

Recueil Dalloz 2005 p. 2114

Droit patrimonial de la famille : panorama 2005

Vincent Brémond, Maître de conférences à l'université de Paris X-Nanterre

Marc Nicod, Professeur à l'université de Toulouse I

Janine **Revel**, Professeur à l'université de Paris X-Nanterre

L'essentiel

Au lendemain de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et à la veille d'une réforme de grande ampleur des successions et des libéralités, c'est principalement la jurisprudence qui a, cette année, fait l'actualité du droit patrimonial de la famille.

Le droit des régimes matrimoniaux a ainsi été marqué par deux arrêts de principe, relatifs à la question controversée de la preuve du droit à récompense contre la communauté. Dans le même temps, plusieurs décisions ont témoigné des liens existants entre les régimes matrimoniaux et d'autres disciplines : les procédures collectives, l'indivision et les assurances, ou encore les accidents du travail.

La question qui a été la plus débattue, en droit des successions, a certainement été celle de l'administration de l'hérédité, et plus particulièrement son administration passive. Contre qui, et comment, les créanciers successoraux peuvent-ils agir ?

Quant au droit des libéralités, on retiendra notamment le principe d'une interprétation évolutive des testaments aujourd'hui imposé par la Cour européenne des droits de l'homme.

## I - Régimes matrimoniaux

### A - Régime primaire

**Solidarité ménagère.** L'article 1751 du code civil crée une cotitularité légale des époux portant sur le droit au bail d'habitation. Ainsi, ce droit appartient, *via* une sorte « *d'indivision* » spéciale (Cass. soc., 4 nov. 1967, Bull. civ. V, n° 692 ; Cass. 3e civ., 27 janv. 1993, Bull. civ. III, n° 11 ; D. 1993, IR p. 51 ; *contra*, B. Lotti, Le bail conjugal d'habitation, JCP N 1993, n° 9), à chacun des époux, assuré d'être protégé, spécialement pendant les périodes de crise conjugale, contre les actes de son conjoint. En contrepartie, chaque époux est tenu d'une obligation personnelle au paiement des loyers. Bien qu'il soit parfois soutenu que cette obligation est solidaire, en application de la cotitularité (CA Metz, 8 sept. 1994, JCP N 1996, II, p. 795, obs. G. Wiederkehr), un tel fondement n'est pas adéquat, l'acte conjonctif donnant normalement lieu, à défaut de disposition légale contraire, à une obligation conjointe (V. not., P. Bihr, Le logement de la famille en secteur locatif, Dr. et patrimoine, févr. 1998, p. 64 ; J. Casey, note sous Cass. 2e civ., 24 nov. 1999, JCP 2000, II, 10284). En réalité, si l'obligation personnelle pesant sur chaque époux colocataire est solidaire, c'est en vertu de la solidarité ménagère prévue par l'article 220 du code civil (V. not., Cass. 2e civ., 24 nov. 1999, préc.).

Cette solidarité légale suit le régime de droit commun de la solidarité des articles 1200 et suivants. Au moins est-ce le cas sur le plan de l'obligation à la dette, la contribution à la dette ménagère solidaire devant, en revanche, être soumise, selon les cas, aux règles contributives propres au régime matrimonial de la communauté ou à celles de la contribution aux charges

du mariage de l'article 214. L'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 23 mars 2005 met en évidence l'influence des règles de la contribution sur l'appréciation d'une solution relative à l'obligation à la dette (**Cass. 3e civ., 23 mars 2005**, n° 03-20.457, D. 2005, AJ p. 1084, obs. A. Lienhard). En l'espèce, alors que les deux époux louaient leur logement auprès des AGF, le mari est placé en liquidation judiciaire personnelle le 2 décembre 1999. Les AGF adressent aux deux époux, le 5 avril 2000, un commandement de payer un arriéré de loyers. Les juges du fond rejettent la prétention des AGF au motif que la créance étant antérieure à l'ouverture de la procédure collective contre le mari, et n'ayant pas été déclarée au passif dans les délais prévus par l'article L. 621-43 du code de commerce, celle-ci était éteinte. La Cour de cassation casse la décision des juges du fond, mais seulement en ce qu'elle rejette la demande en paiement contre l'épouse *in bonis*, au motif que « *l'extinction de la créance à l'égard de M. X, objet d'une procédure collective, laissait subsister l'obligation personnelle de Mme X, cotitulaire du bail* ». Bien que la Cour de cassation n'évoque pas la nature solidaire de la créance litigieuse, se contentant de viser « *l'obligation personnelle* » de l'épouse, on reconnaît la solution traditionnelle qu'elle applique en matière de solidarité passive, jugeant que l'extinction de la dette par absence de déclaration constitue une exception personnelle au codébitéur failli, laissant intacte la dette des codébiteurs solidaires *in bonis* (V. solution constante, Cass. com., 19 janv. 1993, Bull. civ. IV, n° 25 ; D. 1993, Jur. p. 331, note A. Honorat et J. Patarin ; RTD civ. 1993, p. 581, obs. J. Mestre ; RTD com. 1993, p. 377, obs. A. Martin-Serf ; Cass. 1re civ., 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 335 ; D. 1994, Somm. p. 214, obs. P. Delebecque ). Si la solution ne surprend donc pas, on peut regretter que la cassation intervienne pour violation de l'article 1751 du code civil, car la cotitularité du bail d'habitation n'explique en rien la solution, étant incapable en elle-même de faire naître la solidarité. N'était l'article 220 du code civil, l'extinction de la créance de loyers contre l'époux failli ne laisserait subsister que la créance conjointe contre l'épouse, c'est-à-dire une créance issue de la division de la créance totale, soit la moitié.

Sur le fond, nous nous contenterons de deux observations.

En premier lieu, nous dissociérons l'argumentation conduisant au résultat, du résultat lui-même. L'argumentation nous semble critiquable sur le strict plan du régime de la solidarité passive (V. nos obs. sous Cass. com., 23 oct. 2001, D. 2003, Somm. p. 1284 ). Le résultat, appliqué à la créance de loyers, nous apparaît en revanche moins rigoureux si l'on admet une certaine légitimité dans l'idée encore hérétique qu'à une dette indivisible de jouissance pesant sur le bailleur devrait correspondre une dette pareillement indivisible de paiement des loyers pesant sur les colocataires. Mais cette double discussion dépasse le cadre de cette chronique.

En second lieu, bien que la qualité d'époux des codébiteurs solidaires ne doive sans doute pas interférer sur la solution propre à la solidarité passive, on ne doit pas oublier que l'obligation à la dette solidaire est suivie de la contribution à cette même dette. Or, si dans la solidarité passive « *classique* », la contribution à la dette va s'opérer entre des personnes - les codébiteurs solidaires - qui ont, le plus souvent, des intérêts sinon divergents du moins distincts, la qualité d'époux de ces codébiteurs réintroduit dans les rapports contributifs une convergence d'intérêts plus ou moins marquée. Dès lors, si la solution paraît injuste entre codébiteurs solidaires « *étrangers* » dans la mesure où le créancier fait peser son impérite sur un débiteur solidaire privé de recours en responsabilité contre ce dernier (V. Cass. com., 23 oct. 2001, Bull. civ. IV, n° 175 ; D. 2001, AJ p. 3433, obs. A. Lienhard ; cité par D. R. Martin, D. 2002, Somm. p. 638 ; RJPF 2002-2/26, obs. F. Vauvillé) et peut être également privé de recours (ce point est discuté : D. R. Martin, obs. préc.) contre le codébitéur failli dont la dette a été éteinte, elle l'est moins lorsque les codébiteurs sont mariés, et qui plus est lorsqu'ils sont communs en biens. En effet, les loyers constituant une dette commune, et les biens communs formant, dans la majorité des cas, les ressources principales du ménage, il suffira que les biens communs assument cette dépense pour que toute injustice disparaisse. Il ne tient alors qu'à l'époux *in bonis* de payer le créancier au moyen de deniers communs, en particulier ses revenus. Lorsque les époux sont séparés de biens, il n'existe certes pas de masse commune, mais une « *communautarisation* » minimale se fait jour dans la contribution aux charges du mariage. Dès lors, là encore, l'époux *in bonis* qui va devoir acquitter la dette de loyers sur ses biens personnels, peut tempérer, voire supprimer toute injustice, en « *jouant* » sur la contribution aux charges du mariage : sa propre contribution étant satisfaite

par le paiement des loyers, il laissera son conjoint acquitter les autres dépenses journalières du ménage en guise de « *rééquilibrage* ». La contribution à la dette, « *volontairement* » organisée en amont, vient ainsi gommer ce que la solution pouvait avoir d'injuste sur le plan de l'obligation à la dette.

V. B.

B - Communauté légale

1 - Actif

**Prestations dues au titre d'un accident de travail.** Les conséquences financières d'un accident donnent lieu à l'allocation d'indemnités qui, selon le chef de préjudice qu'elles sont destinées à réparer, ne reçoivent pas la même qualification au regard du régime matrimonial. La répartition entre le patrimoine propre de l'époux victime et le patrimoine commun doit se faire en fonction des critères combinés des articles 1404 et 1401 du code civil. C'est ce qu'a rappelé la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision du 5 avril 2005 (**Cass. 1re civ., 5 avr. 2005**, n° 02-13.402, D. 2005, IR p. 1247 ; AJ Famille 2005, p. 279, obs. P. Hilt ).

En application du premier de ces textes la créance qui compense le dommage corporel et moral est propre tandis que celle qui compense le préjudice économique consécutif, substitut du salaire, est commune en application du second.

La difficulté en l'espèce venait de ce que l'époux avait été victime d'un accident de travail. Les prestations dues à ce titre compensent l'incapacité de travail qui en résulte pour le salarié. Si l'incapacité est temporaire, elle est un obstacle, pendant la durée de l'arrêt de travail, à toute activité professionnelle, et la Cour de cassation a déjà jugé que l'indemnité perçue par le salarié est un substitut de ses salaires (Cass. 1re civ., 23 oct. 1990, Bull. civ. I, n° 218 ; D. 1990, IR p. 257 ). Si l'incapacité est permanente, outre l'obstacle à la reprise d'une activité professionnelle, elle frappe le salarié dans son intégrité physique. L'indemnité compense ces deux préjudices, l'un professionnel, l'autre personnel. C'est pour n'avoir pas distingué, au sein de l'indemnité perçue par le salarié victime, la part correspondant à l'atteinte à l'intégrité physique de celle compensant la perte de revenus consécutive à cette atteinte, que l'arrêt d'appel a été censuré.

J. R.

2 - Dissolution et liquidation de la communauté

a - *Causes de la dissolution*

**Séparation de biens judiciaire.** Après avoir ouvert tout grand la porte de la séparation de biens judiciaire demandée par un époux contre son conjoint en liquidation judiciaire, dans un arrêt du 3 mai 2000 (Bull. civ. I, n° 127 ; D. 2000, AJ p. 294 ; JCP 2000, II, 10389, note J. Casey, et 2001, I, 309, n° 9, obs. A. Tisserand ; Defrénois 2000, p. 855, obs. J.-P. Sénéchal ; Dr. fam. 2000, n° 98, note B. Beignier), la Cour de cassation ne l'a-t-elle pas refermée dans celui du 19 octobre 2004 (**Cass. 1re civ., 19 oct. 2004**, n° 02-13.659, Bull. civ. I, n° 231 ; D. 2004, AJ p. 2855, obs. A. Lienhard ; D. 2005, Pan. p. 292, spéc. p. 298, obs. P. M. Le Corre ; AJ Famille 2005, p. 28, obs. P. Hilt ) ?

L'ouverture, comme la fermeture sont à nuancer.

« *La liquidation judiciaire d'un époux ne peut faire obstacle à la demande de séparation de biens présentée par l'autre* », voilà pour l'ouverture. Cette mesure préventive de protection du conjoint *in bonis* n'est pas incompatible avec la protection des droits des créanciers du conjoint défaillant. Le gage qu'ils tiennent de l'article 1413 du code civil sur les biens communs est maintenu sur ces mêmes biens, devenus indivis, par l'article 815-17. Les créanciers antérieurs à la demande de séparation de biens ne pâtissent donc pas du changement de régime matrimonial, et le conjoint *in bonis* subit, pour le passé, le régime

matrimonial qu'il avait choisi.

Mais pour l'avenir, et c'est vers l'avenir qu'il faut regarder s'agissant d'une protection préventive, la séparation de biens lui permet de mettre à l'abri des poursuites des créanciers de son conjoint les acquêts qu'il est susceptible de réaliser et de soustraire en totalité ses futurs revenus professionnels de leur gage. Bref, il ne continuera pas à travailler en pure perte.

La nuance vient de ce que le 3 mai 2000 la censure frappait un arrêt d'appel qui avait estimé que la déconfiture du mari étant consommée depuis trois ans, la femme ne démontrait pas en quoi le maintien de la communauté mettait en péril ses intérêts. Les juges d'appel avaient compris le passé (régé par l'art. 1413) mais pas l'avenir. Or l'avenir est régi par l'article 1443. La censure s'explique en partie pour cette raison. Mais pas seulement, puisqu'en 2004 dans un arrêt de rejet, la Cour de cassation reprend, en forme de principe, la même formule d'ouverture, alors, qu'eu égard au moyen dont elle était saisie, elle n'y était pas tenue.

On tiendra donc pour acquise la compatibilité de la liquidation judiciaire de l'un avec la demande de séparation de biens de l'autre. Mais en ajoutant, la liquidation judiciaire « *n'établit pas cependant à elle seule la mise en péril des intérêts* » du conjoint, la Cour de cassation ne referme-t-elle pas la porte qu'elle avait ouverte ?

Le péril est évidemment consommé pour le passé, et le prononcé de la liquidation judiciaire n'est que le résultat de l'insolvabilité de l'époux qui est l'objet de la procédure collective. Mais alors, si cette procédure « *ne suffit pas à elle seule* », quels éléments autres que « *le désordre des affaires* » de son conjoint, l'époux *in bonis* doit-il prouver pour sortir de ce régime matrimonial, d'autant plus que les créanciers de l'époux défaillant n'ont pas un droit acquis au maintien du régime matrimonial de celui-ci. En rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt qui a débouté l'épouse de sa demande de séparation de biens, la Cour de cassation ne permet pas à l'épouse de préserver son avenir alors pourtant que c'est la vocation de l'article 1443.

La nuance ici vient de ce qui était l'enjeu en l'espèce. L'épouse tentait de s'opposer à la vente d'un immeuble constituant le seul actif commun, prétendant que cette vente l'empêchait d'en réclamer l'attribution préférentielle lors du partage consécutif au changement de régime matrimonial. Elle soutenait que cette vente mettait en péril ses droits dans le partage de la communauté.

Le moyen était évidemment voué à l'échec. Son droit à l'attribution préférentielle était d'ores et déjà perdu par l'effet des articles 1413 et 815-17 et ce n'est pas son droit au changement de régime matrimonial, issu de l'article 1443, qui pouvait le faire renaître.

On sait depuis longtemps que le logement familial n'est pas insaisissable et cette insaisissabilité ne peut pas être contournée par le biais de l'article 1443, comme tentait de le faire le moyen du pourvoi. Mais depuis peu, cette protection de ce bien affecté est possible, par simple déclaration devant notaire publiée au bureau des hypothèques, par tout entrepreneur individuel susceptible d'être soumis à une procédure collective (art. L. 526-1 à L. 526-4 issus de L. n° 2003-706 du 1er août 2003, D. 2003, Lég. p. 1947).

Pour autant on peut avec d'autres (V. not., J. Rochfeld, RTD civ. 2003, p. 738 ) émettre quelques doutes sur l'efficacité de ces dispositions nouvelles. Pour s'en tenir à notre seul propos, celui du droit du régime matrimonial, on remarquera que cette déclaration d'insaisissabilité est laissée à la seule initiative de l'époux professionnel ; son conjoint, et s'ils sont mariés sous un régime de communauté, est seulement informé. Il ne dispose donc d'aucun moyen de protéger ce bien particulier ; dépourvu de ce droit d'initiative, le péril, pour lui, est toujours le même, outre que l'on peut douter de ce que cet unilatéralisme à l'égard du logement familial est bien conforme au statut de cogestion auquel il est par ailleurs soumis.

La leçon est connue. Pour protéger ses droits dans les acquêts réalisés avec un conjoint dont les affaires risquent de mal tourner, l'époux doit engager une procédure de séparation de biens, avant même que ne soit avérée la cessation des paiements. Car le partage qui en est

l'aboutissement doit être un partage « *honnête* », c'est-à-dire un partage équilibré de l'actif mais aussi du passif, à défaut de quoi les créanciers disposent de l'arme de la tierce-opposition (art. 1447, al. 2). Et ce n'est pas la seule ; celui des époux, tenté par une séparation de biens, ne doit pas oublier que s'il a un patrimoine propre, lequel était à l'abri des poursuites des créanciers de son conjoint, il ne le sera plus, pour la moitié des dettes, à compter de la dissolution de la communauté (art. 1483). Enfin, la liquidation de la communauté implique l'établissement d'un compte de récompense dont le solde, s'il est en faveur de la communauté, peut être réclamé par le liquidateur, ce qu'il ne pourrait pas faire si le régime de la communauté était maintenu ; et, si à l'inverse, le solde est en faveur de l'époux *in bonis*, cette créance de récompense est frappée de forclusion faute de déclaration au passif (sauf relevé de forclusion, V. obs. A. Tisserand, préc.).

J. R.

#### *b - Récompenses*

**Preuve du droit à récompense.** L'affaire semble, cette fois, entendue. Alors que, par deux arrêts (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. et 28 janv. 2003, D. 2003, Somm. p. 1866, et nos obs. ; 1<sup>re</sup> esp., RTD civ. 2003, p. 340, obs. B. Vareille ; AJ Famille 2003, p. 107, obs. S. D.-B. ), la Cour de cassation avait semblé s'affranchir, tout en ne rompant pas, avec sa position rigoureuse antérieure sur la preuve du droit à récompense contre la communauté, la première Chambre civile confirme, dans deux arrêts rendus le 8 février 2005 que le revirement est bel et bien consommé (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 févr. 2005**, n° 03-13.456 et n° 03-15.384, D. 2005, IR p. 592 ; RTD civ. 2005, p. 445, obs. B. Vareille ; AJ Famille 2005, p. 149, obs. P. Hilt ).

Le problème est bien connu : un époux ayant laissé, inconsciemment ou non, se confondre des deniers issus de la vente d'un bien propre (ou provenant d'une succession ou d'une libéralité) sur un compte alimenté de fonds communs, était confronté à la preuve de son droit à récompense contre la communauté lors de la liquidation. Etant dans l'impossibilité, en raison de la présomption de communauté combinée au phénomène de confusion des choses fongibles, de déterminer l'origine propre des fonds figurant sur le compte, et par suite de relier ces fonds propres à une dépense précise réalisée à partir de ce compte, l'époux demandeur échouait fatalement dans son entreprise probatoire, faute d'établir un quelconque profit subsistant pour la communauté, alors même qu'il était parfois avéré que les sommes propres déposées sur le compte avaient été utilisées dans des dépenses, présumées communes, dans la mesure où le compte avait été vidé. Nous ne reviendrons pas sur les critiques (mais aussi, pour certains, les qualités) dont cette jurisprudence faisait l'objet (V. nos obs. préc. et les réf.), et nous nous attacherons à l'analyse de ces deux décisions.

La première est un arrêt de cassation. Alors qu'une épouse réclamait une récompense contre la communauté pour avoir acquitté au moyen de fonds propres des impositions communes ainsi que le découvrit d'un compte joint, les juges du fond refusent ce droit à récompense au motif qu'elle ne démontrait pas que ces paiements avaient « *laissé subsister un profit pour la communauté dont les dépenses excédaient notablement ses facultés* ». La Cour de cassation censure la décision du fond, pour violation de l'article 1433, estimant qu'une fois relevé l'encaissement de deniers propres par la communauté, le droit à récompense se déduisait, à défaut de preuve contraire.

L'affirmation, en quelque sorte d'une présomption de droit à récompense contre la communauté par le seul fait que celle-ci a « *encaissé* » des fonds propres, ce qu'il faut comprendre à notre avis comme signifiant que des fonds propres ont été confondus avec des fonds communs, rendant inéluctable l'absorption de ceux-là par ceux-ci, nous paraît significative. En effet, le raisonnement des juges du fond semblait se situer, non pas au niveau de la question de l'affectation des fonds propres, puisque les dépenses acquittées au moyen des fonds propres étaient connues et établies, mais portait, en aval, sur la question du profit subsistant pour la communauté. En d'autres termes, si l'on retrouvait le constat de l'absence de profit subsistant comme source de refus d'un droit à récompense, cette absence n'était pas due, comme à l'habitude, à l'impossibilité d'établir que des fonds effectivement propres à l'un des époux avaient effectivement servi à acquitter une dépense effectivement

déterminée. Il semble, en réalité, que les juges déniaient le caractère commun des dettes acquittées par les deniers propres, au motif que le train de vie des époux était somptuaire. Dès lors, en raison du caractère, nous semble-t-il, erroné de l'analyse des juges du fond, la Cour de cassation aurait sans doute pu censurer l'arrêt en affirmant que l'acquiescement d'une dette incombant à titre définitif à la communauté (ce que semblent être les dépenses relevées par les juges) constitue nécessairement un profit pour celle-ci en ce qu'il a évité une perte, ce profit étant d'un montant égal à l'économie faite, c'est-à-dire au montant de la dépense. Or, la Cour de cassation choisit de fournir une réponse située en amont, à la source pourrait-on dire, en indiquant que l'encaissement de deniers propres par la communauté « *fait* » la récompense, se désintéressant donc de l'emploi réel des fonds. Dès lors, peu importe (au moins dans un premier temps) l'usage des fonds propres, l'encaissement de ces derniers suffit à établir un droit à récompense du montant nominal des fonds propres disparus par confusion.

Le second arrêt est de rejet. Une épouse avait versé une somme, représentant une fraction du prix de la vente d'un bien propre, sur le compte joint du couple alimenté de fonds communs, et les juges du fond en avaient déduit l'existence d'un droit à récompense du montant nominal des sommes versées. Le mari contestait cette solution en reprochant, classiquement, aux juges du fond de ne pas avoir précisé en quoi la communauté avait tiré profit de ce versement, et donc d'avoir privé leur décision de base légale au regard de l'article 1433 du code civil. Le problème se posait ainsi dans toute sa pureté. Le rejet du pourvoi par la Cour de cassation est limpide : l'encaissement des deniers propres par la communauté établit le droit à récompense pour l'épouse, « *à défaut de preuve par le mari que la communauté n'en a pas tiré profit* ». C'est donc d'un renversement de la charge de la preuve qu'il s'agit : c'est à l'époux qui conteste le droit à récompense d'établir l'absence de profit pour la communauté, et donc, pour ce faire, d'établir l'usage précis des fonds propres, et non plus, comme auparavant, à l'époux demandeur d'établir l'existence du profit. L'établissement d'un droit à récompense pour l'un des époux en ressort facilité. Pour autant, comme le montre la suite de l'arrêt où l'épouse réclamait une récompense d'un montant égal au prix de vente d'un bien propre, sans établir l'encaissement de la totalité de ce prix, le droit à récompense, conformément à la lettre de l'article 1433 du code civil, est subordonné à la preuve de « *l'encaissement* » par la communauté des sommes propres, dont il faut souhaiter qu'elle ne soit pas rendue excessivement difficile (relevé de dépôt en compte, proximité du dépôt et de la vente du bien propre, déclaration ? ... le plus simple étant sans doute que le prix de vente du propre soit directement encaissé sur un compte commun) ; *a contrario*, le seul fait pour un époux d'avoir recueilli des fonds propres provenant de la vente d'un propre ne suffit pas à établir un droit à récompense contre la communauté, pour la simple raison que ces fonds ont, en l'absence de preuve contraire, gardé juridiquement leur nature propre : ils peuvent être conservés par l'époux qui, en prenant soin d'éviter leur confusion, en fera la « *reprise* » à la dissolution ; ou bien ils peuvent faire l'objet d'un remploi. Ce n'est que s'ils sont confondus avec les fonds communs qu'ils ouvrent droit à récompense.

V. B.

**Calcul de la récompense.** L'existence du droit à récompense et l'évaluation de la créance de récompense nourrissent toujours le contentieux. L'arrêt rendu le 8 février 2005 par la première Chambre civile de la Cour de cassation en est un exemple (sur le second moyen : **Cass. 1re civ., 8 févr. 2005**, n° 02-12.103, D. 2005, Jur. p. 1674, note C. Brenner ; RTD civ. 2005, p. 446, obs. B. Vareille ; AJ Famille 2005, p. 235, obs. F. Chénéde, et p. 240, obs. P. Hilt ).

La communauté avait payé (en partie) une dette solidaire entre la femme et le frère de celle-ci ; la cour d'appel a vu dans ce paiement pour autrui un prêt consenti au frère et, en conséquence, a refusé un droit à récompense à la communauté.

Pourtant l'existence du droit à une récompense en faveur de la communauté se présente sous son aspect le plus simple lorsqu'un époux paie une dette personnelle avec des deniers communs. Dans cette espèce, la cour d'appel a ignoré le texte qui vise ce cas de récompense - l'article 1437 du code civil - mais la formule par laquelle la censure est prononcée est des plus énigmatique : « *la dette était personnelle [à la femme] en raison de sa nature solidaire* ».

Ce n'est évidemment pas la solidarité qui imprime le caractère personnel à une dette, au sens du régime de communauté.

Que l'époux personnellement débiteur le soit solidairement avec un tiers ne change rien. La solidarité est indifférente à la qualification de la dette, c'est-à-dire à la désignation du patrimoine qui doit en supporter la charge définitive. Ce qui importe est de savoir de quelle caisse sont sortis les deniers pour l'acquitter. Si ce sont des deniers communs, et ce sera souvent le cas faute de liquidités personnelles, la communauté jouant le rôle de banquier de l'époux débiteur, la dépense, à elle seule, justifie l'existence de la récompense, et son montant n'est autre que la somme nominale ; c'est cette somme qui sera inscrite au compte de récompense.

Si la créance due à la communauté est d'un montant identique qu'elle soit due au titre du remboursement d'un prêt (solution de la cour d'appel) ou au titre d'une récompense (solution de la Cour de cassation) il convenait néanmoins de replacer le débat sur son véritable terrain. Car le débiteur de la créance est l'épouse, et non le frère de celle-ci, et son règlement s'opère selon le système de compensation propre au droit des récompenses ; spécialement, elle pourra être compensée par des récompenses dues à la femme.

Même si le montant nominal de la créance est le même, la qualification de la créance a une incidence sur les opérations de liquidation de la communauté. Le renvoi après cassation s'imposait.

Dernière remarque. La solidarité n'intervient que pour permettre au débiteur *solvens* d'exercer un recours contre son codébiteur ; en l'espèce, le frère de l'épouse solidairement engagé avec elle est décédé et cette dernière est son héritière. La dette du frère à l'égard de l'épouse est éteinte par confusion.

Dans cette même affaire, la cour d'appel a admis l'existence de deux autres récompenses en faveur de la communauté, mais c'est leur évaluation qui lui vaut d'être censurée.

La première trouve sa source dans les frais de licitation et de partage d'un immeuble dépendant de la succession des parents de l'épouse qui lui a été attribué.

La cour d'appel a appliqué l'alinéa 2 de l'article 1469 relatif aux dépenses nécessaires. Pourtant, depuis un arrêt du 4 juillet 1995 (Bull. civ. I, n° 290 ; D. 1995, IR p. 201 ; RTD civ. 1996, p. 975 et p. 977, obs. B. Vareille ; Defrénois 1995, p. 1448, note M. Grimaldi) c'est l'alinéa 3, relatif aux dépenses d'acquisition, qui doit permettre l'évaluation de la récompense, la Cour de cassation ayant décidé que c'était la règle du profit subsistant qui régissait toute acquisition, qu'elle le soit à titre onéreux ou à titre gratuit. Il s'agissait alors des frais d'enregistrement d'une donation faite à un époux, payés par la communauté (V. déjà, bien que plus implicite, Cass. 1re civ., 9 déc. 1986, Defrénois 1987, p. 929, note Morin pour les droits de mutation afférents à une succession recueillie par un époux).

La difficulté, est évidemment de chiffrer le profit subsistant dans ces hypothèses d'acquisition gratuite. La Cour de renvoi devra d'abord établir le rapport entre le montant des frais (dépense faite) et la valeur de l'immeuble à l'époque de l'attribution, puis appliquer ce rapport à sa valeur actuelle (V. note M. Grimaldi, préc.). En bref, il faut procéder à une double évaluation comme s'il y avait eu une double contribution.

La cause est donc entendue, la locution « *servi à acquérir* » de l'article 1469, alinéa 3, n'est pas le prix, mais le coût de l'acquisition, et chacun sait qu'une acquisition gratuite (civilement) coûte (fiscalement). L'esprit du texte - la récompense est une dette de valeur - et la réalité fiscale se rejoignent pour évincer le strict point de vue juridique ; le montant à inscrire au compte de récompense en faveur de la communauté doit reconstituer la masse commune, en valeur actuelle, de ce dont elle s'est naguère appauvrie, peu importe que cette dépense n'ait pas la nature juridique d'un prix, contrepartie du bien reçu par le patrimoine débiteur.

La seconde source de récompense admise par la cour d'appel résidait dans le paiement, par la

communauté, de travaux exécutés dans l'immeuble propre de l'épouse. Pour la cour d'appel, il s'agit de travaux d'amélioration, et elle fixe le montant du profit subsistant en fonction de l'état actuel de ces améliorations, sans s'expliquer sur la manière dont elle a procédé pour aboutir à la somme fixée. La méthode d'évaluation est contrôlée par la Cour de cassation et parce qu'elle opère un contrôle sur ce point, elle exige que les juges du fond précisent les montants de la double évaluation (valeur actuelle ; valeur actuelle sans les travaux) nécessaire pour en retenir la différence, qui représente le profit subsistant. Il semble, en l'espèce, que la cour d'appel se soit bornée à retenir un montant forfaitaire et/ou équitable. La censure était inévitable.

J. R.

C - Compte d'indivision post-communautaire

**Créance d'un indivisaire.** Tout emprunt pour financer une acquisition immobilière est garanti par une assurance invalidité-décès, et ces contrats (prêt - assurance), de longue durée, sont souvent encore en cours au moment du divorce des emprunteurs.

Si le risque invalidité se réalise avant le divorce, l'époux souscripteur invoque une créance de récompense contre la communauté, et s'il se réalise après, il invoquera une indemnité contre l'indivision. C'est de cette même question, dans les deux cas de figure, que la Cour de cassation a été récemment saisie ; elles donnent des réponses conformes, mais soutenues par des motivations différentes, ce qui n'était pas inéluctable.

Dans l'arrêt rendu le 14 décembre 2004 par la première Chambre civile (Bull. civ. I, n° 309 ; D. 2005, Jur. p. 545, note R. Cabrillac ; AJ Famille 2005, p. 68, obs. P. Hilt ), l'invalidité du mari était survenue au cours du mariage, et, lors de la liquidation de la communauté, il a prétendu que les sommes payées par l'assureur au titre des échéances de l'emprunt étaient des biens propres, ce qui lui permettait d'en faire inscrire le montant au crédit de son compte de récompenses dues par la communauté. Sa demande est couronnée de succès par les juges du fond qui voient dans la cause des remboursements de l'emprunt effectués par l'assureur, l'atteinte corporelle subie par le mari. Mais les juges d'appel sont censurés au visa de l'article 1404 du code civil ; pour la Cour de cassation la cause du paiement par l'assureur est, non la réparation d'un dommage corporel, mais la perte de revenus consécutive à l'invalidité. On retiendra que l'invalidité génère un préjudice corporel et un préjudice matériel, ce qui n'est pas très surprenant.

Ce qui l'est plus, c'est que la Cour de cassation n'ait pas motivé sa décision comme elle l'avait déjà fait (Cass. 1re civ., 1er déc. 1987), en rappelant que l'indemnité d'assurance destinée à rembourser les dettes contractées par la communauté n'a jamais figuré dans le patrimoine personnel du mari. Ce qui s'explique par le mécanisme du contrat d'assurance-invalidité ; le bénéficiaire de la garantie d'assurance est la banque et, par l'effet de la stipulation pour autrui, elle l'acquiert directement de l'assureur, le stipulant-souscripteur n'ayant, contre le promettant-assureur aucun droit sur ces sommes.

Et surprenant, ça l'est d'autant plus que dans un autre arrêt rendu par la même formation de la Cour de cassation le 3 novembre 2004, relatif au second cas de figure - les échéances de l'emprunt sont payées par l'assureur pendant la période d'indivision post-communautaire consécutive au divorce - c'est de cette manière qu'est motivée la censure d'un arrêt d'appel qui avait décidé d'inscrire les sommes au passif de l'indivision, en faveur de l'époux invalide (**Cass. 1re civ., 3 nov. 2004**, n° 02-12.319).

Pour les juges du fond, les remboursements des emprunts doivent suivre le sort des produits du travail dont ils constituent des substituts ; or, pendant l'indivision, il n'est pas douteux que les revenus du travail sont personnels, ce qui leur avait permis de déduire une créance contre l'indivision au bénéfice de l'époux.

La censure est ici prononcée au visa de l'article 815-13 du code civil, texte qui prévoit une indemnité au bénéfice de l'indivisaire qui a fait des impenses nécessaires avec ses deniers

personnels pour la conservation des biens indivis. Il avait déjà été jugé que le remboursement d'un emprunt pour financer l'acquisition d'un immeuble peut être un acte nécessaire à la conservation du bien (Cass. 1re civ., 4 mars 1986, Bull. civ. I, n° 51).

Mais ce n'est pas une violation du texte qu'ont commis les juges du fond mais une « *fausse application* », pourquoi ? Parce que n'ayant jamais fait partie du patrimoine de l'intéressé les sommes réglées par l'assureur à la banque ne pouvaient pas être assimilées à des impenses payées avec ses deniers personnels. Autrement dit, en raison de la stipulation pour autrui sur laquelle est construit ce type d'assurance, rien n'est sorti de son patrimoine. Il ne saurait être créancier de l'indivision.

En résumé, que les juges du fond qualifient les sommes versées par l'assureur d'indemnités de réparation du préjudice corporel, ou de substituts du salaire (préjudice matériel), ils ont tort. Ce n'est ni l'une, ni l'autre. Seul le banquier est créancier de ces sommes et il est inutile de rechercher à quoi elles se substituent dans le patrimoine du souscripteur, qu'il soit marié ou en indivision.

C'est pourquoi, la Cour de cassation aurait pu justifier sa décision du 14 décembre de la même manière que celle du 3 novembre, plutôt que de se placer sur le terrain de la cause de l'indemnité pour distinguer préjudice corporel et préjudice matériel (la cause de l'indemnité, n'est-ce pas les primes ?). Mais peut-être cette motivation différente recèle-t-elle des subtilités qui tiennent à la technique de cassation qui nous échappent.

En définitive, peu importe l'époque à laquelle l'assureur exécute son engagement - pendant le mariage, après le divorce -, peu importe, la nature commune ou indivise du bien acquis grâce à un emprunt garanti ; en aucun cas, l'époux dont le risque assuré se réalise ne peut prétendre à une quelconque créance contre l'autre (*via* la communauté, ou *via* l'indivision). La solution sera évidemment la même si les époux mariés sous le régime de la séparation de biens faisaient l'acquisition d'un bien indivis, financé par un emprunt garanti par une assurance invalidité-décès.

J. R.

## II - Successions

### A - Passif successoral

#### 1 - Notion de passif successoral

**La dette de répétition de l'indu.** Il est fréquent que le versement périodique de sommes d'argent à une personne, par exemple par un organisme social, continue quelques temps après le décès de celle-ci, faute pour cet organisme d'avoir connaissance du décès. Les versements postérieurs au décès sont alors des paiements indus dont l'organisme *solvens* est en droit d'obtenir la restitution. La question est alors de savoir contre qui, et pour quel montant, peut-il agir. Plus précisément, le recours doit-il suivre le régime de l'action en répétition de l'indu ou celui du passif successoral ?

L'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 24 mai 2005 illustre cette difficulté (**Cass. 1re civ., 24 mai 2005**, n° 02-31.238). En l'espèce, la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales a, postérieurement au décès de Mme Y, continué pendant près de deux ans, à verser les arrérages de la pension sur le compte dont elle était titulaire. S'apercevant de son erreur, la Caisse demande restitution des sommes versées indûment à la personne qui faisait fonctionner le compte, en vertu d'une procuration, à savoir la petite-fille de l'assurée. Se fondant exclusivement sur les règles relatives au paiement indu, et donc excluant la nature successorale de la dette, née postérieurement au décès, les juges du fond donnent gain de cause à la Caisse *solvens* en décidant que la restitution d'un paiement indu « *ne pouvait être réclamée qu'à la personne qui l'avait reçu* », c'est-à-dire Mme X, mandataire du titulaire du compte. La Cour de cassation censure la décision des juges du fond, au double visa des articles 1376 et 724 ancien du code civil, au motif que « *versés postérieurement au décès de la bénéficiaire, ces arrérages de pension étaient tombés dans sa succession, de sorte que Mme X ne pouvait être tenue de la dette que*

*selon sa part héréditaire* ». La Cour de cassation reprend ainsi la solution, rendue au même visa, par une Chambre mixte le 12 mai 2000 (Bull. civ., n° 1 ; D. 2001, Jur. p. 1210, note V. Mikalef-Toudic ). Cette dernière décision était venue trancher une question qui divisait auparavant les Chambres civile et sociale de la Cour de cassation (la division étant aussi interne aux deux Chambres). Certains arrêts appliquaient exclusivement les règles de la répétition de l'indu en décidant que l'action ne pouvait être exercée qu'à l'encontre du mandataire ayant reçu la somme indue (Cass. soc., 24 juin 1987, Bull. civ. V, n° 412 ; Cass. 1re civ., 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 106), tandis que d'autres jugeaient qu'il incombe à la seule « *succession* » du titulaire du compte de restituer les versements indus (Cass. 1re civ., 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 266 ; RTD com. 1997, p. 315, obs. B. Bouloc ; Cass. soc., 5 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 477 ; D. 1998, IR p. 263 ). Après l'arrêt d'une Chambre mixte, l'arrêt commenté reprend à son compte cette dernière solution.

Si la solution doit sans doute être approuvée, le fondement retenu est rien moins que clair. En effet, que signifie les formules : « *tombés dans sa succession* » ou encore que leur restitution incombait à la succession du titulaire du compte qui les avait reçus ? De telles formules ne peuvent être, selon nous, tout au plus que des images artificielles, aptes le cas échéant à illustrer une solution qu'*a priori* on juge souhaitable. Qu'est-ce que cette « *succession* », soudain promue au rang de personne morale ? De deux choses l'une : soit la succession est dévolue à un seul héritier acceptant et alors les biens successoraux sont les siens propres, de sorte qu'il ne fait pas de difficulté à poser que cet héritier *accipiens* est le débiteur de l'indu. Soit la succession est dévolue à plusieurs héritiers acceptants, et alors les biens successoraux forment une indivision qui, rappelons-le, n'a pas la personnalité morale. Si des sommes sont « *versées* » par un tiers *solvens* à l'indivision, c'est nécessairement par le biais de l'un ou des indivisaires, par exemple cotitulaires d'un compte sur lequel sont déposés des fonds indivis. Ce tiers, créancier de l'indu, doit poursuivre personnellement le(s) titulaire(s) du compte, et se soumettre à l'article 815-17 du code civil pour saisir les biens indivis. En aucun cas, une créance née à l'occasion de l'indivision, ou plus précisément ayant profité à la masse indivise, ne va suivre le régime des créances successorales : à titre d'exemple, un créancier au titre d'une prestation relative à des améliorations sur un bien indivis, et qui aurait contracté avec un seul indivisaire, pourra poursuivre le recouvrement de sa créance contre cet indivisaire ainsi que contre les biens indivis, en vertu de l'article 815-17, alinéa 1er, du code civil, mais pas à l'encontre des patrimoines propres des coindivisaires. Alors comment justifier que la créance de répétition de l'indu puisse être recouvrée contre les héritiers selon leurs parts héréditaires ? Certes pas par la nature successorale de la dette : les versements, et donc la naissance de l'indu, sont postérieurs au décès de l'assuré (Cass. 1re civ., 5 mai 1986, préc. ; V. Mikalef-Toudic, note préc.). En revanche, il nous semble que l'application du régime des dettes successorales pourrait trouver sa justification dans la nature de charge successorale de la dette de répétition de l'indu (*contra*, V. Mikalef-Toudic, note préc.). Si cette catégorie de dettes demeure relativement floue, elle semble toutefois répondre à des caractères communs : d'une part, la dette doit n'avoir jamais pesé sur le *de cuius* ; d'autre part, comme l'a mis en valeur M. Grimaldi (*Successions*, 3e éd., Litec, n° 604), elle doit n'exister qu'en « *raison du décès* ». Or, ces deux caractères nous semblent remplis en l'espèce : la dette de répétition d'indu, consécutive à des versements postérieurs au décès du *de cuius* n'a jamais pesé sur ce dernier ; la dette de répétition d'indu trouve sa source directe dans le décès du *de cuius*, puisque, s'il n'était pas survenu, les versements auraient été parfaitement légitimes. Ainsi nous paraît-il justifié qu'en raison de cette qualification, la dette de répétition de l'indu née après le décès du *de cuius*, suive le même régime que les dettes successorales, alors qu'en raison de leur date de naissance elle devrait logiquement suivre le sort des dettes personnelles des héritiers.

V. B.

2 - L'obligation personnelle des héritiers au passif successoral

**Obligation à la dette de l'héritier en nue-propriété.** La répartition du passif successoral entre héritiers nus-propriétaires et usufruitiers continue de susciter des questions délicates.

Dans la dernière livraison de cette chronique, nous avons commenté un important arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 décembre 2003 (Bull. civ. I, n° 255 ; D. 2004, Somm. p. 2336 ; AJ Famille 2004, p. 106, obs. S. D.-B. ), jugeant que les dettes successorales subissaient une « *divisibilité* » entre le nu-proprétaire et l'usufruitier, que ne pouvait entraver le caractère indivisible de la dette : obligés *ultra vires successionis*, l'usufruitier universel ou à titre universel n'est tenu que des intérêts du passif successoral, charge de sa jouissance, le nu-proprétaire devant, quant à lui, assumer le capital du même passif. Toutefois, cet arrêt laissait en suspens le point de savoir si le nu-proprétaire ne pouvait être poursuivi que pour le capital du passif ou si, au contraire, il pouvait être recherché pour toute la dette, sauf à disposer d'un recours contre l'usufruitier. Certes, la jurisprudence, rare en la matière, consacre cette seconde solution (Cass. 1re civ., 16 mai 1960, D. 1960, Jur. p. 681, note G. Holleaux ; JCP 1961, II, 12148, note A. Ponsard ; 8 avr. 1970, Bull. civ. I, n° 108 ; 11 févr. 1981, JCP 1981, II, 19693, note P. Rémy ; RTD civ. 1981, p. 884, n° 1, obs. J. Patarin). Cependant, au vu des termes de l'arrêt du 9 décembre 2003, érigeant en principe la « *divisibilité* » de la dette entre usufruitier et nu-proprétaire, nous avons entretenu l'espoir que cette solution, souvent critiquée par la doctrine, puisse être remise en cause. L'arrêt rendu le 18 janvier 2005 par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation vient démentir cet espoir (**Cass. 2e civ., 18 janv. 2005**, n° 02-30.577, Bull. civ. II, n° 15 ; AJ Famille 2005, p. 200, obs. F. B. ).

Après le décès de M. X, la Caisse d'assurance maladie a réclamé à son épouse, usufruitière de l'actif successoral, le remboursement de la moitié des sommes pouvant être recouvrées contre la succession de l'allocataire des arrérages qui lui ont été servis au titre d'une allocation ; les juges du fond donnaient gain de cause à la Caisse, tout en limitant la part due par la fille du défunt, héritière en nue-proprété, à la moitié de la dette. La cassation était inévitable, puisque la répartition du passif entre usufruitier et nu-proprétaire ne s'opère pas par portions viriles. Ainsi, après avoir rappelé que l'usufruitier ne pouvait être poursuivi que dans les limites posées par l'article 612 du code civil, c'est-à-dire pour les intérêts de la dette, la Cour de cassation reprend, au même visa de l'article 714 du code civil, la formule des arrêts de 1970 et de 1981, selon laquelle le créancier conserve le droit « *de poursuivre directement l'héritier comme il aurait pu poursuivre le défunt dont il est le continueur sauf tel recours que de droit de sa part* ».

Pas davantage aujourd'hui qu'hier, cette solution ne convainc (V. not., les notes préc. de G. Holleaux et A. Ponsard ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 594 et n° 595). En effet, en quoi la qualité de « *continueur du défunt* », argument commun à toutes les décisions retenant cette solution, permet-elle d'en inférer que le nu-proprétaire soit tenu de la totalité de la dette ? Deux questions peuvent être posées quant à la portée de cette qualité de continueur de la personne du défunt.

D'une part, cette qualité détermine-t-elle *l'étendue de l'obligation à la dette*, c'est-à-dire l'obligation *ultra vires* ? Pas totalement. Plus exactement, si la continuation de la personne du défunt, reposant sur une fiction, constitue sans doute un soutien à l'obligation *ultra vires*, il n'en reste pas moins que l'on peut être continueur de la personne du défunt tout en étant tenu seulement *intra vires*, ce qui est le cas de l'héritier acceptant sous bénéfice d'inventaire (V. M. Goré, J.-Cl. Civil, Art. 802 à 810, n° 8 s.) ; en revanche, il est exact que l'obligation *ultra vires* est exclusive, sauf disposition expresse, de l'absence de la qualité de continueur de la personne du défunt.

D'autre part, cette qualité détermine-t-elle *la mesure de l'obligation à la dette*, c'est-à-dire le *quantum* de la dette ? Certainement pas. La « *divisibilité* » de la dette entre l'usufruitier et le nu-proprétaire ne préjuge pas de la qualité de continueur de la personne du défunt de l'un et de l'autre. Il est en effet loin le temps où une fraction de la doctrine (Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 15, n° 521) déduisait l'absence d'obligation à la dette du conjoint usufruitier de sa prétendue absence de qualité de continueur de la personne du défunt. S'il est aujourd'hui certain que l'usufruitier universel est le continueur de la personne du défunt, et donc tenu *ultra vires*, cela n'explique en rien qu'il ne soit tenu que des intérêts du passif successoral, la mesure de son obligation trouvant ses causes ailleurs.

Dès lors, l'usufruitier et le nu-proprétaire étant tous deux continuateurs de la personne du défunt (alors qu'une lecture *a contrario* hasardeuse de la formule de la Cour de cassation viendrait suggérer le contraire concernant l'usufruitier), ils devraient logiquement être traités pareillement sur le plan de la mesure de la dette. A titre d'exemple, ce n'est pas parce que deux héritiers assument une obligation au passif d'une étendue distincte, l'un ayant accepté simplement tandis que l'autre a accepté sous bénéfice d'inventaire, que la mesure de leur obligation ne sera pas identique, la dette se divisant pareillement entre eux à hauteur de leurs parts respectives dans la succession (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 févr. 1993, Bull. civ. I, n° 72 ; D. 1993, IR p. 71 ).

Certes, la « *divisibilité* » de la dette entre l'usufruitier et le nu-proprétaire n'est pas sans gêner le créancier successoral (V. nos obs. préc.), d'autant que celui-ci ne peut y pallier par une clause d'indivisibilité, de sorte que la possibilité offerte au créancier de poursuivre le nu-proprétaire pour le tout peut apparaître comme une faveur qui lui est faite. Toutefois, on remarquera que l'autre « *divisibilité* » de la dette, celle frappant toute dette en présence d'une pluralité d'héritiers, est aussi une source de gêne pour le créancier. A une différence près : tandis que le créancier ne dispose *a priori* (V. toutefois, nos obs. préc., *in fine*) d'aucun moyen de contrer la « *divisibilité* » de la dette entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, à l'inverse, il peut se prémunir contre la division de la dette entre une pluralité d'héritiers, en prenant le soin d'introduire dans le titre de sa créance une clause d'indivisibilité. Et si, sans l'expliquer juridiquement, l'incapacité de la clause d'indivisibilité à briser la « *divisibilité* » de la dette entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, consacrée par l'arrêt du 9 décembre 2003, venait donner un argument à la solution adoptée dans cet arrêt du 18 janvier 2005 ? Il est regrettable que le projet de loi de réforme du droit des successions adopté en Conseil des ministres le 29 juin 2005 ne vienne pas trancher cette question.

Reste au nu-proprétaire à prendre la mesure de cette charge. Soit, il se contente du recours dont il dispose contre l'usufruitier. Soit, prenant les devants, il accepte la succession sous bénéfice d'inventaire. Certes, dans ce cas, il reste tenu de la totalité de la dette successorale, mais seulement sur les biens de la succession. Or, quand bien même la « *divisibilité* » de la dette entre l'usufruitier et le nu-proprétaire jouerait-elle à son égard comme elle joue à l'endroit de l'usufruitier, qu'il faut souligner que la totalité des biens de la succession constitue toujours le gage des créanciers (V. not. Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, t. 2, n° 52 ; J. Patarin, obs. préc.). De sorte que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire permet au nu-proprétaire d'être peu ou prou dans une situation identique, que la « *divisibilité* » de la dette joue ou non à son endroit.

V. B.

### 3 - L'exercice des poursuites

**La poursuite du légataire à titre particulier d'un immeuble hypothéqué.** Le légataire à titre particulier bénéficie, sur le plan du passif successoral, d'un traitement privilégié.

En effet, à l'instar de l'ayant cause à titre particulier entre vifs, il ne recueille qu'un bien déterminé de son auteur, sans devoir supporter une part de passif correspondant. Ainsi, la Cour de cassation rappelle-t-elle dans son arrêt rendu le 22 juin 2004, conformément à l'article 1024 du code civil, que le légataire particulier n'est « *ni héritier, ni tenu personnellement des dettes de la succession* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2004, n° 01-13.160).

Il convient toutefois de relativiser cette solution par trois principaux tempéraments d'inégale portée. D'une part, le legs à titre particulier peut être réduit, voire anéanti, en application de l'adage *Nemo liberalis nisi liberatus* ordonnant que la satisfaction du légataire passe après celle, plus légitime, des créanciers successoraux, sur les biens du *de cuius* ; si cette règle trouvera à s'appliquer plus aisément à un legs de chose de genre, en particulier d'une somme d'argent, elle a pu néanmoins imposer la réduction de legs de corps certains (Cass. civ., 18 juin 1862, DP 1862, 1, p. 411 ; S. 1862, 1, p. 193). D'autre part, le principe de l'absence d'obligation personnelle du légataire particulier aux dettes successorales a été entamé par la réforme du 3 décembre 2001 qui prévoit, tant au sujet du droit de pension dû aux ascendants

ordinaires se trouvant dans le besoin (art. 758 c. civ.) qu'au sujet du droit à pension dû au conjoint se trouvant dans le besoin (art. 767 c. civ.), que « *la pension est prélevée sur l'hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument* ». Le légataire particulier devient ainsi une sorte de débiteur subsidiaire de certaines charges successorales. Enfin, et c'est le point visé par l'arrêt commenté, le légataire particulier peut, comme le consacre l'article 1024 du code civil, subir l'action hypothécaire des créanciers, qu'ils soient successoraux ou non (ainsi, par ex., si l'hypothèque a été accordée par le *de cuius* en garantie de la dette d'un tiers : rapp. art. 1020 c. civ.).

L'hypothèque inscrite sur l'immeuble légué, et plus largement toute charge réelle dont la chose léguée fait l'objet, va peser sur le legs, et donc indirectement sur le légataire (V. M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 547), l'héritier tenu de la délivrance du legs n'étant pas, en principe, obligé de « *dégager* » l'hypothèque (art. 1020 c. civ.). Cette solution s'inscrit dans la droite ligne de l'article 1018 du code civil qui dispose que « *la chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur* ». Est-ce à dire que le légataire particulier devient *de facto* tenu des dettes successorales ? Assurément non. En effet, si le légataire d'un bien hypothéqué, et plus largement frappé d'un droit réel accessoire, peut être amené à acquitter une dette successorale, c'est en qualité de tiers détenteur de la chose grevée et non en celle de débiteur personnel de la dette. A l'instar de la masse successorale indivise qui constitue le gage indivisible des créanciers successoraux (Cass. req., 24 déc. 1912, S. 1914, 1, p. 201 ; art. 815-17 c. civ.), la chose léguée constitue le gage indivisible pour le créancier de la dette garantie. Dans les deux cas, la possibilité pour les créanciers successoraux de saisir la totalité du bien - indivis dans un cas, hypothéqué dans l'autre cas - ne s'explique pas par le droit qu'aurait le créancier de poursuivre personnellement le(s) propriétaire(s) du bien saisi. De même que le créancier successoral peut saisir la totalité du bien indivis alors même que l'un des héritiers indivisaires n'est pas ou plus débiteur du passif successoral (V. Brémond, L'engagement solidaire de tous les indivisaires, JCP N 2002, p. 1583, n° 19, avec ex. et réf.), de même le créancier de la dette garantie par la chose léguée peut saisir la totalité de cette chose alors même que le légataire particulier n'est pas tenu personnellement du passif successoral. Dans les deux cas, ce sont des biens qui sont tenus, et non des personnes (M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 614).

Dès lors, le légataire particulier n'étant pas débiteur de la dette garantie, que celle-ci soit une dette successorale ou non important peu, il joue le rôle d'une caution réelle, et plus précisément en cas de chose grevée d'une hypothèque, celui du tiers détenteur (art. 2166 s. c. civ.). Cette qualité justifie, d'une part, qu'on lui applique le régime du cautionnement réel (par ex., en cas de bien grevé d'une hypothèque : le régime bénéficiant au tiers détenteur), d'autre part, que l'on ne lui applique pas le régime propre des poursuites engagées contre le successeur tenu personnellement au passif. Ainsi, et c'était l'objet du litige tranché par l'arrêt commenté, se posait la question de savoir si le titre exécutoire que possédait le créancier contre le défunt devait être signifié au légataire particulier de la chose grevée pour que l'exécution de ce titre puisse s'exercer, comme l'exige l'article 877 du code civil au sujet des héritiers sous peine d'annulation de l'adjudication faisant suite aux poursuites exercées par les créanciers du défunt (Cass. 1re civ., 15 janv. 1974, D. 1974, IR p. 307). La réponse est logiquement négative : le légataire particulier n'étant pas poursuivi en qualité d'héritier, les précautions s'attachant à cette dernière qualité n'ont pas à s'appliquer.

Est-ce à dire que le légataire fait l'objet d'une sollicitude moindre que l'héritier personnellement tenu des dettes successorales ? Nous ne le pensons pas car, d'une part, cette solution devrait pareillement s'appliquer quand une personne, fût-elle héritière, n'est poursuivie qu'en tant que détenteur d'un bien grevé d'un droit réel, et non en qualité d'héritière ; ainsi de l'héritier d'un immeuble hypothéqué garantissant la dette d'un tiers. D'autre part, cette solution ne signifie pas que le légataire particulier d'une chose grevée d'un droit réel accessoire ne doive pas faire l'objet de protections. En effet, le tiers détenteur - que celui-ci soit légataire ne devant, à notre avis, rien changer - n'étant pas débiteur de la dette hypothécaire, le créancier ne possède aucun titre exécutoire contre lui, de sorte que ce créancier doit d'abord signifier un commandement de payer au(x) débiteur(s) (Cass. 2e civ., 8 janv. 1997, Bull. civ. II, n° 3 ; D. 1997, Somm. p. 254, obs. S. Piedelièvre ; JCP 1997, I,

4033, n° 16, obs. P. Delebecque), en l'occurrence aux héritiers tenus personnellement, puis signifier au tiers détenteur qu'il doit payer ou délaisser l'immeuble (V. M. Cabrillac et C. Mouly, *Sûretés*, 4e éd., Litec, n° 850).

Une fois qu'il a payé la dette, le légataire tiers détenteur dispose d'un recours contre les héritiers en vertu, tant du droit commun de la subrogation personnelle légale (art. 1251-3° c. civ.), que du droit des successions (art. 874 c. civ.).

V. B.

B - Indivision post-successorale

**Acte de disposition sur un bien indivis par un seul indivisaire.** La question du sort d'un acte de disposition accompli par un indivisaire sur un bien indivis est fort délicate. Il faut circonscrire la situation où la question se pose, car celle-ci présente plusieurs faces : s'agit-il d'un acte de disposition portant sur une quote-part de l'indivision, ou sur une quote-part de l'un des biens indivis, ou encore sur un bien indivis même, les desseins du disposant étant parfois difficiles à démêler ? S'agit-il encore d'envisager la portée de cet acte à l'égard du cocontractant (cessionnaire, donataire, preneur...), ou bien à l'égard des Consorts qui n'y ont pas consenti ? S'agit-il d'envisager la situation pendant le cours de l'indivision ou après le partage ?

En l'espèce, le décès de M. X, commun en biens, faisait naître une double indivision, post-communautaire et post-successorale. L'épouse était titulaire de la moitié de la communauté en pleine propriété, par l'effet de la dissolution de cette dernière, et titulaire de l'autre moitié en usufruit, au titre de ses droits successoraux, la nue-propriété revenant aux deux filles du défunt. Il existait donc une indivision en nue-propriété sur les ex-biens communs. Après le décès de M. X, son épouse effectue, seule, un apport en nature à une société civile d'exploitation agricole d'un matériel agricole et des valeurs mobilières dépendant de l'indivision. L'apport étant un acte de disposition, celui-ci tombait sous le coup de l'article 815-3 du code civil requérant l'unanimité des coindivisaires. Dès lors, l'une des filles du défunt, coindivisaire, réclame, pendant l'indivision, l'inopposabilité des apports litigieux. Les juges du fond déclarent inopposables les apports portant sur la moitié indivise du matériel agricole et des valeurs mobilières. La fille coindivisaire forme un pourvoi en cassation, reprochant aux juges d'avoir limité l'inopposabilité de l'acte à la seule quote-part des indivisaires non consentants. La première Chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 5 avril 2005, rejette le pourvoi en décidant que « *la cession d'un bien indivis par un seul indivisaire est opposable aux indivisaires à concurrence de la quote-part de son auteur, de sorte que c'est à bon droit que la cour d'appel a déclaré inopposables à Mme Z Les apports de Mme X à la SCEA, en ce qu'ils portaient sur la moitié indivise du matériel agricole et des valeurs mobilières* » (**Cass. 1re civ., 5 avr. 2005**, n° 02-15.459).

La question posée était donc celle de la portée, pendant le cours de l'indivision, d'un acte de disposition, plus précisément un apport en société, portant sur un bien indivis, réalisé par un indivisaire seul, à l'égard de ses indivisaires. La difficulté tient, d'une part, au statut complexe de l'indivisaire agissant sur un bien indivis, n'étant ni pleinement titulaire, mais pas davantage dénué de tout pouvoir d'*abusus* sur le bien, d'autre part, à l'absence de règlement de cette question par la loi. Après des hésitations, la jurisprudence a dégagé certaines solutions. En premier lieu, les coindivisaires de l'auteur de l'acte peuvent agir immédiatement, sans attendre le partage de l'indivision, contre le cocontractant de l'indivisaire auteur, en l'occurrence la société civile bénéficiaire de l'apport (not., Cass. 1re civ., 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 213 ; D. 1995, Jur. p. 37, note J. Massip ; RTD civ. 1995, p. 411, obs. J. Patarin ). En second lieu, l'action des coindivisaires doit être dirigée contre ce cocontractant, et tend à revendiquer leur propriété, c'est-à-dire leurs droits de quote-part indivise sur le bien. Aussi, la sanction de l'inopposabilité s'est finalement imposée en jurisprudence (not., Cass. 1re civ., 2 mars 1960, Bull. civ. I, n° 141 ; 9 mai 1978, *ibid.*, n° 183 ; D. 1979, IR p. 78, obs. D. Martin ; JCP 1979, II, 19257, note M. Dagot ; 4 juill. 1984, D. 1985, Jur. p. 214, note A. Breton ; 7 juill. 1987, RTD civ. 1989, p. 582, obs. F. Zénati ; JCP 1988, II, 20999, note P. Jourdain). Toutefois, jusqu'à présent, les arrêts précités affirmaient que l'acte litigieux était «

*inopposable* », sans préciser si l'inopposabilité s'étendait à la totalité de l'acte ou ne visait que les quote-parts des indivisaires n'ayant pas consenti à l'acte. Alors qu'une doctrine importante avait défendu la thèse de l'inopposabilité complète (P. Jourdain, Les actes de disposition sur la chose indivise, RTD civ. 1987, p. 498 s.), c'est celle de l'inopposabilité limitée aux quote-parts indivises que consacre ici la Cour de cassation.

Quelle est la portée de cette inopposabilité « *partielle* » ? En premier lieu, elle est provisoire, en ce sens que le sort définitif de l'acte litigieux ne sera fixé que lors du partage : selon que le bien est attribué ou non à l'indivisaire auteur, l'acte sera rétroactivement totalement validé ou totalement anéanti, par l'effet déclaratif du partage. En second lieu, elle est immédiate, en ce qu'elle contraint l'acquéreur à restituer la chose en son entier, n'ayant aucun droit à en jouir à titre exclusif. Aussi le reproche fait par le demandeur aux juges qui auraient « *en conséquence ordonné la restitution du matériel agricole à concurrence seulement de la part de ce mobilier sur laquelle Mme X ne dispose que d'un droit d'usufruit* » jette un doute sur la portée réelle de la sanction retenue. On voit mal, en effet, comment « *restituer* » une quote-part indivise, celle-ci consistant dans le droit abstrait sur le bien. A l'inverse, et si tant est que cela soit possible, il ne peut être question de diviser matériellement le ou les biens ayant fait l'objet de l'acte de disposition, l'acquéreur conservant une partie de cette chose et restituant l'autre. L'inopposabilité n'a pas pour fonction de provoquer le partage du bien indivis, mais seulement de faire reconnaître les droits des coïndivisaires sur ce bien. Certes, l'acquéreur n'est pas sans droits sur la chose, puisqu'il est devenu titulaire de la quote-part indivise appartenant au cédant ; mais il n'a pas tous les droits sur la chose, devant respecter les droits égaux et concurrents des coïndivisaires. Ainsi, l'indivision se poursuit sur le bien, une quote-part ayant changé de mains, comme si, à l'égard des coïndivisaires, la cession n'avait porté que sur la quote-part du cédant et non sur le bien lui-même (P. Catala, L'indivision, Defrénois 1981, p. 321, n° 110). Cette intrusion n'est pas sans danger pour les coïndivisaires du cédant. C'est pour cela que l'article 815-14 du code civil a prévu un droit de préemption au bénéfice des coïndivisaires en cas de cession à titre onéreux de sa quote-part par un indivisaire. Toutefois, conformément à la lettre du texte, il a été jugé que cette procédure, applicable à la cession d'une quote-part, ne l'était pas à l'hypothèse dans laquelle c'est le bien indivis lui-même qui a été cédé (Cass. 1re civ., 30 juin 1992, JCP 1993, I, 3713, obs. F.-X. Testu ; 18 mai 1994, Juris-Data, n° 001267 ; *contra* : P. Catala, art. préc., p. 343 ; P. Jourdain, art. préc., p. 517). Au surplus, le droit de préemption n'est pas applicable à un apport en société (CA Paris, 11 sept. 1997, Defrénois 1998, p. 119, note P. Malaurie). Etant coïndivisaire, le cessionnaire peut, normalement, provoquer le partage (sur les incertitudes quant à l'ampleur du partage, bien indivis litigieux ou toute l'indivision, V. F.-X. Testu, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Indivision*, n° 525) pour voir fixer le sort définitif de la cession. On le constate, l'acte de disposition fait par un seul indivisaire sur un bien indivis risque de n'être pas sans conséquences à l'égard des coïndivisaires, en dépit de l'inopposabilité de l'acte.

V. B.

### III - Libéralités

#### A - La notion de libéralité

##### 1 - Libéralité et tontine

L'aléa chasse... la gratuité. Tel est du moins l'enseignement classique, auquel la doctrine dominante et la jurisprudence semblent fermement attachées. On chercherait pourtant vainement dans le code civil le fondement de cette incompatibilité. Ni l'article 1104, alinéa 2, ni l'article 1964 n'expriment formellement d'opposition entre le contrat aléatoire et le contrat de bienfaisance. A y réfléchir (V. déjà, R. Libchaber, obs. *infra*), on ne voit guère en quoi l'aléa serait exclusif du déséquilibre économique et de l'intention libérale, éléments constitutifs de la gratuité. On observera, d'ailleurs, qu'il est unanimement admis qu'une libéralité puisse avoir un objet aléatoire - par exemple, le don d'un billet de loterie.

S'agissant de la clause d'accroissement ou de tontine, la Cour de cassation a jadis essayé de justifier cette distinction traditionnelle. Elle a ainsi expliqué « *que, pour chacun des coacquéreurs, la réciprocité de la chance aléatoire stipulée pour tous, est exclusive de l'idée d'une transmission gratuite faite par le prédécédé au survivant ; qu'en effet, une transmission*

*gratuite suppose qu'une partie reçoit sans rien donner et que l'autre donne sans rien recevoir* » (Cass. civ., 26 avr. 1854, D. 1854, 1, p. 264). L'argumentation nous paraît tenir de la pétition de principe ; chacun sait - et les fiscalistes plus encore que les autres - que la clause d'accroissement (opération reposant sur un double mécanisme conditionnel : condition résolutoire du pré-décès et condition suspensive de la survie) entraîne un transfert patrimonial souvent motivé par la volonté d'avantager autrui.

Quoi qu'il en soit, même si l'on tient pour acquis que l'aléa est réfractaire à la gratuité, l'arrêt de la première Chambre civile du 14 décembre 2004 suscite l'interrogation (**Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 2004**, n° 02-11.088, Bull. civ. I, n° 313 ; D. 2005, IR p. 111 ; AJ Famille 2005, p. 109, obs. F. Chénéde ; Defrénois 2005, art. 38142, n° 13, obs. R. Libchaber ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 61, note A.-S. Brun). La Cour de cassation y affirme que « *l'acquisition d'un bien avec clause d'accroissement constitue un contrat aléatoire et non une libéralité* ». En soi, le principe énoncé n'a rien d'étonnant et n'est guère novateur. Mais en l'espèce, la cour d'appel avait explicitement indiqué que les acquisitions litigieuses n'avaient pu être financées par l'épouse « *qu'à l'aide de donations indirectes consenties par son mari* ». Autrement dit, les juges du fond avaient établi que seul le mari avait participé financièrement aux achats en tontine. Dans la mesure où la femme n'encourait aucun risque de perte, il fallait en déduire que les opérations immobilières réalisées par les époux se trouvaient dépourvues d'aléa. A partir de là, il y a deux lectures possibles de l'arrêt rapporté : soit, il témoigne d'une extension de la nouvelle - et fort critiquée - conception de l'aléa (incertitude de la durée de la vie humaine), qui est apparue pour des raisons conjoncturelles en matière d'assurance sur la vie (Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004 [4 arrêts], n° 01-13.592, n° 02-11.352, n° 02-17.507 et n° 03-13.673, Bull. civ., n° 4 ; RTD civ. 2005, p. 88, obs. R. Encinas de Munagorri, et p. 434, obs. M. Grimaldi ; 1<sup>re</sup> esp., D. 2004, IR p. 3191 ; AJ Famille 2005, p. 70, obs. F. Bicheron ; 2<sup>e</sup> esp., D. 2005, Pan. p. 1317, obs. H. Groutel ; 3<sup>e</sup> esp., D. 2005, Jur. p. 1905, note B. Beignier ; 4<sup>e</sup> esp., D. 2004, IR p. 3192) ; soit, et plus vraisemblablement au vu de la motivation du pourvoi, il s'explique par une contradiction dans le raisonnement de la cour d'appel. Celle-ci ne pouvait, tout à la fois, retenir l'existence de donations indirectes portant sur la moitié des sommes dépensées et affirmer que les contrats d'acquisition avec clause d'accroissement étaient aléatoires. Si tel est bien le sens de la censure, il appartient maintenant à la Cour de renvoi de dire, si les pactes tontiniers comportaient ou non un aléa. A défaut, une requalification en donations indirectes portant sur les immeubles (car il faut alors envisager les opérations dans leur globalité) nous semble s'imposer.

M. N.

## 2 - Modicité de la libéralité

Toujours au titre de la notion de libéralité, il faut également signaler la formule, heureuse et inédite, d'un arrêt de la Chambre commerciale du 5 octobre 2004, rendu en matière fiscale (**Cass. com., 5 oct. 2004**, n° 03-15.709, Bull. civ. IV, n° 178 ; RTD com. 2005, p. 372, obs. R. Grosclaude ; Defrénois 2005, art. 38086, note A. Chappert). Le pourvoi cherchait à prouver que les « *offrandes* » reçues par l'association des Témoins de Jéhovah échappaient à la taxation des dons manuels. Parmi les divers arguments avancés, l'association faisait valoir que « *la modicité d'un transfert de valeur est de nature à exclure la qualification de donation* ». En réponse, les Hauts conseillers ont justement indiqué que « *l'article 894 du code civil n'opérant pas de distinction selon la valeur de la chose aliénée, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que la modicité des sommes données ne suffisait pas à exclure la qualification de libéralité qui pourrait leur être attribuée* ».

La Cour de cassation rompt présentement avec la théorie de la relativité des libéralités. Théorie qui voulait qu'une même opération puisse se voir qualifier d'acte gratuit au regard d'une norme (du droit des libéralités) qui lui est applicable et d'acte onéreux au regard d'une autre qui ne l'est pas. Pour la Haute juridiction, il existe indéniablement une notion unique de libéralité ; toutefois, de cette unité de nature, on ne saurait nécessairement déduire une unité de régime. Plus précisément, une libéralité modique ne mérite pas d'être assujettie, comme le montre les articles 1083 ou 852 du code civil, à toutes les règles du régime des libéralités, notamment au rapport et à la réduction ; elle n'en reste pas moins une libéralité. En d'autres

termes, la modicité n'est pas un facteur de disqualification ; la modicité impose simplement, parce que l'enjeu est moindre, un aménagement du régime juridique.

M. N.

B - Formalisme des donations entre vifs. Absence de parallélisme des formes

La portée véritable de l'article 931 du code civil n'est pas toujours bien comprise. Le texte ne dit pas que toute donation entre vifs doit être faite par acte notarié, plus modestement, il prescrit la forme (authentique) que doit revêtir l'écrit qui constate une donation entre vifs. Par suite, notre droit admet en marge de la donation notariée, des donations non notariées valides : le don manuel, la donation déguisée et la donation indirecte. La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce vient d'apporter une nouvelle consécration textuelle à ce pluralisme : l'article 265, alinéa 1er, du code civil vise désormais « *les donations de biens présents quelle que soit leur forme* ».

Dans le même esprit, la Cour de cassation a dernièrement confirmé l'absence de parallélisme des formes en droit des donations entre vifs. Celui qui a fait une donation par acte notarié est-il tenu de recourir de nouveau à l'acte notarié s'il entend renoncer à l'une des clauses de la libéralité (interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer, droit de retour, charges...) ? La première Chambre civile avait déjà répondu par la négative, en 1996, pour la renonciation à une clause d'inaliénabilité (14 mai 1996, Defrénois 1997, art. 36682, note B. Gelot). Elle réitère aujourd'hui sa jurisprudence pour la renonciation au versement d'une rente viagère. Renouant mot pour mot avec la formule de 1996, l'arrêt du 5 avril 2005 explique « *que si tout acte portant donation entre vifs doit être passé devant notaire, aucun texte n'oblige le donateur, qui entend renoncer postérieurement à une clause de cet acte, fût-elle protectrice de ses intérêts, à utiliser la forme authentique* » (**Cass. 1re civ., 5 avr. 2005**, n° 03-19.614, D. 2005, IR p. 1112 ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 144, note B. Beignier). La solution a fait l'objet de vives contestations en doctrine, au motif que la renonciation du donateur a pour effet de modifier, en l'augmentant, la donation initiale (V. en dernier lieu, S. Becqué-Ickowicz, *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse, Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2004, n° 372-373). Cette critique ne peut, croyons-nous, être suivie. En vérité, la renonciation du gratifiant à l'un de ses droits crée un surcroît de libéralité, donc une donation nouvelle. Or il n'y a aucune raison d'assujettir automatiquement cette seconde donation à la forme notariée. Ici comme ailleurs, les différentes formes de donner se trouvent en concurrence. Après une donation ostensible par acte notarié, il est loisible au donateur de procéder à une donation indirecte par voie de renonciation. La situation est finalement comparable, *mutatis mutandis*, à celle qui a cours en matière de formes testamentaires : un testament olographe est à même de modifier, voire de révoquer, un testament notarié antérieur.

M. N.

C - Le caractère translatif de la donation entre vifs

C'est une situation de fait assez singulière qui est à l'origine d'une importante décision de la Cour régulatrice sur l'obligation de délivrance pesant sur le donateur. En l'espèce, une mère avait fait donation à sa fille d'une somme d'argent (par hypothèse, par acte notarié) ; puis, elle avait acquitté pour le compte de cette donataire diverses dettes. La donation n'ayant pas donné lieu à une exécution immédiate, la gratifiée a agi en justice afin d'obtenir le paiement de la somme donnée. Le tribunal d'instance l'a débouté de sa demande, estimant qu'il y avait lieu de faire jouer la compensation légale. La solution est approuvée par la Cour de cassation, qui saisit l'occasion pour indiquer que « *la nécessité, édictée par l'article 894 du code civil, d'un dépouillement actuel et irrévocable de la chose donnée, qui marque le transfert définitif de la propriété, n'a pas pour corollaire obligatoire le paiement de la somme donnée lequel ne constitue qu'une modalité, librement arrêtée entre les parties, du transfert de sa jouissance* » (**Cass. 1re civ., 22 févr. 2005**, n° 03-14.111, D. 2005, IR p. 736 ; RTD civ. 2005, p. 442, obs. M. Grimaldi ; Dr. fam. 2005, Comm. n° 115, note B. Beignier).

Le principe ici énoncé est à notre connaissance sans précédent. Il ne surprendra pas les

amateurs de contrats spéciaux, surtout ceux qui s'intéressent à la vente (art. 1583 c. civ.), contrat où le transfert de propriété et le paiement du prix sont fréquemment dissociés. En droit des donations, l'article 938 du code civil enseigne, de même, 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* ». Une obligation de délivrance pèse ordinairement sur le donateur, voire sur ses héritiers ou ayants cause (art. 1340 c. civ.) ; elle se manifeste notamment lorsque l'exécution de la libéralité de biens présents est retardée par une modalité (terme ou condition), comme dans le cas de la réversion d'usufruit ou des donations *post-mortem*. Il n'en va différemment que pour le don manuel, où la donation et son exécution s'accomplissent en une seule et même opération : la remise de la chose donnée. Ainsi, selon la Cour de cassation, le donataire d'un chèque sans provision est-il dépourvu de toute action en paiement (en dernier lieu, Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 2002, Somm. p. 2447, obs. M. Nicod ; D. 2003, Somm. p. 344, obs. D. R. Martin ; RTD civ. 2002, p. 551, obs. J. Patarin ).

M. N.

#### D - L'interprétation évolutive des testaments

L'interprétation judiciaire d'un testament évoque parfois, selon le mot de Jacques Flour, « *l'image d'une boîte à surprise* » (J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n° 212). Voilà une proposition critique qui prend aujourd'hui, après l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Pla et Puncernau c/ Andorre* (**CEDH, 13 juill. 2004**, req. n° 69498/01 ; D. 2005, Jur. p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; RTD civ. 2004, p. 804, n° 5, obs. J.-P. Marguénaud ; AJDA 2004, p. 1809, spéc. p. 1812, chron. J.-F. Flauss), encore plus de relief qu'hier.

Dans cette extravagante affaire, la Cour de Strasbourg était appelée à se prononcer sur le sens d'une clause testamentaire qui désignait comme bénéficiaire d'une substitution fidéicommissaire « *un fils ou un petit-fils d'un mariage légitime et canonique* ». La formule, dictée par la testatrice dans un testament notarié de 1939, visait sans conteste un enfant biologique ; pouvait-elle, à défaut, être étendue à un enfant adoptif ? Les tribunaux andorrans, saisis de la difficulté, avaient repoussé cette assimilation, faisant observer qu'en 1939, comme en 1949 (date du décès de la testatrice), l'adoption était une institution qui était tombée en désuétude dans la Principauté d'Andorre. Arguant d'une discrimination fondée sur le mode de filiation, l'enfant adoptif et sa mère ont invoqué devant la juridiction européenne une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention (respect de la vie privée et familiale). Et les requérants ont finalement obtenu, sur ce double fondement, la condamnation du Gouvernement Andorran, aux motifs que : « *toute interprétation, si tant est qu'elle était nécessaire, doit rechercher quelle était la volonté du de cujus ainsi que l'effet utile du testament, tout en gardant à l'esprit que l'on* » ne peut pas présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit », *et sans oublier de conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme avec le droit interne et avec la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour* ».

Face à des dispositions testamentaires qui nécessitent une interprétation, on hésitait jusqu'alors, en jurisprudence comme en doctrine, sur le moment où il fallait se placer pour apprécier la volonté du testateur (V. not., M. Grimaldi, *Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1487). Les uns retenaient la date de la rédaction du testament, c'est-à-dire l'extériorisation de la volonté ; les autres celle du décès du testateur, c'est-à-dire l'instant où la volonté extériorisée se fige, où d'ambulatoire elle devient définitive. La Cour de Strasbourg impose à présent une troisième date qui, à la différence des deux précédentes, n'est pas liée à la volonté du testateur : l'appréciation doit également se faire au jour où le juge statue à la lumière de la jurisprudence actuelle de la Cour.

Cette décision est inquiétante, non pas parce que la Cour européenne des droits de l'homme s'y comporte comme un quatrième degré de juridiction, mais parce que l'interprétation

évolutive des testaments conduit fatalement à une réécriture judiciaire de l'acte de dernière volonté. Le testament n'est plus l'acte du défunt, mais celui du juge...

M. N.

**Mots clés :**

COMMUNAUTE ENTRE EPOUX \* Panorama 2005

DONATION \* Panorama 2005

SUCCESSION \* Panorama 2005

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2009