 octobre 2019<sup>1136</sup> et du 1<sup>er</sup> février 2017<sup>1137</sup> – soient, à l'avenir, abandonnées. Du reste, il en va ici comme en matière fiscale : si l'acte litigieux – en l'occurrence le détournement par l'héritier d'un bien reçu du défunt – constitue une fraude, le juge civil peut la sanctionner sur le fondement du principe général exprimé sous la formule latine *fraus omnia corrumpit*<sup>1138</sup>. Certes, la sanction d'une telle fraude, consistant en

---

<sup>1132</sup> M. GRIMALDI, *manuel droit des successions*, p. 424, n° 523. *Contra* : B. VAREILLE, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, *JCP N.* 2018, p. 1018, pour qui les droits du receleur sont diminués de la valeur des biens recelés, et non pas de la seule quote-part qu'il y avait.

<sup>1133</sup> C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 139, n° 208.

<sup>1134</sup> L'article 321-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal prévoit que « le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit ».

<sup>1135</sup> En ce sens, v. par exemple : V. BRÉMOND, « Le recel d'un bien indivis par l'un des indivisaires n'existe pas », *D.* 2004, p. 2343, relevant que « [le recel], constituant une peine privée, doit être interprété strictement, interdisant toute extension par analogie » ; J. CASEY, *RJPF* 2004-2/47 ; R. LE GUIDEC, *JCP G.* 2004. I, p. 1426, obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 novembre 2003, n° 01-03.877 (implicitement) ; E. GUILHERMONT, « La dissimulation d'un héritier : un nouveau délit civil ? », *Dr. fam.* 2007, étude 27 ; R. MÉSA, « Du domaine et de la sanction du recel en droit patrimonial de la famille », *RLDC* 2011, n° 84 ; R. MÉSA, « L'encadrement strict du domaine de la sanction du recel de donation », *RLDC* 2016, n° 142 ; M. NICOD, « Le recel de donation rapportable ou réductible », *Defrénois* 2020, n° 25, p. 54.

<sup>1136</sup> CA Paris, 2 octobre 2019, n° 17/20905.

<sup>1137</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 16-14.323, Publié ; *Dr. fam.* 2017, comm. 38, M. NICOD ; *AJ fam.* 2017, p. 209, note N. LEVILLAIN ; *GP* 2017, p. 24, note S. PIEDELIÈVRE ; *GP* 2017, p. 56, note O. VERGARA ; *GP* 2017, p. 85, note A.-L. CASADO ; *D.* 2017, note D. LOUIS.

<sup>1138</sup> *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 2016, n° 15-13.741, retenant qu'il appartient à la cour d'appel de rechercher si le fait, pour l'un des enfants du défunt, de révéler tardivement l'existence de trois trusts de droit australien, d'en taire le nom des bénéficiaires, puis de procéder à l'annulation des parts sociales de la société trustee, n'était pas de nature à caractériser une fraude aux droits des héritiers réservataires (pour une analyse détaillée de cette décision, v. M. NICOD, « Dissimulation de trusts et fraude à la réserve héréditaire », *Dr. fam.* 2016, comm. 211). Sur l'affirmation prétorienne de la notion de fraude en général, v. : F. DOURNAUX, *thèse préc.*, p. 302 et s., n° 77 et s. Dans le même sens, v. : Cass. req., 16 décembre 1845, *S.* 1846. 1, p. 100, note L. M. DEVILLENEUSE ; Cass. req., 14 juin 1847, *D.* 1847. I, p. 332 ; Cass.

l'inopposabilité de l'acte frauduleux aux cohéritiers<sup>1139</sup>, ne pourrait priver l'héritier de son droit d'option successorale. Mais l'inopposabilité obligerait tout au moins l'héritier convaincu de fraude à payer à la succession la valeur entière du bien recelé sans pouvoir y prendre part. En outre, il est acquis que la fraude peut donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts<sup>1140</sup>. En d'autres termes, les sanctions du détournement par l'héritier d'un bien reçu du défunt sur le fondement du principe général *fraus omnia corrumpit*, quoique que moins étendues que celles prescrites à l'article 778 du Code civil, assureraient suffisamment la neutralisation des effets de l'acte frauduleux. C'est dire que les juges n'ont pas besoin d'instrumentaliser la qualification de donation indirecte pour parvenir à sanctionner le détournement frauduleux par l'héritier d'un bien reçu du défunt lorsque ce détournement ne constitue pas un recel au sens de l'article 778 du Code civil.

En somme, par application du principe de légalité répressive aux peines du recel successoral et sans préjudice du possible recours à la théorie de la fraude, nous appelons de nos vœux l'abandon par les juges de l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière de recel successoral<sup>1141</sup>. Il reste alors à envisager des aménagements techniques qui contribueraient à garantir l'abandon de ces manifestations d'instrumentalisation, tant successorales que fiscales.

---

civ., 26 mars 1885, *D.* 1855. 1, p. 326 ; Cass. req., 14 mars 1859, *S.* 1859. I, p. 833 ; *D.* 1859. 1, p. 500 ; Cass. req., 27 novembre 1893, *S.* 1894. 1, p. 385, note C. LYON-CAEN.

<sup>1139</sup> En effet, la jurisprudence sanctionne la plus souvent la fraude par l'inopposabilité. En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1990, Bull. n° 278, *Defrénois* 1991, p. 497, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1991, p. 157, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 2011, n° 09-66.512, Bull. n° 61 ; *D.* 2011, p. 2624, obs. C. BOURDAIRE-MIGNOT, V. BRÉMOND, M. NICOD et J. REVEL ; *AJ fam.* 2011, p. 382, obs. P. HILT ; *Rev. soc.* 2011, p. 488, note E. NAUDIN ; *JCP* 2011, n° 1371, §9, obs. P. SIMLER ; *JCP N.* 2011, n° 1292, note H. HOVASSE ; *Defrénois* 2011, p. 967, obs. G. CHAMPENOIS ; *RLDC* 2011/86, n° 4392, note B. DUPONT-LEGRAND.

<sup>1140</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. com., 26 octobre 1997, Bull. n° 186 ; *D.* 1999, p. 93, obs. A. L. ; *JCP E.* 2000, n° 23, obs. F.-X. LUCAS ; *RTD com.* 2001, p. 226, obs. A. MARTIN-SERF.

<sup>1141</sup> La même conclusion peut être faite s'agissant des décisions qui, quoique plus rares aujourd'hui, instrumentalisent la qualification de donation indirecte (en la substituant par la qualification de donation déguisée) afin d'appliquer l'ancienne nullité des donations déguisées entre époux édictée à l'article 1099, alinéa 2, du Code civil (sur ces décisions, v. *supra* n° 249 et s.). En effet, comme l'a démontré Madame MÉAU-LAUTOUR, cette disposition édictait une peine civile contre les époux (H. MÉAU-LAUTOUR, *thèse préc.*, p. 462, n° 617. *Rapp.* : M. HUGENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Rousseau, 1904, p. 156). Dès lors, il ne nous semble pas incongru de prétendre que cette disposition est également soumise au principe de légalité répressive et, par conséquent, de solliciter l'abandon de toute instrumentalisation de la donation indirecte visant à mettre en œuvre la nullité des donations déguisées entre époux.

## §2 – LES GARANTIES TECHNIQUES DE L'ABANDON DE L'INSTRUMENTALISATION PUNITIVE

**320. L'intervention du législateur ?** – Plusieurs démarches pourraient être entreprises en vue de garantir l'abandon de l'instrumentalisation punitive de la donation indirecte.

On pourrait tout d'abord envisager, pour la matière fiscale du moins, un mode de garantie *légale* contre l'instrumentalisation de la donation indirecte. Précisément, on pourrait inviter le législateur fiscal à user de la technique du renvoi législatif<sup>1142</sup>, c'est-à-dire à faire expressément référence, dans la loi fiscale, au concept civil de donation indirecte, tel qu'il figure à l'article 843 du Code civil. Cette technique n'est d'ailleurs pas inconnue en droit fiscal, comme en témoigne, par exemple, l'article 790 ancien du Code général des impôts à propos de la donation-partage renvoyant expressément à l'article 1075 du Code civil<sup>1143</sup>. En effet, si le législateur fiscal acceptait un renvoi à l'article 843 du Code civil, s'il acceptait de veiller lui-même à « la cohabitation paisible des deux corps de règles »<sup>1144</sup> générales (civiles) et spéciales (fiscales), on peut gager que l'Administration et le juge de l'impôt se risqueraient moins à instrumentaliser la qualification civile de donation indirecte, empêchés qu'ils seraient de faire valoir une prétendue autonomie du droit fiscal pour déformer la volonté claire exprimée par la loi fiscale. On ne peut donc que souhaiter sur ce point une réforme.

**321. L'intervention de la Cour de cassation** – Deux autres garanties d'abandon de l'instrumentalisation punitive de la donation indirecte, plus modestes, peuvent être envisagées. Celles-ci pourraient, en outre, s'appliquer tant au contentieux fiscal qu'à celui du recel successoral. La première consiste, au sein de ces deux contentieux, à renforcer le contrôle de la Cour de cassation sur les éléments constitutifs du concept qu'elle abandonne en grande partie au pouvoir souverain des juges du fond (A). La seconde garantie, qui parachèverait la première, consisterait à accorder à la Cour de cassation un pouvoir exceptionnel de contrôle de la matérialité des faits, matérialité qui constitue la première étape du processus de qualification juridique et qui, elle aussi, ressortit au pouvoir souverain des juges du fond (B).

---

<sup>1142</sup> Sur cette technique, v. notamment : J.-L. BERGEL, « Vices et vertus de la législation par référence », *RRJ* 1997-4, p. 1212 ; N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir.), Economica, 1999, p. 55 et s., définissant le renvoi comme « l'invitation formelle, énoncée par la règle, à se reporter à une ou plusieurs autres dispositions ».

<sup>1143</sup> Cet article disposait que « *les donations-partages effectuées conformément à l'article 1075 du Code civil* bénéficient sur les droits liquidés en application des dispositions des articles 777 et suivants du présent Code d'une réduction de 25 % lorsque le donateur est âgé de moins de soixante-cinq ans et de 15 % lorsque le donateur a soixante-cinq ans révolus et moins de soixante-quinze ans. Ces dispositions sont applicables aux donations-partages consenties par actes passés à compter du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ».

<sup>1144</sup> L'expression est de Madame GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 425, n° 324.

## A – Un contrôle exceptionnel de la qualification des faits par la Cour de cassation

**322. Position du problème et proposition** – C’est un lieu commun que de rappeler que la Cour de cassation se refuse à un contrôle général de toutes les qualifications effectuées par les juges du fond. En effet, sa jurisprudence fait le départ entre les qualifications qu’elle contrôle et celles qu’elle abandonne au pouvoir souverain des juges du fond. Ainsi, un très grand nombre de notions ou d’éléments constitutifs de ces notions échappent au contrôle régulateur de la Cour de cassation<sup>1145</sup>.

Qu’en est-il en matière de donation indirecte ? La Cour de cassation exerce-t-elle un contrôle sur ses éléments constitutifs ? La réponse nous paraît devoir être négative. Prenons, d’abord, la donation indirecte sous son angle général, c’est-à-dire en tant qu’espèce du genre plus général qu’est la libéralité entre vifs. Dans cette perspective, on l’a dit<sup>1146</sup>, la donation indirecte se caractérise par un double élément : *le dessaisissement actuel* de la chose donnée et *l’intention libérale* du disposant. À cet égard, l’analyse de la jurisprudence montre que si la Cour de cassation semble contrôler les appréciations par lesquelles les juges du fond ont estimé qu’il existait, ou non, un transfert actuel de la chose donnée<sup>1147</sup>, aucune de ses chambres n’exerce de contrôle sur l’existence d’une intention libérale<sup>1148</sup>. Aussi, l’appréciation de la psychologie du

---

<sup>1145</sup> En faveur d’un contrôle général de toute qualification, v. : J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, Paris, Sirey, n° 1448. *Comp.* en matière administrative : J. MASSOT, O. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR et A. BRETONNEAU, *Le Conseil d’État, juge de cassation*, Les indispensables, Berger Levrault, 6<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 151, n° 196 : « aucun obstacle théorique ne s’opposerait à ce que le juge de cassation exerce, à son niveau, un contrôle généralisé de toutes les opérations de qualification juridique auxquelles se livre le juge du litige. Un contrôle général de toutes les qualifications, théoriquement envisageable, aurait toutefois pour conséquence de faire remonter au juge de cassation toutes les questions des litiges, à l’exception de celles portant sur la caractérisation de chaque situation de fait. Le risque de transformer le juge de cassation en troisième degré de juridiction serait alors considérable ».

<sup>1146</sup> Sur ce point, v. : *supra* n° 5.

<sup>1147</sup> Plus généralement, la Cour de cassation paraît exercer son contrôle sur l’appréciation faite par les juges de l’existence, ou non, de l’appauvrissement du disposant. En ce sens, v. par exemple : Cass. com., 10 février 2009, n° 07-21.806, Publié ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 2009, n° 09-14.053 ; Cass. com., 18 décembre 2012, Bull. n° 230 ; *JCP E.* 2013, p. 1066, note H. HOVASSE ; *JCP E.* 2013, p. 1702, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP N.* 2013, p. 1010, n° 4, obs. J.-P. GARÇON ; *RFP* 2013, comm. 4, obs. R. MORTIER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985, Bull. n° 314 ; *Defrénois* 1986, art. 33700, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD. civ.* 1987, p. 137, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Bull. n° 39, *D.* 2002, p. 2447, obs. M. NICOD ; *D.* 2003, p. 344, obs. D.-R. MARTIN ; *RTD civ.* 2002, p. 551, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 2003, art. 37649, n° 7, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>1148</sup> En ce sens, v. parmi de nombreux arrêts : Cass. req., 19 juillet 1881, *DP* 1882. 1, p. 220 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 décembre 1966, Bull. n° 554 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, n° 94-22.022, Bull. n° 70, *RTD civ.* 1999, obs. F. ZENATI ; *RTD civ.* 1997, p. 636, obs. J. HAUSER ; *D.* 1999, p. 309, note M. NICOD ; *RTD civ.* 1998, p. 439, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2010, Bull. n° 14 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2015, n° 14-24.926 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-28.154 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2019, n° 18-17.372.

disposant relève du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation se contentant seulement de rappeler la nécessité de constater l'intention libérale du disposant lorsqu'ils retiennent la qualification de libéralité<sup>1149</sup>. À prendre, ensuite, la donation indirecte sous son angle « particulier » ou « original », c'est-à-dire en tant qu'espèce particulière de donation entre vifs, elle se caractérise par l'existence d'un *acte juridique muet et sincère*, c'est-à-dire un acte qui, quoique dépourvu de simulation, cache la nature libérale de l'opération. À la lecture des arrêts de la Cour de cassation où s'est posée la question de la qualification de l'existence d'un acte muet et sincère, on constate, là encore, que les juges du fond exercent leur pouvoir souverain d'appréciation<sup>1150</sup>. Il y a longtemps, en effet, que la Cour de cassation se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond pour savoir si la donation en cause constitue une donation indirecte ou une donation simulée (déguisée ou par personne interposée), si celle-ci contient ou non un mensonge caractéristique de la simulation<sup>1151</sup>. En somme, seul l'élément matériel de la donation indirecte, à savoir le dépouillement actuel du disposant, paraît faire l'objet d'un contrôle de qualification de la Cour de cassation : tous ses autres critères, notamment l'intention libérale et l'absence de simulation, sont l'apanage des juges du fond qu'il n'est pas question, pour les plaideurs, de remettre en cause devant la Cour de cassation.

On comprend ainsi pourquoi en matière fiscale comme en matière de recel successoral, c'est bien souvent – sinon exclusivement – de ces deux éléments décisifs que les juges se servent pour instrumentaliser la qualification de donation indirecte. Il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à se souvenir de l'arrêt du 6 novembre 2019, au terme duquel la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir requalifié un *trust* en donation indirecte en déduisant librement l'existence de l'intention libérale du *settlor* inconnu en l'espèce, de la seule désignation formelle du bénéficiaire dans l'acte constitutif de *trust*<sup>1152</sup>.

---

<sup>1149</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2020, n° 18-19.650, *JCP N.* 2020, p. 1158, note M. NICOD : « seule une libéralité, qui suppose un appauvrissement du donateur dans l'intention de gratifier son héritier, est rapportable à la succession. [...] En statuant ainsi, sans constater l'intention libérale du donateur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Dans le même sens, v. encore : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 octobre 2020, n° 19-13.770 ; S. FATHI, « L'usage d'un bien comme contrepartie de son financement exclut l'intention libérale du défunt », *GP* 5 janvier 2021, n° 394g8, p. 85.

<sup>1150</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 janvier 1983, n° 82-10.426 (sur le caractère neutre, ou non, de l'acte vecteur).

<sup>1151</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1965 ; *JCP G.* 1966. II, 15579, note P. VOIRIN (sur l'existence d'un déguisement) ; Cass. civ., 4 novembre 1913, *DP* 1917. 1, p. 142 (sur l'existence d'une interposition de personnes).

<sup>1152</sup> Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985 ; *Dr. fam.* 2020, p. 31, note M. NICOD ; *GP* 2020, p. 68, note S. LEROND.

Ne pourrait-on pas, alors, dans les matières gouvernées par le principe de légalité répressive, envisager que la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'ensemble des éléments constitutifs de la donation indirecte afin de limiter le risque d'instrumentalisation de la qualification par les juges du fond ? Une réponse positive semble s'imposer, pour plusieurs raisons.

**323. Insuffisance de la sanction du défaut de base de légale** – Certes, on pourrait avoir l'idée d'objecter que le contrôle de la motivation et la sanction du défaut de base légale pourraient suffire. Pour mémoire, le défaut de base de légale est constitué lorsqu'il existe « une insuffisance de motivation de la décision attaquée [en fait ou en droit] qui ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler [...] que les juges du fond ont fait une application correcte de la règle de droit »<sup>1153</sup>. Ainsi pourrait-on penser que, pour bannir toute instrumentalisation répressive de la donation indirecte par les juges du fond, il suffit de les sanctionner en tant qu'ils ont insuffisamment justifié les éléments décisifs d'une qualification souverainement appréciée (ici l'intention libérale, la simulation ou la dissimulation).

Toutefois, ainsi que Monsieur LE BARS l'explique, un tel contrôle n'est pas un contrôle plein : « il ne consiste qu'à vérifier la cohérence ou la vraisemblance des appréciations souveraines. Il est limité à l'erreur évidente d'appréciation »<sup>1154</sup>. Or les arrêts ci-dessus étudiés prouvent que, lorsqu'ils instrumentalisent la qualification de donation indirecte à des fins répressives, les juges du fond rusent d'une motivation qui, pour être critiquable sur le plan logique, donne l'apparence de la cohérence. Quoiqu'envisageable, la sanction du défaut de base légale ne nous paraît donc pas suffisante à garantir l'abandon de l'instrumentalisation répressive de la donation indirecte par les juges du fond.

**324. Faculté de variation temporelle du contrôle de la qualification** – Ensuite, notons que le contrôle des qualifications par la Cour de cassation a pu varier « dans le temps »<sup>1155</sup> ; qu'une même qualification a pu être tour à tour non contrôlée puis contrôlée.

Ce qui relevait du fait hier peut relever du droit demain. Ainsi, par exemple, si la renonciation à un droit est d'abord apparue comme une question de faits relevant de l'appréciation

---

<sup>1153</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *in La technique de cassation*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 188. Pour plus de détails sur la typologie du défaut de base légale (insuffisance de motifs de fait – insuffisance de motifs de droit), v. notamment : T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, thèse, LGDJ, 1997, p. 109 et s., 142 et s.

<sup>1154</sup> T. LE BARS, *thèse préc.*, p. 155, n° 202, p. 170 et s., n° 223 et s.

<sup>1155</sup> Selon l'expression de M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *in La technique de cassation*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 154.

souveraine des juges du fond<sup>1156</sup>, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 26 avril 1974<sup>1157</sup>, qu'elle devait exercer un contrôle précis sur les circonstances permettant de déceler une intention réelle et sérieuse de renoncer. Aussi bien, il ne nous semble pas irréaliste de proposer l'instauration d'un contrôle de l'ensemble des éléments qualificatifs de la donation indirecte, qui ne sont aujourd'hui que partiellement contrôlés.

**325. Nature répressive des effets de la qualification** – Ensuite, se pose la question du fondement de ce « nouveau » contrôle. En effet, comme la doctrine l'a montré, la frontière entre qualification contrôlée et qualification non contrôlée ne procède pas, la plupart du temps, de choix jurisprudentiels arbitraires mais reposerait, au contraire, sur des critères identifiables<sup>1158</sup>. Quels sont ces critères ? L'un d'entre eux pourrait-il justifier l'instauration d'un contrôle de l'ensemble des éléments constitutifs de la donation indirecte en matière fiscale et en matière de recel successoral ?

Certains ont cru déceler l'un des critères principaux de la distinction dans l'existence d'une définition légale de la notion à contrôler<sup>1159</sup>. Dit autrement, le juge de cassation exercerait un contrôle sur la qualification d'une notion dans les hypothèses où le législateur aurait pris soin de la définir. Au contraire, lorsque la loi « se contente de désigner par un nom ou une expression la catégorie qu'[elle] régleme[n]te »<sup>1160</sup>, les juges du fond jouiraient d'un pouvoir souverain. Un tel critère a cependant été critiqué, notamment en ce qu'il ne correspondrait à aucune réalité<sup>1161</sup>. Et l'on ne peut que s'en réjouir car il n'aurait pu satisfaire notre proposition. En effet, ainsi qu'il a été dit, la donation indirecte ne bénéficie d'aucune définition légale : si mention en est parfois faite par le Code civil<sup>1162</sup>, jamais celle-ci ne s'accompagne d'éléments de définition. Dès lors, la thèse selon laquelle le contrôle du juge de cassation ne porte que sur les notions précisément

---

<sup>1156</sup> Cass. civ., 4 mars 1963, Bull. n° 140 ; Cass. civ., 16 février 1965, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 641, note J. DEHAUSSY ; Cass. civ., 29 mai 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 738 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1968, Bull. n° 42 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1971, *D.* 1972, p. 178, *Rev. crit. DIP* 1972, p. 314, note D. HOULLEAUX.

<sup>1157</sup> Cass. mixte, 26 avril 1974, *JCP G.* 1975. II, 18157, note G. GÉGOUT ; *D.* 1975, p. 249, note J. BORÉ.

<sup>1158</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *La technique de cassation*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 145 et s.

<sup>1159</sup> Sur l'exposé de cette théorie, v. notamment : G. MARTY, *thèse préc.*, p. 192 et s., n° 111 et s.

<sup>1160</sup> G. MARTY, *thèse préc.*, p. 192, n° 111.

<sup>1161</sup> G. MARTY, *thèse préc.* p. 194 et s., n° 112. Dans le même sens, v. : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *préc.*, p. 151. Par exemple, la notion de faute est contrôlée par la Cour de cassation (v. par exemple : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 avril 1988, Bull. n° 86 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2012, Bull. n° 241 ; Com., 16 octobre 2012, Bull. n° 189) alors qu'elle n'est pas définie par le législateur.

<sup>1162</sup> En ce sens, v. par exemple : C. civ., art. 843, 1099, 1595 anc.

définies par le législateur n'aurait pu permettre de justifier un nouveau contrôle des éléments de définition de la donation indirecte.

La doctrine semble en revanche unanime à considérer que la volonté de la Cour de cassation d'exercer, ou non, un contrôle de la qualification des faits peut être guidée par la « densité juridique »<sup>1163</sup> de la notion à contrôler, c'est-à-dire par le degré, la sensibilité, la portée de ses incidences sur l'issue du litige<sup>1164</sup>. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que « dans tous les contentieux, les qualifications de “faute” retenues par les juges du fond font l'objet d'un contrôle de la part du juge de cassation, [ce notamment parce que] la notion emporte des conséquences décisives sur la solution du litige, qu'il soit de nature répressive, indemnitaire ou contractuel »<sup>1165</sup>. Or ce critère, tiré de l'incidence de la notion juridique en cause, pourrait permettre de justifier un contrôle de la qualification de donation indirecte dans les contentieux à coloration pénale, où elle demeure lourde de conséquences, soit pour le donateur, soit pour le donataire. Ce n'est pas dire, loin s'en faut, que la notion de donation indirecte constitue, en soi, une notion à forte « densité juridique ». Plus modestement, il s'agirait pour les juges, dans chacun des litiges qui leur sont soumis, *d'identifier la gravité des conséquences* qui s'attachent à cette qualification.

De deux choses l'une alors. Soit les juges constatent que le jeu de la qualification de donation indirecte n'emporte aucune conséquence de nature répressive, notamment parce que la matière juridique dans laquelle ce jeu s'opère n'est pas gouvernée par le principe de légalité répressive, et les juges de cassation s'en remettent alors à l'appréciation souveraine des juges du fond. Soit, au contraire, ils constatent que le jeu de la qualification de donation indirecte implique des conséquences punitives pour les parties, auquel cas leur intervention est nécessaire pour en

---

<sup>1163</sup> F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 1998, p. 780.

<sup>1164</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *La technique de cassation, préc.*, p. 149 et s. Pour un même constat en matière administrative, v. : J. MASSOT, O. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR et A. BRETONNEAU, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Les indispensables, Berger Levrault, 6<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 157 et s., n° 201.

<sup>1165</sup> J. MASSOT, O. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR et A. BRETONNEAU, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Les indispensables, 6<sup>ème</sup> éd., Berger Levrault, 2018, p. 157 et s., n° 201. En matière judiciaire, v. par exemple en matière de responsabilité civile (contractuelle ou délictuelle) : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 avril 1988, Bull. n° 86 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2012, Bull. n° 241 ; Com., 16 octobre 2012, Bull. n° 189. En matière administrative, v. par exemple : CE, 28 juillet 1993, n° 116943, *Lebon* (sur l'existence même de la faute) ; CE, sect. 11 juin 1999, *Lebon* ; *AJDA* 1999, p. 789, chron. P. FOMBEUR ; M. GUYOMAR (sur la gravité de la faute).

assurer le respect<sup>1166</sup>. En ce dernier cas, la chambre commerciale et la chambre civile, statuant en matière fiscale ou en matière de recel successoral, se rapprocheraient de la chambre criminelle, devant laquelle toute méconnaissance par les juges du fond des éléments qui caractérisent une infraction donne traditionnellement ouverture à cassation pour violation de la loi, en raison du principe de légalité des délits et des peines<sup>1167</sup>. En définitive, il nous semble que le critère tiré la nature répressive des conséquences attachées à la donation indirecte pourrait justifier, à titre exceptionnel, que la Cour de cassation contrôle l'ensemble de ses éléments caractéristiques, spécialement l'intention libérale et l'absence de simulation. L'ampleur du contrôle serait donc « à géométrie variable », selon les conséquences concrètes de la qualification dans chaque espèce.

**326. Domaine du contrôle de la qualification** – Sans doute pourrait-on encore objecter que cette proposition engendrerait une « flexibilité dans l'espace »<sup>1168</sup> du contrôle de la qualification de donation indirecte.

Certes, puisque notre dessein vise à admettre un contrôle exceptionnel de la qualification de donation indirecte, un contrôle variant selon les effets qui lui sont attachés à chaque espèce, il est certain qu'une flexibilité de contrôle entre les chambres de la Cour de cassation naîtront entre la chambre commerciale, traitant des aspects fiscaux de la donation, et la chambre civile. De même, il est possible qu'une variation existe au sein de la chambre civile elle-même, selon qu'est en jeu l'application d'une règle répressive, tel que le recel successoral. Cependant, il nous semble que la flexibilité de contrôle entre deux chambres ou au sein d'une même chambre n'est « fâcheuse »<sup>1169</sup> ou « peu recommandable »<sup>1170</sup> que lorsque cette flexibilité est injustifiée. Or nous avons justement tenté de démontrer que l'existence d'un contrôle de la qualification de donation indirecte par la Cour de cassation pouvait se justifier au regard des enjeux répressifs de cette qualification pour les justiciables. La flexibilité de contrôle « dans l'espace » trouverait ainsi sa justification dans des considérations pratiques. Et il nous semble que la sécurité

---

<sup>1166</sup> En outre, en matière fiscale, le souci de défendre l'égalité des citoyens devant les charges publiques pourrait justifier le caractère extensif du contrôle exercé par la Cour de cassation sur la qualification de donation indirecte. *Rapp.* : CE, 6 novembre 1991, *Lebon*, p. 894, en matière de qualification de pertes de revenus.

<sup>1167</sup> Cass. crim., 5 août 1831, *S.* 1832. I, p. 102.

<sup>1168</sup> Selon l'expression de M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *préc.*, p. 154. Pour une réflexion sur le dialogue des chambres de la Cour de cassation en droit des contrats, v. par exemple : F. CHÉNEDÉ, « La réforme du droit des contrats et la dialogue des chambres », *AJ Contrats d'affaires : concurrence, distribution*, n° 1, 2018, p. 25.

<sup>1169</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *préc.*, p. 159.

<sup>1170</sup> A. PERDRIAU, « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.* 1991, n° 48, doct. 3538.

juridique et la cohérence du droit n'en sortiraient pas menacées, bien au contraire, dès lors qu'il existe, s'agissant de cette flexibilité de contrôle, une différenciation objectivement justifiée.

**327. Synthèse** – En somme, il ne semble ni irréaliste ou inopportun de souhaiter un contrôle exceptionnel de la qualification de donation indirecte par la Cour de cassation dans les litiges où cette qualification a un effet répressif pour le justiciable, notamment en matière fiscale et en matière de recel successoral. Un tel contrôle paraît justifié à l'aune du principe de légalité répressive gouvernant ces deux matières. De plus, on peut certainement espérer que ce contrôle puisse à l'avenir dissuader les juges du fond de s'écarter de la qualification civile de la donation indirecte. Cependant, pour que cet espoir soit parfaitement réaliste, le contrôle exceptionnel de la qualification de donation indirecte par la Cour de cassation devrait, à notre avis, s'accompagner d'un contrôle, tout aussi exceptionnel, de la matérialité des faits.

#### **B – Un contrôle exceptionnel de la matérialité des faits par la Cour de cassation**

**328. Nécessité du contrôle** – Comme la résolution juridictionnelle d'un litige passe toujours (et d'abord) par l'établissement de la matérialité des faits, cet établissement est nécessairement décisif pour la solution du litige. Si dans les matières où le jeu de la qualification de donation indirecte emporte des conséquences répressives, aucune forme de contrôle n'est exercée par la Cour de cassation sur la matérialité des faits, l'utilité même d'un contrôle de la qualification des faits devient, à notre avis, sujette à caution. En effet, si une qualification des faits irréprochable est réalisée à partir d'une appréhension faussée de la situation de fait donnée, sans contrôle possible de cette appréhension, le contrôle sur la seule opération de qualification devient illusoire et ne donne pas de garantie effective au justiciable.

Dès lors, dans les matières où la qualification de donation indirecte implique des conséquences punitives pour les parties, il paraît nécessaire que la Cour de cassation exerce un contrôle de la matérialité des faits permettant de garantir la rectitude de la qualification. À cet égard, une remarque s'impose : notre souhait n'est pas de révolutionner l'office de la Cour de cassation, mais simplement de l'inviter à faire ici ce qu'elle fait déjà ailleurs.

**329. Mode d'exercice du contrôle** – Qu'est-ce que cela impliquerait concrètement ? Le mode d'exercice du contrôle de la matérialité des faits par la Cour de cassation pourrait

s'inspirer de la pratique du Conseil d'État<sup>1171</sup>. Ainsi, l'appréciation directe des faits ne suggérerait pas qu'une nouvelle discussion sur les faits puisse avoir lieu devant la Cour de cassation, au vu d'une nouvelle instruction ou de pièces nouvelles produites pour la première fois en cassation. Aussi bien, nous ne souhaitons pas remettre en question le principe selon lequel la Cour de cassation ne peut se livrer à la recherche de nouvelles preuves<sup>1172</sup>. Comme le contrôle de l'exactitude matérielle exercée par le Conseil d'État<sup>1173</sup>, le contrôle proposé devrait pouvoir être exercé au vu des pièces du dossier qui avaient été soumises aux juges du fond et, le cas échéant, à l'Administration. En outre, il ne serait pas question de remettre en cause l'appréciation souveraine portée par les juges du fond sur la valeur des preuves<sup>1174</sup>. On pourrait cantonner le contrôle de la Cour de cassation à une appréciation nouvelle des éléments de preuve soumis aux juges du fond les ayant déterminés à adopter ou refuser la qualification de donation indirecte.

**330. Justification du contrôle** – Certes, on enseigne traditionnellement que l'établissement et l'appréciation de la matérialité des faits allégués « est l'apanage des juges du fond »<sup>1175</sup>. En ce sens, l'article L. 411-2 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire énonce que « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire »<sup>1176</sup>. À suivre cette disposition, la Cour de cassation ne connaîtrait que des *questions de droit*, celles de fait seraient systématiquement soustraites à son examen car elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction<sup>1177</sup> ; ce serait toujours souverainement que les juges du fond constateraient et apprécieraient la matérialité des faits, des actes et des intentions des parties au litige<sup>1178</sup>. Par

---

<sup>1171</sup> En effet, ce dernier peut contrôler la caractérisation de la situation de fait elle-même dans les jugements rendus par des juridictions spécialisées (composées de juges non-professionnels) comme dans ceux rendus par des juridictions administratives de droit commun. Pour des illustrations jurisprudentielles, v. par exemple : CE, 11 juillet 1991, *Lebon*, p. 282 ; CE, 24 avril 1992, *Lebon*, p. 1263 ; CE, 8 octobre 2010, n° 328667 ; CE, 5 juillet 2013, n° 367316.

<sup>1172</sup> G. MARTY, *thèse préc.*, p. 178.

<sup>1173</sup> En ce sens, v. par exemple : CE, sect., 19 janvier 1949, *Lebon*, p. 22 ; CE, sect., 12 janvier 1951, *Lebon*, p. 19, *D.* 1951. 1, p. 335, concl. J. GUIONIN ; CE, 8 décembre 1999, n° 176091.

<sup>1174</sup> En ce sens, v. par exemple : CE, 7 mars 1962, *Lebon*, p. 1086 ; CE, 19 janvier 1966, *Lebon*, p. 43 ; CE, 13 novembre 1991, n° 98515.

<sup>1175</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *préc.*, p. 75 et s., n° 2.

<sup>1176</sup> Soulignements ajoutés. De même, l'article 604 du Code de procédure civile dispose que « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

<sup>1177</sup> Pour plus de détails, v. notamment : G. MARTY, *La distinction du fait et du droit – Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, 1929 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER et J. BUCK LAMENT, *préc.*, p. 75 et s., n° 2 ; J.-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115

<sup>1178</sup> C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, p. 744.

conséquent, le grief d'inexactitude matérielle des faits ne serait pas recevable devant la Cour de cassation<sup>1179</sup>, et plus généralement tout moyen de cassation tendant à discuter des faits souverainement appréciés est écarté<sup>1180</sup>.

Cependant, l'examen des décisions de la Cour de cassation prouve qu'elle exerce, ici et là, de manière implicite, un contrôle de la matérialité des faits. Trois manifestations de ce contrôle peuvent être rapidement mises en avant<sup>1181</sup>.

Tout d'abord, si la Cour de cassation considère que les juges du fond sont souverains pour apprécier la force probante des éléments de preuve qui leur sont soumis<sup>1182</sup>, elle n'hésite pas à censurer certaines décisions au visa de l'article 455 du Code de procédure civile lorsqu'elle estime que les juges du fond n'ont pas examiné une pièce déterminante pour l'issue du litige. Par exemple, au terme d'un arrêt du 9 février 2022, la Cour de cassation a décidé qu'une cour d'appel, ayant attribué préférentiellement à une épouse un immeuble dépendant d'une indivision post-communautaire au moyen de seuls comptes arrêtés par les juges du fond, avaient statué « par simple affirmation, sans analyser, fût-ce sommairement, ces comptes [...] »<sup>1183</sup>. Ainsi, en obligeant les juges du fond à examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis, la Cour de cassation se rapproche d'un juge du fond puisqu'elle constate elle-même que certains faits matériels ont été négligés.

En outre, non seulement la Cour de cassation se réserve traditionnellement la faculté d'intervenir chaque fois qu'aura été dénaturé le sens clair et précis *d'un acte*<sup>1184</sup> (contrat, conclusions, preuves...), mais elle s'est autorisée, à l'instar du Conseil d'État, à exercer un contrôle indirect de la dénaturation des faits par le biais du contrôle de la dénaturation d'un *ensemble d'actes*. Ainsi, par exemple, par un arrêt du 4 novembre 2020, la chambre commerciale, sous un chapeau général visant l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis, a décidé que « l'arrêt [retenant] que les pièces produites par [le demandeur]

---

<sup>1179</sup> En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 1981, Bull. n° 38 : « Mais attendu que seule l'interprétation d'un écrit peut faire l'objet d'un pourvoi fondé sur un grief de dénaturation, mais non l'interprétation d'un fait ».

<sup>1180</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 janvier 2000, n° 96-11.410, Bull. n° 17 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 2002, n° 99-19.239, Bull. n° 41.

<sup>1181</sup> Pour davantage de détails, v. notamment : G. MARTY, *thèse préc.*, p. 278 et s. ; J. BORÉ et L. BORÉ, *Rép. pr. civ.*, Dalloz, « Pourvoi en cassation – Distinction du fait et du droit », 2015, n° 298 et s.

<sup>1182</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 2012, n° 10-24.663 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 mai 2012, n° 11-17.064.

<sup>1183</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 2022, n° 20-13.814. *Rapp* : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 juillet 2011, n° 10-21.920 ; Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-10.440.

<sup>1184</sup> J. BORÉ, « Un centenaire, le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249 et s.

pour justifier que la liqueur de sureau supportant le signe “St-Germain” avait été commercialisée par les sociétés poursuivies durant la période considérée [étaient], à l'exception d'une seule, postérieures au 13 mai 2011, date d'effet de la déchéance de ses droits sur la marque “Saint Germain”, et en déduit que la réalité de l'atteinte alléguée [n'était] pas démontrée, [...] alors que [ledit demandeur] produisait plusieurs pièces comptables, datées de mai 2009 à mai 2011, portant la mention “St-Germain” et relatives à la vente de bouteilles d'alcool sous cette dénomination, la cour d'appel, qui a dénaturé ces documents, a violé le principe susvisé »<sup>1185</sup>. En d'autres termes, la Cour de cassation considère que la lecture, par les juges du fond, des documents versés au dossier s'écartait trop de celle qu'elle en aurait faite. Encore rare en pratique, ce type contrôle ne semble pas moins manifester la préoccupation qu'a parfois la Haute Juridiction de rouvrir, devant elle, le débat sur les faits. Aussi, mais surtout, cette décision témoigne, semble-t-il, de la volonté des juges de cassation de rapprocher leur contrôle de la dénaturation des actes de celui de la dénaturation des faits puisque, somme toute, la Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir altéré les faits eu égard aux diverses pièces soumises à leur appréciation.

Enfin – et de manière plus évidente encore –, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle a modifié l'article L. 411-3 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire<sup>1186</sup> en prévoyant qu'après avoir cassé la décision qui lui est déférée, la Cour de cassation pourra, « en matière civile, statuer au fond, en rouvrant le débat sur la matérialité des faits, lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie »<sup>1187</sup>. Comme on l'a souligné : « la haute juridiction n'[est] plus seulement *juge de droit* ; elle p[eut], lorsqu'une bonne administration de la justice l'exigera, se muer *en juge du fond*, en juge de pleine juridiction »<sup>1188</sup>. C'est dire que la défense d'un objectif à valeur constitutionnelle – ici l'objectif de bonne administration de la justice<sup>1189</sup> – peut, en matière civile, justifier

---

<sup>1185</sup> Cass. com., 4 novembre 2020, n° 16-28.281, Publié.

<sup>1186</sup> *Rapp.* : C.J.A., art. L. 831-2, d'après lequel « s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, *soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une administration de la justice le justifie* ».

<sup>1187</sup> Cette réforme était notamment sollicitée par la pratique, spécialement par les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. En ce sens, v. par exemple : S.-L. TEXIER, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116 ; J.-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », *D.* 2001, p. 932 ; A. TUNC, « La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 437.

<sup>1188</sup> S.-L. TEXIER, *art. préc.*, *D.* 2017, p. 63.

<sup>1189</sup> Cons. const., 3 décembre 2009, déc. n° 2009-595DC, consid. 4 : « *considérant, d'autre part, que la bonne administration de la justice constitue un objectif à valeur constitutionnelle* qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il appartient au législateur

un règlement *au fond* d'un litige par la Cour de cassation, et donc un contrôle de la matérialité des faits. À cet égard, une décision rendue le 14 octobre 2020, mettant en jeu la qualification de donation indirecte, en fournit une incontestable illustration<sup>1190</sup>. Cassant l'arrêt d'appel pour violation de l'article 843 du Code civil en tant qu'il avait sollicité le rapport d'un achat pour autrui tenu pour donation indirecte sans exiger la preuve de l'intention libérale du disposant, la Cour de cassation fait application des dispositions susvisées : appréciant les faits du litige, elle considère ainsi que l'opération ne revêt aucun caractère libéral ; partant, elle dit n'avoir lieu à renvoi devant les juges du fond et rejette elle-même la demande de rapport successoral.

Ces trois exemples semblent montrer que, contrairement aux enseignements traditionnels, la Cour de cassation peut parfois contrôler l'exactitude des faits, voire la dénaturation des faits, notamment lorsqu'est en jeu la défense d'un objectif à valeur constitutionnelle. Or le principe de légalité répressive constitue un principe à valeur constitutionnelle figurant à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme. Dans ces conditions, solliciter une nouvelle appréciation des faits par la Cour de cassation lorsque le jeu de la qualification de donation indirecte s'opère dans une matière gouvernée par le principe de légalité répressive paraît moins révolutionnaire qu'on pourrait le supposer compte tenu de l'extension du rôle juridictionnel déjà réalisé par la Cour de cassation en d'autres matières.

**331. Synthèse** – En somme, sans aller jusqu'à inviter la Cour de cassation à examiner des preuves nouvelles, on pourrait concevoir qu'elle se livre, dans les matières dominées par l'impératif de légalité répressive, à une *appréciation nouvelle des éléments de preuve* soumis aux juges du fond en vue de retenir, ou non, la qualification de donation indirecte. Certes, son rôle se rapprocherait alors de celui d'une troisième instance, mais elle ne l'endosserait que dans des cas très exceptionnels, précisément lorsque le principe fondamental de légalité répressive l'imposerait. En outre, cette appréciation des éléments probatoires permettrait d'assurer l'efficacité du contrôle de la qualification des éléments constitutifs de la donation indirecte proposé ci-dessus. La mise en œuvre de ces deux leviers, associée à une compréhension stricte du principe de légalité répressive, pourrait garantir à l'avenir l'abandon de

---

organique, compétent pour déterminer les conditions d'application de l'article 61-1 de la Constitution, d'assurer la mise en œuvre de cet objectif sans méconnaître le droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité ».

<sup>1190</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 octobre 2020, n° 19-13.770 ; S. FATHI, « L'usage d'un bien comme contrepartie de son financement exclut l'intention libérale du défunt », *GP* 5 janvier 2021, n° 394g8, p. 85.

l'instrumentalisation punitive de la donation indirecte par les juges du fond et, le cas échéant, l'Administration fiscale.

**332. Conclusion du premier chapitre** – Au terme de ces développements, il faut retenir qu'aucune instrumentalisation de la donation indirecte ne peut avoir lieu lorsque la qualification est discutée, par les juges ou l'Administration, dans des matières gouvernées par le principe de légalité répressive. Il en va notamment ainsi en matière fiscale et en matière de recel successoral : toutes deux, en effet, sont dominées par le principe de légalité répressive qui suggère une interprétation stricte de la loi ainsi qu'une qualification exacte des faits. C'est pourquoi nous appelons de nos vœux, dans ces matières, un abandon systématique de l'instrumentalisation de la donation indirecte.

La garantie d'une telle suppression apparaît cependant actuellement défectueuse. Et pour cause : la Cour de cassation, qui abandonne pour une large partie l'appréciation de la qualification de donation indirecte aux juges du fond, ne témoigne pas d'une volonté particulière de faire échec à ces décisions attentatoires au principe de légalité répressive. Des aménagements techniques doivent, dès lors, être envisagés. La qualification de donation indirecte par les juges du fond ou, le cas échéant, par l'Administration pourrait, à titre exceptionnel, lorsqu'est en jeu le principe de légalité répressive, faire l'objet d'un contrôle de la part des juges de droit. La Cour de cassation devrait, en outre, pouvoir contrôler les éléments factuels apportés par les parties au procès afin de garantir l'utilité même d'un contrôle de la qualification des faits. Un tel effort de la part de la Cour de cassation permettrait de mettre un terme, pour l'avenir, à l'instrumentalisation de la donation indirecte attentatoire au principe de légalité répressive.

Une dernière précision doit être apportée : nous ne nions pas le fait que l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière fiscale ou en matière de recel successoral puisse résulter d'une décision de la Cour de cassation. Certaines solutions analysées témoignent, en effet, de la volonté de la Cour de consacrer de telles instrumentalisation punitives, soit qu'elle s'abrite derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, soit qu'elle condamne leur solution afin de manipuler elle-même la qualification. Aussi, les instruments que nous souhaitons mettre entre les mains de la Cour de cassation doivent naturellement se joindre à sa discipline et sa responsabilité<sup>1191</sup>. C'est pourquoi nous appelons fermement de nos vœux, au-delà de la mise en

---

<sup>1191</sup> La suggestion d'un contrôle renforcé par les juges européens de la qualification de la donation indirecte opérée par de la Cour de cassation ne serait pas davantage de nature à décourager les vellétés d'instrumentalisation. Non pas tant que ce contrôle soit impraticable : la Cour européenne des droits de

œuvre des aménagements techniques suggérés, à *une application stricte du principe de légalité répressive* par la Cour de cassation.

---

l'Homme peut connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction nationale dans la mesure où ces erreurs sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. Or on l'a vu (v. *supra* n° 301), le principe de légalité répressive est protégé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (Conv., art. 7§1). À cet égard, la Cour a jugé plusieurs fois que, si elle n'a pas vocation à se substituer aux juridictions internes dans l'appréciation et la qualification juridique des faits, sa fonction, au regard de l'article 7§1 précité, est de rechercher si la peine infligée au requérant par ces juridictions reposait sur une base légale (v. par exemple : CEDH, 22 juin 2000, *Coeme et autres c/ Belgique*, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145 ; CEDH, 21 octobre 2013, *Del rio Prada c/ Espagne*, n° 42750/09, § 80). En outre, en matière pénale, le justiciable ayant obtenu gain de cause peut, sous certaines conditions, solliciter la révision de son procès par la Cour de réexamen adossée à la Cour de cassation. Cette procédure de réexamen existe également en matière civile depuis la loi n° 2016-1547 du 16 novembre 2016. Cependant, aux termes de l'article L. 425-1 du Code de l'organisation judiciaire, le réexamen des décisions civiles ne concerne que celles prononcées en matière d'état des personnes. En principe, la Cour européenne pourrait donc protéger le justiciable contre les décisions de la Cour de cassation instrumentalisant la donation indirecte pour sanctionner un acte constitutif, selon elle, d'une fraude fiscale ou successorale. Toutefois, nous avons pu observer, avec regret, que les juges européens adoptaient une conception souple du principe de légalité répressive, admettant notamment la méthode d'interprétation téléologique. Dans ces conditions, il est permis de douter de l'effectivité d'une condamnation par la Cour européenne des instrumentalisations « pénales » de la donation indirecte instituées ou validées par la Cour de cassation.

## CHAPITRE 2 – L'IDEAL DE COHERENCE DU DROIT

**333. La cohérence : un idéal, non un postulat**<sup>1192</sup> – L'impératif de légalité répressive, s'il constitue une limite certaine à l'instrumentalisation judiciaire et administrative de la donation indirecte, ne saurait suffire. Encore faut-il que, dans les matières qui ne sont pas gouvernées par un tel principe et où l'instrumentalisation de la qualification se déploie sans restriction particulière, qu'elle satisfasse une certaine cohérence du système juridique pour être légitime.

Précisons-le d'emblée : à l'instar de Madame GOLDIE-GENICON, nous ne souhaitons nullement « faire de la cohérence un postulat, une qualité intrinsèque, une donnée inhérente au système juridique »<sup>1193</sup>. Comme l'auteur le souligne, « l'existence indéniable de lacunes, d'incohérences, au sein du système suffit à démentir un tel postulat : le système juridique n'est pas aussi harmonieux qu'on aimerait parfois le décrire. Forgé par l'homme, il porte nécessairement l'empreinte des imperfections et des limites de l'esprit humain »<sup>1194</sup>. Aussi bien, la cohérence du droit « ne nous inspire guère en tant que fiction ou postulat, [ou encore en tant qu'objectif]. Elle nous enthousiasme, au contraire, en tant qu'ordre en élaboration perpétuelle, en tant qu'idéal inaccessible, auquel doivent tendre cependant de toutes leurs forces les serviteurs du droit »<sup>1195</sup>. Cette absence de cohérence parfaite du système juridique n'empêche

---

<sup>1192</sup> Sur la notion de cohérence du droit, v. par exemple, dans des matières très différentes : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1<sup>ère</sup> éd., trad. H. THÉVENAZ, La Baconnière-Neuchâtel, 1953, p. 101 et s. ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 202 et s. ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279 ; *La cohérence*, 8<sup>ème</sup> colloque des doctorants et jeunes docteurs de l'École Doctorale 101, Université de Strasbourg, 2021, Publication à venir ; C. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », *Mélanges J. BORÉ*, Dalloz, 2007, p. 79 et s. ; L. AIT AHMED, *Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen*, thèse, Paris 1, 2021 ; V. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation : de la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence, étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, thèse, Paris 2, 2019 ; C. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale : à la recherche d'une cohérence perdue*, thèse, Paris 2, 2016.

<sup>1193</sup> C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 502, n° 391.

<sup>1194</sup> C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 502, n° 391. *Rapp.* : F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties (L'étendue de la faculté de choix du plaideur)*, thèse, Paris 1, 1987, p. 114 et s., n° 228 et s. ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, Lyon, 1975, p. 556 ; J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », (abrégé par la suite DN=DR), *RTD civ.* 1984, p. 256.

<sup>1195</sup> G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », *Les Antinomies en Droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, C. PERELMAN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 203. En outre, comme Monsieur FULLI-LEMAIRE le relève, si « le terme d'objectif a l'avantage d'être plus concret [que celui d'idéal], et de rappeler qu'il est possible d'œuvrer vers la cohérence, [...] l'effort vers la cohérence est rarement délibéré et soutenu, le terme d'idéal, de surcroît, présente l'avantage d'évoquer l'idéal régulateur kantien, qui oriente l'action sans jamais pouvoir être réalisé » (S. FULLI-LEMAIRE, *Rapport introductif, La cohérence*, 8<sup>ème</sup> colloque des doctorants et jeunes docteurs de l'École Doctorale 101, Université de Strasbourg, 2021, Publication à

donc pas de solliciter « de tous les serviteurs du droit »<sup>1196</sup>, lorsqu'ils rendent la justice au moyen d'une instrumentalisation des catégories juridiques, de se servir de l'idéal de cohérence comme d'un guide à leur action<sup>1197</sup> ; un fil directeur de leur décision.

Quel est ce guide d'action auquel les juges doivent se soumettre lorsqu'ils ont la tentation d'instrumentaliser la qualification de donation indirecte ? Au sens où nous l'entendons, la « cohérence du droit » renvoie, au-delà du principe de non-contradiction, à l'exigence d'un agencement harmonieux entre les valeurs poursuivies par l'instrumentalisation et celles portées par les normes déjà en place<sup>1198</sup>. Ce n'est pas dire que nous ayons une vision purement statique de la cohérence du droit, entendue comme l'harmonie « entre les différentes composantes du droit à un instant donné »<sup>1199</sup>. En effet, comme le souligne Monsieur FULLI-LEMAIRE, « l'expression de système juridique serait [...] vide de sens sans une cohérence à la fois *statique* [...] et *dynamique*, [c'est-à-dire] lorsque le droit se transforme dans la continuité de l'existant »<sup>1200</sup>.

En somme, la cohérence du droit doit être entendue de l'agencement harmonieux entre les finalités poursuivies par cette instrumentalisation et les règles gouvernant le droit dans lequel elle se déploie.

**334. Annonce** – Même hors des champs de la légalité répressive, l'instrumentalisation ne peut donc acquérir une légitimité qu'à la condition de poursuivre un but cohérent au regard de

---

venir (renvoyant lui-même à E. KANT, *Critique de la raison pure*, Germer-Baillière, 1869 (trad. J. BARNI), t. II, spéc., p. 230).

<sup>1196</sup> G. BOLAND, « Quelques propres sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », *Les Antinomies en Droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, C. PERELMAN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 203.

<sup>1197</sup> C. GOLDIE-GENICON, *thèse préc.*, p. 502, n° 391, l'auteur ajoutant que c'est d'ailleurs « en ce sens qu'il faut comprendre la théorie du législateur rationnel : [...] la théorie ne s'appuie pas sur la volonté réelle du législateur, mais invite les juristes à interpréter les textes comme si le législateur était rationnel ».

<sup>1198</sup> *Rapp.* : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14<sup>ème</sup> éd., PUF, 2022, v° principe de cohérence, p. 810 qui définit le principe de cohérence comme un « principe invoqué pour justifier l'éradication d'une clause contraire à l'économie du contrat ou pour sanctionner le comportement d'une partie qui agit en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels une autre s'est, dans un procès ou un contrat, légitimement fondée ». Ou encore G. BOLAND, « Quelques propres sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », *Les Antinomies en Droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, C. PERELMAN (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 203, usant de l'expression « d'unité harmonieuse du droit » pour décrire la cohérence du droit.

<sup>1199</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *art. préc.*

<sup>1200</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *art. préc.*

la loi<sup>1201</sup>. Quelles sont donc les manifestations d'instrumentalisation respectant cet idéal ? Seule une appréciation critique de celles-ci permettra de le savoir (**Section 1**). Cette analyse n'est cependant pas suffisante. Pour achever la réflexion, des instruments de protection de la cohérence propres à l'instrumentalisation de la donation indirecte doivent en effet être suggérés (**Section 2**).

#### SECTION 1 – L'APPRECIATION DE LA COHERENCE

**335. Objet de la démarche** – Une précision méthodologique s'impose : nous ne reviendrons pas ici sur toutes les décisions précédemment observées. De toute évidence, une critique exhaustive de celles-ci aurait l'inconvénient qu'ont toutes les compilations d'être fastidieuses et répétitives. Mieux vaut donc réfléchir à partir de quelques-unes des manifestations d'instrumentalisation marquantes de la donation indirecte.

L'objet de la démarche vise à opérer un tri parmi ces manifestations afin de distinguer celles qui, au regard de l'idéal de cohérence du droit, nous paraissent légitimes – elles sont dites « complétives » (§1) – de celles qui, au contraire, paraissent renverser l'ordre établi par la loi – elles sont qualifiées de « subversives » (§2).

##### §1 – LES MANIFESTATIONS D'INSTRUMENTALISATION COMPLETIVE

**336. Annonce** – Il va de soi que le juge est contraint par des normes dont il n'est pas l'auteur et dont il est chargé de faire application. Il va tout autant de soi que ces normes peuvent se révéler imparfaites en pratique, au sens où leur application au cas d'espèce est inadéquate, inopportune ou insatisfaisante. On a vu que ces lacunes dites « pratiques » de la loi présupposent une appréciation du juge par laquelle il prend une position critique à l'égard du législateur. Cette attitude du juge, qui est à la base d'un subtil jeu de pouvoirs entre lui et le législateur, peut néanmoins se justifier dès lors qu'il existe une incohérence entre la norme normalement applicable (en l'occurrence la qualification) et, pour ce qui nous intéresse, une source réelle de droit non-écrite (les considérations d'opportunité). C'est donc, redisons-le, la nécessité de cohérence du droit qui, à notre avis, fonde le pouvoir du juge de combler les lacunes pratiques de la loi au moyen, le cas échéant, de l'instrumentalisation de la qualification de donation indirecte. Et c'est cette même nécessité de cohérence du droit qui doit

---

<sup>1201</sup> À nouveau, le terme « loi » est ici entendu dans son sens générique, c'est-à-dire comme « toutes règles de droit voulue par l'État sous la sanction de la contrainte » (J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, PUF, 26<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 23).

limiter l'instrumentalisation. En d'autres termes, l'instrumentalisation de la donation indirecte n'est légitime qu'à la condition qu'elle soit utile à la matière juridique, en ce sens qu'elle la perfectionne, l'achève ; bref, qu'elle complète rationnellement la loi. L'idée de complétude rejoint ainsi celle de cohérence, la première étant la condition essentielle de la seconde.

Ce rappel fait et le lien entre l'idéal de cohérence du droit et l'idée de complétude expliqué, il reste à indiquer quelles manifestations d'instrumentalisation de la donation indirecte nous paraissent devoir être qualifiées de « complétives », soit qu'elles tendent à préserver la loi (A), soit qu'elles l'adaptent en suivant la pensée qui l'a inspirée (B)<sup>1202</sup>.

## A – La continuation de la loi

**337. Choix des exemples** – C'est en matière successorale que les illustrations de cette forme d'instrumentalisation complétive semblent trouver la résonance la plus forte. Elles ont en effet tendance à donner une suite logique et utile à la loi successorale dont on sait qu'elle contribue, plus que d'autres, « à la structuration des familles et à la conservation même de la société »<sup>1203</sup>. On retrouve en particulier cette idée d'accompagnement de la loi successorale dans deux séries d'instrumentalisation de la donation indirecte : celles qui respectent la « fibre égalitaire »<sup>1204</sup> des partages successoraux (1) et celles qui satisfont la directive favorable à l'efficacité des dernières volontés du défunt (2).

---

<sup>1202</sup> *Rapp.* : P. THERY, « Pierre Hébraud, “Le juge et la jurisprudence », *RDA* n° 23, mai 2022, p. 163, qui relève implicitement la distinction historique la mission de continuation et d'adaptation de la loi attribuée à la jurisprudence de droit privé. L'auteur écrit ainsi : « Historiquement, la jurisprudence ne répondait pas aux mêmes besoins en droit privé et en droit public. En droit privé, elle s'est construite à partir de la loi – d'abord pour appliquer, en tenant compte des principes politiques nouveaux, un Code civil reprenant souvent des règles de l'Ancien droit, puis en inventant à partir des textes du Code civil des solutions pour des situations qui ne pouvaient avoir été envisagées en 1804 [...] ».

<sup>1203</sup> En ce sens, v. : C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 150. L'auteur écrit : « Au-delà même de la conception de la mort et de ses suites – donc de la personne – qu'il] est susceptible de véhiculer, le régime de la succession signale en effet le degré d'indépendance qu'une société est prêt à accorder aux individus et l'intensité de la solidarité des générations et des membres de la famille dont elle entend au contraire imposer le respect. Par les limites qu'elle assigne ainsi aux libertés de la personne, à la puissance de sa propriété et à l'étendue de ses pouvoirs domestiques, mais aussi par les règles supplétives qu'elle comporte, l'organisation juridique de la succession contribue de manière décisive à la structuration des familles et à la conservation même de la société ».

<sup>1204</sup> Selon l'expression de Monsieur BRENNER : C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 155.

*1 – Le respect de la fibre égalitaire des partages successoraux*

**338. Position du problème** – Nous avons vu que certaines manifestations d’instrumentalisation de la donation indirecte témoignaient de la volonté des juges de préserver l’égalité du partage successoral, que cette égalité entre les enfants du *de cuius* ait été rompue par le défunt ou par les copartageants eux-mêmes. Dans chacune des décisions analysées, la technique juridique pour parvenir à rétablir cette égalité est la même : les juges forcent la qualification de donation indirecte (ou celle d’avantage indirect) pour solliciter le rapport successoral (C. civ., art. 843) et contraindre l’héritier donataire à remettre dans la masse commune ce qu’ils considèrent comme « un trop-perçu » par rapport à ce que reçoivent les cohéritiers. Alors même que l’équité, au sens où ARISTOTE l’entendait, c’est-à-dire la « rectification de la justice rigoureusement légale »<sup>1205</sup>, n’est pas expressément visée par les juges dans leurs décisions, l’influence de la notion semble manifeste. Pour une bonne part, ces décisions sont à approuver en ce qu’elles doivent leur orientation à la logique égalitaire du droit des partages successoraux.

**339. Compatibilité avec l’article 12 du Code de procédure civile** – Certes, afin d’éviter tout risque d’arbitraire et d’insécurité juridique, le droit positif interdit au juge de recourir à l’équité, sauf exception légale clairement énoncée<sup>1206</sup>. Ainsi, l’article 12 du Code de procédure civile dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »<sup>1207</sup>. Il s’en déduit que le juge ne peut « écarter l’application d’un texte de loi et

---

<sup>1205</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. BARTHÉLEMY SAINT-HILAIRE, Le livre de poche, 1992, p. 230 et s.

<sup>1206</sup> Pour plus de détails, v. notamment : C. ALBIGES, *De l’équité en droit privé*, thèse, LGDJ, 2000, p. 85 et s., n° 137 et s. Une telle exclusion vaut également en droit administratif (en ce sens, v. par exemple : CE, 6 juillet 1956, *Rec. CE*, p. 296 : le moyen tiré de ce que l’application d’une réglementation entraînerait des conséquences inéquitables pour des agents concernés n’est pas susceptible d’être invoqué à l’appui d’un recours en excès de pouvoir ». Pour une étude critique de l’utilisation de l’équité à l’aune des droits de l’Homme, v. notamment : F. CHÉNEDÉ, « De l’équité aux droits de l’Homme », *Actualité juridique. Famille*, n° 12, 2013, p. 663 ; F. CHÉNEDÉ, « Des dangers de l’équité au nom des droits de l’homme : à propos de la validation judiciaire d’un mariage illégal », *D.* n° 3, 2014, p. 179.

<sup>1207</sup> Aussi bien, le Code civil a consacré l’idée de Portalis, exprimée à l’article 12 du titre V du projet de Code l’an VIII, selon laquelle « quand la loi est claire, il faut la suivre, quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si on manque de lois, il faut consulter l’usage ou l’équité. L’équité est le retour à la loi naturelle dans le silence, l’opposition ou l’obscurité des lois positives ». En ce sens, v. F. CHÉNEDÉ au sujet de la réforme de la Cour de cassation, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796, n° 6 : « sous la plume et dans l’esprit de Portalis, l’“équité” désigne l’œuvre prétorienne qui consiste à dépasser les imprécisions et les lacunes de la loi, certainement pas la faculté d’écarter la volonté claire et précise du législateur, au motif que son application au cas d’espèce serait “inéquitable” (ou “disproportionné”). Tandis que la première est un devoir pour le juge (art. 4, C. civ.), la seconde lui est en principe interdite (art. 12 C. pr. civ.) [...] C’était déjà l’enseignement

fonder sa décision sur l'équité »<sup>1208</sup>. En un mot, l'équité n'est pas une source de droit à côté des Codes et des règles du droit positif<sup>1209</sup>, car « elle présenterait un double risque d'arbitraire et d'insécurité »<sup>1210</sup>. D'où le dicton d'Ancien Régime : « Que Dieu nous préserve de l'équité des Parlements ! ». En application de ce principe d'interdiction, la Cour de cassation a par exemple censuré une cour d'appel pour avoir effectué un partage successoral selon « des motifs d'équité »<sup>1211</sup> et refusé de tirer au sort les lots des cohéritiers en application de l'article 834 ancien du Code civil<sup>1212</sup>.

Ce n'est pas dire que le raisonnement des juges ne puisse jamais faire appel à l'équité<sup>1213</sup>. En effet, l'article 12 du Code de procédure civile ne s'oppose pas à ce que le juge adopte une attitude plus ou moins distante à l'égard de la loi et de son application mécanique au cas d'espèce. Il décide alors objectivement de façon équitable, spécialement lorsque les règles gouvernant le litige dont il est saisi sont elles-mêmes d'inspiration profondément équitable ou morale<sup>1214</sup>. D'ailleurs, nul ne conteste plus le bien-fondé des décisions de la Cour

---

d'Aristote. Et c'était encore la doctrine de Géný. Ne confondons pas l'œuvre du procureur Matter et celle du président Magnaud, l'arrêt (d'équité) *Jand'heur* et le jugement (en équité) *Ménard* ».

<sup>1208</sup> C. ALBIGES, *thèse préc.*, p. 92, n° 153.

<sup>1209</sup> *Rapp.* : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 juillet 2014, n° 13-19.498 : « qu'en statuant ainsi, *alors que l'équité n'est pas une source de droit*, le tribunal a violé le texte susvisé [article 12 du Code de procédure civile] ». Dans le même sens, v. : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 décembre 2003, n° 02-30.804.

<sup>1210</sup> D. NEVEU LANZA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, thèse, Nice, 2017, LGDJ, p. 175, n° 141.

<sup>1211</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juillet 1985, n° 84-12.963, Bull. n° 235, p. 209 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'à défaut d'entente entre les héritiers présents, majeurs et capables pour se consentir des attributions, des lots qui doivent être d'une valeur égale à la part de chaque souche copartageante, sont obligatoirement tirés au sort et qu'il ne peut en dehors des cas limitativement prévus par la loi être procédé au moyen d'attribution, *même pour des motifs d'équité ou d'opportunité*, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 831 et 834 anciens du Code civil] ». Dans le même sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 1995, n° 93-17.253, Bull. n° 329 ; *JCP N.* 1996. II, p. 935, note J. PIEDELIEVRE-DESGADO : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, lorsque le partage en nature des immeubles est ordonné, à défaut d'entente entre les héritiers majeurs et maîtres de leurs droits sur la répartition et sur l'évaluation des différents lots, ces derniers doivent obligatoirement être tirés au sort, sans que les tribunaux puissent procéder eux-mêmes aux attributions *même pour des considérations d'équité ou d'opportunité*, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 831 et 834 anciens du Code civil] ».

<sup>1212</sup> Cette disposition prévoyait que « les lots sont faits par l'un des cohéritiers s'ils peuvent convenir entre eux sur le choix, et si celui qu'ils avaient choisi accepte la commission : dans le cas contraire, les lots sont faits par un expert que le juge-commissaire désigne ». Et d'ajouter qu' « ils sont ensuite tirés au sort ».

<sup>1213</sup> Pour une critique de la doctrine positiviste prétendant que le juge ne peut exprimer aucune exigence du droit naturel, v. par exemple : G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit, préc.*, p. 75 et s. ; S. BELAID, *thèse préc.*, p. 329 et s. *Rapp.* : D. NEVEU LANZA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, thèse, Nice, 2017, LGDJ, p. 175 et s., n° 141 et s.

<sup>1214</sup> *Rapp.* : B. GELOT, *thèse préc.*, p. 208 et s., n° 366 et s., faisant observer l'assouplissement du contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation pour confirmer certaines interprétations des juges du fond inspirées par des appréciations d'équité.

de cassation s'abstenant de sanctionner la référence à l'équité lorsque celle-ci dépasse la subjectivité du juge et constitue, d'une certaine façon, un argument complémentaire à la règle de droit applicable au litige et qu'elle est en accord avec la substance même de cette règle. En somme, si les juges ne sauraient motiver une décision sur de seules considérations d'équité, ils peuvent – sinon doivent – poursuivre l'esprit d'équité dont sont pourvues certaines règles de droit positif. Cette démarche ne semble contraire ni à la lettre ni à l'esprit de l'article 12 du Code de procédure civile. Au surplus, en pareille hypothèse, c'est-à-dire en présence d'une décision prolongeant la philosophie équitable d'une règle de droit, l'équité dont se servent les juges est confortée dans sa fonction correctrice traditionnelle<sup>1215</sup> car, de la sorte, elle supplée les lacunes de la règle de droit par une exploitation savante de sa logique.

Ce point éclairci, et la légitimité du recours exceptionnel à l'équité par les juges étant rappelée, il reste encore à expliquer en quoi le régime du partage successoral français, qui est au cœur des solutions ici analysées, est par essence équitable.

**340. Poursuite du principe d'égalité du partage successoral** – On lit dans tous les traités et manuels de droit des successions que l'égalité est la règle d'or ou, ce que revient au même, l'âme des partages successoraux<sup>1216</sup>. Mais qu'entend-t-on concrètement par-là ? Que signifie « l'égalité » du partage successoral ? La dimension de l'égalité semble être double, qu'on l'entende strictement ou largement.

Au sens strict, l'égalité du partage successoral s'entend de « la correspondance exacte entre la valeur des allotissements et le montant des droits indivis »<sup>1217</sup>. Pour le dire plus directement,

---

<sup>1215</sup> Sur ce point, v. notamment : C. ALBIGES, *thèse préc.*, p. 167 et s., 253 et s., qui relève en propos introductif que « la fonction correctrice de la notion étudiée [l'équité] ne sous-entend pas la faculté de statuer selon l'équité, mais selon le pouvoir – conformé à un juge ou à un arbitre – de tempérer le droit positif ». Dans le même sens, v. : G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état des questions), *Mélanges P. BELLET*, Paris, Litec, 1991, p. 88.

<sup>1216</sup> C. BRENNER et C. PUIGELIER, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Arch. phil. droit*, Dalloz, 2008, p. 77 ; C. DEMOLOMBE, *Cour de Code Napoléon*, t. 17, 3<sup>ème</sup> éd., n° 413 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Des successions*, 3<sup>ème</sup> éd., n° 3440 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. 4, 2<sup>ème</sup> éd., par J. MAURY et H. VIALLETON, n° 690 ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Successions*, 6<sup>ème</sup> éd., n° 937 ; H.-G. MIRABEAU, *Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe* (lu à l'Assemblée Nationale, par M. DE TALLEYRAND, séance du 2 avril 1791), Paris ; Y. FLOUR, « De l'égalité des héritiers dans la loi », *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, F. DEKEUWER-DÉFOSSER et C. CHOAIN (dir.), Septentrion, 2005, p. 108 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 967 et s., n° 1101 et s.

<sup>1217</sup> C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 154. Dans le même sens, v. : J. PATARIN, « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », *Mélanges A. COLMERT*, Litec, 1993, p. 335 : « Dans le partage des indivisions, plus que dans tout autre acte juridique, le sentiment

l'égalité du partage successoral, au sens liquidatif, impose une adéquation parfaite du lot de chacun des copartageants à ses droits dans la masse à partager : « à chacun ses droits, à chacun une part égale à sa vocation »<sup>1218</sup>.

Au sens large, l'égalité du partage successoral renvoie à l'égalité de droits entre les copartageants, spécialement entre les descendants du défunt<sup>1219</sup>. Comme l'ont fait observer les Professeurs BRENNER et PUIGELIER, « dans l'esprit révolutionnaire, l'égalité des partages était la défense avancée de l'égalité successorale entre les enfants et au-delà le fer de lance de l'égalité civile ». Et les auteurs d'ajouter que si le Code civil « s'est défié de l'égalitarisme totalitaire des révolutionnaires, s'il est revenu à une conception beaucoup plus modérée et même très relative de l'égalité des vocations, [il] n'a nullement rompu avec l'appréhension en quelque sorte purement instrumentale du partage : *celui-ci a continué d'être ni plus ni moins qu'au service de l'égalité voulue dans la dévolution* »<sup>1220</sup>. Le mécanisme du rapport des donations, tel qu'il résulte de l'article 843 du Code civil, est sans doute l'un des exemples les plus éloquents de la dimension générale (et en quelque sorte morale) de l'égalité du partage successoral insufflée par le législateur. En effet, le mécanisme est conçu pour assurer une certaine égalité entre les cohéritiers, ce pourquoi d'ailleurs il est parfois appelé « le rapport à fin d'égalité »<sup>1221</sup>. De même, c'est dans un esprit d'équité, spécialement en vue d'assurer l'égalité entre les cohéritiers qu'a été instaurée la fiction de la représentation des héritiers prédécédés. Lorsqu'un héritier ne peut venir à la succession du *de cuius* en raison de son prédécès, son propre enfant peut le représenter afin de recueillir la succession en lieu et place

---

de justice se confond, dans une large mesure, avec l'exigence d'égalité. En droit français, cette égalité est essentiellement et principalement arithmétique ; les copartageants n'ont pas toujours des quotes-parts identiques dans les biens indivis, mais chacun respectivement doit recevoir en partage des biens dont la valeur est égale à ce qu'il a droit : il s'agit d'une égalité ou rapport arithmétique, ce qui correspond très exactement à la notion de justice commutative ou réparatrice définie par ARISTOTE, et distinguée par lui de la justice distributive ou de rapport géométrique, qui répartit les biens, les récompenses, les honneurs et aussi les charges matérielles en fonction de la valeur sociale ou morale des services rendus par chacun comparés à ceux des autres ».

<sup>1218</sup> C. BRENNER et C. PUIGELIER, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Arch. phil. droit*, Dalloz, 2008, p. 83.

<sup>1219</sup> C. BRENNER et C. PUIGELIER, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Arch. phil. droit*, Dalloz, 2008, p. 83 ; P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur "de cuius" et son héritier présomptif », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 344 ;

<sup>1220</sup> C. BRENNER et C. PUIGELIER, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Arch. phil. droit*, Dalloz, 2008, p. 84.

<sup>1221</sup> La Cour de cassation l'a précisément rappelé dans un arrêt du 22 mars 2017 : « mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que le rapport prévu à l'article 843 du Code civil tend à assurer l'égalité entre les cohéritiers (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2017, n° 16-16.894). Pour plus de détails sur cette fonction assignée au rapport successoral, v. : B. VAREILLE, *Rapport, volonté et réduction*, thèse, Limoges, PUF, 1998 ; N. PETERKA, « La discrète métamorphose du rapport », *Mélanges J. FOYER*, *Économica*, 2008, p. 787.

de son auteur (son père ou sa mère). Cette règle permet d'éviter les conséquences injustes auxquelles pourrait conduire le système de succession par proximité de degré. En effet, elle évite que « certains descendants ne souffrent ou ne tirent avantage de la mort prématurée de l'un d'eux<sup>1222</sup> ». Dit autrement, la fiction légale de la représentation du prédécédé permet de « corriger les perturbations de la dévolution liées à l'ordre accidentel des décès »<sup>1223</sup>. C'est pourquoi elle peut être analysée comme un correctif d'égalité, sinon d'équité, à la succession par degré<sup>1224</sup>. En somme, l'égalité du partage successoral, telle que suggérée par le Code civil, dépasse la simple égalité liquidative, c'est-à-dire l'adéquation parfaite entre la valeur des allotissements et le montant des droits indivis des copartageants. L'égalité du partage s'entend aussi de l'égalité des vocations successorales, c'est-à-dire de l'égalité entre les droits des cohéritiers<sup>1225</sup>.

**341. Délimitation de l'instrumentalisation de la donation indirecte à fin d'égalité** – Dans ces conditions, il convient, à notre avis, de légitimer dans le principe l'instrumentalisation de la donation indirecte qui vise à exiger le rapport successoral de ce qui peut avoir été injustement « trop-perçu » par l'un des cohéritiers. C'est le vœu même du législateur – en témoigne le mécanisme du rapport des libéralités – que le partage successoral s'effectue dans le respect d'une certaine égalité entre les cohéritiers<sup>1226</sup>. Or, lorsque la finalité poursuivie par le législateur est respectée par l'instrumentalisation de la donation indirecte, il ne paraît pas déplacé d'accueillir favorablement cette instrumentalisation, qui, somme toute, correspond à l'idée même de complétude de la loi. En effet, en parachevant la règle de droit (en l'occurrence la loi du partage successoral), l'instrumentalisation de la donation indirecte visant à égaliser les droits des cohéritiers paraît remplir, comme l'équité sur laquelle elle s'appuie, une fonction de complément de la loi.

Naturellement, l'égalité successorale entre les cohéritiers, dans sa dimension générale et morale, demeure « tout au plus un vœu du législateur »<sup>1227</sup>. Autrement dit, cette égalité

---

<sup>1222</sup> M. GRIMALDI, *Droit civil. Droit des successions*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, 1992, p. 130, n° 131.

<sup>1223</sup> C. BRENNER et C. PUIGELIER, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Arch. phil. droit*, Dalloz, 2008, p. 94.

<sup>1224</sup> En ce sens, v. notamment : A.-M. LEROYER, *thèse préc.*, p. 305 et s., n° 262 ; J. FLOUR, F. SOULEAU, *Droit civil, Les successions*, 3<sup>ème</sup> éd., A. COLIN, 1993, n° 54.

<sup>1225</sup> *Rapp.* : A. SÉRIAUX, « L'égalité des héritiers depuis la loi du 23 juin 2006 », *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, A. LEBORGNE (dir.), PUAM, 2008, p. 51 et s.

<sup>1226</sup> En ce sens, v. : G. CHAMPENOIS, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *Defrénois*, 1981, p. 1327.

<sup>1227</sup> Y. FLOUR, « De l'égalité des héritiers dans la loi », *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, F. DEKEUWER-DÉFOSSER et C. CHOAIN (dir.), Septentrion, 2005,

ne constitue pas un principe fondamental dont peuvent se prévaloir les héritiers pour faire condamner toute inégalité établie entre eux. Il n'existe pas – et ne doit pas exister – un *droit à hériter* dont découlerait une égalité absolue et impérative entre les cohéritiers. L'égalité successorale du Code civil n'est pas l'égalitarisme successoral des révolutionnaires, ni l'égalité absolue de l'Ancien droit. C'est seulement une instrumentalisation raisonnée de la donation indirecte à fin d'égalité successorale que nous appelons de nos vœux.

Ce *caveat* n'est pas sans fondement. On se souvient effet que la Cour de cassation a pu par le passé défendre une conception de l'égalité successorale que le Code civil n'avait nullement entendu imposer. Pendant un temps, elle a ainsi assujéti au rapport des libéralités de nombreuses mises à disposition gratuites d'immeuble à un enfant sans exiger la preuve de l'intention libérale et donc la caractérisation de la donation indirecte. Or on a pu déceler dans cette jurisprudence un retour aux solutions d'égalité parfaite de l'Ancien droit<sup>1228</sup> en ce sens qu'elle élargissait « de manière déraisonnable le domaine du rapport, en offrant une alternative à la qualification de libéralité »<sup>1229</sup> à la faveur des cohéritiers mais aussi du fisc<sup>1230</sup>. Excessivement égalitaire, cette jurisprudence a aujourd'hui été condamnée. Cela nous paraît justifié s'agissant d'une instrumentalisation subversive avec laquelle on ne souhaite nullement qu'il soit renoué. En réalité, disait SAVATIER, « il n'est ni possible ni même souhaitable d'imposer une égalité parfaite entre les indivisaires ou les copartageants, alors même qu'on [le Code civil] ne recherche qu'une égalité de proportion »<sup>1231</sup>. Reste à savoir comment faire le

---

p. 108. Dans le même sens, v. : J. HAUSER, « Inégalité dans l'entretien des enfants majeurs par les parents », *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, F. DEKEUWER-DÉFOSSER et C. CHOAIN (dir.), Septentrion, 2005, p. 131 ; M.-C. RIVIER, « Inégalités dans l'entretien des parents par les enfants majeurs », *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, F. DEKEUWER-DÉFOSSER et C. CHOAIN (dir.), Septentrion, 2005, p. 141 ; C. SLOBODANSKY, « Le XIX<sup>ème</sup> siècle s'inscrira comme l'âge d'or du Code civil », *LPA* 7 mai 2004, p. 14 ; L. FRANÇOIS, « Réflexions sur l'autonomie de la volonté en matière de dévolution successorale », *JCP N.* 2003, n° 31, p. 1476.

<sup>1228</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 511, n° 668, renvoyant eux-mêmes à J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, n° 1004, n° 3.

<sup>1229</sup> M. NICOD, *D.* 2006, p. 2074.

<sup>1230</sup> F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, n° 1061.

<sup>1231</sup> J. PATARIN, « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », *art. préc.*, p. 344. *Rapp.* : P. MALAURIE (textes) et P. DELESTRE (illustrations), *Droit civil illustré*, Defrénois, 2011, p. 225, n° 102 à propos des récompenses en droit des régimes matrimoniaux : « Les récompenses ont pour but de rétablir l'équilibre entre la communauté et les propres que le fonctionnement du régime avait faussé. Elles ne devraient avoir pour objet que les grands appauvrissements et les grands enrichissements de la communauté, non des comptes minutieux. Mais certains époux, voire des notaires et parfois des juges, ont un esprit de boutiquier et font entrer dans les récompenses des dépenses insignifiantes ou charitables ou cotisations à une association. Cependant, il est souvent délicat de distinguer les petits ruisseaux – petits revenus et menues dépenses – et les grandes rivières – grandes richesses et grosses dettes. Les unes font les autres ».

départ entre la poursuite légitime de l'égalité successorale et l'égalitarisme liberticide – entre cette égalité de proportion et l'égalité parfaite. Il serait chimérique de fixer un seuil abstrait, absolu et invariable au-delà duquel les juges ne sauraient aller sans basculer dans l'excès d'égalitarisme, car là aussi il n'est ni possible ni même souhaitable de maîtriser par avance les contingences résultant des particularités de chacun des partages successoraux<sup>1232</sup>. Cependant, outre un appel à la nuance des juges, on peut tenter de donner une piste concrète d'appréciation de la mesure de l'égalité successorale. Pour cela, revenons aux textes du Code civil déterminant le domaine du rapport des libéralités. L'article 851, alinéa 1<sup>er</sup>, ordonne le rapport successoral de tout « ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers ou pour le paiement de ses dettes » ; au contraire, l'article 852 exclut ce rapport, sauf volonté contraire du défunt, s'agissant « [d]es frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, [d]es frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage ». À notre avis, cette dispense de rapport, fondée sur une présomption de volonté du disposant, devrait être interprétée largement. Toutes les dépenses faites par les parents pour l'entretien de leur enfant – paiement des frais de scolarité, d'internat, des activités extrascolaires mais aussi celles résultant d'une mise à disposition gratuite d'un bien qui participent de l'installation et donc de l'entretien – devraient ainsi, par principe, échapper au rapport successoral. Évidemment, conformément au second alinéa de l'article 852, il n'y aurait là qu'une présomption simple de dispense de rapport, laquelle pourrait être renversée s'il est démontré que le défunt souhaitait le rapport de ces frais à sa succession. S'agissant de la mise à disposition gratuite d'un immeuble, cette directive nécessiterait toutefois, comme l'a déjà proposé le notariat, que l'on abroge le nouvel alinéa 2 de l'article 851 du Code civil qui impose par principe le rapport des donations de fruits et ou de revenus. En effet, le 108<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France a émis le vœu que l'alinéa 2 de l'article 851 soit abrogé et que les « avantages retirés par un héritier de la mise à disposition d'un bien » soient placés dans l'orbe de l'article 852<sup>1233</sup>. En somme, il nous semble que sur la base d'une interprétation large des dispositions de l'article 852 du Code civil, les juges

---

<sup>1232</sup> *Rapp.* : D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, thèse, LGDJ, 2005, p. 51, n° 52, s'agissant de l'appréciation de la mesure de l'excès par les juges : « S'il est, en effet, évident que la donnée suspectée d'être excessive est propre à chacune espèce, il est tout autant certain que le modèle qui servira de comparaison est lui aussi variable, puisqu'il est déterminé en fonction de la donnée litigieuse qui lui servira, en quelque sorte, d'étalon. À titre d'exemple, pour dire que la dépense ménagère est excessive au sens de l'article 220, alinéa 2, du Code civil, il faut comparer la dépense incriminée, non pas à un modèle abstrait, absolu et invariable, mais, par essence, à une dépense qui aurait été considérée, au vu des circonstances de l'espèce et de la situation de tel couple déterminé, comme tout à fait raisonnable. C'est donc la spécificité de chacune des espèces qui permet d'établir un modèle de comparaison [...] ».

<sup>1233</sup> C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 512, n° 869, renvoyant au 108<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 2012

pourraient trouver d'utiles directives pour séparer le bon grain de l'ivraie. Voyons désormais ce qui peut légitimer que l'instrumentalisation assure le plein effet d'un testament dont les dispositions sont sujettes à caution.

## 2 – Le respect de la directive favorable à l'efficacité des dernières volontés du défunt

**342. Application de la directive de l'article 1157 ancien du Code civil** – On a vu précédemment comment, par un arrêt du 23 mars 1994<sup>1234</sup>, la Cour de cassation avait forcé la qualification de donation indirecte pour admettre la validité d'un acte sous seing privé par lequel les enfants du défunt avaient exprimé le souhait que leur nièce (fille naturelle de leur frère prédécédé) obtienne une part égale dans la succession de leur mère. Il nous a semblé que cette instrumentalisation positive de la donation indirecte était guidée par la volonté de donner une forme juridique, et donc un plein effet, à la volonté du défunt de laisser à cet enfant naturel une part dans sa succession. Plus généralement, on a constaté que la Cour de cassation s'efforçait depuis longtemps de nier la donation indirecte dans des hypothèses où elle était confrontée à la qualification d'un acte par lequel les héritiers d'un testateur reconnaissaient, postérieurement à son décès, un legs verbal au profit d'un tiers. Cette instrumentalisation négative de la donation indirecte nous a paru s'expliquer par la volonté des juges d'affranchir ladite promesse des règles civiles et fiscales de la donation indirecte, et donc d'assurer à son bénéficiaire la certitude que l'intégralité du legs verbal lui adviendrait<sup>1235</sup>. De telles solutions nous semblent légitimes en ce qu'elles opèrent dans le respect très conscient d'une directive légale favorable à la validité du testament.

Dans sa formulation issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1191 du Code civil (anc. art. 1157), prévoit en effet que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun »<sup>1236</sup>. Le texte instaure ainsi une règle favorisant l'efficacité de l'opération contractuelle. Transposé à la matière testamentaire<sup>1237</sup>, il invite les juges à faire prévaloir la validité des testaments sur leur

---

<sup>1234</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994, n° 92-12.800 ; *Defrénois* 1994, p. 1539, *préc.*

<sup>1235</sup> Sur ces décisions, v. *supra* n° 220.

<sup>1236</sup> C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 310, n° 536, pour qui cette disposition « exprime une directive favorable à la validité du testament (*favor testamenti*) ». Dans le même sens, v. : M. GRIMALDI, *Dalloz action – Droit patrimonial de la famille*, ch. 323 – Règles de fond des testaments : contenu du testament, n° 323.202.

<sup>1237</sup> Sur la possibilité d'une telle transposition, v. notamment : C. civ., art. 1100-1, al. 2. *Rapp.* : C. BRENNER, « Contrats et obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G.* 2016, p. 524.

nullité<sup>1238</sup> : c'est ce que l'on nomme communément la règle du *favor testamenti* (ou encore le *favor testamentorum*), règle directement inspirée du Digeste : « *cum in testamento ambiguit aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est* »<sup>1239</sup>. Cette directive légale favorable à la validité du testament tend à préserver l'efficacité économique de tout acte et elle apparaît d'autant plus utile en matière de testament car lorsque celui-ci est appelé à sortir ses effets, il est par hypothèse trop tard pour le refaire. Aussi bien, on trouve de nombreuses et régulières applications de cette directive dans le contentieux du testament olographe : ainsi des décisions qui sauvent un testament manuscrit lorsque sa date, incomplète, peut être reconstituée<sup>1240</sup> et qu'il est démontré qu'à cette date (ou au cours de la période de temps reconstituée) le testateur était capable et n'a pas rédigé de testament révocatoire<sup>1241</sup>. C'est également en application de la règle du *favor testamenti* que les

---

<sup>1238</sup> En ce sens, v. par exemple : C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 310, n° 536, pour qui cette disposition « exprime une directive favorable à la validité du testament (*favor testamenti*) ». Dans le même sens, v. : M. GRIMALDI, *Dalloz action – Droit patrimonial de la famille*, ch. 323 – Règles de fond des testaments : contenu du testament, n° 323.202 ; I. NAJJAR, note CA Paris, 22 septembre 1986, *D.* 1987, p. 152, relevant qu' « une telle transposition du régime des contrats en matière d'actes unilatéraux n'est ni nouvelle ni surprenante, du moment qu'elle est adaptée ». Pour des illustrations jurisprudentielles sur le fondement de l'article 1157 ancien du Code civil, v. : CA Rennes, 22 juin 1881, *D.* 1881. 2, p. 238 ; CA Paris, 22 septembre 1986, *D.* 1987, p. 150, note I. NAJJAR. Ces arrêts disposent ainsi que l'article 1157 ancien du Code civil « applicable en matière de testament, impose aux tribunaux l'obligation d'interpréter les conventions dans le sens où elles peuvent produire quelque effet plutôt que dans celui où elles sont inopérantes ».

<sup>1239</sup> *Digeste* : 34. 5. 24.

<sup>1240</sup> Cass. req., 4 juin 1934 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 1952 ; Cass. civ. 11 octobre 1955.

<sup>1241</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 1983, Bull. n° 95 ; *Defrénois* 1983, art. 33172, note H. SOULEAU ; *RTD civ.* 1983, p. 775, note J. PATARIN ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1992, n° 90-19.021, Bull. n° 215 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2007, n° 05-14.366, Bull. n° 182 ; *Defrénois* 2007, art. 38666, note M. BEAUBRUN. L'attendu de ce dernier arrêt mérite d'être reproduit tant il fait une application explicite de la directive favorable à la validité du testament : « Mais attendu qu'en dépit de son absence de date, un testament olographe n'encourt pas la nullité dès lors que des éléments intrinsèques à l'acte, corroborés par des éléments extrinsèques, établissent qu'il a été rédigé au cours d'une période déterminée et qu'il n'est pas démontré qu'au cours de cette période, le testateur ait été frappé d'une incapacité de tester ou ait rédigé un testament révocatoire ou incompatible ; que la cour d'appel a estimé souverainement, d'une part, après avoir relevé la mention manuscrite de l'adresse de François X... sur le testament sans date, que des pièces produites démontraient que celui-ci y avait résidé du 28 septembre 1999, date de son emménagement au presbytère d'Ahun, jusqu'au 4 août 2000, date de son admission à l'hôpital de Desertines, où il était décédé, d'autre part, qu'aucun élément n'établissait l'insanité d'esprit ou une perte de discernement de François X... durant l'intégralité de la période de 10 mois et 7 jours au cours de laquelle le testament avait été nécessairement écrit, alors qu'aucune révocation de ces dispositions n'était intervenue et qu'il n'existait aucun doute sur la régularité des conditions de la découverte du manuscrit ; qu'elle en a justement déduit qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la nullité du testament en raison de son absence de date ; que le moyen, qui n'est pas fondé en ses trois premières branches et qui s'attaque à un motif surabondant en sa quatrième, ne peut être accueilli ».

juges ont pu, non seulement valider la désignation d'un légataire incapable de recevoir<sup>1242</sup> ou maladroitement nommé par le testateur<sup>1243</sup>, mais aussi remédier à l'indétermination de l'objet d'un legs<sup>1244</sup>.

Les manifestations d'instrumentalisation de la donation indirecte visant à rendre pleinement efficaces les dernières volontés du défunt, s'inscrivent dans le droit fil de ces solutions. À chaque fois, les juges procèdent à la régularisation des dernières volontés du défunt ; la seule différence tient, somme toute, à ce que l'instrumentalisation de la donation indirecte permet, non pas de régulariser l'acte contenant ces dernières volontés, c'est-à-dire le testament lui-même, mais de procéder à une sorte d'adaptation de la structure juridique (de l'outil catégorique) afin d'atteindre l'efficacité des dispositions testamentaires. Ces solutions peuvent donc, à notre avis, être approuvées dans la mesure où elles ne manifestent finalement pas beaucoup plus d'audace.

**343. Directive applicable au-delà de l'opération d'interprétation d'un acte obscur** – À cela, on pourrait objecter que la directive de l'article 1191 du Code civil ne vaut que pour *l'interprétation d'une volonté obscure* (d'un testament en l'occurrence) et que, s'agissant des décisions analysées, il n'est pas réellement question d'interprétation des dispositions testamentaires, mais de *la qualification d'un acte* extérieur qui exécute les dispositions claires du testateur. Au vrai, l'argument n'est pas sans réponse.

D'une part, on peut penser, à l'instar notamment de Monsieur TROPER<sup>1245</sup>, que les opérations de qualification et d'interprétation sont étroitement liées. En effet, l'opération de

---

<sup>1242</sup> Toulouse, 11 avril 1938, *DP* 1938. II, p. 160 ; *RTD civ.* 1938, p. 333, obs. R. SAVATIER. En l'espèce, un legs avait été consenti à « l'œuvre qui était chargée de la reconstruction de la Daurade » ; les juges y ont vu un legs à la ville de Toulouse, chargée de l'entretien de l'église. Pour d'autres exemples, v. : C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 311, note 131 ; A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », *JCP G.* 1957, p. 1385 ; B. GELOT, *thèse préc.*, p. 32 et s., n° 38 et s.

<sup>1243</sup> En ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 1983, Bull. n° 193. Pour plus de détails sur ces jurisprudences, v. : A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », *JCP G.* 1957, p. 1385 ; B. GELOT, *thèse préc.*, p. 32 et s., n° 38 et s.

<sup>1244</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1971, *JCP G.* 1971. II, p. 16709, note M. D. ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janvier 1982, n° 81-10.608, Bull. n° 33 ; CA Paris, 22 septembre 1986, *D.* 1987, p. 150, note I. NAJJAR, se fondant explicitement sur l'article 1157 ancien du Code civil.

<sup>1245</sup> M. TROPER, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », *Raisonnement juridique et interprétation*, O. PFERSMANN et G. TIMSIT (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 35 et s. Pour une analyse plus détaillée de la pensée de Monsieur TROPER, v. notamment : X. BIOY, « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », *Les affres de la qualification juridique*, M. NICOD (dir.), *préc.*, p. 11 et s. *Rapp.* : F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, LGDJ, 1919 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER,

qualification – consistant « à affecter un objet dans une catégorie qui détermine un régime juridique »<sup>1246</sup> – mobilise une part d'interprétation des faits lorsqu'il s'agit d'établir leur matérialité. Un auteur l'a très bien exprimé : « ce que nous appelons la “qualification” juridique est une opération d'attribution du sens ou de la valeur à un objet quelconque. [...] Or l'attribution du sens ou de la valeur est une opération bien connue, appelée *interprétation* »<sup>1247</sup>. On pourrait même soutenir, avec Monsieur FRYDMAN<sup>1248</sup>, que l'interprétation juridique désigne toute forme de raisonnement juridique conduisant à la solution d'un cas ou à la découverte d'une règle. De sorte que la qualification s'analyserait nécessairement comme une opération d'interprétation. Pour qualifier, rien n'empêcherait donc les juges d'utiliser la directive issue de l'article 1191 du Code civil.

Mais d'autre part, et surtout, à supposer même que les opérations de qualification et d'interprétation doivent être rigoureusement distinguées, on peut se demander si l'article 1191 du Code civil est réservé à l'opération d'interprétation. En effet, il est admis que la *ratio legis* de cette disposition pose un principe général d'effet utile du contrat dans l'idée que « l'efficacité est objectivement préférable à l'inefficacité, dès lors [qu'elle] ne heurte pas l'intention des parties et réalise approximativement l'objet visé par elles »<sup>1249</sup>. En d'autres termes, il exprime une *directive générale* d'utilité sociale et économique invitant les juges à préférer la validité d'un acte à sa nullité, *peu important qu'ils fassent œuvre d'interprétation ou de qualification*. Dès lors, elle devrait logiquement trouver application en matière d'interprétation testamentaire qu'en matière de qualification d'un acte extérieur exécutant les volontés du testateur. Du reste,

---

*Droit civil, Les obligations, Contrat*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 1998, p. 68, pour qui l'interprétation est un aspect particulier de la qualification. *Contra*, v. par exemple : J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, P. AMSELEK, *Traité de droit civil*, « Les effets du contrat », J. GHESTIN (dir.), 3<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 78, note 8. *Chemineements philosophiques dans le monde du droit*, A. COLIN, Le temps des idées, 2012, p. 446.

<sup>1246</sup> X. BIOY, « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », *Les affres de la qualification juridique*, M. NICOD (dir.), *préc.*, p. 11 et s.

<sup>1247</sup> C. GREGORCZYK, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits* 1990, p. 31, n° 11.

<sup>1248</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant Bruxelles et LGDJ Paris, 2005, p. 15, n° 1. *Rapp.* : J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes. Défense du petit guide âne des articles 1156 à 1164 du Code civil », *Mélanges J. FLOUR*, Deffrénois, 1979, p. 183. L'auteur écrit : « À la suite des travaux d'Emmanuel GOUNOT, la doctrine contemporaine constate volontiers que la *distinction entre l'interprétation* (question de fait) et la *qualification* (question de droit) est un non-sens en pratique car les deux phases du raisonnement poursuivi par le juge ne sont ni successives, ni dissociables dans le déroulement de la pensée [...] Dans la pratique judiciaire, la qualification sera, fréquemment, déterminée *a posteriori* en tant que revêtement juridique (soumis au contrôle de la Cour de cassation) d'un jugement rendu en équité et tendant soit à assurer le respect des finalités du contrat, soit à permettre d'en “redresser” le contenu (p. ex. : qualification de mandat afin d'assurer un contrôle des honoraires) ».

<sup>1249</sup> P. SIMLER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 1188 à 1192, fasc. 10 : « Contrat – Interprétation du contrat – L'instrument : notion, normes, champ d'application », 2017, n° 48.

la nouvelle mouture de l'article 1191 du Code civil semble accréditer cette dimension générale de la directive. En effet, alors que l'article 1157 ancien du Code civil prévoyait qu'une clause susceptible de deux sens devait « plutôt [s'entendre] dans le [sens] avec lequel elle peut avoir quelque effet » – termes qui renvoient directement au travail de l'interprète<sup>1250</sup> – la formulation de l'article 1191 emploie une expression neutre, laissant supposer que la directive favorable à la validité de l'acte est d'inspiration objective : « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun ».

Dans ces conditions, on peut légitimement penser que l'instrumentalisation de la donation indirecte visant à rendre pleinement efficaces les dernières volontés du défunt peut s'autoriser de la directive légale qu'exprime aujourd'hui l'article 1191 du Code civil. Et c'est en cela que cette instrumentalisation nous paraît compléter la loi successorale en lui donnant une suite logique. D'autres hypothèses paraissent tout aussi complétives, mais par adaptation de la loi aux changements et aux nécessités sociales nouvelles.

## **B – L'adaptation de la loi**

**344. Cas particulier de la clause de réversion d'usufruit** – Le 13 novembre 2006, Monsieur CANIVET, alors président de la Cour de cassation, exposait devant l'Académie des sciences morales et politiques que, « comme toute Cour suprême, la Cour de cassation remplit *un rôle d'adaptation de la loi* aux attentes de la société [...] ». Et d'ajouter que ce rôle d'adaptation « implique qu'elle se donne les moyens de *comprendre l'objectif du droit* [...] »<sup>1251</sup>. L'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte en matière de clause de réversion d'usufruit semble assez bien illustrer le propos.

Elle est la convention par laquelle le propriétaire d'un bien en aliène la nue-propriété et s'en réserve l'usufruit tout en le stipulant, à son décès, réversible au profit d'un tiers. L'opération vise donc à permettre à deux personnes, par exemple deux époux, de profiter de l'usufruit d'un bien, le second devenant titulaire effectif à la suite du décès du premier. Lorsque le disposant est mû par une intention libérale à l'égard du tiers, l'opération est judiciairement analysée en une donation indirecte à terme de bien présent, et donc en une donation entre vifs<sup>1252</sup>. Or cet effort d'ingéniosité, consistant à ranger l'opération dans la catégorie des libéralités *inter vivos*, semble avoir pour *objectif* de soustraire l'éventuelle renonciation du second usufruitier au

---

<sup>1250</sup> G. CHANTEPIE, *Rep. dr. civ. Dalloz*, « Contrat : effets – Contenu du contrat », 2020, n° 30.

<sup>1251</sup> Le propos est tiré d'un article de Monsieur TRICOT : D. TRICOT, « La loi de sauvegarde : bilan d'étape », *CDE* n° 2, mars 2007, dossier 5.

<sup>1252</sup> V. *supra* n° 61.

bénéfice de la réversibilité du vivant du premier usufruitier à la nullité de principe des pactes sur succession future<sup>1253</sup>. Car ce que l'usufruitier de premier rang promet, c'est, à notre avis, un usufruit compris dans sa succession future. Dès lors, l'usufruitier de second rang qui renonce au bénéfice de cet usufruit conclut un pacte sur succession future, non sur la sienne, mais sur celle de l'usufruitier de premier rang.

De prime abord, cette instrumentalisation peut paraître choquante en ce qu'elle porte atteinte à une nullité d'ordre public : la prohibition des pactes sur succession future<sup>1254</sup>. Selon l'article 722 du Code civil, « les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi ». Ainsi, aujourd'hui comme hier, le régime des pactes sur successions futures s'organise autour *d'un principe général de nullité et d'une série d'exceptions légales*, dans laquelle n'entre aucunement la renonciation à la réversion d'usufruit successif<sup>1255</sup>. C'est dire que, à première vue, l'idéal de cohérence du droit auquel les juges doivent tendre ne se retrouve pas dans la présente instrumentalisation.

Il convient néanmoins de relativiser cette première impression. La nullité des pactes successoraux, comme toute sanction, vise à protéger certains intérêts. Comme Monsieur FRANÇOIS s'est efforcé de le montrer dans sa thèse relative à l'acte juridique irrégulier efficace, si l'acte juridique *a priori* irrégulier ne porte pas atteinte, *ab initio*, aux intérêts protégés par la règle sanctionnatrice, il ne semble pas nécessaire de rendre cet acte inefficace<sup>1256</sup>. Or s'agissant de la clause d'usufruit successif, et plus précisément de la

---

<sup>1253</sup> Sur l'effet – mais non l'objectif – de l'instrumentalisation visant à garantir la validité de principe de de la clause de réversion d'usufruit, v. : *supra* n° 240.

<sup>1254</sup> Cass. civ., 24 novembre 1845, *DP* 1846. 1, p. 25. Ainsi, toute atteinte doit depuis être sanctionnée par la nullité absolue et le juge peut la relever d'office (Cass. civ., 24 novembre 1845, *DP* 1845. 1, p. 25). À cet égard, on notera que cette nullité n'est pas, selon nous, soumise au principe de légalité répressive car, contrairement à d'autres sanctions du droit des successions (v. notamment les peines du recel successoral, n° ...), la nullité des pactes sur succession future ne constitue pas une peine privée. Elle n'a, à notre avis, aucune coloration pénale, de sorte que le principe de légalité répressive ne trouve pas à s'appliquer en la matière. C'est pourquoi nous envisageons la question de la légitimité de l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière de clause de réversion d'usufruit dans le chapitre consacré à l'idéal de cohérence du droit, non dans celui relatif au principe de légalité répressive.

<sup>1255</sup> J. CARBONNIER, « Exorde », *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 1, qualifiant la prohibition des pactes sur succession future de « rocher » du droit successoral français. Dans le même sens, v. : J. LEPROVAUX, « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *LPA* 28 octobre 2009, n° 215, p. 5 et s. ; P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX et G. RAOUL-CORMEIL, *J.-Cl. Civil Code*, art. 721 à 724-1, fasc. 20 : « Successions – Pacte sur succession future », n° 18.

<sup>1256</sup> C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace, contribution à la théorie de l'acte juridique*, thèse, Paris 1, 2017, p. 297 et s., n° 515 et s., relevant diverses hypothèses dans lesquelles la sanction d'un acte juridique irrégulier n'apparaît pas, à son avis, nécessaire dès lors que l'acte juridique en cause ne porte

renonciation au bénéfice de cet usufruit par l'usufruitier de second rang, il nous semble qu'il n'y a aucune atteinte à l'intérêt *actuellement* protégé par la nullité des pactes sur succession future. De sorte que l'instrumentalisation de la donation indirecte en la matière, visant à écarter la nullité de principe de l'article 722 du Code civil peut trouver sa légitimité dans une adaptation dynamique de cet article<sup>1257</sup>. De même qu'en dehors de l'ordre public textuel il existe un ordre public virtuel, il peut fort bien exister, à côté des exceptions légales à la prohibition des pactes sur succession future des exceptions virtuelles, qui n'enfreignent pas les raisons d'être de la prohibition. Afin de le montrer, il convient donc de mettre en évidence l'intérêt *actuellement* protégé par la nullité des pactes sur succession future puis d'identifier la compatibilité de la renonciation à la réversion d'usufruit avec celle-ci<sup>1258</sup>.

**345. Intérêts traditionnellement protégés par la nullité des pactes** – Pourquoi donc le Code civil pose-t-il depuis son origine un principe général de prohibition des pactes successoraux ? La réponse ne saurait être unique, le fondement de la nullité des pactes sur succession future ayant évolué. Si quatre fondements sont traditionnellement invoqués pour

---

pas atteinte à l'intérêt protégé, ou qu'il ne lui porte plus atteinte. L'auteur prend notamment pour exemple l'éviction de la nullité de l'acte conclu par un mineur non émancipé, lorsque le mineur incapable démontre qu'il était en réalité en mesure d'assurer la protection de ses propres intérêts en concluant le contrat, notamment parce que celui-ci lui était utile et n'était pas déséquilibré (C. civ., art. 1151) (C. FRANÇOIS, *thèse préc.*, p. 301 et s., n° 523 et s. Dans le même sens, v. : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 16<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2014, p. 239, n° 232, relevant que « l'annulation paraît [en ce cas] inutile à la protection de l'intéressé » puisqu' « en concluant une affaire normale, le mineur a démontré son aptitude à défendre ses intérêts »).

<sup>1257</sup> *Rapp.* : P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur "de cujus" et son héritier présomptif », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 344 ; G. WICKER, « Successions et sociétés en France », *Les successions*, Journées roumaines, Tome LX/2010, Travaux de l'Association Henri Capitant, p. 505 et s., spéc. p. 513, n° 22, à propos notamment de la clause d'agrément visant pour les associés survivants à déterminer, après le décès, celui ou ceux des héritiers avec lesquels ils souhaitent poursuivre l'entreprise sociétaire.

<sup>1258</sup> Que l'on ne se méprenne pas : il ne s'agit nullement de plaider en faveur de l'abandon de la prohibition des pactes successoraux. Selon nous, ce principe doit demeurer en tant notamment qu'élément fondamental de l'ordre public successoral français. Par où l'on se sépare des auteurs ayant demandé l'abrogation de la prohibition de principe : v. par exemple : M. NAST, *Étude sur la prohibition des pactes sur succession future*, Histoire, Droit civil moderne, Législation, Paris, 1905, p. 472 et s. ; R. GOUPIL, *Considérations sur la mort des personnes dans les actes juridiques*, thèse, Caen, 1905 ; J. ZIMMERMANN, *Des limites extra-légales à la prohibition des pactes sur succession future en droit français*, thèse, Nancy, 1935, p. 67. Par où l'on n'entend pas non plus reprendre à notre compte la proposition du notariat de voir substituer au principe de prohibition, un principe d'autorisation générale sauf exceptions : 72<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, *préc.*, act. not. 1936, p. 706. Les propos qui suivent visent seulement à démontrer que l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière de clause de réversion d'usufruit peut se recommander du fondement de la prohibition des pactes sur succession future.

justifier cette nullité, qui oscillent entre protection des intérêts privés et de l'intérêt général<sup>1259</sup>, il semble aujourd'hui que seule la protection de l'intérêt personnel du *de cuius* demeure apte à justifier la règle prohibitive. Pour le montrer, il n'est pas question de procéder dans ces lignes à une étude approfondie de différentes justifications traditionnelles de la prohibition des pactes successoraux, sur lesquelles tout semble avoir d'ores et déjà été dit<sup>1260</sup>. Une brève présentation essaiera d'en convaincre en mettant en évidence le fondement subsistant.

La prohibition des pactes sur succession future se justifierait moralement enseignait-on traditionnellement : les pactes successoraux seraient contraires aux bonnes mœurs en ce qu'ils spéculeraient sur la vie humaine<sup>1261</sup>, plus précisément en ce qu'ils susciteraient « la tentation de commettre le crime ultime en vue de la réalisation du pacte »<sup>1262</sup>. À ce fondement moral, s'ajouterait un fondement politique : les pactes successoraux menaceraient les principes, devenus essentiels depuis la Révolution, de sauvegarde de la liberté et d'égalité. Dit autrement, on craignait en 1804 le « retour d'une nouvelle féodalité »<sup>1263</sup>, le « retour des fortunes

---

<sup>1259</sup> Sur la distinction entre intérêt privé et intérêt général et la possibilité pour une norme de protéger simultanément un ou des intérêt(s) privé(s) et l'intérêt général, v. notamment : R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909, p. 531 et s. ; C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace, contribution à la théorie de l'acte juridique*, thèse, Paris 1, 2017, p. 282 et s., n° 489 et s. *Rapp.* : C. civ., art. 1179 : « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

<sup>1260</sup> Pour plus de détails, v. notamment : J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 1317 et s., n° 942 et s. ; M. NAST, *Étude sur la prohibition des pactes sur succession future, Histoire, Droit civil moderne, Législation*, Paris, 1905 ; H. CAPITANT, « La prohibition des pactes sur succession non ouverte », *Rev. crit.* 1933, p. 86 et s. ; P. HÉBRAUD, « Des contrats passés entre un futur "de cuius" et son héritier présomptif », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 341 et s. ; J.-F. VOUIN, *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, thèse, Paris, 1967 ; A. LUCAS, « Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif », *RTD civ.* 1976, p. 455 ; M. DAGOT, « L'esprit des réformes récentes du droit successoral », *Mélanges G. MARTY*, 1978, p. 305 et s. ; D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N.* 2004, p. 1223 ; N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam. nov.* 2006, n° 11, étude 44 ; M. NICOD, « L'anticipation successorale », *JCP N.* 2006, p. 1136 ; D. MARTEL, « Présent et futur proches des pactes sur succession future », *RLDC* 2006, p. 47 ; M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et 2006 », *Mélanges G. GOUBEAUX*, LGDJ, Paris, 2009, p. 1 et s. ; P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX et G. RAOUL-CORMEIL, *J.-Cl. Civil Code*, art. 721 à 724-1, fasc. 20 : « Successions – Pacte sur succession future », n° 29 et s.

<sup>1261</sup> « L'homme est hors de prix, disait PORTALIS, sa vie ne saurait être l'objet de commerce ; sa mort, l'objet d'une spéculation mercantile » (Discours de PORTALIS devant le Corps législatif le 7 Ventôse an XII).

<sup>1262</sup> B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *manuel préc.*, p. 23, n° 5. *Rapp.* : Cass. req., 2 février 1874, *DP* 1874, 1, p. 238 ; S. 1874. 1, p. 350 ; Cass. req., 13 mai 1884, *DP* 1884. 1, p. 468, relevant que les pactes successoraux étaient « moralement et politique dangereu[x] ».

<sup>1263</sup> D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N.* 2004, p. 1223.

nobiliaires transmises à l'aîné de la fratrie, comme le permettaient naguère les renonciations anticipées consenties par les autres héritiers au *de cuius* qui le leur demandait »<sup>1264</sup>. En outre, la prohibition des pactes successoraux se justifierait au regard du risque de lésion et d'abus d'influence qu'ils entraîneraient. En fait, cet argument d'ordre psychologique reposait sur « la faiblesse [présumée] des enfants face à l'autorité des parents qui pourraient convaincre certains d'entre eux de renoncer à leurs droits successoraux contre un avantage immédiat sans mesurer la portée de ce dont ils se privent »<sup>1265</sup>. Enfin, un dernier motif – d'ordre technique – commanderait cette prohibition : on explique que les pactes successoraux constituent « une aliénation inacceptable de la liberté de tester »<sup>1266</sup> et, conséquemment, de la liberté de révoquer son testament. Par hypothèse, les biens objets d'un pacte successoral irrévocable ne peuvent également être ceux du testament du disposant. Dès lors, la conclusion d'un tel pacte reviendrait à nier la liberté de tester du disposant et le caractère toujours révocable du testament.

En définitive, ce sont donc quatre justifications – morale, politique, psychologique et technique – qui sont traditionnellement apportées par la doctrine pour fonder la nullité de principe des pactes sur succession future.

**346. Fondement substantif : la protection de la liberté testamentaire** – Reste que certaines de ces justifications ont perdu beaucoup de poids à l'époque contemporaine. À l'instar de Monsieur GRIMALDI<sup>1267</sup>, il nous semble que seule la justification d'ordre technique reste

---

<sup>1264</sup> P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX et G. RAOUL-CORMEIL, *J.-Cl. Civil Code*, art. 721 à 724-1, fasc. 20 : « Successions – Pacte sur succession future », n° 31.

<sup>1265</sup> D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N.* 2004, p. 1223. Dans le même sens, v. : M. GRIMALDI, « Les difficultés de la recodification : les successions et les libéralités », *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Litec, 2004, p. 292.

<sup>1266</sup> P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX et G. RAOUL-CORMEIL, *J.-Cl. Civil Code*, art. 721 à 724-1, fasc. 20 : « Successions – Pacte sur succession future », n° 32.

<sup>1267</sup> M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis, 8<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 372 ; M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1996, n° 94-13.072, Bull. n° 67, *D.* 1997, p. 368 ; M. GRIMALDI, « Les dernières volontés », *Mélanges G. CORNU*, PUF, 1995, p. 177 ; R. LINDON, avis sous Cass. mixte, 27 novembre 1970, *Defrénois* 1971, art. 29786, p. 98 : « pourquoi ce Code interdit-il de tels pactes ? Parce qu'il ne veut pas qu'une personne se dépouille du droit de disposer de ses biens par testament. Elle peut faire une donation, oui, mais elle ne peut se lier de telle sorte que, sans donner un bien, elle s'interdise d'en disposer dans ses dernières volontés » ; C. BAHUREL, *thèse préc.*, p. 271, n° 377, selon qui « au lieu de parler de principe de prohibition des pactes sur succession future, on pourrait parler, plus positivement, de principe d'indisponibilité du droit de tester ». Et d'ajouter : « quant aux pactes successoraux interdits à l'héritier, on pourrait parler de principe d'indisponibilité des droits successoraux futurs » ; J. BOULANGER, note sous Cass. civ., 26 octobre 1943, *D.* 1946, soulignant que « la limitation conventionnelle du droit de tester, c'est ce qui motive la qualification de pacte sur succession future ».

« pertinente »<sup>1268</sup>, à savoir la protection de la liberté testamentaire du *de cuius* sur la succession duquel le pacte est réalisé.

La chose peut être démontrée en examinant successivement les trois fondements délaissés. *Quid* du fondement moral de la prohibition ? Peut-on encore lui donner crédit ? La réponse semble négative. En effet, comme on l'a écrit, si « l'on réfléchit un peu sur le péril encouru du fait de ce *votum mortis* qui pourrait conduire un héritier à ce que sa cupidité devienne criminelle, il faut bien admettre qu'une telle hypothèse relève largement plus du fantasme que de la crainte objective »<sup>1269</sup>. Le fondement moral de la prohibition des pactes sur sa propre succession semble donc pouvoir aujourd'hui être écarté. Qu'en est-il des fondements politiques et psychologiques de la prohibition ? Là encore, nous pensons que ces fondements sont surannés. D'une part, une renaissance des règles féodales paraît illusoire ; d'autre part, les risques d'abus d'influence ou de lésion, aussi sérieux soient-ils, peuvent être déjoués par un formalisme protecteur et/ou les conseils d'un notaire. Du reste, si ces raisons étaient d'actualité, il importerait d'abolir d'urgence les mécanismes d'assurance sur la vie...

La protection de la liberté testamentaire paraît ainsi demeurer l'unique justification de la nullité des pactes successoraux. La Cour de cassation elle-même a pu la considérer comme déterminante puisqu'elle a admis la nullité d'une reconnaissance de dette au seul motif que son « caractère irrévocable port[ait] atteinte à la liberté de tester »<sup>1270</sup>. Et pour cause, « celui qui dispose de sa succession par contrat n'y peut plus revenir : l'irrévocabilité du contrat le lui interdit ». Or la liberté d'imposer ses dernières volontés peut être tenue pour

---

<sup>1268</sup> M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis, 8<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 372. *Contra.* : D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N.* 2004, p. 1223, pour qui l'objection de la liberté de tester est sérieuse mais semble pouvoir être dépassée dès lors notamment que « la liberté de tester est considérablement réduite par la réserve ». Dans le même sens, v. : N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam. nov.* 2006, n° 11, étude 44 ; P. VEAUX-FOURNERIE, D. VEAUX et G. RAOUL-CORMEIL, *J.-Cl. Civil Code*, art. 721 à 724-1, fasc. 20 : « Successions – Pacte sur succession future », n° 35 ; B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *Libéralités et successions*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2020, coll. Cours, p. 24.

<sup>1269</sup> B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *manuel préc.*, p. 23, n° 5. Dans le même sens, v. : D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N.* 2004, p. 1223, relevant que « dans notre société contemporaine le *votum mortis* apparaît comme une anecdote qui intéresse plus l'historien que le juriste ». En tout état de cause, ce fondement moral semble en perte de valeur dans notre système actuel où, à tort ou à raison, la morale plie de plus en plus face aux revendications individuelles, tarissant par-là certaines sources du droit parmi lesquelles figurent les bonnes mœurs (en ce sens, v. : 108<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, *La transmission, préc.*, p. 309, soulignant que « l'individualisme appelle à un affaiblissement de la morale, ainsi que de l'intérêt général »).

<sup>1270</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1996, n° 94-13.072, Bull. n° 67 ; *D.* 1997, p. 369, obs. I. NAJJAR ; *D.* 1997, p. 368, obs. M. GRIMALDI ; *RTD civ.* 1996, p. 679, obs. J. PATARIN.

inaliénable<sup>1271</sup>. C'est pourquoi, la nullité de principe des pactes sur succession future viserait aujourd'hui à assurer la seule protection de la liberté de tester du défunt<sup>1272</sup>.

**347. Absence d'atteinte à l'intérêt protégé par la prohibition** – Reste alors à se demander si la renonciation par l'usufruitier de second rang à l'usufruit successif du vivant de l'usufruitier de premier rang porte atteinte à l'intérêt protégé par la prohibition des pactes successoraux, c'est-à-dire à la liberté testamentaire du futur défunt. Si tel n'est pas le cas, la nullité de l'acte ne nous paraît pas nécessaire.

Cette renonciation porte-elle atteinte à la liberté testamentaire du futur défunt, en l'occurrence de l'usufruitier de premier rang ? Il ne nous semble pas. En effet, comme on l'a écrit, la nullité des pactes sur succession future ne saurait être opposée aux pactes successoraux qui n'obligent le *de cuius* à rien<sup>1273</sup>. Or la renonciation de l'usufruitier de second rang du vivant de l'usufruitier initial n'entraînera aucune entrée en jouissance du nu-proprétaire : l'usufruitier initial demeure usufruitier du bien qui est simplement libéré de la clause de réversion. Par conséquent, une telle renonciation ne porte nullement atteinte à la liberté testamentaire de l'usufruitier de premier rang.

**348. Synthèse** – En définitive, il nous semble que la nullité de principe des pactes sur succession future ne vise actuellement qu'à protéger l'intérêt personnel du *de cuius* en protégeant sa liberté testamentaire. Dans ces conditions, la nullité de la renonciation au bénéfice de la réversibilité d'un usufruit successif apparaît ne pouvoir être annulé sans incohérence en tant que pacte sur succession future : elle ne nuit pas à la liberté testamentaire du défunt, liberté qui est aujourd'hui seule fondatrice de la prohibition légale. Cette instrumentalisation de la donation indirecte présentement examinée constitue donc, en dépit de son audace, une instrumentalisation « complétive » de la loi œuvrant à l'idéal de cohérence du droit au même titre que les précédentes.

Il en va néanmoins différemment d'autres manifestations d'instrumentalisation dont on peut se demander si, au lieu de combler une lacune pratique de la loi, elles n'ébranlent pas les choix politiques et techniques du législateur en les subvertissant.

---

<sup>1271</sup> M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 293, n° 372.

<sup>1272</sup> C'est pourquoi, également, nous pensons que les pactes sur succession future devraient désormais être sanctionnés, non par une nullité absolue, mais par une nullité relative.

<sup>1273</sup> M. GRIMALDI, *manuel préc.*, p. 293, n° 372.

## §2 – LES MANIFESTATIONS D’INSTRUMENTALISATION SUBVERSIVE

**349. Double variation de subversion** – Si certaines manifestations d’instrumentalisation de la donation indirecte semblent œuvrer à la cohérence du droit et peuvent être qualifiées de « complétives », d’autres donnent l’impression d’opérer une sorte de subversion du droit.

Qu’entend-on par-là ? La subversion n’est pas une notion juridique ; le terme est davantage sollicité par les sociologues ou les philosophes<sup>1274</sup>. Le dictionnaire petit Robert, quant à lui, la définit comme une démarche « qui renverse ou menace l’ordre établi, les valeurs reçues ». Cette définition fait écho à l’acception retenue de la cohérence du droit : elle met en exergue l’idée qu’une démarche du juge ou de l’Administration ne contribue pas à asseoir le système légal en comblant ses lacunes. À ce titre, on peut distinguer les manifestations d’instrumentalisation qui paraissent menacer la loi en s’y soustrayant (A) et celles qui semblent la défier en la réécrivant (B).

### A – La soustraction à la loi

**350. Cas particulier de l’assurance épargne** – Certaines manifestations d’instrumentalisation de la donation indirecte s’inscrivent à contrecourant de l’idéal de cohérence du droit : loin de combler la loi, elles paraissent vouloir s’y soustraire. La jurisprudence relative à la requalification de l’assurance épargne en donne une illustration topique.

Pour simplifier, la Cour de cassation a décidé, en chambre mixte, que les contrats d’assurance épargne constituent, non des libéralités indirectes au profit du tiers désigné, mais des contrats d’assurance sur la vie, et relèvent comme tels des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances. Pour ce faire, on l’a vu<sup>1275</sup>, la Haute juridiction s’est efforcée de nier le caractère libéral de l’opération et de ranger ces contrats dans la catégorie des actes aléatoires, et donc des actes à titre onéreux. L’instrumentalisation de la donation indirecte résulte ainsi de ce que les juges occultent volontairement sa qualification et la remplacent par une autre (onéreuse) afin de permettre à « l’assurance » de pourvoir à des « besoins » purement économiques<sup>1276</sup>.

---

<sup>1274</sup> Sur le sujet, v. par exemple : R. MUCCHIELLI, *La subversion*, Bordas poche, 1973 ; M. DUFRENNE, *Subversion, perversion*, Paris PUF, 1977 ; D. ERIBON, *De la subversion – Droit, norme et politique*, éd. Cartouche, 2010.

<sup>1275</sup> Pour plus de détails sur l’aspect technique de cette instrumentalisation, v. *infra* n° 13.

<sup>1276</sup> Pour plus de détails sur l’aspect téléologique de cette instrumentalisation, v. *infra* n° 284.

Pourtant, comme l'ont notamment souligné Messieurs GRIMALDI et BRENNER, une telle solution « ne peut qu'inquiéter tous ceux qui se soucient des équilibres du droit des successions »<sup>1277</sup> car, « mettre hors la loi successorale des actifs qui représentent une part si substantielle des patrimoines des ménages, c'est sacrifier la cohérence du système juridique »<sup>1278</sup>. En effet, cette instrumentalisation de la donation indirecte emporte un risque d'évasion successorale excessif. Et, quoi qu'en dise notamment le ministère de la Justice, les mécanismes « protecteurs » mis en place pour permettre la réintégration exceptionnelle des actifs placés en « assurance » dans la succession du souscripteur, ne suffisent pas à donner une cohérence et donc légitimité à cette instrumentalisation de la donation indirecte.

**351. Risque d'évasion successorale** – En droit français, si chacun peut librement disposer de son patrimoine, par donation ou par succession, ce principe souffre une limite d'ordre public : la réserve héréditaire. Celle-ci est solennellement consacrée par le Code civil « au titre *Des successions*, à l'article 721 »<sup>1279</sup>. Afin de régler les proportions entre la réserve et la quotité disponible, l'article 913 du Code civil dispose ainsi que « les libéralités, ou par acte entre vifs ou par testament, ne peuvent excéder la moitié des biens du disposant s'il ne laisse à son décès qu'un enfant, le tiers s'il laisse deux enfants, le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ». Lorsque le montant donné ou légué dépasse la quotité disponible, la libéralité doit être réduite afin de reconstitution de la réserve héréditaire<sup>1280</sup>.

Or on l'a vu, la mise à l'écart de l'assurance épargne de la catégorie des donations indirectes exclut par principe l'action en réduction pour atteinte à la réserve héréditaire. En effet, en application des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances, ni le capital, ni les primes des assurances sur la vie ne font partie, par principe, de la succession de

---

<sup>1277</sup> C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 158.

<sup>1278</sup> M. GRIMALDI, « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements », *RTD civ.* 2005, p. 434. Dans le même sens, v. également : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Rendre l'assurance-vie successorale », *RJPF* 2010, p. 30.

<sup>1279</sup> M. GRIMALDI, « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements », *RTD civ.* 2005, p. 434. L'article 721 du Code civil dispose ainsi que « les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités » avant d'ajouter que ces successions « peuvent être dévolues par les libéralités du défunt *dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire* » (soulignements ajoutés).

<sup>1280</sup> Étant entendu que les réservataires disposent de cinq ans pour la mettre en œuvre à compter de l'ouverture de la succession ou de deux ans à compter du jour où ils ont eu connaissance de l'atteinte portée à la réserve, sans que le délai d'action puisse excéder dix ans après le décès (C. civ., art. 921, applicable aux successions ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007).

l'assuré<sup>1281</sup>. C'est dire que l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière d'assurance épargne contient un risque d'atteinte à la réserve des héritiers du souscripteur.

**352. Risque excessif d'évasion successorale** – À lui seul, ce constat ne suffit cependant pas à établir l'incohérence de cette instrumentalisation. Celle-ci nécessite encore de démontrer que l'atteinte à la réserve héréditaire apparaît *anormale*. Pour ce faire, procédons par comparaison avec l'instrumentalisation ayant cours en matière d'assurance décès temporaire<sup>1282</sup>.

Pour rappel, les articles L. 132-12 et L. 132-13 précités, excluant l'assurance-vie de toute action en réduction, ne s'appliquent pas exclusivement aux assurances épargne. D'ailleurs, ces articles semblent même avoir été pensés pour d'autres mécanismes assurantiels<sup>1283</sup>. Aussi bien, le capital et les primes résultant d'autres formes d'assurance sur la vie, spécialement des assurances décès temporaires, ne sont pas non plus, par principe, compris dans la masse de calcul de la quotité disponible du souscripteur et échappent ainsi à une éventuelle action en réduction. Or nous avons montré que, contrairement à ce qu'énonce l'article L. 132-13 du Code des assurances, ce type d'assurance décès pouvait, même alimenté par des primes modestes, constituer une donation indirecte au profit du tiers désigné, spécialement lorsque le bénéficiaire n'est pas dans une situation de besoin<sup>1284</sup>. C'est dire que les assurances temporaires décès

---

<sup>1281</sup> Pour mémoire, l'article L. 132-12, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code des assurances dispose que : « le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré ». Et l'article L. 132-13 du même Code d'ajouter : « le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

<sup>1282</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 29 et s. et n° 233 et s. On rappellera seulement ici que l'assurance décès temporaire, moyennant une prime unique ou, plus fréquemment, des primes périodiques, « permet de garantir le versement d'une rente ou d'un capital à un bénéficiaire désigné, dans la mesure où le souscripteur décède avant une date fixée par le contrat » (B. BEIGNER, S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, 3<sup>ème</sup> éd. 2018, LGDJ, p. 795, n° 804). *Comp.* : C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 159. L'auteur compare la jurisprudence relative à la requalification de l'assurance-vie, dont il fait la critique, et celle relative aux biens de famille ou aux acquisitions tontinières : « certes, écrit-il, il avait déjà été décidé en jurisprudence que certains valeurs – les biens de famille ou les acquisitions tontinières en particulier – demeurent hors succession, alors même que la loi ne le prévoit pas. Mais c'était alors pour des raisons techniques décisives ou bien en vertu d'usages parfaitement établis. En outre, les risques d'évasion successorale étaient relativement limités, en tout cas sans comme mesure avec ceux que recèle la présente solution, de sorte que la cohérence générale de la matière ne s'en trouvait nullement affectée ».

<sup>1283</sup> V. *supra* n° 23.

<sup>1284</sup> Sur ce point, v. *infra* n° 29 et s.

portent un risque d'évasion successorale au même titre que les assurances épargnes. Cependant, ce risque semble très limité pour les contrats d'assurance décès. D'une part, les assurances temporaires décès sont le plus souvent alimentées par des primes modestes. Ainsi, le souscripteur ne subit pas un appauvrissement significatif<sup>1285</sup>, de sorte que les menaces d'atteinte à la réserve héréditaire, et donc d'évasion successorale, paraissent relativement faibles. D'autre part, comme Madame BÉGUIN l'a démontré dans sa thèse, l'histoire de la prévoyance sociale témoigne « de ce que le traitement de faveur attribué aux contrats d'assurance décès temporaire a été élaboré afin de laisser s'épanouir ces contrats destinés à assurer la subsistance de ceux que le souscripteur laisserait dépourvus à sa mort »<sup>1286</sup>. En somme, l'instrumentalisation légale de la qualification de donation indirecte en matière d'assurance « classique » a été conçue pour promouvoir la prévoyance familiale ; le législateur semble ainsi avoir procédé à une mise en balance raisonnée entre la protection de la réserve héréditaire et l'esprit de solidarité familiale. Par conséquent, l'exclusion légale de la qualification de donation indirecte semble justifiée dans le cas de l'assurance décès.

Il en va différemment pour les assurances épargnes. En effet, les sommes investies dans les assurances épargnes sont très souvent importantes et peuvent représenter une part substantielle du patrimoine du souscripteur. En ce sens, Monsieur GRIMALDI écrit : « nul, en effet, ne peut sérieusement contester que l'assurance-vie, dans sa forme moderne, soit un placement : on place son argent en assurance-vie, comme on le place dans la pierre, en bourse ou ailleurs »<sup>1287</sup>. Les risques d'évasion successorale et donc d'atteinte à la réserve héréditaire résultant de l'exclusion de ces assurances de la quotité disponible du souscripteur, paraissent de ce fait bien plus élevés qu'en matière d'assurance décès. En outre, la mise en balance entre la protection de la réserve héréditaire et l'esprit de solidarité familiale semble totalement absente s'agissant des contrats d'assurance épargne puisque l'instrumentalisation de la donation indirecte est alors essentiellement destinée à préserver les intérêts financiers de l'État.

En définitive, c'est parce que les sommes placées dans les contrats d'assurance épargne représentent, la plupart du temps, une part consistante du patrimoine du souscripteur *et* que

---

<sup>1285</sup> En ce sens, v. notamment : C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 822, n° 705 ; p. 826, n° 708, et surtout p. 858, n° 732, soulignant à propos des contrats d'assurances décès qu' « en raison de la modestie des primes à verser pour garantir le décès d'une personne, le souscripteur, ne subi[t] pas un appauvrissement significatif ». *Rapp.* : M. GRIMALDI, « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements », *RTD civ.* 2005, p. 434. L'auteur écrit au sujet de ces contrats qu'ils sont « des contrats de prolétaires » et non des « contrats de fortune faite » comme sont les contrats d'assurances épargnes.

<sup>1286</sup> C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 857, n° 732.

<sup>1287</sup> M. GRIMALDI, « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements », *RTD civ.* 2005, p. 434.

l'instrumentalisation de la qualification de donation indirecte repose sur des considérations purement économiques, déconnectées de la *ratio legis* des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances, que nous considérons que cette instrumentalisation porte un risque anormal d'évasion successorale. En ce sens, on a pu écrire que la solution « sème le germe de la discrimination »<sup>1288</sup> entre les héritiers réservataires du souscripteur selon qu'ils sont bénéficiaires, ou non, dudit contrat<sup>1289</sup>. On notera à cet égard que la thèse de la discrimination a été adoptée par la Cour constitutionnelle belge lors d'une décision du 26 juin 2008 : par un raisonnement finement ciselé que l'on ne citera qu'en partie, la Cour constitutionnelle, après avoir constaté que « certains produits d'assurance [étaient] devenus d'authentiques instruments de placement financier, des avoirs d'épargne considérables étant mobilisés, avec pour effet que la part réservée qui doit être garantie aux héritiers réservataires en vertu de la loi peut être gravement affectée », a jugé que l'exclusion des règles protectrices de la réserve héréditaire (l'action en réduction donc) en présence de contrats d'assurance épargne – rédigés sur le modèle français – constituait une discrimination injustifiée au préjudice des héritiers réservataires du souscripteur non bénéficiaires desdits contrats<sup>1290</sup>. Tirant les conséquences de cette décision, le législateur belge a désormais réformé le droit des assurances en ce sens<sup>1291</sup>.

**353. Permanence de la réserve héréditaire en droit français** – À tout ceci, on pourrait peut-être nous objecter l'argument suivant : puisque la réserve héréditaire française s'est

---

<sup>1288</sup> *Ibid.*

<sup>1289</sup> Pour un exemple chiffré, v. : C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *RDA* septembre 2020, p. 196 et s., n° 4.

<sup>1290</sup> C. const. Belge, 26 juin 2008, n° 1996-2008 ; *RTD civ.* 2008, p. 526, obs. M. GRIMALDI : « certains produits d'assurance sont devenus d'authentiques instruments de placement financier, des avoirs d'épargne considérables étant mobilisés, avec pour effet que la part réservée qui doit être garantie aux héritiers réservataires en vertu de la loi peut être gravement affectée. Il peut en résulter qu'à la suite d'une faveur accordée par un preneur d'assurance à un seul ou à plusieurs de ses enfants, à l'exclusion d'un ou de plusieurs autres, les héritiers réservataires non bénéficiaires sont en réalité déshérités dans une mesure plus ou moins grande. Par voie de conséquence, la mesure en cause 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 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 ».

<sup>1291</sup> L'article 188 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances a été réécrit et prévoit ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018, qu'« en cas de décès du preneur d'assurance, la prestation d'assurance est, conformément au Code civil, sujette à réduction et à rapport ».

grandement affadie sous les coups des diverses réformes du début du XXI<sup>ème</sup> siècle, il est normal que les juges de cassation aient porté plus d'attention aux conséquences économiques qu'aux conséquences successorales de leur solution. Cette objection n'est cependant pas sans réponse. Il est clair que, depuis quelques décennies, la réserve héréditaire a été malmenée en droit interne comme en droit international<sup>1292</sup>, au point que certains auteurs ont souhaité son recul<sup>1293</sup> voire sa suppression<sup>1294</sup>. L'introduction de la renonciation anticipée à l'action en réduction par la loi du 23 juin 2006 suffit à s'en convaincre<sup>1295</sup>. Désormais, un héritier réservataire présomptif peut, dès avant l'ouverture de la succession, accepter en faveur d'un donataire ou d'un légataire déterminé qu'il soit porté atteinte à sa réserve par une libéralité adressée à ce dernier<sup>1296</sup>. Aussi bien, il est certain que ce nouvel outil d'anticipation successorale, en plaçant la réserve héréditaire sous l'empire de la volonté, la désacralise en partie<sup>1297</sup>. Pour autant, la loi du 23 juin 2006 n'a pas supprimé la réserve héréditaire : le Code

---

<sup>1292</sup> Sur la dévaluation de la réserve héréditaire dans l'ordre international, v. notamment l'analyse critique de S. GODECHOT-PATRIS, « Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3, du Code civil », *JDI* (Clunet), n° 2, 2022, doct. 2., analysant notamment deux arrêts rendus le 27 septembre 2017 aux termes desquelles la Cour de cassation affirme qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète au cas d'espèce conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-13.151 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198, et les notes citées). *Rapp.* : M. NICOD, « La réserve héréditaire et l'ordre public international français : ou comment concilier liberté et solidarité ? », *Dr. fam.* 2017, n° 11, p. 28.

<sup>1293</sup> C. PÉRÈS, « Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 296.

<sup>1294</sup> B. MOREL et M. SBAlHI, *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, Génération libre, 2019. *Rapp.* : R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016, p. 729 et s., pour qui il conviendrait de s'interroger sur les raisons d'être de la réserve, avec l'idée de ne la faire survivre qu'en cas de nécessité à la façon de l'obligation alimentaire.

<sup>1295</sup> L'article 929 du Code civil dispose ainsi : « tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte ». Pour plus de détails sur l'évolution de la réserve héréditaire au lendemain de la réforme du 23 juin 2006, v. notamment : C. BRENNER, « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, A. LEBORGNE (dir.), PUAM, 2008, p. 33 et s. ; M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et 2006 », *Mélanges G. GOUBEAUX*, LGDJ, Paris, 2009, p. 1 et s. ; J.-P. CLERO, « Réflexions sur le contractualisme contemporain », *Les évolutions du Droit*, textes réunis par C. PIGACHE, *Publications de l'Université de Rouen*, 2004 ; D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N.* 2004, p. 1223 ; D. MARTEL, « Le droit successoral, miroir des mutations familiales ? Du "devoir être" de la famille aux "façons d'être" des familles, *Le droit patrimonial – miroir des mutations familiales*, colloque, Inter-normes, PUAM, 2012 ; G. WICKER, « Le nouveau des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. pat.* 2007, n° 157, p. 75 et s.

<sup>1296</sup> Sur le sujet, v. notamment : C. GOLDIE-GENICON, « Les renonciations à la réserve », *Defrénois* 2019, n° 46, p. 33.

<sup>1297</sup> C. BRENNER, « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, A. LEBORGNE (dir.), PUAM, 2008, p. 33 et s.

civil attribue toujours une quotité minimum de la succession du défunt à certains de ses héritiers (descendants ou conjoint survivant). En outre, une définition légale de la réserve héréditaire figure désormais à l'article 912 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>1298</sup>, ce qui, d'une certaine manière, affiche l'intensité de l'attachement du législateur à cette « colonne du temple »<sup>1299</sup> de l'ordre public successoral<sup>1300</sup>. Enfin, – non sans un certain paradoxe – la Cour de cassation elle-même a récemment rappelé dans une décision publiée au Bulletin que la réserve héréditaire était d'ordre public interne et, comme telle, ne pouvait être écartée par des dispositions testamentaires établies selon la loi (étrangère) du domicile du défunt<sup>1301</sup>. C'est ainsi à juste titre qu'un auteur pose la conclusion suivante : « qu'elle [la réserve héréditaire] ne soit probablement plus la réserve d'antan est une quasi-certitude ; mais après tout, la responsabilité civile repose sur les mêmes textes que ceux de 1804 et n'a pourtant plus rien à voir avec celle qui fut conçue alors »<sup>1302</sup>. En d'autres termes, la réserve héréditaire demeure un pilier de l'ordre public

---

<sup>1298</sup> « 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, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».

<sup>1299</sup> Selon l'expression de CATALA : P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, 2006.

<sup>1300</sup> Dans le même sens, quoiqu'évoquant l'article 721 alinéa 2 du Code civil : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2015, n° 133, p. 700, n° 9. Les auteurs soulignent ainsi que si « la loi du 23 juin 2006 a multiplié les atteintes directes et indirectes [à la réserve héréditaire], [i]l n'en reste pas moins que cette même loi du 23 juin 2006 a réaffirmé très clairement à l'article 721 alinéa 2 du Code civil le principe de la réserve héréditaire [...] ». *Rapp.* : S. GODECHOT-PATRIS, « Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913 alinéa 3 du Code civil », *JDI* (Clunet), n° 2, 2022, doct. 2, soulignant que l'inscription du nouveau droit de prélèvement au sein de l'article 913 du Code civil est « hautement symbolique, voire politique ». L'auteur écrit ainsi : « en plaçant en première ligne la protection de la réserve héréditaire à l'échelle internationale, le législateur affiche ainsi l'intensité de son attachement à cette institution dont la pérennité pouvait sembler incertaine ».

<sup>1301</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2018, n° 17-16.515 et n° 17-16.522, Bull n° 125 ; *D.* 2019, p. 1016, obs. S. CLAVEL : « Mais attendu que l'arrêt constate que la succession comprend des biens immobiliers situés en France et retient que ceux-ci sont soumis, par application de la règle de conflit édictée à l'article 3, alinéa 2, du Code civil, à la loi française ; que, de ces constatation et énonciation, la cour d'appel a exactement déduit, par motifs propres et adoptés, sans méconnaître l'autorité attachée au jugement d'exequatur, que la dévolution successorale desdits immeubles devait tenir compte des règles de la réserve héréditaire, laquelle, d'ordre public interne, ne pouvait être écartée par des dispositions testamentaires établies selon la loi du domicile du défunt et régissant son statut personnel ; que le moyen ne peut être accueilli ». De son côté, la doctrine est majoritairement en faveur du maintien de la réserve héréditaire. En ce sens, v. par exemple les travaux du groupe de travail chargé de réfléchir à l'avenir de la réserve héréditaire (C. PÉRÈS et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, éd. Panthéon-Assas, 2020) proposant que « la réserve héréditaire des descendants soient maintenue et que son principe soit fermement réaffirmé », ainsi que le rapport du 116<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France (116<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, *Protéger*, 2020, p. 438, soulignant que la suppression de la réserve héréditaire « constituerait un séisme dans les bases de notre droit de la famille ».

<sup>1302</sup> B. BEIGNIER, « La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », *JCP N.* 2021, n° 11, p. 1136.

successoral français<sup>1303</sup>, de sorte que l'argument que l'on pourrait tenir de son affadissement pour justifier la cohérence de l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière d'assurance épargne ne paraît guère convaincant.

Par ailleurs, à regarder la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de donation indirecte et de réserve héréditaire, il peut paraître contradictoire, de la part des juges de droit, de mettre l'assurance épargne hors du champ de l'action en réduction en écartant de force la qualification de donation indirecte et, dans le même temps, forcer cette qualification pour assujettir certains *trusts inter vivos* révocables à la réserve héréditaire. En effet, comme on l'a souligné, ces deux opérations – assurance épargne et *trust* entre vifs révocable – « présente[nt] une étroite similitude »<sup>1304</sup>. Pour les deux hypothèses, « on est en présence d'opérations qui ont pour objet la gestion et la transmission d'une épargne par l'entremise d'un tiers, le *trustee* dans un cas, la compagnie d'assurances dans l'autre. Dans les deux cas, la durée de la vie humaine influe sur la désignation du bénéficiaire »<sup>1305</sup>. Aussi bien, en « traqu[ant] ces opérations réalisées à l'étranger au moyen d'un *trust* régi par une loi étrangère afin de les soumettre à la réserve du droit français » tout en soustrayant « à l'emprise de celle-ci ces mêmes opérations lorsqu'elles sont accomplies en France en application de la loi française », c'est à la cohérence de sa propre jurisprudence que la Cour de cassation paraît porter atteinte.

À quoi s'ajoute une autre incohérence : celle qui résulte du rapprochement de cette instrumentalisation de la donation indirecte par le régime de l'assurance épargne et de l'égalité entre les descendants, érigée en principe supérieur par la loi du 3 décembre 2001. Supposons ainsi que le souscripteur, décédé en laissant pour seuls successeurs ses trois enfants, n'en ait désigné qu'un seul en qualité de tiers bénéficiaire. En l'état du droit positif, les deux enfants non bénéficiaires ne peuvent, en principe, solliciter l'intégration de cette assurance dans la succession du souscripteur. Si les sommes investies dans l'assurance constituent une part importante du patrimoine du souscripteur, l'opération aura ainsi permis au défunt de traiter inégalement ses enfants, et ce, de manière possiblement excessive. Pourtant, l'un des apports fondamentaux de la réforme du 3 décembre 2001 a été de favoriser l'égalité entre les descendants du *de cuius* quelle que soit leur filiation. Rappelons en particulier que, prenant acte de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1306</sup>, cette loi

---

<sup>1303</sup> M. NICOD, « Oscillations idéologiques autour de la réserve héréditaire », *Dr. fam.* 2021, n° 3, p. 1.

<sup>1304</sup> F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grand arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2015, n° 133, p. 700, n° 9.

<sup>1305</sup> *Ibid.*

<sup>1306</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, §54 et §55 ; *GACEDH* n° 60 ; *D.* 2000, p. 332, note J. THIERRY ; *JCP G.* 2000. II, p. 102806, note A. GOUTTENOIRE-CORNU et F. SUDRE ;

a « supprimé l'infériorité successorale des enfants adultérins et leur incapacité partielle de recevoir à titre gratuit »<sup>1307</sup>. Dans ces conditions, l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière d'assurance épargne nous semble porteuse d'atteintes inacceptables à la réserve héréditaire et, au-delà, au principe d'égalité entre les descendants du défunt, égalité qui constitue l'une des données idéologiques essentielles du droit des successions français<sup>1308</sup>.

En définitive, que l'on envisage la présente solution au prisme l'égalité successorale préservée par l'institution de la réserve héréditaire ou, plus généralement, au regard de l'égalité instituée en faveur des descendants du défunt, la conclusion semble être identique : compte tenu de l'importance des sommes placées dans les assurances épargnes *et* des raisons purement budgétaires guidant leur soustraction à la succession de l'assuré, l'instrumentalisation de la donation indirecte relative à l'assurance épargne affecte la cohérence générale de la matière successorale.

**354. Rappel des substituts « protecteurs »** – Reste à démontrer en quoi les substituts « protecteurs » mis en place pour permettre la réintégration exceptionnelle de l'assurance

---

*Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; *Defrénois* 2000, p. 625, obs. B. VAREILLE ; *RTD civ.* 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, p. 601, obs. J. PATARIN : « L'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables (bien qu'il soit conforme aux droits de l'homme de protéger la famille légitime traditionnelle) [...] ; il n'y a pas de rapport raisonnable entre les moyens employés (diminution des droits successoraux de l'enfant adultérin) et le but visé et partant il y a violation de l'article 1 du protocole n° 1 (protection de la propriété) combiné avec l'article 14 de la Convention (interdiction des discriminations) ».

<sup>1307</sup> C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 71, n° 60. L'article 733 du Code civil, dans sa version actuelle, énonce que la « loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder ». De même, l'article 735 du même Code prévoit que « les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de progéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes ». En l'état du droit positif, l'inégalité entre les descendants continue seulement de frapper les enfants incestueux. Mais, comme le remarquent Messieurs BRENNER et MALAURIE, « il n'est pas exclu que, sous la pression des "droits de l'homme", cette exclusion successorale ne soit aussi regardée un jour comme une discrimination injustifiée » (C. BRENNER et P. MALAURIE, *manuel préc.*, p. 71, n° 60. *Rapp.* : C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD civ.* 2018, p. 1 et s.). Enfin, on notera que la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la rétroactivité de ces dispositions, ce qui peut témoigner un certain attachement au principe d'égalité entre les enfants (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2008, n° 06-19.331, Bull. n° 139 ; *RTD civ.* 2008, p. 708, obs. M. GRIMALDI ; *Defrénois* 2009, p. 732, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ : « les dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage sont applicables aux successions ouvertes au 4 décembre 2001 et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date »).

<sup>1308</sup> Sur la place de l'égalité en droit des successions français, v. *supra* n° 340.

épargne dans la succession du souscripteur ne nous paraissent pas de nature à contrecarrer cette critique<sup>1309</sup>.

Pour mémoire, les héritiers du souscripteur disposent de deux moyens pour obtenir la « requalification » de l'assurance épargne en donation indirecte, et donc sa prise en compte dans la succession du souscripteur<sup>1310</sup>. Soit, sur le fondement de l'article L. 132-13 alinéa 2 du Code des assurances, ils font valoir le caractère manifestement excessif des primes<sup>1311</sup>. Ce caractère s'apprécie, selon une jurisprudence quasi-unanime depuis 2008<sup>1312</sup>, au moment du versement des primes, au regard de l'âge, des situations patrimoniale et familiale du souscripteur ainsi que de l'utilité du contrat pour celui-ci. Soit les héritiers soutiennent que l'opération ne présente aucun aléa relatif à la durée de vie humaine de l'assuré<sup>1313</sup> – ce sont, peu ou prou, les mêmes critères que ceux de l'exagération manifeste des primes qui permettent d'établir cette absence d'aléa. Dans l'un et l'autre cas, les héritiers peuvent obtenir, le cas échéant et suivant une jurisprudence fluctuante sur ce point<sup>1314</sup>, la réintégration soit de

---

<sup>1309</sup> Dans le même sens, v. : Dans le même sens, v. : M. GRIMALDI, « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements », *RTD civ.* 2005, p. 434, relevant que « le tempérament des primes manifestement exagérées n'est pas de nature à atténuer [les] critiques [contre la jurisprudence] ».

<sup>1310</sup> Sans compter, bien sûr, sur la possibilité pour le souscripteur d'inclure lui-même dans sa succession le bénéfice de l'assurance-vie. Pour des illustrations jurisprudentielles, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-12.491 ; *RTD civ.* 2011, p. 167, obs. M. GRIMALDI ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 11-17.891 ; *AJ fam.* 2012, P. 627, obs. C. VERNIÈRES. En outre, une limite au risque d'évasion fiscale résulte de l'article L. 132-11 du Code des assurances. En effet, selon cette disposition, si aucun bénéficiaire n'est désigné « le capital ou la rente garantis font partie du patrimoine ou de la succession du contractant ».

<sup>1311</sup> On a vu que l'article L. 132-13 du Code des assurances prévoit que « le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

<sup>1312</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 avril 2008, n° 06-16.725, Bull. n° 79 ; *Dr. fam.* 2008, comm. 127, note V. NICOLAS ; *JCP N.* 2008, p. 1234, obs. S. HOVASSE ; *Resp. civ. et ass.* 2008, comm. 207 ; J.-M. DO CARMO SILVA et D. KRAJESKI (dir.), *GDDA*, 2022, LGDJ, p. 797, comm. M. ROBINEAU.

<sup>1313</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 05-10.254, Bull. n° 258 ; Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13, *Dr. pat.* 2006, n° 148, p. 112 et s., obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Dr. fam.* 2008, comm. 30, B. BEIGNIER ; *RTD. civ.* 2008, p.137, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G.* 2008, II, p. 10029, note L. MAYAUX ; *Dr. fam.* 2008, étude 11, note V. NICOLAS ; *LPA* 2008, n° 134, p. 40, note J.-P. MAUBLANC ; *D.* 2008, p. 218, note G. BRUGUIÈRE-FONTENILLE ; *JCP N.* 2008, p. 1222, note P. PIERRE et R. LE GENTILHOMME ; *Dr. fisc.* 2008, comm. n° 217, F. DEBOISSY.

<sup>1314</sup> Pour de plus amples développements sur ce point, v. *infra* n° 372.

l'intégralité des primes versées par le défunt<sup>1315</sup>, soit de la fraction excessive de celles-ci<sup>1316</sup>, soit, plus rarement, le « rapport » du capital perçu par le(s) bénéficiaire(s) désigné(s)<sup>1317</sup>.

Pour la Cour de cassation, comme pour le ministère de la Justice, ces voies offertes aux héritiers de l'assuré préservent suffisamment leurs droits réservataires. En effet, dans son rapport de 2004 – revenant sur les arrêts rendus le 23 novembre 2004 – la Cour de cassation avait promu la solution fondée sur l'article L. 132-13 du Code des assurances en soulignant qu'« en contrepartie du régime exorbitant de l'assurance sur la vie quant aux conséquences fiscales et successorales qu'elle entraîne, une force accrue est conférée aux dispositions de l'article L. 132-13 alinéa 1 du Codes assurances »<sup>1318</sup>. De plus, les juges de droit ont décidé au détour d'une décision publiée au Bulletin que ces dispositions étaient conformes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, écartant, par conséquent, le moyen tiré d'une discrimination héréditaire fondé sur l'article 14 de ladite la Convention<sup>1319</sup>. Pourtant, la discrimination semblait manifeste en l'espèce puisqu'« un seul des enfants du souscripteur avait été désigné bénéficiaire des contrats d'assurance sur la vie, représentant 25 % de l'actif successoral, tandis qu'il recevait par ailleurs sa part de réservataire et le legs de la quotité disponible, soit plus des trois-quarts de l'actif successoral »<sup>1320</sup>. À défaut de l'approuver, on n'est guère surpris par ce brevet de conventionalité puisque, quelques années plus tôt, la Cour de cassation avait refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'application des dispositions du Code des assurances aux assurances épargnes, la jugeant dépourvue de sérieux<sup>1321</sup>. C'est

---

<sup>1315</sup> En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-15.674, Bull. n° 217 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007, Bull. n° 341 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2009, n° 08-15.093, Bull. n° 123 ; *RDC* 2010, p. 170, note C. GOLDIE-GENICON ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, n° 11-25.505 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015, n° 14-13.850 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juillet 2016, n° 15-21.351 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 2018, n° 17-10.818 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-17.517 ; *JCP N.* 2021, n° 13, p. 1146, obs. F. FRULEUX.

<sup>1316</sup> En ce sens, v. : CA Montpellier, 4 janvier 2000, JD n° 2000-000026 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 06-16.382.

<sup>1317</sup> En ce sens, v. par exemple : CA Rouen, 12 février 1997 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 mars 2006, n° 04-19.177.

<sup>1318</sup> Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, *La vérité*, doc. fr., p. 292.

<sup>1319</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-12.076, Bull. n° 52, *JPC N.* 2014, p. 1338, P. PIERRE ; *AJF* 2014, p. 322, obs. N. LEVILLAIN ; *D.* 2015, p. 1231, obs. P. PIERRE ; C. BÉGUIN, *Dr. ass.* 2014, n° 5, p. 1.

<sup>1320</sup> C. BÉGUIN, *Dr. ass.* 2014, n° 5, p. 1, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, *préc.*

<sup>1321</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 octobre 2011, n° 11-40.063 : « et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances, qui prévoient que les règles du rapport à la succession et celles de réduction pour atteinte à la réserve des héritiers ne s'appliquent pas au capital ou la rente payables, lors du décès d'une personne qui a contracté une assurance sur la vie, à un bénéficiaire déterminé, ni aux primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés, ne créent pas en elle-même de discrimination entre les héritiers ni ne portent atteinte au principe d'égalité et que, par ailleurs, les primes manifestement exagérées peuvent être réintégrées par le juge dans la succession ».

dire l'attachement des juges de cassation à la présente solution. Quant au garde des Sceaux, il a précisé, à plusieurs occasions, qu'il ne paraissait « pas nécessaire de procéder à une modification du droit en la matière, les mécanismes proposés par la loi permettant déjà d'assurer aux héritiers une protection suffisante de leurs droits »<sup>1322</sup>.

**355. Insuffisances de ces substituts** – Cependant, à l'instar de nombreux auteurs<sup>1323</sup>, nous ne partageons l'avis ni de la Cour de cassation ni du ministère de la Justice. En effet, les décisions sont rares qui admettent, sur l'un ou l'autre des fondements précités (primes exagérées ou défaut d'aléa), la requalification de l'assurance épargne en donation indirecte et donc la réintégration de celle-ci à la succession de l'assuré *au bénéfice de ses héritiers*<sup>1324</sup>. En effet, seules des « situations particulières de souscriptions tardives »<sup>1325</sup>, c'est-à-dire lorsque « le souscripteur est très âgé, voire affaibli par la maladie »<sup>1326</sup>, semblent permettre aux héritiers du

---

<sup>1322</sup> *Rép. min.*, n° 25996 : JO 27 mai 2014, p. 4357 : « [...] Si les héritiers du de cujus bénéficiaire de la réserve héréditaire s'estiment lésés dans leurs droits, ils disposent aujourd'hui de deux moyens pour obtenir la prise en compte de l'assurance-vie dans la masse de calcul des droits successoraux que la loi leur garantit. Ils peuvent faire valoir le caractère manifestement excessif des primes pour obtenir, si tel est le cas, leur réintégration dans la masse, en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 132-13 précité. Ils peuvent aussi soutenir, le cas échéant, que l'assurance-vie ne présentant aucun caractère aléatoire mais révélant au contraire une volonté de dépouillement irrévocable en faveur du bénéficiaire désigné, est constitutive d'une donation indirecte qu'il convient de réunir fictivement aux biens existant au décès. Ainsi, il ne paraît pas nécessaire de procéder à une modification du droit en la matière, les mécanismes proposés par la loi permettant déjà d'assurer aux héritiers une protection suffisante de leurs droits ». Dans le même sens, v. : *Rep. min.*, 12 mai 2016, n° 18027 : JO Sénat 2016, p. 2026.

<sup>1323</sup> En ce sens, v. : notamment : C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 857 et s., n° 731 et s. ; C. BRENNER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20 : « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », 2021, n° 33 ; 96<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, *Le patrimoine au XX<sup>ème</sup> siècle*, 2000, p. 881 ; J. AULAGNIER, « La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ? », *GP* 2011, p. 23, spéc. III ; B. BEIGNER, *Dr. fam.* 2010, comm. 172, note sous Montpellier, 25 mai 2010, n° 2010-015077 ; B. BEIGNER, « Vers le déclin de l'article L. 132-13, alinéa 2, du Code des assurances relatif aux critères d'application de la sanction pour primes manifestement exagérées ? », *Dr. fam.* 2008, comm. 127, p. 129 ; J. AULAGNIER, « La protection des héritiers réservataires exclus du bénéfice de l'assurance-vie », *Dr. pat.* juin 1998, p. 35 ; J. AULAGNIER, « Assurance-vie : l'exclusion des réservataires ou la protection inopérante des primes exagérées », *Dr. pat.* 2014, n° 242, p. 20 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'assurance-vie, entre détention et transmission d'épargne », *Dr. pat.* 2020, n° 303.

<sup>1324</sup> Tandis qu'elles sont plus nombreuses en faveur de l'Administration, fiscale ou sociale. Sur ce sujet, v. *supra* n° 283 et s. et n° 285 et s.

<sup>1325</sup> En ce sens, v. : J.-P. BACQUET, *in Rép. min.* Bacquet, n° 25996 : JO 27 mai 2014, p. 4357. Lors de sa question ministérielle, Monsieur BACQUET souligne que « la jurisprudence, sur le constat de l'utilité du contrat pour le souscripteur, écarte le plus souvent rapport et réduction, sauf dans des situations très particulières de souscriptions tardives. La réserve des héritiers est de fait mise à mal par l'assurance-vie ».

<sup>1326</sup> C. BRENNER, *J.-Cl. Civil Code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20, 2021, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », 2021, n° 33, relevant qu'« il a pu être retenu, avec l'aval de 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 excessives et n'avaient donc pas à être prises en compte à son décès dans la masse de calcul de la réserve. Plus encore, il a pu être décidé, en

stipulant d'obtenir une protection régulière de leurs droits successoraux. Ce serait dépasser le cadre de cette étude que d'entrer dans une critique détaillée de la méthode d'appréciation judiciaire de ces deux correctifs<sup>1327</sup>. Aussi nous bornerons-nous à trois remarques qui, intimement liées, pourraient expliquer la rareté des arrêts admettant la mise en œuvre de ces correctifs au profit des héritiers du souscripteur.

En premier lieu, il nous semble que l'appréciation quantitative de l'exagération manifeste des primes, pour donner lieu à requalification de l'assurance épargne en donation indirecte, ne devrait pas s'effectuer, comme c'est le cas en droit positif, en considérant les intérêts du souscripteur. Au contraire, il faudrait envisager l'excès au regard des héritiers : « à la différence d'une dépense de consommation, souligne Monsieur GRIMALDI, (tel le paiement d'une prime, qui est à fonds perdus, dans le cas d'une assurance-vie classique), un placement sûr (tel le paiement d'une prime dans le cas d'une assurance-vie moderne) ne saurait être excessif pour son auteur... L'exagération s'apprécie du point de vue des *intérêts des héritiers* : elle suppose que *trop* d'argent ait été, par le canal de l'assurance-vie, mis hors d'atteinte du rapport ou de la réduction. Autrement dit, l'assurance-vie permet de rompre l'égalité, que sanctionne le rapport, ou d'éluider la réserve, que sanctionne la réduction, pourvu que ce soit avec modération »<sup>1328</sup>. Certes, un arrêt récent de la Cour de cassation, rendu le 16 décembre 2020, a approuvé les juges du fond d'avoir admis la réintégration successorale d'une assurance épargne en appréciant

---

tout légalité a dit la Cour de cassation, que des primes absorbant au total près de la moitié du patrimoine de l'assurée lors de la souscription (à un âge très avancé) des contrats n'avaient pas à être prises en compte (Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 02-11.352). De même, un arrêt du 4 juillet 2007 décide qu'une cour d'appel a souverainement retenu 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 à l'époque de recueillir dans la liquidation consécutive à son divorce » (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 juillet 2007, n° 06-14.018. *Rapp.* : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2008, n° 07-14.098).

<sup>1327</sup> Pour une telle critique détaillée, v. notamment : C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 857 et s., n° 731 et s. Plus récemment encore, v. : M. ROBINEAU, « Le régime des primes manifestement exagérées », *RGDA* mai 2022, n° 5, p. 7.

<sup>1328</sup> M. GRIMALDI, « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements », *RTD civ.* 2005, p. 434. Dans le même sens, v. : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'assurance-vie, entre détention et transmission d'épargne », *Dr. pat.* 2020, n° 303 : « Que la démonstration de l'utilité de l'opération d'assurance-vie pour le souscripteur soit convaincante, nous n'en doutons pas. Simplement, nous continuons à douter de la pertinence du critère de l'utilité ainsi perçu pour jauger de l'exagération des primes versées, et ce en raison de l'esprit du texte de base, c'est-à-dire de l'article L. 132-13, alinéa 2 du Code des assurances. Si ce dispositif est destiné à préserver la réserve des descendants du souscripteur en présence d'un excès d'assurance-vie, on se doit alors de retenir un critère fixé à l'aune de la finalité du dispositif. En d'autres termes, *c'est l'intérêt des héritiers réservataires qui doit permettre d'apprécier si l'atteinte à la réserve n'est pas excessive [...]* ».

l'exagération du point de vue des héritiers<sup>1329</sup>. Mais, à notre connaissance, cette solution demeure isolée, du moins au bénéfice des héritiers du souscripteur<sup>1330</sup>.

En deuxième lieu, on peut souligner avec Monsieur ROBINEAU que le critère de l'inutilité est peu adapté à la physionomie de l'assurance épargne. En effet, « les vertus [de ce] contrat d'assurance-vie, en tant qu'il couvre un risque dépendant de la durée de vie humaine, ajoutées aux prérogatives dont dispose le contractant (faculté de rachat, mise en garantie par un nantissement, avance, etc.) conduisent [...] le plus souvent à retenir l'utilité de l'opération [pour le souscripteur] »<sup>1331</sup>. Dès lors, il peut paraître délicat de démontrer l'inutilité de l'opération afin d'obtenir sa requalification en donation indirecte.

Enfin s'agissant de la requalification de l'assurance épargne sur le fondement jurisprudentiel de l'absence d'aléa, la Cour de cassation exigeait, pour obtenir cette requalification, que le demandeur prouve « la volonté du souscripteur de se dépouille de manière irrévocable »<sup>1332</sup>. Or comme le souligne Monsieur DELMAS SAINT-HILAIRE, « le maintien à la disposition du souscripteur de la faculté de rachat jusqu'à son décès constitue un rempart à la disqualification, démontrant l'absence d'un dessaisissement irrévocable de l'épargne investie au profit du bénéficiaire »<sup>1333</sup>. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas rare qui refuse la

---

<sup>1329</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-17.517 ; *JCP N.* 2021, n° 13, p. 1146, obs. F. FRULEUX, contestant cette appréciation aux motifs qu'elle dénaturerait les critères traditionnels d'appréciation de l'exagération manifeste : « Après avoir relevé qu'entre 1995 et 1998, X... F... avait souscrit des contrats d'assurance sur la vie et versé des primes de 368 472,17 euros sur celui ouvert auprès de la compagnie Allianz vie, 457 347,05, 228 673,53, 365 877,64, 365 877,64, 76 224,51 et 60 979,61 euros sur ceux ouverts auprès de la BNP et 143 408,57 euros sur celui ouvert auprès du Crédit du Nord, alors qu'il était veuf, âgé de plus de 65 ans et disposait d'une retraite confortable de 55 000 euros, l'arrêt retient que ces placements, effectués principalement sous forme de prime unique pour des montants particulièrement conséquents, représentant 61 % de l'actif successoral, ne s'inscrivaient pas dans un projet particulier tel que le financement de frais d'hébergement en maison de retraite et ne présentaient aucun intérêt personnel ni économique mais avaient pour seul but de soustraire l'essentiel de l'actif de la succession au profit d'un seul héritier réservataire, de sorte que la preuve du caractère manifestement exagéré des primes versées est rapportée. En l'état de ces constatations et énonciations, dont il résulte qu'elle a tenu compte de l'âge, de la situation patrimoniale et familiale du souscripteur et de l'utilité des opérations à la date de chacun des versements effectués, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé que les primes présentaient un caractère manifestement exagéré ». *Comp.* : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mai 2016, n° 15-19.458, *Dr. pat.* 2019, n° 295, p. 94, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, qui juge que « l'intérêt des héritiers ne constitue pas un critère d'appréciation du caractère manifestement exagéré des primes ».

<sup>1330</sup> *Comp.* : les décisions rendues en faveur de l'Administration, fiscale ou sociale (v. *supra* n° 283 et s. et n° 285 et s.).

<sup>1331</sup> M. ROBINEAU, « Le régime des primes manifestement exagérées », *RGDA* mai 2022, n° 5, p. 7.

<sup>1332</sup> Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, *préc.*

<sup>1333</sup> P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'assurance-vie, entre détention et transmission d'épargne », *art. préc.*

requalification de l'assurance en donation indirecte en raison du maintien de la faculté de rachat<sup>1334</sup>.

En tout état de cause, le faible nombre d'arrêts admettant la requalification de l'assurance épargne en donation indirecte au bénéfice des héritiers suffit, semble-t-il, à témoigner de l'insuffisance des deux mécanismes « protecteurs ». Sans doute pourrait-on encore objecter que les héritiers réservataires peuvent toujours exercer l'action paulienne contre les primes fournies par le stipulant à l'assureur en vertu de l'article L. 132-14 du Code des assurances<sup>1335</sup>. Mais pour cela, il faut être créancier. Pour que l'héritier soit créancier, il faut qu'il y ait atteinte à sa réserve héréditaire. Or pour qu'il y ait atteinte à la réserve, il faut réintégrer les sommes versées à titre de primes... L'action paulienne ne semble donc pas venir au soutien de la réintégration des sommes : elle ne pourra jouer que si l'on admet, au préalable, que les sommes doivent être réintégrées.

**356. Synthèse** – Au terme de ces développements, il faut retenir que l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière d'assurance épargne porte une atteinte excessive à la réserve héréditaire, qui demeure un pilier fondamental de l'ordre public successoral. En effet, les sommes placées dans les contrats d'assurance épargne représentent très souvent une part substantielle du patrimoine du souscripteur. Dès lors, l'exclusion de celles-ci de la masse de calcul de la quotité disponible du souscripteur, et donc d'une éventuelle action en réduction pour atteinte à la réserve, permet au *de cuius* de fausser excessivement l'égalité devant la réserve héréditaire<sup>1336</sup>. En outre, les mécanismes ouverts aux héritiers du souscripteur, soit pour

---

<sup>1334</sup> TGI Nancy, 13 décembre 2004, *RJF* 11/2005, n° 1314 ; Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-18.397, *RJPF* 2005-10/43, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2013, n° 12-13.515, *Dr. pat.* 2014, n° 235, p. 79, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 2018, n° 17-13.269, *Dr. pat.* 2018, n° 238, p. 70, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2019, n° 16-15.867, Publié, *Dr. fam.* 2020, n° 28, p. 30, note M. NICOD ; *Deffrénois* 2020, n° 36, note S. GAUDEMET ; *JCP G.* 2020, n° 11, p. 19, obs. N. PETERKA.

<sup>1335</sup> L'article L. 132-14 du Code des assurances, modifié par la loi du 28 décembre 2017, prévoit que « Sous réserve des [certaines] dispositions [...], le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes, dans le cas indiqué par l'article L. 132-13, deuxième alinéa, [c'est-à-dire en cas de primes manifestement excessives] en vertu soit de l'article 1341-2 du Code civil, soit des articles L. 621-107 et L. 621-108 du Code de commerce ». De son côté, l'article 1341-2 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, dispose que « le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude ».

<sup>1336</sup> *Rapp.* : C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *RDA* 2020, p. 203, selon qui « soumettre les assurances-vie de placement au droit des successions et des

permettre la requalification de l'assurance épargne en donation indirecte, soit pour faire valoir son caractère frauduleux, ne permettent pas d'atténuer cette critique. Tous exigent des éléments de preuve, soit quasiment impossibles à apporter, soit rarement admis en jurisprudence. C'est pourquoi, nous pensons que l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière d'assurance épargne manifeste une créativité débridée des juges et constitue, comme telle, une instrumentalisation subversive de la loi.

## **B – La réécriture de la loi**

**357. Cas particulier de la jurisprudence en matière de concubinage** – Si certaines manifestations d'instrumentalisation subversive de la donation indirecte paraissent procéder à une éviction de la loi, d'autres semblent la réécrire, en étendant son périmètre au point d'en modifier sensiblement la teneur et la portée<sup>1337</sup>. Les décisions relatives à la requalification d'achats pour autrui entre concubins, offrent une assez bonne illustration de ces dilatations, pour ne pas dire déconstructions de la loi.

On se souvient que plusieurs arrêts ayant trait au partage des biens des concubins ont refusé, à la séparation du couple, que le concubin ayant payé plus que sa part dans l'acquisition d'un immeuble servant de logement familial, obtienne une créance contre l'autre. Au soutien de ces solutions, les juges ont considéré, au moyen de présomptions d'intention libérale dont il est permis de douter de la pertinence, que le remboursement constituait une donation indirecte<sup>1338</sup>. Nous avons précédemment montré que ce forçage de la qualification paraissait devoir s'expliquer par la volonté des juges de faire participer le concubin *solvens* au financement des dépenses de la vie commune et ainsi d'étendre au concubinage les règles de la contribution aux charges du ménage applicables aux époux et partenaires pacsés<sup>1339</sup>.

Il reste à se demander si cette instrumentalisation de la donation indirecte, qui permet l'extension du devoir de contribution aux charges du ménage au couple de concubins, concourt à l'idéal de cohérence du droit. La réponse paraît devoir être négative. Nous expliquerons

---

libéralités permettrait d'assurer la cohérence de notre Droit, tout autant que celui des assurances que celui des successions et des libéralités ».

<sup>1337</sup> *Rapp.* : B. TEYSSIÉ, « La jurisprudence en droit du travail », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 177, à propos notamment de l'élargissement prétorien du cercle des bénéficiaires du statut protecteur établi au profit des représentants du personnel.

<sup>1338</sup> V. *supra* n° 228.

<sup>1339</sup> En effet, comme on l'a déjà souligné, aucune disposition légale ne prévoit l'existence, entre concubins, d'une obligation similaire à celle que prévoit l'article 214 du Code civil (pour le mariage), ou encore l'article 515-4 (pour le PACS).

pourquoi, en joignant le plus souvent notre voix à ceux qui ont déjà démontré l'inexistence d'un devoir légal, même implicite, de contribution aux charges du ménage pour les concubins.

**358. Absence de devoir implicite de contribution à l'article 515-8 du Code civil** – On pourrait d'abord soutenir qu'une telle instrumentalisation de la donation indirecte œuvre à la cohérence du droit en ce qu'elle prolonge l'esprit du Code civil, spécialement l'article 515-8. Cette disposition, introduite par la loi du 15 novembre 1999, prévoit que « le concubinage est une union de fait, *caractérisée par une vie commune* présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »<sup>1340</sup>. Cette disposition, signalant l'existence d'une communauté de vie entre les concubins, pourrait suggérer l'existence d'un devoir réciproque entre concubins de contribuer aux charges de cette vie commune. De sorte que l'instrumentalisation de la donation indirecte en vue d'imposer ponctuellement ce devoir aux concubins pourrait y puiser sa légitimité.

Ce serait commettre là un grave contre-sens. En effet, la communauté de vie dont fait état l'article 515-8 du Code civil est une *condition d'existence du concubinage*, un élément nécessaire de sa définition – à défaut de quoi on serait d'ailleurs en peine de discerner la présence même du concubinage<sup>1341</sup>. Mais, comme la doctrine le souligne régulièrement, « ce n'est *pas un devoir des concubins* »<sup>1342</sup> : aucune obligation de communauté de vie et d'habitation n'est imposée aux concubins<sup>1343</sup>. Aussi bien, à l'instar de Madame SAULIER, il nous semble « délicat [sinon abusif] de discerner [dans l'article 515-8 du Code civil] ne serait-ce que les prémices d'un régime juridique »<sup>1344</sup>, spécialement d'un régime patrimonial entre concubins. Du reste, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de la portée de la loi du 15 novembre 1999, que l'article 515-8 du Code civil avait pour « objet de préciser que la notion de concubinage peut s'appliquer indifféremment à un couple formé par des personnes de sexe différent ou de même sexe »<sup>1345</sup> et non d'instaurer, au sein du code civil, un régime spécifique à cette union avec notamment une prétendue contribution aux charges du ménage. En un mot,

---

<sup>1340</sup> Soulignements ajoutés.

<sup>1341</sup> F. TERRÉ et P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 791, n° 902.

<sup>1342</sup> A. MOLIÈRE, « Le droit peut-il être pervers ? », *D.* 2019, p. 721 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *manuel préc.*, p. 735, n° 891.

<sup>1343</sup> Les dispositions propres au logement familial des époux (C. civ., art. 214) sont inapplicables au concubinage (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 30 avril 2009, Bull. n° 111 ; *D.* 2009, p. 2255, note A. LEBORGNE ; *AJ fam.* 2009, p. 258, obs. F. CHÉNEDÉ.

<sup>1344</sup> M. SAULIER, « Les concubins peuvent-ils s'abstenir de contribuer aux charges du ménage », *AJ fam.* 2018, p. 457.

<sup>1345</sup> Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC.

l'esprit de l'article 515-8 du Code civil commande d'exclure l'existence implicite d'un devoir de contribution aux charges du ménage entre concubins.

**359. Absence de véritable existence d'un droit commun du couple** – Est-il alors possible de reconnaître un devoir implicite de contribution aux charges du ménage ailleurs que dans l'article 515-8 du Code civil ? Certains pourraient sans doute le prétendre en arguant de l'émergence d'un droit commun du couple, et plus précisément d'une « matrimonialisation » du concubinage. Il est vrai, comme l'écrit Monsieur CHÉNEDÉ, que « le temps [est loin] où l'on pouvait affirmer, à la suite du Premier Consul, que les concubins se désintéressant de la loi, la loi pouvait et devait même se désintéresser d'eux »<sup>1346</sup>. Et l'auteur de poursuivre : « la loi offre désormais aux concubins quelques règles protectrices, dont l'inspiration est assurément maritale. Citons, pêle-mêle, la loi du 6 juillet 1989 sur la continuation du bail d'habitation (art. 14, L. n° 89-462 du 6 juillet 1989) l'octroi d'une rente viagère en cas d'accident du travail (CASS, art. L. 434-8), mais également l'imposition commune à l'impôt sur la fortune immobilière (CGI, art. 964) »<sup>1347</sup>. Dans ce contexte, marqué par une transposition de certaines règles du mariage au concubinage – transposition au demeurant encouragée par une partie de la doctrine<sup>1348</sup> –, il pourrait être soutenu que la présente instrumentalisation de la donation indirecte participe à la cohérence du droit dont elle ne ferait qu'assurer le prolongement.

Mais ce droit commun du couple, spécialement cette « matrimonialisation » du concubinage, n'est-il pas en grande partie fantasmé ? S'il est vrai qu'il existe une certaine convergence des unions (mariage, PACS et concubinage) en droit social et, parfois même, en droit fiscal, la loi civile ne met pas sur un pied d'égalité les trois modes de conjugalité. La seule chose que ceux-ci partagent est la « vie commune »<sup>1349</sup>. Or, comme on vient de le dire, cette vie commune n'a pas la même portée en mariage qu'en concubinage. Pour le premier, elle constitue une obligation dont découle nécessairement un devoir de contribution aux charges de la communauté. Pour le second, elle n'est qu'un élément de sa définition, dépourvue de toute incidence juridique légale. Par conséquent, il nous paraît impossible de légitimer la présente instrumentalisation de la donation indirecte par l'existence d'un droit commun du couple.

---

<sup>1346</sup> F. CHÉNEDÉ, « La convention de concubinage », *AJ fam.* 2020, p. 151.

<sup>1347</sup> F. CHÉNEDÉ, « La convention de concubinage », *AJ fam.* 2020, p. 151.

<sup>1348</sup> *Rapp.* : J.-J. LEMOULAND, « Vers un droit commun de la formation du couple ? », *LPA* 2007, n° 254, p. 13 et s. ; C. NEIRINCK, « Vers un droit commun de la rupture ? », *LPA* 2007, n° 254, p. 13 et s. ; V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, égal et solidaire pour tous », *Dr. pat.* 1999, n° 68, p. 95.

<sup>1349</sup> En ce sens, v. : A. MOLIÈRE, *Dissolution des couples et compensation patrimoniale*, thèse, Lyon III, 2012, p. 22, n° 18.

**360. Absence de droit commun compatible avec le principe d'égalité** – Reste à se demander si, à l'aune du principe d'égalité, protégé conventionnellement<sup>1350</sup> et constitutionnellement<sup>1351</sup>, l'inexistence d'un droit commun du couple se justifie. Si tel n'est pas le cas, si l'absence de droit commun du couple peut être jugée discriminatoire sous la « poussée de l'égalitarisme »<sup>1352</sup>, la présente instrumentalisation pourrait en conséquence trouver une certaine cohérence au regard du principe d'égalité et, donc, une certaine légitimité. « C'est devenu une banalité », comme l'a écrit Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ en 1999 – dont le propos demeure d'actualité – « que d'affirmer que l'engagement des membres du couple l'un envers l'autre ne dépend pas de la forme de l'union. L'opinion commune est que le divorce par consentement mutuel ou pour séparation de fait ayant sonné le glas de l'indissolubilité du mariage, et les concubinages devenant de plus en plus stables, il n'y aurait plus de différence entre les promesses solennelles du premier et les promesses privées de l'autre »<sup>1353</sup>. Dans ces conditions, si la portée des engagements réciproques des membres du couple ne prend pas la forme d'une union juridique reconnue par l'État, l'absence de droit commun du couple, et donc de devoir de contribution aux charges du ménage entre concubins, ne porterait-elle pas atteinte au principe d'égalité ? Là encore, la réponse nous paraît devoir être négative. Et ici également, la démonstration de cette idée, sur laquelle beaucoup semble avoir été écrit<sup>1354</sup>, se limitera à deux observations liées<sup>1355</sup>.

---

<sup>1350</sup> L'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme, intitulé « interdiction de discrimination » dispose ainsi que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

<sup>1351</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit ainsi que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

<sup>1352</sup> C.-M. PÉGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter », *RTD civ.* 2018, p. 1.

<sup>1353</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA* 1999, n° 84, p. 34.

<sup>1354</sup> Sur la question d'un droit commun du couple, v. par exemple : X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2010 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples, essai critique et prospectif*, thèse Paris 1, 2014. B. SCHWART, *Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple*, thèse Nantes, 2017.

<sup>1355</sup> Pour une opinion contraire, et donc en faveur de l'instauration d'un droit commun du couple, v. par exemple : M. SAULIER, « Les concubins peuvent-ils s'abstenir de contribuer aux charges du ménage », *AJ fam.* 2018, p. 457. L'auteur écrit : « Faut-il alors aller jusqu'à inscrire dans le Code civil que les concubins sont tenus, à défaut de convention contraire, de contribuer aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives ? La pratique en serait-elle bouleversée ? On pourrait le penser puisque, *a priori*, si une telle obligation venait à exister, un concubin n'exécutant pas son devoir de contribution aux charges pourrait, en présence d'un devoir légal, y être astreint par l'autre. Mais, à bien y réfléchir, cette exécution forcée ne pourrait en pratique constituer qu'une demande pour le passé. Assigné, le concubin – comme le partenaire en droit positif d'ailleurs – usera le plus souvent de la liberté de rupture qui gouverne

La première est que, si l'égalité des engagements réciproques du couple oblige à une égalité de régime juridique pour l'opinion commune, « pour le juriste, la notion d'engagement renvoie à celle d'obligation, c'est-à-dire de droit subjectif assorti d'une sanction juridique »<sup>1356</sup>. Or sous l'angle du régime personnel et pécuniaire des différents types de couple, le mariage, le PACS et le concubinage demeurent bien distincts<sup>1357</sup>. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir les pages du Code civil et de comparer le nombre important d'articles régissant le mariage et le PACS à la seule et unique disposition – l'article 515-8 susvisé – régissant le concubinage, laquelle n'est qu'une simple définition dirigée contre une jurisprudence désormais datée (jurisprudence qui déniait la qualification de concubinage aux couples homosexuels).

La deuxième observation est que le principe d'égalité, tel que les juges constitutionnels et européens l'entendent, n'est pas, loin s'en faut, synonyme d'assimilation<sup>1358</sup>. À titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a jugé au détour d'une décision du 29 juillet 2011, que l'article L. 39 du Code des pensions civiles et militaires des retraites, écartant une pension militaire en matière de concubinage, était conforme à la Constitution dans la mesure où « le législateur a défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents et que compte tenu des différences entre ces trois régimes, la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un pacte civil de solidarité était en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »<sup>1359</sup>. Dans ces conditions, il nous paraît difficile d'imaginer que, portée devant les juges constitutionnels ou européens, la question de l'existence d'une discrimination tirée de

---

cette forme de conjugalité pour mettre fin à l'union ; aussi, dans les faits, la contribution ne concernera jamais l'avenir. C'est en ce sens qu'il est possible de minimiser l'impact qu'aurait l'insertion d'un devoir légal de contribution aux charges du concubinage. Les choses ne seraient finalement pas si différentes de la pratique actuelle qui consiste pour le juge à imposer aux concubins le devoir qui était le leur, pour le passé. La véritable évolution que contiendrait l'insertion d'un devoir légal résiderait en réalité essentiellement dans les moyens – et l'on songe notamment aux mécanismes propres aux pensions alimentaires – qu'il s'agirait d'offrir aux concubins pour solliciter une contribution aux charges passées du ménage ».

<sup>1356</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *art. préc.*, p. 34.

<sup>1357</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *art. préc.*, p. 34.

<sup>1358</sup> En ce sens, v. par exemple : Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39, cd. n° 6 : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit », *D.* 2010, p. 2744, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU ; *AJ fam.* 2010, p. 487, obs. F. CHÉNEDÉ ; *AJ fam.* 2010, p. 489, obs. C. MECARY ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2011, p. 90, obs. P. DEUMIER ; *JCP G.* 2010. II, p. 1145, note A. GOUTTENOIRE et C. RADE.

<sup>1359</sup> Cons. const., 29 juillet 2011, n° 2011-155 QPC ; *JCP S.* 2011, p. 1458, note A. DEVERS ; *Dr. fam.* 2011, comm. 143, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *JCP G.* 2012, p. 31, obs. Y. FAVIER ; *RTD civ.* 2011, p. 748, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2011, p. 436, obs. W. JEAN-BAPTISTE.

l'absence d'obligation commune de contribution aux charges du ménage obtienne une réponse favorable. Au contraire, comme on l'a écrit, la différence de traitement entre les couples, sur le plan patrimonial comme extrapatrimonial, est la garantie du respect du pluralisme juridique<sup>1360</sup>. On ne peut, à cet égard, manquer de reproduire l'aphorisme célèbre de CARBONNIER : « à chacun sa famille, à chacun son droit »<sup>1361</sup>. Et pour cause : le principe d'égalité n'est pas le seul principe protégé par le droit français : il côtoie de près – en témoigne notre devise républicaine – celui de la liberté, auquel les juges constitutionnels et européens accordent autant d'importance. Or la légitimation d'un droit commun du couple prétorien, spécialement d'un devoir commun de contribution aux charges du ménage, sur le fondement du principe d'égalité aurait nécessairement pour effet d'entraîner un recul de la liberté des concubins<sup>1362</sup>. En pratique, les concubins ont la faculté de rédiger une convention de concubinage<sup>1363</sup>, laquelle peut régler la question de leur contribution aux charges de la vie commune : « libre aux concubins, écrit Monsieur LEMOULAND, de conclure une convention pour organiser leurs relations et prévoir la liquidation de leurs intérêts en cas de rupture »<sup>1364</sup> ; « libre à eux, poursuit l'auteur, s'ils veulent davantage de sécurité, de se marier ou de conclure un pacte civil de solidarité »<sup>1365</sup>.

En raison de tous ces arguments, qui démontrent que le devoir de contribution aux charges du ménage entre concubins n'existe pas – et ne doit pas exister –, il apparaît difficilement contestable que les juges font, en la matière, de la donation indirecte un instrument de subversion du droit<sup>1366</sup>. Sans doute, cette instrumentalisation vise à rehausser une situation que

---

<sup>1360</sup> En ce sens, v. par exemple : A. MOLÈRE, *Dissolution des couples et compensation patrimoniale*, thèse Lyon III, 2012, p. 482, n° 521.

<sup>1361</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 1995, p. 181.

<sup>1362</sup> Sur le droit de ne pas se marier, et donc de ne pas être tenu des obligations maritales, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2010, n° 09-15.302, *D.* 2010, obs. GALLMEISTER ; *AJ fam.* 2011, p. 46, obs. A. BOICHÉ ; *Dr. fam.* 2011, n° 47, obs. VIGANOTTI ; *RLDC* 2011/78, n° 4098, obs. GALLOIS ; *RJPF* 2011-1/21 obs. MEYZAUD-GARAUD ; *RTD civ.* 2011, p. 116, obs. J. HAUSER.

<sup>1363</sup> Sur le sujet, v. par exemple : *84<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France*, La Baule, 1998, p. 357 ; M. STORCK, « Les contrats de concubinage », *Journ. not.* 1988, art. 59366, p. 642 ; J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage », et D. RANDOUX, « Les contrats des concubins », in *Indépendance financière et communauté de vie*, Colloque du LERAP, Lille II, éd. 1989, p. 97 et s., p. 109 et s. ; A. COUSIN et E. BUAT-MÉNARD, « Les créances entre concubins », *AJ fam.* 2013, p. 47 ; F. CHÉNEDÉ, « La convention de concubinage », *AJ fam.* 2020, p. 151.

<sup>1364</sup> J.-J. LEMOULAND, « Rupture du concubinage et enrichissement sans cause : une jurisprudence imprévisible », *D.* 2009, p. 140.

<sup>1365</sup> J.-J. LEMOULAND, *art. préc.*, p. 140.

<sup>1366</sup> Frappant est encore l'incohérence même de la jurisprudence, qui continue de régulièrement rappeler qu'en matière de concubinage « aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune, de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2018, n° 18-

les juges considèrent injuste. Mais la recherche d'une solution équitable ne permet pas, à elle seule, de légitimer une instrumentalisation de la donation indirecte : encore faut-il que la restauration d'une solution jugée inéquitable ne renverse pas la loi, en l'occurrence le principe fondamental de liberté. Aussi bien, nous sommes favorable à un abandon de cette forme d'instrumentalisation qui subvertit la loi fondamentale des concubins.

**361. Conclusion de la première section** – Au regard de l'idéal de cohérence du système juridique, entendu comme l'exigence d'un agencement harmonieux des sources réelles de droit, on peut schématiquement distinguer les manifestations d'instrumentalisation de la donation indirecte suivant qu'elles sont « complétives » ou « subversives ».

Les premières comblent les lacunes pratiques de la loi. Parmi elles, certaines poursuivent l'esprit équitable de la loi dans laquelle elles se déploient (ainsi de l'instrumentalisation de la donation indirecte visant à égaliser les droits de cohéritiers) ; d'autres adaptent la rigidité de certaines règles aux fruits plus ou moins nouveaux de l'inventivité contractuelle (ainsi de l'instrumentalisation en matière de réversion d'usufruit). Dès lors qu'elles complètent rationnellement la loi, ces manifestations d'instrumentalisation de la donation indirecte peuvent être approuvées, au moins sur le fond.

Les secondes manifestations dites « subversives » suscitent, au contraire, une perplexité. En effet, elles nous paraissent travestir la fonction judiciaire, soit par négation abusive du dispositif légal (ainsi de l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière d'assurance épargne), soit par empiètement sur le pouvoir législatif (ainsi de l'instrumentalisation à l'œuvre en matière d'acquisition indivise entre concubins). Or comme on l'a fait justement observer, « en prétendant exercer [le] rôle [de faiseur de loi], [le juge] affaiblit d'autant le pouvoir législatif »<sup>1367</sup>. Que reste-t-il « d'autorité [au législateur] lorsque le juge s'arroge le droit de réécrire le texte de la loi ou, pire, refuse de l'appliquer ? »<sup>1368</sup>. Aussi bien, l'instrumentalisation

---

12.311 ; *D.* 2019, p. 7 ; *AJ fam.* 2019, p. 94, obs. J. HOUSIER ; *Dr. fam.* 2019, comm. 40, note BEN HADK YAHIA. Déjà en ce sens, v. par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2008, n° 06-11.294 ; *AJ fam.* 2008, p. 431, obs. F. CHÉNEDÉ ; *D.* 2009, p. 140, obs. I. GALLMEISTER, note J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2008, p. 660, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2006, n° 04-15.480 ; *AJ fam.* 2007, obs. F. CHÉNEDÉ ; *D.* 2007, p. 1561, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2007, p. 94, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 1991, Bull. n° 92 ; *Defrénois* 1991.942, obs. J. MASSIP. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2000, n° 244 ; *D.* 2001, p. 497, n. R. CABRILLAC ; *D.* 2002, Somm. 611, n. J.-J. LEMOULAND ; *JCP G* 2001. II, p. 10568, note T. GARE ; *Defrénois* 2001, p. 93, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam.* 2000, comm. 139, obs. B. BEIGNIER).

<sup>1367</sup> B. TEYSSIE, « La jurisprudence en droit du travail », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 178.

<sup>1368</sup> *Ibid.*

de la donation indirecte, en tant qu'artifice de technique juridique, ne devrait pas autoriser les juges – pour s'en tenir à eux – à prendre le contrepied des positions adoptées par le législateur : « la première mission des juges n'est pas de faire ou d'écrire le droit, mais de dire qui a tort et qui a raison »<sup>1369</sup>. Faut-il pour autant s'arrêter à ce simple constat ? Ne serait-il pas souhaitable de suggérer, aussi modestement que possible, quelques outils contribuant à garantir ou à restaurer cette cohérence, en somme, à la protéger ? Nous le pensons car, à défaut, l'analyse critique que nous venons de mener ne paraît pas constructive. Comment donc parvenir à la protection de la cohérence du droit ? C'est ce qu'il nous reste à suggérer.

## SECTION 2 – LA PROTECTION DE LA COHERENCE

**362. Direction empruntée** – Si le législateur, édictant la loi générale et abstraite, a besoin du juge pour combler les lacunes pratiques de ses dispositions, le cas échéant au moyen d'une instrumentalisation de la donation indirecte, il est nécessaire, pour satisfaire l'idéal de cohérence du système juridique, que cette technique de réalisation du droit favorise l'harmonie de l'ensemble en limitant les véritables conflits entre la loi et les considérations d'opportunité. Ainsi, pour passer le « filtre » de la cohérence, l'instrumentalisation de la donation se doit, sur le fond, de corriger *utilement* et *rationnellement* les effets pervers que peut avoir l'application mécanique de la loi.

Pour protéger la cohérence du droit, se manifeste d'instinct la nécessité de condamner les manifestations d'instrumentalisation de la donation indirecte dites « subversives ». Mais les suggestions ne peuvent s'arrêter là : la protection de la cohérence du droit doit aussi passer par une amélioration formelle de certaines de ces manifestations « complétives ». De fait, la cohérence de fond – « substantielle » pourrait-on dire – d'une instrumentalisation n'empêche pas de réclamer quelques ajustements formels. C'est du côté des acteurs de la qualification que la protection de la cohérence du droit par l'instrumentalisation sera envisagée. En effet, cette protection doit à notre avis être l'œuvre concurrente des juges (§1) et du législateur (§2).

### §1 – L'ŒUVRE DES JUGES

**363. Double suggestion formelle** – Dans cette quête d'idéal de cohérence du droit, des modifications formelles peuvent être apportées aux décisions témoignant d'une

---

<sup>1369</sup> P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Deffrénois* 2005, p. 1205.

instrumentalisation complétive de la donation indirecte. Leur présentation suppose au préalable un rapide « bilan formel ».

Quelles leçons pouvons-nous donc tirer, du point de vue de la forme<sup>1370</sup>, des décisions instrumentalisant la donation indirecte ? Tout d'abord, comme nous avons pu le souligner, les finalités de l'instrumentalisation ne ressortent que très rarement des motifs mêmes des décisions de justice. À ce silence s'ajoute une certaine de régularité, un certain désordre, dans la diffusion des décisions de la Cour de cassation. Des décisions sont publiées au Bulletin, d'autres non, sans que l'on n'arrive toujours à justifier pourquoi les juges réservent, ou non, une telle importance à leurs décisions.

Ces obscurités fragilisent la cohérence de l'œuvre jurisprudentielle. Pour la préserver, sinon l'améliorer, des moyens doivent donc être mis en œuvre qui visent à l'amélioration de la rédaction de leurs décisions (A) et à la rationalisation de leur diffusion (B).

## A – L'amélioration de la rédaction des décisions

**364. Les raisons de l'amélioration** – La motivation des décisions de justice remplit une double fonction « légitimante et sécurisante »<sup>1371</sup>. Légitimante, d'abord, parce qu'elle « force le juge à prendre conscience de la valeur de son opinion [et] procure au plaideur une justification de la décision »<sup>1372</sup>. Sécurisante, ensuite, parce que la motivation « rend [la

---

<sup>1370</sup> Le terme « forme » est entendu ici dans son sens commun, c'est-à-dire comme l'ensemble des traits caractéristiques, des aspects extérieurs, permettant à une réalité d'être reconnue, en l'occurrence aux décisions judiciaires dans lesquelles est mis en œuvre l'instrumentalisation de la donation indirecte.

<sup>1371</sup> R. LEGENDRE, *thèse préc.*, p. 307, n° 447. Et l'auteur de poursuivre : « non seulement [la motivation] justifie la décision mais elle la rend également intelligible ». Sur le sujet, v. notamment : S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 2006, n° 105, p. 3 ; C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice, Travaux du centre national de recherche de logique*, Bruylant, Bruxelles, 1978 ; C. PUIGLIER, « Le raisonnement d'autorité en droit privé », *RRJ* 2003/3, p. 1685 ; F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1553 ; P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783. En jurisprudence, v. : C. const., déc. n° 77-1012, 3 novembre 1977, *Rec.* 70, affirmant la valeur constitutionnelle de cette obligation.

<sup>1372</sup> C. CHÉNAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile – Droit interne et européen du procès civil*, 34<sup>ème</sup> éd., 2018, Dalloz, p. 781, n° 1112. *Rapp.* : C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 162 : « ce qui, dans notre système juridique, fait la force de la jurisprudence et son autorité même, c'est [...] sa propension à convaincre, à susciter l'adhésion de la communauté des juristes » ; S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 2006, n° 105, p. 3, n° 9, selon qui l'obligation de motivation remplit notamment « une fonction explicative à l'égard des parties qui, à la lecture de la décision, connaîtront les raisons qui ont conduit le juge à l'adopter, l'exposé des motifs chassant ainsi tout arbitraire ».

décision] intelligible »<sup>1373</sup> et « la met en mouvement en direction des juridictions supérieures pour la soumettre à leur critique et à leur contrôle »<sup>1374</sup> ; réciproquement, elle permet à la Cour de cassation d'être comprise des cours de renvoi et de l'ensemble des juges du fond.

Cette obligation de motivation prend une importance toute particulière lorsque le juge, pour combler les lacunes pratiques de la loi, décide d'instrumentaliser une qualification juridique. En effet, les solutions rendues au moyen d'une telle instrumentalisation, à l'instar de celles résultant d'un contrôle de proportionnalité, empruntent un raisonnement dialectique<sup>1375</sup> : elles présupposent une appréciation critique du juge sur l'application normale de la loi « mélangeant [ainsi] le fait et le droit, le politique et le juridique »<sup>1376</sup>. Il importe donc que la motivation des décisions rendue au moyen d'une instrumentalisation de qualification soit claire. Certes le silence gardé par les juges sur les « motifs des motifs »<sup>1377</sup> de leurs décisions ne surprend pas, au moins s'agissant de la Cour de cassation. En effet, il est traditionnellement enseigné que la Cour de cassation, ne tranchant pas les litiges mais contrôlant la légalité des décisions, doit motiver ses décisions mais que cette motivation ne l'oblige pas à se justifier<sup>1378</sup>. En outre, les décisions de la Cour de cassation sont traditionnellement concises<sup>1379</sup>.

---

<sup>1373</sup> R. LEGENDRE, *thèse préc.*, p. 308, n° 447.

<sup>1374</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, *L'obligation de motivation*, doc. fr., 1.2.2.

<sup>1375</sup> Sur ce point, v. : *supra* n° 207.

<sup>1376</sup> R. LEGENDRE, *thèse préc.*, p. 308, n° 447.

<sup>1377</sup> Suivant Monsieur ATIAS, cette expression, reprise par Madame DEUMIER dans un article d'ampleur sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation (P. DEUMIER, « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation – Étude des travaux préparatoires », *Mélanges J.-F. BURGELIN*, 2009, p. 125 et s.) aurait été employée pour la première fois par la Cour de cassation dans une décision de la chambre des requêtes du 16 mai 1838 considérant « que les jugements et arrêts résident entièrement dans leur dispositif et que la loi n'a pas pu exiger et qu'elle n'a, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs » (C. ATIAS, « Crise de la motivation judiciaire ? », conférence Cour de cassation, 17 mai 2005, consultable sur le site de la Cour de cassation).

<sup>1378</sup> En ce sens, v. par exemple : P. MALAURIE, *JCP* 2016, p. 318 ; P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges P. COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s., selon qui la motivation des décisions de la Cour de cassation doit rester brève car, dit-il, l'affirmation permet un meilleur diagnostic de la *ratio decidendi*. Pour une analyse minutieuse de la pensée d'HÉBRAUD, v. : P. THERY, « Pierre Hébraud, “Le juge et la jurisprudence” », *RDA* n° 23, mai 2022, p. 162 et s. ; Cass. req., 16 mai 1838, *préc.* : « les jugements et arrêts résident entièrement dans leur dispositif, [...] la loi n'a pas pu exiger et [...] n'a, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs ». Pour une présentation de cette tradition, v. : A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 489 ; P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 52, n° 3 ; C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, thèse, Paris 1, IRJS, 2011, p. 285 et s., n° 442 et s., relevant notamment que « la motivation des arrêts de la Cour de cassation est marquée par son caractère synthétique, voire à l'occasion elliptique ».

<sup>1379</sup> Ce qui ne signifie pas, loin s'en faut, une absence de réflexion ou de débats préalables à la décision. Comme le relève un auteur, « le débat existe au sein de la Cour de sorte que, si la solution énoncée par

Toutefois, la tradition n'est pas un argument d'autorité qui interdirait à la Cour de cassation d'améliorer sa motivation lorsqu'elle décide, envers ou contre les juges du fond, d'instrumentaliser une qualification pour combler les lacunes pratiques de la loi. La réforme dite de « la motivation enrichie » des arrêts de la Cour de cassation témoigne d'une possible évolution de la motivation traditionnelle desdits arrêts<sup>1380</sup>. En outre, pour que puisse exister une adhésion de la communauté des juristes, ne faudrait-il pas que les juges – de fond comme de cassation – exposent les finalités de l'instrumentalisation<sup>1381</sup> ? À notre avis, il est plus dangereux pour les justiciables que les juges emploient un raisonnement dogmatique masquant une louable volonté de combler les lacunes pratiques de la loi que de les voir afficher les considérations d'opportunité qui guident leur solution<sup>1382</sup>. Permettre de saisir la portée exacte d'une instrumentalisation de la donation indirecte et, sans la trahir, susciter l'adhésion, suppose que les juges apportent des précisions sur les raisons et les circonstances qui les ont fait pencher pour l'application, ou non, de la qualification de donation indirecte. Ce n'est pas là, à notre avis, dénaturer la fonction des juges, pas même la fonction normative et disciplinaire des juges de cassation. Du reste, en prenant l'initiative d'exposer les *motifs* de l'instrumentalisation, les juges en justifieraient le *besoin*. De quelque point de vue que l'on se place – légitimité, sécurité, adhésion, cohérence –, une clarification des motifs des décisions instrumentalisant la donation indirecte est donc vivement souhaitable, selon nous.

**365. Les méthodes d'amélioration** – Reste à préciser comment cette clarification des motifs pourrait concrètement être réalisée.

À cet égard, la nouvelle rédaction des arrêts, telle qu'envisagée par la réforme de la Cour de cassation ci-dessus évoquée, ne semble pas parfaitement adaptée aux décisions usant d'une instrumentalisation de qualification<sup>1383</sup>. En effet, ni le style libre, ni la citation de décisions des

---

l'arrêt est univoque, son élaboration est démocratique, juridiquement discutée et non rendue sous l'*imperium* d'une personnalité unique, aussi écoutée soit-elle » (C. CHARBONNEAU, *thèse préc.*, p. 294, n° 459).

<sup>1380</sup> Sur cette réforme, v. par exemple : *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, 5 juin 2019, consultable sur le site de la Cour de cassation.

<sup>1381</sup> *Rapp.* : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 53.

<sup>1382</sup> En ce sens, plus généralement en faveur d'une « motivation enrichie » des décisions de la Cour de cassation, v. notamment : *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, J.-P. JEAN (dir.), 2017 ; P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, p. 2022.

<sup>1383</sup> Pour des illustrations de décisions adoptant les nouvelles règles de rédaction, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 2018, n° 17-31.306 ; Cass., com. 28 novembre 2018, n° 15-17.578 ; Cass. soc., 20 février 2019, n° 18-12.922 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 mars 2019, n° 18-12.212 ; Cass. crim., 10 avril 2019, n° 18-87.053. s

cours européennes ou constitutionnelles – dont on a dit qu'elle témoignait souvent d'un « dialogue des juges sans paroles »<sup>1384</sup> – ne paraissent en mesure d'éclairer efficacement les raisons de l'instrumentalisation. Peut-être, la création par cette réforme d'une nouvelle partie intitulée « Portée et conséquences de la cassation » (de même niveau d'arborescence que « faits et procédure » et « examen des moyens ») pourrait s'avérer utile aux décisions qui nous intéressent ; mais c'est là davantage un outil permettant de mesurer l'ampleur de l'instrumentalisation que d'éclairer les *raisons* pour lesquelles elle a eu lieu. Plus efficacement sans doute, les juges pourraient, dans le corps même de leur décision, et non hors du texte<sup>1385</sup>, officialiser les éléments déterminants de l'instrumentalisation puisqu'ils sont parties constitutives de celle-ci. À cette fin, deux voies complémentaires pourraient être suivies.

La Cour de cassation pourrait d'abord être plus disert dans la partie « faits et procédure » en y incluant tous les éléments factuels et/ou procéduraux qui l'ont poussée à écarter la qualification normalement applicable. Certes, l'une des caractéristiques des décisions de la Cour de cassation est la présence très réduite des faits, là où les arrêts des juridictions du fond font une large place aux circonstances d'espèce<sup>1386</sup>. Cette tradition serait la conséquence de la fonction normative de la Cour de cassation qui imposerait de ne « reprendre les faits de la cause, tels qu'ils ont été constatés et appréciés dans la décision déférée, que dans la stricte mesure où c'est indispensable à la compréhension du moyen et de la réponse qui lui est donnée »<sup>1387</sup>. Cependant, cette caractéristique peut très bien être assortie d'exceptions, notamment lorsque les spécificités factuelles propres à l'espèce sont *absolument essentielles* à la solution. Or tel est le cas en matière d'instrumentalisation de la donation indirecte. Et pour cause : c'est souvent du détail factuel des décisions du fond – lorsqu'elles étaient accessibles – que nous avons pu découvrir les finalités de l'instrumentalisation à l'œuvre. Dès lors, il paraît souhaitable, sinon capital eu égard à sa fonction *juridictionnelle* que la Cour de cassation porte à la connaissance des justiciables, dès les faits, les « matériaux de construction » de l'instrumentalisation.

Ensuite, toutes les juridictions pourraient, avec les précautions d'expression que cela impliquerait, officialiser les raisons de l'instrumentalisation de la qualification choisie pour résoudre le litige, dans le corps même des motifs. À cet égard, un exposé argumenté, même concis, s'imposerait. En effet, comme le souligne Madame DEUMIER, « rien [n'est] plus

---

<sup>1384</sup> P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783.

<sup>1385</sup> C'est-à-dire au sein de rapports, avis ou conclusions, qui n'existent pas toujours et dont on a rarement accès.

<sup>1386</sup> C. CHARBONNEAU, *thèse préc.*, p. 292 et s., n° 453 et s.

<sup>1387</sup> J. BUFFET, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, 2003, n° 1116. Dans le même sens, v. : C. CHARBONNEAU, *thèse préc.*, p. 292 et s., n° 453 et s.

dangereux que de vagues assertions » visant, par exemple, l'idée de justice ou d'équité. Car ces assertions ouvrent « des champs insoupçonnés aux juges [du fond] voulant faire leur la position de la Cour de cassation »<sup>1388</sup>. Mieux vaut, pour la sécurité des justiciables, une explication finement ciselée quant à l'objectif à atteindre par l'instrumentalisation, par exemple l'égalité des droits des cohéritiers ou le respect des dernières volontés du testateur, et la compatibilité de cet objectif avec les textes applicables au litige.

Ces suggestions provoqueraient, il est vrai, un inévitable bouleversement de la tradition rédactionnelle des décisions, spécialement celle de la Cour de cassation. Pour autant, si l'on admet que les juges disposent du pouvoir de combler les lacunes de la loi au moyen d'une instrumentalisation de qualification, il n'est pas interdit de souhaiter que cette méthode de réalisation du droit soit l'objet d'une motivation plus claire. Ainsi clarifiée, l'instrumentalisation pourrait, pensons-nous, recueillir plus facilement l'adhésion et se soumettre au contrôle des juridictions supérieures. Les fonctions « légitimante » et « sécurisante » de la motivation en sortiraient confortées et l'exigence de cohérence du droit mieux respectée.

## **B – La rationalisation de la diffusion des décisions**

**366. Abandon de la publication au Bulletin des décisions d'espèce** – Aux améliorations rédactionnelles suggérées devraient s'ajouter, pour parfaire la cohérence des décisions rendues, une rationalisation de leur diffusion matérielle. On entend par « diffusion » la publication au Bulletin des décisions de la Cour de cassation relevant notamment du président de la formation qui les rend<sup>1389</sup>. C'est dire que les développements qui suivent ne concernent que les décisions de la Cour de cassation.

Il résulte de l'article R. 131-17 du Code de l'organisation judiciaire « que la publication au Bulletin, consistant à porter à la connaissance du public les décisions de la Cour de cassation, n'est pas exhaustive »<sup>1390</sup>. Publier au Bulletin, c'est donc hiérarchiser les décisions de la Cour de cassation, en fonction de leur intérêt. En effet, c'est l'intérêt de la décision et non le fait qu'elle soit de rejet ou de cassation qui préside à sa sélection<sup>1391</sup>. En pratique, les décisions réunissant plusieurs formations (Assemblée plénière, chambres réunies ou mixtes) sont

---

<sup>1388</sup> P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 73, n° 26.

<sup>1389</sup> C.O.J., art. R. 131-17.

<sup>1390</sup> C. CHARBONNEAU, *thèse préc.*, p. 425, n° 696.

<sup>1391</sup> J. BUFFET, *Droit et pratique de la cassation en matière civile, préc.*, n° 821.

quasiment toujours publiées ainsi que celles rendues par chaque chambre en formation solennelle<sup>1392</sup>. Cette pratique est, somme toute logique, puisque de telles formations ont vocation à rendre des décisions d'importance toute particulière.

Qu'en est-il des décisions rendues au moyen d'une instrumentalisation « complétive » de la donation indirecte ? Comme on a pu le souligner, certaines d'entre elles ont fait l'objet d'une publication au Bulletin, ce qui traduit la volonté des hauts magistrats de donner une portée générale à leur solution. Pourtant, les décisions « en équité » sont, dans la plupart des cas, d'un intérêt strictement limité au procès envisagé : il s'agit tantôt de réparer l'inégalité rompue entre les droits de cohéritiers ou des époux, tantôt de préserver la volonté d'un défunt dans le cadre de la liquidation de sa succession. Aussi, il paraît excessif, par la diffusion au Bulletin, de leur attribuer une portée si générale. Pour préserver leur cohérence substantielle, et plus généralement la cohérence du droit prétorien, il serait sans doute préférable que la Cour de cassation se garde, par principe, de publier les décisions rendues au moyen d'une instrumentalisation « complétive » de la donation indirecte.

**367. Conclusion** – En définitive, il importe que les juges œuvrent au perfectionnement de la cohérence substantielle des manifestations d'instrumentalisation « complétive » de la donation indirecte. Pour ce faire, ils devraient, à notre avis, améliorer la rédaction de leurs décisions de justice en éclairant les raisons de l'instrumentalisation par l'ajout *de l'ensemble des faits d'espèce* ayant déterminé le besoin d'instrumentalisation ainsi que *des objectifs* visés par celle-ci. Dans le même temps, il paraît nécessaire que les juges de la Cour de cassation rationalisent la diffusion de leurs décisions, en supprimant la publication au Bulletin de la Cour de cassation des manifestations d'instrumentalisation « complétives » dont l'intérêt est très souvent limité aux circonstances particulières de l'espèce. Encore faut-il, pour soutenir toutes ces suggestions, qu'une volonté des juges existe réellement et, au-delà que du temps leur

---

<sup>1392</sup> La publication d'une décision au Bulletin conduisait, avant le 15 juin 2021, à apposer en début de décision l'initiale « P ». Quant aux siglages « B », « R » et « I », ils faisaient respectivement référence à la publication à l'ancien Bulletin d'information de la Cour de cassation (« B »), à la publication au rapport annuel de la Cour (« R ») et à la mise en ligne de la décision le jour même sur le site de la Cour (« I »). Depuis le 15 juin 2021, le « P » visant les décisions publiées au Bulletin a été remplacé par un « B ». Quant au « R », il continue de viser les décisions publiées au rapport annuel de la Cour. En outre, depuis le 15 juin 2021, deux nouveaux siglages sont apparues : le « L », pour *Lettres de chambre*, et le « C », pour *Communiqué*, à usage interne de la Cour de cassation. En somme, depuis le 15 juin 2021, seules les initiales « B » ou « B/R » ont vocation à hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation.

soit accordé<sup>1393</sup>. En tout état de cause, il est souhaitable que le législateur vienne compléter l'œuvre des juges.

## §2 – L'ŒUVRE DU LEGISLATEUR

**368. Annonce** – À l'évidence, une réforme législative peut intervenir sur une question ayant donné lieu à une solution jurisprudentielle<sup>1394</sup>. Deux directions s'offrent alors au législateur : soit il brise en tout ou partie la solution jurisprudentielle en cause ; soit, au contraire, il la confirme, là encore totalement ou partiellement. C'est sur ce modèle binaire du dialogue entre juges et législateur que des suggestions de réforme législative seront formulées à l'égard de deux manifestations d'instrumentalisation particulières de la donation indirecte : celle existant en matière d'assurance épargne, d'abord, et celle ayant trait à la clause de réversion d'usufruit, ensuite. Précisément, nous souhaitons que le législateur condamne totalement la première (A) et consolide partiellement la seconde (B).

### A – La condamnation de l'instrumentalisation : l'exemple de l'assurance épargne

**369. Position du problème** – Eu égard au risque excessif d'évasion successorale que comporte l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte en matière d'assurance épargne<sup>1395</sup>, nous joignons notre voix à ceux qui ont déjà réclamé que le *législateur civil* soumette, par principe, cette opération au droit des successions<sup>1396</sup>. En matière d'assurance

---

<sup>1393</sup> *Rapp.* : R. LEGENDRE, *thèse préc.*, p. 310, n° 451. L'auteur écrit : « L'amélioration de la motivation des décisions de justice dépend, somme toute, du soin apporté par les juges dans la rédaction de leurs arrêts. Et en dépit de leur bonne volonté, seul le temps et, en définitive, le budget qui leur sont accordés pour accomplir leur mission, pourront véritablement permettre un perfectionnement de la justice ».

<sup>1394</sup> Plus généralement sur le dialogue du juge et de la loi, v. : J.-L. BERGEL, « La loi du juge, dialogue ou duel ? », *Mélanges P. KAYSER*, t. 1, PUAM, 1979, p. 21 ; P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 603 et s. ; P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005, p. 1205.

<sup>1395</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 350 et s.

<sup>1396</sup> En ce sens, v. : M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois* 2001, art. 37276, p. 3, n° 22 ; C. BRENNER, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des succession », *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 159 ; C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 910, n° 761 ; P. PIERRE, *Traité*, 2008, p. 1622-3, n° 2305 ; M. MIGNOT, *J-Cl. Civil – Fasc. unique – Art. 1121 et 1122*, 2008, « Contrats et obligations – stipulation pour autrui », n° 239 ; A. DEPONDT, « Assurance-vie : les incohérences du droit positif (seconde partie), *JCP N.* 2010, p. 1173, n° 17 ; J. AULAGNIER, « Peut-on continuer à faire du conjoint le bénéficiaire exclusif du contrat d'assurance-vie ? », *Dr. pat.* 2009, p. 32 ; 96<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, *Le patrimoine au XX<sup>ème</sup> siècle*, 2000, p. 881 ; *Rapport sur la réserve héréditaire*, C. PÉRES et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, 2019, proposition n° 23, p. 155, n° 410 ; C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités [...] », p. 199.

épargne<sup>1397</sup> – l’invitation à une réforme *législative* se justifie d’autant plus que la Cour de cassation a marqué sa résistance face aux arguments d’inconventionnalité et d’inconstitutionnalité formés contre sa jurisprudence<sup>1398</sup>. N’épiloguons pas : son attachement au principe général selon laquelle l’assurance épargne demeure « hors succession » rend assez mince l’espoir d’un revirement jurisprudentiel. C’est pourquoi il nous semble que la soumission de l’assurance épargne aux règles civiles des libéralités doit être l’œuvre, non des juges, mais du législateur.

Afin de déterminer comment, concrètement, le législateur pourrait procéder à une telle réforme, on s’intéressera, d’abord, aux modalités générales de la soumission de l’assurance épargne aux règles civiles des libéralités, c’est-à-dire à l’établissement d’une présomption simple de donation indirecte (1), pour ensuite apporter quelques éclairages sur les aspects liquidatifs de cette donation (2).

### *1 – L’établissement d’une présomption simple de donation indirecte*

**370. Établissement d’une présomption simple de donation indirecte** – Pour soumettre l’assurance épargne aux règles civiles des libéralités, deux voies sont envisageables. Seule la seconde semble appropriée.

La première est celle qu’a suggérée le rapport sur la réserve héréditaire de 2019, en prévoyant un éclaircissement légal des critères de requalification de la donation indirecte : « pour éviter qu’un contentieux ne se développe au sujet de la preuve du caractère libéral de l’opération, [...] et pour permettre de dégager des solutions claires et prévisibles, il serait utile, suggère ledit rapport, d’engager une réflexion visant à identifier les critères – telle, par exemple, l’existence d’une faculté de rachat – permettant de faire le départ entre les assurance-vie constitutives de libéralités et les autres »<sup>1399</sup>. Et le rapport de poursuivre : « ces éléments pourraient constituer des directives que le législateur proposerait au juge dans le cadre de son opération

---

<sup>1397</sup> Les développements qui suivent ne visent que les seules assurances épargnes, non les assurances de décès temporaire. Pour ces dernières, l’instrumentalisation de la donation indirecte ne nous paraît pas condamnable, le risque d’évasion successorale étant, on l’a vu, très faible compte tenu des sommes investies dans ce type de contrat. En outre, la finalité de prévoyance poursuivie par cette instrumentalisation paraît cohérente au regard des valeurs de la loi successorale, et plus généralement de la loi familiale.

<sup>1398</sup> Plus généralement, sur la résistance de la Cour de cassation aux arguments d’inconstitutionnalité, v. : N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, p. 83 et s.

<sup>1399</sup> On notera que le rapport vise, semble-t-il, toutes les assurances sur la vie, sans distinction entre les assurances classiques et les assurances épargnes.

de qualification. Le cas échéant, ces éléments pourraient être érigés en présomption simple »<sup>1400</sup>. Une telle réforme nous semble cependant discutable aussi bien sur la forme que sur le fond. Sur la forme, tout d'abord, il peut paraître complexe et délicat, eu égard aux nombreuses déclinaisons des assurances épargnes, de définir des critères clairs et exhaustifs permettant de discerner celles qui constituent, ou non, des libéralités indirectes. Sur le fond, ensuite, il est à craindre que de tels critères de requalification, quoiqu'institués en présomptions réfragables, demeurent soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, derrière laquelle, nous avons pu le constater, la Cour de cassation n'hésite pas à se retrancher. En un mot, cette voie, si louable soit-elle, semble difficilement en mesure de faciliter la requalification des assurances épargnes en donation indirecte au bénéfice des héritiers du souscripteur, et donc, de conjurer les risques excessifs d'évasion successorale que portent ces opérations.

La seconde voie, qui s'avère plus efficace, est celle proposée par Madame BÉGUIN dans sa thèse relative aux contrats d'assurance sur la vie et au droit patrimonial de la famille<sup>1401</sup>. L'auteur suggère de poser une présomption simple de donation indirecte : ce ne serait, poursuit-elle, qu'à titre exceptionnel – si le bénéficiaire démontre que le souscripteur n'a pas réalisé une libéralité à son profit, notamment parce qu'il s'acquittait d'une dette à son égard – que l'assurance épargne échapperait à la qualification et au régime civil de donation. Cette proposition paraît présenter tous les avantages : simplicité formelle de la rédaction d'une présomption réfragable de libéralité ; logique substantielle d'une telle présomption qui consisterait, conformément au fondement probabiliste de certaines présomptions<sup>1402</sup>, à « anticiper une vérité qui est établie sur la base de régularités statistiques »<sup>1403</sup> puisque, on l'a dit, la désignation du tiers bénéficiaire d'une assurance épargne est, la plupart du temps, sous-tendue par une intention libérale du souscripteur<sup>1404</sup>.

---

<sup>1400</sup> L'ensemble est résumé dans la proposition n° 24, selon laquelle il est suggéré de « mentionner dans la loi, afin de guider le juge et de limiter le contentieux, les critères permettant d'identifier les assurances-vie constitutives de libéralités en droit civil » (*Rapport sur la réserve héréditaire*, C. PÉRES et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, 2019, p. 101, n° 219, p. 155 et 156, n° 410).

<sup>1401</sup> C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 911 et s., n° 762 et s. Dans le même sens, v. : C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités [...] », *art. préc.*, p. 207 et s. (appliquant également cette présomption aux assurances classiques, par exemple, à l'assurance décès temporaire).

<sup>1402</sup> R. LIBCHABER, « Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel », *Droit & Philosophie*, nov. 2019, n° 11, *Preuve, droit de la preuve et démocratie*, p. 129, n° 14.

<sup>1403</sup> En ce sens, v. : C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités [...] », *art. préc.*, p. 208.

<sup>1404</sup> On soulignera que la soumission d'une telle assurance à l'article L. 132-12 du Code des assurances, c'est-à-dire à la théorie du droit direct, nous semble s'imposer avec la force de l'évidence. En effet, quoique ne comportant pas l'aléa propre à l'assurance sur la vie classique, l'assurance épargne repose, comme elle,

**371. Précision quant à la nature de la libéralité présumée** – Encore faut-il préciser la nature de cette libéralité réfragablement présumée.

La question n'est pas oiseuse car, ainsi qu'on l'a démontré, l'assurance épargne acceptée *post mortem* par le bénéficiaire n'épouse pas parfaitement les traits caractéristiques de la donation entre vifs ordinaire : en pareille hypothèse, le caractère actuel de la donation est amputé car, d'un point de vue matériel, il existe un décalage entre l'appauvrissement du donateur (souscripteur), qui est immédiat, et l'investiture du donataire (bénéficiaire), qui est retardée à la mort du disposant<sup>1405</sup>. Au contraire, lorsque l'assurance épargne est acceptée avant le trépas du souscripteur, il plus aisé de rattacher l'opération à la catégorie des donations entre vifs ordinaires car, même si le souscripteur détient alors toujours une faculté de rachat du contrat, ce rachat est soumis à l'accord du bénéficiaire acceptant. Nous aurions donc ici une opération assez proche d'une donation entre vifs, non pas tant par son caractère irrévocable que par son caractère actuel résultant de l'octroi au bénéficiaire acceptant d'un droit quasi-certain au bénéfice de l'assurance. Dans ces conditions, faut-il suggérer au législateur de distinguer la nature de la donation selon que l'assurance épargne est acceptée, ou non, du vivant du souscripteur (à cause de mort pour la première hypothèse ; entre vifs pour la seconde)<sup>1406</sup> ? Il ne semble pas eu égard à l'application de l'article L. 132-12 du Code des assurances, application que n'exclut pas la présomption de libéralité.

Selon l'article L. 132-12, le bénéficiaire de l'assurance est en effet réputé investi de ses droits dès la souscription du contrat d'assurance, peu important la date de son acceptation. Dès lors, s'il est certain que l'assurance épargne acceptée *post mortem* dénote un décalage *matériel* entre l'appauvrissement du disposant et l'enrichissement du bénéficiaire, la fiction légale du droit direct inscrite à l'article L. 132-12 du Code des assurances confère *juridiquement* au bénéficiaire une investiture *ante mortem* de ses droits. Or cette disposition demeure applicable à l'assurance épargne, quoique présumée constitutive d'une libéralité. En effet, l'assurance épargne repose, pour partie du moins, sur une véritable stipulation pour autrui. L'application de l'article L. 132-12 s'impose donc avec la force de l'évidence ; l'inverse provoquerait une remise en cause inopportune du régime de la stipulation pour autrui. Dès lors, il y a lieu de

---

pour partie du moins, sur une véritable stipulation pour autrui<sup>1404</sup>. Dès lors, il ne paraît pas irréaliste de solliciter du législateur qu'il maintienne l'application de l'article L. 132-12 précité aux assurances épargnes – l'inverse provoquerait une remise en cause profonde du régime de la stipulation pour autrui – tout en posant une présomption simple selon laquelle ces assurances constituent une libéralité indirecte au profit du tiers bénéficiaire.

<sup>1405</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 79 et s.

<sup>1406</sup> En ce sens, par exemple : A. DEPONDY, « Pot-pourri sur l'actualité civile et fiscale des donations », *Dr. pat.* 2004, p. 61 et s., n° 129.

suggérer l'établissement d'une présomption simple de *donation indirecte entre vifs*, peu important que l'assurance au moyen de laquelle véhicule cette donation ait été acceptée, ou non, du vivant du souscripteur<sup>1407</sup>.

En somme, pour préserver les règles et les valeurs résultant de la réserve héréditaire, le législateur devrait poser une présomption, certes réfragable, mais *générale* de donation indirecte entre vifs sans distinguer la date effective d'acceptation du bénéfice de l'assurance épargne par le donataire. À supposer que le législateur accueille cette proposition, il convient d'apporter quelques précisions sur les aspects liquidatifs d'une telle donation indirecte.

## 2 – Précisions sur les aspects liquidatifs d'une telle donation indirecte

**372. Détermination de l'objet de la donation : l'intégralité des primes** – À supposer que le législateur accueille cette proposition, il convient de déterminer le montant du rapport ou de la réduction de cette donation. Faut-il considérer le montant reçu par le bénéficiaire (capital) ou celui des primes versées ? Répondre à cette question revient à identifier l'objet de la donation. En effet, c'est à partir de cet objet que les indemnités de rapport et de réduction sont calculées (C. civ., art. 860 et 922 *in fine*).

En l'état du droit positif, la jurisprudence de la Cour de cassation – rendue sur le terrain des primes manifestement excessives (C. ass., art. L. 132-13) comme sur celui du caractère non-

---

<sup>1407</sup> Une autre interrogation pourrait se poser au sujet de la nature de cette libéralité. La qualification de donation indirecte entre vifs ne pourrait-elle pas dissuader les époux de recourir à l'assurance épargne, spécialement de se désigner bénéficiaire de celle-ci ? Une telle crainte était légitime au lendemain de la loi du 26 mai 2004. En effet, cette loi a supprimé, pour ce qui concerne les donations entre vifs de biens présents entre époux, la révocation unilatérale qui appartenait au conjoint donateur et qu'il pouvait notamment mettre en œuvre au moment du divorce (pour une analyse critique des conséquences de l'article 1096 du Code civil dans sa version issue de la loi du 26 mai 2004, v. notamment : C. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Deffrénois* 2004, art. 38084, p. 93 et s.). L'article 1096 du Code civil, dans sa version en vigueur 1<sup>er</sup> janvier 2005, prévoyait ainsi que seules les donations de biens à venir faites entre époux étaient révocables *ad nutum*, les donations de biens présents étant, au contraire, par principe irrévocables. En effet, sous l'empire de cette loi, les donations de biens présents faite entre époux n'étaient révocables que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958 du Code civil, c'est-à-dire dans les conditions du droit commun de la révocation des libéralités. Aussi bien, sous l'empire de cette loi, on pouvait légitimement craindre que les époux ne se détournent de l'assurance épargne présumée constitutive d'une donation entre vifs eu égard à son irrévocabilité de principe. Cependant, la loi du 23 juin 2006 a modifié les dispositions de l'article 1096 du Code civil. Désormais, seules les donations de biens présents sortant leurs effets pendant le mariage sont, par principe, irrévocables. Or comme on vient de le dire, la donation indirecte réalisée par voie d'assurance épargne ne sort matériellement ses effets qu'à la mort du souscripteur, de sorte que, souscrite au bénéfice d'un époux, elle est toujours révocable.

aléatoire de l'assurance épargne – n'est pas d'une grande clarté. Certaines décisions ont décidé que c'était l'intégralité des primes versées par le souscripteur qui constituait l'objet de la donation<sup>1408</sup>. D'autres ont conclu au capital versé, c'est-à-dire aux sommes effectivement reçues par le(s) bénéficiaire(s)<sup>1409</sup>. Enfin, une décision a jugé que seule la fraction excessive des primes constituait l'objet de la libéralité<sup>1410</sup>. Quant à la doctrine, les opinions se divisent – capital<sup>1411</sup>, primes entières<sup>1412</sup> ou fraction excessive<sup>1413</sup>.

Pour identifier l'objet de la donation, il convient, à notre avis, de procéder par exclusion. Au risque de se répéter, on rappellera que l'article L. 132-12 du Code des assurances, applicable à l'assurance épargne en tant qu'elle renferme une stipulation pour autrui, pose une fiction selon laquelle le bénéficiaire est réputé avoir seul droit au capital à partir du jour du contrat. Ainsi, le capital stipulé payable lors du décès de l'assuré au bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers est légalement exclu de la succession de l'assuré, et donc de son patrimoine. Dès lors, l'idée que le capital de l'assurance épargne constitue l'objet de la donation doit elle-même être exclue. Pas

---

<sup>1408</sup> En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-17.517 (*in fine*) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 février 2018, n° 17-10.818 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juillet 2016, n° 15-21.351 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2015, n° 14-13.850 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, n° 11-25.505 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2009, n° 08-15.093 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2008, n° 07-19.550 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 05-10.254 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 octobre 2007, Bull. n° 341 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-15.674, Bull. n° 217.

<sup>1409</sup> En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2009, n° 08-11.355, Bull. n° 105, *JCP N.* 2009, n° 36, p. 32, obs. S. HOVASSE-BANGUET ; *Deffrénois* 2009, p. 1492, note P. CHEVALLIER ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 juin 2016, n° 15-20.578 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 mars 2006, n° 04-19.177.

<sup>1410</sup> En ce sens, v. : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 06-16.382.

<sup>1411</sup> A. PONSARD, *thèse préc.*, p. 226 ; M. MIGNOT, « Histoire d'un contresens (à propos de l'article L. 132-13 du Code des assurances) », *LPA* juillet 2008, n° 144, p. 7 ; N. DUCHANGE, « La valeur de rachat, objet de libéralité ou de détournement ? », *JCP N.* 2009, p. 1200, spéc. n° 11 ; H. LECUYER, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », *Dr. fam.* 1998, p. 4 ; M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, n° 1, p. 3 ; C. BÉGUIN, *thèse préc.*, p. 891, n° 748.

<sup>1412</sup> En ce sens, v. par exemple : M. LEROY, *Assurance-vie et gestion de patrimoine*, Lextenso, 2<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 770 ; S. HOVASSE, *RJFP* janv. 2013 ; B. BEIGNER, *Dr. fam.* 1997, p. 20 ; J.-M. OHNET, « Rapport des primes manifestement exagérées et requalification en donation », *D&P* oct. 2012, p. 65 ; F. FRULEUX, M. LEROY, « Primes d'assurance-vie manifestement exagérées : appréciation et objet de la réintégration », *JCP N.* 2021, p. 1146 ; L. MAYAUX, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2007, *RGDA* 2008, p. 400 ; S. HOVASSE, « Les conditions du recel d'un contrat d'assurance-vie et régimes de protection juridique », *JCP N.* 2008, p. 1210 ; P. PIERRE, « L'attribution du bénéfice d'une assurance décès au péril du recel successoral », *RCA* 2009, étude 12, n° 4 ; B. BEIGNIER, *Dr. famille* 2009, comm. 110 ; F. FRULEUX, M. LEROY, « Primes d'assurance-vie manifestement exagérées : appréciation et objet de la réintégration », *JCP N.* 2021, p. 1146 ; C. PÉRES, C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF, 2018, p. 625.

<sup>1413</sup> En ce sens, v. par exemple : M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I, LGDJ, 1982, n° 520 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2011 ; S. PRIGENT, « Le traitement des primes manifestement exagérées », *JCP N.* 2006, n° 11, p. 1177 ; C. LESBATS, X.-E. DE LA ROBRIE, *Assurance-vie et pratique notariale*, Cridon Ouest, 2016, n° 530 ; V. ZALEWSKI-SICARD, « Réserve et assurances-vie », *Deffrénois* 2019, n° 153, p. 49.

davantage la fraction excessive des primes ne peut, à notre avis, constituer l'objet de la donation. En effet, la présomption de donation indirecte, telle qu'envisagée, exclut nécessairement cette thèse puisque, comme il a été dit, cette présomption ne tient pas compte de l'objet des primes versées par le souscripteur : toute assurance épargne, quel que soit le montant des cotisations versées, doit être présumée constitutive d'une donation indirecte. Ne reste alors, comme objet de la donation, que les primes de l'assurance, et plus particulièrement l'entièreté de celles-ci.

**373. Détermination de l'objet de l'indemnité de rapport et de réduction** – Déterminons désormais l'éventuel montant du rapport ou de la réduction de ces primes : faut-il considérer le montant nominal de celles-ci ou, au contraire, faut-il faire application du mécanisme de la dette de valeur ?

Pour mémoire, l'article 860 du Code civil énonce que « le rapport [des libéralités] est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation ». En outre, l'article 922 du même Code, relatif au calcul de l'indemnité de réduction prévoit que « les biens dont il a été disposé 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 ». En d'autres termes, les dettes que constituent les indemnités de rapport et de réduction sont, par principe, des dettes de valeur ; elles sont donc, par principe, évaluées en tenant compte du profit subsistant pour le donataire à l'époque du décès ou du partage. Faisant application de ces dispositions à la donation par voie d'assurance épargne, Monsieur GRIMALDI écrit : « pour le bénéficiaire de l'assurance, le profit subsistant est évidemment le capital assuré et non les primes payées ». Dès lors, selon l'auteur, les indemnités de rapport ou de réduction devraient portées sur la valeur de ce capital. Et d'ajouter que « ce résultat serait ici d'autant plus naturel que le rapport et la réduction tendent à rétablir le patrimoine du *de cuius* dans l'état qui eût été le sien en l'absence de libéralité et que, si le souscripteur ne désigne pas de bénéficiaire, c'est le capital assuré qui se retrouve dans sa succession »<sup>1414</sup>. Mais cette opinion, si séduisante qu'elle puisse paraître, est discutable. En effet, à notre avis, tous les aspects liquidatifs d'une telle libéralité doivent tenir

---

<sup>1414</sup> M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, n° 1, p. 3. Dans le même sens, v. : S. CHAINE, M. IWANESKO, « Quatrième commission, la transmission successorale maîtrisée », 96<sup>ème</sup> Congrès notaires de France 2000, *Le patrimoine au XX<sup>ème</sup> siècle*, 2000, p. 881, suggérant de réécrire l'article L. 132-13 du Code des assurances comme suit : « dans la mesure où, en vertu des dispositions du contrat, le capital assuré représente la valeur acquise des primes versées, le capital reçu par le bénéficiaire est soumis aux règles du rapport et de la réduction ».

compte du régime légal de la stipulation pour autrui dont elle procède. Or ce régime légal exclut le capital assuré du patrimoine du souscripteur. Dès lors, là encore, l'idée que le capital de l'assurance épargne constitue l'objet du rapport doit être rejetée.

En toute hypothèse, on admettra que le débat sur l'objet de cette libéralité porte assez peu en pratique puisque, dans l'assurance épargne, on l'a dit, le montant versé par l'assureur est assez proche du montant des sommes payées par le souscripteur – ces dernières étant seulement augmentées des intérêts et diminuées des frais de gestion.

**374. Observations complémentaires** – Deux observations complémentaires s'imposent, l'une propre à la réduction des primes de l'assurance épargne, l'autre relative au régime fiscal de cette opération.

Tout d'abord, s'agissant de la réduction des primes de l'assurance épargne, il y a lieu de s'interroger sur la chronologie de leur d'imputation. En effet, « lorsque le défunt a fait plusieurs libéralités dont le total excède la quotité disponible, il faut connaître l'ordre dans lequel elles doivent être imputées ; car cet ordre commande leur éventuelle réduction : plus tôt la libéralité est imputée, plus elle a de chances d'échapper à la réduction »<sup>1415</sup>. On le sait : selon les articles 923 et 926 du Code civil, il convient d'imputer les donations en partant des plus anciennes pour aller vers les plus récentes et enfin d'imputer les legs. Comment ces règles doivent-elles être mise en œuvre s'agissant de la donation réalisée par voie d'assurance épargne ? Là encore, la doctrine est divisée. Pour certains, l'imputation d'une telle donation devrait toujours se faire à partir de la date du paiement des primes par le souscripteur auprès de l'assureur<sup>1416</sup>. Pour d'autres, plus nombreux, il faudrait tenir compte de la date d'acceptation de l'assurance par le bénéficiaire et distinguer alors selon que ce dernier l'a acceptée avant ou après le décès du souscripteur<sup>1417</sup>. Dans la première hypothèse – celle d'une acceptation *ante*

---

<sup>1415</sup> P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 445, n° 582.

<sup>1416</sup> L. MAYAUX, *Traité des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, n° 375 ; P. PIERRE, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, n° 2304 ; H. LE ROY, *thèse préc.*, n° 539 et s. ; S. PRIGENT, « Le traitement des primes manifestement exagérées », *JCP N.* 2006, étude 1177, p. 872, n° 12.

<sup>1417</sup> Y. LEQUETTE, note sous CA Paris, 7 avril 1999, *D.* 1999, p. 683, n° 8 ; S. GODECHOT, *thèse préc.*, p. 335, n° 351 : « [...] c'est à compter de l'acceptation du bénéficiaire que l'assurance vie devient irrévocable. C'est donc au jour de cette acceptation que doivent être imputées les primes versées par le stipulant » ; F. SAUVAGE, « Examen de quelques questions relatives à l'assurance-vie et à la réduction des libéralités », *Bull. Cridon de Paris*, 1<sup>er</sup> septembre 1999, n° 17 ; A. MAURICE, « L'exagération des primes versées au titre d'un contrat d'assurance-vie », *JCP N.* 2005, étude 1197, p. 636 ; S. POMMIER, « Libéralités réalisées par l'intermédiaire d'un contrat d'assurance-vie », *Dr. pat.* 2002, n° 107, p. 75.

*mortem* –, il faudrait imputer la donation au jour de l'acceptation<sup>1418</sup>. Au contraire, si le bénéficiaire accepte l'assurance après le trépas du souscripteur – ce qui est le cas le plus fréquent – la donation devrait s'imputer au jour du décès du souscripteur, soit au même rang que les legs<sup>1419</sup>, soit, propose-t-on encore, avant les legs<sup>1420</sup>. Ces deux positions doctrinales, pour le moins opposées, sont discutables. En effet, comme Monsieur BRENNER l'explique, « l'ordre d'imputation établi par la loi suppose que la date des différentes donations puisse être établie avec certitude. Une telle certitude est automatiquement acquise lorsque la donation a été passée par un acte notarié comme il se doit en principe. Car l'acte fait pleine foi de sa date [...] »<sup>1421</sup>. Par conséquent, ajoute l'auteur, « dès lors qu'une donation non solennelle n'a pas été enregistrée ou constatée dans un acte authentique avant l'ouverture de la succession, [...], l'antériorité de sa date ne saurait être opposée utilement par le gratifié aux bénéficiaires de donations postérieures. Car cette date, serait-elle avérée en fait, ne peut être tenue pour certaine en droit à l'égard des tiers que sont les autres donataires »<sup>1422</sup>. Or, redisons-le, l'assurance épargne repose en partie sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, lequel confère au bénéficiaire acceptant un droit direct contre l'assureur dès sa souscription. C'est tout le sens de la fiction légale de l'article L. 132-12 du Code des assurances dont on doit tenir compte pour déterminer l'ensemble du régime de la donation réalisée par voie d'assurance épargne. En conséquence, il faut admettre que la donation est juridiquement réalisée au jour de la souscription de l'assurance, la date d'acceptation n'étant qu'un événement de pur fait qui,

---

<sup>1418</sup> En ce sens, v. : C. PÉRÈS, C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, n° 742 ; C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *RDA* septembre 2020, p. 199, n° 17.

<sup>1419</sup> En ce sens, v. : C. PÉRÈS, C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, n° 742.

<sup>1420</sup> C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *RDA* septembre 2020, p. 209, n° 17. Cette solution semble s'inspirer de celle admise par la décision *Zieseniss* du 20 février 1996 en ce qui concerne la détermination du rang d'imputation des dispositions réalisées par l'effet d'un *trust* entre vif révocable. En effet, la solution accorde à un tel *trust* un rang d'imputation propre de réduction : après les legs mais antérieurement à toutes les donations (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93, *D.* 1996, chron. p. 231 et s., Y. LEQUETTE ; *JCP G.* 1996, II, p. 22647, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *Rev. crit. DIP.* 1996, p. 692, note G. A.L. DROZ, *Deffrénois* 1997, art. 36457, p. 26, note T. VIGNAL, *RTD. civ.* 1996, p. 454, obs. J. PATARIN ; TGI Paris, 7 avril 1999, *RTD. civ.* 1999, p. 682, obs. J. PATARIN, *D.* 1999, p. 683, note Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP.* 1999, p. 693, note M. GORÉ, *Dr. fam.* 1999, p. 24, note B. B. ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, *AJ fam.* 2001, n° 1, p. 29, *RTD. civ.* 2001, p. 931, obs. J. PATARIN).

<sup>1421</sup> C. BRENNER, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, fasc. 25 : « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Imputation des libéralités », 2021, n° 49.

<sup>1422</sup> C. BRENNER, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, fasc. 25 : « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Imputation des libéralités », 2021, n° 49. Dans le même sens, v. : P. MALAURIE et C. BRENNER, *manuel préc.*, p. 446, n° 584 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *manuel préc.*, p. 1070, n° 1194 ; H., L. et J. MAZEAUD, *manuel préc.*, par S. et L. LEVENEUR, p. 265, n° 937.

pour reprendre les mots de Monsieur BRENNER, « ne saurait être tenue pour certaine en droit à l'égard des tiers ». Ce n'est pas dire, pour autant, que la donation indirecte réalisée par voie d'assurance épargne doive être imputée à la date de la souscription du contrat d'assurance épargne. Cette solution travestirait, semble-t-il, l'économie de l'assurance épargne car elle ferait fi du décalage *matériel* existant entre le dépouillement du disposant et l'investiture du bénéficiaire. Aussi bien, à l'instar de la solution admise par l'arrêt Zieseniss en matière de *trust* entre vifs révocable – opération présentant une étroite similitude avec les contrats d'assurance épargne dès lors qu'ils reçoivent tout deux effets à la date du décès du disposant<sup>1423</sup> –, on pourrait admettre que la donation indirecte réalisée par voie d'assurance épargne soit toujours réduite avant les donations réalisées par le souscripteur, mêmes postérieures ayant date certaine, mais juste après les legs<sup>1424</sup>. En outre, cette solution aurait pour mérite de poursuivre la finalité de justice corrective innervée par l'arrêt Zieseniss dont on a précédemment expliqué les bienfaits en termes d'équité.

Enfin, *quid* de la fiscalité de la donation par voie d'assurance épargne ? Nous ne souhaitons aucunement remettre en cause le régime actuel posé par le législateur fiscal, plus favorable que celui des droits de mutation à titre gratuit<sup>1425</sup>. En effet, rien ne s'oppose à ce que la donation par voie d'assurance épargne soit soumise au droit des libéralités par la loi civile, et dans le même temps, soustraite au régime fiscal de celles-ci par la loi. Il n'y a là que l'expression souveraine du législateur fiscal, lequel peut – « avec plus ou moins de bonheur »<sup>1426</sup>, *c'est une autre question* – exempter une donation du droit des mutations à titre gratuit.

**375. Conclusion et proposition de réécriture de l'article L. 132-13** – Une réforme législative s'impose pour briser définitivement l'instrumentalisation de la donation indirecte en

---

<sup>1423</sup> Sur ce point, v. *supra* n° 57 et s.

<sup>1424</sup> *Comp.* : M. IWANESKO, « De la réductibilité des libéralités pour atteinte à la réserve », *Dr et pat.*, avril 2001, p. 38, qui propose de distinguer selon que l'acceptation par le bénéficiaire a ou non date certaine. Dans le cas où il accepte, l'auteur propose d'imputer l'assurance-vie au jour de l'acceptation ; dans le cas contraire, elle serait imputée au jour du décès, réduite après les legs mais avant les donations qui auraient été consenties ultérieurement.

<sup>1425</sup> Dans le même sens, v. notamment : F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, *Obligations – Contrats spéciaux – Sûretés*, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 133, spéc. n° 11 ; M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *art. préc.*, n° 24 ; *Rapport sur la réserve héréditaire*, C. PÉRES et P. POTENTIER (dir.), *La réserve héréditaire*, 2019, proposition n° 23, p. 155, n° 410, qui entend soumettre l'assurance-vie au droit des successions et des libéralités « pour les seuls aspects civils ». Sur ce régime de faveur, v. notamment : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'assurance-vie, entre détention et transmission d'épargne », *Dr. pat.* 2020, n° 303.

<sup>1426</sup> M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une “tarte à la crème” : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *art. préc.*, 1999, p. 3.

matière d'assurance épargne. Pour sauvegarder la cohérence du droit, spécialement celui du droit des successions et des assurances, il serait possible, en effet, de poser une présomption simple selon laquelle les assurances épargne constituent une donation indirecte des primes versées. Concrètement, alors que l'article L. 132-12 du Code des assurances pourrait être maintenu en l'état, il pourrait être ajouté un troisième alinéa à l'article L. 132-13 du Code des assurances rédigé de la manière suivante : « Quant aux assurances offrant des prestations en cas de vie et en cas de décès, telles les assurances en cas de vie contre-assurés et les assurances mixtes, elles échappent aux précédents alinéas et sont, pour les seuls aspects civils, présumées constituer une donation indirecte des primes à l'égard de(s) bénéficiaire(s) désigné(s), sauf à prouver qu'elles n'ont pas été souscrites dans une intention libérale ». Ce faisant, les primes versées au titre des assurances épargnes seraient, par principe, soumises au droit civil des libéralités, ce qui offrirait une protection efficace de la réserve héréditaire des héritiers du souscripteur non désignés comme bénéficiaires. Inversement, il est des hypothèses dans lesquelles nous appelons à une consécration légale de l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte, spécialement en matière de clause de réversion d'usufruit.

## **B – La consolidation de l'instrumentalisation : l'exemple de la réversion d'usufruit**

**376. Cas particulier de la clause de réversion d'usufruit : position du problème** – Les hypothèses dans lesquelles la loi est venue consolider la jurisprudence sont nombreuses. Comme l'écrivait fort bien MALAURIE, ce phénomène « traduit les deux qualités de l'une et de l'autre, bien différentes : le plus souvent, c'est la jurisprudence qui commence, car c'est elle qui est au contact du peuple et c'est la loi qui achève, car elle a pour notre vieux pays enraciné dans le droit écrit, *l'incomparable vertu de la certitude* »<sup>1427</sup>. Dès lors, il est possible de solliciter du législateur qu'il consolide une instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte, lorsque celle-ci complète, en toute cohérence, le droit d'origine législative. Or ainsi qu'on l'a démontré<sup>1428</sup>, l'instrumentalisation mise en œuvre en matière de clause de réversion d'usufruit témoigne de cette cohérence. En effet, la requalification forcée de cette clause en *donation indirecte de biens présents à terme* a principalement pour objet de valider l'éventuelle renonciation de l'usufruit successif par l'usufruitier de second rang du vivant de

---

<sup>1427</sup> P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005, p. 1205. *Rapp.* : G. CORNU, « La lettre du Code à l'épreuve du temps », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 166, soulignant que « le législateur, par l'espèce d'usufruit qu'il a de la jurisprudence, en recueille périodiquement les fruits les mieux venus ».

<sup>1428</sup> Pour plus de détails, v. *supra* n° 344 et s.

l'usufruitier, et ce, en toute harmonie avec le fondement actuel de l'article 722 du Code civil. C'est pourquoi nous avons qualifié de « complétive » cette instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte.

Inévitablement, une interrogation surgit : pourquoi solliciter l'intervention du législateur si l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière de clause de réversion d'usufruit œuvre à l'idéal de cohérence de droit ? C'est qu'il se peut que l'instrumentalisation produise un *effet* satisfaisant, mais que le *moyen* pour parvenir à cette fin, en l'occurrence la qualification de donation de biens présents à terme, apparaisse contestable. Or la requalification de la clause de réversion d'usufruit en donation indirecte de biens présents « à terme » est le résultat d'une accumulation d'artifices juridiques visant, du point de vue technique, à masquer le caractère « éventuel » de l'opération pour l'usufruitier en second rang<sup>1429</sup>. Ce cumul d'artifices, aussi louable soit-il d'un point de vue pratique, non seulement déforme excessivement la notion d'obligation à terme, mais aussi, et surtout, nuit à l'exigence d'intelligibilité du droit positif. D'où notre volonté que le législateur intervienne en la matière pour consolider les effets de l'instrumentalisation de la donation indirecte, tout en simplifiant ses moyens. Il y aurait là, somme toute, consécration *partielle* d'une solution jurisprudentielle, ce qui est loin d'être inhabituel<sup>1430</sup>.

**377. Organisation pratique de la consolidation** – Afin que cette consolidation partielle ne demeure pas qu'un vœu pieux, encore faut-il prévoir son organisation. Le législateur pourrait ainsi disposer, dans un nouvel article du Code civil<sup>1431</sup>, que « la clause de réversion d'usufruit réalisée dans une intention libérale est, pour les seuls aspects civils, et spécialement pour la validité de la renonciation de l'usufruit successif par l'usufruitier de second rang du vivant de l'usufruitier actuel, réputée être une donation de bien présent prenant effet au décès de l'usufruitier en premier ». L'expression « réputée être » mettrait ainsi en évidence le fait que la qualification de donation de biens présents constitue une fiction juridique. Ce faisant, le

---

<sup>1429</sup> V. *supra* n° 65 et s.

<sup>1430</sup> Pour des illustrations, v. par exemple : P. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 603 et s. ; C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, thèse, Paris 1, IRJS, 2011, p. 500 et s., n° 854 et s. L'auteur relève notamment que « la consécration d'une solution jurisprudentielle, le cas échéant rendue au moyen d'une instrumentalisation de qualification juridique, peut prendre des formes nuancées : « elle peut être totale, le législateur "recopiant" en quelque sorte la règle prétorienne, [...] ou partielle, lorsque le législateur amende la solution prétorienne, la modifie, conduisant à l'affirmation d'une règle nouvelle quoiqu'inspirée par la jurisprudence ».

<sup>1431</sup> Par exemple au sein du Livre II « Des biens et des différentes modifications de la propriété », Titre III « De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation », Chapitre Ier « De l'usufruit ».

législateur validerait automatiquement la renonciation de l'usufruit successif par l'usufruitier de second rang du vivant de l'usufruitier. En effet, si la clause de réversion d'usufruit est regardée comme une donation de biens présents à l'égard de l'usufruitier de second rang, la renonciation par ce dernier à l'usufruit successif du vivant de l'usufruitier actuel ne peut pas être qualifiée de pacte sur succession future.

Outre sa clarté formelle, plusieurs autres avantages pratiques seraient attachés à cette fiction légale de donation indirecte. D'une part, ainsi que le souhaite spécialement le notariat, la clause de réversion d'usufruit continuerait d'être accessible à tous : entre époux, entre parents (frères et sœurs...), mais également entre partenaires pacsés ou entre concubins<sup>1432</sup>. D'autre part, grâce à la fiction de donation de biens présents, il serait certain qu'aucune attestation notariée ne pourrait être exigée lors de la réversion d'un usufruit portant sur des immeubles<sup>1433</sup>. Le droit du second bénéficiaire étant fictivement constitué dès la donation et opposable en vertu de la publication de cette donation à la conservation des hypothèques, il n'y aurait pas, juridiquement, lors du décès du premier bénéficiaire, transmission de la propriété, qui requiert la publication d'une attestation notariée<sup>1434</sup>. Enfin, si le bénéficiaire de la réversion est héritier de l'usufruitier de premier rang et qu'au décès de celui-ci il commence à jouir du bien, son entrée en jouissance ne pourrait valoir acceptation tacite de la succession car c'est un droit réputé juridiquement acquis entre vifs, et non à cause de mort, qu'il exerce ainsi. C'est dire qu'au-delà même de la protection de la cohérence du droit qu'elle apporterait, grâce à la clarté de la fiction qui en serait

---

<sup>1432</sup> À cet égard, on notera que lorsque la clause est stipulée entre époux, elle demeure révocable, spécialement au moment du divorce. En effet, comme on l'a vu, l'article 1096 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 2006, prévoit que seules les donations de biens présent sortant leurs effets pendant le mariage sont, par principe, irrévocables. Or la donation indirecte réalisée par voie de réversion d'usufruit ne sort matériellement ses effets qu'à la mort de l'usufruitier actuel, de sorte que, souscrite au bénéfice d'un époux, elle est toujours révocable. Sur cette question, v. : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil » ; *RJPF* juillet-août 2005, p. 6 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La réversion d'usufruit entre époux à nouveau révocable *ad nutum* ! », *RJPF* 2007, n° 5 ; J.-F. PILLEBOUT, « Les clauses du contrat de mariage et la réversion d'usufruit ou de rente viagère après la réforme du divorce », *JCP N.* 2005, p. 1246 ; S. GAUDEMET, « Révocation ou maintien de la réversion d'usufruit et des avantages matrimoniaux lors d'un divorce, la mise en ordre proposée par le Congrès des notaires », *RDC* 2010, n° 4, p. 1363.

<sup>1433</sup> Sur ce débat, v. : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, n° 01-00.681 ; *RTD civ.* 2003, p. 133, obs. J. PATARIN, tranchant en défaveur de cette obligation compte tenu de la qualification de donation de biens présents « à terme » choisie par la Cour de cassation, en chambre mixte, dans son arrêt du 8 juin 2007 (Cass. mixte, 8 juin 2007, n° 05-10.727, Bull. n° 6, *BICC* 15 septembre 2007, rapp. RIVIERE, avis LEGOUX ; *D.* 2008, pan. 807, obs. SERRA ; *JCP G.* 2007. II. 10130, note G. GOUBEAUX ; *JCP G.* 2009. I, p. 109, n° 81, obs. R. LE GUIDEC ; *Defrénois* 2007. 1688, obs. A. CHAPPERT ; *AJfam.* 2007, p. 353, obs. F. BICHERON ; *Dr. fam.* 2007, n° 151, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2007, p. 588, obs. T. REVET ; *RTD civ.* 2007, p. 605, obs. M. GRIMALDI).

<sup>1434</sup> Décret du 4 janvier 1955, art. 28, 3<sup>o</sup> et 29.

l'objet, cette réforme visant à consolider partiellement l'instrumentalisation de la donation indirecte en matière de réversion d'usufruit, aurait le mérite de conforter l'attractivité pratique de l'opération.

**378. Conclusion du second chapitre** – Au terme de ces développements, il faut retenir que, même hors du champ de la légalité répressive, l'instrumentalisation judiciaire de la donation indirecte nécessite un certain encadrement. Pour acquérir une légitimité en tant qu'outil de comblement des lacunes de la loi, elle doit œuvrer à l'idéal de cohérence du droit, c'est-à-dire s'accomplir dans le respect des dispositions légales. Cette exigence découle de la mission même du juge, spécialement de la Cour de cassation, qui se doit d'exercer harmonieusement ses fonctions normative et disciplinaire. Or il semble qu'à l'issue de l'analyse de quelques-unes des manifestations d'instrumentalisation éloquentes de la donation indirecte, il faille distinguer les « complétives », qui s'exercent dans le respect très conscient de la loi, des « subversives », qui témoignent au contraire d'une émancipation excessive à l'égard de la loi. Seules les premières doivent être approuvées car elles seules assurent la défense d'un système juridique harmonieux en adaptant rationnellement la loi aux circonstances de l'espèce ou aux évolutions sociales.

Ce constat n'était cependant pas suffisant. Pour achever la réflexion, des instruments de protection de la cohérence propres à l'instrumentalisation de la donation indirecte devaient être suggérés. Les premiers sont entre les mains des juges. Ces derniers doivent en effet œuvrer au perfectionnement de la cohérence substantielle des manifestations d'instrumentalisation « complétives », notamment en éclairant dans le corps de leurs décisions les raisons justifiant qu'ils aient, ou non, retenu la qualification de donation indirecte. D'autres instruments de protection de la cohérence appartiennent au législateur. Il est souhaitable, en effet, que celui-ci intervienne, soit pour condamner certaines solutions (ainsi de l'instrumentalisation en matière d'assurance épargne), soit pour en consolider d'autres en les simplifiant (ainsi de l'instrumentalisation en matière de réversion d'usufruit). Encore faut-il qu'une volonté judiciaire et législative existe pour soutenir ces propositions.



## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**379.** Deux missions avaient été assignées à cette seconde partie. D'une part, afin de conforter l'intuition, dégagée en première partie, que la donation indirecte servait parfois d'instrument au service de finalités données, il fallait *explicitement les finalités de l'instrumentalisation*. D'autre part, pour ne pas se contenter d'un simple état des lieux ou, ce qui revient au même, d'une nouvelle lecture du contentieux de la donation indirecte, il était indispensable de *se positionner sur la légitimité d'une telle instrumentalisation* d'un triple point de vue : démocratique, substantiel et formel. Au terme de cette entreprise, deux conclusions peuvent être tirées.

La première est qu'une analyse objective des motifs des décisions a permis de déceler deux tendances, quoique non exhaustives ni parfaitement perméables : l'instrumentalisation de la donation indirecte servirait, tour à tour, *la justice* et *l'utilité*. Quelle justice ? Quelle utilité ? C'est ce que nous avons tenté de chercher. À l'issue de ce travail, il paraît possible de discerner deux sortes de justice poursuivies par l'instrumentalisation : la première est corrective et tend à rétablir un équilibre jugé injustement rompu entre les droits de certains justiciables – héritiers, époux, concubins ou encore partenaires pacsés ; la seconde est punitive, l'instrumentalisation visant cette fois à réprimer un acte regardé comme frauduleux. Cette finalité de justice, corrective ou punitive, se rencontre essentiellement en droit patrimonial de la famille lors de litiges relatifs à la liquidation de partages successoraux ou matrimoniaux. Mais elle habite aussi quelque fois le contentieux fiscal : en pareil cas, l'instrumentalisation de la donation indirecte vise notamment à sanctionner des actes jugés frauduleux par l'Administration et/ou le juge de l'impôt. Quant à la quête d'utilité, entendue comme la préservation des intérêts financiers de l'État, celle-ci est plus rare mais se rencontre néanmoins dans certains cas : les juges manipulent ainsi parfois la qualification pour préserver des fonds de provision étatique (c'est le cas de l'assurance épargne) ou encore pour augmenter l'assiette des droits de mutation (c'est le cas de la donation de valeurs mobilières par virement).

La deuxième conclusion de cette seconde partie est que l'instrumentalisation de la donation indirecte, quoique nécessaire au comblement des lacunes pratiques de la loi résultant de la contradiction entre une norme écrite (la qualification normalement applicable) et une source réelle de droit non écrite (les considérations d'opportunité), ne peut être admise sans limites. Il se trouve, d'abord, une limite absolue : l'impératif de légalité répressive interdisant toute instrumentalisation des qualifications, et donc *a fortiori* celle de donation indirecte. Ainsi, nous appelons de nos vœux l'abandon de l'instrumentalisation de la donation indirecte lorsque la

qualification est discutée dans des matières gouvernées par le principe de légalité répressive, notamment en droit fiscal et en droit du recel successoral. Dans notre système juridique, figure, ensuite, un objectif – ou plutôt un idéal – de cohérence du droit qui constitue une seconde limite à l'instrumentalisation. Cette dernière ne peut être admise que si la finalité qu'elle poursuit s'efforce de restaurer la cohérence du droit là où elle fait défaut ; que si l'adaptation de la qualification aux circonstances d'espèces complète en toute cohérence le droit d'origine législative. En d'autres termes, si l'instrumentalisation a, en agissant sur la qualification, cherché à atteindre un résultat contraire à celui qu'entendait consacrer la loi, elle doit être supprimée ; si, au contraire, le but envisagé par les auteurs de l'instrumentalisation n'avait rien d'illicite, leur volonté devrait pouvoir prétendre à l'efficacité et la qualification choisie par eux être agréée quand bien même elle se révélerait différente de ce que le droit objectif avait spontanément affirmé.

## CONCLUSION GENERALE

---

**380.** Par ses manifestations, la donation indirecte est d'une très grande vitalité et, ce faisant, peut apparaître insaisissable. Comme la figure mythologique Nérée, elle peut emprunter quasiment toutes les formes voulues. Ses seules limites semblent être celles de l'imagination des disposants. Si Nérée a pu être dompté par Hercule afin de connaître la route du jardin des Hespérides, la doctrine n'a semble-t-il pas réussi à dompter la donation indirecte. Sans prétendre être dotée d'une force herculéenne, nous voulions trouver une solution, du moins une explication, au sentiment d'inachèvement que nourrit l'impossibilité apparente de conceptualiser de manière satisfaisante la donation indirecte.

Encore fallait-il raison garder et bien situer la difficulté. La raison du décalage, qui est couramment dénoncé, entre la théorie et la pratique de la donation indirecte ne relève ni d'une faiblesse des critères conceptuels en usage ni de la notion elle-même qui serait intrinsèquement rétive à toute conceptualisation. Un examen même sommaire du droit positif prouve en effet que la conceptualisation de la donation indirecte entendue comme une libéralité entre vifs procédant d'un acte juridique sincère et muet sa cause, rend exactement compte de ce qui paraît constituer la majeure part du contentieux qu'elle suscite. L'effort de conceptualisation n'est donc ni vain ni impossible. Si un sentiment d'imperfection, d'inachevé demeure, c'est à cause d'un nombre de cas certes minoritaires, mais trop nombreux pour ne pas être significatifs.

Impossible, dans ces conditions, d'adopter une démarche radicale consistant à rejeter totalement les critères conceptuels en usage, sauf à dénaturer, pire à dissimuler, les solutions en adéquation avec les enseignements traditionnels. Une approche différente s'imposait : pour les cas inexplicables, rétifs à la définition usuelle, mieux valait chercher les raisons du caractère inadéquat de la conceptualisation sans remettre en cause cette dernière. Aussi, la recherche d'une nouvelle définition conceptuelle aurait postulé des erreurs de logique, là où la convergence des solutions inexplicables laissait supposer une utilisation orientée et délibérée, en somme instrumentalisée, de la qualification de donation indirecte.

**381.** C'est ainsi que la clef de lecture du droit positif nous semble résider dans la volonté des juges ou du législateur d'instrumentaliser la qualification, la forçant ou la refoulant selon l'effet juridique recherché. Poussant plus avant l'investigation, il nous a fallu alors percer les raisons de cette instrumentalisation. Cette recherche s'est soldée par deux séries d'enseignements. D'une part, l'instrumentalisation de la donation indirecte, judiciaire pour

l'essentiel, nous semble marquée par deux tendances assez nettement distinctes : la recherche de la justice et celle de l'utilité. Justice, pour établir un équilibre patrimonial ou réprimer un comportement frauduleux. Utilité, pour protéger des intérêts financiers de l'État. D'autre part, l'instrumentalisation de la donation indirecte n'est pas un phénomène accidentel ou le produit de tendances jurisprudentielles modernes : dès le XIX<sup>ème</sup> siècle et tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle, le droit témoigne de la volonté du législateur ou des juges d'utiliser opportunément la qualification pour parvenir à certaines fins que ne postulent pas la logique conceptuelle, notamment pour faire triompher une certaine justice familiale. C'est dire que la donation indirecte est depuis fort longtemps et a peut-être toujours été une notion en demi-teinte : essentiellement conceptuelle, accessoirement contextuelle.

**382.** D'où une dernière mais fondamentale interrogation : au fond, l'absence de définition légale de la donation indirecte ne témoigne-t-elle pas d'un renvoi implicite du législateur vers le juge, d'une adaptabilité exceptionnelle de la notion délibérément voulue, d'une connivence singulière entre les différentes sources du droit ?

Nos recherches nous ont convaincu que l'instrumentalisation judiciaire des qualifications juridiques, en tant qu'elle constitue un outil de comblement de lacunes de la loi, est utile au système juridique. C'est cette finalité qui lui donne sa légitimité de principe. Mais puisque le droit français « ne fait aucunement de la jurisprudence l'égal de la loi dans le cadre d'une philosophie du *judge made law* »<sup>1435</sup>, il est nécessaire que cet outil connaisse des limites propres à parer à l'arbitraire du juge. Or sans même succomber au pessimisme, l'instrumentalisation judiciaire à l'œuvre demeure, à notre avis, perfectible dans la mesure où elle est parfois l'occasion de détournements de pouvoir qui constituent autant de pathologies contre lesquelles le droit se doit de réagir.

À défaut de pouvoir enchaîner définitivement et perpétuellement notre Nérée juridique, des limites à ses métamorphoses, nous paraissent devoir être envisagées. D'abord, aucune marge de manœuvre ne doit être laissée au juge lorsqu'est en jeu le principe de la légalité répressive. Ensuite, lors même que l'instrumentalisation apparaît légitime, il serait souhaitable que ses manifestations « complétives » soient l'objet d'une motivation plus claire de la part des juges, par la mention de l'ensemble des faits ayant guidé leur raisonnement. En outre, il serait sain que la Cour de cassation rationalise davantage la diffusion de ses décisions relative à la

---

<sup>1435</sup> F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 305.

donation indirecte, en supprimant de la publication au Bulletin celles dont l'intérêt est limité aux circonstances particulières de l'espèce.

Outre qu'ils sont propres à renforcer la sécurité juridique, ces aménagements faciliteraient l'acceptation de l'instrumentalisation judiciaire des qualifications qui habite, on le sait, toutes les provinces du droit. À l'heure où la réflexion est focalisée sur l'avenir de la Cour de cassation<sup>1436</sup>, il nous semble que l'on gagnerait à ne pas ignorer cette méthode de réalisation du droit qui, pour bousculer certains concepts et méthodes traditionnels, pourrait permettre une adaptation raisonnable de la loi à un monde toujours plus complexe et mouvant. Parfois totalement enchaîné, parfois rendu libre de ses mouvements, notre Nérée juridique pourrait nous guider vers une plus grande cohérence du droit, valeur qu'il ne paraît pas inutile de préserver au-delà de la justice et de l'utilité.

---

<sup>1436</sup> Sur ce sujet, v. notamment : A. POTOCKI (dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 »*, 5 juillet 2021, accessible sur le site de la Cour de cassation.



## INDEX ALPHABETIQUE

---

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.

### – A –

#### **Abus de droit fiscal,**

- par fraude à la loi : 167, 315.
- par fictivité : 161 et s., 188, 196, 275.
- procédure répression du « mini-abus de droit » : 168, 274, 315.

#### **Achat pour autrui,**

- définition : 17, 192.
- indivisibilité des opérations d'achat et de vente : v. *Indivisibilité*

#### **Acte,**

- acte juridique : 124.
- acte juridique muet : 115, 119 et s.
- acte juridique simulé :
  - définition : 172.
  - objet : 173 et s.
- acte juridique sincère :
  - élément matériel : 178.
  - élément psychologique : 179.

**Action paulienne** : 288, 319.

#### **Aléa,**

- définition civile : 13.
- assurance épargne : 13, 75, 283, 355.

#### **Assurance sur la vie,**

- assurance épargne :
  - définition : 13, 72.
  - contrat aléatoire : 13, 75.
  - donation indirecte : 74 et s., 354.
  - suggestion de réforme : 369 et s.
- assurances prévoyance :
  - définition : 23.
  - donation indirecte : 30 et s.

#### **Appauvrissement,**

- contrat de bienfaisance : 5.
- libéralité entre vifs : 5, 55.

#### **Autonomie du droit fiscal,**

- présentation de la théorie : 311 et s.
- réfutation de la théorie : 314 et s.

#### **Avantage indirect,**

- appréhension jurisprudentielle : 49 et s.
- définition doctrinale : 48.
- origine : 47.

#### **Avantage matrimonial,**

- donation indirecte (négation) : 26.
- finalité de l'instrumentalisation : 233 et s.

### – C –

#### **Cautionnement,**

- contrat de bienfaisance : 5.
- requalification en donation indirecte : 37, 148.

#### **Clause de réversion d'usufruit,**

- définition : 58.
- donation de bien à venir : 59.
- donation de bien présent à terme :
  - présentation : 61 et s.
  - critique : 65 et s.
- donation conditionnelle : 60.
- finalité de l'instrumentalisation : 238 et s.
- pacte sur succession future : 344 et s.
- suggestion de réforme : 376 et s.

#### **Clause d'exclusion d'administration,**

- définition : 91.
- legs : 93 et s., 104, 111.
- validité : 92.

#### **Cohérence du droit,**

- acception : 333.
- cohérence et lacune de la loi : v. *Lacune légale*

**Concept,**

- définition : 2.
- intérêts pratiques : 2.

**Confirmation d'un acte nul,**

- nullité d'une donation : 21.
- nullité d'un testament : 21.

**Contribution aux charges,**

- concubinage (absence) : 358 et s.
- mariage :
  - fondement légal : 223.
  - excès : 17 et s., 31 et s., 223 et s.
- PACS : 228.

– D –

**Définition,**

- conceptuelle : 2.
- fonctionnelle : 2.

**Dépenses,**

- article 852 :
  - définition légale : 341.
  - interprétation suggérée : 341.

**Dettes de valeur,**

- achat pour autrui : 250.
- assurance épargne : 373.

**Diffusion des décisions,** 366.

**Distribution indirecte,**

- appréhension jurisprudentielle : 53 et s., 279.
- définition fiscale : 51.
- régime fiscal : 51, 279.

**Donation,**

- notariée : 3, 126.
- ostensible sous seing privé : 126, 149 et s.

**Donation à personne interposée,**

- définition : 172, 176.
- personne morale interposée : 190 et s.
- régime civil : 157 et s.
- régime fiscal : 160 et s.

**Donation déguisée,**

- définition : 172, 174.

- régime civil : 157 et s.
- régime fiscal : 160 et s.

**Donation indirecte,**

- définition doctrinale : 5, 115 et s.
- histoire : 3.
- régime civil : 5, 128 et s.
- régime fiscal : 132 et s.

**Donation manuelle,**

- définition : 127.
- par chèque : 137, 140, 141, 143.
- par virement : 138, 142, 144.
- régime civil : 128.
- régime fiscal : 130 et s.

**Droits du conjoint survivant,** 235.

– E –

**Égalité du partage successoral,**

- définition : 340.
- finalité de l'instrumentalisation : 213 et s.
- égalité et égalitarisme : 341.

– F –

**Formalisme,**

- de la donation entre vifs : 3.
- du testament :
  - de confection du testament : 102 et s.
  - des legs : 108 et s.

– I –

**Impératif de légalité répressive,**

- application au droit fiscal : 310 et s.
- application au recel successoral : 316 et s.
- définition : 301.
- obligations pour le juge : 303 et s.
- recel successoral : 316 et s.

**Indivisibilité,**

- définition : 193.
- mode d'instrumentalisation : 194 et s.

– M –

**Instrumentalisation (de la qualification),**

- définition : 207.
- instrumentalisation et fiction : 7, 297.

**Intention libérale,**

- appréciation souveraine des juges du fond :
  - principe : 322.
  - suggestion d'un contrôle exceptionnel par la Cour de cassation : 323 et s.
- charge de la preuve :
  - principe : 36
  - présomption forcée : 37 et s.
- conceptions : 5, 12.

– J –

**Justice,**

- justice corrective : 210, 211 et s.
- justice punitive : 210, 245 et s.

– L –

**Lacune légale,**

- définition :
  - lacune pratique : 298.
  - lacune technique : 298.
- résolution : 298, 299.

**Légalité répressive, v. *Impératif de légalité répressive***

**Legs,**

- *ab irato* :
- attribution (d') : 95.
- atypique : 89 et s.
- conjoint :
  - définition : 96.
  - renonciation partielle (à) : 97 et s., 105, 112.
- définition : 55.
- exécution spontanée : 20 et s.
- formalités : v. *Formalisme*
- implicite : 108 et s.
- imputation : 242.
- indirect : 88, 106.
- verbal : 19 et s., n° 34 et s., 220.

**Modicité,**

- des primes d'une assurance vie : 25, 29 et s., 74, 233 et s., 352.
- prix modique : 149.

**Mise à disposition gratuite d'un immeuble : 50, 147, 216.**

**Mise en situation de succéder à une profession : 147, 217.**

– O –

**Obligation naturelle**

- définition : 14, 27.
- de délivrance : 22.
- de prévoyance : 23.
- de rémunération : 17 et s.

– P –

**Pacte sur succession future,**

- clause de réversion d'usufruit : v. *clause de réversion d'usufruit*
- prohibition :
  - fondements anciens : 345.
  - fondement actuel : 346.

**Piété conjugale : 226.**

**Présomption,**

- définition : 28.
- dénaturation : 37 et s.

– Q –

**Qualification,**

- définition : 207.
- contrôle par la Cour de cassation : 322.
- instrumentalisation de la qualification : v. *instrumentalisation*

**Quasi-contrat,**

- Enrichissement injustifié : 226.

– R –

**Récupération des aides sociales,**

- mécanisme : 285.
- instrumentalisation de la donation indirecte : 286 et s.

**Rédaction des décisions,** 364 et s.

**Remise de dette :** 88, 122, 148.

**Renonciation à usufruit,**

- régime fiscal : 268 et s.
- requalification en donation indirecte : 38, 267 et s.

**Renonciation à succession,**

- forme :
  - abdicative : 98, 182 et s.
  - translatrice : 98, 150.

**Renvoi législatif,** 320.

**Représentation successorale,** 259, 340.

**Réserve héréditaire,**

- atteinte excessive : 352.
- permanence : 353.

**Révocation,**

- d'une donation : 159, 225, 230, 251.
- d'un legs : 97 et s.

– S –

**Stipulation pour autrui**

- définition : 78.
- régime : 78.
- assurance sur la vie : v. *assurance sur la vie*

– T –

**Testament,**

- formalisme : v. *formalisme*
- interprétation : 342 et s.,

**Trust libéralité,**

- définition : 82.
- donation indirecte : 44, 84 et s., 241 et s., 270 et s.
- régime fiscal (loi de 2011) : 271.
- trust et fiducie (distinction) : 82.

– U –

**Usufruit**

- clause de réversibilité d'usufruit : v. *clause de réversibilité d'usufruit*
- droit de jouissance immédiate : 69.
- renonciation (à), v. *renonciation à usufruit*

## BIBLIOGRAPHIE

---

### MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX :

**AUBRY (C.) et RAU (C.),**

- *Cours de droit civil d'après la méthode de Zacharie*, t. X, par BARTIN (E.), 1897-1922.

- *Droit civil français*, t. IV, 6<sup>ème</sup> éd., par ESMEIN (P.), Paris, Librairies Techniques, 1951.

- *Droit civil français*, t. X, 6<sup>ème</sup> éd., par ESMEIN (P.), 1954.

- *Droit civil français*, t. I, par ESMEIN (P.) et PONSARD (A.), Paris, Librairies Techniques, 1962.

**BAUDRY-LACANTINERIE (G.),** *Précis de droit civil*, t. II, 4<sup>ème</sup>, Larose & Forcel, 1892.

**BAUDRY-LACANTINIÈRE (G.) et COLIN (A.),** *Traité théorique et pratique de Droit civil – Des donations entre vifs et des testaments*, t. 1, 3<sup>ème</sup> éd., Larose, 1895.

**BAUDRY-LACANTINERIE (G.), LE COURTOIS (J.) et SURVILLE (F.),** *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. II, Sirey, 1900.

**BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.),** *Traité théorique et pratique de droit civil, Des successions*, t. III, Sirey, Paris, 1905.

**BEIGNER (B.) et BEN HADJ YAHIA (S.),** *Droit des assurances*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2018.

**BEIGNIER (B.) et TORRICELLI-CHRIFI (S.),** *Libéralités et successions*, 5<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2020.

**BIENVENU (J.-J.) et LAMBERT (T.),** *Droit fiscal*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF, 1997.

**BIGOT (J.), BAILLOT (P.), KULLMANN (J.) et MAYAUX (L.),** *Les assurances de personnes*, t. IV, LGDJ, 2007.

**BONNIER (É.) et LARNAUDE (F.),** *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5<sup>ème</sup> éd., Plon, 1888.

**BORÉ (J.),** *La cassation en matière civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1997.

**BOULOC (B.),** *Droit pénal général*, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021.

**BUFFET (J.),** *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, 2003.

**CARBONNIER (J.),** *Droit civil – Introduction*, 26<sup>ème</sup> éd., PUF, 1999.

**CASTALDO (A.) et LÉVY (J.-P.),** *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010.

**COLLET (M.)**, *Droit fiscal*, 7<sup>ème</sup> éd., PUF, 2019

**COLIN (A.), CAPITANT (H.)**, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 8<sup>ème</sup> éd., par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), Dalloz, 1938.

**CORNU (G.)**, *Droit civil – introduction au droit*, 13<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2007.

**COZIAN (M.), DEBOISSY (F.) et CHADEFEAUX (M.)**, *Précis de fiscalité des entreprises*, 44<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2020-2021.

**COZIAN (M.), DEBOISSY (F.) et VIANDIER (A.)**, *Droit des sociétés*, 32<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019.

**DABIN (J.)**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1968.

**DAVID (C.), FOUQUET (O.), LATOURNIE (M.-A.) et PLAGNET (B.)**, *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1991.

**DE LA MARDIÈRE (C.)**, *Droit fiscal de l'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019-2020.

**DELSOL (J.-J.)**, *Le Code Napoléon expliqué d'après les doctrines généralement adoptées à la faculté de droit de Paris*, t. II, par DURAND (A.), Paris, 1855.

**DELVINCOURT (C.)**, *Cours de droit civil*, t. II, Forgotten Books, 1819.

**DEMOLOMBE (C.)**,

- *Cours de droit civil*, t. X, *Des donations entre vifs et testaments*, t. X, J. Stienon, 1865.

- *Cours de Code Napoléon, Des contrats*, t. XXIX, 4<sup>ème</sup> éd., Pedone-Lauriel, 1877.

- *Cours de Code Napoléon*, t. X, *Traité de la distinction des biens*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1869-1882.

**DIDIER-PAILHÉ (E.)**, *Cours élémentaire de droit romain*, 4<sup>ème</sup> éd., Larose, 1878.

**DREYER (E.)**, *Droit pénal général*, Litec, 2010.

**DURANTON (A.)**, *Cours de Droit français suivant le Code civil*, t. IX, Alex-Gobelet, 1829.

**FENET (P.-A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil (1836)*, t. XII, Hachette, 2017.

**FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)**, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 16<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2014.

**FLOUR (J.) et SOULEAU (H.)**, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982.

**GÉNY (F.)**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2016.

**GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.)**, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1994.

**GIRARD (P.-F.)**, *Manuel de droit romain*, Librairie Édouard Duchemin, t. II, Paris, 1978.

**GRIMALDI (M.)**,

- *Droit civil – Libéralités, partages d’ascendants*, Litec, 2001.

- *Droit civil – Successions*, 8<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2020.

- *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2021-2022.

**GROUTEL (H.)**, **LEDUC (F.)**, **PIERRE (P.)** et **ASSELAIN (M.)**, *Traité du contrat d’assurance terrestre*, Litec, 2008.

**JUBAULT (C.)**, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2010.

**JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)**, **BACHELLIER (X.)** et **BUCK LAMENT (J.)**, *La technique de cassation*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018.

**JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit civil français positif*, t. III, 3<sup>ème</sup> éd, Sirey., 1940.

**KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, 1<sup>ère</sup> éd., trad. THÉVENAZ (H.), La Baconnière-Neuchatel, 1953.

**LAMBERT (T.)**, *Procédures fiscales*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2019.

**LAMBERT-FAIVRE (Y.)** et **LEVENEUR (L.)**, *Droit des assurances*, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2011.

**LARROUMET (C.)**, *Droit civil – Introduction à l’étude du droit privé*, t. I, Économica, 1998.

**LE GENTILHOMME (R.)** et **HERAIL (M.)**, *Fiscalité des mutations à titre gratuit et des partages*, 2<sup>ème</sup> éd, Defrénois, 2013.

**LEPAULLE (P.)**, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international privé*, Rousseau, 1932.

**LEROY (M.)**, *Assurance-vie et gestion de patrimoine*, 2<sup>ème</sup> éd., Lextenso, 2014.

**MAGUERO (E.)**, *Traité alphabétique des droits d’enregistrement, de timbre et d’hypothèque*, Paris, Rédaction et Administration, 1894.

**MALAURIE (P.)**, *Les successions – Les libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2010.

**MALAURIE (P.)**, **AYNÈS (L.)** et **PETERKA (N.)**, *Droit des régimes matrimoniaux*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2021.

**MALAURIE (P.)** et **BRENNER (C.)**, *Droit des successions et des libéralités*, 9<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2020.

**MARCADÉ (V.)**, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Paris, Delamotte et Fils, 1873.

**MASSOT (J.), FOUQUET (O.), STAHL (J.-H.), GUYOMAR (M.) et BRETONNEAU (A.),** *Le Conseil d'État, juge de cassation*, 6<sup>ème</sup> éd, Les indispensables, Berger Levrault, 2018.

**MAYAUD (Y.),** *Droit pénal général*, 7<sup>ème</sup> éd., PUF, 2021.

**MAZEAUD (H., L. et J.),** *Leçons de droit civil*, t. IV, 3<sup>ème</sup> éd., *Successions Libéralités*, par BRETON (A.), Paris, Montchrestien, 1980.

**MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.),** *Leçons de droit civil*, t. IV, 2<sup>ème</sup> vol., *Successions – Libéralités*, 5<sup>ème</sup> éd., par LEVENEUR (L. et S.), Montchrestien, 1999.

**MERLIN (P.-A.),** *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, 1828.

**MOURLON (F.),** *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, Paris, Marescq et Ainé, 1873.

**PICARD (M.) et BESSON (A.),**

- *Les assurances terrestres en droit français*, t. IV, LGDJ, 1945.

- *Les assurances terrestres*, t. I, LGDJ, 1982.

**PLANIOL (M.),** *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, *Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, Paris, 1937.

**PLANIOL (M.) et RIPERT (G.),**

- *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligation*, par ESMEIN (P.), RADOUANT (J), et GABOLDE (G.), Paris, 1954.

- *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, par TRASBOT (A.) et LOUSSOUARN (Y.), 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1957.

**POTHIER (R.-J.),**

- *Traité des donations entre mari et femme*, par DUPIN (M.), Paris, 1824.

- *Traité des successions, donations testamentaires, donations entre-vifs, substitutions et des propres*, par BUGNET (M.), Paris, 1861.

**PRADEL (B.),** *Droit pénal général*, 17<sup>ème</sup> éd., Cujas, 2007-2008.

**PROUDHON (J.-B.),** *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. IV, Dijon, 1836.

**RAYNAUD (P.),** *Droit civil – Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983.

**RIPERT (G.) et BOULANGER (J.),** *Traité de droit civil*, t. IV, LGDJ, 1956.

**SÉRIAUX (A.),** *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003.

**TAULIER (F.),** *Théorie raisonnée du Code civil*, t. IV, Paris, Delhomme, 1848.

**TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.) et FENOUILLET (D.),** *Droit civil – La famille*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018.

**TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, *Introduction, Personnes – Famille – Biens, Régimes matrimoniaux – Successions*, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015.

**TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, *Obligations – Contrats spéciaux – Sûretés*, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015.

**TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.),** *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013.

**TERRÉ (F.) et MOLFESSIS (N.),** *Introduction générale au droit*, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2021.

**TERRÉ (F.) et SIMLER (P.),** *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019.

**TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.),** *Droit civil – Les obligations*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018.

**TROPLONG (R.-T.),** *Droit civil expliqué, commentaire du titre II du livre III, Des donations et des testaments*, Hingray (C.), 1855.

**ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.),** *Les biens*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, 2008.

REPERTOIRES, ENCYCLOPÉDIES ET DICTIONNAIRE :

**BORÉ (J.) et BORÉ (L.),** *Rép. pr. civ.*, Dalloz, « Pourvoi en cassation – Distinction du fait et du droit », 2015.

**BRENNER (C.),**

- « Avantage matrimonial et participation aux acquêts, le sort de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le divorce », *Actes prat. stat. pat.*, 2015.

- *J.-Cl. Civil Code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », 2021.

- *J.-Cl. Civil Code.*, art. 912 à 930-5, fasc. 30, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Imputation des libéralités », 2021.

**BRENNER (C.) et LEQUETTE (S.),** *Rép. civ.* Dalloz, v<sup>o</sup> Acte juridique, 2019.

**CARBONNIER (J.),** *Droit civil – Les biens*, t. 3, 19<sup>ème</sup> éd., PUF, 2000.

**CORNU (G.),** *Vocabulaire juridique*, 14<sup>ème</sup> éd., PUF, 2022.

**CORPART (I.),** *Rép. civ.*, Dalloz, v<sup>o</sup> Administration légale des biens du mineur, 2021.

**COUTIER (G.),** *J.-Cl. Assurances*, fasc. 15-20, « Assurances terrestres – Assurances de personnes – Assurance vie », 2022.

**DEMANTE (G.),** *Principes de l'enregistrement*, t. I, 4<sup>ème</sup> éd., Delamotte fils et Cie, 1888.

**DROSS (W.)**, *J.-Cl. Civil Code*, art. 2276 et 2277, fasc. unique, « Prescription et possession – Prescription des choses mobilières, 2018.

**GUÉVEL (D.)**, *J.-Cl. Civil Code*, art. 1382, fasc. unique, « Preuve des obligations – modes de preuve – preuve par présomption judiciaire », 2018.

**HOUTCIEFF (D.)**, *Rep. civ.*, Dalloz, v° Renonciation, 2004.

**JACQUOT (N.)**, *J.-Cl. Pr. fisc.*, fasc. 379, « Abus de droit de l'article L. 64 A du L.P.F. – Mini-abus de droit – Définition et notions », 2021.

**JEANDIDIER (W.)**, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 10, « Principe de légalité criminelle – Sources du droit pénal », 2022.

**JESTAZ (P.)**, *Rep. civ.*, Dalloz v° Équité, 1972.

**LALANDE (A.)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2006.

**LEMASSON (A.)**, *Rép. pén. et pr. pén.*, « Justice internationale pénale : institutions », 2019.

**LAMARQUE (J.-L.)**, *J.-Cl. pr. fisc.*, fasc. 116-10, « Sources du droit fiscal – Application du principe de supériorité des normes internationales – Protection des droits de l'Homme », 2010.

**LATINA (M.)**, *Rép. civ.*, Dalloz, v° Contrat : généralités – classifications des contrats, 2021.

**LEFORT (C.)**, *Rép. proc. civ.*, Dalloz, v° Saisie-attribution, 2007.

**LEPROVAUX (J.)**, *J.-Cl. Civil Code*, art. 911, fasc. unique, « Donations et testaments – Capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament – Libéralités déguisées – Libéralités par personnes interposées », 2021.

**LEROND (S.)**, *Le don manuel et la transmission d'entreprise*, Actes prat. strat. pat., 2012, n° 4, étude 36.

**MIGNOT (M.)**,

- *J.-Cl. Civil Code*, art. 1205 à 1209, fasc. unique, « Effets du contrat à l'égard des tiers – Stipulation pour autrui », 2019.

- *J.-Cl. Civil Code*, art. 1205 à 1209, fasc. unique, « Contrats et obligations – Stipulation pour autrui », 2022.

**NURIT-PONTIER (L.)**, *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 45-10, « Devoir de loyauté », 2020.

**OPHÈLE (C.)**, *Rep. civ.*, Dalloz, v° Simulation, 2016.

**PETERKA (N.)**,

- *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 3<sup>ème</sup> éd., GRIMALDI (M.), (dir.), 2008, n° 375-73 et s.

- *J.-Cl. Civil Code*, art. 931, fasc. 30, « Donations et testaments – Donations entre vifs – Forme. Don manuel », 2021.

**RAOUL-CORMEIL (G.)**, *J.-Cl. Civil Code*, art. 931, fasc. 10 : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Forme authentique », 2021.

**SAVATIER (R.)**, *Rep. civ.*, Dalloz, v° Donation, 2<sup>ème</sup> éd., 1972.

**SÉRIAUX (A.)**, *J.-Cl. Civil Code*, art. 804 à 808, fasc. unique, « Successions – L’option de l’héritier – La renonciation à succession, 2017.

**VEAUX-FOURNERIE (P.), VEAUX (D.) et RAOUL-CORMEIL (G.)**, *J.-Cl. Civil Code*, art. 721 à 724-1, fasc. 20, « Successions – Pacte sur succession future », 2021.

## OUVRAGES SPECIAUX :

### I. THÈSES

**ABEILLE (J.)**, *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse, Aix-Marseille, 1939.

**AIT AHMED (L.)**, *Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen*, thèse, Paris I, 2021.

**ALBIGES (C.)**, *De l’équité en droit privé*, thèse, LGDJ, 2000.

**ALLIX (N.)**, *Les sanctions pécuniaires civiles*, thèse, LGDJ, 2020.

**ANDRÉ (J.-R.)**, *Le conjoint survivant en concours avec des enfants non communs en droit français et en droit belge*, thèse, Paris II, 2020.

**ASENCIO (S.)**, *La disqualification en droit privé interne*, thèse, Bordeaux, 1999.

**AUDIT (P.-E.)**, *La « naissance » des créances : approche critique du conceptualisme juridique*, thèse, Dalloz, 2015.

**BABY (W.)**, *Les effets patrimoniaux du PACS – L’invention d’une nouvelle forme de conjugalité*, thèse, Defrénois, 2013.

**BAHUREL (C.)**, *Les volontés des morts : vouloir pour le temps où l’on ne sera plus*, thèse, Paris II, LGDJ, Paris, 2014.

**BARRIÈRE (F.)**, *La réception du trust au travers de la fiducie*, thèse, Paris, Litec, 2004.

**BARRAU (B.)**, *L’interprétation des testaments*, thèse, Bordeaux, 1927.

**BARREAU (R.)**, *Les obligations de conscience en droit civil*, thèse, Caen, 1916.

**BÉGUIN (C.)**, *Les contrats d’assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris II, 2012.

**BELAID (S.)**, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, thèse, LGDJ, 1974.

- BÉNILSI (S.)**, *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse, Montpellier, 2006.
- BÉRAUDO (J.-P.)**, *Les trust anglo-américains et le droit français*, thèse, LGDJ, 1992.
- BERN (P.)**, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, thèse, Paris, 1972.
- BERNASCONI (J.)**, *Le juge pénal et la légalité*, thèse, Lyon, 1979.
- BLEUSEZ (M.)**, *La perfection du contrat*, thèse, Paris II, 2021.
- BOISSON (J.)**, *Les libéralités à caractère collectif*, thèse, Defrénois, 2019.
- BONNES-AGUILAR (C.)**, *L'intérêt patrimonial de l'enfant au sein des familles recomposées*, thèse, Aix-Marseille, 2018.
- BONNET (G.)**, *Les ventes d'immeubles, instruments de libéralités, aspects civils et fiscaux*, thèse, Paris II, 1996.
- BOURGEON (P.)**, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, thèse, Hachette BNF, 1885.
- BOUYSSOU (M.)**, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1945.
- BOYER (L.)**, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse, Sirey, 1947.
- BRENNER (C.)**, *L'acte conservatoire*, thèse, LGDJ, 1999.
- BRONZINI (P.)**, *De la preuve des dons manuels*, thèse, Aix-en-Provence, 1911.
- BRUNET (C.)**, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Paris II, 1973.
- BUSSY-DUNAUD (F.)**, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, thèse, Paris I, 1987.
- BZOWSKI (G.)**, *L'instrumentalisation fiscale du droit de propriété*, thèse, Paris II, 2011.
- CARBONNIER (J.)**, *Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse, Bordeaux, 1932.
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.)**, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse, PUL, 1999.
- CHAMPEAU (E.)**, *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits par autrui*, thèse, Paris, 1893.
- CHARBONNEAU (C.)**, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, thèse, Paris I, IRJS, 2011.

**CHÉNEDÉ (F.)**, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008.

**CLOS (M.)**, *Le rôle de l'intention libérale dans les donations déguisées*, thèse, Montpellier, 1941.

**CORNU (G.)**, « La bonté du législateur », *RTD civ.* 1991, p. 283.

**COSSIC (V.)**, « Abandon et donation », *Revue juridique de l'Ouest*, 2009-4, p. 459.

**COUTURIER (G.)**, *La confirmation des actes nuls*, thèse, Paris, 1972.

**DAGOT (M.)**, *La simulation en droit privé*, thèse, LGDJ, 1967.

**DEBOISSY (F.)**, *La simulation en droit fiscal*, thèse, LGDJ, 1997.

**DECOTTIGNIES (R.)**, *Les présomptions en droit privé*, thèse, Lille, Paris, 1949.

**DEKEUWER (F.)**, *L'entraide familiale*, thèse, Lille, 1992.

**DELANNOY (C.)**, *L'interprétation des testaments par les tribunaux*, thèse, Lille, 1937.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (P.)**, *Le tiers à l'acte juridique*, thèse, LGDJ, 2000.

**DEMARTIAL (L.)**, *Étude critique sur l'interposition de personnes*, thèse, Paris, 1912.

**DENIS (J.-B.)**, *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, LGDJ, 1977.

**DEREUX (G.)**, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1905.

**DESBLEUMORTIERS (J.)**, *La simulation par l'emploi d'un tiers : essai sur les interpositions de personnes*, thèse, Paris, 1916.

**DESCHAMPS (V.)**, *Le fondement de la filiation*, thèse, LGDJ, 2019.

**DESTIT (A.)**, *De la preuve en matière de dons manuels*, thèse, Paris, 1898.

**DEVILLE (S.)**, *L'objet de la libéralité*, thèse, Defrénois, 2012.

**DONNAT (I.)**, *La transmission du patrimoine dans la famille recomposée*, thèse, La Réunion, 2018.

**DONZEL-TABOUCOU (C.)**, *La donation de valeurs mobilières*, thèse, Paris I, IRJS, 2015.

**DOUET (F.)**, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, thèse, Rouen, 1996.

**DOURNAUX (F.)**, *La notion de fraude en droit privé français*, thèse, Paris I, 2008.

**DREIFFUS-NETTER (F.)**, *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse Paris I, 1985.

**DRIE (J.-C.),** *Procédures de contrôle fiscal, la voie de l'équilibre*, thèse Paris XVIII, 2004.

**DROUOT (G.),** *La rétroactivité de la jurisprudence, Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, thèse, LDGJ, 2016.

**DUBOIS (C.),** *Responsabilité civile et responsabilité pénale : à la recherche d'une cohérence perdue*, thèse, LGDJ, 2016.

**DUBOIS DE LUZY DE PELISSAC (A.),** *L'interposition de personnes*, thèse, LGDJ, 2010.

**DUPEYROUX (J.-J.),** *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, Paris, 1955.

**DURAND (S.),** *L'usufruit successif*, thèse, Defrénois, 2006.

**ERGAN (E.),** *L'attribution à titre gratuit du bénéfice du contrat d'assurance sur la vie, essai d'une qualification libérale*, thèse, Rennes, 1999.

**FABRE (M.),** *L'usufruit atypique – Étude critique de la notion de démembrement de la propriété*, thèse, LGDJ, 2020.

**FAGES (B.),** *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, 1997.

**FLATTET (G.),** *Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, thèse, Sirey, 1950.

**FISCHER (J.),** *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Toulouse I, 2003.

**FRANÇOIS (C.),** *L'acte juridique irrégulier efficace, contribution à la théorie de l'acte juridique*, thèse, LGDJ, 2020.

**FRANÇOIS (J.),** *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui, délégation de créance)*, thèse, Paris II, 1994.

**FRELETEAU (B.),** *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse, LGDJ, 2017.

**GAUDEMET (S.),** *La clause réputée non écrite*, thèse, Économica, 2006.

**GELOT (B.),** *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 2003.

**GIRARD (R.),** *Les actes de disposition relatifs aux situations juridiques futures. Les droits éventuels*, thèse, Lyon, 1939.

**GOBERT (M.),** *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse, Sirey, 1957.

**GODECHOT (S.),** *L'articulation du trust et du droit des successions*, thèse, LGDJ, 2004.

**GOLDIE-GENICON (C.)**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, LGDJ, 2009.

**GOUPIL (R.)**, *Considérations sur la mort des personnes dans les actes juridiques*, thèse, Caen, 1905.

**GRAMMATIKAS (G.)**, *Théorie générale de la renonciation en droit civil – Étude parallèle du droit français et du droit hellénique*, thèse, Paris, 1971.

**GREAU (F.)**, *Les intérêts moratoires*, thèse, Defrénois, 2006.

**GRIMALDI (M.)**, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse, Paris II, 1977.

**GUIGUET-SCHIELE (Q.)**, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative*, Dalloz, 2015.

**GOUYET (R.)**, *L'illicite et le droit fiscal*, thèse, Dijon, 1998.

**GREVAIN-LEMERCIER (K.)**, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse, Rennes, 2011.

**HAMEL (J.)**, *La notion de cause dans les libéralités. Étude de jurisprudence française et recherche d'une définition*, thèse, Paris, 1920.

**HARTEMAN (E.)**, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables dans le droit romain*, thèse, Dijon, 1889.

**HARTMAN (F.)**, *La notion de libéralité*, thèse, Paris I, IRJS, 2020.

**HOFFSCHIR (N.)**, *La charge de la preuve en droit civil*, thèse, Paris X, 2016.

**HONG-ROCCA (J.)**, *Les sanctions fiscales à l'épreuve des transformations du droit*, thèse, Paris I, 2005.

**HOUSIER (J.)**, *Les dettes familiales*, thèse, IRJS, 2017

**HUGENEY (M.)**, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Rousseau, 1904.

**JEAMMAUD (A.)**, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, Lyon, 1975.

**JARROSSON (C.)**, *La notion d'arbitrage*, thèse, LGDJ, 1987.

**JOLIVET (Y.)**, *Essai sur la tendance anti-formaliste de la jurisprudence en matière de donations déguisées*, thèse, Poitiers, 1940.

**JOSSERAND (L.)**, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, thèse, Dalloz, 1928.

**KLEIN (J.)**, *Le point de départ de prescription*, thèse, Economica, 2013.

**LAMBERT (E.)**, *Du contrat en faveur des tiers*, thèse, Paris, 1893.

- LAMBERT (S.)**, *L'intention libérale dans les donations*, thèse, PUAM, 2006.
- LAMOUREUX (G.)**, *Les subventions consenties aux entreprises privées – Contribution à l'analyse civile et fiscale de l'acte neutre*, thèse, Bordeaux, 2021.
- LARROUMET (C.)**, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèses, Bordeaux, 1968.
- LASSALAS (C.)**, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, thèse, Clermont-Ferrand, 1996.
- LASZLO-FENOUILLET (D.)**, *La conscience*, thèse, LGDJ, 1993.
- LATOURNERIE (J.)**, *L'assurance sur la vie contractée par deux époux au profit du survivant*, thèse, Bordeaux, 1923.
- LAVRAUE (M.)**, *Des libéralités détournées entre époux*, thèse, Nancy, 1906.
- LE BARS (T.)**, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, thèse, LGDJ, 1997.
- LEBRETON (P.)**, *Du recel en matière de communauté et de succession*, thèse, Caen, 1911.
- LE DOLLEY (E.)**, *L'entreprise et les distributions irrégulières en droit fiscal*, thèse, Rennes, 1979.
- LEFÈBVRE (P.)**, *Le recel d'effets de succession et de communauté (conception de jurisprudence)*, thèse, Paris, 1930.
- LEGENDRE (R.)**, *Droits fondamentaux et droit international privé ; réflexion en matière personnelle et familiale*, thèse, Dalloz, 2020.
- LEROYER (A.-M.)**, *Les fictions juridiques*, thèse, Paris II, 1995
- LHUISSIER (M.)**, *Le divertissement et le recel en matière de communauté et de succession*, thèse Paris, 1915.
- LE ROY (H.)**, *L'assurance et le droit pécuniaire de la famille*, thèse, Paris, 1985.
- LOSCHAK (D.)**, *Le rôle politique du juge administratif français*, thèse, LGDJ, 2003.
- LOYER (J.)**, *Les actes inexistantes*, thèse, Rennes, 1908.
- LUCET (F.)**, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, thèse, Paris II, 1987.
- LUKASZEWICZ (J.-P.)**, *Nouveaux aperçus sur l'autonomie du droit fiscal*, thèse, Amiens, 1973.
- LUXEMBOURG (F.)**, *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse, Édition Panthéon-Assas, 2008.

**MAISONNASSE (F.)**, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, thèse, LGDJ, 2016.

**MALASSIGNÉ (V.)**, *Les titres représentés – essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, thèse, Dalloz, 2016.

**MARCHESSOU (P.)**, *L'interprétation des textes fiscaux*, thèse, Économica, 1980.

**MARINESCO (G.-G.)**, *Droit romain, des actions qui naissent des legs au profit des légataires*, thèse, Paris, 1889.

**MARTIN DE LA MOUTTE (J.)**, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa technique en droit civil*, thèse, Paris, 1951.

**MARTY (G.)**, *La distinction du fait et du droit*, thèse, Sirey, 1929.

**MAUBLANC (J.-P.)**, *L'interprétation de la loi fiscale par le juge de l'impôt*, thèse, Bordeaux, 1984

**MÉAU-LAUTOUR (H.)**, *Les donations déguisées en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, thèse, LGDJ, 1985.

**MEUNIER-MOLLARET (M.)**, *Le conjoint survivant face aux enfants du de cujus*, thèse, Paris II, 2014.

**MOLIÈRE (A.)**, *Dissolution des couples et compensation patrimoniale*, thèse, Lyon III, 2012.

**MONESTIER (R.)**, *Du rôle de la pénalité civile en matière successorale*, thèse, Montpellier, 1935.

**MONTREDON (J.-F.)**, *La désolennisation des libéralités*, thèse, LGDJ, 1989.

**MOUNIER (M.-J.)**, *Le recel en matière de succession et de communauté*, thèse, Paris, 1959.

**MULLER (A.-C.)**, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, thèse, Économica, 2007.

**NAST (M.)**, *Étude sur la prohibition des pactes sur succession future, Histoire, Droit civil moderne, Législation*, Paris, 1905.

**NEVEU LANZA (D.)**, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, thèse, LGDJ, 2017

**NICOD (M.)**, *Le formalisme en droit des libéralités*, thèse, Paris XII, Coll. Doctorat et Notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001.

**NOUVEAU (H.)**, *Essai sur la notion de la donation déguisée*, thèse, Paris, 1943.

**OPPETIT (B.)**, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse, Paris, 1963.

**OUGIER (S.),** *L'alimentaire et l'indemnitaire dans les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce*, thèse, Paris II, 2015.

**PACILLY (G.),** *Le don manuel*, thèse, Caen, 1936.

**PAPAUX (A.),** *Essai philosophique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, thèse, LGDJ, 2003.

**PÉLISSIE DE CASTRO (G.),** *Du don manuel en droit français*, thèse, Toulouse, 1884.

**PELLETIER (M.),** *Les normes de droit fiscal*, thèse, Dalloz, 2008.

**PÉLISSIER (A.),** *Possession et meubles incorporels*, thèse, Dalloz, 2001.

**PERIN-DUREAU (A.),** *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, thèse, Dalloz, 2014.

**PERROT (R.),** *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, Paris, 1947.

**PETERKA (N.),** *Les dons manuels*, thèse, LGDJ, 2001.

**PETRONI-MAUDIÈRE (N.),** *Le déclin du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux*, thèse, Limoges, 2004.

**PHILIPPE (C.),** *Le devoir d'assistance et de secours entre époux, Essai sur l'entraide conjugale*, thèse, LGDJ, 1981.

**PIAZZON (T.),** *La sécurité juridique*, thèse, Defrénois, 2009.

**PICOD (N.),** *La remise de dette en droit privé*, thèse, Toulouse 1, 2011.

**PONSARD (A.),** *Les donations indirectes en droit civil français*, thèse, Sirey, 1946.

**PUJOL (J.),** *L'application du droit privé en matière fiscale – Recherche sur la véritable place du droit privé dans le système fiscal*, thèse, LGDJ, 1987.

**QUÉTAND-FINET (C.),** *Les présomptions en droit privé*, thèse, Paris I, 2012.

**RAGEYS (A.-F.),** *Des libéralités indirectes en droit français*, thèse, 1868.

**RIEG (A.),** *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, Paris, 1961.

**ROCHFELD (J.),** *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999.

**ROLLAND (F.),** *Du recel en matière de successions et de communauté*, thèse, Paris, 1908.

**RONDEAU-RIVIER (M.-C.),** *Le remariage*, thèse, Lyon, 1981.

**ROSSIER (C.)**, *La forme authentique du testament*, thèse, Lausanne, 1964.

**SAULIER (M.)**, *Le droit commun des couples, essai critique et prospectif*, thèse, IRJS, 2017.

**SAVATIER (R.)**, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français*, thèse, Poitiers, 1916.

**SCHMIDT (B.)**, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, thèse, Joly, 2004.

**SCHWART (B.)**, *Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple*, thèse, Nantes, 2017.

**SEUBE (J.-B.)**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, thèse, Montpellier, 1999.

**SIBICIANO (N.)**, *Théorie générale de la renonciation en droit civil français*, thèse, Paris, 1932.

**SID (K.)**, *Droits fondamentaux du contribuable et procédures fiscales – études comparatives*, thèse, Paris I, 2006.

**SIMLER (P.)**, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Strasbourg, 1969.

**SOULEAU (H.)**, *L'acte de fondation en droit français*, thèse, Paris, 1969.

**STOFFEL-MUNCK (P.)**, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

**TAISNE (J.-J.)**, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse, Lille, 1977.

**THERY (R.)**, *Libéralisme pénal – Principes, contradictions et enjeux d'une institution non idéale*, thèse, Panthéon-Assas, 2022.

**TERRÉ (F.)**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, LGDJ, 2014.

**TIRET (G.)**, *Les relations juridiques de travail à l'intérieur de la famille*, thèse, Paris, 1941.

**TORCK (S.)**, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, thèse, Paris II, 2001.

**TRÉBULLE (F.)**, *L'émission des valeurs mobilières*, thèse, Économica, 2002.

**TRESCASES (A.)**, *Assurances et droits des régimes matrimoniaux*, thèse, Defrénois, 2007.

**TROTABAS (L.)**, *Essai sur le droit fiscal*, thèse, RSLF, 1928.

**TOURTELIER (F.)**, *L'écriture dans le testament olographe*, thèse, Rennes, 1934.

**VACRATE (S.)**, *La société créée de fait – Essai de théorisation*, thèse, LGDJ, 2003.

**VAREILLE (B.)**, *Rapport, volonté et réduction*, thèse, PUF, 1998.

**VERDIER (M.)**, *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse, Paris, Rousseau et Cie, 1955.

**VERNIERES (C.)**, *Les libéralités à trois personnes*, thèse, Paris II, 2012.

**VIAL PEDROLETTI (B.)**, *L'interposition des personnes dans les sociétés commerciales*, thèse, Aix-Marseille, 1986.

**VINDARD (V.)**, *La qualification en droit fiscal*, thèse, Rennes, 2014.

**VIDAL (J.)**, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, thèse, Paris, 1957.

**VIÉNOT (A.)**, *L'article 2279 du Code civil et son application aux dons manuels*, thèse, Paris, 1912.

**VIGNERON (M.)**, *La réglementation des assurances sur la vie en France (1681-1938) : éléments de comparaison avec l'Angleterre*, thèse, Toulouse, 2020.

**VOUIN (J.-F.)**, *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, thèse, Paris, 1967.

**WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, LGDJ, 1996.

**WITZ (C.)**, *La fiducie en droit privé français*, thèse, Économica, 1981.

**ZALEWSKI (V.)**, *Familles, devoirs et gratuité*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2004.

**ZIMMERMANN (J.)**, *Des limites extra-légales à la prohibition des pactes sur succession future en droit français*, thèse, Nancy, 1935.

## II. MONOGRAPHIES

**ARISTOTE**,

- *Éthique à Nicomaque*, Paris, Librairie Générale Française, 1992.

- *Organon. III – Les premiers Analytiques*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1992.

**BACCARIA (C.)**, *Des délits et des peines*, (1764), Paris, Flammarion, 1991.

**BERGERON (L.)**, *Qu'est-ce que l'assurance sur la vie ? Causeries familiales*, Armand Anger, Paris, 1870.

**CARBONNIER (J.)**,

- *Sociologie juridique*, Thémis, 1972.

- *Essais sur les lois*, 2<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 1995.

- *Le mythe comme support de la règle de droit*, Cours de doctorat (1977-1978), PUF, 2008.

**CASAVOLA (F.)**, *Lex Cincia, Contributo allo stoia delle origini della donazione romana*, Naples, Jovene, 1960.

**CORNU (G.)**, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, photocopié, Les cours de droit, 1970-1971.

**DELMAS-MARTY (P.) et TEITGEN-COLL (C.),** *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, 1992.

**DELPHY (C.),** *L'Ennemi principal*, Syllepse, 2013.

**DUFRENNE (M.),** *Subversion, perversion*, Paris PUF, 1977.

**ERIBON (D.),** *De la subversion – Droit, norme et politique*, éd. Cartouche, 2010.

**ESMEIN (P.),** *Étude de l'acte juridique à titre gratuit*, Cours de doctorat, Paris, 1934.

**FORIERS (P.),** *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, AFDSE, Toulouse, 1967.

**FRYDMAN (B.),** *Le sens des lois*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ Paris, 2005.

**FURGOLE (J.-B.),** *Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges et les conditions des donations*, 2<sup>ème</sup> éd. Toulouse, 1761.

**GÉNY (F.),**

- *Science et technique en droit privé positif (1914-1924)*, t. I., Sirey, 1921.

- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, LGDJ, 2016.

**LABBÉE (X.),** *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2010.

**LESBATS (C.), DE LA ROBRIE (X.-E.),** *Assurance-vie et pratique notariale*, Cridon de l'Ouest, 2016.

**LE TOURNEAU (P.),** *L'éthique des affaires et du management au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, Dunod, 2000.

**LEVY-BRUHL (H.),** *Cours de droit romain approfondi : le testament en droit romain*, Les cours de droit, 1948-1949.

**MARTIN (X.),** *Le principe d'égalité dans les successions roturières en Anjou et dans le Maine*, Paris, PUF, 1972.

**MOTULSKY (H.),** *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 1948.

**MUCCHIELLI (R.),** *La subversion*, Bordas poche, 1973.

**PATARIN (J.),** *L'anticipation successorale*, Cours de doctorat, Paris, 1973-1974.

**PERELMAN (C.),** *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976.

**PERROT (A.),** *Rapport de synthèse du colloque sur la logique judiciaire, Travaux et recherches de la faculté de droit de Paris*, 1969.

**REGNAULT (H.),** *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau – Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris, Sirey, 1929.

**REVILLARD (M.)**, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2018.

**RIPERT (G.)**,

- *La notion de libéralité*, Cours de doctorat, Paris, 1930-1931.
- *La règle morale dans les obligations civiles* (1949), LGDJ, 2013.
- *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1955.

**ROBLOT (R.)**, *La dématérialisation des valeurs mobilières*, ANSA, 1984.

**ROUAST (A.)**, *Les libéralités entre vifs exemptes de forme*, *Les cours du droit*, 1948-1949.

**ROUX (J.-M.)**, *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, thèse, PUAM, 2001.

### III. OUVRAGES COLLECTIFS

**CARBONNIER (J.)**, **CATALA (P.)**, **DE SAINT AFFRIQUE (J.)** et **MORIN (G.)**, *Des libéralités – Une offre de loi*, Defrénois, 2003.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (P.)**, **HAUSER (J.)**, **VIUDÈS (P.)**, *La réforme successorale du 3 décembre 2001*, CRIDON, Bordeaux-Toulouse, 2003.

**LYON-CAEN (C.)**, *Rapport adressé à Monsieur le Ministre du Commerce, au nom de la Commission chargée d'étudier les dispositions législatives auxquelles pourraient être soumis les contrats d'assurance*, Direction de l'assurance et de la prévoyance sociale, Imp. Nationale, Paris, 1903, p. 48.

**MOREL (B.)** et **SBAIHI (M.)**, *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, Génération libre, 2019.

**NICOD (M.)**, (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, IFR, Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

**PERELMAN (C.)**, (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.

**PERELMAN (C.)** et **FORIERS (P.)**, *La motivation des décisions de justice*, *Travaux du centre national de recherche de logique*, Bruylant, Bruxelles, 1978.

**PÉRES (C.)** et **POTENTIER (P.)**, (dir.), *Rapport sur la réserve héréditaire, La réserve héréditaire*, Éditions Panthéon-Assas, 2020.

### ARTICLES :

**ALABRIAN (A.)**, « La responsabilité professionnelle des notaires pour manquement à leur devoir de conseil en matière fiscale », *Defrénois* 2011, art. 39198.

**ARRIGHI (J.-P.)**, « Le don manuel par chèque », *D.* 1980, p. 165.

**ATIAS (C.)**, « Crise de la motivation judiciaire ? », conférence Cour de cassation, 17 mai 2005, consultable sur le site de la Cour de cassation.

**AUBERT (J.-L.)**, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115.

**AUDIT (B.)**, « Qualification et droit international privé », *Droits*, 1993 (18), p. 61.

**AULAGNIER (J.)**,

- « Peut-on échapper à une réforme de l'assurance-vie ? », *JCP N.* 1996, p. 1744.

- « La protection des héritiers réservataires exclus du bénéfice de l'assurance-vie », *Dr. pat.* juin 1998, p. 34.

- « Assurance-vie : l'exclusion des réservataires, ou la protection inopérante des primes exagérées », *Dr. pat.* 2014, n° 242.

**AULAGNIER (P.)**, « Peut-on continuer à faire du conjoint le bénéficiaire exclusif du contrat d'assurance-vie ? », *Dr. pat.* 2009, p. 32.

**AVENA-ROBARDET (V.)**, « Numérique : les propositions du 117<sup>ème</sup> Congrès des notaires », *AJ fam.* 2021, p. 512.

**BAILLON-WIRTZ (N.)**, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* nov. 2006, n° 11, étude 44.

**BALLEYDIER (L.) et CAPITANT (H.)**, « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence », *Le Code civil 1801-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 557.

**BARABÉ-BOUCHARD (V.)**, « Occupation gratuite d'un logement par un héritier – De la dispense systématique de rapport au rapport systématique ? », *JCP N.* 2006, p. 1220.

**BEAUBRUN (M.)**, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et 2006 », *Mélanges GOUBEAUX (G.)*, LGDJ, 2009, p. 1.

**BEIGNER (B.)**,

- « PACS et indivision : visite aux Enfers », *Defrénois* 2000, p. 617.

- « La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », *JCP N.* 2021, n° 11, p. 1136.

**BEIGNIER (B.) et NICOD (M.)**, « Donations entre époux : d'un droit à l'autre », *Defrénois* 2005, art. 38104.

**BENABENT (A.)**, « Dispositions transitoires », in « Les nouveaux divorces », *AJ fam.* 2004, p. 232.

**BERGEL (J.-L.)**,

- « La loi du juge, dialogue ou duel ? », *Mélanges KAYSER (P.)*, t. 1, PUAM, 1979, p. 21.

- « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

- « Vices et vertus de la législation par référence », *RRJ* 1997-4, p. 1212.

**BERNARD (S.)**, « La clause d'exclusion des biens professionnels insérée dans une participation aux acquêts : confirmation de la qualification d'avantage matrimonial révoqué de plein droit en cas de divorce », *JCP N.* 2021, n° 23, act. 597.

**BERGER (P.)**,

- « La transmission de l'entreprise à titre gratuit », *RJ com.* 1988, p. 45.

- « La donation indirecte de valeurs mobilières », *Dr et pat.*, mars 1994, p. 36.

**BERTHET (P.)**, « Solidarité *intra* familiale et action sociale », *AJ fam.* 2012, p. 186.

**BINET (J.-R.)**, « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts, un avantage matrimonial révoqué de plein droit en cas de divorce », *JCP G.* 2020. 225, p. 393.

**BIOY (X.)**,

- « Notions et concepts en droit : interrogation sur l'intérêt d'une distinction », *Les notions juridiques*, TUSSEAU (G.), (dir.), Économica, 2009.

- « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », *Les affaires de la qualification juridique*, NICOD (M.), (dir.), IFR, Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 11.

**BLANLUET (G.) et LE GALL (J.-P.)**, « Le *trust* au pied du mur », *Dr. fisc.* 2005, n° 29, étude 27.

**BOLAND (G.)**, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », *Les Antinomies en Droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, PERELMAN (C.), (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 203.

**BONNET (G.)**, « Zone d'ombres sur la taxation des dons manuels de somme d'argent », *Deffrénois* 1998, art. 36858.

**BORÉ (J.)**, « Un centenaire, le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249.

**BOUCHARD (V.)**,

- « Occupation gratuite d'un logement par un héritier ; de la dispense systématique de rapport au rapport systématique », *JCP N.* 2006, n° 1220, p. 1150.

- « La réserve et les avantages indirects », *Deffrénois* 2019, p. 39.

**BOUCHÉ (X.)**, « Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences », *JCP N.* 2014, p. 1174.

**BOUDON (R.)**, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », *Mélanges F. TERRÉ*, Dalloz-PUF, 1999, p. 11.

**BOUJEKA (A.)**, « Des libéralités par chèque », *D.* 2003, chron., p. 2712.

**BOULANGER (D.)**, « L'efficacité totale des clauses d'exclusion et de la jouissance ou de l'administration légale », *JCP N.* 1994, p. 363.

**BOULANGER (J.)**, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité », *RTD civ.* 1950, p. 1.

**BREDIN (J.-D.)**, « L'évolution du *trust* dans la jurisprudence française », *Trav. com. fr. DIP*, 1973-1975, p. 137.

**BRÉMOND (V.)**, « Le recel d'un bien indivis par l'un des indivisaires n'existe pas », *D.* 2004, p. 2343.

**BRENNER (C.)**,

- « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Deffrénois* 2004, art. 38084, p. 93.

- « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *La création du droit par le juge*, *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 149.

- « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, LEBORGNE (A.), (dir.), PUAM, 2008, p. 33.

- « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement », *Les poursuites contre les tiers non débiteurs*, 2011, p. 69.

- « Les sanctions en droit patrimonial de la famille », in *Les sanctions en droit contemporain, La sanction, entre technique et politique*, CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), (dir.), Dalloz, 2012, p. 200.

- « Solidarités familiales et mise en commun des biens du couple », *Dr. fam.* 2016, dossier 20, n° 6.

**BRENNER (C.) et HUDE (L.)**, « Les libéralités graduelles et résiduelles : du sommeil au réveil ? », *JCP N.* 2016, p. 1196.

**BRENNER (C.) et PUIGELIER (C.)**, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2008, p. 77.

**BRUNO (C.)**, « L'imposition des dons manuels », *AJPI* 1992, p. 661.

**BURGELIN (J.-F.)**, « La Cour de cassation en question », *D.* 2001, p. 932 ; A. TUNC, « La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 437.

**CALAIS-AULOY (M.-T.)**, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 9 août 1999, p. 4.

**CANIVET (C.) et MOLFESSIS (N.)**, « La politique jurisprudentielle », *Mélanges BORÉ (J.)*, Dalloz, 2007.

**CAPELLO (A.)**, « Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives », *RSC* 2010, p. 415.

**CAPITANT (H.)**, « La prohibition des pactes sur succession non ouverte », *Rev. crit.* 1933, p. 86.

**CARBONNIER (J.)**,

- « De la distinction de la substitution prohibée et du double legs en usufruit et en nue-propriété », *Deffrénois* 1946, art. 26421, p. 203.

- « La question du divorce », *D.* 1975, chr. 118.

- « Exorde », *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 1.

**CAUSSE (H.) et ROBLOT (R.),** « Principe, nature et logique de la dématérialisation », *JCP E.* 1992, n° 48, p. 194.

**CASEY (J.),** « Les incidences de la loi du 26 mai 2004 en droit patrimonial de la famille », *RJPF*, n° 10, octobre 2004.

**CASTAGNÈDE (B.),** « Nature et caractères du droit fiscal », *Dr. fisc.* 2007, n° 25, étude 623.

**CATALA (P.),**

- « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, 2006.

- « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N.* 2007, p. 1206.

- « Le droit successoral entre son passé et son avenir », *Mélanges FOYER (J.)*, *Économica*, 2008, p. 229.

**CHAINE (S.) et IWANESKO (M.),** « Quatrième commission, la transmission successorale maîtrisée », 96<sup>ème</sup> Congrès notaires de France 2000, *Le patrimoine au XX<sup>ème</sup> siècle*, 2000.

**CHAMPENOIS (G.),** « Les présomptions d'indivision dans le pacs », *Mélanges RUBELLIN-DEVICHI (J.)*, *Litec*, 2002, p. 83.

**CHAPPERT (A.),** « Le traitement fiscal des donations atypiques », *Defrénois* 1988, art. 34273.

**CHARLES (H.),** « L'interprétation stricte de la loi pénale », *D.* 2000, p. 307.

**CHARLIN (J.),**

- « Le contrat de concubinage », *Indépendance financière et communauté de vie*, Colloque du LERAP, Lille II, éd. 1989, p. 97.

- « Assurance et incapacité », *JCP N.* 1995, p. 561.

- « La fameuse indivision de l'article 515-5 du Code civil », *JCP N.* 2000, p. 1851.

**CHAZAL (J.-P.),** « Raisonement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016, p. 121.

**CHÉNEDÉ (F.),**

- « De l'équité aux droits de l'Homme », *Actualité juridique. Famille*, n° 12, 2013, p. 663

- « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme : à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal », *D.* n° 3, 2014, p. 179.

- « Edmond Colmet de Santerre, la notion d'obligation naturelle », *Revue des contrats*, n° 1, 2014, p. 133.

- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

- « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ Contrats d'affaires : concurrence, distribution*, n° 1, 2018, p. 25.

- « La convention de concubinage », *AJ fam.* 2020, p. 151.

- « Le droit civil, au naturel », *RTD civ.* n° 3, 2020, p. 506.

**CIULEI (G.),** « Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de CICÉRON », *Revue historique du droit français et étranger*, Paris, Sirey, 1968.

**CLAUX (P.-J.),** « Donations entre époux », *AJ fam.* 2005, p. 138.

**CLERO (J.-P.)**, « Réflexions sur le contractualisme contemporain », *Les évolutions du Droit*, textes réunis par PIGACHE (C.), *Publications de l'Université de Rouen*, 2004.

**COIFFARD (D.)**, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N.* 2004, p. 1223.

**CONTE (P.)**, « Principe de légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Dr pén.* n° 6, 2020, étude 17.

**CORNU (G.)**,

- « La lettre du Code à l'épreuve du temps », *Mélanges SAVATIER (R.)*, Dalloz, 1965, p. 166.

- « Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état des questions), *Mélanges BELLET (P.)*, Paris, Litec, 1991, p. 88.

- « Les définitions dans la loi », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 259.

**COURTIEU (G.)**,

- « La prime unique en question », *RCA* 1996, étude 10.

- « De l'utilité de la souscription d'une assurance-vie », *RCA* 1997, étude 25.

**COUSIN (A.) et BUAT-MÉNARD (E.)**, « Les créances entre concubins », *AJ fam.* 2013, p. 47.

**COZIAN (M.)**,

- « L'imposition des distributions irrégulières effectuées par les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 108 à 117) », *Dr. fisc.* 1985, n° 49, étude 100037.

- « Propos désobligeants sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999.

- « Vagabondage fiscal au royaume des libéralités », *Mélanges PONSARD (A.)*, Litec, 2003, p. 158.

**CRÉMIEUX (M.)**, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Mélanges KAYSER (P.)*, t.1, PUAM, 1979, p. 290.

**CUMYN (M.) et GOSSELIN (G.)**, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill*, vol. 62, n° 2, 2016.

**DAGOT (M.)**,

- « L'esprit des réformes récentes du droit successoral », *Mélanges MARTY (G.)*, 1978, p. 305.

- « Les donations non solennelles », *JCP N.* 2000, p. 1392.

**DAILLE-DUCLOS (B.)**, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E.* 1998, p. 1486.

**DAUMAS (V.)**, « Pouvoirs de contrôle de l'administration et garanties du contribuable : un équilibre en perpétuelle construction », *RJF* 2010, 8-9, p. 626.

**DAURIAC (I.)**, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, actes de colloque, Dalloz, 2010, p. 25.

**DEBAT (O.) et MANCIET (H.)**, « Bref retour sur l'abus de droit pour motif principalement fiscal », *Dr. pat.* 2019, p. 44.

**DE BERTIER-LESTRADE (B.),** « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », *Les affres de la qualification juridique*, (dir.) NICOD (N.), Presses de l'Université de Toulouse, 2015, p. 31.

**DEBOISSY (F.),**

- « Requalification d'un contrat d'assurance-vie en donation indirecte », *Dr. fisc.* 2008, n° 11.
- « Commentaires administratifs de la nouvelle procédure d'abus de droit (mini-abus de droit) », *Dr. fisc.* 2020, n° 10, comm. 182.

**DE GOUTTES (R.),** « Quelle est la nature des contrats d'assurance-vie dits "de placement" », *Bulletin des conclusions fiscales*, 2005, p. 47.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),** « À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA* 1999, n° 84, p. 34.

**DE LA MARDIÈRE (C.),** « Le pouvoir créateur du juge de l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 229.

**DELFOSSÉ (A.) et PÉNIGUEL (J.-F.),** « Divorce, libéralités entre époux et avantages matrimoniaux », *Defrénois, Supplément Rapide*, n° 21 du 16 novembre 2004, p. 12.

**DE LA MARDIÈRE (C.),** « Le pouvoir créateur du juge de l'impôt », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 234.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (P.),**

- « Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », *Mélanges BOUZAT (P.)*, Pedone, 1980, p. 149.
- « Turbulences dans l'assurance-vie ! », *RCA* 1999, étude 4.
- « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », *RJPF* juillet-août 2005, p. 6.
- « La réversion d'usufruit entre époux à l'épreuve de l'article 265 du Code civil » ; *RJPF* juillet-août 2005, p. 6.
- « Assurance-vie et chambre mixte : *alea jacta est* ! », *RJPF* 2005, n° 2
- « La réversion d'usufruit entre époux à nouveau révocable *ad nutum* ! », *RJPF* 2007, n° 5.
- « Rendre l'assurance-vie successorale », *RJPF* 2010, p. 30.
- « Les détournements intrafamiliaux de nature patrimoniale », *Dr. pat.* 2011, n° 209.
- « Le blocage de l'appréciation de l'excès au seul moment du versement des primes est très discutable – L'assurance-vie sur la sellette », *Dr. pat.* 2013, n° 227, p. 84.
- « À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale », *Mélanges LE GUIDEC (R.)*, LexisNexis, 2014, p. 333.
- « L'assurance-vie, entre détention et transmission d'épargne », *Dr. pat.* 2020, n° 303.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (P.) et HAUSER (J.),** « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, art. 37749.

**DE LOS SANTOS (M.) et GUILBERT (P.-A.),** « Usufruit – Imposition et formalisme de la renonciation à un usufruit actuel ou successif », *RFP* n° 7-8, 2014, étude 19, n° 4.

**DELPHY (C.),**

- « Par où s'attaquer au partage inégal du travail ménager ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 22, 2003, n° 3.

**DEMOGUE (R.),**

- « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723.

- « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906, p. 231.

**DEPOND (A.),**

- « Pot-pourri sur l'actualité civile et fiscale des donations », *Dr. pat.* 2004, p. 61.

- « Assurance-vie : les incohérences du droit positif », *JCP N.* 2010, n° 14.

**DEROUIN (P.),** « Pour analyse fonctionnelle de la condition », *RTD civ.* 1978. I, p. 79.

**DESBUQUOIS (J.-F.),** « Évolutions récentes de l'abus de droit », *RFP* 2019, p. 18.

**DEUMIER (P.),**

- « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 52, n° 3.

- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, p. 2022.

- « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783.

- « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation – Étude des travaux préparatoires », *Mélanges BURGELIN (J.-F.)*, 2009, p. 125.

**DEVILLE (S.),** « La société donataire : une vue de l'esprit ? », *Dr. pat.* 2021, n° 313.

**DOBKINE (M.),** « L'ordre répressif administratif », *D.* 1993, p. 157.

**DOUET (F.),**

- « L'autonomie du droit fiscal ou les qualifications fiscales perfides », *LPA* 2007, p. 3.

- « Requalification d'un contrat d'assurance-vie et procédure de répression des abus de droit », *Deffrénois* 2009, art. 39031, p. 2170

- « Abus de droit pour motif principal fiscal », *JCP N.* 2019, p. 44.

**DRAGO (R.),** « La méthode législative à la lumière du juste et de l'injuste », *De l'injuste au juste*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, p. 61.

**DROSS (W.),** « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, p. 25.

**DUCHANGE (N.),** « La valeur de rachat, objet de libéralité ou de détournement ? », *JCP N.* 2009, p. 1200.

**DU PASQUIER (C.),** « Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse », Bâle, Helbing et Lichtenbahn, 1951, p. 19

**DUPEYROUX (H.),** « Les grands problèmes du Droit », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 1938, vol. 2, p. 71.

**DUPEROUX (O.),** « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges MAURY (J.)*, Dalloz, 1960, p. 349.

**DUPICHOT (J.)**, « Pour un retour aux textes. Défense du petit guide âne des articles 1156 à 1164 du Code civil », *Mélanges FLOUR (J.)*, Defrénois, 1979, p. 183.

**DURRY (G.)**, « Réflexion sur le rôle de la Cour de cassation à propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004 », *Risques* 2005, p. 118.

**DUVAUX (P.)**, « L'assurance-vie requalifiée en donation », *Dr. pat.*, juin 1998, p. 22.

**ESCANDE (P.)**, « L'interprétation par le juge des règles écrites en matière pénale », *RSC* 1978, p. 811, *Journées italiennes de l'association CAPITANT (H.)*, « Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges », 1980.

**ESMEIN (P.)**, « Les donations de fruits et revenus », *Defrénois* 1934, art. 23987, p. 677.

**FARGE (C.)**, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Defrénois* 2005, p. 1560.

**FARGE (C.) et GUILLAUD-BATAILLE (S.)**, « La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur », *JCP N.* 2019, n° 19, p. 1167.

**FARGE (C.), HENRY (M.-L.) et DIJOUX (J.)**, « L'acceptation du vivant, outil d'un majeur vulnérable », *JCP G.* 2022, p. 1176.

**FARGE (C.) et PORTIER (P.)**, « La donation de titres cotés », *Defrénois* 30 mars 2015, n° 119f0, p. 316.

**FATHI (S.)**, « L'usage d'un bien comme contrepartie de son financement exclut l'intention libérale du défunt », *GP* 5 janvier 2021, n° 394g8, p. 85

**FERNOUX (P.)**, « Une bombe à retardement : la taxation des donations indirectes », *BIM* Lefebvre 1999, n° 2, p. 104.

**FERRARI (S.)**, « L'élargissement de la notion d'abus de droit fiscal : de nombreuses questions sans question réponses à ce jour », *Les Nouvelles Fiscales*, 2019. 1241, p. 27.

**FLEURY-LE GROS (P.)**, « Loi portant réforme des successions et libéralités : dispositions transitoires. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.*, 2006, étude 51.

**FLOUR (Y.)**,

- « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un PACS », *GP* 1999, p. 284.

- « De l'égalité des héritiers dans la loi », *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, DEKEUWER-DÉFOSSER (F.) et CHOAIN (C.), (dir.), Septentrion, 2005, p. 108.

**FORIERS (P.)**, « Les lacunes du droit », *Le problème des lacunes en droit*, Logique et Analyse, vol. X, 1967, p. 57.

**FOYER (J.)**, « La dématérialisation des valeurs mobilières en France », *Mélanges FLATTET (G.)*, Lausanne, 1985, p. 21.

**FRANÇOIS (L.)**, « Réflexions sur l'autonomie de la volonté en matière de dévolution successorale », *JCP N.* 2003, n° 31, p. 1476.

**FRANÇON (A.)**, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Deffrénois* 1954, art. 27291, p. 257.

**FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Le juge et le sentiment de justice », *Mélanges BÉZARD (P.)*, Montchrestien, 2002, p. 557.

**FRÉCHETTE (P.)**, « La qualification des contrats : aspects théoriques », 2010, note 58, p. 672.

**FRULEUX (F.)**, « Le régime fiscal des primes d'assurance-vie exagérées sujettes à rapport », *JCP N.* 2014, p. 1247.

**FRULEUX (F.) et DESBUQUOIS (J.-F.)**, « La taxation des dons manuels », *APSP* 2012/4, n° 33.

**FRULEUX (F.) et LEROY (M.)**, « Primes d'assurance-vie manifestement exagérées : appréciation et objet de la réintégration », *JCP N.* 2021, p. 1146.

**FULCHIRON (H.)**, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

**FULLI-LEMAIRE (S.)**, *Rapport introductif, La cohérence*, 8<sup>ème</sup> colloque des doctorants et jeunes docteurs de l'École Doctorale 101, Université de Strasbourg, 2021.

**GARÇON (J.-P.)**, « Technique sociétaire et libéralité indirecte », *Mélanges LE GUIDEC (R.)*, LexisNexis, 2014, p. 429.

**GAUDEMET (S.)**,

- « Révocation ou maintien de la réversion d'usufruit et des avantages matrimoniaux lors d'un divorce, la mise en ordre proposée par le Congrès des notaires », *RDC* 2010, n° 4, p. 1363.

- « "L'intérêt de la famille", élément d'un ordre public familial », *Mélanges CHAMPENOIS (G.)*, *Deffrénois*, 2012, p. 287.

- « Les effets dans le temps de l'abrogation des présomptions d'interposition de personnes de l'article 1100 du Code civil », *RDC*, 2015, n° 2, p. 325.

- « Solidarités familiales et transmission successorale », *Dr. fam.* 2016, dossier 16, n° 2.

- « La dévolution successorale », *Deffrénois* 2017, n° 1, p. 8.

- « Quelle protection pour le conjoint survivant en France ? Régimes matrimoniaux, successions, libéralités », *RIDC*, 2018, n° 70/2, p. 249.

- « Donation, revenus professionnels et assurance-vie : curieux ménage à trois », *Deffrénois* 2020, n° 36, p. 23.

- « Nouveaux cas d'indignité successorale », *Deffrénois* 2021, n° 200w6.

**GAUDEMET (S.) et GESSEY (N.)**, « Le domaine de la représentation successorale – Droit civil versus droit fiscal », *BFIE* 2019, n° 4, p. 128.

**GAUDEMET (Y.)**, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions », *RFDA* 1990, p. 764.

**GAUTIER (P.-Y.)**, « Éloge du syllogisme », *JCP G.* 2015, act. 902.

**GENTILHOMME (R.) et IWANESKO (M.)**, « L'extinction anticipée du quasi-usufruit (1<sup>ère</sup> partie) », *JCP N.* 2009, p. 1165.

**GÉNY (F.)**,

- « Le particularisme en droit fiscal », *RTD civ.* 1931, p. 797.

- « Le particularisme du droit fiscal », *Mélanges CARRÉ DE MALBERG (R.)*, Sirey, 1933, p. 201.

**GÉRARDIN (M.)**, « Le legs de la chose d'autrui », *Nouvelle revue historique*, 1887.

**GERNEZ (V.)**, « Pour un statut matrimonial unifié, égal et solidaire pour tous », *Dr. pat.* 1999, n° 68, p. 95.

**GHESTIN (J.)**, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chr., p. 1.

**GIRAY (M.)**, « La réaction de la pratique notariale à l'évolution des patrimoines familiaux », *LPA* 7 août 2003, p. 13.

**GIUDICELLI (A.)**, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légalistes et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509.

**GJIDARA (S.)**, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 2006, n° 105, p. 3.

**GOBIN (A.)**, « État actuel des problèmes juridiques et fiscaux du don manuel », *JCP N.* 1982. I, p. 569.

**GODECHOT-PATRIS (S.)**, « Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3, du Code civil », *JDI (Clunet)*, n° 2, 2022, doct. 2.

**GOLLOT (R.) et GOURY (C.)**, « L'actualité du don manuel », *GP.* 1999. I, p. 12.

**GOLDIE-GENICON (C.)**,

- « L'assurance-vie rattrapée par le recel successoral », *RDC* 2010, p. 170.

- « Les libéralités rémunératoires », *Mélanges CHAMPENOIS (G.)*, Defrénois, 2012, p. 347.

- « La modification de la répartition des dividendes ne vaut pas donation indirecte », *RDC* 2012, n° 2012/3, p. 1015.

- « Pas de don manuel sans remise matérielle de la chose », *RDC* 2013, p. 202.

- « Occupation gratuite d'un appartement par un héritier : la preuve de l'intention libérale peut résulter d'un testament révoqué », *RDC* 2014/3, p. 446.

- « Quand le formalisme de la révocation des testaments bride l'examen de la volonté révocatoire », *RDC* 2016, n° 112x2, p. 88.

- « Libéralités et sûretés », *JCP N.* 2017, n° 13, p. 46.

- « Les droits légaux du conjoint survivant », *JCP N.* 2018, n° 42, p. 29.

- « Les renonciations à la réserve », *Defrénois*, 2019, n° 46, p. 33.

- « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », *D.* 2021, n° 12, p. 668.

**GONSARD (S.) et JULIEN SAINT-AMAND (P.)**, « Assurance-vie placement et abus de droit », *Dr. pat.* 2011, n° 205, p. 3.

**GOTHOT (V.)**, *Problèmes fiscaux d'aujourd'hui*, Bruxelles, 1962.

**GOULARD (G.)**, « Que reste-t-il de l'autonomie du droit fiscal ? », *RJF* 1995, p. 322.

**GREGORCZYK (C.)**, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits* 1990, p. 31.

**GREVY (M.)**, « La solidarité familiale intergénérationnelle ascendante : quelle justice sociale ? », *RDSS* 2004, p. 929.

**GRILLET-PONTON (D.)**,

- « Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-propiétaire », *D.* 1989, p. 251.

- « L'instrumentalisation du droit patrimonial de la famille : l'art de dissimuler le transfert taxable au moyen d'un outil civil », *Dr. fam.* 2000, étude 7.

- « Droits de mutation à titre gratuit : le traitement fiscal des actes portant renonciation à un droit ou une gratification familiale », *JCP N.* 2001, p. 1782.

**GRIMALDI (M.)**,

- « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841.

- « Les dernières volontés », *Mélanges CORNU (G.)*, PUF, 1995, p. 177.

- « Les aspects civils du démembrement de propriété », *Démembrement de propriété, vulnérabilités et parades*, Colloque au Sénat, *Droit et patrimoine* 1995, Hors-Série, n° 1, p. 33.

- « Les donations à terme », *Mélanges CATALA (P.)*, Litec 2001, p. 421 et s.

- « Retour sur les donations de fruits et revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement) », *Mélanges CATALA (P.)*, Litec, 2001, p. 437

- « L'assurance-vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, art. 37276.

- « Les difficultés de la recodification : les successions et les libéralités », *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Litec, 2004, p. 292.

- « La qualification et le régime juridique des assurances-vie placements », *RTD civ.* 2005, p. 434.

- « Présentation de la loi du 23 juin 2006 », *D.* 2006, p. 2551.

- « 3 questions à Michel Grimaldi – Un regard tranquille et curieux sur le droit des successions », *JCP N.* 2021, act. 337.

**GRIMALDI (M.) et VERNIÈRES (C.)**, « Brèves observations sur l'imposition aux droits de mutation à titre gratuit des transmissions réalisées *via* un *trust* », *Deffrénois* 2011, n° 18, p. 1474.

**GRUA (F.)**, « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, p. 319.

**GUÉVEL (D.)**, « Remarques sur l'évolution des conditions de forme », *Mélanges GOBERT (M.)*, Economica, 2004, p. 468.

**GUIGUET-SCHIELÉ (Q.),**

- « Titularité de l'action en tranchement : de l'incohérence à l'hypocrisie », *GP* 2015, n° 158-160, p. 5.

- « Donation à l'associé ou à la société ? Des présomptions en guise de solution », *Dr. pat.* 2021, n° 313.

**GUILHERMONT (E.),** « La dissimulation d'un héritier : un nouveau délit civil ? », *Dr. fam.* 2007, étude 27.

**GUILMOIS (L.),** « Le notaire et l'abus de droit fiscal », *JCP N.* 2018, p. 1270.

**GULPHE (P.),** « Quelques réflexions sur l'institution d'un *trust* à la française », *Mélanges BRETON (A.) et DERRIDA (F.)*, Dalloz, 1991, p. 159.

**GUTMANN (D.),**

- « Le juge doit respecter la cohérence du droit – Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », in FAURÉ (G.) et KOUBI (G.), (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 109.

- « Les réformes de la fiscalité du patrimoine : orientations générales et problèmes d'application », *Defrénois* 2011, p. 1459.

**HAUSER (J.),**

- « Inégalité dans l'entretien des enfants majeurs par les parents », *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, DEKEUWER-DÉFOSSER (F.) et CHOAIN (C.) (dir.), Septentrion, 2005, p. 131.

- « Liquidation-partage après divorce : controverses et précision », *RTD civ.* 2013, p. 96.

**HAUY (C.),** « Les juridictions sociales, quelle(s) réforme(s) ? », *Civitas Europa*, 2014/2, n° 33, p. 81.

**HÉBRAUD (P.),**

- « Des contrats passés entre un futur *de cuius* et son héritier présomptif », *Mélanges SAVATIER (R.)*, Dalloz, 1965, p. 341.

- « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Mélanges KAYSER (P.)*, t. II, PUAM, 1979, p. 1.

**HEUZÉ (V.),** « Un monstre et son régime juridique : le contrat d'assurance sur la vie », *Mélanges BIGOT (J.)*, LGDJ Lextenso, Paris, 2010.

**HOUIS (A.),** « Le legs verbal », *JCP N.* 1996, p. 778.

**HOVASSE (H.),** « Actualités des valeurs mobilières et des marchés financiers », *JCP N.* 1999, p. 1128.

**HOVASSE (S.),**

- « Les conditions du recel d'un contrat d'assurance-vie et régimes de protection juridique », *JCP N.* 2008, p. 1210.

- « Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? – Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *JCP N.* 2010, p. 1244.

- « Assurance-vie – Bénéficiaire décédé avant le souscripteur : caducité de la clause bénéficiaire acceptée », *RFP* n° 11, novembre 2015, p. 19.

**HUBERT (F.)**, « La théorie de l'indivisibilité en matière de donation déguisée », *JCP G.* 1944. I, p. 414.

**HUBLLOT (G.)**,

- « De quelques difficultés civiles et fiscales liées au don manuel », *Dr. pat.* 1<sup>er</sup> mars 2002, n° 102.

- « Confusion entre primes manifestement exagérées et requalification en donation – À propos de Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 mars 2009 », *JPC N.* 2009, p. 1297.

**HUTCHESON (J.-C.)**, « Le jugement intuitif : la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », *Mélanges Gény (F.)*, t. II, p. 531.

**IWANESKO (M.)**, « L'usufruit successif ou la quasi-fiducie », *Dr. pat.* mars 1999, p. 35.

**JADAUD (B.)**, « La donation à terme », *JCP N.* 2006, p. 1024.

**JAMIN (C.)**, « La doctrine : explication de texte », *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges JESTAZ (P.)*, Dalloz, 2006, p. 225.

**JAOUEN (M.)**, « Le rachat du contrat d'assurance-vie », *RDBF* 2015, dossier 8, n° 2.

**JESTAZ (P.)**, **MARGUÉNAUD (J.-P.)** et **JAMIN (C.)**, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

**JOSSERAND (L.)**,

- « La désolennisation du testament », *DH* 1932, p. 73.

- « Libéralisme et verbalisme », *DH* 1933, chron. 66, p. 68.

- « Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droits – Évolutions et actualités », *Sirey*, 1936, p. 122.

**KARM (A.)**, « « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts : coup d'arrêt ou de maladresse ? », *JCP N.* 2020, p. 116.

**KARM (A.)** et **GROSJEAN (X.)**, « L'activité professionnelle en régime de participation aux acquêts : perspectives liquidatives », *JCP N.* 2018, p. 1363.

**KORNPROBST (E.)**, « La notion de distribution de réserves, l'autonomie du droit fiscal et l'abus de droit », *Rev. soc.* 1991, p. 797.

**LABETOULLE (D.)**, « L'avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005, p. 1770.

**LACOSTE (P.)**, « Le changement de régime matrimonial : cause et communauté universelle », *JCP N.* 1994, p. 3020.

**LAFOND (J.)**,

- « La renonciation à un usufruit réservé », *JCP N.* 1982, prat. 8202, n° 19.

- « Les incidences fiscales de la renonciation à usufruit », *JCP N.* 1998, p. 1743.

**LAGARDE (X.)**, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD. civ.* 1997, p. 25.

**LASSERRE-KIESOW (V.)**, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.

**LE BARS (B.)**, « La "moralisation" de la vie des affaires est-elle en cours ? », *JCP G.* 2009, act. 115.

**LECOURT (B.)**, « La gratuité en droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455.

**LÉCUYER (H.)**,

- « L'irrévocabilité spéciale des donations », *Mélanges CATALA (P.)*, Litec, 2001, p. 405.

- « Des donations échappant au formalisme légal », *Dr. pat.* 2003, p. 92.

- « Réversibilité et irrévocabilité spéciale des donations : l'impossible conciliation ? », *Dr. pat.* 2008, n° 174, p. 52.

- « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », *Dr. fam.* nov. 2018, chr. 18.

**LEFRANC-HAMONIAUX (C.)**, « L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps », *Dr. fam.* 1999, chron. 13.

**LE GALL (J.-P.)**, « Donations indirectes et distributions irrégulières : un certain particularisme de la fiscalité », *Dr. fisc.* 2000.

**LEGROS (R.)**, « L'interprétation en droit pénal », *Le problème des lacunes en droit*, 1968, p. 365.

**LEMOULAND (J.-J.)**,

- « Vers un droit commun de la formation du couple ? », *LPA* 2007, n° 254, p. 13.

- « Rupture du concubinage et enrichissement sans cause : une jurisprudence imprévisible », *D.* 2009, p. 140.

**LE NABASQUE (H.)**, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.*, 1999, p. 273.

**LE NABASQUE (H.)**, **BOUSSIER (F.)** et **RICHEN (F.)**, « La transmission de l'entreprise familiale », *Dalloz*, 1992, n° 389.

**LEPAGE (A.)**, « La notion de vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne cesse de prendre de l'ampleur », *D.* 2001, p. 1988.

**LEPAULLE (P.)**, « De la nature du *trust* », *JDI* 1927, p. 966.

**LEPROVAUX (J.)**, « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *LPA* 28 octobre 2009, n° 215, p. 5.

**LEQUETTE (Y.)**,

- « De l'imputation du *trust* et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un *trust* entre vifs », *D.* 1999, p. 683.

- « Le code civil – Un passé, un présent, un avenir », *1804-2004 Le code civil*, Dalloz, 2004, p. 24.

- « Quelle destinée pour la réserve héréditaire ? », *Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire*, PÉRÈS (C.), (dir.) et POTENTIER (P.), Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 600.

**LEROY (M.)**, « Une société peut-elle être partie à une donation indirecte, Deuxième partie : la société donatrice », *RFP* 2020, n° 2.

**LEROYER (A.-M.)**, « Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport », *Mélanges CHAMPENOIS (G.)*, Defrénois, 2012, p. 551.

**LESCOT (P.)**, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP* 1966, p. 2007.

**LEVILLAIN (N.)**, « Vieillesse de la population : le point sur la réforme – Contrats d'assurance-vie et récupération de l'aide sociale », *AJ fam.* 2016, p. 99.

**LEVY-BRUUHL (H.)**, *Comptes rendus, Revue d'histoire de droit français et étranger*, vol. 40, Dalloz, 1962.

**LEYRAT (H.)**, « Une société peut-elle véritablement être partie à une donation ? », *Defrénois* 2020, p. 21.

**LUCET (F.)**,

- « La distinction de la libéralité indirecte et de la libéralité déguisée », *LPA* 24 avril 1991, p. 16.

- « Familles éclatées, familles reconstituées : les aspects patrimoniaux », *Defrénois* 1991, p. 513.

- « Consensualisme et formalisme », *L'échange des consentements*, Deauville, 1995, p. 47.

**LIBCHABER (R.)**,

- « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, p. 1409.

- « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, art. 38631.

- « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016, p. 729 et s.

- « Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel », *Droit & Philosophie*, nov. 2019, n° 11, p. 129, n° 14.

**LUCAS (A.)**, « Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif », *RTD civ.* 1976, p. 455.

**LUCET (F.)**, « Consensualisme et formalisme », *L'échange des consentements*, colloque de Deauville, 1995, p. 47.

**MAGUET (M.)**, « Donations déguisées et donations indirectes », *JCP N.* 1943, p. 303.

**MAIS (J.)**, « Rémunérations et avantages occultes : pas de distributions sans imposition ? », *RJF* 5/2001, p. 395.

**MAISONNASSE (F.)**, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, thèse, LGDJ, 2016.

**MALAURIE (P.),**

- « L'exercice du recel successoral et la preuve de l'intention frauduleuse », *D.* 1997, p. 163.
- « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges SAVATIER (R.)*, Dalloz, 1965, p. 603.
- « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005, p. 1205.
- « Les libéralités graduelles et résiduelles », *JCP N.* 2006.

**MALLET-BRICOUT (B.)**, « Fiducie et propriété », *Liber amicorum LARROUMET (C.)*, BROS (S.) et MALLET-BRICOUT (B.), (dir.), Paris, Economica, 2009, p. 297.

**MALVERTI (C.) et BEAUFILS (C.)**, « Une idée fisc : l'autonomie du contentieux fiscal », *AJDA* 2021, p. 2266.

**MARTEL (D.),**

- « Présent et futur proches des pactes sur succession future », *RLDC* 2006, p. 47.
- « Le droit successoral, miroir des mutations familiales ? Du "devoir être" de la famille aux "façons d'être" des familles, *Le droit patrimonial – miroir des mutations familiales*, colloque, Inter-normes, PUAM, 2012.

**MARTINE (E-N.)**, « Des donations réalisées au moyen d'un contrat synallagmatique conclu à vil prix », *Defrénois* 1961, art. 28040, n° 2, p. 170.

**MARTIN (D. R.),**

- « De la nature corporelle des valeurs mobilières », *D.* 996, chr. 47.
- « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.* 1998, chr. 15.
- « La théorie de la scripturalité », *D.* 2005, p. 1702.

**MARTIN (L.),**

- « Les donations en droit fiscal », *JCP N.* 1990. I, p. 443.
- « Les dons manuels », *JCP N.* 1997, p. 1369.

**MATHIEU (M.)**, « Conventions relatives à la propriété des biens », *JCP N.* 2000, p. 1473.

**MAURY (J.)**, « Observation sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Mélanges RIPERT (G.)*, LGDJ, t. I, 1950, p. 37.

**MAYAUX (L.),**

- « Les relations entre le droit des assurances et le droit patrimonial de la famille : questions d'actualité », *RGAT* 1994, p. 423.
- « Les relations entre le droit patrimonial de la famille : questions d'actualité », *RGAT* 1997, p. 819.

**MAZEAUD (D.)**, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *L'efficacité économique en droit*, BOLLÉE (S.), LAITHIER (Y.-M.), PÉRÈS (C.), (dir.), Economica, 2010, p. 67.

**MÉSA (R.),**

- « Du domaine et de la sanction du recel en droit patrimonial de la famille », *RLDC* 2011, n° 84.
- « Le sauvetage des testaments irréguliers », *Dr. pat.* 2014, n° 241.

- « L'encadrement strict du domaine de la sanction du recel de donation », *RLDC* 2016, n° 142.

**MIGNOT (M.)**, « Histoire d'un contresens (à propos de l'article L. 132-13 du Code des assurances) », *LPA* juillet 2008, n° 144, p. 7.

**MOLFESSIS (N.)**,

- « Le renvoi d'un texte à un autre », *Les mots de la loi*, MOLFESSIS (N.), (dir.), Economica, 1999, p. 55.

- « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011/2, n° 137, p. 83.

**MOLIÈRE (A.)**, « Le droit peut-il être pervers ? », *D.* 2019, p. 721.

**MONTBRIAL (D.)**, « La clarification judiciaire des règles de l'assurance-vie », *GP* 2006, p. 2.

**MORTIER (R.)**, « Comment la société civile permet de contourner le droit successoral », *Mélanges PRIEUR (J.)*, LexisNexis, 2014, p. 443.

**MORTIER (R.) et GENTILHOMME (R.)**, « La société : technique de gratification », *JCP N.* 2014, n° 45-46, p. 1334.

**MOURY (J.)**, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950.

**NAJJAR (I.)**, « La validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé », *D.* 1995, p. 115.

**NAQUET (E.)**, *Revue de l'enregistrement*, 1908, p. 205.

**NEIRINCK (C.)**, « Vers un droit commun de la rupture ? », *LPA* 2007, n° 254, p. 13.

**NERSON (R.)**, « Le travail ménager de la femme mariée », *Mélanges BRUN (A.)*, Librairie économique et sociale, 1974, p. 409.

**NICOD (M.)**,

- « Des titres dématérialisés peuvent-ils faire l'objet d'un don manuel ? », *D.* 1999, p. 308.

- « La donation indirecte est une donation entre vifs », *D.* 2003, p. 2986.

- « Les dispositions transitoires et interprétatives de la loi du 23 juin 2006 », *D.* 2006, p. 2587.

- « L'anticipation successorale », *JCP N.* 2006, p. 1136.

- « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil – À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006, étude 45.

- « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », *Mélanges GOUBEAUX (G.)*, Dalloz, 2009, p. 375.

- « De la libéralité selon le Code civil », *Mélanges CHABAS (F.)*, Bruylant, 2011, p. 709.

- « Vingt ans d'évolution de la législation applicable aux successions et aux libéralités », *Dr. fam.* 2016, n° 12, p. 21.

- « Mérites du futur article 931-1 du Code civil », *Dr. fam.* 2016, n° 5, p. 1.

- « Dissimulation de trusts et fraude à la réserve héréditaire », *Dr. fam.* 2016, n° 10, p. 60.

- « La réserve héréditaire et l'ordre public international français : ou comment concilier liberté et solidarité ? », *Dr. fam.* 2017, n° 11, p. 28.

- « Le recel de donation rapportable ou réductible », *Deffrénois* 2020, n° 25, p. 54.

- « Recel de communauté versus recel successoral », *Dr. fam.* 2020, n° 4, p. 39.
- « Conséquences de l'acceptation du bénéficiaire sur la qualification des contrats d'assurance-vie mixtes », *Dr. fam.* 2020, n° 2, p. 30.
- « La confirmation des libéralités nulles en la forme », *Mélanges SAINT-ALARY-HOUIN (C.)*, LGDJ, 2020, p. 425.
- « La caractérisation préalable des donations tacites », *JCP N.* 2020, n° 1158.
- « Déguiser une donation entre vifs au moyen d'une cession à 1<sup>eu</sup>ro », *Dr. fam.* 2021, n° 11, p. 23.
- « Oscillations idéologiques autour de la réserve héréditaire », *Dr. fam.* 2021, n° 3, p. 1.
- « De l'art de faire parler les morts au risque de la dénaturation du testament », *Dr. fam.* 2021, n° 3, p. 59.

**NICOLAS (V.)**, « Le nouveau visage de la stipulation pour autrui : préservation accrue des droits du stipulant ou du tiers bénéficiaire ? », *Mélanges F. COLLART DUTILLEUL*, Dalloz, 2017, p. 577.

**OHNET (J.-M.)**, « Rapport des primes manifestement exagérées et requalification en donation », *D&P* oct. 2012, p. 65.

**OLLÉON (L.)**, « Autonomie du droit fiscal : le moribond se porte bien porte », *RJF* 2002, p. 355.

**OPPETIT (B.)**, « L'expérience française de codification en matière commerciale », *D.* 1990, p. 3.

**PACAUD (B.)**,

- « Le don manuel », *LPA*, 24 avril 1991, n° 49, p. 26.
- « Variations à propos de la taxation du don manuel », *JCP N.* 1999, p. 120.

**PASTOR (J.-M.)**, « Vers une réforme des juridictions de l'aide sociale », *D. actu*, 19 septembre 2014.

**PATARIN (J.)**, « L'impossible perfection, ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », *Mélanges COLOMER (A.)*, Litec, 1993, p. 335.

**PÉGLION-ZIKA (C.-M.)**,

- « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter », *RTD civ.* 2018, p. 1.
- « L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités – Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie », *RDA* septembre 2020, p. 194.

**PERDRIAU (A.)**, « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.* 1991, n° 48, doct. 3538.

**PÉRES (C.)**,

- « La clause d'exclusion de l'administration légale ou de la jouissance légale : une intarissable controverse du droit de la famille ? », *RDA* 2018, n° 17, p. 60.
- « Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 296.

**PERFETTI (L.)**, « Don manuel et intérêt de l'enfant », *Defrénois* 1995, art. 36058, p. 539.

**PERREAU (E. H.)**, « La réduction, le rapport et la récompense des primes ou du capital dans l'assurance-vie », *RGAT* 1931, p. 721.

**PETERKA (N.)**, « La discrète métamorphose du rapport », *Mélanges FOYER (J.)*, *Économica*, 2008, p. 787.

**PHILIPPE (C.)**, « Couple et bricolage », *Dr. fam.* 2015, étude 5.

**PIEDELIEVRE (S.)**, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, chron. p. 2512.

**PIERRE (P.)**,

- « L'autonomie patrimoniale du majeur protégé et ses décisions en matière d'assurance-vie », *Rev. Notaires*, avril 2009, p. 5.

- « L'attribution du bénéfice d'une assurance décès au péril du recel successoral », *RCA* 2009, étude 12, n° 4.

**PILLEBOUT (J.-F.)**,

- « Le contentieux du don manuel », *JCP N.* 1992, p. 2229.

- « Les clauses du contrat de mariage et la réversion d'usufruit ou de rente viagère après la réforme du divorce », *JCP N.* 2005, p. 1246.

**PLANIOL (M.)**, « Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *Rev. crit. lég. jur.* 1913, p. 157.

**PLESSIX (B.)**, « Le juge administratif, le contentieux de l'aide sociale et l'application du droit civil », note sous CE, 19 novembre 2004, *s et Roche*, *RFDA* 2005, p. 375.

**PONSARD (A.)**,

- « La présomption de communauté », *RTD civ.* 1948, p. 388, n° 2.

- « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », *JCP G.* 1957, p. 1385.

**POTENTIER (P.)**, « Obligation alimentaire et aide sociale », *Dr. fam.* 2006, étude 22.

**PRIEUR (E.)**, « La place de la liberté face aux nouveaux droits du conjoint survivant », *JCP N.* 2003, n° 2, p. 1026.

**PRIGENT (S.)**, « Le traitement des primes manifestement exagérées », *JCP N.* 2006, n° 11, p. 1177.

**PUIGLIER (C.)**, « Le raisonnement d'autorité en droit privé », *RRJ* 2003/3, p. 1685.

**RAFFRAY (J.-G.)**, « Contrats d'assurance et libéralités », *JCP N.* 1997. I, p. 237.

**RAINVILLE (P.)**, « À la confluence du consensualisme et du formalisme : le rôle du silence à l'égard des donations entre vifs », *Revue du notariat*, 2010, p. 283.

**RANDOUX (D.)**, « Les contrats des concubins », *Indépendance financière et communauté de vie*, Colloque du LERAP, Lille II, éd. 1989, p. 109.

**RAYNAUD (F.) et FOMBEUR (P.)**, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA* 1998, p. 780.

**RÈMOND-GOUILLOUD (M.)**, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G.* 1977. I, p. 2850.

**RIEUBERNET (C.)**,

- « Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *LPA* 21 juill. 2004, p. 10.

- « Les libéralités et les avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », *JCP N.* 2004, n° 45.1538 (1<sup>ère</sup> partie) et n° 46.1548 (2<sup>ème</sup> partie).

**RIVIER (M.-C.)**, « Inégalités dans l'entretien des parents par les enfants majeurs », *Les enjeux de la transmission entre générations, Du don pesant au dû vindicatif*, DEKEUWER-DÉFOSSER (F.) et CHOAIN (C.), (dir.), Septentrion, 2005, p. 141.

**RIVIÈRE (G.)**, « Nature de la clause de réversion d'usufruit : terme ou condition », *Dr. fisc.* n° 29, 2007, comm. 761.

**ROBINEAU (M.)**, « Le régime des primes manifestement exagérées », *RGDA* mai 2022, n° 5, p. 7.

**ROUBIER (P.)**, « L'ordre juridique et la théorie des sources de droit », *Mélanges G. RIPERT*, t. I, LGDJ, 1950.

**ROUSSEAU (E.)**, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », *Mélanges CHAMPENOIS (G.)*, Defrénois, 2012, p. 711.

**ROUSSEAU (F.)**, « Projet de réforme de la responsabilité civile. L'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », *JCP G.* 2018, doct. 686, n° 5.

**ROZENFELD (O.)**, « Abus de droit à but principalement fiscal : la nouvelle arme de l'Administration fiscale ? », *Dr. pat.* 2019, p. 12.

**SAGAUT (J.-F.)**, « Égalité successorale et authenticité... sans réserve ! », *Mélanges GRIMALDI (M.)*, Defrénois, 2020, p. 878.

**SAULIER (M.)**, « Les concubins peuvent-ils s'abstenir de contribuer aux charges du ménage », *AJ fam.* 2018, p. 457.

**SAUNIER (P.)**, « Mœurs et fiscalité », *Droits*, 1994, p. 81.

**SAUVAGE (F.)**, « L'aide sociale est-elle récupérable sur l'assurance-vie ? », *Defrénois*, 2006, p. 43.

**SAINT-AMAND (P.-J.)**, « Assurance-vie placement et abus de droit », *Dr. pat.* 2011, n° 205, p. 90

**SALLE DE LA MARNIERRE (M.),** « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », *RTD civ.* 1933, p. 1037.

**SALOMON (R.),** « Dix ans d'évolution du droit pénal fiscal », *Dr. fisc.* 2017, n° 40, p. 484.

**SANSEAU (T.),** « Le devoir du notaire en matière fiscale (à propos des donations déguisées) », *Defrénois* 1983, art. 33023.

**SAULIER (M.),** « Les concubins peuvent-ils s'abstenir de contribuer aux charges du ménage », *AJ fam.* 2018, p. 457

**SAUVAGE (F.),**

- « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Defrénois* 2004, art. 38038, p. 1425.

- « Fausse renonciation à succession, vraie donation ? », *RFPPF* 2017-3/41, p. 45.

**SAVATIER (R.),**

- « Rôle constructif de la jurisprudence en matière de rapport dans les partages », *JCP N.* 1969, p. 2214.

- « Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution préférentielle en matière de partage », *Mélanges VOIRIN (P.)*, 1966, p. 763.

**SEILLAN (Y.),** « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966, p. 687

**SÉRIAUX (A.),**

- « Legs verbal : l'obligation naturelle des héritiers du disposant », *JCP G.* 2004. II, p. 10165.

- « L'égalité des héritiers depuis la loi du 23 juin 2006 », *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, LEBORGNE (A.), (dir.), PUAM, 2008, p. 51.

**SIMONNET (H.),** « Le legs avec charge, catégorique juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de GÉNY (F.)*, t. II, Sirey, 1934.

**SLOBODANSKY (C.),** « Le XIX<sup>ème</sup> siècle s'inscrit comme l'âge d'or du Code civil », *LPA* 7 mai 2004, p. 14.

**STORCK (M.),** « Les contrats de concubinage », *Journ. not.* 1988, art. 59366, p. 642.

**TAURAN (T.),** « La subtile distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées », *RRJ* 2011-2, p. 614.

**TERRÉ (F.),**

- « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, t. 50, Dalloz, 2007, p. 305.

- « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *Archives de philosophie du droit, L'égalité*, tome 51, Dalloz, 2008, p. 21.

**TEYSSIÉ (B.),** « La jurisprudence en droit du travail », *Création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2007, t. 50, p. 177.

**TESTU (F.-X.),** « Le cautionnement-libéralité », *JCP G.* 1989. I, p. 3377.

**TEXIER (S.-L.),**

- « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116.
- « Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation », *D.* 2017, p. 63.

**THERY (P.),** « Pierre Hébraud, “Le juge et la jurisprudence” », *RDA* n° 23, mai 2022, p. 163.

**THIERRY (J.-B.),** « L’interprétation créatrice de droit, en droit pénal », *Rév. pénit.* 2009, p. 799.

**THOMAS (L.),** « L’application du principe d’interprétation stricte de la loi pénale par la chambre criminelle à l’aune des mutations de la légalité criminelle », *RSC* 2014, p. 892.

**TORCK (S.),** « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 9 novembre 2004, p. 25.

**TOULEMONT (B.) et ZAPF (H.),** « Commentaire des principales dispositions de la loi de finances pour 2019 », *GP* 2019, p. 46.

**TOULLIER (M.),** « L’interprétation stricte de la loi pénale et l’article 7 de la convention européenne des droits de l’homme et des libertés fondamentales », *RDLF* 2014, chron. n° 8.

**TRESCASES (A.),** « Le risque », in J.B. Racine (dir.), *Le droit économique au XXI<sup>ème</sup> siècle – Notions et enjeux*, Paris, LGDJ, 2020.

**TRICOT (D.),** « La loi de sauvegarde : bilan d’étape », *CDE* n° 2, mars 2007, dossier 5.

**TRIGEAUD (J.-M.),** « Le légal et le moral du point de vue positiviste », *Rev. Éthique*, n° 22, 1996, p. 21.

**TROPER (M.),** « Les contraintes de l’argumentation juridique dans la production des normes », *Raisonnement juridique et interprétation*, PFERSMANN (O.) et TIMSIT (G.), (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 35.

**TROTABAS (L.),** « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », *DH* 1926, chron., p. 29.

**TUSSEAU (G.),** « Critique d’une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle” », *RFDA* 2009, p. 641.

**VAREILLE (B.),**

- « Régimes conventionnels : contribution aux charges du mariage et rémunération de la femme au foyer en régime séparatiste. La donation rémunératoire », *RTD civ.* 1997, p. 494.
- « Le recel successoral dans la jurisprudence récente », *Deffrénois* 2007, art. 38632.

**VEDEL (G.),**

- « De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinstein », *JCP G.* 1948, p. 682.
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G.* 1950. I, p. 851.

**VIALETTES (M.)**, « Les juridictions sociales : vers un grand *aggiornamento* ? », *RFDA* 2017, p. 25.

**VIALLETON (H.)**, « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil », *Mélanges MAURY (J.)*, t. II, Dalloz, 1960, p. 577.

**VIGNEAU (V.)**, « Donations entre époux : quel droit ? », *D.* 2005, p. 980.

**WALH (A.)**, « L'assurance en cas de décès, au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses », *RTD civ.* 1902, p. 22.

**WALINE (M.)**,

- « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mélanges SCELLE (G.)*, LGDJ, 1950, t. II, p. 613.

- « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mélanges DABIN (J.)*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 359.

**WALRAWENS (A.)**, « La restitution par l'héritier receleur », *RJPF*, n° 4, 1<sup>er</sup> avril 2017.

**WICKER (G.)**,

- « Le nouveau des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. pat.* 2007, n° 157, p. 75.

- « Successions et sociétés en France », *Les successions*, Journées roumaines, Tome LX, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2010.

**ZENATI-CASTAING (F.)**, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1553.

**ZALEWSKI-SICARD (V.)**,

- « Le recel successoral revisité », *LPA* 18 octobre 2005, n° 207, p. 5.

- « Réserve et assurance-vie », *Deffrénois* 2019, n° 153, p. 49.

**ZAPF (H.)**, « Haro sur la sécurité juridique des contribuables ! », *GP* 2019, p. 45.

#### PRINCIPALES NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS :

**AUBERT (J.-L.)**,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2000, *Deffrénois* 2001, art. 37303.

- obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4, *Deffrénois* 2005, p. 607.

**AUSTRY (S.)**,

- concl. sous CE, 29 juin 2001, n° 223663, *Dr. fisc.* 2001, n° 46, comm. 1043.

**BACHELIER (G.)**,

- concl. sous CE, 28 février 2001, *Thérond*, n° 199295, *Dr. fisc.* 2001, n° 26, comm. 592.

**BARABÉ-BOUCHARD (V.)**,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 1997, Bull. n° 127, *D.* 1997, p. 607.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 09-16.964, *D.* 2011, p. 732.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *JCP N.* 2012. II, n° 1187.

**BARBIER (H.),**

- note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-20.096, Bull. n° 350, *RTD civ.* 2016, p. 122.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2016, n° 14-22.938, 14-27.143, 14-28.539, *RTD civ.* 2016, p. 364.

**BÉGUIN (C.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-12.076, Bull. n° 52, *Dr. ass.* 2014, n° 5, p. 1.

**BÉHAR-TOUCHAIS (M.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93, *JCP G.* 1996. II, p. 22647.

**BEIGNER (B.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1996, Bull. n° 384, *Dr. fam.* 1997, n° 54.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2002, n° 00-21.035, *Dr. fam.* 2003, comm. 16.
- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4 (4 arrêts), *D.* 2005, p. 1905.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, n° 02-20.883, Bull. n° 297, *Dr. fam.* 2005.
- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, Bull. n° 13, *Dr. fam.* 2008, comm. 30.
- obs. sous Cass. mixte, 22 février 2008, n° 06-11.934, Bull. n° 1, *JCP G.* 2008, n° 61.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, Bull. n° 200, *Dr. fam.* 2014, comm. 144.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2009, Bull. n° 242, *Dr. fam.* 2010, comm. 25.
- note sous Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-20.461, Bull. n° 104, *Dr. fam.* 2011, comm. 15.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *Dr. fam.* 2012, comm. 50.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 2021, n° 19-25.903, *Dr. fam.* 2021, n° 6, comm. 92.

**BÉNABENT (A.),**

- note sous CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797, *RDC* 2005, p. 302.
- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4 (4 arrêts), *RDC* 2005, p. 297.

**BICHERON (F.),**

- obs. sous CA Bordeaux, 26 février 2002, n° 00/04956, *AJ fam.* 2002, p. 380.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Bull. n° 180, *AJ fam.* 2004, p. 405.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, n° 02-20.883, Bull. n° 297, *AJ fam.* 2005, p. 24.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, *AJ fam.* 2009, p. 460.

**BIGOT (J.),**

- note sous CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797 *RGDA* 2005, p. 485.

**BONNET (A.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *AJ fam.* 2012, p. 234.

**BOULANGER (J.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, Bull. n° 268, *D.* 1962, p. 657.

**BRÉMOND (V.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 05-16.434, *D.* 2007, p. 2126.

**BRETON (A.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1968, *D.* 1968, p. 561.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1968, *D.* 1968, p. 617.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 1982, *D.* 1983, p. 85.

**BRUGUIÈRE-FONTENILLE (G.),**

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13, *D.* 2008, p. 218.

**CASEY (J.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, n° 02-20.883, Bull. n° 297, *RJPF* 2005-2/49.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, Bull. n° 409, *RJPF* 2006-1/34.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, Bull. n° 169, *GP* 2010, n° 315, p. 25.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.146 et n° 14-18.856, *AJ fam.* 2015, p. 551.

- note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 2021, n° 19-21.302, *AJ fam.* 2021, p. 433.

**CASTALDO (A.-L.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-18.631, *GP* 2017, n° 291u4.

**CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, Bull. n° 409, *LPA* 3 mai 2006.

**CHAMPAUD (C.),**

- obs. sous CE, sect. 28 février 2001, *Thérond*, n° 199295, *RTD. com.* 2001, p. 914.

**CHAMPENOIS (G.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *Defrénois* 1981, art. 32750, p. 1327.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, n° 80-12.926, *Defrénois* 1982, art. 32944, p. 1378.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, n° 82-10.848, Bull. n° 124, *Defrénois* 1983, p. 1355.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985, Bull. n° 314, *Defrénois* 1986, art. 33700.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, Bull. n° 4, *Defrénois* 1987, p. 1506.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, n° 90-17.212, Bull. n° 96, *Defrénois* 1992, art. 35348.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, n° 91-22.059, Bull. n° 317, *Defrénois* 1994, p. 43.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, Bull. n° 195, *Defrénois* 1994, art. 35953, p. 1539.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 09-16.964, *Defrénois* 2011, p. 393, n° 12.

**CHAPPERT (A.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 1989, Bull. n° 79, *Defrénois* 1992, art. 35192, p. 181.

- note sous Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Bull. n° 131, *Defrénois* 2007, n° 23, p. 1697.

**CHÉNEDÉ (F.),**

- obs. sous Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39, *AJ fam.* 2010, p. 487.

**CORPART (I.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2017, n° 17-40.035, *AJ fam.* 2017, p. 408.

**DAGOT (M.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 1968, Bull. n° 287, *JCP G.* 1969. II, p. 15899.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 1973, Bull. n° 178, *JCP G.* 1975. II, p. 17190.
- note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, *JCP N.* 2003, n° 29, p. 1119.

**DAURIAC (I.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, Bull. n° 169, *RDC* 2011/1, p. 99.

**DEBOISSY (F.),**

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, Bull. n° 13, *Dr. fisc.* 2008, comm. 217.
- note sous Cass. com., 23 juin 2015, Bull. n° 1264, *Dr. fisc.* 2015, n° 42, comm. 643.

**DE GOUTTES (R.),**

- avis sous Cass. mixte, 22 février 2008, n° 06-11.934, Bull. n° 1.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (P.),**

- note sous CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797, *RJPF* mars 2005, p. 22.
- obs. sous Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-18.397, *RJPF* 2005-10/43.
- obs. sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, Bull. n° 13, *Dr. pat.* 2006, n° 148, p. 112.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 2013, n° 12-13.515, *Dr. pat.* 2014, n° 235, p. 79.
- obs. sous CE, 7 avril 2016, n° 383342, *Dr. pat.* 2017, n° 271, p. 96.
- obs. sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 mai 2016, n° 15-19.458, *Dr. pat.* 2019, n° 295, p. 94.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 2018, n° 17-13.269, *Dr. pat.* 2018, n° 238, p. 70.

**DEUMIER (P.),**

- obs. sous Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39, *RTD civ.* 2011, p. 90.

**DEVYS (C.),**

- concl. sous CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797, *RDSS* 2005, p. 89.

**DISSAUX (N.),**

- obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-20.096, Bull. n° 350, *D.* 2015, p. 2478.

**DOUET (F.),**

- note sous Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, *Bull.* n° 131, *D.* 2007, p. 1941.

**DROUOT (G.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, Bull. n° 10, *RJPF*, 1<sup>er</sup> avril 2018.
- note sous CE, 20 octobre 2021, n° 4456685, *RJPF* n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2021.

**FERNOUX (P.),**

- note sous Cass. com., 4 mars 2020, n° 17-31.642, *Dr. fisc.* 2020, n° 23, comm. 261.

**FRULEUX (F.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-17.517, *JCP N.* 2021, n° 13, p. 1146.

**GARÇON (J.-P.),**

- note sous Cass. com., 9 décembre 2010, Bull. n° 254, *JCP N.* 2011, n° 20, p. 1168.

**GAUDEMET (S.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2008, *RDC* 2008, p. 1303.
- note sous Cass. mixte, 22 février 2008, n° 06-11.934, Bull. n° 1, *RDC* 2008, p. 880.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 2016, n° 15-17.039, *RDC* 2016, p. 712.

**GODECHOT-PATRIS (S.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *RDC* 2015, p. 901.

**GOLDIE-GENICON (C.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2009, n° 08-15.093, Bull. n° 123, *RDC* 2010, p. 170.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 10-28.363, *RDC* 2013, p. 202.
- note sous Cass. com., 18 décembre 2012, Bull. n° 230, *RDC* 2012, n° 2012/3, p. 1015.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.139, Bull. n° 51, *RDC* 2014/3, p. 446.

**GRILLET-PONTON (D.),**

- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.729, Bull. n° 319, *JCP N.* 2001, p. 1782.

**GRIMALDI (M.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, n° 82-10.848, Bull. n° 124, *Deffrénois* 1985, art. 33609.
- obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4, *RTD civ.* 2005, p. 434.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, Bull. n° 297, *RTD civ.* 202005, p. 443.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 2005, Bull. n° 91, *RTD civ.* 2005, p. 442.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2007, n° 05-14.366, Bull. n° 182, *RTD civ.* 2007, p. 606.
- obs. sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13, *RTD. civ.* 2008, p. 137.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, Bull. n° 200, *RTD civ.* 2011, p. 162.
- note sous note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, *RTD. civ.* 2011, p. 162.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2009, n° 08-20.570, Bull. n° 242, *RTD civ.* 2009, p. 764.
- obs. sous Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.080, Bull. n° 49, *RTD civ.* 2010, p. 607.
- obs. sous Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *AJ fam.* 2012, p. 353.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, *RTD civ.* 2015, p. 668.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.146 et n° 14-18.856, *RTD civ.* 2015, p. 668.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 2017, n° 16-14.351, *RTD. civ.* 2017, p. 466.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2019, n° 18-19.415, *RTD civ.* 2019.

**GUIGUET-SCHIELÉ (Q.),**

- note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 mai 2021, n° 19-21.302, *D. actu* 11 juin 2021.

**HAUSER (J.),**

- obs. sous CA Bordeaux, 26 février 2002, n° 00/04956, *RTD civ.* 2003, p. 63.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, n° 02-20.883, Bull. n° 297, *RTD civ.* 2005, p. 104.
- obs sous Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39, *RTD civ.* 2010, p. 776.
- obs. sous Cons. const., 29 juillet 2011, n° 2011-155 QPC, *RTD civ.* 2011, p. 748.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *RTD. civ.* 2012, p. 307.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *RTD. civ.* 2015, p. 354.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.146 et n° 14-18.856, *RTD. civ.* 2015.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2017, n° 17-40.035, *RTD civ.* 2017, p. 611.

**HILT (P.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 09-16.964, *AJ fam.* 2011, p. 163.

**HOUSSIER (J.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2018, n° 18-12.311, *D.* 2019, p. 7, *AJ fam.* 2019, p. 94.

**HOVASSE (H.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-28.154, *Rev. soc.* 2017, p. 42.

**KLEIN (J.),**

- obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-20.096, Bull. n° 350, *RTD civ.* 2016, p. 31.

**LAFOND (J.),**

- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.729, Bull. n° 319, *JCP N.* 1998, p. 1747.

**LATINA (M.),**

- obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-20.096, Bull. n° 350, *l'Essentiel Droit des contrats*, 2015, n° 11, p. 2.

**LE GALL (P.),**

- obs. sous Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Bull. n° 131, *RTD com.* 2007, p. 852.

**LE GUIDEC (R.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, n° 90-17.212, Bull. n° 96, *LPA* 1993, p. 16.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, Bull. n° 317, *JCP G.* 1994. I, p. 3791.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 1997, Bull. n° 127, *JCP G.* 1998. I, p. 33.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 2002, Bull. n° 277, *JCP G.* 2003. I, p. 180.
- obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4 (4 arrêts), *JCP G.* 2005 I, p. 187.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, Bull. n° 297, *JCP G.* 2005. I, p. 187.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, Bull. n° 409, *JCP G.* 2008. I, p. 108.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, *JCP G.* 2010, n° 7, p. 203.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, Bull. n° 200, *JCP G.* 2010, p. 374.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, Bull. n° 169, *JCP N.* 2011, p. 1155.

**LEQUETTE (Y.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93, *D.* 1996, chron. p. 231.

**LEROND (S.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *Dr. pat.* janvier 2016, p. 61.
- note sous Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985, *GP* 2020, p. 68.

**LEROY (M.),**

- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, Bull. n° 319, *Dr. et pat.* 2009, n° 178, p. 28.
- note sous Cass. com., 10 avril 2019, n° 17-19.733, *RFP* 2019, n° 6, comm. 8.

**LEVILLAIN (N.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-12.076, Bull. n° 52, *AJF* 2014, p. 322.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 2016, n° 15-17.039, *AJ fam.* 2016, p. 265.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-28.154, *AJ fam.* 2017, p. 149.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 16-14.323, *Publié*, *AJ fam.* 2017, p. 209.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2017, n° 16-10.839, *AJ fam.* 2017, p. 311.

**LIBCHABER (R.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919, *Defrénois* 2010, p. 95.

**LICHTENBERGER (C.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *GP* avril 2012, p. 21.

**LUCET (F.) et VAREILLE (B.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, n° 90-17.212, Bull. n° 96, *RTD civ.* 1993, p. 401.

**MALAURIE (P.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 1997, Bull. n° 127, *Defrénois* 1997, p. 113.

**MARECHAL (J.-Y.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 novembre 2004, n° 02-20.883, Bull. n° 297, *D.* 2005, p. 1621.

**MARIA (I.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *Dr. fam.* 2015, comm. 80.

**MASSIP (J.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 juin 2013, n° 11-25.946, *Defrénois* 2013, p. 972.

**MAUBLANC (J.-P.),**

- obs. sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.729, Bull. n° 319, *AJDI* 1999, p. 207.  
- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13 *LPA* 2008, n° 134, p. 40.

**MAYAUX (L.),**

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13 *JCP G.* 2008. II, p. 10029.

**MAYAUX (Y.),**

- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, Bull. n° 4 (4 arrêts), *RGDA* 2005, p. 110.

**MAZEAUD (J.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 1968, Bull. n° 287, *Defrénois* 1969, art. 29304.

**MEKKI (M.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, *JCP N.* 2005, p. 1509.

**MÉSA (R.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *RLDC* 2012, n° 94, p. 43.

**MESTRE (J.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, n° 91-22.059, Bull. n° 317, *RTD civ.* 1994, p. 595.

**MESTRE (J.) et FAGES (B.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Bull. n° 180, *RTD civ.* 2005, p. 397.

**MIRABAIL (S.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 2002, n° 00-18.339, Bull. n° 277, *D.* 2003, p. 1590.

**MONÉGER (J.),**

- note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-20.096, Bull. n° 350, *RTD com.* 2016, p. 54.

**MORTIER (R.),**

- note sous CA Dijon, 5 mai 2011, n° 10/00973, *Dr. sociétés* 2012, comm. 4.

- note sous Cass. com., 10 avril 2019, n° 17-19.733, *BJS* sept. 2019, n° 1201, p. 26.

**NICOD (M.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1996, Bull. n° 384, *D.* 1997, somm. 366.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, n° 94-22.022, Bull. n° 70, *D.* 1999, p. 309.

- note sous Cass. com., 19 mai 1998, Bull. n° 161, *D.* 1999, p. 308.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Bull. n° 39, *D.* 2002, p. 2447.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 2002, Bull. n° 276, *D.* 2003, p. 1873.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Bull. n° 180, *D.* 2004., p. 2953.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, Bull. n° 409, *D.* 2006, p. 2072.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, n° 05-18.066, Bull. n° 67, *D.* 2007, p. 1578.

- obs. sous Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, 11-12.863, 10-27.325, 10-25.685, *D.* 2012, p. 2476.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2012, n° 11-11.636, *D.* 2012, p. 2476.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *Dr. fam.* 2015, n° 75.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2016, n° 15-14.121, *Dr. fam.* 2016, n° 4, p. 33.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 2016, n° 15-13.741, *Dr. fam.* 2016, comm. 211.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 16-14.323, *Publié, Dr. fam.* 2017, comm. 38.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 2017, n° 16-14.351, *Dr. fam.* 2017, n° 5, p. 57.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 2017, n° 16-21.419, *Dr. fam.* 2017, comm. 246.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2018, Bull. n° 10, *Dr. fam.* n° 4, comm. 102.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2018, n° 17-16.515, *Dr. fam.* 2018, n° 10, p. 31.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2019, n° 18-19.415, *Dr. fam.* 2019, n° 10, p. 31.

- note sous Cass. com., 6 novembre 2019, n° 17-26.985, *Dr. fam.* 2020, p. 31.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2020, n° 18-25.309, *Dr. fam.* 2020, n° 6, p. 17.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mars 2020, n° 18-19.650, *JCP N.* 2020, p. 1158.

**NICOLAS (V.),**

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13 *Dr. fam.* 2008, étude 11.

**PAILLARD (S.),**

- note sous Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-15.621, *AJ fam.* 2019, p. 313.

**PAROT (J.-C.),**

- obs. sous CE, 29 juin 2001, n° 223663, *Bull. Joly Soc.* 2002, § 2, p. 125.

**PATARIN (J.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1976, *JCP G.* 1979. II, p. 19194.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *RTD civ.* 1982, p. 183.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 1981, Bull. n° 217, *RTD civ.* 1982, p. 784.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, n° 80-12.926, Bull. n° 327, *RTD. civ.* 1982, p. 781.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, n° 82-10.848, Bull. n° 124, *RTD civ.* 1984, p. 349.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985, Bull. n° 314, *RTD. civ.* 1987, p. 137.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, Bull. n° 901, *RTD civ.* 1992, p. 427.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, n° 91-22.059, Bull. n° 317, *RTD civ.* 1994, p. 662.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, Bull. n° 195, *RTD civ.* 1994, p. 665.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1996, n° 94-13.301, *RTD civ.* 1997, p. 489.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93, *RTD. civ.* 1996, p. 454.
- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.729, Bull. n° 319, *RTD civ.* 1999, p. 452.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 1998, Bull. n° 314, *RTD civ.* 1999, p. 682.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2001, *AJ fam.* 2001, n° 1, p. 29, *RTD civ.* 2001, p. 931.

**PERRUCHOT-TRIBOULET (V.) et CERMOLACCE (A.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 2017, n° 17-40.035, *JCP N.* 2018, n° 30-34, p. 1260.

**PIEDELIEVRE (S.),**

- note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2002, *Deffrénois* 2003, art. 37752, n° 50.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 16-14.323, *Publié, GP* 2017, p. 24.

**PIERRE (J.-L.),**

- note sous CE, 29 juin 2001, n° 223663, *Dr. sociétés* 2001, comm. 184.

**PIERRE (P.) et LE GENTILHOMME (R.),**

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769, Bull. n° 13, *JCP N.* 2008, p. 1222.

**PONSARD (A.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 1974, n° 72-10.901, Bull. n° 162, *D.* 1975.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 1979, Bull. n° 11, *Deffrénois* 1990, art. 32174, p. 44.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1979, *Deffrénois* 1980, art. n° 32174, p. 47.

**RÉMY (P.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1981, Bull. n° 115, *JCP G.* 1982. II, p. 19812.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1983, n° 82-10.848, Bull. n° 124, *JCP N.* 1985. II, p. 30.

**ROCHFELD (J.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, Bull. n° 283, *JCP G.* I. 2001, p. 301.

**SAUVAGE (F.),**

- note sous CE, 19 novembre 2004, *Roche*, n° 254797, *Deffrénois* 1996, art. 36306, p. 43.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, n° 11-12.863, n° 10-27.325 et n° 10-25.685, *JCP G.* 2012. II, p. 513.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-28.154, *RJPF* 2017, p. 45.

**SAVATIER (R.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup> juillet 1959, *D.* 1960, p. 185.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, Bull. n° 268, *RTD. civ.* 1961, p. 715.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 décembre 1963, *RTD civ.* 1964, p. 591.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 octobre 1964, *RTD civ.* 1965, p. 386.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mai 1965, *JCP G.* 1965. II, p. 14311.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 1965, Bull. n° 690, *D.* 1967, p. 407.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1972, n° 70-14.196, Bull. n° 137, *RTD. civ.* 1973, p. 593.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1972, Bull. n° 156, *RTD. civ.* 1973, p. 593.

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 1973, Bull. n° 178, *RTD. civ.* 1974, p. 180.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 1979, Bull. n° 11D. 1979, p. 256.

**SÉRIAUX (A.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Bull. n° 180, *JCP G.* 2004. II, p. 10165.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, Bull. n° 169, *JCP N.* 2010, p. 1341.

**SEUBE (J.-B.),**

- obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-20.096, Bull. n° 350, *Deffrénois* 2016, p. 71.

**STORCK (M.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 09-16.964, *JCP G.* 2011, p. 53.

**TIRARD (J.-M.),**

- note sous Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Bull. n° 131, *GP* 2007, n° 352, p. 12.

**TIXIER (G.),**

- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.072, Bull. n° 318, *Dr. fisc.* 1998, n° 4-5, p. 173.

**VALDELIÈVRE (G.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2016, n° 14-22.938, 14-27.143, 14-28.539, *AJDI* 2016, p. 445.

**VAREILLE (B.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, n° 91-22.059, Bull. n° 317, *RTD civ.* 1995, p. 173.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, n° 04-17.550, *RTD civ.* 2006, p. 817.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, n° 05-18.066, Bull. n° 67, *RTD civ.* 2007, p. 618.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.919 *Deffrénois* 2011, p. 698.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 09-16.964, *RTD civ.* 2011, p. 581.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, Bull. n° 169, *Deffrénois* 2011, p. 706.

**VAUVILLE (F.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n° 09-16.964 *RJPF* 2011-4/27.

**VERNIÈRES (C.),**

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.135, Bull. n° 169, *AJ fam.* 2010, p. 398.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *AJ fam.* 2015, p. 237.
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586, *AJ fam.* 2015, p. 237.
- obs. sous CE, 14 octobre 2019, n° 417095, *Deffrénois* 2020, n° 161, p. 36.

**VIGNAL (T.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, Bull. n° 93, *Deffrénois* 1997, art. 36457, p. 26.

**VOIRIN (P.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961, Bull. n° 268, *JCP G.* 1962, II, p. 12973.
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1965, *JCP G.* 1966. II, p. 14479.

**ZENATI (F.),**

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, Bull. n° 291, *RTD civ.* 1998, p. 938.

- note sous Cass. com., 2 décembre 1997, n° 96-10.072, Bull. n° 318, *RTD civ.* 1998, p. 938.

## TABLE DES MATIERES

---

<b>Sommaire.....</b>	<b>- 11 -</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>- 13 -</b>
<b>Partie 1 – Une conceptualisation inadéquate .....</b>	<b>- 33 -</b>
<b>Titre 1 – Une donation entre vifs .....</b>	<b>- 35 -</b>
Chapitre 1 – Un acte libéral .....	- 37 -
Section 1 – La négation de l’existence de l’intention libérale.....	- 37 -
§1 – L’examen analytique du recours à l’obligation naturelle .....	- 40 -
A – Dans la jurisprudence.....	- 40 -
1 – L’achat pour autrui entre époux, exécution d’un devoir de rémunération .....	- 40 -
2 – Le consentement au legs verbal, exécution d’un devoir de délivrance .....	- 43 -
B – Dans la loi .....	- 48 -
§2 – L’examen critique du recours à l’obligation naturelle.....	- 53 -
A – L’artificialité dissimulée de l’obligation naturelle.....	- 56 -
1 – L’assurance décès et le devoir de prévoyance .....	- 57 -
2 – L’achat pour autrui et le devoir de rémunération .....	- 58 -
B – L’artificialité affichée de l’obligation naturelle .....	- 62 -
Section 2 – La suppression de l’exigence de l’intention libérale .....	- 64 -
§1 – La dénaturation du mécanisme présomptif.....	- 65 -
A – L’ <i>animus donandi</i> déduit des relations affectives entre le donateur et un tiers .....	- 66 -
B – L’ <i>animus donandi</i> déduit des stipulations ambiguës de l’acte d’appauvrissement.....	- 70 -
§2 – L’exploitation de concepts alternatifs.....	- 74 -
A – Le concept d’avantage indirect dans la jurisprudence civile.....	- 75 -
B – Le concept de distribution indirecte dans la jurisprudence fiscale.....	- 80 -
Chapitre 2 – Un acte entre vifs.....	- 85 -
Section 1 – L’existence de donations indirectes <i>in mortis</i> .....	- 87 -
§1 – L’abandon de l’exigence d’immédiateté du transfert patrimonial .....	- 87 -
A – L’exposé du droit positif.....	- 88 -
B – La critique du droit positif .....	- 93 -
§2 – L’amputation de l’exigence d’immédiateté du transfert patrimonial.....	- 99 -
A – L’assurance épargne .....	- 99 -
1 – L’exposé du droit positif.....	- 99 -
a) L’existence de la libéralité .....	- 99 -
b) La nature de la libéralité.....	- 102 -
2 – La critique du droit positif .....	- 106 -
B – Le <i>trust</i> libéralité entre vifs révocable .....	- 108 -

1 – L’exposé de la solution .....	- 108 -
2 – La critique de la solution.....	- 111 -
Section 2 – L’inexistence juridique du legs indirect .....	- 115 -
§1 – L’existence de legs atypiques.....	- 117 -
A – Le legs par exclusion de l’administration légale.....	- 117 -
B – Le legs par révocation partielle d’un legs conjoint .....	- 121 -
§2 – La qualification des legs atypiques.....	- 124 -
A – L’impropriété de la qualification de legs indirect.....	- 124 -
1 – Les formalités de confection du testament.....	- 125 -
2 – Le respect des formalités par les legs atypiques .....	- 127 -
B – La pertinence de la qualification de legs implicite.....	- 129 -
1 – Les contours de la notion de legs implicite.....	- 129 -
2 – Le rattachement à la notion de legs implicite.....	- 131 -
<b>Titre 2 – Une donation originale.....</b>	<b>- 137 -</b>
Chapitre 1 – Un acte muet .....	- 139 -
Section 1 – La systématisation doctrinale .....	- 140 -
§1 – La compréhension du critère de l’acte muet.....	- 140 -
A – La certitude quant au caractère silencieux de l’acte juridique .....	- 140 -
B – L’ambiguïté quant à la nature de l’acte juridique silencieux .....	- 144 -
§2 – La portée du critère de l’acte muet .....	- 146 -
A – Le principe de la distinction entre la donation indirecte et le don manuel.....	- 147 -
B – Les enjeux de la distinction entre la donation indirecte et le don manuel.....	- 149 -
1 – L’absence de taxation immédiate du don manuel .....	- 150 -
2 – La taxation immédiate de la donation indirecte .....	- 153 -
Section 2 – La fluctuation jurisprudentielle .....	- 155 -
§1 – Les actes muets sans donation indirecte .....	- 156 -
A – L’exposé du droit positif.....	- 156 -
B – L’analyse du droit positif.....	- 159 -
1 – L’absence de tradition matérielle .....	- 159 -
2 – L’existence d’un acte juridique muet.....	- 163 -
§2 – Les donations indirectes sans acte muet.....	- 166 -
A – L’absence d’acte juridique.....	- 166 -
B – L’absence de silence de l’acte juridique .....	- 169 -
Chapitre 2 – Un acte sincère .....	- 175 -
Section 1 – La systématisation doctrinale .....	- 176 -
§1 – Les intérêts de la distinction de la donation indirecte et des donations simulées .....	- 177 -
A – En droit civil .....	- 177 -
1 – La nullité des donations simulées consenties entre époux .....	- 177 -
2 – La nullité des donations simulées adressées à un incapable .....	- 179 -
B – En droit fiscal.....	- 181 -

1 – Les modalités du régime fiscal des donations simulées .....	181 -
2 – Les modalités du régime fiscal de la donation indirecte .....	183 -
a) La procédure de rectification contradictoire.....	184 -
b) Les procédures de répression des abus de droit par fraude à la loi .....	187 -
§2 – Le critère de distinction avec les donations simulées .....	191 -
A – La compréhension de l’acte simulé.....	191 -
1 – La définition de l’acte simulé.....	192 -
2 – L’objet de l’acte simulé .....	193 -
a) Un mensonge sur la cause catégorique de l’acte support .....	193 -
b) Un mensonge sur l’identité du donataire.....	195 -
B – La compréhension de l’acte sincère .....	197 -
Section 2 – La fluctuation jurisprudentielle .....	199 -
§1 – Les donations indirectes sans acte sincère.....	199 -
§2 – Les actes sincères sans donation indirecte.....	202 -
A – La négation d’un élément incompatible avec la donation simulée .....	203 -
1 – La négation d’un élément incompatible avec la donation déguisée .....	203 -
2 – La négation d’un élément incompatible avec la donation par personne interposée .....	207 -
B – L’ajout d’un élément prétendument déterminant de la donation simulée .....	210 -
1 – L’examen descriptif de l’argument tiré de l’indivisibilité.....	211 -
a) L’indivisibilité intellectuelle des opérations .....	212 -
b) L’indivisibilité matérielle des opérations.....	216 -
2 – L’examen critique de l’argument tiré de l’indivisibilité .....	220 -
<b><i>Conclusion de la première partie .....</i></b>	<b>225 -</b>
<b><i>Partie 2 – Une instrumentalisation perfectible .....</i></b>	<b>227 -</b>
<b>Titre 1 – Les finalités de l’instrumentalisation.....</b>	<b>231 -</b>
Chapitre 1 – La justice .....	233 -
Section 1 – La justice corrective .....	234 -
§1 – L’équité particulière .....	234 -
A – L’équité particulière au sein du partage successoral.....	235 -
1 – L’égalisation des droits des copartageants.....	235 -
a) L’égalité rompue par le défunt .....	235 -
b) L’égalité rompue par les copartageants.....	242 -
2 – La sauvegarde des dernières volontés du défunt.....	245 -
B – L’équité particulière au sein du partage matrimonial.....	248 -
1 – L’égalité dans le couple .....	249 -
2 – L’égalité des couples.....	255 -
§2 – L’équité générale.....	262 -
A – Les manifestations législatives .....	263 -
B – Les manifestations jurisprudentielles.....	268 -

1 – L’hypothèse de la clause de réversion d’usufruit.....	- 268 -
2 – L’hypothèse du trust entre vifs révocable .....	- 272 -
Section 2 – La justice punitive .....	- 277 -
§1 – La justice punitive en matière familiale.....	- 277 -
A – La sanction d’un acte contraire à la solidarité parentale .....	- 278 -
1 – En présence d’un remariage.....	- 278 -
a) Le temps de l’instrumentalisation quasi-systématique .....	- 280 -
b) Le temps de l’instrumentalisation ponctuelle.....	- 285 -
2 – En l’absence de remariage .....	- 289 -
B – La sanction de la gestion anormale d’un actif familial .....	- 293 -
§2 – La justice punitive en matière fiscale .....	- 297 -
A – La sanction d’une illicéité fiscale .....	- 298 -
1 – La sanction par l’imposition forcée .....	- 298 -
a) L’imposition forcée d’abandons d’usufruit.....	- 299 -
b) L’imposition forcée d’un trust entre vifs.....	- 303 -
2 – La sanction par la surimposition .....	- 309 -
B – La sanction d’une illicéité sociétaire.....	- 311 -
Chapitre 2 – L’utilité.....	- 317 -
Section 1 – La préservation de fonds de provision étatique .....	- 317 -
Section 2 – La garantie d’une récupération des avances sociales .....	- 321 -
Section 3 – L’augmentation de l’assiette des droits de mutation .....	- 326 -
<b>Titre 2 – Les limites de l’instrumentalisation .....</b>	<b>- 335 -</b>
Prolégomènes.....	- 335 -
Chapitre 1 – L’impératif de légalité répressive.....	- 343 -
Section 1 – Un obstacle à l’instrumentalisation des qualifications .....	- 344 -
Section 2 – Les conséquences en matière de donation indirecte .....	- 347 -
§1 – L’abandon systématique de l’instrumentalisation punitive .....	- 348 -
A – En matière fiscale .....	- 348 -
1 – Présentation de l’objection tirée de l’autonomie du droit fiscal.....	- 350 -
2 – Réfutation de l’objection tirée de l’autonomie du droit fiscal.....	- 352 -
B – En matière de recel successoral.....	- 355 -
§2 – Les garanties techniques de l’abandon de l’instrumentalisation punitive.....	- 361 -
A – Un contrôle exceptionnel de la qualification des faits par la Cour de cassation .....	- 362 -
B – Un contrôle exceptionnel de la matérialité des faits par la Cour de cassation .....	- 368 -
Chapitre 2 – L’idéal de cohérence du droit.....	- 375 -
Section 1 – L’appréciation de la cohérence.....	- 377 -
§1 – Les manifestations d’instrumentalisation complétive.....	- 377 -
A – La continuation de la loi .....	- 378 -
1 – Le respect de la fibre égalitaire des partages successoraux.....	- 379 -
2 – Le respect de la directive favorable à l’efficacité des dernières volontés du défunt.....	- 386 -

B – L’adaptation de la loi .....	- 390 -
§2 – Les manifestations d’instrumentalisation subversive .....	- 397 -
A – La soustraction à la loi .....	- 397 -
B – La réécriture de la loi .....	- 412 -
Section 2 – La protection de la cohérence.....	- 419 -
§1 – L’œuvre des juges .....	- 419 -
A – L’amélioration de la rédaction des décisions .....	- 420 -
B – La rationalisation de la diffusion des décisions .....	- 424 -
§2 – L’œuvre du législateur.....	- 426 -
A – La condamnation de l’instrumentalisation : l’exemple de l’assurance épargne .....	- 426 -
1 – L’établissement d’une présomption simple de donation indirecte .....	- 427 -
2 – Précisions sur les aspects liquidatifs d’une telle donation indirecte.....	- 430 -
B – La consolidation de l’instrumentalisation : l’exemple de la réversion d’usufruit .....	- 436 -
<b><i>Conclusion générale</i></b> .....	<b>- 443 -</b>
<b><i>Index alphabétique</i></b> .....	<b>- 447 -</b>
<b><i>Bibliographie</i></b> .....	<b>- 451 -</b>
<b><i>Table des matières</i></b> .....	<b>- 502 -</b>

***Titre et résumé. La donation indirecte, Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification***

Par ses manifestations, la donation indirecte est d'une très grande vitalité. Elle ne procède plus seulement de renoncements à succession ou à legs, d'assurances décès, de ventes à prix minoré ou de paiements pour autrui. Elle peut désormais résulter d'un trust libéral entre vifs, d'une clause de réversion d'usufruit, d'une promesse de cession de titres ou d'une assurance « épargne », par exemple. Ce faisant, la donation indirecte peut apparaître insaisissable, d'autant que les efforts de conceptualisation entrepris par la doctrine laissent un sentiment d'insatisfaction. En effet, les critères retenus semblent inaptes à décrire l'ensemble du contentieux de la donation indirecte, soit qu'ils sont insuffisants – la qualification opérant malgré leur absence, soit qu'ils sont inopérants – la qualification étant écartée là où elle paraîtrait devoir s'imposer. Encore faut-il bien situer la raison de ce décalage entre la théorie et la pratique. Contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, ce hiatus ne relève ni d'une faiblesse des critères conceptuels en usage, ni de la notion qui serait intrinsèquement rétive à toute conceptualisation. Impossible, dans ces conditions, d'adopter une démarche consistant à rejeter la définition traditionnelle de la donation indirecte, sauf à ignorer les solutions en adéquation avec cette définition. En réalité, la convergence des solutions inexplicables laisse supposer une utilisation orientée et délibérée, en somme instrumentalisée, de la qualification de donation indirecte. Forte de la confrontation de la réalité pratique de la donation indirecte à sa conceptualisation, la présente étude se propose alors de rechercher les fondements sous-jacents de cette instrumentalisation, de l'apprécier et de l'encadrer.

***Descripteurs***

Donation indirecte – Libéralité – Qualification juridique – Instrumentalisation de la qualification – Conceptualisation – Renoncement à un droit – Assurances sur la vie – *Trust* libéral – Paiement pour autrui.

***Title and abstract. Indirect donation, Research on the instrumentalization of its qualification***

In all its forms, indirect donation is very much alive and vibrant. It is no longer limited to renunciations of inheritance or legacies, death insurance, sales at a reduced price or payments for a third-party debt. It can now result from a liberal *inter vivos* trust, a reversion of usufruct clause, an undertaking to transfer securities or a "savings" insurance, for example. In this way, the indirect donation may appear elusive, especially since the conceptualization efforts undertaken by authors leave a feeling of dissatisfaction. Indeed, the criteria selected seem unsuitable for describing the whole of the litigation concerning indirect donations, either because they are insufficient – the classification operating despite their absence - or because they are inoperative – the classification being set aside where it would seem that it should stand. Still, the reason for this discrepancy between theory and practice must be clearly determined. Contrary to what one might have imagined, this hiatus is not due to a weakness in the conceptual criteria in use, nor to the notion that would be intrinsically resistant to any conceptualization. It is impossible, in these circumstances, to determine an approach consisting in rejecting the traditional definition of indirect donation, except to deny solutions in accordance with this definition. In reality, the convergence of unexplained solutions suggests a deliberate and purposeful use, in short, an instrumentalized use, of the classification of indirect donation. By comparing the practical reality of indirect donation with its conceptualization, the present study proposes to seek out the underlying foundations of this instrumentalization, and then to regulate and confine it.

***Keywords***

Indirect donation – Benefit – Legal qualification – Instrumentalization of qualification – Conceptualization – Waiver of a right – Life insurance – Liberal trust – Payment for others.