

POUR UNE REDÉFINITION DE LA DONATION INDIRECTE

Issu de Defrénois - n°24 - page 1409
 Date de parution : 30/12/2000
 Id : AD2000DEF1409N1
 Réf : Defrénois 30 déc. 2000, p. 1409

Auteur :
 Par Rémy Libchaber

par Rémy LIBCHABER,

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris-1).

1. L'existence de la donation indirecte est enveloppée d'un persistant mystère. Celui de son origine tout d'abord : elle apparaît nommément dans le Code civil à la façon d'une dérogation au principe de la solennité des donations, sans que l'on en connaisse précisément l'origine. Par a contrario, l'article 1099 du Code civil en affirme l'existence : « les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus », que bien d'autres dispositions confirment, tels les articles 843 ou 853 du même code. Il est hors de doute que chez les rédacteurs du Code civil, l'utilisation de ce vocable correspondait à une perception claire de la réalité désignée. Mais où retrouver cette acception originaire ? On sait que l'ordonnance de Daguesseau a guidé leur main, puisqu'ils en ont textuellement repris plusieurs dispositions ¹ ; mais elle ignore cette catégorie, se limitant à celle, plus vaste, des donations tacites. La doctrine d'Ancien régime pourrait offrir un guide plus sûr, notamment Pothier qui recourt expressément à cette appellation ². Sans qu'il en propose aucune définition, il semble que l'on puisse synthétiser sa position en estimant qu'il s'agit là des opérations qui, « faites autrement que par un acte solennel de donation, se présentent ostensiblement avec leur nature de libéralité » ³. Introuvable définition, donc, cependant que les quatre types proposés par l'éminent juriste témoignent de la continuité entre la perception ancienne et celle que nous continuons à entretenir ⁴.

C'est un premier mystère : ce qui apparaît sous le nom de donation indirecte en 1804 est d'emblée marqué d'incertitude ; on en approche la réalité par des exemples divers, non par une conception simple et unitaire. Plus curieux encore, ce mystère des origines va aller s'épaississant sous l'empire du Code civil. On est accoutumé à saluer le travail d'affinement progressif des concepts que la jurisprudence réalise habituellement, clairement à l'oeuvre pour le don manuel, et plus encore la donation déguisée ⁵. Force est de constater qu'il n'en a pas été ainsi en matière de donation indirecte ⁶. Les tribunaux, Cour de cassation en tête, n'ont guère fait autre chose que poursuivre dans la voie ouverte par Pothier, en qualifiant de donation indirecte telle ou telle opération pour la soustraire à l'exigence de solennité de l'article 931 du Code civil, mais sans jamais relier ces dérogations à une conception d'ensemble qui les justifierait ⁷. Les seules tentatives de conceptualisation ont émané de la doctrine et, en premier lieu, celle qui continue de dominer nos conceptions, due à André Ponsard ⁸. Mais les résultats auxquels elles sont parvenues ne sont pas convaincants. Tout d'abord, parce qu'il n'a pas été possible aux auteurs de réduire l'hétérogénéité foncière de la catégorie en débouchant sur un critère unique. La donation indirecte se caractérise selon les cas par le recours à un acte à titre onéreux déséquilibré ou par l'intervention d'un acte neutre ; elle réside tantôt dans la relation entre donateur et donataire, tantôt dans l'intervention d'un tiers ⁹. La multiplicité de ces critères suffit à dénoncer le manque de cohésion de la catégorie. De plus, ces critères n'ont qu'un caractère descriptif : ils constatent rétrospectivement le lien qui unit les opérations expressément reconnues comme donations indirectes ; mais ils n'ont aucune vertu prospective, échouant à prévoir celles qui pourraient aussi être ainsi qualifiées. Paul Esmein s'était du reste abandonné à dénoncer l'échec de ces tentatives, en raison du caractère résiduel de la catégorie : l'on « rassemble sous cette dénomination toutes les donations dispensées de formes par la jurisprudence, autres que les dons manuels et les donations déguisées » ¹⁰.

2. Aussi curieux que cela paraisse, la donation indirecte constitue une catégorie juridique classique, qui n'est pour autant jamais parvenue à trouver son équilibre conceptuel. Depuis quelques années, les évolutions en matière de libéralités permettent toutefois de se demander si elle n'est pas en voie de trouver une cohérence inédite. En considérant les donations de certaines valeurs dématérialisées comme des dons manuels, plutôt que des donations indirectes, la Cour de cassation restaure progressivement l'homogénéité de la donation indirecte au prix peut-être de celle du don manuel ¹¹ ! En tout cas, l'occasion est bonne d'essayer de reconnaître le visage de l'institution, tel qu'il se profile au miroir de ces arrêts nouveaux.

Avant d'entreprendre ces repérages, il faut souligner la difficulté d'exposition à laquelle on se trouve confronté. Ce travail étant destiné à redessiner les contours de la catégorie à l'aide de nouveaux critères, on est contraint d'éviter une entrée trop rapide dans le détail de la discussion. C'est la raison pour laquelle on ne définit pas immédiatement la façon dont cette donation est appréhendée. On envisagera au fil du texte les opérations qui en constituent les représentants les plus habituels, en s'efforçant de n'en écarter aucune a priori, mais seulement au regard des critères proposés à l'examen. La donation indirecte ne fera donc l'objet d'aucune présentation d'ensemble, mais sera, paradoxalement, considérée comme connue.

Pour conduire cet examen, une progression en deux temps sera suivie. On présentera d'abord les arguments par lesquels se recommande la substitution d'un nouveau critère à ceux qui sont actuellement en usage (I). Mais une telle proposition ne saurait être dépourvue de conséquences : rendant compte d'une certaine façon de la catégorie, elle impose des réaménagements que l'on tentera de justifier (II).

I. POUR UNE REDÉFINITION DU CRITÈRE DE LA DONATION INDIRECTE

3. Il n'est guère besoin d'insister sur les raisons pour lesquelles un renouvellement des critères de la donation indirecte est recherché : c'est, bien sûr, parce que ceux qui sont aujourd'hui utilisés ne paraissent pas satisfaisants. On essaiera donc de montrer d'où procède l'insatisfaction ressentie (A), ce qui permettra de justifier la proposition d'un critère nouveau (B).

A. Incertitudes des critères en usage

4. La difficulté première que l'on rencontre pour traiter des critères de la donation indirecte provient de ce qu'ils sont insaisissables. Contrairement aux autres donations non solennelles qui se caractérisent toutes par un identifiant clair la tradition effective pour le don manuel, le recours à un acte juridique à titre onéreux pour la donation déguisée, la donation indirecte est nimbée de flou. Si l'on essaie de faire la synthèse des diverses définitions qui en sont proposées, elle apparaît comme celle qui se présente sous une forme qui, précisément, ne signale pas l'existence d'une libéralité. Ponsard la caractérisait comme « celle qui résulte d'un acte ou d'une clause abstraite, qui n'indiquent pas s'ils sont consentis à titre gratuit ou onéreux » ¹². De façon lumineuse, Jacques Flour reformule cette caractéristique, et expose qu'elle est « celle qui résulte d'un acte qui, par sa nature, eût été susceptible de

produire un autre effet »¹³. Inutile de souligner le paradoxe qu'il y a à caractériser une donation par le fait qu'elle ne se présente pas comme telle, et donc, qu'elle aurait pu ne pas en être une ! Un certain arbitraire est ainsi d'emblée au cœur de la donation indirecte, ce qui ne facilite pas la tâche d'en rendre compte.

Cet arbitraire relève d'ailleurs d'une méprise dans l'objet de la qualification de la donation. En tant que libéralité, celle-ci résulte, par nature, du concours d'une intention libérale¹⁴ et d'un élément matériel par lequel elle se réalise. L'*animus donandi* étant toujours égal à lui-même, seul l'élément matériel peut être spécifique de telle ou telle catégorie de libéralité. Or, lorsque les auteurs soulignent à l'envi que les formes de la donation indirecte sont ambivalentes et ne permettent justement pas de l'identifier comme telle, ils font le constat d'échec de la caractérisation de cet élément matériel. Si l'élément matériel est muet quant aux raisons d'être de l'acte, s'il ne renseigne pas même sur l'existence d'une donation, c'est que cette dernière ne procède plus que de la seule constatation d'une intention libérale. Qu'est-ce alors qu'une donation indirecte, sinon une intention de donner matérialisée autrement que par les formes répertoriées des donations non solennelles. En cela, on perçoit à quel point la constatation d'Esmein était pertinente : la donation indirecte est la libéralité qui ne ressortit à aucune autre catégorie de donation non solennelle, déguisée non plus que manuelle. Comment mieux dire que ce type de donation est aujourd'hui conçu comme résiduel¹⁵ ?

5. Ce refus d'identification de l'élément matériel apparaît à nu lorsque l'on considère le critère principal autour duquel tourne la doctrine : l'existence d'un acte neutre. Ce dernier est celui qui n'avoue pas le titre auquel il est effectué et qui peut donc être onéreux aussi bien que gratuit¹⁶. La renonciation en fournit un bon exemple. L'usufruitier qui renonce à son droit peut le faire parce que celui-ci ne lui apporte aucun profit effectif, mais seulement des charges : on est alors en présence d'un acte non constitutif d'une libéralité. Mais il se peut aussi bien que la renonciation soit dictée par la volonté de voir le nu-propriétaire consolider ses droits, par exemple dans la perspective d'une vente à venir, et l'on est alors confronté à une libéralité. Parce qu'elle n'avoue pas, par elle-même, le titre dont elle relève, la renonciation peut ainsi être considérée comme un acte neutre.

Faut-il pour autant ériger l'acte neutre en critère de la catégorie ? On ne le ferait qu'au prix d'un raisonnement trompeur. La démarche revient en effet à découper l'intérieur d'un acte juridique global, pour en extraire l'une des composantes, avant de la qualifier et d'en constater l'évidente neutralité. A ce compte, la neutralité peut se retrouver partout : toutes les manifestations juridiques qu'un acte relie entre elles peuvent être détachées de leur cadre naturel pour être envisagées isolément ; nul doute qu'alors elles doivent apparaître comme neutres, puisque rien ne signale plus le titre auquel elles sont effectuées. Hors du cadre juridique où il s'inscrit, tout fait d'exécution se neutralise, puisque cette neutralité procède des conditions dans lesquelles on l'a d'abord détaché de son milieu. La vente peut, sans doute, passer pour le prototype de l'acte onéreux ; il n'en reste pas moins qu'en eux-mêmes, le transfert de propriété aussi bien que le versement du prix ou la livraison de la chose sont muets quant à la cause qui les justifie. Quelle conclusion faudrait-il en tirer sur la qualification de la vente ? Et d'ailleurs, faut-il seulement vouloir déduire quoi que ce soit d'un truisme ?

Ponsard l'avait du reste vu le premier, qui relevait qu'au regard du critère de l'acte neutre, le don manuel lui-même n'était plus qu'une variété de donation indirecte, puisque la tradition du meuble pouvait, en soi, être analysée comme un acte neutre¹⁷. On a pu critiquer cette assimilation, en relevant que le don manuel trouvait davantage ses racines du côté de la donation authentique¹⁸ ; elle n'en est pas moins révélatrice de la difficulté de méthode dénoncée. Ce qui fait la libéralité, c'est l'acte dans son entier ; et c'est donc dans son entier qu'il doit être qualifié. Se contenter d'en extraire une part et la qualifier hors de son contexte, c'est procéder à un « bricolage » un peu arbitraire, dont aucune caractérisation convaincante n'a d'ailleurs jamais pu sortir.

En poussant le raisonnement jusqu'à la caricature, on pourrait considérer que l'omniprésence de la neutralité dans les donations est attestée par la structure même des libéralités. S'il faut qu'un élément intentionnel soit réuni à l'élément matériel, c'est précisément parce que ce dernier ne parle pas par lui-même et ne suffit donc pas à révéler sa nature de libéralité. Contestable en lui-même, le critère de l'acte neutre prouve trop que l'on ne saurait le réduire aux seules donations indirectes.

6. L'insuffisance de ces critères n'a pas manqué de peser sur les contours jurisprudentiels de la catégorie, l'indécision sur son contenu la marquant jusqu'aujourd'hui. Il a d'abord été extrêmement difficile aux tribunaux de faire le départ entre les donations déguisée et indirecte, à supposer qu'ils aient éprouvé le besoin d'une délimitation de frontière, longtemps dépourvue de répercussions concrètes. Alors qu'elle tient ordinairement si ferme sur le caractère adéquat du vocabulaire juridique employé, la Cour de cassation accepta longtemps la confusion des catégories, sans estimer qu'il y eût matière à critique en cas de méprise¹⁹. Il fallut ainsi attendre une décision du 26 avril 1984 pour que la Cour caractérise effectivement les donations déguisées qui, recourant à la simulation, étaient fondées sur un mensonge, et fasse ainsi implicitement le départ avec celles qui, ne l'étant pas, doivent être considérées comme indirectes²⁰.

De façon plus grave, car plus persistante, le critère de l'acte neutre a conduit à faire considérer comme indirectes des donations qui s'effectuaient par virements de fonds ou de titres. On considérait autrefois que ces donations ne pouvaient passer pour manuelles, faute d'avoir pour objet des corps certains. Le procédé du virement en était néanmoins très proche par l'esprit, si l'on veut bien faire la part des contraintes imposées par le caractère incorporel de ces biens. En demandant qu'un virement soit effectué de son compte à celui d'un bénéficiaire, le propriétaire de valeurs ou de fonds fait l'exact équivalent d'une transmission de la main à la main. Chassé du don manuel, le virement ne se trouvait pas pour autant soumis à l'authenticité, car la donation indirecte allait lui servir d'abri. En se fondant sur la constatation qu'un virement n'avouait pas le titre présidant à son existence, les auteurs devaient longtemps considérer qu'il s'agissait d'une donation indirecte.

La Cour de cassation s'est néanmoins récemment démarquée de cette analyse. Pour le virement de monnaie scripturale, tout d'abord²¹, pour celui de valeurs mobilières dématérialisées, ensuite²², elle a petit à petit retenu la qualification de don manuel. Les auteurs se sont divisés à propos de cette analyse nouvelle : certains ont pu la contester vigoureusement, au motif que les biens incorporels ne pouvaient pas ressortir au domaine du don manuel²³, tandis que d'autres l'approuvaient au fond, tout en reconnaissant l'inflexion qu'elle faisait subir à une catégorie qui devait depuis lors être considérée comme dédoublée²⁴. On n'entrera pas ici dans un débat portant sur l'homogénéité problématique de la catégorie du don manuel²⁵, mais on observera que, par un effet de vases communicants, cela même qui rend plus incertaine la catégorie du don manuel clarifie celle des donations indirectes, tant il est vrai que la présence du virement était de nature à en brouiller les frontières. C'est à partir de cette disparition que l'on pourra essayer de dessiner les contours d'un nouveau critère de ces libéralités.

B. Proposition d'un critère nouveau

7. Le qualificatif accolé aux libéralités particulières renseigne normalement sur leur nature juridique. Les donations se font par-devant notaire lorsqu'elles sont authentiques, par transmission de la main à la main lorsqu'elles sont manuelles, et à l'abri d'un acte qui en dissimule la teneur lorsqu'elles sont déguisées. A ce jeu, comment analyser le qualificatif « indirect » ?

Toutes les donations qui ne relèvent pas de la donation indirecte peuvent être dites directes, ce qui induit qu'elles ont au moins ce caractère en commun. En les considérant de plus près, on voit assez bien où ce caractère pourrait se loger : dans les relations entre donateur et donataire. Risquons l'idée que le terme de libéralité directe identifie toutes celles où l'enrichissement du donataire procède d'un flux émanant directement du donateur, c'est-à-dire celles où le donataire est enrichi par une transmission de biens qui procède directement du donateur. La donation authentique est ainsi directe au sens où l'acte notarié constatera le transfert de propriété à titre gratuit d'un immeuble, qui passera sans intermédiaire du patrimoine du gratifiant à celui du gratifié ; de même, le don manuel est direct en ce que le récipiendaire d'un meuble en devient immédiatement propriétaire par le geste du donateur qui l'en investit à titre gratuit ; et la donation déguisée n'échappe pas plus à ce caractère qui, sous le déguisement qui en dissimule la

vérité, aboutit à faire profiter directement une partie des largesses de son cocontractant : ainsi du faux acquéreur, qui sera néanmoins mis en possession par le prétendu vendeur, réellement donateur. On le voit, c'est dans une acception économique que l'on peut envisager le caractère direct, en considérant qu'il désigne de manière adéquate l'élément matériel de la donation : un flux de richesse entre le donateur et celui qu'il enrichit.

Si l'on poursuit dans cette voie, on peut singulariser la donation indirecte par le critère ainsi dégagé. Compte tenu de sa nature, une donation suppose nécessairement un enrichissement du donataire, et un appauvrissement corrélatif du donateur, l'ensemble reposant sur une intention libérale. Mais ce déséquilibre patrimonial peut se réaliser de deux façons : par un transfert direct inter partes, et l'on est dans le cas d'une libéralité directe ; par une modalité qui esquivé toute transmission de richesse entre les parties, ce qui signale la donation indirecte.

8. Comment une donation pourrait-elle se réaliser sans que le donateur transmette la propriété de quelque chose au donataire ? Cela se fait aisément, comme on le voit d'après quelques exemples qui en illustrent la possibilité.

Une personne est endettée auprès d'un créancier, qu'elle ne peut payer faute de moyens. Un de ses parents veut lui faire une donation pour l'aider : si cette aide procède d'un versement direct de deniers entre donateur et donataire, il s'agira d'une donation directe, authentique ou manuelle, selon le cas. L'aide peut aussi bien se manifester de façon plus radicale, par un paiement de la dette entre les mains du créancier. Il est alors indéniable qu'il y a libéralité : le débiteur ne doit plus rien, ce qui signifie que son patrimoine s'est globalement accru par disparition d'un élément de passif ; le solvens s'est appauvri, en ce que son patrimoine a été diminué d'une somme qui ne correspondait à aucune dette à sa charge, et qu'il ne pourra certainement pas récupérer²⁶ ; la corrélation de ces deux mouvements patrimoniaux va enfin de soi, qui tient toute dans l'extinction par l'un de la dette de l'autre. De façon imagée, on pourrait ainsi dire que le paiement pour ou par autrui réalise une donation indirecte, dans la mesure même où le flux financier matérialisant l'enrichissement s'est abîmé dans le patrimoine du créancier, tiers à la donation. Il y aura donc eu libéralité sans que le gratifié reçoive rien de la part du gratifiant, ce qui caractérise la donation indirecte.

Il serait néanmoins approximatif de soumettre le caractère indirect de la donation à l'intermédiation d'un tiers, qui n'est, à la réflexion, pas nécessaire. A nouveau, c'est par l'exemple que l'on montrera qu'une donation peut exister sans flux, que ce soit entre les parties ou à l'égard d'un tiers. C'est ce qui se produit en cas de création ex nihilo d'un droit au profit d'une personne, comme dans la reconnaissance d'une dette non justifiée par un rapport préexistant. En termes patrimoniaux, par l'endettement non causé auquel il consent, celui dont la reconnaissance émane voit son patrimoine diminué par un élément nouveau de passif, qui s'analyse en un appauvrissement. En revanche, son créancier se trouve investi d'une créance qui vient grossir son patrimoine, et l'enrichit. Sans qu'il y ait eu de flux monétaire entre les parties, la reconnaissance artificielle de dette aura donc immédiatement réalisé le transfert patrimonial caractéristique de la donation en termes comptables tout au moins²⁷. Lorsque le débiteur payera sa dette, il se bornera à exécuter une obligation préexistante : cela ne changera rien à la situation comptable des parties, puisque le paiement ne s'analysera que comme une régularisation. La reconnaissance de dette constitue donc, juridiquement, la donation, au moment même où elle est faite et ce, quoique les parties soient plus sensibles au paiement qui devra ensuite en découler.

La renonciation à un droit peut constituer une libéralité indirecte, aussi sûrement que la création. On l'a déjà évoqué, un usufruitier peut désirer améliorer la situation du nu-proprétaire, en renonçant unilatéralement à son usufruit. L'extinction de son droit réel s'analyse en un appauvrissement patrimonial, la consolidation du droit de propriété dans le patrimoine du nu-proprétaire en un enrichissement : de la sorte, sans rien lui donner et certainement pas le droit d'usufruit, auquel sa renonciation a mis fin, l'usufruitier a gratifié le propriétaire en l'enrichissant de toute la différence de valeur qui séparerait la nue-propriété de la pleine propriété. Mais aucune richesse ne sera matériellement passée d'un patrimoine à l'autre, fût-elle incorporelle, et aucun tiers ne sera intervenu pour favoriser la transmission.

9. Tel est le critère que l'on peut proposer pour caractériser les donations indirectes. Réclamant l'intention libérale au même titre que toutes les autres, ces libéralités s'en distinguent par un élément matériel pour ainsi dire négatif : la gratification du bénéficiaire ne suppose pas un transfert de richesses de donateur à donataire, mais se constate à la façon d'un résultat obtenu par des voies souterraines. Est-on éloigné des critères doctrinaux actuellement en usage ? Pour dire les choses de façon imagée, on se trouve de l'autre côté du miroir qu'ils tendent à la libéralité. Si la donation indirecte est celle qui ne se présente pas comme telle, c'est, avant tout, parce qu'en apparence, les parties ne se donnent rien. On rend traditionnellement compte de cette apparence par le caractère ambivalent de l'acte qui sert de support à l'opération : acte neutre, abstrait ou onéreux. Mais cette caractérisation est extérieure au fait même de la donation : reflétant ce qu'il y a d'incertain dans son aspect extérieur, elle échoue à la spécifier pour se concentrer sur ses leurrures. C'est précisément pourquoi on a voulu cerner cette apparence au plus près, en se demandant de quoi elle était faite. Alors, sous la variété doctrinale des actes mis en cause, c'est l'absence de flux entre donateur et donataire qui s'est révélée primordiale. C'est ainsi que, loin d'objecter aux critères actuels de la donation indirecte, la conception ici proposée les confirme tous en dévoilant l'élément matériel qui, en creux, correspond à leur intervention.

L'insistance sur l'élément indirect de la donation mérite-t-il d'être retenu et substitué aux critères qui existent aujourd'hui ? La question ne se résout pas d'un trait de plume, dans l'excitation due au plaisir de la nouveauté. Certes, le critère présente quelques mérites, l'unité comme la simplicité ; mais on ne l'aura vraiment apprécié qu'en examinant s'il rend compte de la totalité du champ de la donation indirecte.

II. LES AMÉNAGEMENTS LIÉS AU CRITÈRE NOUVEAU

10. Il eût été miraculeux que le critère proposé permit de recouvrir tout le champ des donations indirectes, tel qu'on le conçoit actuellement en doctrine ou en jurisprudence. On verra que ce n'est pas le cas. D'un côté, il remplit assez bien sa tâche pour l'essentiel des donations classiquement considérées comme indirectes, qu'il permet d'ordonner selon un plan rationnel et systématique (A). Il fait néanmoins défaut pour quelques-unes d'entre celles que l'on reconnaît actuellement, ce qui conduit à un réexamen du critère comme de ces donations, qui plonge au cœur de la notion (B).

A. Typologie des donations indirectes incontestables

11. Par leur structure, deux types de donations indirectes se distinguent : celles qui procèdent de l'intervention d'un tiers et celles qui se réalisent dans les seules relations du donateur et du donataire. Les premières sont les plus simples à exposer, quoiqu'elles ne soient peut-être pas les plus caractéristiques de la catégorie.

1. La donation indirecte par intervention d'un tiers

12. Au sens où nous l'entendons ici, l'intervention d'un tiers dans le schéma de la libéralité ne signifie pas que la chose donnée chemine par l'intermédiaire de ce tiers : on ne vise pas le cas dans lequel le donateur transmettrait quelque chose à une personne interposée, à charge pour elle d'en faire profiter le donataire. Cette modalité de donation sera envisagée plus loin, qui apparaît par exemple dans le recours au virement ; il n'est d'ailleurs pas sûr qu'elle recouvre véritablement une donation indirecte. Les situations dont nous traitons ici sont celles où un tiers intervient comme créancier ou débiteur du donataire, de telle manière que les parties puissent prendre appui sur lui pour réaliser une transmission implicite. Sans que ce tiers joue aucun rôle dans l'économie propre à la donation, il se trouve instrumentalisé pour en permettre le dévoiement au sens étymologique du terme.

L'hypothèse la plus immédiate est celle dans laquelle le tiers intervient en tant que créancier de la personne à gratifier. Dans ce cas, donner, ce peut être aussi bien éteindre la dette du gratifié auprès de ce tiers. L'archétype de cette figure, sur lequel on a déjà levé le voile, est le paiement pour autrui.

Celui qui règle la dette du gratifié, sans espoir de remboursement, notamment par voie subrogative, consent une libéralité à celui que ce paiement libère, même si c'est le tiers qui apparaît comme l'accipiens puisqu'il reçoit les deniers. Sur ce modèle, d'autres techniques permettent de mobiliser un tiers pour réaliser une libéralité qui toutes peuvent, peu ou prou, se ramener au paiement pour autrui. On songe à la souscription de parts sociales pour autrui, qui permet au gratifié d'apparaître comme souscripteur de titres, qui ont, en réalité, été payés par le donateur. On songe encore aux garanties pour autrui, tel le cautionnement 28, dans lesquelles le garant prend l'engagement de ne pas exercer de recours contre le débiteur au cas où il serait amené à payer sa dette 29. On songe, enfin, à l'achat pour autrui, qui a autrefois pu être considéré comme une donation déguisée, qualification aujourd'hui en voie d'abandon. Il y a achat pour autrui lorsque le donataire intervient par lui-même comme acquéreur au contrat de vente, alors que le prix est en réalité réglé par le donateur. La contraction des opérations donne parfois l'illusion d'une figure spécifique ; c'est en réalité celle du paiement pour autrui qui est utilisée, puisque le donataire éteint une créance dans le patrimoine du tiers, par un paiement qui intervient aussitôt qu'elle est née.

13. Il est assez simple de réaliser une donation indirecte en faisant intervenir un tiers à titre de créancier ; il est moins simple de l'instrumentaliser lorsqu'il intervient comme débiteur. Par symétrie, on inversera volontiers la figure en considérant que la donation indirecte peut procéder, de la part du donateur, par l'abandon d'une créance au profit du donataire. Une personne veut procurer un avantage à autrui, sans que cela soit trop visible ; comment n'imaginerait-elle pas de demander à l'un de ses obligés d'effectuer son paiement entre les mains de celui qu'elle veut avantager ? De la sorte, l'opération sera blanche pour le tiers, qui payera aussi bien l'un que l'autre ; mais il y aura appauvrissement de celui qui aura consenti à l'abandon d'une créance dont il était titulaire et, corrélativement, enrichissement de celui qui deviendra accipiens à sa place. On retrouve là l'épure de la donation indirecte, encore que l'expérience montre que les parties procèdent rarement ainsi. Quelques obstacles juridiques expliquent d'ailleurs pourquoi.

A priori, la méthode la plus adéquate pour réaliser cette figure consiste pour le donateur à faire don d'une créance au donataire, de sorte que le débiteur ainsi transporté se libère entre les mains du gratifié. Mais on ne pourra pas analyser ce transport de créance à titre gratuit en donation indirecte. Car ce lien de droit est aussi un bien, en conséquence de quoi la donation de créance doit être considérée comme une libéralité directe. S'agit-il d'un don manuel ? L'orthodoxie exigerait qu'on le refuse en raison de la nature immatérielle de l'objet ; l'évolution des idées pousse néanmoins à se demander si ce ne serait pas la meilleure qualification. En tout cas, si l'on refuse cette qualification, il faudra admettre que la libéralité doive se réaliser par-devant notaire 30, car il est certainement exclu d'y voir une donation déguisée ou indirecte.

Pour aboutir dans cette voie, il faut demander au débiteur du donateur de s'engager à payer le donataire, sans pour autant qu'il y ait transport de créance. La délégation d'un débiteur peut ainsi réaliser une donation indirecte : les auteurs en ont quelquefois admis la possibilité 31, mais la jurisprudence n'en porte que de rares traces 32. C'est plutôt en matière d'effets de commerce que se trouve le terrain d'élection du procédé 33, où son caractère libéral n'est pas toujours détecté. A l'évidence, l'émission d'une lettre de change peut aboutir au résultat souhaité : en tant que créancier du tiré, le tireur donne l'ordre à son débiteur de s'engager au profit d'un bénéficiaire, qui se retrouve ainsi donataire par la grâce du tireur. La circulation de la lettre aboutit à d'identiques résultats : par son endossement, le donataire est investi des droits dont bénéficiait le donateur, ce qui signifie qu'il bénéficiera de la créance fondamentale, au paiement de laquelle le donateur apportera sa garantie.

2. La donation indirecte sans intervention de tiers

14. Dans cette seconde hypothèse, on retrouvera le même effet de symétrie que dans la première. Il y a deux moyens de réaliser une donation indirecte, sans mobiliser quelque tiers que ce soit pour la réaliser : le premier procède par création d'un droit, le second par renonciation.

On l'a déjà exposé, la création d'un droit par une reconnaissance artificielle de dette emporte donation indirecte, au moment même où elle a lieu : immédiatement, le donateur est appauvri par l'existence d'une dette nouvelle, et le donataire enrichi par la créance qui en constitue la contrepartie. Le seul tempérament concernant les modalités de cette donation indirecte tient à sa forme. La reconnaissance de dette peut valablement être faite sans indication de cause 34 : c'est alors un billet non causé, dont la validité de principe n'est pas niée à suivre les enseignements de l'article 1132 du Code civil. Il en irait peut-être autrement si le donateur entait sa reconnaissance sur une fausse cause, telle l'existence d'une dette préexistante inventée pour l'occasion : participant d'un mensonge, le billet pourrait alors être attiré du côté de la donation déguisée ; mais ce déguisement dans les formes n'empêcherait pas la liberté d'être indirecte, au sens où elle ferait néanmoins abstraction de tout flux entre donateur et donataire 35.

Cette reconnaissance de dette doit manifestement être considérée comme l'archétype d'une catégorie qui connaît peu de représentants si l'on veut bien considérer que la promesse de payer ne s'en distingue pas. On peut tenir pour équivalente à la reconnaissance de dette l'émission d'un billet à ordre, puisque le souscripteur reconnaît par-là l'existence d'une dette, que le donataire pourra mobiliser à sa guise ; encore peut-on discuter de savoir si la validité d'un billet commercial non causé est certaine et s'il ne pourrait pas être annulé en tant que tel, une fois l'intention libérale établie. Toutefois, si l'émission de ce billet peut recouvrir une donation indirecte exempte du recours à un tiers, il n'en va pas autant de sa circulation à titre de libéralité, qui ressortit à la catégorie déjà envisagée des libéralités indirectes réalisées par intervention d'un tiers débiteur.

15. Les donations par voie de création de droits se révèlent limitées en nombre ; il n'en va pas de même de la figure symétrique, celle de la renonciation. Par une singularité rarement soulignée, toute renonciation opère transfert immédiat de richesse, mais sans aucun flux entre les parties. Comme par un ressort brusquement détendu, la renonciation appauvrit le donateur en même temps qu'elle enrichit le donataire. En forçant quelque peu le trait, on verrait d'ailleurs volontiers dans la renonciation l'emblème de la donation indirecte, la modalité la plus proche de sa très singulière essence.

Y a-t-il une figure qui puisse servir d'archétype à cette forme de donation ? Toutes sont efficaces, sinon également mystérieuses. La remise de dette apparaîtra peut-être comme la plus banale, au regard des observations déjà faites. Par la convention qu'il forme avec son débiteur, le donateur accepte de renoncer à ses droits, ce qui les libère dans le patrimoine du créancier. La donation apparaît alors par l'examen comptable des patrimoines, tout comme dans le cas du paiement pour autrui ou de la création d'un droit : 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. S'il y a ici une singularité, elle tient au caractère conventionnel de la remise que les articles 1285 et 1287 du Code civil affirment expressis verbis, et qui fait contraste avec ce qu'il y a d'unilatéral en puissance dans toute renonciation à un droit 36.

La renonciation à un droit réel représente une figure plus belle de donation indirecte, car la volonté du donateur s'y conjugue au dynamisme propre au droit des biens 37. Il y a, en effet, une forme d'élasticité spécifique à la propriété, qui fait que toute renonciation à un droit réel aboutit à la consolidation des droits du propriétaire. Tant que le droit existait, le propriétaire subissait une restriction à ses prérogatives, plus ou moins intense selon les cas ; aussitôt qu'il y a renonciation de la part du titulaire, l'exercice des droits du propriétaire connaît une brutale détente, pour reconquérir l'espace ainsi libéré. Qu'il y ait renonciation à un usufruit, à une servitude, à un bail constitutif de droit réel, le titulaire ne saurait rien transmettre au propriétaire, puisque son droit réel est précisément éteint par la renonciation. Mais de même qu'un gaz occupe toujours la portion d'espace disponible, le propriétaire retrouve spontanément toutes les utilités de la chose qui avaient été neutralisées par le droit réel. Ce qui ne signifie d'ailleurs pas que toute renonciation recouvre une donation : il arrive que l'acte abdicatif procède de motifs propres, liés à la charge impliquée par la titularité du droit ; il est alors impossible d'y débusquer une quelconque libéralité. Telle est d'ailleurs la grâce de cette forme de donation, que l'on ne peut jamais savoir si l'on était ou non en présence d'une libéralité : s'agissant d'un acte unilatéral, elle n'implique aucune collusion apparente avec le bénéficiaire, il faut alors sonder les reins et les cœurs pour se persuader de l'existence d'une libéralité. Abdicative ou non 38, la renonciation n'est jamais explicite quant aux intentions dont elle procède : en ce sens, elle est certainement la plus indirecte des libéralités indirectes.

Quoique procédant d'un ressort quelque peu différent, on en rapprochera la renonciation à un droit de propriété partagé entre cotitulaires. Qu'il y ait

mitoyenneté, indivision légale ou conventionnelle, communauté ou encore conjugaison de droits successifs, la renonciation opérée par l'une des parties aboutira spontanément à une augmentation des droits des autres. C'est ainsi que la part à laquelle un copropriétaire renonce n'est pas considérée comme une chose sans maître, en tant que telle appréhendée par l'État ce qui devrait constituer sa destinée, mais profite aux autres titulaires. Ce qui se produit notamment lors de la renonciation à un legs, qui bénéficie aux autres légataires (art. 1044, C. civ.) ou aux héritiers qui ne le serviront pas ; à une succession, qui enrichit les héritiers de rang égal ou subséquent ³⁹ ; et autrefois à une communauté, au profit du conjoint ⁴⁰. Cependant, ce n'est plus l'élasticité de la propriété entravée par des droits réels qui jouera, mais un phénomène légal d'accroissement à l'oeuvre dans toutes les propriétés collectives ⁴¹.

Les renonciations s'analysent ainsi en une modalité très habituelle de donations indirectes, dont les ressorts principaux varient selon les situations, et contribuent ainsi notablement à la richesse du droit civil.

B. Incertitudes relatives à certaines situations

16. 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. De là une occasion de le tester, ce que l'on fera tant à propos des contrats onéreux déséquilibrés, que des donations effectuées par l'intermédiaire de tiers mandataires.

1. Les contrats onéreux déséquilibrés

17. Dans les rapports de famille, le plus souvent, on connaît cette modalité de la donation indirecte qui consiste à passer un contrat à titre onéreux entre gratifié et gratifiant, dont les prestations sont volontairement déséquilibrées pour qu'en naisse un avantage implicite. Ce peut être le cas dans la vente : si le prix est majoré, il s'agit d'une libéralité que l'acquéreur fait au vendeur ; la libéralité est en sens inverse lorsqu'elle prévoit un prix modéré mais non un prix dérisoire, car on serait alors plus vraisemblablement confronté à une donation déguisée ⁴². On retrouve les mêmes traits en matière de bail, selon que les loyers sont diminués ou augmentés par rapport à ce qui pourrait normalement être obtenu par le bailleur. Le contrat de société atteint également à ce résultat, selon la façon dont les apports sont appréciés : surévalués, il y a une donation au profit de l'apporteur, et une donation de l'apporteur dans le cas contraire.

Lorsque ces déséquilibres ne procèdent pas d'une lésion mais d'une intention, l'existence d'une libéralité est manifeste ; encore faut-il en déterminer l'objet, ainsi que les modalités qui la permettent. En raisonnant à partir de la vente, il apparaît qu'en variant le raisonnement, les trois formes de la donation non solennelle peuvent être mobilisées, et l'ont été à l'occasion par les auteurs. On peut évoquer la donation déguisée, puisque la libéralité se dissimule au moins partiellement sous la forme d'une vente : cela constitue bien un demi-mensonge, qui confine au déguisement ⁴³. En tirant encore sur les catégories, on peut aussi analyser cette vente en un don manuel, dont l'objet serait la quote-part de la chose que le prix ne suffit pas à couvrir ce qui suppose que l'on admette le don manuel de droits indivis ⁴⁴. Peut-on enfin considérer cette donation comme indirecte ? On n'a jamais éprouvé de réticences à le faire, puisqu'aussi bien les auteurs évoquent tous le contrat déséquilibré comme l'un des types de la donation indirecte ⁴⁵. On observe néanmoins que pour y parvenir, ils ont dû en faire une sous-catégorie, l'érigent en critère spécial de la donation indirecte l'acte neutre n'y suffisant manifestement pas ; surtout, ils ne l'ont jamais qualifiée ainsi sans être animés de doutes ⁴⁶.

À la réflexion, il y a bien des raisons de douter, tant que l'on ne saisit pas exactement l'objet de la donation. Deux analyses sont à cet égard possibles. En présence d'une vente à moitié prix, on peut considérer que le vendeur donne à l'acquéreur la moitié du prix normal ou bien encore une quote-part de la chose vendue. Dans ce dernier cas, on est confronté à quelque chose qui rappelle le don manuel et constitue en tout cas une libéralité directe qui ne peut pas s'analyser en donation indirecte. On en est plus proche dans le premier cas, dont on peut rendre compte en recourant à l'idée de remise tacite de dette : le vendeur avait vendu la chose au prix normal, mais il a renoncé à percevoir la moitié de son prix, renonciation incorporée au contrat de vente sous les espèces d'une réformation apparente du prix. Parce qu'elle est ainsi fondée sur une renonciation, la vente à prix réduit est effectivement assimilable à une donation indirecte, dont la particularité est d'être intégrée par contrecoup à l'opération prise dans son ensemble. Symétriquement, il faudrait admettre qu'en cas de vente pour le double du prix normal, les parties font une vente parfaitement orthodoxe, sur laquelle le vendeur vient greffer une reconnaissance artificielle de dette, ensuite fondue dans l'énoncé apparent du prix.

L'obligation où l'on se trouve de raffiner les explications signale presque toujours des difficultés mal surmontées, ce qui pourrait bien être le cas en l'occurrence. On voit en tout cas qu'au mieux, si l'on reconnaît au contrat déséquilibré le caractère d'une donation indirecte, c'est parce qu'il fait intervenir les archétypes déjà évoqués de la reconnaissance de dette ou de la renonciation à une dette. La singularité de la catégorie procède néanmoins de ce que ces techniques simples viennent s'incruster par contraction dans les plis d'un contrat onéreux, qu'elles gauchissent dans la proportion même où elles se rendent méconnaissables.

2. Les donations effectuées par l'intermédiaire de tiers

18. On aura plus de difficultés encore avec un dernier type de donation, composé d'opérations toujours signalées comme indirectes. Il regroupe les donations effectuées par virement ou au moyen d'une stipulation pour autrui ⁴⁷ notamment dans le cas de l'assurance-vie ⁴⁸ ou encore, de façon plus contemporaine, par l'intermédiaire d'un trust ⁴⁹. Ce qui les relie et incite à les traiter ensemble, c'est que toutes peuvent en quelque sorte passer pour des donations effectuées par personnes interposées ⁵⁰. C'est le cas dans le virement, puisque le donateur y donne au teneur de compte l'ordre de mouvementer des unités de paiement ou des titres au profit du donataire ; dans la stipulation pour autrui, puisque le promettant adresse au stipulant un ordre de même type, fondu dans un contrat : donner quelque chose au bénéficiaire, considéré alors comme donataire ; dans le trust enfin, où la donation procède du relais par une fiducie créée ad hoc par le donateur, qui se révèle être l'instrument de la donation.

C'est parce que l'on repère ces traits communs que l'on peut être tenté de refuser le rattachement aux donations indirectes. Certes, en reprenant l'acception du mot direct que l'on propose ici, un rapprochement particulier se présente : précisément parce qu'une personne s'est interposée entre donateur et donataire, il n'y a pas eu de flux direct de richesses entre eux ; il y a trajet indirect parce que le transfert de richesses s'est brisé en deux, en raison de l'intervention d'un tiers ⁵¹. Si l'on désire encore parler de donation indirecte, ce ne peut être que dans un sens différent de celui qui a été jusqu'à présent à l'honneur. Dans la donation indirecte par intervention d'un tiers, ce dernier était instrumentalisé dans le cadre d'une libéralité qui se faisait par rapport à lui. Cette fois, le tiers devient l'agent actif de la donation : il est tout à la fois celui par lequel les biens donnés cheminent du donateur au donataire et celui qui rend leur trajet indirect.

Est-on vraiment en présence de donations indirectes ? On peut d'autant plus en douter qu'en matière de virement, la Cour de cassation a montré sa préférence pour une analyse en termes de donation manuelle et donc de donation directe. Toutes les fois que l'on est confronté à l'intermédiation d'une personne interposée, qui se borne à faire transiter un enrichissement qui passe du donateur au donataire, la libéralité est, en réalité, directe. Parfois, dans le cas du virement par exemple, le tiers interposé est au sens strict un mandataire, ce qui permet de confirmer l'analyse par le jeu de la représentation. D'autres fois, il n'y a pas de mandat dans l'acception technique du terme, mais un contrat par lequel le tiers agit pour compte, ce qui permet encore de considérer la libéralité comme directe. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat de capitalisation avec clause bénéficiaire, l'assureur ne fait pas autre chose que verser au bénéficiaire ce qui appartient au stipulant et ce, à la demande de celui-ci ⁵². On le voit, l'interposition du tiers ne dissimule pas longtemps le caractère direct de la donation.

19. Jusqu'où poursuivre dans la voie de la requalification ? Les personnes interposées ne se bornent pas toujours à faire transiter un enrichissement qui émane du donateur : parfois, elles participent à la constitution de cet enrichissement et contribuent à en définir les contours exacts. Il en va ainsi dans le cas de l'assurance-vie, lorsque le décès prématuré de l'assuré conduit l'assureur à verser un capital qui n'est pas couvert par le montant des primes déjà payées ; il en va de même dans le cas du trust, puisque la gestion du fiduciaire peut avoir des conséquences décisives sur ce qui sera, in fine, versé au bénéficiaire. Dans ces hypothèses, l'enrichissement est à la fois décalé dans le temps et, parfois, bouleversé dans son montant ; pour autant, il est manifeste que le constituant a été animé d'une incontestable intention libérale.

La classification de ces opérations dans les catégories connues du droit des libéralités ne constitue qu'une difficulté seconde ; la principale est de savoir s'il y a effectivement donation. A cet égard, trois éléments rendent l'analyse incertaine. Le temps tout d'abord : peut-il y avoir donation dès lors que les richesses quittant le patrimoine du donateur arrivent dans celui du donataire avec un décalage chronologique parfois considérable ? Cela brise la nécessaire corrélation entre enrichissement et appauvrissement, qui est constitutive de la notion même de donation.

Les titres juridiques présidant aux mouvements de richesses présentent une deuxième difficulté. En effet, les transmissions entre le prétendu donateur et le tiers, et entre ce tiers et le destinataire final, se font en vertu de titres juridiques à la fois différents et spécifiques. C'est d'abord clair dans l'assurance-vie : l'un paie des primes d'assurance, tandis que l'autre verse le capital assuré. Ce l'est également dans le trust, puisque le fiduciaire transmet des fonds pour constituer unilatéralement cette fiducie, tandis que le fiduciaire qui verse un capital au bénéficiaire se borne à exécuter la mission qui lui incombait d'emblée. On voit donc qu'il faut se faire une conception purement économique de la donation pour considérer chaque fois le tiers comme un simple intermédiaire technique, ce qu'il est dans le virement.

Enfin, les montants versés ne sont pas nécessairement identiques, ce qui renforce les hésitations. En matière d'assurance-vie par exemple, il est constant que le bénéficiaire peut recevoir le capital assuré en raison du décès du souscripteur mort prématurément, alors que le montant des primes versées était inférieur à ce capital. Faut-il encore parler de donation, alors que ce qui a été reçu est supérieur à ce qui a été versé ? Il en va de même dans l'hypothèse du trust, puisque la gestion du fiduciaire peut accroître ou diminuer les fonds qui lui ont été remis. A nouveau, la rupture d'adéquation entre ce qui est transmis et ce qui est reçu rend improbable l'existence d'une donation, au sens classique du terme.

Ces hypothèses nous confrontent ainsi aux limites de la notion de donation⁵³. Mais pas à celle de libéralité, tant il est vrai que l'existence d'un animus donandi est chaque fois incontestable. La question centrale est ainsi celle de la place de ces opérations dans le droit des libéralités, et non dans le cadre des donations. En quoi le critère ici dégagé remplit parfaitement son rôle : permettant de réorganiser le domaine des donations indirectes, il aboutit à mettre en cause celles qui, excédant le champ strict de la donation, ressortissent plutôt aux libéralités en général.

1 - (1) H. Régnauld, Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau, Paris 1929, t. 2, p. 647 et suiv.

2 - (2) Pothier, Traité des donations entre mari et femme, n° 78 et suiv., qui traite des avantages indirects défendus entre mari et femme, selon la Coutume de Paris.

3 - (3) Rép. civ. Dalloz, V° Dispositions entre vifs et testamentaires, n° 938, p. 323.

4 - (4) Il vise en effet les contrats onéreux déséquilibrés, les reconnaissances et renonciations diverses, les donations par personnes interposées et, enfin, les donations faites aux enfants d'un précédent lit du conjoint. Encore cette vision est-elle un peu trop large à nos yeux.

5 - (5) H. Blaise, « La formation au XIX e siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées », Mélanges R. Savatier, p. 89.

6 - (6) La première référence à ce que nous analysons comme une donation indirecte se trouve dans Cass. Req., 2 avril 1823, S. 1823, chron ; une personne avait déposé entre les mains d'un tiers un titre de créance sur son frère, que le tiers devait lui remettre en cas de décès du créancier à la guerre, ce qui aura lieu. La Cour valide cette remise de dette par transfert du titre au créancier, et la donation indirecte par contrecoup.

7 - (7) A titre d'exemple, on relèvera que le traité d'Aubry et Rau se contentera longtemps de proposer des exemples de telles donations, sans affronter la question d'une définition d'ensemble : v. par exemple la 5e éd. du traité par Bartin, qui traite sans distinction donations déguisées et indirectes, sans le moindre effort de conceptualisation de ces catégories (§ 659, c, p. 584).

8 - (8) A. Ponsard, Les donations indirectes en droit civil français, thèse, Dijon, 1946, qui met particulièrement à l'honneur le critère de l'acte abstrait. Pour des tentatives ultérieures de moindre ampleur, v. R. Savatier, Rép. civ. Dalloz, V° Donation, 2e éd. 1972, n° 391 et suiv., qui réduit la catégorie au seul critère de l'acte neutre ; v. également M. Dagot, note sous Cass. civ. 1re, 23 mai 1973, JCP éd. G 1975, II, 17920 qui exige que la donation ait pour support un acte à titre onéreux. Pour une critique de ces deux dernières tentatives, v. A. Breton, note sous Cass. civ. 1re, 30 novembre 1982, D. 1983, 85.

9 - (9) V. par exemple : M. Grimaldi, Les libéralités, Litec, 5e éd. 1999, n° 1331 et suiv., p. 252 et suiv. ; F. Terré et Y. Lequette, Les successions, Les libéralités, Dalloz, 3e éd. 1997, n° 483 et 484, p. 392 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Les successions, les libéralités, Cujas, n° 415 et suiv., p. 239 et suiv.

10 - (10) P. Esmein, in Aubry et Rau, Traité de droit civil, 6e éd. 1954, t. 10, § 659, note 8, p. 522. Boulanger ne disait guère autre chose, qui observait que « la notion de donation indirecte est une de celles qui, suivant une formule devenue célèbre en philosophie, se pose en s'opposant » (J. Boulanger, note sous Cass. civ. 1re, 27 mai 1961, D. 1962, 657, n° XIV).

11 - (11) Voire de celle des donations non solennelles, dans leur ensemble. Sur ces incertitudes, v. M. Dagot, « Des donations non solennelles », JCP éd. N 2000, I, 248.

12 - (12) A. Ponsard, op. cit., p. 130.

13 - (13) J. Flour et H. Souleau, Les libéralités, Armand Colin 1982, n° 116, p. 78.

14 - (14) V. par exemple M. Grimaldi, op. cit., n° 1005 et suiv., p. 11.

15 - (15) D'où une difficulté plus profonde : ainsi définie, qu'est-ce qui peut bien justifier que cette donation ne soit pas soumise à l'article 931 du Code civil ? Ni l'autorité de la tradition, ni le formalisme de substitution, ni même des explications plus récentes reposant sur l'irrévocabilité des donations (X. Lagarde, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil » RTD civ. 1997, 25) ne peuvent vraiment apporter cette justification.

16 - (16) En fait, l'on ne sait pas grand-chose de l'acte neutre, qui n'apparaît pas comme une catégorie classique du droit privé, et ne se manifeste guère qu'en matière de donation indirecte. Est-il vraiment autre chose qu'un acte abstrait ? Les auteurs ont pu se diviser sur la question ; mais il est clair que Ponsard passe sans transition d'une conception stricte de l'acte abstrait à une conception large, ce qui rend insaisissable la conception qu'il s'en fait. Pour une critique, v. H. Méau-Lautour, La donation déguisée en droit civil français, Préf. P. Raynaud, thèse, LGDJ, 1985, n° 530 et suiv., p. 395.

17 - (17) L'affirmation revient quelques fois dans la thèse de l'éminent auteur ; v. ainsi p. 104, 145 ou 276. V. également F. Lucet, Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux, thèse, Paris II, 1987, n° 45, p. 66 et suiv. ; et H. Méau-Lautour, op. cit., n° 539, p. 402.

18 - (18) M. Nicod, Le formalisme en droit des libéralités, thèse, Paris XII, 1996, n° 362 et suiv., p. 414.

19 - (19) De cette indifférence, on trouvera la trace dans l'abandon de la qualification de donation déguisée ou indirecte au pouvoir souverain des juges du fond (Cass. civ. 1re, 18 octobre 1966, Bull. civ. I, n° 472, p. 358 ; Cass. civ. 1re, 26 février 1975, Bull. civ. I, n° 85, p. 75 ; Cass. civ. 1re, 16 juillet 1981, Bull. civ. I, n° 260, p. 215). Il est même arrivé à la Cour de valider un arrêt qui mélangeait expressément ces deux qualifications : Cass. civ. 1re, 22 octobre 1975, Bull. civ. I, n° 288, p. 241.

20 - (20) Cass. civ. 1re, 26 avril 1984, Defrénois 1985, art. 33489, p. 464, n° 34, obs. G. Champenois ; JCP éd. N 1985, p. 26, note Ph. Rémy ; RTD civ. 1985, 199, obs. J. Patarin. Pour un affinement du critère, v. également Cass. civ. 1re, 6 janvier 1987, Defrénois 1987, art. 34120, p. 1506, n° 120, obs. G. Champenois.

21 - (21) Cass. civ. 1re, 7 juillet 1959, Bull. civ. I, n° 342, p. 285 ; Cass. civ. 1re, 12 juillet 1966, D. 1966, 614, note J. Mazeaud ; RTD civ. 1967, 198, obs. R. Savatier.

22 - (22) Cass. civ. 1re, 27 octobre 1993, Bull. civ. I, n° 299 ; Cass. com., 19 mai 1998, D. 1998, 551, note D.-R. Martin.

23 - (23) M. Nicod, op. cit., n° 367, p. 419.

24 - (24) N. Peterka, Les dons manuels, thèse, Paris-II, 1999.

25 - (25) En l'état actuel de l'évolution des idées en droit des biens, ces débats ont toute chance de revêtir un aspect quelque peu théologique. Les auteurs tenant pour la singularité des biens incorporels disposent d'un certain nombre d'arguments pour affirmer leur irréductibilité au droit des biens classique. Dans le camp adverse, on souligne tous les avantages qu'il peut y avoir à un regroupement de tous les biens, qu'ils soient ou non corporels : regroupement attentif à leurs caractères communs et indifférent à leurs particularités, apte à constituer un droit nouveau des biens. L'avenir seul dira

qui avait les meilleurs arguments ou, au moins, ceux qui se seront révélés les plus opératoires.

26 - (26) Cette impossibilité est fondamentale, qui signale la présence de l'*animus donandi* : le solvens qui se ferait subroger dans les droits de l'accipiens assumerait certes le risque de l'insolvabilité du débiteur, mais il ne lui donnerait rien a priori, puisqu'il se réserverait la possibilité d'un recours. Il n'y a de libéralité que pour autant que le solvens paie sans espoir de remboursement.

27 - (27) On pourra bien sûr estimer que le flux n'est qu'éventuel, puisqu'il suffit que l'endetté cesse d'être solvable pour que sa libéralité se réduise à rien. Mais ces difficultés de recouvrement ne changent rien à la constatation de l'existence d'une donation dans le patrimoine des parties.

28 - (28) F.-X. Testu, « Le cautionnement libéralité », JCP éd. G 1989, I, 3377.

29 - (29) Encore faut-il s'entendre sur le siège précis de la libéralité. Se porter garant pour autrui sans se faire rémunérer pour cette intervention, c'est effectuer un acte à titre gratuit. Pour autant, ce n'est pas une libéralité : ce service permet certes à la personne d'obtenir un crédit qu'elle n'aurait peut-être pas obtenu autrement ; le garant a néanmoins la possibilité de se retourner contre le débiteur au cas où il serait amené à régler sa dette. Stricto sensu, ce n'est que s'il renonce à cette possibilité qu'il y a libéralité. Encore reste-t-elle éventuelle tant que le paiement n'est pas réclamé au garant par les créanciers. Sur la question, v. M. Grimaldi, op. cit., n° 1001, p. 7.

30 - (30) En ce sens, J. Flour et H. Souleau, op. cit., n° 118, 4, p. 80.

31 - (31) M. Billiau, La délégation de créance, Préf. J. Ghestin, thèse, LGDJ, 1989, n° 17, p. 25 ; J. François, Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui, délégation de créances), thèse, Paris-II, 1994, n° 210, p. 156 ; A. Ponsard, op. cit., p. 162 et suiv.

32 - (32) Cass. Req. 19 décembre 1923, S. 1924, I, 111 ; RTD civ. 1925, 122, obs. R. Demogue, pour une délégation de créance donnée en garantie d'une ouverture de crédit, en tant que telle soustraite aux exigences de l'article 1690 du Code civil.

33 - (33) Cass. civ., 29 décembre 1890, S. 1894, I, 442.

34 - (34) Mais si l'intention libérale est exprimée dans le billet, la donation sera évidemment annulée : tout acte portant donation entre vifs devant en effet être passé par devant notaire, aux termes de l'article 931 du Code civil.

35 - (35) Cass. civ. 1re, 27 novembre 1961, Bull. civ. I, n° 553, p. 440.

36 - (36) D'où l'on peut d'ailleurs se demander si elle est véritablement une renonciation ; pour la négative, v. P. Raynaud, « La renonciation à un droit », RTD civ. 1936, 763, spéc. n° 6, p. 769, et 13 et suiv., p. 773.

37 - (37) Cass. civ. 1re, 27 octobre 1886, S. 1887, I, 193, note J.-E. Labbé ; Cass. com., 2 décembre 1997, Bull. civ. IV, n° 319, p. 277.

38 - (38) Les auteurs parlent souvent de renonciation translatrice ou in favorem. On peut contester l'une et l'autre expression, qui se relie aux intentions du renonçant, non au mode opératoire de l'enrichissement, qui constitue l'élément matériel. En revanche, il est certain que l'abandon d'un droit au profit d'une personne, à qui il ne revient pas par contre-coup, ressortit à une logique toute autre : il y a alors une transmission qui relève de la donation directe (pour une renonciation in favorem à une succession : Cass. Req., 15 novembre 1858, DP 1858, I, 433, qui retient néanmoins la qualification de donation indirecte ; CA Monaco, 6 mai 1955, D. 1956, 472, avec une note critique de G. Ripert, à l'encontre de la même qualification. Pour une renonciation in favorem à des droits d'auteurs, v. CA Versailles, 20 janvier 1987, RTD civ. 1988, 802, obs. J. Patarin). Ce qui explique son indélicatesse, essentiellement pour des raisons de forme. Sur ce point, v. P. Raynaud, eod. loc., n° 8 et suiv., p. 770, et M. Grimaldi, op. cit., n° 1334, p. 256.

39 - (39) Cass. civ., 8 mars 1858, DP 1858, I, 97 ; Cass. civ. 1re, 27 mai 1961, D. 1962, 657, note J. Boulanger.

40 - (40) Sans oublier l'abandon de la mitoyenneté (art. 656, C. civ.), dont le caractère de déguerpissement occulte le plus souvent l'aspect libéral. Et l'on peut penser que l'abandon d'une quote-part d'indivision serait traité sur ce modèle.

41 - (41) Curieusement, le droit français ne se préoccupe guère de ce phénomène, qu'il n'a jamais élevé à la dignité de mécanisme fondamental du droit privé, se contentant de l'évoquer dans le cas du pacte tontinier où il est volontaire, et parfois en matière de droits sociaux (art. 1406, C. civ.).

42 - (42) La vente à vil prix est en effet assimilable soit à une vente sans prix, soit à une donation qui se recouvre mensongèrement du manteau de la vente : c'est la définition même de la donation déguisée ; v. E.-N. Martine, « Des donations réalisées au moyen d'un contrat synallagmatique conclu à vil prix », Defrénois 1961, art. 28040, p. 169.

43 - (43) C'est une analyse qui a parfois été adoptée : Cass. Req., 20 juillet 1893, DP 1893, I, 598 et Cass. soc., 21 juillet 1953, Bull. civ. IV, n° 610, p. 441, pour des baux ; Cass. civ. 1re, 12 octobre 1964, RTD civ. 1965, 386, obs. critiques R. Savatier, pour une vente.

44 - (44) En ce sens, quoique de façon un peu contestable, N. Peterka, op. cit., n° 182 et suiv., p. 182.

45 - (45) C'est aussi la solution retenue en jurisprudence. Pour la vente, v. Cass. civ. 1re, 16 juillet 1959, D. 1960, 185, note R. Savatier ; Cass. civ. 1re, 6 janvier 1969, Bull. civ. I, n° 8, p. 6 ; Cass. civ. 3e, 7 avril 1976, Bull. civ. III, n° 144, p. 114. Pour le bail, v. Cass. soc., 13 octobre 1955, JCP éd. G 1956, II, 9300, note P. Ourliac et M. de Juglart.

46 - (46) J. Flour et H. Souleau, op. cit., n° 127, p. 85 ; M. Grimaldi, op. cit., n° 1332, p. 253 ; F. Terré et Y. Lequette, op. cit., n° 483, p. 392.

47 - (47) Cass. civ. 1re, 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 116, p. 118 ; Cass. civ. 1re, 8 décembre 1987, Bull. civ. I, n° 343, p. 246.

48 - (48) T. Milcamps et F. Berdot, « Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités », Mélanges A. Besson, p. 235.

49 - (49) Cass. civ. 1re, 20 février 1996, Defrénois 1997, art. 36457, p. 26, note Th. Vignal ; JCP éd. G 1996, II, 22647, note M. Béhar-Touchais ; RTD civ. 1996, 454, obs. J. Patarin.

50 - (50) Cette catégorie était d'ailleurs expressément prévue par Pothier comme une des manifestations de la donation indirecte : Pothier, op. cit., n° 94 et suiv.

51 - (51) Ponsard considérerait du reste ces donations comme indirectes, précisément au sens commun du terme, parce que l'objet de la donation y transitait par un patrimoine tiers : A. Ponsard, op. cit., p. 276.

52 - (52) V. Cass. civ. 1re, 18 juillet 2000, Bull. civ. I, n° 213, p. 138 ; à propos de cet arrêt, v. Fr. Sauvage et D. Faucher, « L'assurance-vie est-elle toujours hors succession ? », JCP éd. N 2000, p. 1683.

53 - (53) Au regard du droit des libéralités, ces opérations ont également pour particularité d'être révocables tant qu'elles n'ont pas été acceptées selon des modes propres, ce qui incite plus encore à reculer devant la qualification de donation.