

# À LA CONFLUENCE DU CONSENSUALISME ET DU FORMALISME : LE RÔLE DU SILENCE À L'ÉGARD DES DONATIONS ENTRE VIFS

Pierre RAINVILLE

Volume 112, Number 2, September 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044840ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044840ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

RAINVILLE, P. (2010). À LA CONFLUENCE DU CONSENSUALISME ET DU FORMALISME : LE RÔLE DU SILENCE À L'ÉGARD DES DONATIONS ENTRE VIFS. *Revue du notariat*, 112(2), 283–385. <https://doi.org/10.7202/1044840ar>

# À LA CONFLUENCE DU CONSENSUALISME ET DU FORMALISME : LE RÔLE DU SILENCE À L'ÉGARD DES DONATIONS ENTRE VIFS

Pierre RAINVILLE\*

RÉSUMÉ . . . . .	287
INTRODUCTION . . . . .	289
1. LA LIBERTÉ DES FORMES OU LES ENJEUX DU CONSENSUALISME EN MATIÈRE DE DONATIONS ENTRE VIFS . . . . .	293
1.1 Le déclin de la solennité des donations entre vifs . . . . .	293
1.2 Les finalités apparentées du consensualisme et du formalisme . . . . .	296
1.3 De la liberté des formes à l'absence de formes . . . . .	299
1.4 Du défaut apparent d'empreinte contractuelle à la constatation d'une acceptation silencieuse . . . . .	301
2. LA DÉTERMINATION DE LA PORTÉE JURIDIQUE DU SILENCE DU DONATAIRE . . . . .	304
2.1 De la nature singulière de l'offre entièrement avantageuse pour son destinataire . . . . .	304
2.1.1 L'effet conjugué de la forme et du contenu de l'offre sur les modes d'acceptation permis . . . . .	304

---

\* Pierre Rainville, LL. B. Laval, D.Phil. Oxford, est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval à Québec. Il adresse ses remerciements les plus sincères à la Fondation du Barreau du Québec, à la Fondation pour la recherche juridique ainsi qu'au Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) pour leur précieux concours financier dans le cadre de la préparation de la présente étude.

2.1.2	L'incidence du comportement des parties postérieurement à la formulation de l'offre . . .	309
2.1.3	L'incidence du comportement de l'offrant antérieurement ou simultanément à l'acheminement de l'offre . . . . .	314
2.2	De l'importance du mode d'élaboration de la donation sur la juridicité du silence . . . . .	316
2.2.1	Les donations indirectes. . . . .	316
2.2.1.1	L'offre de donation indirecte et le silence du gratifié. . . . .	317
2.2.1.2	L'offre de donation indirecte et le silence relatif à la cause de l'opération . . . . .	328
2.2.2	Les donations déguisées. . . . .	333
2.2.2.1	La contribution du silence à l'existence de la donation. . . . .	333
2.2.2.1.1	Le caractère discutabile du modèle contractuel . . . . .	336
2.2.2.1.2	Le caractère obligatoire de l'acceptation . . . . .	338
i)	De la nécessité d'assurer les préférences du donataire . . . . .	338
ii)	De la nécessité d'assurer l'irrévoca- bilité de la donation . . . . .	339
2.2.2.2	La contribution du silence au déguisement de l'acte . . . . .	342
2.2.3	Les dons manuels . . . . .	344
2.2.3.1	La suffisance d'une acceptation silencieuse . . . . .	345

2.2.3.1.1	La portée juridique du silence favorisée par les formes contemporaines du don manuel . . . . .	345
i)	Le concours de volontés intégré à la remise du bien . . . . .	346
ii)	Le concours de volontés dissocié de la remise du bien . . . . .	348
2.2.3.1.2	La portée juridique du silence favorisée par les règles relatives à la possession et à la preuve . . .	366
2.2.3.2	Les finalités de l'acceptation silencieuse . . . . .	370
2.2.3.2.1	L'irrévocabilité de la donation . . .	370
2.2.3.2.2	La protection des intérêts des parties . . . . .	372
2.3	De la polyvalence juridique du silence à l'égard de la gratuité . . . . .	374
2.3.1	Les fonctions du silence à l'égard des donations non notariées . . . . .	375
2.3.2	Les fonctions du silence à l'égard des contrats de services gratuits . . . . .	376
2.3.3	Les fonctions du silence à l'égard des donations authentiques et des biens dévolus par succession . . . . .	378
	CONCLUSION . . . . .	383



## RÉSUMÉ

La consécration du consensualisme en matière contractuelle n'a guère suscité d'étude sur son incidence à l'égard de la valeur juridique du silence. D'une manière plus surprenante encore, l'affranchissement des libéralités non ostensibles à l'endroit de l'authenticité notariale n'a pas donné lieu à une réflexion doctrinale sur les possibilités accrues qu'offre le silence à titre de manifestation de volonté. Bien au contraire, l'équivoque supposée du silence aura souvent été réitérée de manière dogmatique, y compris à propos des contrats unilatéraux.

Or, l'émancipation des libéralités à l'égard de la forme notariée est l'occasion de constater la prégnance du consensualisme sur la diversité des formes de manifestation de volonté. La latitude concédée aux parties à l'acte gratuit se traduit inéluctablement par l'élargissement des modes d'acceptation envisageables.

S'il est l'expression la plus pure de la liberté des formes, le silence ne laisse, en revanche, aucune marque précise destinée à afficher le consentement du gratifié. Aussi est-il indispensable de vérifier en quoi les libéralités non solennelles se prêtent – de par leur nature propre – au défaut d'empreinte contractuelle. La présente étude se livre donc à l'analyse approfondie du mécanisme de l'acte à titre gratuit. À ce premier thème de réflexion s'en ajoute un deuxième, aux conclusions concordantes : les libéralités non notariées – par leur mode d'élaboration le plus souvent unilatéral et par leur impérieuse nécessité de ne rien dire du caractère gratuit de l'acte – se prêtent volontiers à la thèse de l'acceptation passive. Le silence se concilie avec la dissimulation requise par la donation déguisée et le caractère abstrait ou neutre que commande la donation indirecte. Une hypothèse analogue intéresse le don manuel. La dématérialisation des libéralités a pour effet obligé d'accroître les modes d'acceptation et de favoriser la juridicité du silence du donataire. Les formes d'expression du consentement se libéralisent d'ailleurs d'autant plus naturellement que la tradition offre des gages suffisants aux parties : une acceptation passive suffit dès lors que le donateur s'est acquitté au préalable de ses obligations. La formation d'un contrat réel n'est donc pas contraire à l'expressivité du silence.

La dernière partie de l'étude met en relief la polyvalence juridique du silence au regard des donations non solennelles, des contrats de services gratuits, des donations authentiques et des biens dévolus par succession. Les diverses fonctions attribuées au silence sont le plus souvent apparentées, parce que destinées à favoriser la partie à qui un avantage ou une libéralité est proposé : soit que le silence soit régulièrement appelé à valoir consentement, soit qu'il ménage à la partie avantagée la faculté d'accepter ultérieurement le bénéfice en cause. Le rôle le plus affirmé demeure toutefois celui reconnu par le consensualisme : le respect de la volonté des parties incarné par le consensualisme se concilie naturellement avec la juridicité du silence.

*Le roi Charles*

« Tu ne me le vendrais pas, sans le dire aux autres ? Je ne suis pas très riche, mais je te ferai un bon sur le Trésor. »

*Jeanne*

« Je te le donnerai, Charles. »

*Charles, méfiant*

« Pour rien ? »

*Jeanne*

« Oui. »

*Charles, se ferme soudain*

« Alors, je me méfie. Ou bien ce n'est pas un bon truc, ou bien cela me coûtera trop cher. Les gens désintéressés, c'est toujours hors de prix... »<sup>1</sup>

## INTRODUCTION

Le présent article est le lieu de rencontre des mal-aimés du droit civil. La tradition civiliste nourrit de la méfiance envers les actes gratuits, tout comme elle entretient de la suspicion à l'égard du silence comme mode d'expression du consentement. C'est réunir deux phénomènes incompris que de se demander si le silence du donataire est susceptible de parfaire une donation non notariée...

La circonspection envers les actes altruistes serait chose ancienne : la gratuité n'aurait guère eu les faveurs des codificateurs du XIX<sup>e</sup> siècle qui auraient frappé d'une « suspicion indélébile »<sup>2</sup> toute manifestation d'altruisme au-delà du cercle naturel de la

---

1. J. ANOUILH, *L'alouette*, Éditions de la Table ronde, coll. Folio, Paris, 1991, p. 97.

2. Tel est l'avis de X. MARTIN, « De l'incapacité des rédacteurs du Code civil à concevoir le désintéressement », dans *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Paris, Economica, 1983, p. 35 à 70, p. 36. Le même auteur estime que l'idée de désintéressement parut « exclue non seulement du code en cours d'élaboration – ce qui pourrait procéder d'un parti délibéré – mais plus radicalement [...] du champ mental lui-même des rédacteurs. » (p. 45). Comp., dans une étude nuancée, Y. FLOUR, « Libéralités et libertés », Defrénois. 1995.993. Il faut *pourtant* convenir que le législateur, français comme québécois, réserve souvent un régime de faveur envers la partie altruiste : *infra*, p. 378.

famille. Les élans de bienfaisance ne sont manifestement pas davantage prisés des créanciers dont le naturel inquiet les amène à s'intéresser de près au devenir du patrimoine de leur débiteur et à souhaiter préserver la valeur de ses avoirs. La magistrature québécoise elle-même s'émeut à l'occasion de la prodigalité : il suffit de songer à ce courant jurisprudentiel, certes contesté, qui s'emploie à invalider le don manuel pour peu que le donateur entendit se départir d'une part appréciable de son patrimoine<sup>3</sup>.

À cette défaveur somme toute relative du droit envers les libéralités et l'altruisme se greffe une seconde préoccupation. Une donation peut-elle s'accepter sans mot dire lors même que le silence est censé équivoque de nature ?

Il n'est guère d'attitude plus consternante pour le juriste que le silence d'une partie. Le droit se méfie autant des comportements ambivalents ou ambigus que des acceptations « forcées ». Aussi le silence et l'acceptation entretiennent-ils en droit « des relations d'exclusion, parfois nuancée par les circonstances de l'espèce [...] »<sup>4</sup>.

Il faut dire que les préjugés du juriste se font tenaces. Le silence traduirait une pensée balbutiante ou une volonté inaudible à laquelle le droit ne saurait prêter son concours :

La chose est depuis longtemps entendue : pour le juriste, le silence s'oppose non seulement à la parole, mais plus encore à la pensée et, partant, à la volonté. Il est « par essence un vide » [...] et « ne dit rien, précisément parce qu'il est le silence [...] »<sup>5</sup>

Ce défaut d'articulation de la pensée participerait d'un vice rédhibitoire. Se buter au silence, c'est se heurter à une attitude génératrice d'incompréhension :

---

3. Ces décisions sont relatées par P. CIOTOLA, « De la donation », Répertoire de droit/nouvelle série, 2006, n° 5, p. 7. Peut-être faut-il voir dans ce courant jurisprudentiel actuel les relents de la solution préconisée dans l'Ancien droit français lequel assujettissait la validité du don manuel à un critère qualitatif : un don manuel de trop grande importance ne pouvait échapper à la formalité de l'acte authentique. Or, le droit civil français contemporain a abandonné ce critère fondé sur l'ampleur du don et reconnaît volontiers les dons manuels sans distinction aucune : F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 397.

4. Note de A. Bensamoun à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mai 2005, D.2006.1025, 1026.

5. Observation de Cécile Pérès-Dourdou au sujet de Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mai 2005, JCP. 2005.I.194. L'auteur renvoie aux opinions de Carbonnier et de Voirin sans forcément les partager.

Ce qui se conçoit est ce qui s'énonce. [...] Sans le mot qui seul compte dans l'expression d'une pensée, la pensée en question n'est qu'un pur fantôme en attente de corps. Là où les mots manquent pour la dire, manque aussi la pensée.<sup>6</sup>

Ainsi le droit entretient-il une méfiance instinctive envers le silence à telle enseigne qu'il s'interpose entre les parties et s'en désigne d'office l'interprète. Le *Code civil du Québec* lui refuse toute valeur de principe et il s'en remet au pouvoir d'appréciation des tribunaux pour les quelques cas susceptibles de rendre le silence expressif en raison « de circonstances particulières »<sup>7</sup>. Les projets de réforme du *Code civil français* présentement à l'étude sont à l'avenant : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi ou des circonstances particulières, des usages ou des relations d'affaires »<sup>8</sup>.

Cette défaveur conjuguée envers la gratuité et l'inexprimé pourrait fort bien expliquer l'idée singulièrement répandue selon laquelle le silence ne saurait être appelé à jouer le moindre rôle en matière de donations<sup>9</sup>.

6. C. ROSSET, *Le choix des mots*, Paris, Éditions de minuit, 2009, p. 31 et 41. Ce que le juriste traduit à sa manière : le silence « est l'absence de toute manifestation de volonté, une attitude parfaitement passive et donc complètement ambiguë puisqu'il ne révèle rien de l'intention de celui qui l'observe » (T. Genicon sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2009, RDC.2009.1330).

7. Art. 1394 C.c.Q.

8. Art. 30 du *Projet de réforme du droit des contrats*, ministère de la Justice, République française, juillet 2008. Voir également la proposition législative formulée par la Société de législation comparée et par l'Association Henri Capitant à l'article 2:305 du *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, Paris, 2008, ainsi que l'article 1105-6 de l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 22 septembre 2005 (dit « Avant-projet Catala »).

9. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 141 : « [...] le silence ne peut jamais valoir acceptation d'une offre de donation : ou bien le donateur ne déguise pas son offre et l'article 932 du Code civil impose une acceptation expresse ; ou bien la donation a été déguisée et l'offre n'est plus faite dans l'intérêt exclusif du donataire, puisqu'elle doit revêtir les formes de l'acte à titre onéreux qui sert de déguisement. » ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006, p. 313 ; P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, P.U.F., 1977, p. 193 et 194 ; D. VINCELETTE, « La donation dans la réforme du Code civil (art. 1806 à 1841 C.c.Q.) », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil. Personnes, successions et biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 433-463, p. 438 ; M.-J. LITTMANN, *Le silence et la formation du contrat*, thèse Strasbourg, 1969, p. 159 ; M. CLOS, *Le rôle de l'intention libérale dans les donations déguisées*, thèse Montpellier, 1941, p. 53 à 56 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. (par J. PINEAU et S. GAUDET), Montréal, Éditions Thémis, (à suivre...)

Cette thèse destinée à faire échec au silence du gratifié n'est pourtant pas sans étonner. Elle s'inscrit difficilement à l'intérieur du mouvement de libéralisation des formes que connaissent depuis plus de deux siècles les donations entre vifs. L'importance accordée aux donations notariées s'est progressivement estompée au profit des donations non solennelles. La doctrine contemporaine prétend d'ailleurs volontiers que « l'épanouissement de la volonté libérale participe d'un mouvement conducteur des libéralités vers le consensualisme »<sup>10</sup>.

L'accroissement du rôle du consensualisme en matière de donations n'a cependant pas suscité de réflexion sur la libéralisation des modes d'expression de la volonté en matière de contrats à titre gratuit. De manière plus fondamentale encore, *la portée juridique du silence ne semble, de fait, n'avoir guère été étudiée à l'aune de la dichotomie entre le consensualisme et le formalisme*. Aussi le présent article se propose-t-il de mettre en lumière l'incidence de la liberté des formes sur la valeur juridique du silence.

Encore convient-il de faire sommairement état, dans un premier temps, de la désolennisation des libéralités observée en France comme au Québec. Des liens intimes unissent les droits français et québécois dans le domaine des donations non notariées et la

---

(...suite)

2001, p. 121 : « Selon certains, le silence vaudrait aussi acceptation lorsque l'offre a été faite dans le seul intérêt de celui à qui elle s'adresse. [...] or, les contrats unilatéraux les plus usuels – la donation, le prêt, le gage, le dépôt – sont des contrats qui, pour leur formation, nécessitent, outre l'échange de consentements, une formalité telle qu'un acte authentique ou la remise d'une *res* (contrats réels) : le silence est donc bien insuffisant. D'autre part, comprendre le silence du bénéficiaire comme signifiant acceptation consacre [...] « une interprétation parfaitement divinatoire de la volonté » et oblige ce bénéficiaire à rompre le silence pour manifester son refus. ». Plus nuancés, les professeurs Moore et Lluelles estiment, dans leur traité magistral, que l'acceptation silencieuse ne saurait néanmoins suffire « puisque l'acceptation de l'éventuel donataire est impuissante à elle seule pour la conclusion de la donation, contrat essentiellement formel, voire réel. » (D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 168). Comp. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 259.

10. N. PETERKA et F. SAUVAGE, « Les libéralités modèles », dans *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la dir. de T. REVET), Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 6, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 345-382, p. 365. Aussi a-t-on pu dire du droit des libéralités qu'il est « terre de contraste. Si en théorie le formalisme y règne sans partage, en pratique, le consensualisme y a également trouvé une place. » : M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 136.

jurisprudence québécoise se fait volontiers l'écho de cette parenté juridique<sup>11</sup>. Au demeurant, la doctrine et la jurisprudence française investissent davantage ce champ du droit très peu exploré au Québec<sup>12</sup>. Aussi la présente analyse approfondira-t-elle de pair ces deux systèmes en raison de leur ressemblance indubitable sans négliger pour autant les nuances nécessaires.

## 1. LA LIBERTÉ DES FORMES OU LES ENJEUX DU CONSENSUALISME EN MATIÈRE DE DONATIONS ENTRE VIFS

### 1.1 Le déclin de la solennité des donations entre vifs

La solennité fait office de principe en matière de libéralités *inter vivos*. Aux termes des articles 931 et 932 C.c.fr et de l'article 1824 C.c.Q., la validité de la donation est assujettie à la confection d'un acte notarié. Épris du sens de la solennité comme de celui du détail, le *Code civil français* ne se contente point d'encadrer la volonté de la partie désireuse de se délester d'une parcelle de patrimoine. Il se montre aussi prescripteur à l'égard de l'expression de la volonté du donataire qu'il marque au coin du formalisme. L'acceptation n'est valable qu'à la condition d'être formulée de manière expresse et d'être consignée dans un acte notarié<sup>13</sup>. Si l'acceptation peut être différée et rapportée dans un acte authentique établi postérieurement à celui formalisant l'offre de donation, l'acceptation n'engage alors le donateur qu'au jour de sa notification<sup>14</sup>. En somme, le donataire peut se réserver un temps de réflexion au prix d'une double formalité, notariale comme communicationnelle.

Le formalisme décrété dans les codes civil français<sup>15</sup> et québécois<sup>16</sup> aura longtemps fait illusion. La forme notariée semblait

11. *Lemay c. Mignault*, J.E. 2001-1860 (C.Q.) ; *Spina c. Sauro*, [1990] R.L. 232 (C.A.Q.).

12. Qu'il suffise d'indiquer la rareté des articles consacrés aux libéralités entre vifs en droit québécois et l'inexistence d'un quelconque ouvrage consacré en propre à cette branche du droit depuis l'avènement du *Code civil du Québec*. La doctrine de l'époque du *Code civil du Bas-Canada* se voulait plus abondante : voir, entre autres exemples, G. BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 ; P. CIOTOLA, « La tradition, condition d'existence du don manuel », (1975-76) 78 *R. du N.* 3.

13. Art. 932 C.c.fr.

14. L'acceptation notariée consignée ultérieurement doit impérativement être notifiée au donateur (art. 932 C.c.fr.).

15. Art. 931 et 932 C.c.fr. Pour une illustration, voir *Civ. 1<sup>re</sup>*, 3 janv. 2006, Dr. famille fév. 2006, comm. 38 par B. Beignier.

16. Art. 776 C.c.B.-C. auquel aura succédé l'article 1824 C.c.Q.

exclure toute possibilité d'acceptation tacite<sup>17</sup>. Aussi a-t-on pu généraliser et croire le silence dépourvu de tout rôle en matière de libéralités<sup>18</sup>.

Rien n'est pourtant moins sûr. L'émancipation jurisprudentielle à l'égard du dogme de l'authenticité aura tout d'abord passé par la création de trois catégories d'exception aux règles posées par les articles 931 et 932 C.c.fr. et 776 C.c.B.-C. Les dons manuels, les donations indirectes et les donations déguisées se soustraient au formalisme préconisé en droit québécois et français. Ces libéralités échappent toutes au principe de la solennité des donations.

Cette fronde jurisprudentielle à l'égard d'un formalisme souvent jugé inadapté aura conduit le législateur québécois à accuser le coup. L'article 1811 C.c.Q. concède désormais que « [l]a donation indirecte et la donation déguisée sont régies, *sauf quant à la forme*, par les dispositions du présent chapitre »<sup>19</sup>. L'essentiel est sauf pour le législateur<sup>20</sup>, encore que ces libéralités rarement avouées – le propre de la donation déguisée et de la donation indirecte est de taire la gratuité de l'acte – traduisent souvent d'autres finalités

17. L'article 932 C.c.fr. écarte, de toute évidence, la perspective d'une acceptation tacite. Son libellé s'y oppose catégoriquement (« La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. [...] ») et la jurisprudence en prend soigneusement acte : Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 1999, Bull. I, n° 74, p. 51 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 1998, Bull. I, n° 89, p. 60 ; JCP.1999.I.132, obs. Le Guidec ; G.P.1999.I.Somm.117, obs. Piedelièvre ; RTDciv.1998.716, obs. Patarin ; Dr. famille 1998 comm. 108, obs. Beignier ; Defrénois.1998.830, obs. Champenois.

18. Voir les autorités citées *supra*, note 9.

19. À défaut de s'exprimer aussi catégoriquement, le *Code civil français* reconnaît lui aussi la validité des donations indirectes selon certains auteurs qui s'appuient tantôt sur une interprétation littérale de l'article 931 C.c.fr. (qui vise les actes « portant donation »), tantôt sur les articles 843, 853 et 1973 C.c.fr. Voir, à cet égard, I. NAJJAR, « Donation », Rép. civ. Dalloz, 2008, n° 386, p. 54, de même que F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 391. Une réflexion comparable eut lieu à l'égard des dons manuels. Déjà, le Chancelier d'Aguesseau estimait que l'Ordonnance royale de 1731 (l'ancêtre des articles 931 C.c.fr. et 1824 C.c.Q.) se limitait aux seuls « actes portant donation » et excluait par hypothèse le « don qui se consommerait sans acte par la tradition réelle d'un meuble [...] » (X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », RTDciv.1997.25, 29). Ce que le Chancelier d'Aguesseau indique en marge du texte royal, le législateur québécois aura préféré le consacrer en toutes lettres dès l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866 : le don manuel échappe au principe de la solennité des donations. Voir, en ce sens, l'article 776 C.c.C.-B. et, à sa suite, l'article 1824 C.c.Q.

20. L'irrévocabilité de la donation demeure de principe, tout comme les règles relatives à la capacité de donner et de recevoir.

moins heureuses, telles l'évasion fiscale ou la soustraction de biens de l'emprise des créanciers.

Ce que le législateur québécois concède en toutes lettres, le législateur français en prend plutôt acte tacitement<sup>21</sup>. La toute récente réforme française du droit des libéralités<sup>22</sup> s'abstient d'investir le champ des donations non formelles<sup>23</sup>. On pourra y voir un aveu d'impuissance traduisant l'incapacité à remettre en cause des formes de donations pratiquées depuis toujours<sup>24</sup>. D'autres y verront l'empreinte sociologique des auteurs de la réforme. Comme le souligne le professeur Philippe Malaurie dans une allusion à l'origine professionnelle des rédacteurs des nouvelles dispositions

21. « On a essayé, en vain, de fonder la validité du don manuel sur certaines dispositions du Code civil » : N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civil, art. 931, fasc. 30, 2003, n° 2. La législation fiscale française se montre moins réservée que le Code civil et reconnaît d'emblée l'existence des dons manuels : M. NICOD, « Formalisme des donations », dans *Droit patrimonial de la famille* (sous la direction de M. Grimaldi), 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 311.103, p. 764 ; P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 211 et 218. Il en va de même du droit électoral français ou encore de la législation consacrée au mécénat : M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 213. Le législateur français semble, somme toute, se satisfaire de la coexistence des donations non notariées et des donations solennelles et estimer inutile l'avènement de nouvelles règles destinées à protéger davantage les parties à l'acte gratuit (Rép. min. du 13 mai 1996, Defrénois.1996.1309). Au contraire du *Code civil français*, l'article 1824, al. 2 C.c.Q. se prononce explicitement sur la validité du don manuel.

22. L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 entrée en vigueur en 2007.

23. L'article 893 C.c.fr. a été légèrement retouché sans que cette modification porte à conséquence. Le professeur Najjar relate cette évolution : « Le principe de la solennité des formes des libéralités apparaissait ainsi comme un gage de vérité des éléments de l'acte, de l'égalité dans le partage, de la paix dans les familles. Dorénavant (C.civ., art. 893, al. 2), ces précautions et ces sommations sont édulcorées : « Il ne peut être fait de libéralités que par donations entre vifs ou par testament ». Mais l'expression « dans les formes ci-après établies » est supprimée. » (I. NAJJAR, « Donations », Rép. civ. Dalloz, 2008, p. 4, n° 7). M. Najjar souligne toutefois – à raison – le maintien du caractère impératif des prescriptions des articles 931 et 932 C.c.fr. de sorte qu'il ne saurait y avoir « place à exégèse » : le formalisme a toujours cours (NAJJAR, précité, p. 5, n° 16). Quant à la genèse des mots « dans les formes ci-après établies » apparus au Code civil au XIX<sup>e</sup> siècle et retranchés depuis 2007, voir M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 209.

24. La pratique du don manuel est séculaire, alors que la validité des donations déguisées aura rapidement été consacrée par la Cour de cassation durant la période contemporaine de l'adoption du Code Napoléon. Voir I. NAJJAR, « Donation », Rép. civ. Dalloz, 2008, nos 240 et s., et M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 169 à 172, au sujet de l'assouplissement rapide de la querelle jurisprudentielle relative à la légalité des donations déguisées au début du XIX<sup>e</sup> siècle.

du *Code civil français* : « [...] l'esprit notarial a ignoré dans la réforme ce qui ne se pratique pas dans les études, les dons manuels, les donations déguisées et indirectes »<sup>25</sup>.

La liberté de forme de ces donations rejaillit sur la majorité des libéralités entre vifs, puisque la forme notariée ne vise en somme que les seules donations ostensibles. Cet affranchissement de la forme authentique ne se contente pas de consacrer le retour triomphant du consensualisme. Il pose carrément la question du rôle du silence de la personne à qui une libéralité est proposée : le défaut de parole fait-il forcément obstacle à la création de la libéralité ?

## 1.2 Les finalités apparentées du consensualisme et du formalisme

La question précédente renvoie aux finalités mêmes du consensualisme. Celui-ci présente deux faces complémentaires : est consensuel le contrat qui peut être conclu au gré des intéressés « sous une forme quelconque [...] et dont on dit qu'il résulte du seul échange des consentements (*solo consensu*), dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre »<sup>26</sup>. La concordance des volontés suffit donc à parfaire l'accord sans la moindre obligation faite aux contractants de recourir à un mode d'expression particulier. La liberté des formes est le calque de celle des parties.

Le formalisme se veut, au contraire, un élément d'« accompagnement »<sup>27</sup> et de canalisation de la volonté. Technique juridique d'expression des volontés contractuelles<sup>28</sup>, le formalisme dicte une forme impérative, « sans équivalent possible, *pour donner valeur juridique à la manifestation de volonté* »<sup>29</sup>. Le formalisme décrète les formes d'expression jugées recevables pour assurer, autant que faire se peut, un consentement avisé et résolu.

25. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions, les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. XIV.

26. Ass. H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique* (dir. de G. Cornu), 7<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2005, p. 214 (notre soulignement).

27. J.-L. AUBERT, « Le formalisme (rapport de synthèse) », Defrénois.2000.931, 932.

28. J.-L. AUBERT, « Le formalisme (rapport de synthèse) », Defrénois.2000.931, 941.

29. Tirée des écrits de Jacques FLOUR (« Quelques remarques sur l'évolution du formalisme » dans *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 93-114, à la p. 101 ; nos italiques), cette définition est toujours d'actualité comme l'indique G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois.2000.880, 888.

L'opposition entre le consensualisme et le formalisme n'est pourtant pas si franche, car ils possèdent, l'un et l'autre, une vocation commune<sup>30</sup> :

Pour les actes consensualistes comme pour les actes (strictement) formalistes, la forme remplit deux fonctions indissociables : celle de véhiculer le consentement et celle de former le contrat<sup>31</sup>. Mais, alors que pour ceux-ci la forme est strictement imposée, elle est, pour ceux-là, librement choisie. La différence n'est donc ni de nature ni de portée ; elle tient uniquement à la part qu'elle laisse à la liberté contractuelle au regard de la forme du contrat.<sup>32</sup>

- 
30. F. LUCET, « Consensualisme et formalisme », *Rev.jur.com*.1995.42 : « [...] formalisme et consensualisme présentent en commun, un caractère instrumentaire. Il s'agit de s'intéresser au "comment". Comment la volonté peut-elle accéder à notre ordre juridique ? ».
31. Cette sentence s'entend du formalisme « de validité » (le formalisme imposé à titre de condition d'existence du contrat). En marge de cette acception classique du formalisme se trouvent d'autres types de formalisme, dont le formalisme probatoire (la préconstitution de la preuve écrite) et le formalisme publicitaire (les règles relatives à la publicité des actes). La question se pose de savoir s'il convient de réserver le terme « formalisme » aux seules conditions de formes relatives à l'existence même de l'acte : « Le terme même de *formalisme* ne peut recouvrir deux notions aussi différentes que la forme du contrat et sa preuve. Dans un cas, c'est la liberté de la forme qui est en cause, et dans l'autre la liberté de la preuve. » (B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois.1998.497, 503 (italiques dans l'original)). *Adde* l'analyse pénétrante de I. DAURIAC, « Forme, preuve et protection du consentement » dans *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 403 à 425 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 21 et s. ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*1999.I.170, n° 7 ; L. GRYNBAUM, « La querelle des images (pour la liberté de la preuve des contrats et ... le renforcement du formalisme) », dans *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 427 à 447, aux p. 429 à 435. Pour un avis opposé, voir G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois.2000.880, 888 à 890 et comp. J.-L. AUBERT, « Le formalisme (rapport de synthèse) », Defrénois.2000.931, 940 et 941 ; V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de droit privé, t. 480, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 131 à 147. Sur l'à-propos ou non d'intégrer le thème de la publicité des actes dans l'étude du formalisme, cf. COUTURIER, précité, p. 881 et 882. Pour un regard propre au droit québécois, lire É. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », (2002) 43 *C. de D.* 275, 289 à 291.
32. B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois.1998.497, 503. *Adde* F. LUCET, « Consensualisme et formalisme », (1995) *Rev. jur. com.* 42, 45 : « [...] consensualisme et formalisme, finalement, ne s'opposent pas trait pour trait : il s'agit bien de deux procédures réglant l'échange des consentements. ».

Le propre de la présente étude consiste à cerner cette « part de liberté » afin de voir si elle va jusqu'à reconnaître au silence la valeur d'un consentement tacite en matière de libéralités. L'émancipation des donations non solennelles a pour objet manifeste l'affranchissement de la forme notariée. Le don manuel, la donation indirecte et la donation déguisée ont toutes pour finalité *la simplification des manifestations de volonté*. Mais jusqu'où la « légèreté des formes »<sup>33</sup> peut-elle aller ? La manifestation de volonté la plus discrète et la plus discutée<sup>34</sup> – le silence – suffit-elle à attester la volonté de conclure un contrat de donation ?

La question n'est pas sans intérêt au vu de la grande diversité des modes de réalisation d'une libéralité. Un virement bancaire opéré à titre gratuit peut-il être considéré accepté par suite de la réception silencieuse d'un avis d'opéré ? Une remise de dette peut-elle devenir irrévocable du seul fait du silence du destinataire de l'offre de libération ? La réception sans mot dire d'une donation déguisée sous la forme d'une reconnaissance de dette est-elle susceptible de valoir acceptation ?

S'il est vrai que le consensualisme se définit comme *la liberté de la forme* et non pas comme « *l'absence de forme* »<sup>35</sup>, la désolennisation des donations laisserait entière la question de la portée juridique du silence. L'on glisse ainsi imperceptiblement de l'étude de *la volonté dépourvue de la forme solennelle* aux enjeux de *la volonté dépourvue de toute forme*. Or, cette question ne peut s'aborder sans discuter des fonctions différenciées du formalisme et du consensua-

---

33. F. LUCET, « Consensualisme et formalisme », (1995) *Rev. jur. com.* 42 (nos italiques).

34. La portée juridique du silence est débattue et abordée dans les conventions internationales comme dans les législations nationales ou encore les projets de réforme ou d'harmonisation du droit. Pour un compte rendu des solutions retenues ou proposées au cours des dernières années, voir le rapport de la Société de législation comparée et de l'Association Henri Capitant, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 245 et s.

35. É. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », (2002) 43 *C. de D.* 275, 277 : « [...] dans la mesure où l'échange des consentements suppose leur manifestation, le recours à la forme est toujours nécessaire. Le consensualisme pourrait donc être défini comme la liberté de la forme plutôt que comme l'absence de forme ». Pareille opinion s'apparente à celle de M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 16, 27 et 28. Voir, en revanche, l'avis nuancé de V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de droit privé, t. 480, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 169 et s., 239 et s. et 283 et s.

lisme de façon à faire ressortir l'incidence de ces différences sur la juridicité du silence.

### 1.3 De la liberté des formes à l'absence de formes

Le formalisme et le consensualisme ont tous deux pour objets de traduire l'existence du consentement des parties et d'assurer l'existence du contrat.

Au premier abord du moins, ce parallèle entre le consensualisme et le formalisme n'est pourtant pas parfait. Le formalisme offre en apparence des gages supérieurs au consensualisme.

*La rigidité du formalisme aspire à la solidité du consentement.* S'il a entre autres fonctions de garantir l'authenticité de la volonté contractuelle<sup>36</sup> – et, en l'occurrence, de s'assurer de l'indéfectibilité de l'*animus donandi* du gratifiant –, le formalisme présente l'intérêt supplémentaire de faire éclater au grand jour l'existence du consentement des parties. Le contrat notarié atteste avec certitude la présence du consentement. Rien de tel en matière de donations non solennelles : le contrat tacite reprend ses droits et il convient de tracer les confins de la latitude accordée aux parties afin de manifester leur consentement à une libéralité.

La supériorité du formalisme sur le consensualisme a donc notamment trait aux certitudes qu'il procure au sujet du consentement des parties : « l'un des avantages essentiels du formalisme est d'isoler le droit du fait, et l'acte juridique du simple projet. [...] En l'absence de forme, il est souvent difficile de se prononcer avec certitude sur l'existence de l'acte juridique. »<sup>37</sup>. La matérialité propre au formalisme – et, *a fortiori*, celle relative à la solennité de l'acte notarié – met en exergue l'existence du consentement. Le formalisme authentifie le vouloir et se fait le gage de sa juridicité.

Ce sont autant d'atouts précieux pour ces contrats nommés susceptibles, *de par leur nature*, de se prêter à des litiges. Les libéralités, il est vrai, ont la « fâcheuse propension à susciter du contentieux »<sup>38</sup>. L'acte de disposition à titre gratuit indispose l'entourage.

36. Comme l'expose avec nuance un auteur, l'exigence de forme « vaut indice ou espoir de compréhension de la portée de l'engagement » : F. LUCET, « Consensualisme et formalisme », (1995) *Rev. jur. com.* 42, 46.

37. M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 68.

38. M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 188.

Or, le formalisme, comme le souligne avec justesse le professeur Nicod, « est au premier rang des techniques de prévention des litiges. En dissipant les incertitudes sur l'existence et le sens de la volonté, il tarit l'une des sources les plus fécondes de contentieux. »<sup>39</sup>.

Le consensualisme n'offre pas, à première vue, de gages comparables. L'échange des consentements n'obéit à aucun encadrement et n'entend s'astreindre à aucune formalité. Or, *l'inexistence de contraintes peut nuire, à l'occasion, au repérage du consentement*. La liberté confiée aux parties dans le cadre de l'élaboration de leur convention peut donc s'avérer, d'une certaine manière, relativement inefficace. Confiantes d'avoir conclu une entente, fût-elle tacite, les parties peuvent, en cas de contestation, peiner à en assurer la preuve. La perceptibilité de la volonté est la difficulté première du contrat tacite.

L'étude de la volonté implicite ne va donc pas sans difficultés dans un régime juridique voué au consensualisme :

La notion de procédure informelle de conclusion des contrats demeure vague et délicate à saisir. Au risque de surprendre, on dira dès à présent que le flou et l'insaisissabilité des situations informelles sont caractéristiques du consensualisme à l'état pur. Telle est à la fois sa valeur théorique et son défaut d'effectivité dans la technique juridique. Valeur, parce qu'il permet aux sujets de s'extraire des structures et empêche le système de devenir formaliste à l'état pur ; défaut d'effectivité parce qu'il oblige à prendre en considération le contenu subjectif des actes juridiques, ce qui constitue toujours une démarche au résultat incertain. La principale manifestation de ces caractères du consensualisme [...] tient à l'impossibilité de délimiter de façon techniquement satisfaisante les hypothèses de conclusion informelle des contrats. L'absence totale d'éléments formels conduit au subjectivisme pur qui, par définition, demeure insaisissable.<sup>40</sup>

39. M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 185.

40. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de droit privé, t. 480, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 286 et 287. Ce passage, d'indiquer M. Forray, ne porte pas comme tel sur l'acceptation ou l'offre tacite « considérées isolément » (p. 285) au motif que le contrat lui-même n'est plus alors sans forme : « ces manifestations informelles de volonté s'appuient sur un acte préexistant qui peut lui-même présenter un aspect formel ». Mieux vaut, il nous semble, aborder plus largement le thème du contrat informel de façon à englober les conventions au sujet desquelles l'accord des volontés s'est conclu sans trace aucune. L'acceptation silencieuse du contrat procède du consensualisme lui-même. À cela, deux raisons. D'une part, le consensualisme porte indubitablement sur la manifestation de volonté *elle-même*. D'autre part, la procédure de conclusion du contrat demeure foncièrement *informelle* dès lors que le destinataire de l'offre souscrit sans mot dire à l'accord proposé.

Le consensualisme est la terre d'accueil de l'inexprimé et de l'implicite. La perspective de *l'absence de trace de l'entente* est une conséquence directe du consensualisme. Aussi le thème de l'acceptation silencieuse du contrat incarne-t-il l'essence du consensualisme : la formation du contrat ne s'embarrasse d'aucune précaution dès lors que le droit positif ne l'y contraint point. La mise à l'écart du formalisme notarié en matière de donations non ostensibles aura amplifié l'importance de cette hypothèse. La conclusion purement informelle du contrat à titre gratuit s'impose comme une réalité tolérée par l'abandon de la forme notariée.

#### **1.4 Du défaut apparent d'empreinte contractuelle à la constatation d'une acceptation silencieuse**

Le silence n'offre aucune empreinte contractuelle. S'il est l'expression la plus pure de la liberté des formes, il ne laisse, en revanche, aucune marque précise destinée à afficher le consentement du gratifié. Aussi est-il indispensable de vérifier si les libéralités non notariées se prêtent – de par leur nature propre – au défaut d'empreinte contractuelle. La présente étude supposera donc une analyse approfondie du *mécanisme de l'acte à titre gratuit*.

Tirer la conclusion qu'une libéralité fut acceptée sans mot dire suppose, dans un premier temps, une réflexion : i) sur le particularisme du contrat unilatéral et ; ii) sur l'influence du contenu contractuel sur les modes d'acceptation.

À ce premier thème de réflexion s'en ajoutera un second, aux conclusions concordantes : les libéralités non notariées – *par leur mode d'élaboration le plus souvent unilatéral et par leur impérieuse nécessité de ne rien dire du caractère gratuit de l'acte* – se prêtent volontiers à la thèse de l'acceptation implicite.

Voici donc annoncées les deux parties suivantes de la présente étude :

- l'une se concentrera sur l'incidence de l'unilatéralité de la prestation ;
- l'autre, sur le mode de constitution de la libéralité entre vifs et sur l'élargissement des modes d'acceptation en raison du procédé retenu par le donateur.

Le contenu obligationnel tout comme le procédé de mise en œuvre de la libéralité constituent deux éléments de nature à favoriser l'élargissement des modes d'assentiment permis. Le contenu du contrat et le procédé utilisé pour en assurer la réalisation sont chacun à même de conférer au silence un rôle authentique. Le silence est de nature à marquer l'accord du gratifié tout en favorisant le respect des conditions de validité de la donation non solennelle.

La présente analyse répond par conséquent à deux objectifs :

- attester le rôle du silence en tant que manifestation de la volonté du gratifié ;
- affirmer le rôle du silence en tant qu'élément favorable à la reconnaissance de la *validité* même de la donation non notariée.

Notre étude soupesera et relativisera les inconvénients du consensualisme par rapport au formalisme. Certes, la forme est « facteur d'intelligibilité du vouloir »<sup>41</sup>. Le formalisme aurait d'ailleurs pour « mission principale [...] de rendre la pensée intime du déclarant, accessible, évidente et incontestable »<sup>42</sup>. Les assurances qu'offre le contrat notarié quant au moment précis de la formation du contrat et quant à la réalité du consentement affiché s'estompent en présence d'une libéralité acceptée tacitement. Le contrat notarié constate et consacre l'expression définitive du consentement. *Le contrat tacite fait plutôt appel à l'appréhension d'une réalité psychologique*<sup>43</sup>. Notre premier objectif consistera donc à

41. M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 28.

42. M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 4. De manière plus abstraite, un autre auteur estime que « la finalité sécuritaire du formalisme s'affirme au travers des deux procédés spécifiques qui le caractérisent : l'objectivation et la prédétermination. [...] L'objectivation recouvre alors l'idée d'extériorisation. » (V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de droit privé, t. 480, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 219).

43. Notons, par analogie, que le droit des libéralités n'est pas indifférent aux investigations psychologiques en marge de la teneur de l'entente. La recherche de l'intention libérale en est l'illustration toute indiquée. Si le seul déséquilibre constaté entre les engagements respectifs des contractants ne saurait suffire à marquer l'existence d'une libéralité (Civ. 1<sup>re</sup>, 14 fév. 1989, Bull. I, n<sup>o</sup> 79, p. 51 ; RTDciv.1989.802, obs. Patarin ; *Martin c. Martin*, J.E. 2008-213 (C.A.Q.)), c'est que la recherche de l'*animus donandi* se situe en marge et au-delà des prestations consenties. L'intention libérale demeure une notion « psychique et immatérialisée » qui revient à « pénétrer la pensée intime du disposant » : M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 79.

asseoir la thèse selon laquelle la libéralité non solennelle peut se satisfaire du mode de consentement le plus dépouillé qui soit. La désolennisation des donations libéralise les modes d'expression de la gratuité autant qu'elle rend ses manifestations plus incertaines. Aussi conviendra-t-il de démontrer de quelle manière les modes d'acceptation tacite – au premier chef duquel figure le silence – se concilient avec la morphologie et la logique de la libéralité non authentique.

Cette étude appellera forcément un examen complémentaire : en quoi le silence du gratifié est-il compatible avec la désolennisation des libéralités ? Est-il un mode d'expression adapté au *particularisme* de la donation indirecte, de la donation déguisée ou du don manuel ? Cette interrogation est d'autant plus indiquée que les donations qui échappent à l'authenticité de l'acte notarié sont parfois soumises à un *formalisme* « résiduel »<sup>44</sup> :

1. le don manuel emprunte la forme d'un contrat réel ;
2. la donation indirecte préconise la forme neutre ou abstraite<sup>45</sup> ;  
et
3. la donation déguisée emploie un subterfuge qui suppose la présence d'un acte apparent.<sup>46</sup>

44. N. PETERKA et F. SAUVAGE, « Les libéralités modèles », dans *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la dir. de T. REVET), Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 6, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 345-382, à la p. 367 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 93-114, à la p. 111.

45. Cette question est approfondie *infra*, p. 316 et s. La donation indirecte participe néanmoins le plus souvent du consensualisme : « À la différence du don manuel et de la donation déguisée, la donation indirecte ne comporte pas, par nature, de forme de remplacement ; le plus souvent la libéralité est consensuelle. » (M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 178 ; voir aussi p. 177 et 179) ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 391 et 394 ; M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 252 : « De toutes les donations, les indirectes sont celles pour lesquelles le formalisme est le plus évanescent. ».

46. La donation déguisée n'est pas dispensée de toute règle de forme : si elle échappe à la forme notariée, elle n'en demeure pas moins soumise à la forme de l'acte emprunté dont il lui faut respecter les exigences (voir nos développements *infra*, p. 333 à 341). Au sujet de ce paradoxe, cf. G. THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », *J.Cl. civ.*, fasc. 20, 1998, n° 30.

L'affranchissement par rapport au formalisme ne serait – en apparence du moins – que partiel. Les donations non solennelles se situent très souvent<sup>47</sup> au confluent du consensualisme et du formalisme. Or, cette hybridité conditionne et façonne la portée juridique du silence. La raison en est double : le formalisme résiduel ne touche normalement pas à l'expression du consentement du *gratifié* et il favorise, de surcroît, la thèse de l'acceptation silencieuse. Le procédé d'élaboration des donations non solennelles accentue l'émancipation des modes de consentement. Ces constatations qui seront étayées dans les deux dernières parties de notre étude doivent toutefois céder le pas à une première investigation : l'incidence de l'unilatéralité du contrat sur l'éventail des modes d'acceptation envisageables.

## **2. LA DÉTERMINATION DE LA PORTÉE JURIDIQUE DU SILENCE DU DONATAIRE**

### **2.1 De la nature singulière de l'offre entièrement avantageuse pour son destinataire**

#### **2.1.1 L'effet conjugué de la forme et du contenu de l'offre sur les modes d'acceptation permis**

L'offre de contrat unilatéral favorise son destinataire ; elle lui garantit une prestation sans contrepartie aucune. *Le contenu de l'offre* fait voir à sa face même qu'aucune prestation ne sera exigée. Pareil privilège peut amener le destinataire de l'offre à en déduire que l'offrant s'attend manifestement à une acceptation. Après tout, l'offrant ne propose que des avantages à son futur cocontractant. Cette déduction se trouvera confortée si *la forme de l'offre* laisse entendre qu'aucune réponse particulière n'est obligatoire advenant acceptation. Le destinataire de l'offre devient alors fondé d'en conclure que l'offrant tient sa réponse affirmative pour acquise à *moins d'une manifestation de volonté contraire de sa part*. Dès lors que cette croyance est accréditée par l'offre elle-même, le cocontractant se trouve légitimé d'acquiescer passivement au motif que l'offrant ne tient pas à une réponse en toutes lettres.

L'offre de contrat unilatéral qui n'est pas assortie d'une demande de réponse vaudra souvent au destinataire la conviction

---

47. Il est des donations non ostensibles qui procèdent toutefois exclusivement du consensualisme. Voir nos remarques au sujet de certaines donations indirectes, *supra*, note 45.

que l'offrant tient son acceptation pour acquise en l'absence de toute protestation. Baudry-Lacantinerie et Barde formulent une explication analogue :

On peut encore écarter l'application du principe [de la neutralité du silence] quand celui à qui l'offre est adressée n'a absolument pas, soit au point de vue de son intérêt pécuniaire, soit au point de vue des convenances, aucun motif de la refuser. Ici, en général, le silence supposera l'acceptation, *l'offre étant de telle nature qu'elle ne demande pas de réponse*.<sup>48</sup>

Le destinataire de l'offre doit être convaincu de l'inutilité d'une réponse explicite et cette certitude doit être engendrée par l'offre elle-même. Voilà qui n'est pas sans rappeler la recommandation formulée au siècle précédent dans le cadre des Travaux de la Commission de réforme du *Code civil français* : « Le silence ne vaut acceptation que dans les cas où, en raison [...] de toute autre circonstance, l'offre ne comportait pas d'acceptation expresse »<sup>49</sup>.

Le caractère foncièrement avantageux de la proposition contractuelle fait figure de « circonstance » susceptible de convaincre le juge du fait que l'offrant n'entendait pas assujettir l'acceptation à une manifestation de volonté expresse. L'étude du droit suisse accrédite notre propos. Comme le veut l'article 6 du *Code des obligations* suisse :

Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de *la nature spéciale de l'affaire*, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.<sup>50</sup>

48. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, p. 76 et 77. Demolombe tient un raisonnement analogue dans son *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Imprimerie générale, p. 56. Le destinataire d'une offre peut l'accepter passivement alors même qu'elle ne prévoyait pas en toutes lettres pareille modalité d'acceptation : Com. 22 mai 1991, Bull IV, n<sup>o</sup> 168, p. 121. Les réputés auteurs québécois Baudouin, Jobin et Vézina estiment avec raison qu'une « offre sous forme affirmative » peut donner lieu à une acceptation passive pour peu qu'elle « suppose » clairement que le silence joue ce rôle : J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 260.

49. Troisième alinéa de l'article 6 du « Projet de textes sur les sources volontaires des obligations et de la formation des contrats », *Travaux de la Commission de réforme du Code civil. Années 1948-1949*, Sirey, 1950, p. 705.

50. Nos italiques. Cette disposition s'écarte quelque peu de la solution préconisée en droit québécois et en droit français lesquels se gardent bien d'énoncer une « présomption d'acceptation » : *infra*, p. 306 et 307.

La nature particulière du contrat projeté peut rendre inutile un acquiescement exprès. Le Code suisse s'intéresse au *contenu de l'offre* afin de savoir si l'offrant escompte une manifestation expresse de volonté<sup>51</sup>. Une réponse silencieuse peut suffire en présence d'un contrat unilatéral si l'offrant est persuadé, de toute façon, de l'acceptation : « [...] comme le donateur peut s'attendre à une acceptation, le contrat est, sauf circonstances particulières [...], conclu sans déclaration expresse du donataire, si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable »<sup>52</sup>.

La solution québécoise et française semble plus nuancée, mais elle participe du même fondement. Dans un arrêt majeur rendu en 1938 (ci-après désigné « l'arrêt *Bert* »)<sup>53</sup> et repris à son compte par la jurisprudence québécoise et une partie de la doctrine<sup>54</sup>, la Cour de cassation se garde, à juste titre, de formuler une présomption d'acceptation silencieuse en présence d'une offre entièrement avancée<sup>55</sup>. La jurisprudence n'élabore ni principe ni présomption :

- 
51. P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *La partie générale du droit des obligations*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, Ed. Schulthess Zurich, 1982, p. 63.
52. P. TERCIER et G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, Genève, Schulthess, 2009, p. 267. Voir de même P. TERCIER, *Le droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. (avec la coll. de K. DEVAUD), Genève, Schulthess, 2009, p. 140 ; P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Berne, Staempfli Editions, 2000, p. 111 ; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Staempfli Editions, 1997, p. 204 ; D. GUGGENHEIM, *Le droit suisse des contrats. Principes généraux*, t. 1, *La conclusion des contrats*, Genève, Geord Éditeur, 1991, p. 92 ; P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *La partie générale du droit des obligations*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, Editions Schulthess Zurich, 1982, p. 118.
53. Req. 29 mars 1938, D.P.1939.1.5, note Voirin ; RTDciv.1938.454, obs. Mazeaud et Mazeaud ; G.P.1938.2.32 ; S.1938.1.380. Cette décision fondamentale est analysée *infra*, p. 307 et 310 à 313.
54. *Follows c. Follows*, 2010 QCCS 2572, par. 68 (C.S.Q.) (*obiter dictum*) ; V. KARIM, *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 277 ; D. LUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006, p. 168, 169, 1590 et 1591 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1082.
55. A. SÉRIAUX, « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance », *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, 299-311, à la p. 302 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1979, p. 80 ; P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, P.U.F., 1977, p. 195, 227, 228 et 248 à 250 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 141. Une partie de la doctrine conclut toutefois erronément à l'existence d'une présomption d'acceptation à l'occasion de l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation : P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2009, p. 246 ; P. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, (à suivre...)

le silence acquiert tout au plus une portée relative en présence d'une offre avantageuse<sup>56</sup>. Seule prime la détermination de l'intention des parties :

Mais attendu que si, en principe, le silence gardé par le destinataire d'une offre ne vaut pas acceptation, il est permis, cependant, aux juges du fait, *dans leur appréciation souveraine des faits et de l'intention des parties*, et lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle est adressée, de décider que son silence emporte acceptation.<sup>57</sup>

Le contenu et la forme de l'offre peuvent précisément avoir incité le destinataire à conclure à la suffisance d'une acceptation passive. Autrement dit, la teneur de l'offre et la façon dont elle fut formulée peuvent l'amener à conclure au caractère superflu d'une réponse écrite ou verbale. Qu'il suffise de songer au virement bancaire destiné à gratifier le titulaire du compte. Le don étant déjà parvenu à son destinataire, le bénéficiaire est d'autant plus fondé de croire au caractère irrévocable de l'offre et à l'inutilité d'une réponse explicite. Pareille certitude peut aussi lui venir du comportement de l'offrant postérieurement à l'acheminement de l'offre<sup>58</sup>.

L'éclairage de la common law s'avère particulièrement bénéfique. Certes, la notion même d'offre entièrement avantageuse pour son destinataire ne connaît guère d'équivalent en common law<sup>59</sup>.

---

(...suite)

2008, p. 312 ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement unilatéral en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrénois, 2007, p. 353 et 354 ; D. HOUTCIEFF, « Renonciation », Rép. Civ. Dalloz, 2004, n° 26 ; J. Moury sous Com. 26 janv. 1993, D.1994.69, 70.

56. « La solution repose sur un fondement différent : non plus une habitude qui donne au silence une signification précise, mais une *probabilité*. Le destinataire de l'offre n'avait aucune raison de la décliner. D'où la portée moindre donnée au silence : le silence ne *vaut* pas acceptation, il *peut* valoir acceptation. C'est aux juges du fond qu'il appartiendra de le déterminer au cas par cas » : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 141 (italiques dans l'original).

57. Req. 29 mars 1938, D.P.1939.1.5, note Voirin ; RTDciv.1938.454, obs. Mazeaud et Mazeaud ; G.P.1938.2.32 ; S.1938.1.380 (nos italiques). Voir, de manière très apparentée, Montpellier, 3 mars 2009, Contrats-conc-cons., janvier 2010, n° 8.

58. Voir nos précisions *infra*, p. 309 à 313.

59. B. NICHOLAS, *The French Law of Contract*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 74. Il semble néanmoins que la doctrine anglaise des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles ait exprimé à l'occasion des propositions très apparentées à la solution retenue dans l'arrêt *Bert* : P. OWSIA, « Silence : Efficacy in Contract Formation. A Comparative Review of French and English Law », (1991) 40 *I.C.L.Q.* 784, 792-793.

Tout contrat suppose une contrepartie (« consideration »), si minime soit-elle. La portée juridique du silence ne saurait donc être identique en droit civil et en common law<sup>60</sup>. Le fondement sous-jacent au droit civil et au droit anglo-saxon n'en est pas moins commun. Ces deux familles juridiques conviennent d'attribuer un rôle positif au silence si l'offrant amène son vis-à-vis à croire en l'acceptabilité d'une réponse silencieuse. L'article 69(1)(b) du *American Restatement on Contracts* énonce la règle comme suit :

**69.** (1) Where an offeree fails to reply to an offer, his silence and inaction operate as an acceptance in the following cases only :

(a) Where an offeree takes the benefit of offered services with reasonable opportunity to reject them and reason to know that they were offered with the expectation of compensation.

(b) Where the offeror has stated *or given the offeree reason to understand* that assent may be manifested by silence or inaction, and the offeree in remaining silent and inactive intends to accept the offer.

(c) Where because of previous dealings or otherwise, it is reasonable that the offeree should notify the offeror if he does not intend to accept.<sup>61</sup>

Le comportement de l'offrant ou la teneur de l'offre peuvent donner à entendre qu'une réponse silencieuse suffira. La question première consiste à cerner les éléments sur lesquels le destinataire de l'offre est en droit de se fonder pour conclure à l'adéquation d'une réponse silencieuse. Le contenu de l'offre justifie occasionnellement la conclusion voulant que l'offrant se soit gardé d'exiger une réponse explicite. Mais ce critère n'a rien d'exclusif. Le comportement de l'offrant au moment de l'élaboration ou de la transmission de l'offre peut étayer la thèse de la suffisance d'une acceptation passive<sup>62</sup>. Il en va de même de son comportement postérieur à la réception de l'offre. Cette dernière hypothèse sera abordée dès à présent.

---

60. Voir néanmoins *The "Multitank Holsatia"*, [1988] 2 Lloyd's L.R. 486, 493 (Q.B. Ang.) ; *The "Maritime Winner"*, [1989] 2 Lloyd's L.R. 506, 516 (Q.B. Ang.) ; P. OWSIA, « Silence : Efficacy in Contract Formation. A Comparative Review of French and English Law », (1991) 40 *I.C.L.Q.* 784, 792 et 793.

61. The American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Contracts 2d*, vol. 1, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1981, p. 164 (nos italiques).

62. Voir nos développements *infra*, p. 314 et s.

### **2.1.2 L'incidence du comportement des parties postérieurement à la formulation de l'offre**

Le destinataire est tenu de rapporter une preuve cumulative : l'offre lui permet d'accepter en silence et il s'en prévalut<sup>63</sup>. La conjonction de ces deux éléments assure la conclusion du contrat. L'interprétation donnée par l'offrant au silence de son vis-à-vis devient alors purement secondaire<sup>64</sup>.

La formation tacite du contrat s'avère toutefois proprement irréfutable si chaque partie attribue au silence la même signification. Le consentement ne souffre aucune équivoque lorsque les parties lui confient implicitement ou expressément le même rôle. Leur compréhension mutuelle vaut au silence une force probante indiscutable. Son expressivité ayant été reconnue de tous, la conclusion du contrat devient avérée.

L'attitude des parties postérieurement à la formulation de l'offre n'est donc pas dépourvue d'intérêt : elle est susceptible de révéler leur parfait entendement au sujet de l'efficacité du silence. Cette preuve corrobore alors la justesse de l'interprétation qu'avait attribuée le destinataire de l'offre à son propre mutisme. Elle revêt un rôle de premier plan puisque l'interprétation réciproque en question précède le différend contractuel. Le juge y trouvera un motif de réconfort, car l'apparition d'un litige s'accompagne très souvent d'une volonté de réinterprétation du silence : chaque partie s'efforce,

63. Le principe corollaire veut que chacune des parties soit forclosée d'invoquer la thèse de l'acceptation silencieuse, si l'offre écartait expressément ou implicitement pareil mode d'expression : *Lavery, de Billy c. Inovestor inc.*, J.E. 2003-913 (C.Q.) ; *Bertrand Fradet inc. c. Emballages Stone (Canada) inc.*, [2002] R.D.I. 524, J.E. 2002-1418 (C.S.Q.) ; *Gagnon c. Routhier*, [2000] R.D.F. 697, J.E. 2000-2075 (C.S.Q.), par. 37 à 39, à lire de concert avec l'article 1385 C.c.Q. ; *Placements Moisan c. Veliotis*, [1987] R.D.I. 140 (C.A.Q.) ; *Rondeau c. Stevenson*, [1957] B.R. 437 (Qué.) ; Toulouse 5 janv. 1988, tel que relaté par F. Pérochon, « Clause de réserve de propriété », *Juris-Classeur Contrats-distribution*, Fasc. 925, 1989, n° 39 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 6 nov. 1984, inédit (*Établissements Jean Bernard c. Demeinois*) ; Com. 22 janv. 1958, Bull. III, n° 43, p. 34 ; Com. 22 avril 1950, Bull. II, n° 137, p. 95 ; Civ. 15 juill. 1931, G.P.1931.2.905 ; Montpellier 22 juill. 1904, D.P. 1905.2.296 ; Dijon 24 déc. 1903, D.1905.2.237 ; Dijon 29 mars 1893, tel que résumé par BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du contrat de louage*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, p. 787 ; Aix 13 août 1873, D.1877.5.456 ; Caen 26 janv. 1824, Jur. gén., Louage, n° 526(1) ; J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1988, p. 95.

64. Voir la décision de la Cour d'appel de Besançon du 27 déc. 1930, D.H.1931.124.

le moment du procès venu, de lui attribuer une signification favorable à ses prétentions.

***Au contraire de la parole et de l'écrit, le silence s'expose plus facilement à une transgression de son sens.*** Sa vulnérabilité résulte de sa malléabilité : la signification du silence se remet aisément en cause et il est pareillement facile de tenter après coup d'en altérer le sens. Certes, l'écrit se falsifie et non pas le silence. Le silence présente l'avantage de l'immutabilité. En revanche, son sens se dénature bien plus commodément que l'écrit, au gré des prétentions des parties.

Le silence est donc un mode de communication d'appréhension quelque peu malaisée pour le juriste<sup>65</sup>. Toute preuve de nature à indiquer que les parties lui avaient attribué *initialement* le même sens revêt une importance cardinale. À titre d'exemple, la thèse de l'acceptation silencieuse se délite, si le comportement même de l'offrant contredit l'idée voulant que le mutisme de son vis-à-vis ait suffi à engager ce dernier. L'offrant ne saurait guère arguer du silence du destinataire de l'offre, s'il s'est personnellement gardé de lui donner initialement la portée d'une acceptation<sup>66</sup>.

En revanche, la thèse de l'acceptation tacite se trouve avérée lorsque le comportement des parties atteste leur parfaite compréhension du sens revêtu par le silence. L'intérêt suprême de cette preuve corroborative ressort de l'arrêt *Bert* lui-même<sup>67</sup> : l'attitude de chaque partie y indique le caractère superflu de toute réponse verbale ou écrite. L'arrêt *Bert* repose sur une trame factuelle fort

65. Autant l'interprétation du silence est susceptible de prêter à discussion, autant le silence possède, sur le plan probatoire, un net avantage par rapport à la parole. La preuve du silence s'avère des plus aisées à rapporter. Le silence étant un fait négatif, sa preuve ne nécessite aucune précaution particulière et il appartient plutôt à la partie adverse de nier l'existence du mutisme d'une personne.

66. Voir *Gestion Infopharm inc. c. B.C.E. Emergis inc.*, J.E. 2002-1002 (C.S.Q.). L'auteur d'une proposition de modification contractuelle se garde de la mettre en œuvre durant les tout premiers mois qui suivent l'envoi de ce nouveau projet. Ayant continué de la sorte à pratiquer un certain temps les tarifs prévus dans leur entente initiale, la partie qui avait sollicité par écrit le relèvement de ces tarifs ne peut guère prétendre que le silence de son cocontractant suffisait à signaler son assentiment à la hausse exigée. Voir, de même, *Fiducie famille Patrice Rainville c. Rainville*, J.E. 2005-575, par. 49 (C.S. Qué.) ; *Groupe LJI Conseillers en ressources humaines inc. c. Cie Abitibi-Consolidated du Canada*, [2003] R.L. 566, par. 12 (C.Q.) et *B.G. Checo International ltée c. Hélicoptères Trans-Québec ltée*, [1990] R.L. 507 (C.A. Qué. ; requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée).

67. Cet arrêt français fondamental est repris par la jurisprudence québécoise de même qu'une partie de la doctrine. Il est abordé et cité *supra*, p. 306 et 307.

simple. Un bailleur du nom de Bert consent une remise partielle de dette en faveur de ses deux locataires défaillants. Nicoleau et Calvo voient ainsi leur dette réduite de 4 590 à 2 840 francs. Par la suite, Bert intente, à de nombreuses reprises, des poursuites destinées à recouvrer le montant *inférieur* de 2 840 francs. Les locataires versent un acompte de 400 francs en réponse à l'un de ces recours. Las, Bert se résout à leur réclamer le montant initial et se voit opposer par les locataires leur acceptation tacite de la remise de dette. La Cour de cassation conclura au caractère irrévocable de la remise de dette du fait de son acceptation silencieuse par les preneurs.

Quoiqu'on ait pu en dire<sup>68</sup>, la justesse de cet arrêt est indiscutable. Alors même que ses locataires s'abstinrent de répondre explicitement à sa proposition, Bert limita, à de nombreuses reprises, ses poursuites au seul solde consécutif à la remise partielle de dette. Ainsi donc, Bert tenait lui-même la remise partielle de dette pour avérée à la suite du silence de ses locataires. Les circonstances de

68. Une partie de la doctrine française et québécoise éprouve de sérieuses réserves à l'égard de cette décision : voir, *inter alia*, P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2009, p. 246 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 122 ; P. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 312 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. (par J. PINEAU et S. GAUDET), Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 120 et 121. S'ils expriment des réserves au sujet de l'application du principe aux faits de l'espèce, les professeurs Ghestin et Schmidt n'en souscrivent pas moins à la règle énoncée dans l'arrêt *Bert* : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 363 ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, p. 8. La doctrine contemporaine semble d'ailleurs s'être majoritairement ralliée à la règle exposée dans l'arrêt *Bert* et les *Principes contractuels communs* proposés en 2008 la reprennent à juste titre : Société de législation comparée et Association Henri Capitant, *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 247, 281 et 794 ; D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 168 et 169 ; Y. PICOD, « Remise de dette », *Rép. civ. Dalloz*, 2006, p. 8, n° 25 : « Cette solution est sans doute une règle de bon sens, le destinataire n'ayant en principe aucun intérêt à écarter l'offre. Néanmoins, elle doit être appliquée avec prudence, car, a-t-on observé, elle peut aboutir à paralyser la faculté de rétractation de l'offre » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, P.U.F., 2008, p. 686 ; J. FRANÇOIS, *Droit civil* (sous la dir. de C. Larroumet), t. 4, *Les obligations. Régime général*, Paris, Economica, 2000, p. 113 ; P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, P.U.F., 1977, p. 248 à 251 ; P. DIENER, *Le silence en droit privé*, thèse Bordeaux, 1975, p. 156 à 158, 163 et 170 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse Nice, 1977, p. 399 ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 201 et 202 ; M.-F. SOINNE-BARRAT, *L'assistance bénévole portée à autrui*, thèse Lille, 1970, p. 700 à 709 ; A. ASSI, *La preuve des contrats tacites*, thèse Nice, 1986, p. 130 à 132.

l'espèce offraient à la Cour de cassation une preuve irréfutable : l'auteur de l'offre avait lui-même interprété le silence comme valant acceptation de sa proposition. Le locateur était forclos de revenir sur son interprétation initiale. Ayant déjà conçu le silence de ses locataires comme une acceptation valable, il ne pouvait plus se raviser et leur reprocher leur mutisme. Sa propre conduite attestée par ses nombreuses réclamations judiciaires faisait ressortir qu'il se satisfaisait d'une réponse silencieuse. S'il était vexé de ne point obtenir satisfaction, le locateur n'en avait pas moins saisi la portée du silence des deux preneurs.

La partie qui choisit d'exécuter son obligation par suite du silence de son cocontractant n'est plus admise à se dédire. En donnant librement cours à l'offre de contrat au point de l'exécuter, l'offrant accepte d'emblée la suffisance d'une réponse passive. L'exécution du contrat par l'offrant a aussi pour effet d'informer le cocontractant de l'éloquence de son silence. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *Bert*, les locataires ne pouvaient aucunement douter de l'expressivité de leur silence. Le locateur ayant choisi de limiter sa réclamation judiciaire au montant précisé dans l'offre de remise partielle de dette, force était de convenir qu'il avait lui-même conclu à l'acceptation silencieuse de sa proposition. Le locateur considérait manifestement l'acceptation acquise et les locataires en obtinrent l'assurance sitôt le premier recours intenté. Le montant réclamé étant conforme à la remise partielle de dette, l'inutilité d'une réponse écrite ou verbale devenait manifeste<sup>69</sup> : leur silence s'était traduit par la mise en œuvre du contrat proposé et *avait donc joué l'entier effet d'une acceptation contractuelle*. On comprend d'autant mieux la formule compendieuse des professeurs Henri et Léon Mazeaud : « La Chambre des requêtes [...] a admis l'existence d'une acceptation tacite dans un cas où la volonté de celui qui avait gardé le silence ne pouvait guère prêter à discussion »<sup>70</sup>.

---

69. La thèse de l'acceptation silencieuse sera devenue indiscutable dès la première poursuite intentée contre les locataires. La suite des événements n'aura fait que confirmer la réalité de cette acceptation passive. À l'occasion de l'une des nombreuses poursuites intentées contre eux, les locataires versèrent un acompte de 400 francs ; un auteur voulut y voir une acceptation tacite de nature à exclure tout rôle au silence : J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 293 et 294, dont les commentaires se rapprochent de ceux de J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, p. 87. M. Godé réfute avec aplomb cette interprétation : P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, P.U.F., 1977, p. 197.

70. RTDciv.1938.454, 455. Pour un principe analogue en droit québécois, voir *Follows c. Follows*, 2010 QCCS 2572, par. 68 (C.S.Q.) (*obiter dictum*).

L'exécution consécutive au silence du destinataire de l'offre emporte une conclusion inéluctable. L'offrant indique ainsi se satisfaire de la réponse silencieuse qui lui fut offerte : il souscrit au sens donné au silence par la partie muette qui entendait accepter tacitement. Pareille interprétation commune du silence devient irrévocable. Un exemple suffira. Un établissement bancaire se décide à rémunérer des comptes qui ne portaient jusqu'alors aucun intérêt et en avise par missive sa clientèle. Le mois suivant, tous voient leur compte crédité conformément à la lettre reçue. Ce versement interdit à la direction de la banque toute volte-face. Il ne lui sera plus loisible à l'avenir de discriminer selon que les clients avaient affiché leur satisfaction ou s'étaient plutôt contentés d'accueillir discrètement la notification. Une fois la décision prise de verser des intérêts sur la foi du silence du client, la banque n'est plus à même d'invoquer l'absence d'acceptation de la rémunération proposée. La partie qui s'avise d'exécuter sa prestation ne peut opposer ultérieurement à son cocontractant son attitude silencieuse.

L'analyse précédente contrecarre l'une des critiques les plus courantes formulées à l'encontre de l'arrêt *Bert*. Une partie de la doctrine estime que la réaction la plus naturelle consiste à faire valoir sa satisfaction à l'égard de l'offre afin d'en éviter la révocation. La passivité dénoterait, au contraire, un manque d'intérêt<sup>71</sup>. Or, l'arrêt *Bert* n'appuie aucunement cette thèse. L'exécution du contrat sur la foi du silence des débiteurs traduisait, en l'occurrence, la parfaite compréhension de leur acceptation. Non seulement cette critique est-elle démentie par les faits de l'espèce, mais elle révèle une méprise plus grave encore : l'acceptation silencieuse d'un contrat unilatéral est envisageable, puisque le contenu de l'offre est de nature à indiquer à son destinataire que l'offrant tiendra l'acceptation pour acquise.

---

71. Voir les commentaires d'arrêt d'Aubert à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1969, JCP.1970.II.16445, de Voirin au sujet de Req. 29 mars 1938, D.P.1939.1.5 et de Puech à l'égard de Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1969, D.1970.422, 424. Voir de même É. NSIE, *La remise de dette*, thèse Nancy II, 1995, p. 27 ; A. RIEG, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », (1968) *XX Travaux de l'Association Henri Capitant* 40-59, p. 58 ; R. BOUT, *La convention dite d'assistance*, Études offertes à P. Kayser, t. 1, 1979, Presses univ. d'Aix-Marseille, p. 157-211, à la p. 182 ; M. CLOS, *Le rôle de l'intention libérale dans les donations déguisées*, thèse Montpellier, 1941, p. 54.

### **2.1.3 L'incidence du comportement de l'offrant antérieurement ou simultanément à l'acheminement de l'offre**

Le silence s'attire fréquemment la méfiance du juriste. Il n'offre aucun point d'ancrage temporel puisqu'il ne dévoile rien du moment où la partie se décida. Aussi la partie silencieuse doit-elle combattre l'idée voulant que la thèse de l'acceptation tacite lui soit venue après coup. Force lui est de convaincre le juge qu'au moment de se taire, elle entendait déjà se lier contractuellement. Elle est donc avisée de s'appuyer sur des éléments objectifs *antérieurs* à la décision de se taire pour accréditer la véracité de la thèse de l'acceptation : aussi a-t-elle tout intérêt à indiquer en quoi l'acceptation silencieuse se justifiait en raison *soit de la formulation, soit de la nature de l'offre*.

Le libellé de l'offre peut préciser et dicter le rôle du silence auquel cas son destinataire est parfaitement fondé de s'en remettre à cette prescription pour signaler son assentiment<sup>72</sup>. Mais le silence se fait tout aussi éloquent lorsque *le comportement de l'offrant* accrédite l'idée du caractère superflu d'une réponse explicite. Cette règle intéresse d'ailleurs autant les offres entièrement avantageuses que les offres de contrat synallagmatique. S'il est vrai que la thèse du caractère superflu d'une réponse explicite se trouve favorisée en présence d'une proposition de contrat unilatéral<sup>73</sup>, le comportement de l'offrant peut aussi valider, à lui seul, la perception selon laquelle une manifestation expresse d'acceptation est inutile.

Le procédé d'acheminement de l'offre s'avère, à cet égard, fort instructif. La forme revêtue est susceptible de dévoiler la perception qu'a l'offrant de la vraisemblance de l'acceptation future : elle peut aller jusqu'à indiquer qu'il tient l'acceptation pour certaine auquel cas le mode d'acceptation s'en trouvera forcément influencé. La façon de souscrire à un contrat varie ainsi singulièrement selon que l'offrant se contente de s'enquérir de l'intérêt d'autrui ou qu'il se donne, au contraire, la peine de constituer le titre constatant l'obligation en cause avant d'en toucher mot au destinataire de l'offre. Autrement dit, le comportement de l'offrant à l'occasion de la transmission de l'offre peut contribuer à définir le silence de l'autre partie.

---

72. Besançon 27 déc. 1930, D.H.1931.124.

73. Ce thème fut abordé dans la partie précédente du présent article.

Trois façons de faire retiennent l'attention. La première a trait à l'expédition, par l'offrant, du titre constatant déjà l'acte juridique en question. Songeons à la missive qui annonce à l'emprunteur l'interversion de titre qui le rend désormais propriétaire du bien prêté<sup>74</sup>. La seconde méthode concerne l'exécution anticipée de la prestation. Qu'il suffise de penser au virement bancaire effectué à titre gratuit au profit d'autrui sans l'en prévenir. Dans un cas comme dans l'autre, l'offrant déclare implicitement se satisfaire d'une acceptation tacite. Investir du titre le bénéficiaire de l'obligation révèle d'emblée la suffisance d'une acceptation tacite : l'offrant a déjà constitué et confié la preuve de son obligation au cocontractant. Une réponse de la part de celui-ci ne s'impose plus puisque l'offrant l'a déjà mis en possession de l'écrit instrumentaire. La preuve du contrat étant assurée, le destinataire de l'offre est en droit d'estimer la convention conclue par son seul silence : il n'est, en effet, aucunement enjoint de répondre puisqu'il dispose d'ores et déjà du titre révélant l'acte juridique<sup>75</sup>. L'attitude de l'offrant l'aura dispensé d'une réaction verbale ou écrite.

La troisième façon d'assurer au silence son éloquence emprunte le procédé inverse. La destruction du titre constatant l'obligation attribue un rôle aussi éloquent au silence que la constitution de ce même titre. Raisonnons à l'aide de la remise de dette : une réponse silencieuse satisfera par hypothèse le créancier qui annonça avoir déchiré l'unique exemplaire du contrat. La preuve de sa libération étant acquise, le débiteur peut se contenter de souscrire passivement à l'anéantissement de la créance.

Ainsi donc, le comportement de l'offrant suffit à libéraliser les modes d'acceptation contractuelle. Le droit des donations en constitue l'exemple tout indiqué. Cette branche du droit présente d'ailleurs l'atout supplémentaire de porter autant sur la formation du contrat que sur sa modification ou son extinction. La remise de dette consentie à titre gratuit ou l'interversion de titre sont à la fois des donations et des conventions modificatrices ou extinctives d'obligations. Aussi le droit des libéralités est-il un sujet d'étude des plus fécond à l'égard du rôle du silence.

74. Le thème de l'interversion de titre est étudié *infra*, p. 348, 350 et 351.

75. Ce sujet est approfondi *infra*, p. 323 à 327 et 361 à 370.

## 2.2 De l'importance du mode d'élaboration de la donation sur la juridicité du silence

### 2.2.1 Les donations indirectes

La donation indirecte hésite à se faire enserrer dans une définition. Ses contours sont imprécis et les débats doctrinaux à son sujet se font nombreux<sup>76</sup>. Il n'empêche que la donation indirecte suppose le recours à un procédé qui ne participe pas en soi d'une intention libérale<sup>77</sup>. La libéralité désirée n'est pas reconnue comme telle dans l'acte juridique employé. Les parties s'en remettent plutôt à un acte qui constate « une autre opération »<sup>78</sup>. La donation est passée sous silence encore que l'acte juridique retenu en soit le support. Ce faisant, la réalité de l'opération gratuite envisagée est ni dénaturée, ni révélée. La donation indirecte résulte souvent de l'emploi d'un acte neutre voire abstrait<sup>79</sup> encore qu'il puisse s'agir d'un acte partiellement onéreux<sup>80</sup>. Au contraire de la donation déguisée qui procède à une simulation, la donation indirecte épouse la forme « d'un acte juridique ambivalent mais sincère »<sup>81</sup>.

L'intention libérale doit donc être recherchée en marge de l'acte juridique. Le caractère indirect de la donation tient, de fait, à un double critère. Ni l'essence de l'acte employé ni la teneur des termes utilisés n'attestent la qualification gratuite. La vocation de l'acte

76. Se pose entre autres la question de savoir si la donation indirecte passe forcément par la réalisation d'un acte juridique : M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 250 et 251. Il convient par ailleurs de renvoyer aux perspectives définitionnelles proposées par R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois*.2000.1409.

77. Voir le commentaire de Dagot sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 1976, *JCP*.1978.II.18871 : « [...] dans la donation indirecte, les parties se sont contentées d'utiliser un mécanisme normalement étranger à la qualification gratuite pour lui faire réaliser une donation [...] ».

78. H. LÉCUYER, « Des donations échappant au formalisme légal », *Droit & patrimoine*, n° 115, mai 2003, p. 92, à la p. 95.

79. Sur l'à-propos de différencier l'acte neutre et l'acte abstrait, cf. I. NAJJAR, « Donation », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, n° 398, p. 55 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 324.

80. Aussi la vente comportant un prix inférieur à la valeur du marché peut-elle constituer une donation indirecte, si l'écart de prix procède de l'intention libérale du vendeur : *Martin c. Martin*, J.E. 2008-213 (C.A.Q.) ; X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTDciv*.1997.25, 37 ; H. LÉCUYER, « Des donations échappant au formalisme légal », *Droit & patrimoine*, n° 115, mai 2003, p. 92, à la p. 95.

81. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 248.

juridique retenu est primordiale : l'avantage concédé gratuitement ne saurait être qu'un effet secondaire et occasionnel d'une opération juridique dont la fonction est d'un autre ordre. La remise de dette en est l'exemple tout indiqué : sa vocation avérée consiste en l'extinction d'une obligation. La remise de dette n'a pas pour essence la gratuité<sup>82</sup> et sa qualification réelle variera au gré des espèces et de la détermination de l'intention du créancier. Seule la libération du débiteur consentie de manière altruiste participe de l'acte à titre gratuit<sup>83</sup>. Aussi cette libéralité est-elle purement « indirecte ».

### 2.2.1.1 L'offre de donation indirecte et le silence du gratifié

L'exemple précédent n'a rien d'anodin : la remise de dette est l'illustration privilégiée du contrat susceptible de se former par le seul silence du destinataire de l'offre<sup>84</sup>. Affranchies des exigences de l'authenticité notariale, les donations entre vifs restituent au silence le rôle de manifestation de volonté.

L'offre de donation indirecte se prête particulièrement bien à la thèse de l'acceptation passive. Le mode de transfert utilisé par l'auteur de la libéralité fournit souvent un cadre propice à une acceptation dépourvue de tout signe ostensible. Il y a alors parallè-

82. Art. 1688, al. 2 C.c.Q. : « [La remise] est à titre onéreux ou à titre gratuit, suivant la nature de l'acte dans lequel elle s'inscrit ». Il en va de même du droit français : Com. 2 oct. 2001, D.2001.J.3119, obs. Lienhard ; RTDcom.2002.164, obs. Martin-Serf ; Req. 25 fév. 1907, S.1911.1.219 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 117 à 119 ; Y. PICOD, « Remise de dette », Rép. civ. Dalloz, 2006, p. 7, n° 20 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 1245 et 1251 ; J. FRANÇOIS, *Droit civil* (sous la dir. de C. LARROUMET), t. 4, *Les obligations. Régime général*, Paris, Economica, 2000, p. 114 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2<sup>e</sup> éd. (par Esmein), L.G.D.J., 1954, p. 714 à 716 ; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, Sirey, 1939, p. 571. L'avis selon lequel une remise de dette est forcément conclue à titre gratuit emporte peu d'adhérents. Cette tendance minoritaire est illustrée par MAZEAUD, MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations. Théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd. (par F. CHABAS), Paris, Montchrestien, 1998, p. 1232 à 1234 et 1238.

83. *Leblanc c. Grimard*, [1978] C.A. 229 ; *Boyer c. Dumontier*, [1972] C.A. 253 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 2004, Dr. famille mai 2004, comm. 89 par B. Beignier ; I. NAJJAR, « Donation », Rép. civ. Dalloz, 2008, p. 56, n° 402 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, Paris, Sirey, 1983, p. 242 ; H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1967, p. 660 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, L.G.D.J., 1957, p. 691 ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, L.G.D.J., 1955, p. 256, 257 et 304.

84. *Supra*, p. 310, 311, 312 et 315.

lisme entre les intentions réelles de l'offrant et celles du destinataire de la libéralité. Ni l'intention libérale ni l'acceptation ne s'affichent, mais elles n'en sont pas moins réelles. Toutes deux se situent, en effet, en marge de l'acte juridique. Elles font donc appel à une interprétation qui ne saurait se satisfaire de la seule lecture de l'acte juridique en cause<sup>85</sup>. En revanche, l'analyse du procédé utilisé par l'offrant est de nature à révéler la suffisance d'une acceptation purement passive. En somme, *la technique qui assure à la donation son caractère purement indirect peut aussi attester l'adéquation d'une réponse muette.*

Le transfert de titres nominatifs<sup>86</sup> illustre notre propos. La transmission de valeurs mobilières emprunte une technique qui est de nature à accentuer l'expressivité du silence du bénéficiaire. Le donateur désigne le bénéficiaire de la libéralité et s'assure de lui accorder la délivrance de ses droits en l'instituant unique détenteur auprès de la société émettrice et auprès des tiers. Il se départit des titres et veille lui-même à rendre cette cession opposable *erga omnes* en les inscrivant au nom du nouveau bénéficiaire. Le caractère unilatéral de ce procédé accredité la thèse selon laquelle le donateur tient la libéralité pour acquise et entend se satisfaire d'un simple acquiescement tacite. La libéralisation des modes d'acceptation des donations indirectes trouve, en matière de valeurs mobilières, une terre de prédilection.

La qualification de donation indirecte aura longtemps été attribuée sans hésitation au transfert de titres nominatifs à titre gratuit. La transmission s'opérant à l'aide d'un acte neutre, soit l'inscription du nom du nouveau titulaire sur le registre de la personne morale, cette catégorisation ne semblait faire de doute. Or, la dématérialisation des valeurs mobilières et l'usage contemporain de la technique du virement auront fait en sorte que la qualification de don manuel le dispute désormais à celle de donation indirecte<sup>87</sup>.

85. Ce thème est abordé *supra*, note 43.

86. Le titre nominatif ne se cantonne pas aux seules actions même si le présent article se limite à ce sens premier : « Le titre nominatif est l'écrit constatant l'inscription du titulaire – actionnaire, obligataire, propriétaire de parts de fondateur – sur un registre *ad hoc* de la personne morale émettrice » : X. MARIN, « Valeurs mobilières », Enc. Dalloz Commercial, 1974, n° 30.

87. La catégorisation évolutive du transfert gratuit de valeurs mobilières est abordée notamment par H. MÉAU-LAUTOUR, « La dématérialisation à l'épreuve du don manuel d'actions », *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 797 à 830 ; N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, (à suivre...)

La jurisprudence française trouve des partisans de l'une ou l'autre catégorisation<sup>88</sup>, tandis que les décisions québécoises semblent axer leur analyse sur les caractéristiques du don manuel<sup>89</sup>. L'évolution de la législation française amène d'ailleurs à douter, pour certaines catégories de titres du moins, du bien-fondé de la qualification de donation « indirecte »<sup>90</sup>. Ce débat ne présente cependant pas d'incidence sur la nécessité de l'acceptation de la disposition gratuite de valeurs mobilières<sup>91</sup> ni sur le rôle qui échet au silence. Une donation indirecte comme un don manuel peuvent faire l'objet d'une acceptation passive<sup>92</sup>.

L'historique législatif s'avère toutefois utile à la compréhension du rôle dévolu au silence du bénéficiaire d'un transfert opéré à titre gratuit. La présente partie se concentrera sur la genèse du droit français en la matière. À cet égard, l'évolution des modes de transmission des valeurs mobilières n'aura en rien atténué le rôle prépondérant assumé de tout temps par le cédant. La législation française en vigueur à l'aube du XX<sup>e</sup> siècle obligeait déjà le cédant ou son fondé de pouvoir à signer une déclaration de transfert. L'initiative du transfert lui revenait sans que ne fut requise l'inter-

(...suite)

2003, n° 151 (donation indirecte) et n°s 125 et 152 (don manuel) ; G. THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 20, 1998, n°s 189, 190 et 193.

88. En faveur de la désignation de donation indirecte, voir entre autres Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 1985, arrêt inédit cité par NAJJAR, *Donation*, Rép. civ. Dalloz, 2008, n° 393 ; Paris, 31 mars 1981, G.P.1981.2.622, note J. Viatte (pourvoi rejeté : Com. 14 fév. 1983, RTDciv.1984.139, obs. Patarin) ; Rép. min. Justice, J.O. Sénat, Q., 17 mars 1994, p. 604, telle que relatée par N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 439 : « L'ordre de mouvement étant un acte abstrait, valable indépendamment de sa cause, il peut constituer une donation indirecte [...] » ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 155 à 159. En faveur de la qualification de don manuel, cf. notamment Civ. 1<sup>re</sup>, 27 oct. 1993, Bull. I, n° 299, p. 205 ; Com. 19 mai 1998, D.1998.551, note Martin ; D.1999.Som.308, obs. Nicod ; RTDciv.1999.677, obs. Patarin ; JCP. éd. N 1998.1663, obs. Hovasse ; D. MARTIN, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D.2001.1228, 1230.
89. C.D. c. L.H., [2005] J.Q. n° 18040 (C.S. Qué.) ; *Grusk c. Sparling*, [1993] R.L. 22 (C.A. Qué.).
90. Et ce, en raison de la nécessité de déclarer la cause gratuite du transfert à l'occasion du virement initié par le cédant (*infra*, p. 327 à 332). Le dévoilement obligatoire de la gratuité de l'opération ne vise toutefois que les seuls transferts de titres qui font intervenir un dépositaire central (art. L. 211-19 C.mon.fin.fr.).
91. G. THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 20, 1998, n° 194.
92. Le thème de l'acceptation silencieuse du don manuel est approfondi *infra*, p. 344 à 374.

vention du cessionnaire<sup>93</sup>. Le mode de transmission des titres nominatifs faisait appel, en somme, à un acte unilatéral qui se passait de la participation du nouveau titulaire. La démarche du cédant était obligatoire afin d'assurer l'opposabilité du transfert à l'égard de la société émettrice et du public<sup>94</sup>. Aussi lui fallait-il remplir un bordereau de transmission destiné à la personne morale qui en assurait ensuite la transposition dans ses registres et procédait à l'inscription du nom du nouvel actionnaire. Ni le bordereau de transmission ni l'inscription sur les registres de la société ne divulguait la cause du transfert. Le mode emprunté taisait la gratuité ou l'onérosité de l'opération. Le transfert pouvait viser indifféremment une libéralité ou encore un acte onéreux tel le paiement d'une dette au moyen d'une cession de titres. La neutralité du procédé technique imposé par le législateur valait à l'acte à titre gratuit de n'être point décelable et de constituer tout au plus la conséquence indirecte d'un acte par ailleurs translatif de droit. Aussi le transfert de titres nominatifs intervenu à titre gratuit valait-il donation indirecte exempte des formalités préconisées par les articles 931 et 932 C.c.fr.<sup>95</sup>.

La forme retenue pour la libéralité faisait abstraction du concours du gratifié. Le bordereau de transmission demeurait le fait du donateur et l'intervention du nouveau titulaire n'était en rien nécessaire à l'inscription de ses droits sur le registre de la société émettrice. Aussi la Cour de cassation fut-elle rapidement amenée à ne pas assujettir la validité du transfert à la présence d'une manifestation de volonté particulière du donataire :

[...] la donation ainsi effectuée ne saurait être déclarée nulle, sous le seul prétexte qu'elle n'est pas accompagnée de l'acceptation du donataire, l'acte n'étant pas, à raison de sa forme, soumis à cette exigence.<sup>96</sup>

93. Voir l'analyse de la législation qu'en fait Civ. 18 oct. 1909, S.1911.1.489, note A. Tissier ; D.1910.1.462.

94. Les dispositions législatives sont citées *infra*, note 111.

95. MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 4, 2<sup>e</sup> vol., *Successions-Libéralités*, 5<sup>e</sup> éd. (par L. et S. LEVENEUR), Paris, Montchrestien, 1999, p. 662 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 1062 et 1063 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 184 et 185 ; le commentaire d'arrêt de R. Savatier à propos de Lyon 11 déc. 1973, RTDciv. 1974.645 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 473 ; Paris 31 mars 1981, G.P.1981.2.622, note J. Viatte (le pourvoi logé devant la Cour de cassation porta sur une question juridique autre et fut rejeté : Com. 14 fév. 1983, RTDciv.1984.139, obs. Patarin).

96. Civ. 18 oct. 1909, S.1911.1.489, note A. Tissier ; D.1910.1.462 (nos italiques).

L'unilatéralité du procédé de transmission interdisait même à la société de solliciter la preuve du consentement du cessionnaire. Le législateur français faisait formellement défense à la société d'exiger la preuve de l'acceptation du nouveau titulaire : « Nonobstant toute clause ou disposition contraire, sauf en ce qui concerne les titres non libérés, les personnes morales émettrices ne peuvent exiger l'acceptation du transfert par le cessionnaire »<sup>97</sup>.

Autant le transfert pouvait se passer juridiquement de l'intervention du bénéficiaire, autant l'immatriculation des titres sur les registres de la société pouvait également se réaliser entièrement à l'insu de leur nouveau titulaire. Le droit commercial avalisait un procédé dont la nature même favorisait l'éviction du titulaire au moment de la constitution du titre qui lui était réservé.

La souplesse consentie par le droit des affaires devait se heurter à la sévérité du droit des donations. S'il ne saurait être question d'une acceptation expresse et encore moins notariée, les donations indirectes en étant dispensées, l'acceptation du bénéficiaire du vivant du disposant demeure une condition de validité de toute donation<sup>98</sup>. L'inscription du nom du titulaire sur les registres de la société n'y changeait rien. L'immatriculation des valeurs mobilières réalisée sans le concours du principal intéressé n'avait valeur

97. Art. 43, al. 1 du Décret n° 55-1595 du 7 déc. 1955, D.1955.L.514, 518. La législation antérieure à ce décret était au même effet : X. MARIN, « Valeurs mobilières », Enc. Dalloz Commercial, 1974, n° 229. Cette interdiction n'a plus cours. Il est loisible, pour les seules mutations gratuites faisant intervenir un dépositaire central, de solliciter la preuve de l'acceptation écrite du donataire. Telle est la procédure retenue par Euroclear France à l'égard des transferts à titre gratuit de valeurs mobilières françaises : Euroclear, « Descriptif détaillé des services ESES – titres nominatifs français – Procédures relatives aux opérations élémentaires et diverses » (version 1.1, septembre 2007), aux p. 77-78 (document consulté le 29 mars 2010 sur le site [www.euroclear.com](http://www.euroclear.com)). Cette exigence, qui ne vise donc pas l'ensemble des cessions gratuites de valeurs mobilières, n'est pas sans écueils. La déclaration écrite cosignée par le donateur et le donataire est antérieure à la tradition. Selon les circonstances, elle pourrait s'analyser comme un acte « portant donation » et contrevenir par le fait même aux articles 931 et 932 C.c.fr. : cf. nos précisions *infra*, p. 328 à 332.

98. Civ. 18 oct. 1909, S.1911.1.489, note A. Tissier ; D.1910.1.462 ; Paris 13 mars 1906 (le pourvoi est rejeté pour un autre motif : Req. 11 déc. 1907, S.1911.1.137, note E. Naquet ; D.P.1912.1.266) ; Paris 25 mars 1891, S.1892.2.129, note A. Tissier ; D.1893.2.489 ; Paris 9 mars 1860, D.1860.5.123 ; I. NAJJAR, « Donation », Rép. civ. Dalloz, 2008, n° 429 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 393 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 539 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 1063.

qu'offre de donation à son égard<sup>99</sup>. À cela, deux conséquences majeures. L'offre pouvait être révoquée antérieurement à l'acceptation du gratifié<sup>100</sup> et les héritiers du donateur pouvaient contester la validité de la libéralité dans l'éventualité où le nouveau bénéficiaire en aurait ignoré l'existence jusqu'au décès du cédant<sup>101</sup>. Autant l'inscription du nom du bénéficiaire sur les registres de la société assurait l'opposabilité de son titre à l'endroit des tiers et de la société émettrice, autant cette formalité s'avérait impuissante à parfaire la donation. Toute indispensable fut-elle à la validité de la donation<sup>102</sup>, l'inscription du nom du donataire sur les registres de la personne morale ne suffisait point à fonder un titre gratuit inaltérable. Le transfert de titres demeurait subordonné à la validité de la convention entre le disposant et le cessionnaire<sup>103</sup>.

99. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, p. 80.

100. Cons. d'État 8 juin 1883, D.1885.3.17 ; S.1885.3.31 ; X. MARIN, « Valeurs mobilières », Enc. Dalloz Commercial, 1974, n° 273.

101. Civ. 18 oct. 1909, S.1911.1.489, note A. Tissier ; D.1910.1.462 ; Paris 13 mars 1906 (le pourvoi est rejeté pour un autre motif : Req. 11 déc. 1907, S.1911.1.137, note E. Naquet ; D.P.1912.1.266) ; Paris 25 mars 1891, S.1892.2.129, note A. Tissier ; G. THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 20, 1998, n° 194 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 183 ; le commentaire de Patarin sous Com. 14 fév. 1983, RTDciv.1984.139, 141.

102. L'inscription du nom du bénéficiaire sur les registres de la société antérieurement au décès du donateur fait figure de condition de validité de la donation non notariée : Com. 14 fév. 1983, RTDciv.1984.139, obs. Patarin. La solution retenue en droit français est très apparentée à celle ayant cours en droit québécois : *Grusk c. Sparling*, [1993] R.L. 22 (C.A.Q.).

103. Il était jugé, à la même époque, que l'inscription du nom du cessionnaire sur les registres de la société ne saurait suffire advenant la nullité de la convention entre le cédant et le nouvel actionnaire : Com. 24 janv. 1989, Bull. IV, n° 39 (au sujet de l'inopposabilité de ce transfert à des actionnaires ultérieurs) ; Com. 21 avr. 1977, D.1977.I.R.401, obs. M. Vasseur ; D.1979.450, note J.-C. Bousquet ; Com. 18 fév. 1980, D.1981.I.R.27, obs. Vasseur, et p. 33, obs. Bousquet ; le commentaire d'arrêt de R. Houin sous Colmar 30 janv. 1970, RTDcom. 1970.137, 138 ; Poitiers 21 nov. 1898, D.1899.2.24 ; S.1899.2.72 (sur l'incidence que revêt une obligation conditionnelle sur la validité même du transfert). La règle voulant que la validité du transfert soit subordonnée à celle de l'entente entre les parties continua de valoir en vertu de la législation en vigueur jusqu'à l'avènement de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 : Com. 23 nov. 1993, Bull. IV, n° 431, p. 313 ; Com. 22 nov. 1988, Bull. IV, n° 322, p. 216. Sur l'incidence que revêtent depuis lors les articles L. 228-1, al. 9 et R. 228-10 du Code de commerce, voir notamment D. OHL, « Valeurs mobilières », Rép. Sociétés Dalloz, 2005, nos 47 à 56 ; P. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 338 et 340 ; (à suivre...)

Autant l'acceptation du transfert de titres nominatifs en temps utile fait office de condition de validité de la libéralité, autant la liberté des formes est la règle : une acceptation tacite suffit<sup>104</sup>. L'existence de la libéralité n'est assujettie à aucune forme solennelle<sup>105</sup> et la preuve de l'acceptation peut être rapportée au moyen de simples présomptions<sup>106</sup>. Une partie de la doctrine aura conclu à l'expressivité du silence du cessionnaire<sup>107</sup> et la jurisprudence recèle des *obiter dicta* analogues : « cette acceptation tacite doit s'induire de toutes circonstances impliquant que le donataire a connaissance de la donation, et ne la refuse pas »<sup>108</sup>. Cet avis d'une justesse indiscutable n'a pourtant jamais été étayé. Or, le rôle dont le silence se voit gratifié est tout entier lié au mode de transmission privilégié par le donateur. La forme et la teneur de l'offre de donation suffisent à asseoir l'hypothèse selon laquelle le donateur ne s'attend pas à une réponse explicite. Il s'est assuré, dans un premier temps, de rendre son dépouillement irrévocable ; il a veillé, au surplus, à constituer le titre du donataire et l'a même rendu opposable à tous.

---

(...suite)

F. ROUSSEL et C. VERNIÈRES, « Le transfert de propriété des valeurs mobilières non cotées », J.C.P.2007 éd. E. 1840. À noter aussi l'actuel article L. 211-16 C.mon.fin.fr. : « Nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ». La portée de cet article se résume ainsi : « alors que l'inscription en compte ne confère à son bénéficiaire qu'une présomption simple de propriété à l'égard de son auteur, elle lui confère en revanche, dès lors qu'il est de bonne foi, une présomption irréfragable de propriété à l'égard des tiers, qui exclut toute revendication de ceux-ci. » (N. RONTCHEVSKY et M. STORCK, RTDcom.2010.401).

104. Req. 27 déc. 1945, S.1946.55 ; Civ. 18 oct. 1909, S.1911.1.489, note A. Tissier ; D.1910.1.462 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. X, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Librairies techniques, 1954, p. 524.
105. Hormis, bien entendu, l'inscription du nom du bénéficiaire sur les registres de la société visée. Voir la jurisprudence citée *supra*, note 102.
106. Req. 27 déc. 1945, S.1946.55.
107. P. DIENER, *Le silence en droit privé*, thèse Bordeaux, 1975, p. 156. Voir pareillement, au sujet du droit contemporain relatif aux cessions gratuites de titres nominatifs, N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n° 62 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 439 et 448. Un autre auteur convient, de manière plus générale, qu'une donation indirecte puisse faire l'objet d'une acceptation silencieuse : P. BONASSIES, « Report on French Law No. B-5 », dans *Formation of Contrats. A Study of the Common Core of Legal Systems* (éd. par R. Schlesinger), vol. II, Londres, Stevens & Sons, 1968, p. 1123-1151, à la p. 1125.
108. Lyon, 11 fév. 1943, JCP.1943.II.2283, note J. Carbonnier. À rapprocher de Douai, 27 fév. 1861, S.1861.2.395. Telle semble être, du reste, la solution retenue implicitement dans l'affaire *Autorité des marchés financiers c. Demers*, J.E. 2008-1888, [2008] J.Q. n° 9274, par. 54 et 57 (C.Q.).

Comme de fait, l'opposabilité de la cession est déjà avérée au moment où le gratifié en a généralement vent.

La dépossession du donateur est acquise au profit du cessionnaire sitôt le transfert noté dans les registres de la personne morale. Le cédant s'est départi de ses droits et des avantages liés à la détention de valeurs mobilières. Le cédant qui recourt à un ordre de transfert sans en aviser le nouveau titulaire privilégie un acte déclaratif et translatif de droit : « La formalité du transfert opère [...] la délivrance des droits au gratifié »<sup>109</sup>. Son dépouillement possède l'irrévocabilité requise selon l'article 894 C.c.fr. De surcroît, la décision du cédant de faire inscrire le nom du cessionnaire sur les registres de la personne morale atteste sa volonté résolue de consacrer le gratifié unique détenteur des droits liés aux valeurs mobilières : « Le titre nominatif est transmis, à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice, par un transfert sur les registres que la société tient à cet effet »<sup>110</sup>.

De telles mesures décidées unilatéralement étayent amplement l'hypothèse voulant que le cédant ait tenu pour acquise l'acceptation future du donataire. Sa déclaration unilatérale attestée par la remise du bordereau de transmission traduit une démarche destinée à rendre le transfert immédiatement opposable à la société émettrice et aux tiers dans leur ensemble. Il n'en faut pas davantage pour conclure que l'auteur de la libéralité ne subordonne aucunement l'existence de la donation à une quelconque déclaration de la part du gratifié. La concrétisation de la libéralité avant même la moindre consultation du gratifié dispense ce dernier de toute manifestation expresse de volonté.

Le donataire se trouve libéré de déclarer son acceptation pour une autre raison. Le cédant lui a épargné la moindre démarche en vue de la constitution de son titre. Le donateur l'a institué bénéficiaire de la libéralité *et* il s'est assuré de lui confier le titre avant même toute acceptation de sa part. Ce faisant, le silence du nouveau bénéficiaire est, de l'avis même du donateur, un mode d'acquies-

---

109. N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n° 125.

110. Art. 265, al. 2 de la Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, D.1966.L.279. Cette disposition fut abrogée en 1983 (art. 31 de la Loi n° 83-1 du 3 janv. 1983, D.1983.L.89, 95), mais le principe demeure apparenté sous l'empire de la législation actuelle : *infra*, p. 325 à 327.

cement suffisant. Comme le précisait la législation française de l'époque :

Art. 1<sup>er</sup>. Les droits du titulaire d'un titre nominatif sont *établis* par une inscription sur les registres de la personne morale émettrice.

La transmission du titre nominatif ne peut s'opérer à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice que par un transfert sur ces registres.<sup>111</sup>

L'avènement en droit français de la technique du virement de compte à compte n'altère en rien le modèle énoncé précédemment<sup>112</sup>. À la technique du bordereau de transmission a succédé l'ordre de mouvement. Cette évolution fut consacrée dans la législation française entre 1981 et 1983 et se reflète dans le Code monétaire et financier actuel de même que dans le Code du commerce<sup>113</sup>. L'inscription sur les registres de la société émettrice fut abolie au profit d'une inscription au compte du propriétaire des valeurs mobi-

111. Article premier du Décret n° 55-1595 du 7 déc. 1955, D.1955.L.514 (nos itali-ques). Autant cette disposition fut abrogée en 1983 (art. 21 du Décret n° 83-359 du 2 mai 1983, D.1983.L.232, 233), autant le droit actuel retient un principe analogue. L'article L. 211-17, al. 1 C.mon.fin.fr. pose pour principe que « le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur » (ce principe comporte quelques dérogations énoncées aux alinéas suivants du même article). Le compte-titres est tenu soit par l'émetteur des titres financiers, soit par un intermédiaire (art. L. 211-3 et L. 211-6 C.mon.fin.fr.). L'article L. 228-1 C.com.fr. réserve une autre hypothèse : en l'absence d'une cession de valeurs mobilières « admises aux opérations d'un dépositaire central ou livrées dans un système de règlement et de livraison mentionné à l'article L. 330-1 du code monétaire et financier », le « transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ». L'article R. 228-10 C.com.fr. précise que l'inscription au compte de l'acheteur est alors faite « à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice ». *Adde* F. ROUSSEL et C. VERNIÈRES, « Le transfert de propriété des valeurs mobilières non cotées », J.C.P. 2007 éd. E. 1840 ; G. BLANLUET, « Le transfert de propriété des actions », *Droit et patrimoine*, oct. 2004, p. 81-82.

112. « [...] le virement ressemble fort à l'ancien transfert. En réalité, le régime nouveau n'est que la généralisation, avec changement de terminologie, de l'ancien régime des titres nominatifs. » : N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 338.

113. Sur la nécessité ou non de différencier selon qu'il s'agisse du virement de titres au porteur, de titres nominatifs purs ou de titres nominatifs administrés, voir D. OHL, « Valeurs mobilières », Rép. sociétés Dalloz, 2005, n°s 27 et s. et n°s 48 et s. ; N. PETERKA, « Donations et testaments, Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n°s 151 et 152 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 445 et 446, de pair avec les articles 322-59 et s. du *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*.

lières ; le compte est tenu par la personne morale émettrice si les titres prennent la forme nominative ou par un intermédiaire financier s'ils sont au porteur<sup>114</sup>. Un mode unique de transmission fut instauré : « Les titres inscrits en compte se transmettent par virement de compte à compte »<sup>115</sup>. Un ordre de mouvement est passé par le cédant et une inscription corollaire est notée au compte du nouveau titulaire : « [...] les titres de valeurs mobilières ne sont plus matérialisés que par une inscription au compte de leur propriétaire »<sup>116</sup>.

Le nouveau procédé technique préconisé par le législateur français réserve la même valeur juridique au silence du cessionnaire de valeurs mobilières. Le donateur conserve l'initiative du transfert à titre gratuit et il lui est loisible de constituer unilatéralement le titre du bénéficiaire des valeurs acquises sans contrepartie. Le virement réalisé au profit du cessionnaire lui assure un titre avéré : « L'inscription rend le transfert opposable aux tiers et à la personne morale émettrice. Aucun autre procédé n'est équivalent »<sup>117</sup>. Nathalie Peterka fait remarquer que la jurisprudence actuelle de « la Cour de cassation décide qu'à l'instar de l'ancienne immatriculation sur le registre des transferts [...], l'écriture en compte établit par pré-

---

114. Art. 94.II de la Loi n° 81-1160 du 30 déc. 1981, D.1982.L.21, 34 de pair avec les articles 1<sup>er</sup> et 10 du Décret n° 83-359 du 2 mai 1983, D.1983.L.232, 233. Cette réforme est désormais consacrée à l'article R. 211-2 C.mon.fin.fr. qu'il convient de lire de pair avec l'art. L. 211-4 C.mon.fin.fr.

115. Art. 2 du Décret du 2 mai 1983, D.1983.L.232. Cette disposition est reprise dans l'actuel article L. 211-15 C.mon.fin.fr.

116. Art. 1 du Décret du 2 mai 1983, D.1983.L.232. Voir depuis lors le libellé analogue des articles L. 228-1 C.com.fr. et R. 211-1 C.mon.fin.fr.

117. Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 5<sup>e</sup> éd., Economica, 1988, p. 694 ainsi que les précisions formulées dans la 12<sup>e</sup> édition (2003), p. 788 et 789. Voir aussi la réponse du ministre de la Justice parue à *Rev.soc.*1987.499. La question du transfert de propriété fait l'objet d'une disposition particulière en présence d'une cession réalisée sur un marché réglementé. Comme l'aura voulu l'article 47bis de la Loi du 3 janvier 1983 ajouté par la Loi du 31 décembre 1993 : « en cas de cession sur un marché réglementé de titres inscrits en compte chez l'émetteur ou chez un intermédiaire habilité, le transfert de la propriété de ces titres résulte de leur inscription au compte de l'acheteur, à la date et dans les conditions définies par les règles de place. ». Sur l'à-propos de différencier selon que la cession survient en dehors d'un marché réglementé ou non, voir M. DAGOT, « Des donations non solennelles », *J.C.P.*2000.I.248, par. 35 et 36 et, plus généralement, C. MERKIN et B. de SAINT-MARS, « Transfert de propriété sur le marché des valeurs mobilières. Le nouvel article 47 bis de la loi du 3 janvier 1983 », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, janv.-fév. 1994, n° 41, p. 2. La réforme survenue en 1993 doit désormais s'aborder au regard de l'article L. 211-17 C.mon.fin.fr. et des articles 570-2 et s. du *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*.

somption et jusqu'à preuve contraire, l'appartenance des valeurs mobilières au cessionnaire »<sup>118</sup>. L'efficacité du silence du donataire demeure donc entière<sup>119</sup>. L'inscription au compte consacre « l'investiture »<sup>120</sup> du cessionnaire en l'assurant d'ores et déjà d'un titre indiscutable et opposable à tous<sup>121</sup>. Le virement possède, à cet égard, des atouts comparables à ceux que procure la délivrance d'un bien corporel :

[...] l'inscription en compte est investie de la même fonction que la tradition des meubles corporels : d'une part, elle concrétise la remise de la valeur en la puissance du cessionnaire ; d'autre part, elle investit la personne inscrite d'un droit fort, efficacement protégé des prétentions concurrentes sur cet actif émanant des tiers.<sup>122</sup>

L'acquiescement tacite du donataire suffit d'emblée puisque le cédant a pris des dispositions vouées à sceller le caractère avéré et irréversible du transfert. Une fois mis au fait, le cessionnaire qui ne dit mot affiche son consentement à l'égard d'une telle disposition à titre gratuit.

Une modification législative supplémentaire survenue en 1987 appelle quelques précisions complémentaires. À défaut de revêtir la moindre portée sur le rôle accordé au silence du donataire, ce changement n'en possède pas moins une incidence sur la qualification de la libéralité consentie. Le silence ayant trait à la gratuité de l'acte s'avère, en effet, indispensable à la validité de la donation envisagée. Aussi convient-il d'aborder non plus le silence du gratifié, mais plutôt la discrétion de l'acte au sujet de la cause de l'opération.

118. N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n° 171. Voir encore les observations de N. RONTCHEVSKY et M. STORCK, RTDcom.2010.397, 400 et 401 ; F. AUCKENTHALER, J.Cl. SOCIÉTÉS, « Tenue de compte de titres », fasc. 2115, 2005, nos 11 et 12 et, plus généralement, D. MARTIN, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D.1998.Chron.15. Comp. les articles L. 228-2 II et L. 228-3-1 C.com.fr. lesquels soulignent le caractère relatif de l'inscription quant à l'identité du propriétaire véritable des titres.

119. N. Peterka estime pareillement que la réception sans protestation de l'avis de mouvement adressé par la société émettrice au bénéficiaire donataire peut valoir consentement tacite : N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 446 et 448.

120. D. MARTIN, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D.2001.1228, 1230.

121. Au sujet du principe posé par l'article L. 211-17, al. 1 C.mon.fin.fr. et de ses dérogations, voir notre texte *supra*, note 111. *Adde* N. RONTCHEVSKY et M. STORCK, RTDcom.2010.397, 400 et 401 ; F. AUCKENTHALER, J.Cl. SOCIÉTÉS, « Tenue de compte de titres », fasc. 2115, 2005, nos 11 et 12.

122. A. REYGROBELLET, « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », RTDcom.1999.305, 315.

### 2.2.1.2 *L'offre de donation indirecte et le silence relatif à la cause de l'opération*

Aux termes de l'article 55.I de la Loi du 17 juin 1987 repris depuis lors par l'article L. 211-19 C.mon.fin.fr., l'ordre de cession de valeurs nominatives cotées oblige l'intermédiaire habilité à dresser un bordereau de références nominatives qui comporte certains renseignements obligatoires tels les éléments d'identification du donneur d'ordre, la nature juridique de ses droits, les restrictions dont le titre peut être frappé ; le bordereau doit, de surcroît, porter « un code permettant de déterminer l'opération à laquelle il se rattache »<sup>123</sup>. Cette exigence a divisé la doctrine. Dans la mesure où l'ordre de virement dévoile la gratuité du transfert, la qualification de donation indirecte semble exclue d'emblée<sup>124</sup>. D'aucuns ont cependant fait remarquer que les précisions initialement prévues sur les premiers modèles d'ordre de virement (« virement », « cession », « donation », « mutation », etc.) ont depuis cédé le pas à des intitulés parfois plus neutres (inscriptions en compte, transfert, remboursement, affectation en nantissement, etc.)<sup>125</sup>. Cette discrétion relative n'est toutefois pas systématisée comme en font foi les codes d'opération fort explicites retenus par Euroclear France en cas de mutation à titre gratuit<sup>126</sup>.

Force est, du reste, de se prononcer sur la validité d'un ordre de virement qui rendrait explicite l'existence d'une libéralité. L'acte à l'origine de la donation perd alors toute neutralité puisqu'il n'est plus à même de taire la gratuité du transfert. Il est fort à craindre

---

123. Art. 55.I de la Loi n° 87-416 du 17 juin 1987, D.1987.L.233, 239. La même exigence figure désormais à l'article L. 211-19 C.mon.fin.fr.

124. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil, Les successions. Les libéralités*, Paris, Cujas, 1989, p. 212 et 213 ; « La transmission familiale organisée de l'entreprise » (par É. Durand, rapporteur) dans 86<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *La transmission des entreprises. Vaincre les obstacles*, 1990, p. 528, 534 et 535 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 159.

125. P. BERGER, « La donation indirecte de valeurs mobilières », *Droit et patrimoine*, mars 1994, p. 31, à la p. 36 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 436.

126. Les titres nominatifs français concédés à titre gratuit sont identifiés à l'aide d'un code réservé aux donations entre vifs lequel figure en toutes lettres dans le bordereau de références nominatives : Euroclear, « Descriptif détaillé des services ESES – titres nominatifs français – Procédures relatives aux opérations élémentaires et diverses », p. 68 à 73, 105 et 110 (version 1.1 du 27 septembre 2007 consultée le 29 mars 2010 sur le site [www.euroclear.com](http://www.euroclear.com)).

qu'une telle donation avouée ainsi explicitement contrevienne aux prescriptions des articles 931 et 932 C.c.fr.<sup>127</sup> et la qualification de don manuel semble pareillement compromise<sup>128</sup>.

Un ouvrage récent prend le contre-pied de cette thèse et estime valide l'ordre de virement qui expose la gratuité du transfert de titres : « [...] le fait que la cause du contrat – l'intention libérale – soit expressément indiquée, n'engendre pas la qualification « d'acte portant donations entre vifs » »<sup>129</sup>. Ce premier argument ne peut guère emporter l'adhésion et le fait de recourir à la catégorisation de don manuel n'y change rien. Le don manuel est entaché de nullité si la tradition du bien est la simple résultante de l'exécution d'un acte nul en la forme<sup>130</sup>. Or, l'ordre de virement conditionne l'existence même de la libéralité, car *il porte mandat d'exécuter une donation qu'il décrit comme telle*. Le bordereau de références nominatives est pareillement indissociable de la validité du transfert sous le régime de la loi du 17 juin 1987 : la chambre syndicale des agents de change était d'ailleurs tenue de vendre ou de racheter « d'office », aux frais de l'intermédiaire, le titre « qui n'a pas donné lieu à remise du bor-

127. « La transmission familiale organisée de l'entreprise » (par É. Durand, rapporteur) dans 86<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *La transmission des entreprises. Vaincre les obstacles*, 1990, p. 528, 534 et 535 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 159 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Cujas, 1989, p. 212 et 213. À rapprocher de Paris, 27 mai 1964, JCP.1965.II.13991, note P. Voirin.

128. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Cujas, 1989, p. 200.

129. S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 152.

130. Voir les explications et les arrêts cités par N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, nos 113 à 115, M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 37, 102 et 103 et Y. LOUSSOUARN et A. PIROVANO, « Don manuel », Enc. Dalloz, 1972, n° 24. La jurisprudence valide, en revanche, les écrits récongnitifs de don manuel ainsi que les pactes adjoints. Or, l'écrit récongnitif ne porte pas donation entre vifs : il se contente de rapporter la preuve d'un don manuel réalisé au moment même de la tradition. L'écrit récongnitif ne porte donc pas en lui la donation (rapp. M. NICOD, « Formalisme des donations », dans *Droit patrimonial de la famille* (sous la dir. de M. Grimaldi), Paris, Dalloz, 2008, n° 311.103). Le pacte adjoint tient, de son côté, à préciser les modalités relatives au don manuel (telle la stipulation d'une charge ou la dispense de rapport). L'ordre de virement et le bordereau de références nominatives se présentent tout à fait différemment. L'ordre de virement porte mandat d'exécuter la cession gratuite et le bordereau de références nominatives s'avère indispensable à la validité même de cette cession.

dereau ou a donné lieu à remise d'un bordereau incomplet ou erroné »<sup>131</sup>.

Sans l'ordre de virement, point de cession ; sans le bordereau de références nominatives, point de cession valide<sup>132</sup>. Or, la tradition ne suffit pas, à elle seule, à sauvegarder un acte de donation nul en la forme : « La tradition constitutive du don manuel doit être opérée « à titre autonome et distinct »<sup>133</sup>. Elle ne doit pas intervenir en exécution d'un acte de donation nul en la forme, rédigé antérieurement à son accomplissement »<sup>134</sup>.

Vu l'origine législative des deux formalités que sont l'ordre de virement et le bordereau de références nominatives et vu leur rôle indiscutable à l'égard de l'exécution et de la validité de la cession, tout argument voulant que la tradition des titres ait une existence

131. Art. 55.I de la Loi n° 87-416 du 17 juin 1987, D.1987.L.233, 239. Le règlement actuel de l'Autorité des marchés financiers prévoit plutôt le paiement de pénalités advenant une irrégularité dans la remise du bordereau de références nominatives (art. 322-68 à 322-72 du *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers* à lire de concert avec Euroclear, « Descriptif détaillé des services ESES – titres nominatifs français – Procédures relatives aux opérations élémentaires et diverses », p. 105 et 110 (version 1.1 du 27 septembre 2007 consultée le 29 mars 2010 sur le site [www.euroclear.com](http://www.euroclear.com))).

132. Tel était très certainement le cas en vertu de l'article 55.I de la Loi du 17 juin 1987 demeuré en vigueur du 23 janvier 1988 au 1<sup>er</sup> janvier 2001. Le *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers* aura préféré depuis l'imposition de pénalités, tandis que l'article L. 211-19 C.mon.fin.fr. ordonne la confection d'un bordereau de références nominatives sans prévoir, en cas de non-observation, le rachat d'office du titre que prescrivait l'ancien article 55.I de la Loi du 17 juin 1987. De son côté, l'article 322-71 du *Règlement général* prescrit l'émission d'un bordereau de « régularisation » de la part de l'intermédiaire teneur de compte en cas de « rejet par une personne morale émettrice d'un bordereau de références nominatives ». Sur le rôle précis joué par le bordereau de références nominatives en matière de mutations gratuites (notamment l'hypothèse du rejet du bordereau) et sur le rôle d'Euroclear France à l'égard de la société émettrice, voir Euroclear, « Descriptif détaillé des services ESES – titres nominatifs français – Procédures relatives aux opérations élémentaires et diverses » (version 1.1, septembre 2007), p. 73, 75-76 et 78 à 80 (document consulté le 29 mars 2010 sur le site [www.euroclear.com](http://www.euroclear.com)).

133. Voir, au même effet, M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 37, 102 et 103.

134. N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J. Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n° 113 (nos italiques). La même auteure ne s'attarde pas à cet argument lorsqu'elle conclut, dans un autre ouvrage, à la validité d'un don manuel issu de l'exécution d'un ordre de virement affichant la gratuité de l'acte : N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 436.

propre, indépendante de la donation sous seing privé, semble récusable.

L'argument suivant ne convainc pas davantage :

[...] les contrats « portant donation entre vifs », pour lesquels l'article 931 du C.civ. exige qu'ils soient passés en la forme notariée, sont ceux conclus entre le donateur et le donataire. Or, l'ordre de virement n'est pas un contrat entre disposant et gratifié [...] Peu importe que cet ordre de virement indique sa « cause », ce n'est pas lui qui réalise la donation.<sup>135</sup>

S'il est vrai que l'ordre de virement ne réalise pas la donation – seule l'inscription au compte du donataire parfait la donation sous réserve, du reste, de son acceptation par le gratifié –, pareille interprétation donnée à l'article 931 C.c.fr. paraît réductrice tout en étant déformant singulièrement le libellé. Le texte de loi vise « tous actes portant donations entre vifs ». Partant, un « acte » juridique tombe manifestement sous le coup de cette disposition, lors même qu'il n'emprunte pas la forme d'une convention signée entre le donateur et le gratifié<sup>136</sup>. Autrement dit, un acte sous seing privé portant donation est nul bien qu'il ne fasse intervenir le donataire. Aussi la jurisprudence québécoise et française invalide-t-elle sans ambages l'écrit qui affiche une renonciation *in favorem*<sup>137</sup> ou la reconnaissance de dette qui avoue la bienfaisance de son auteur<sup>138</sup>. La nullité

135. S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 152. Au même effet : N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 436 ; H. HOVASSE, « Valeurs mobilières dématérialisées », JCP éd. N. 1998.1664.

136. Il importe peu que l'auteur de l'acte nul soit le donateur ou son mandataire. Il ne suffit certes pas de faire rédiger par autrui l'écrit sous seing privé pour se soustraire aux exigences de l'article 931 C.c.fr.

137. *Petit (Succession de) c. St-Pierre*, J.E. 2008-743, [2008] J.Q. n° 1423 (C.S. ; pourvoi rejeté pour d'autres motifs à J.E. 2009-1155 (C.A.Q.)) ; *Ouimet c. Cyr*, [2006] J.Q. n° 8499 (C.S.) ; Versailles 20 janv. 1987, D.1988.Somm.207, obs. C. Colombet ; RTDciv.1988.802, obs. Patarin ; G. BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 110 ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 328 : « L'acte emportant renonciation à un droit doit donc être ambigu pour réaliser une donation indirecte » ; M. NICOD, « Formalisme des donations », dans *Droit patrimonial de la famille* (sous la direction de M. GRIMALDI), 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, n° 311.144 : « [...] une renonciation conventionnelle au droit de propriété, inspirée par une intention libérale, ne peut s'analyser autrement qu'en une donation directe nulle ». À contraster avec Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, Defrénois.1994.1539, obs. crit. Champenois.

138. Voir la jurisprudence relatée par THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 20, 1998, nos 129 et 130.

est acquise dès lors que l'intention libérale est apparente et que la forme notariée fait défaut : à l'instar des articles 1811 et 1824 C.c.Q., l'article 931 C.c.fr. sanctionne de nullité toute donation écrite ostentatoire dépourvue de la forme authentique. L'ordre de virement affichant sa gratuité s'expose aux mêmes foudres et la libéralité qui découle de son exécution ne saurait, de toute évidence, valoir donation indirecte. Le propre de la donation indirecte est de taire la gratuité de l'acte. Aussi la Cour de cassation prescrit-elle la nullité du billet à ordre portant la mention « valeur pour solde en dot par nous consentie » puisque « *la cause énoncée ne masquait pas le caractère véritable de l'acte* »<sup>139</sup>.

Rien n'interdit, en revanche, au donateur de recourir au subterfuge de la donation déguisée en prétextant que la cession intervient contre paiement. L'ordre de virement peut ainsi taire l'existence de la libéralité en lui faisant épouser les formes de l'onérosité<sup>140</sup>. La donation déguisée échappe au formalisme de l'acte notarié<sup>141</sup> tout en se prêtant, du reste, à une acceptation silencieuse. Même les adversaires les plus irréductibles de la thèse de l'expressivité du silence en conviennent :

La Cour de Cassation n'a-t-elle pas jugé que l'acceptation des donations non formalistes résulte du silence gardé par le donataire ? [...] La solution devient inéluctable lorsque [...] le mode employé en vue de gratifier – acte de volonté unilatéral – est incompatible avec une acceptation. Aussi avons-nous pu écrire [...] que l'acceptation par le silence est, dans le cas particulier, le procédé technique postulé par le mode même de la donation. Il suffit que le gratifié ait connu le bienfait et en profite ; son acceptation se déduit de son comportement.<sup>142</sup>

139. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 253 et 254, au sujet de Civ., 7 fév. 1898, D.1901.1.68. Voir aussi Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 1987, Bull. I, n° 188, p. 140 et G. THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 20, 1998, nos 129 et 130. La forme authentique s'impose lorsqu'un acte « s'affiche ouvertement – en le disant *ou même sans le dire, dès lors qu'il n'existe guère matière à interprétation sur l'intention des parties* – comme une libéralité entre vifs [...] » : A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, Paris, P.U.F., 2003, p. 39 (nos italiques).

140. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil, Les successions. Les libéralités*, Paris, Cujas, 1989, p. 213.

141. Cette solution reconnue par l'article 1811 C.c.Q. vaut autant en droit français. Voir notre citation de l'arrêt Civ. 28 janv. 1903, *infra*, note 157.

142. Note de Voirin sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1961, JCP.1963.II.12973. Ce même auteur avait pourtant dénoncé avec vigueur l'arrêt *Bert* dans une note restée célèbre : Req. 29 mars 1938, D.P.1939.1.5, note Voirin. D'autres juristes se montrent (à suivre...)

Les causes propres à l'expressivité du silence sont approfondies dans la partie suivante.

## 2.2.2 Les donations déguisées

### 2.2.2.1 La contribution du silence à l'existence de la donation

L'émancipation jurisprudentielle à l'égard des formalités instituées par les législateurs français et québécois se sera accompagnée d'une conséquence insoupçonnée. Le *Code civil français* et le *Code civil du Bas-Canada* entendirent enserrer les libéralités au sein d'un carcan formaliste<sup>143</sup>. Le législateur français est allé jusqu'à décréter un parfait parallélisme des formes<sup>144</sup>. Autant l'offre de donation doit revêtir la forme notariée, autant l'acceptation se doit, à son tour, d'être expresse<sup>145</sup> et consignée dans un acte authentique passé devant notaire<sup>146</sup>. La forme solennelle

---

(...suite)

favorables à l'acceptation silencieuse des donations indirectes : P. GUÉRAÇAGUE, *Des donations déguisées*, thèse Bordeaux, 1907, p. 53 ; P. BONASSIES, « Report on French Law No. B-5 », dans *Formation of Contrats. A Study of the Common Core of Legal Systems* (éd. par R. Schlesinger), vol. II, Londres, Stevens & Sons, 1968, p. 1123-1151, à la p. 1125.

143. Seul fit exception le don manuel dont l'existence fut reconnue à l'article 776 du *Code civil du Bas-Canada*.
144. Les anciens articles 776 et 788 C.c.B.-C. prescrivait pareillement la forme notariée pour l'acceptation de la donation tout en se satisfaisant d'une acceptation tacite (au contraire du droit français), telles la présence du donataire à l'acte et sa signature. Le *Code civil du Québec* aura estimé ces précisions inutiles : « [...] les nombreuses règles relatives à l'acceptation pour parfaire le contrat [de donation] sont abolies, étant couvertes par les dispositions générales propres à l'échange des consentements. » : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 1131 (cf. aussi la page 1133). Désormais, la donation se voit assujettie aux règles classiques en matière d'acceptation contractuelle et la suffisance d'une acceptation tacite ne saurait faire de doute : D. VINCELETTE, « La donation dans la réforme du Code civil (art. 1806 à 1841 C.c.Q.) », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil. Personnes, successions et biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 433-463, aux p. 434 et 450.
145. B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Forme. Acceptation des donations », *J.Cl. civ.*, art. 932 à 937, 2004, nos 6 à 11 et 14.
146. Au-delà de ces exigences formelles s'ajoute l'indispensable notification de l'acceptation au donateur sans quoi la donation ne saurait lui être opposable (art. 932 C.c.fr.). À contraster avec l'ancien article 787 C.c.B.-C. qui permettait soit la notification, soit la reconnaissance par le donateur de l'existence de l'acceptation.

s'étend même à la révocation de la donation, de préciser la jurisprudence<sup>147</sup>.

Tout porterait à croire à l'inefficacité de l'acceptation silencieuse d'une donation entre vifs. Or, l'avènement de l'arrêt *Bert* aura démenti cette analyse superficielle<sup>148</sup>. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que la remise de dette concédée à titre gratuit participe tantôt de la donation indirecte, tantôt de la donation déguisée<sup>149</sup>. La présentation intellectuelle de la remise de dette décide de sa qualification. Elle devient constitutive d'une donation déguisée dès lors que le créancier maquille la réalité de manière à assurer l'affranchissement du débiteur<sup>150</sup> ; il en est ainsi de la quittance consentie sur la foi d'un paiement proprement inexistant<sup>151</sup>. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation avalisée par le droit québécois, la réception sans mot dire d'un tel acte libératoire est de nature à traduire l'acceptation du débiteur<sup>152</sup>.

Ce qui vaut pour la remise de dette vaut tout autant pour la reconnaissance de dette fictive : cette autre donation déguisée se prête également à une acceptation muette. Toutes deux font appel au même procédé volitif. L'auteur de la libéralité transgresse la

- 
147. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, RTDciv.2007.613, obs. Grimaldi ; Defrénois.2006.1838, note Gelot ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 184 à 187 et 212. De son côté, l'article 1414 C.c.Q. impose le parallélisme des formes pour « toute modification apportée à un [...] contrat [solennel], à moins que la modification ne consiste qu'en stipulations accessoires ». L'application de cette disposition à un accord de révocation demeure controversée : D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 1127 et 1128.
148. Cet arrêt majeur de la Cour de cassation emporte l'assentiment d'une majorité d'auteurs québécois. L'analyse en est faite *supra*, p. 306, 307 et 310 à 313.
149. Il n'est pas dénué d'intérêt de différencier la donation déguisée et la donation indirecte. L'ancien article 1099 C.c.fr. l'imposait, puisque seules les donations déguisées étaient interdites entre époux. Cette disposition fut certes amendée en 2004, mais l'à-propos de la distinction demeure au sujet des incapables. Le droit français bannit la donation déguisée faite en faveur de l'incapable alors qu'il en va autrement de la donation indirecte : P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 223.
150. G. BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 110 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 1973, Bull. I, n<sup>o</sup> 188, p. 167 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 119 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, p. 81.
151. La donation déguisée ne suppose pas, à tout coup, l'emploi de la forme onéreuse. Elle peut consister en un acte unilatéral ou une opération à trois. Voir I. NAJJAR, « Donation », Rép. civ. Dalloz, 2008, n<sup>os</sup> 278 et 284.
152. La validité de l'acceptation silencieuse d'une remise de dette est attestée par de nombreuses autorités québécoises et françaises citées *supra*, notes 54 et 68.

réalité de manière à gratifier le donataire<sup>153</sup>. Or, le défaut d'opposition du donataire est de nature à traduire son assentiment : le consentement contractuel prend alors la forme inusitée de *l'absence de démenti*. Cette conclusion s'offre au juge sans s'imposer pour autant : ni le droit québécois ni le droit français ne présument l'accord de la partie demeurée discrète. Le silence fera foi de son consentement pour peu que le juge estime cette déduction fondée au regard des circonstances<sup>154</sup>.

L'acceptation de la donation déguisée s'avère, du reste, indispensable à sa validité. Cette règle ne fait aucun doute en droit québécois. La reconnaissance de dette fictive est une donation déguisée que le *Code civil du Québec* assujettit aux conditions de fond des donations<sup>155</sup>. Il en va de même du droit français qui soumet les donations non formelles à l'exigence de l'acceptation : l'on ne saurait « rendre le donataire propriétaire des biens malgré lui »<sup>156</sup>.

En somme, l'unilatéralité du procédé mis en œuvre par le donateur ne le dispense aucunement de s'assurer du concours du bénéficiaire de la libéralité. La mise en place de l'artifice peut certes se faire sans la participation du donataire. Si le donateur peut falsifier la réalité, seul le donataire peut authentifier cette mise en scène. Lui seul peut consentir à une libéralité empruntant au mensonge.

La jurisprudence se sera pourtant laissée bernier un temps par les règles assujettissant l'« acte d'emprunt ». Aussi la Cour de cassation était-elle portée, au XIX<sup>e</sup> siècle, à se retrancher derrière l'unilatéralité de la reconnaissance de dette pour la soustraire à l'exigence de l'acceptation. Ce courant jurisprudentiel malavisé fut définitivement abandonné au tournant du siècle suivant. L'acceptation du bénéficiaire préalablement au décès de l'auteur de la reconnaissance de dette fictive est consubstantielle à l'existence de la donation :

Attendu que, si une donation peut être valablement déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, et n'est, dès lors, soumise qu'aux conditions de forme de l'acte dont elle revêt l'apparence, elle reste

153. À moins bien évidemment que la reconnaissance de dette ne résulte de l'acquiescement d'une obligation d'ordre moral.

154. *Supra*, p. 306 et 307.

155. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 1136.

156. S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 312. Voir, au même effet, la doctrine citée *infra*, note 167.

assujettie, quant au fond, à la règle essentielle qu'il y ait dessaisissement irrévocable du donateur en faveur du donataire ; que, s'il n'est pas exigé, dans ce cas, qu'il y ait acceptation formelle de ce dernier, son intention d'accepter doit, tout au moins, résulter des circonstances, qu'il appartient au juge de constater et d'apprécier.<sup>157</sup>

### 2.2.2.1.1 Le caractère discutable du modèle contractuel

Salué par la doctrine<sup>158</sup>, ce revirement jurisprudentiel n'est pas sans rappeler l'axiome civiliste voulant que la donation tienne du contrat. Au contraire du droit québécois, le *Code civil français* se fait pourtant peu disert sur le sujet. Le mot « contrat » fut biffé de la définition législative de la donation après que Napoléon lui eut préféré le terme « acte » à l'article 894 C.c.fr. qui se lit ainsi : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte »<sup>159</sup>. Les raisons invoquées par Napoléon laissent dubitatif, lui qui croyait à tort qu'un contrat renferme des obligations synallagmatiques. Sa conception se heurte bien évidemment aux articles 1101, 1103 et 1105 C.c.fr. Aussi la doctrine belge et française ne prêta-t-elle guère foi au libellé de l'article 894 C.c.fr. et s'abstint généralement de tirer d'enseignement de l'usage du vocable « acte »<sup>160</sup>.

La stricte appartenance des donations au régime contractuel fut tenue pour certaine dans le *Code civil du Bas-Canada*<sup>161</sup> et le législa-

157. Civ. 28 janv. 1903, D.1903.1.238. Voir pareillement Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1965, Bull. I, n<sup>o</sup> 692, p. 530 ; JCP.1966.IV.5.

158. J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 57 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 169 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 554 et 555.

159. Les réserves infondées de Napoléon sont relatées par M. NICOD, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz/L.G.D.J., 2009, p. 375 à 384, à la p. 376.

160. L. RAUCENT, *Les libéralités*, Académia-Bruylant, Maison du Droit de Louvain, 1991, p. 31 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 16 ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. VI, 2<sup>e</sup> éd., 1934, p. 28. Les propos de ces auteurs ne sont pas sans évoquer ceux au sujet du droit québécois à l'époque du *Code civil du Bas-Canada* : G. BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 2 et 88.

161. L'ancien article 755 C.c.B.-C. se lisait comme suit : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille à titre gratuit de la propriété d'une chose, en faveur du donataire dont l'acceptation est requise et rend le contrat parfait. Cette acceptation la rend irrévocable, sauf dans les cas prévus par la loi, ou une condition résolutoire valable ».

teur québécois se garda bien d'y déroger lors de l'avènement du *Code civil du Québec*. Les commentaires officiels accompagnant l'adoption du *Code civil du Québec* proclament haut et fort que « la donation est un contrat et non un simple acte [...] »<sup>162</sup>. Le chapitre relatif aux donations s'intercale entre la vente et le crédit-bail au sein de la partie du Code québécois consacrée aux « contrats nommés » et l'article 1806 C.c.Q. ne laisse poindre aucun doute sur la nature conventionnelle du transfert de propriété : « La donation est le contrat par lequel une personne, le donateur, transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne, le donataire ; [...] ».

Cette adéquation parfaite entre la donation et le modèle contractuel ne va pas sans susciter quelques réserves. Certaines libéralités se fondent mal dans le moule conventionnel. Qu'il suffise de songer à la renonciation successorale inspirée d'une intention libérale. L'héritier désigné par le législateur préfère renoncer de manière à favoriser le successible appelé en second rang. Cette renonciation dite translative ne procède nullement de la formation d'un quelconque contrat. Le renonçant ne saurait concéder contractuellement un droit qu'il ne détient pas<sup>163</sup>. Le successible suivant hérite de par l'effet de la loi. Ses droits successoraux tiennent à l'ordre de dévolution successorale privilégié par le législateur. L'accroissement possède une origine légale et non pas conventionnelle. Il y a donation, certes<sup>164</sup>, mais point de contrat. Aussi peut-on douter que

162. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 1133 (italiques dans l'original). Le droit suisse n'en disconvient aucunement et aborde la donation comme un contrat à proprement parler : P. TERCIER et P. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Genève, Schulthess, 2009, p. 267 ; P. ENGEL, *Contrats de droit suisse*, Berne, Staempfli Editions, 2000, p. 110.

163. « La renonciation n'indique pas un bénéficiaire, dès lors que le renonçant n'a plus, ou n'a jamais eu la qualité d'héritier, et qu'il ne peut disposer d'un droit qu'il n'a jamais acquis. » : I. NAJJAR, « Donation », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, n° 406, p. 56. Voir toutefois l'article 641 C.c.Q. qui décrète que la renonciation à titre gratuit au profit de cohéritiers emporte acceptation de la succession, alors même que l'article 647 C.c.Q. précise que « celui qui renonce est réputé n'avoir jamais été successible ».

164. P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 225 et 226, et la jurisprudence française citée en ce sens. Le législateur québécois laisse planer l'équivoque. Autant l'article 1809 C.c.Q. affirme sans nuances que « [l]'acte par lequel une personne renonce à exercer un droit qui ne lui est pas encore acquis ou renonce, purement et simplement, à une succession ou à un legs ne constitue pas une donation », autant les commentaires officiels du ministre de la Justice donnent à croire que cette disposition se limite aux renoncations abdicatives par opposition aux renoncations *in favorem* : *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, t. 1, Les Publications (...à suivre)

le cadre contractuel suffise à appréhender la totalité des donations<sup>165</sup>.

L'inadéquation du modèle contractuel ne porte guère à conséquence. À supposer les règles relatives à la formation du contrat inadaptes, l'acceptation du bénéficiaire n'en demeure pas moins indispensable.

### 2.2.2.1.2 Le caractère obligatoire de l'acceptation

#### *i) De la nécessité d'assurer les préférences du donataire*

Il est de prime importance d'accorder au donataire la faculté d'accepter ou de refuser la donation proposée. Cette acceptation demeure inséparable de la formation de la donation non solennelle<sup>166</sup>. À titre d'exemple, aucune donation indirecte ne saurait voir

(...suite)

cations du Québec, 1993, p. 1135. L'article 641 C.c.Q. reconnaît par ailleurs expressément l'hypothèse de la renonciation successorale consentie à titre gratuit au profit d'un ou plusieurs cohéritiers. Voir P. CIOTOLA, « De la donation », Répertoire de droit / Nouvelle série, 2006, n° 8, p. 8 et les opinions divergentes au sujet de l'article 1809 C.c.Q. relatées par D. VINCELETTE, « La donation dans la réforme du Code civil (art. 1806 à 1841 C.c.Q.) », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil. Personnes, successions et biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 433-463, à la p. 435.

165. Voir, en premier lieu, l'analyse tout en finesse de M. NICOD, « La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, Dalloz/L.G.D.J., 2009, p. 375 à 384. Adde C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrénois, 2007, p. 359 à 363 (l'auteur n'en concède pas moins que l'acceptation du donataire paraît difficilement contournable « en raison des charges inhérentes à la qualité de propriétaire ») ; B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, Dalloz, 1977, p. 447 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 39. Cela dit, le mécanisme employé s'opposera parfois à l'existence de la donation. Ainsi fut-il jugé qu'il n'y avait point donation lorsqu'un fils devient l'exploitant exclusif d'une concession ostréicole située sur une parcelle du domaine public, par suite du retrait unilatéral de sa mère : « [...] ce retrait, qui ne constituait pas une cession de droits à un tiers, ne pouvait être analysé comme un don manuel [...] » d'autant plus que le fils se retrouvait titulaire de la concession « en vertu d'une autorisation administrative d'occupation temporaire du domaine public qui lui avait été donnée personnellement » : Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juill. 2006, Bull. I, n° 382, p. 328 ; JCP.2006.IV.2756.

166. « Mais tant que l'offre n'est pas acceptée, il n'y a pas donation, même s'il y a eu tradition du bien donné : le donateur peut opposer le défaut d'acceptation, même si le donataire a été mis en possession (CA Bourges, 24 janv. 1821 : D.jur.gén., Vo Donation, n° 1438) » : B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, J.Cl. (à suivre...)

le jour si le nouveau successible n'entend pas se prévaloir de la dévolution successorale. La volonté du donateur s'avoue vaincue sans l'assentiment du donataire. Une libéralité ne saurait s'acquérir à l'insu de l'intéressé ou, pire encore, contre son gré<sup>167</sup>. Ce principe cardinal du droit civil est tel que des dommages et intérêts peuvent être réclamés contre le donateur qui s'évertue à vouloir imposer une libéralité contre le gré d'autrui<sup>168</sup>. Même une donation « à rebours » suppose l'acceptation du gratifié. Le donataire qui entend révoquer son acceptation ne saurait imposer sa volonté au donateur initial : la révocation d'une donation n'aura cours que si le donateur initial consent à la rétrocession du bien<sup>169</sup>.

L'exigence de l'acceptation n'a pas pour seule fonction de veiller au respect des préférences du bénéficiaire. Elle revêt une seconde finalité juridique : elle consacre l'irrévocabilité de la donation déguisée.

*ii) De la nécessité d'assurer l'irrévocabilité de la donation*

Le « dépouillement » actuel et irrévocable du donateur s'impose selon l'article 894 C.c.fr.<sup>170</sup>. L'article 1807 C.c.Q. préfère insister sur « le dessaisissement actuel du donateur », alors que l'article 1822 C.c.Q. fait défense au donateur de conserver la faculté de révoquer la donation selon son bon vouloir. Cette exigence législative se veut la conséquence naturelle de l'intention libérale en ce sens que le caractère révocable de la donation trahit l'inexistence de l'*animus donandi*<sup>171</sup>.

---

(..suite)

civ., art. 932 à 937, 2004, n° 40 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 122 et 123.

167. J.G. RENAULD, « Le transfert à titre gratuit des titres nominatifs des sociétés anonymes », dans *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, Vol. 2, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Te Gent, 1965, pp. 795-813, à la p. 808 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 84 ; H. MÉAULAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 169 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 57 ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 312.

168. Paris 21 oct. 1902, D.1903.2.121.

169. Note de B. Gelot sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, Defrénois.2006.1838.

170. L'article 894 C.c.fr est cité *supra*, p. 336.

171. Sur les liens qui unissent l'intention libérale et le caractère irrévocable de la donation, voir H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », dans *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, (à suivre...)

Cette condition de validité possède une acuité singulière en présence d'une donation purement verbale ou écrite. Aucune tradition n'est encore venue assurer le dépouillement du donateur. En l'absence de paiement du montant stipulé, la reconnaissance de dette fictive expose le donataire aux volte-face tirées du caprice ou du destin. L'auteur de la reconnaissance peut s'éteindre subitement ou encore entendre révoquer son engagement. En somme, l'acceptation doit précéder soit la déclaration de rétractation du donateur<sup>172</sup>, soit son décès. L'acceptation vient alors contrer le caractère somme toute hypothétique de la donation formulée de vive voix ou dans un écrit non authentique. Elle assure l'incommutabilité du don dont la délivrance avait été différée de par le procédé emprunté par le donateur. En droit québécois comme en droit français, le consentement du donataire a pour fonction de parfaire la donation. Cette dernière n'est pas un contrat réel de sorte que la délivrance du bien peut se voir différée<sup>173</sup>. L'acceptation du donataire acquiert, dès lors, une vocation fondamentale qui se vérifie aussi pour les donations indirectes<sup>174</sup>. L'ancien article 755 C.c.B.-C. l'exprimait d'ailleurs avec force précision : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille à titre gratuit de la propriété d'une chose, en faveur du donataire dont l'acceptation est requise et rend le contrat parfait. Cette acceptation la rend irrévocable, sauf dans les cas prévus par la loi, ou une condition résolutoire valable »<sup>175</sup>. L'économie de mots dans le nouveau *Code civil du Québec* ou dans le *Code civil français* n'y change rien : l'acceptation participe de l'irrévocabilité de nombreuses donations déguisées et indirectes.

Ainsi, la nullité de la donation sera avérée si le bienfaiteur expire avant même que le bénéficiaire ait connaissance de la recon-

---

(...suite)

Paris, Litec, 2001, p. 405 et s., aux p. 414 et 415 ; N. PETERKA et F. SAUVAGE, « Les libéralités modèles », dans *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la dir. de T. Revet), Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 6, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 345-382, aux p. 376 et 377.

172. J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 57 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 169.

173. Ainsi le veulent les articles 1807, 1825 et 1829 C.c.Q. de même que l'article 938 C.c.fr. *Adde* I. NAJJAR, « Donation », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, n° 152, p. 28 (au sujet de la donation notariée) et n° 566, p. 74 (au sujet des donations indirectes et déguisées). Seul le don manuel déroge à ces principes.

174. Voir Paris 6 avril 1962, D.1962.617, note Malaurie, ainsi que le commentaire d'arrêt de Savatier au sujet de Besançon 13 mars 1951, RTDciv.1951.405, 406.

175. L'ancien article 795 C.c.B.-C. reprenait la même idée.

naissance de dette fictive<sup>176</sup>. L'approbation tacite<sup>177</sup> suppose, à tout le moins, la connaissance de l'engagement exprimé dans la reconnaissance de dette<sup>178</sup>. Une fois cette connaissance acquise, le silence du bénéficiaire est susceptible de valoir acceptation<sup>179</sup>. Une décision de la Cour d'appel de Dijon n'est pas sans évoquer cette hypothèse<sup>180</sup>. Une dame signe une reconnaissance de dette au montant de 100 000 francs qu'elle conservera à son domicile jusqu'à son trépas. Or, son endettement originel se limitait à 60 000 francs de sorte que le billet dissimule une libéralité valant 40 000 francs. Le légataire universel prend ombrage des largesses de la défunte et s'oppose au paiement du montant prévu dans la reconnaissance de dette. La Cour d'appel paraît encline à conclure à l'acceptation tacite de la reconnaissance de dette<sup>181</sup>. Elle relate les démarches engagées par le bénéficiaire après le décès de la donatrice « pour faire rechercher un acte en sa faveur dont il paraissait connaître l'existence et avoir accepté le bénéfice [...] ». Ainsi donc, l'acceptation était survenue du vivant de la donatrice et avant même toute démarche destinée à assurer le paiement de la reconnaissance de dette. L'extrait de la décision de la Cour d'appel donne à croire qu'une acceptation silencieuse est satisfaisante et que sa vraisemblance se trouve corroborée par les démarches réalisées postérieurement au décès<sup>182</sup>.

176. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 388.

177. Une acceptation tacite suffit en présence d'une reconnaissance de dette fictive : Versailles, 15 sept. 1995, *Juris-Data* n° 1995-053685 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1965, *Bull. I*, n° 692, p. 530 ; *JCP.1966.IV.5* ; Civ. 28 janv. 1903, *D.1903.1.238* ; G. THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », *J.Cl. civil*, Art. 931, Fasc. 20, 1998, n° 27 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 388.

178. J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 57.

179. P. DIENER, *Le silence en droit privé*, thèse Bordeaux, 1975, p. 156 ainsi que le passage de Voirin cité *supra*, p. 332. *Contra*, sans motivation particulière : S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 313, ainsi que M. CLOS, *Le rôle de l'intention libérale dans les donations déguisées*, thèse Montpellier, 1941, p. 56.

180. Dijon 11 mai 1904, paru de pair avec la décision de la Cour de cassation rejetant le pourvoi : Req. 17 juill. 1906, *S.1907.1.457*.

181. La décision de la Cour de cassation ne présente aucun intérêt, car elle porte sur le paiement des 60 000 francs qui ne faisaient pas l'objet d'une donation déguisée.

182. Rappelons que l'acceptation doit survenir antérieurement au décès du donateur (*supra*, p. 335 et 340). En l'espèce, la donation déguisée n'en fut pas moins jugée invalide au motif que la signataire de la reconnaissance de dette fictive avait conservé le billet par-devers elle jusqu'à son décès. La Cour conclut au caractère révocable de la donation et, partant, à sa nullité. Cette conclusion (à suivre...)

### 2.2.2.2 La contribution du silence au déguisement de l'acte

L'essence de la donation déguisée consiste à taire l'intention libérale du disposant. Le silence du bénéficiaire a ceci de précieux qu'il ne dit mot de l'inexistence de la dette. Or, l'artifice retenu doit justement convaincre. Il en va de la reconnaissance d'une dette fictive<sup>183</sup> comme de toute donation déguisée : « Rien, dans l'acte choisi, ne doit permettre, en principe, de déceler au premier examen l'intention cachée des parties »<sup>184</sup>. Le titre de donateur ne saurait se satisfaire de celui de menteur inaccompli. La jurisprudence française comme québécoise se montre en effet intraitable quant aux qualités persuasives du stratagème déployé : « [...] les donations déguisées sous forme de reconnaissances de dette sont valables, dès lors qu'elles ne révèlent pas que la dette, dont elles font mention, n'existe pas »<sup>185</sup>. L'efficacité initiale du mensonge suffira : il importe peu qu'un acte postérieur révèle le caractère fictif de la dette dès lors que la reconnaissance elle-même s'abstenait de signaler l'artifice<sup>186</sup>.

Les vertus du silence ont précisément trait à sa discrétion. Il participe du déguisement recherché puisqu'il cèle l'existence du

(...suite)

n'est pas exempté de critiques. Fait important à signaler, la reconnaissance de dette stipulait expressément que le paiement pouvait être réclamé sans la présentation du moindre billet. La Cour eût été par ailleurs fondée de conclure au caractère irrévocable de la reconnaissance de par son acceptation antérieure au décès de la donatrice. Le propre de l'acceptation consiste précisément à rendre la reconnaissance de dette irrévocable (*supra*, p. 339 et 340) et pareille acceptation suffit à consommer le contrat de donation.

183. G. BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 117 et 118 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, p. 74 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 536 et 553.
184. I. NAJJAR, « Donation », Rép. civ. Dalloz, 2008, n° 280, p. 42. Voir encore *McBrearty c. Cerescorp Company*, J.E. 2009-1436 (C.S.Q.) ; *Lambert c. Lambert*, J.E. 95-1254 (C.S.Q.) ; G. THOMAS-DEBENEST, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Formes. Absence d'acte authentique », J.Cl. civ., Fasc. 20, 1998, nos 30 et 31 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 384, 388 et 389 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 145 et s. : le déguisement « doit être « de bonne coupe », à savoir cohérent, parfait. » (p. 145).
185. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1965, Bull. I, n° 692, p. 530 ; JCP.1966.IV.5.
186. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1965, Bull. I, n° 692, p. 530 ; JCP.1966.IV.5. Une donation déguisée peut s'accompagner d'une contre-lettre, mais encore faut-il que les parties s'abstiennent de dresser un acte portant donation. La contre-lettre doit impérativement renvoyer à une donation intervenue en marge de la contre-lettre : M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 210, 211 et 240.

pacte entre l'auteur de la reconnaissance de dette et son bénéficiaire. Faire figurer l'acceptation du donataire dans le texte même de la reconnaissance de dette reviendrait à dévoiler la nature réelle de l'opération projetée et l'exposerait à une déclaration en nullité<sup>187</sup>. C'est que le consentement du bénéficiaire travestit la reconnaissance de dette qui se veut un engagement unilatéral<sup>188</sup>. La mention de l'acceptation du bénéficiaire porterait aveu de libéralité. Or, l'acte ostensible doit respecter les caractères constitutifs de l'acte juridique utilisé de manière factice<sup>189</sup>. Le procédé employé doit obéir à l'« unité fondamentale et substantielle »<sup>190</sup> de l'acte apparent. La reconnaissance de dette participant de l'acte unilatéral, toute acceptation signée sur le billet risquerait de trahir l'existence d'un véritable engagement bilatéral.

Le silence offre donc de véritables atouts. Il se fait complice du déguisement recherché : l'acceptation se situe en marge du billet constatant l'obligation de paiement et elle tait tout du caractère inédit de la dette déclarée<sup>191</sup>.

- 
187. P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, Paris, P.U.F., 1977, p. 194. M. Godé ne tire pourtant pas de cet argument toutes les conclusions voulues. Étonnamment, il estime « purement illusoire » la thèse de l'acceptation silencieuse d'une donation non notariée (p. 194) et il entraîne, à sa suite, des auteurs réputés (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 141). L'avis de M. Godé semble erroné à un double titre. L'acceptation tacite, voire silencieuse, de la reconnaissance de dette fictive préserve les apparences et ne contredit donc pas le caractère unilatéral de l'acte d'emprunt. La thèse prônée par Godé est, par ailleurs, en porte-à-faux avec sa vigoureuse défense de l'arrêt *Bert* selon lequel une remise de dette est susceptible d'une acceptation silencieuse. Il faut en effet rappeler que la remise de dette participe parfois de la donation déguisée (*supra*, p. 334).
188. À rapprocher des remarques plus générales de P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 220 : « [...] lorsque la reconnaissance fictive de dette constitue une libéralité, elle devient un acte translatif et il n'est pas possible de faire une donation par un acte sous seing privé ».
189. *McBrearty c. Cerescorp Company*, J.E. 2009-1436 (C.S.Q.) ; *Lambert c. Lambert*, J.E. 95-1254 (C.S.Q.).
190. I. NAJJAR, « Donation », Rép. civ. Dalloz, 2008, n° 307. Comme le fait observer le professeur Grimaldi, l'*instrumentum* « doit créer une apparence opaque et régulière » : M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 240.
191. L'on ne saurait objecter que l'absence d'acceptation exprimée formellement met en péril l'existence même de la donation. Ou bien le bénéficiaire de la reconnaissance de dette en a connaissance et il pourra arguer de son acceptation tacite sur la foi de l'arrêt *Bert*. Ou bien l'auteur de la reconnaissance de dette n'en avait pas encore dévoilé l'existence (c'est là l'hypothèse du billet conservé par-devers soi par son auteur) auquel cas le caractère irrévocable de la donation envisagée fait défaut : voir l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 11 mai 1904 analysé *supra*, note 182. Comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2002, D.2002. (à suivre...)

Aussi le mutisme acquiert-il un rôle plus appréciable encore que celui qui lui était reconnu à ce jour. Josserand a pu dire de la donation déguisée qu'elle consacre un « verbalisme négatif » grâce auquel « c'est le silence qui crée le droit »<sup>192</sup>. Mais le silence ne se contente point de cacher la réalité de l'opération envisagée. Son rôle participe de la validité même de la donation déguisée en ce qu'il assure un consentement discret, conforme à la nature unilatérale de l'acte privilégié par le donateur. Le silence s'inscrit alors dans la logique de l'acte juridique préconisé : il s'infiltré sans mot dire et offre une acceptation qui ne contredit en rien l'*instrumentum* retenu par le donateur.

### 2.2.3 Les dons manuels

Le don manuel se joue du formalisme<sup>193</sup>. Tantôt le législateur se résigne et lui concède son affranchissement, tantôt il préfère s'avouer vaincu en marge du texte de loi. Le droit français et le droit québécois auront chacun pris un parti différent. Autant le Chancelier d'Aguesseau préféra confier, en marge de l'Ordonnance royale de 1731, l'impuissance du droit à se saisir des dons manuels<sup>194</sup>, autant le droit québécois se sera très officiellement fait une raison. S'inspirant en cela du *Code civil du Bas-Canada*<sup>195</sup>, le *Code civil du Québec* proclame sans vergogne qu'il est « fait exception » au dogme de la solennité « lorsque, s'agissant de la donation d'un bien meuble, le consentement des parties s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien »<sup>196</sup>.

---

(...suite)

1467 ; RTDciv.2002.554, obs. Patarin ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janv. 1969, Bull. I, n° 17, p. 12 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1965 ; Bull. I, n° 692, p. 530 ; J.C.P.1966.IV.5 ; Req. 20 juin 1932, D.1932.409.

192. JOSSERAND, « Libéralisme et verbalisme », D.H.1933.Chron.66, dans un passage cité par M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 240.

193. Autant le don manuel est un contrat réel, autant il est un rien paradoxal de le classer au sein des contrats formels : les parties à la donation font fi des formalités de l'acte notarié. Rapp. X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », J.C.P.1999.I.170, n° 9.

194. Voir la citation du Chancelier d'Aguesseau *supra*, note 19. Quelques décennies plus tard, Jaubert fera de même dans son rapport au Tribunat : « Le projet se sert des termes *tout acte de donation*. Tout acte... Le projet ne parle pas des dons manuels, et ce n'est pas sans motifs. Les dons manuels ne sont susceptibles d'aucune forme. » (rapport de M. Jaubert à l'assemblée générale du 29 avril 1803 paru dans le *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (par P. Fenet), t. 12, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, p. 598) (italiques dans l'original).

195. Voir l'article 776, al. 2 C.c.B.-C. de pair avec l'article 808 C.c.B.-C.

196. Art. 1824, al. 2 C.c.Q.

Le dénuement fantasque du don manuel n'a pourtant pas de quoi surprendre. Il incarne la spontanéité du don. La liberté d'offrir s'éprend naturellement de la liberté des formes. La générosité est un élan que le droit peine à contenir. Libre ensuite au juriste d'élaborer des théories destinées à mettre en accord la vitalité du réel et la raideur du droit :

[...] dans l'ancien droit romain [...], la solennité et la tradition, en l'absence de transfert *solo consensu*, constituent les deux modalités du transfert de la propriété. Il n'est donc pas étonnant que sous l'Ancien régime, comme sous l'empire du Code civil, la validité des dons manuels ait été admise malgré l'exigence de la solennité : c'est qu'en effet contrat solennel et contrat réel ont à peu près toujours été sur un pied d'égalité. [...] Il y aurait beaucoup d'histoire à défaire pour remettre en cause la validité des dons manuels.<sup>197</sup>

Le don participe, à sa manière, d'une quête. Le bienfaiteur s'affranchit de son bien : ce sentiment de liberté serait rompu s'il lui fallut se soumettre au rite de la solennité. La modernité aura amplifié cette tendance. La dématérialisation des biens donne libre cours à l'impulsion du donateur. Il lui est donné – le terme n'est pas déplacé... – de créer de toutes pièces les circonstances destinées à parfaire la libéralité. Transfert de titres nominatifs, virement bancaire, ouverture d'un compte pour autrui : l'initiative de la disposition gratuite lui revient et la délivrance de l'objet offert peut s'opérer sans le concours du donataire. Le plaisir du don tient souvent à sa discrétion et la dématérialisation s'en porte garante.

Offrir sans prévenir n'est pourtant pas sans conséquence juridique. À la pudeur du bienfaiteur, à son refus de l'apparat succède parfois la propre discrétion du bénéficiaire. La dématérialisation des biens et l'automatisation des services évitent au donateur de devoir solliciter un assentiment préalable : le don peut très bien se réaliser sans l'intervention du donataire. Reste alors à cerner la volonté de celui qui reçoit sans s'étonner ni remercier.

### 2.2.3.1 *La suffisance d'une acceptation silencieuse*

#### 2.2.3.1.1 La portée juridique du silence favorisée par les formes contemporaines du don manuel

La portée juridique de l'inaction du donataire interpelle le droit civil d'autant plus que les formes contemporaines de remise se

197. X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », RTDciv.1997.25, 36.

démarquent par rapport au moment de l'acceptation. La tradition du bien ne suppose ni l'intervention ni même la connaissance du donataire : elle peut se dérouler à son insu. Se trouve dès lors posée la question du rôle de l'intention des parties à l'égard d'une acquisition à titre gratuit.

Le don manuel se consomme par la tradition du bien. La délivrance de l'objet offert assure au don manuel son existence, juridique comme sociologique. Cette remise ne parvient pourtant pas à nier l'importance cardinale de la volonté des parties : « La validité du don manuel repose sur deux fondements, la possession et la convention »<sup>198</sup>. De fait, seule la détermination de l'intention des parties permet de différencier le prêt à usage du don manuel ou du dépôt. Ces contrats réels se caractérisent tous par la remise d'un bien. Aussi la volonté des cocontractants est-elle seule à même de les départager.

La volonté de donner et celle de recevoir singularisent le don manuel. Ainsi la volonté d'accepter la libéralité fait-elle figure de condition de validité du contrat<sup>199</sup>. L'article 1824 C.c.Q. dispense la donation de la forme notariée lorsque « [...] *le consentement des parties* s'accompagne de la délivrance et de la possession immédiate du bien ».

*i) Le concours de volontés intégré à la remise du bien*

Le concours de volontés se sera longtemps tapi derrière la tradition du bien. Comme la possession et la propriété sont concédées

---

198. P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 210. Au même effet : N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civil, art. 931, fasc. 30, 2003, n<sup>os</sup> 5 et 7.

199. Paris 14 mai 1853, D.1854.2.256 ; Civ. 11 janv. 1882, D.P.1882.1.313 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1965, JCP.1966.II.14480, note G.C.M ; RTDciv.1966.329, obs. R. Savatier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, cité *infra*, note 231 ; P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 210, 211 et 214 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 306 et 453 ; R. TENDLER, « Le don manuel : une institution anachronique ? », D.1989.Chron.245 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 511 ; le commentaire d'arrêt de D. Martin au sujet de Riom 1<sup>er</sup> fév. 1973, G.P.1973.2.797, 799 et celui de M. Vasseur à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 1981, D.1982.I.R.501 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, L.G.D.J., 1959, p. 1051 et 1054 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, p. 60.

au donataire, le don manuel passe par l'exécution de deux opérations. Le donateur se dépouille d'un bien et en assure la délivrance au donataire<sup>200</sup>. L'existence du don manuel suppose une double séquence<sup>201</sup> : le dépouillement, la dépossession ou encore le dessaisissement en constituent la première étape à laquelle succède la remise, la livraison ou la délivrance du bien. La conjugaison de ces deux opérations est souvent dénommée la tradition du bien.

Cette tradition aura longtemps fait ombrage au caractère intentionnel de la libéralité. La volonté de donner et de recevoir se coulait dans la matérialité du don. La remise de gré à gré suffisait à faire présumer l'acceptation de la libéralité. La dépossession traduisait la volonté du donateur de se départir de son bien, alors que la prise de possession suffisait à attester l'acceptation du donataire : « [...] la réception matérielle par le donataire de la somme ou du meuble donné fait preuve de son consentement [...] »<sup>202</sup>. L'ancien article 788 C.c.B.-C. déterminait la volonté du donataire d'après la réalisation de l'obligation de délivrance du donateur : la remise du bien faisait « présumer » l'existence de l'acceptation<sup>203</sup>. En somme, la délivrance se voyait attribuer une double fonction. Elle assurait l'irrévocabilité du don tout en répondant par ailleurs à un rôle probatoire : la remise du bien faisait preuve de son acceptation tacite. Cette tradition « de la main à la main » n'accorde pourtant aucun rôle au silence du donataire. La réception du bien fait habituellement appel à un geste davantage qu'à une attitude passive.

Si elle traduit la communion d'esprit des parties, la contemporanéité de la remise et de l'acceptation n'assure guère d'existence propre à la volonté du donataire. Sa volonté de souscrire à la dona-

200. La délivrance à l'insu du supposé donateur invalide la prétendue libéralité : *Gagnon (Succession de) c. Guénette-Lalonde*, J.E. 97-107 (C.S. Qué.).

201. Voir *Spina c. Sauro*, [1990] R.L. 232 (C.A. Qué.) et les autorités de droit français citées à l'appui.

202. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 511. Voir également Y. LOUSSOUARN et A. PIROVANO, « Don manuel », Enc. Dalloz, 1972, n° 57 ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 159 et 162.

203. Art. 788 C.c.B.-C. : « Il n'est pas nécessaire que l'acceptation d'une donation soit en termes exprès. Elle peut s'inférer de l'acte ou des circonstances. La présence du donataire à l'acte et sa signature sont au nombre de celles qui peuvent la faire inférer.

L'acceptation se présume en un contrat de mariage tant à l'égard des époux que des enfants à naître. *Dans la donation de biens meubles, elle se présume aussi de la délivrance* ».

tion est tout entière tirée de la réception concomitante à la remise du bien. La tradition du bien fait foi de l'acceptation de la libéralité. Telle une ombre chinoise, la volonté du donataire se trouve masquée et révélée par la remise du bien.

L'évolution des formes de dons au cours des décennies récentes aura fini par avoir raison de ce modèle quelque peu simpliste. La dématérialisation actuelle des dons manuels emporte une conséquence majeure : la tradition du bien et l'acceptation du don se différencient désormais nettement.

*ii) Le concours de volontés dissocié de la remise du bien*

La validité du don manuel ne saurait être remise en cause au motif que la délivrance du bien ne s'accompagne pas simultanément de son acceptation. Il en va désormais de la donation notariée comme du don manuel : la volonté de constituer une libéralité peut s'afficher sans la moindre intervention du donataire<sup>204</sup>.

Ce phénomène n'est certes pas l'apanage de la dématérialisation des formes. Qu'il suffise de songer à l'interversion de titre : la remise du bien précède bien évidemment l'acceptation de cette forme déjà ancienne de don manuel<sup>205</sup>. L'objet est en effet en la possession de la partie qui se voit soudainement offrir une donation. La précarité de la possession cessera au moment de l'acceptation de la libéralité.

Le caractère fusionnel de la remise et de l'acceptation correspond néanmoins à une vision définitivement éculée depuis l'avènement de la « dématérialisation de la tradition ». Cette évolution juridique aura eu pour effet d'affranchir le consentement des parties par rapport à la remise. La remise de gré à gré d'un bien corporel n'est plus une condition de validité du don manuel.

Le virement bancaire en est l'illustration la plus saisissante<sup>206</sup>. Un jeu d'écritures pallie l'absence de livraison de la chose destinée

204. L'article 932 C.c.fr. ménage en toutes lettres la possibilité d'une acceptation postérieure à la confection de l'acte notarié préparé par le donateur.

205. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 511. L'hypothèse de l'acceptation silencieuse de l'interversion de titre est abordée *infra*, p. 350 et 351.

206. La doctrine québécoise et française qualifie le plus souvent indifféremment le virement bancaire à titre gratuit de don manuel ou de donation indirecte, alors (à suivre...)

au patrimoine du donataire. Parfait substitut à la tradition physique, le virement devient « la contraction du retrait d'espèces d'un compte et de leur remise sur un autre compte »<sup>207</sup>. Aucune remise physique n'intervient puisque le donataire se trouve investi d'une créance bancaire<sup>208</sup>. L'importance du consentement n'est pas éludée pour autant. Comme le fait observer avec justesse la professeure Peterka : « À l'instar de la tradition matérielle, le virement est dépourvu de valeur intrinsèque et ne représente qu'un élément constitutif ou un mode d'exécution d'une convention[...] »<sup>209</sup>. L'incomplétude du virement n'est pas sans conséquence pour les parties : l'acceptation de la libéralité du vivant du donateur demeure obligatoire à peine de nullité de la donation.

(...suite)

que la jurisprudence semble lui préférer la qualification de don manuel (*Beaudoin, succession c. Charbonneau*, J.E. 96-707 (C.A.) ; *Spina c. Sauro*, [1990] R.L. 232 (C.A.) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1999, D.2000.Som.457, obs. Martin ; RTDciv.1999.679, obs. Martin ; JCP.2000.II.10274, note Cagnoli ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, D.1966.614 ; P. CIOTOLA, « De la donation », Répertoire de Droit / Nouvelle série, 2006, n° 7, p. 8). La qualification de donation indirecte emporte néanmoins la faveur de certains auteurs réputés : X. LAGARDE, « Réflexion sur le fondement de l'article 931, RTDciv.1997.25, 32 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 155 et 158 ; M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 220 : « Sans doute n'est-ce pas comme don manuel, mais comme donation indirecte, que l'on aurait dû valider la donation par virement ou remise de chèque. [...]. Au fond, en retenant une qualification unique pour toutes les donations simplifiées de somme d'argent, de monnaie fiduciaire comme de monnaie scripturale, on a sacrifié l'unité du don manuel à l'unité présumée de la monnaie » (italiques dans l'original). De son côté, l'inscription de valeurs mobilières sur un compte est parfois qualifiée de don manuel en droits français et québécois : C.D. c. L.H., [2005] J.Q. n° 18040 (C.S.) ; Com. 19 mai 1998, D.1998.551, note Martin ; D.1999.Som.308, obs. Nicod ; RTDciv.1999.677, obs. Patarin ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 oct. 1993, Bull. I, n° 299, p. 205. L'à-propos de cette qualification est analysé par H. MÉAU-LAUTOUR, « La dématérialisation à l'épreuve du don manuel d'actions », *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 797 à 830 et par N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, n°s 125, 151 et 152.

207. S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 149.

208. La question de savoir si les avoirs en compte sont constitutifs d'une simple créance ou bien d'une monnaie en propre divise la doctrine et ces divergences ont tôt fait de s'étendre à la qualification juridique du virement. Voir le compte rendu élaboré qu'en fait N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 372 à 387. Des auteurs québécois réputés estiment que la réalisation du virement vaut transfert de monnaie et non de créance : N. L'HEUREUX, E. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 656 et 657.

209. N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 381.

À la désolennisation du don manuel s'ajoute désormais sa dématérialisation. Cette adéquation des formes contemporaines de libéralité et des formes juridiques propres au don manuel<sup>210</sup> entraîne bouleversements et risques. La dématérialisation de la tradition ne se contente pas de favoriser la libre circulation des biens et des créances. Elle porte en elle un aléa juridique : le donataire est susceptible de prendre connaissance de l'existence du don bien après sa tradition.

La survivance de l'expression « don manuel » ne doit point faire illusion. Cette donation non notariée ne suppose ni la remise d'un objet physique ni même la rencontre des parties<sup>211</sup>. Ces deux propositions ne sont pas sans incidence sur la portée juridique du silence du donataire.

Le silence peut se voir confier un rôle dès lors que le don manuel fait l'économie de la transmission physique du bien. L'hypothèse de l'interversion de titre l'illustre à point nommé. Le gratifié pressenti est déjà en possession du bien lorsqu'il se fait offrir d'en devenir le propriétaire à titre gracieux. À défaut de voir le bien changer de main, la tradition nécessaire n'en est pas moins réelle<sup>212</sup>. Or, le contrat initial (dépôt, prêt à usage, contrat innommé) est susceptible de devenir résilié de par le seul silence de la partie qui se voit désormais proposer une donation. L'acceptation du donataire est en effet indispensable à cette inversion des rôles<sup>213</sup>. Autant le consentement du possesseur s'avère incontournable, autant cette modifi-

210. R. TENDLER, « Le don manuel : une institution anachronique ? », D.1989. Chron.245, 247 : « [...] il faut bien adapter la technique du don manuel aux formes actuelles de transmission ». La jurisprudence française (*infra*, notes 220 et 231) et québécoise concorde. Voir *Beaudoin, succession c. Charbonneau*, J.E. 96-707, [1996] J.Q. n° 557 (C.A.) ; *Héli-Forex inc. c. Nation Cri de Wemindji*, [2000] R.J.Q. 417, 421 (C.A.) ; *Hudon c. Lussier*, J.E. 92-12 (C.S.) ; *Spina c. Sauro*, [1990] R.L. 232, 238 (opinion du juge Monet) et 242 (opinion du juge LeBel) (C.A. Qué.).

211. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, p. 56.

212. P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd. Paris, Defrénois, 2008, p. 211 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. X, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Librairies techniques, 1954, p. 540. La preuve de l'interversion de titre doit résulter « de faits non équivoques » (art. 923 C.c.Q.). Rien n'interdit que le propriétaire initial déclare formellement sa volonté et que le possesseur acquiesce tacitement. L'équivoque est levée dès lors que le propriétaire expose son nouveau dessein.

213. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1988, p. 483 et 484 ; J. DEBEAURAIN, « Les formes modernes de don manuel », JCP.1979, éd. N, p. 281, n° 25 ; B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Donations entre vifs. Don manuel », Juris-Classeur, App. Art. 931 C.C., 1983, n° 109.

cation contractuelle peut se satisfaire de son seul silence<sup>214</sup>. De toute évidence, l'acceptation n'a plus trait à la réception du bien car il se trouvait déjà en la possession du donataire. Elle ne saurait davantage résulter de la possession continue de l'objet : cette possession ininterrompue est par essence équivoque puisqu'elle se concilie autant avec la survie du contrat initial qu'avec la survivance de la donation. Seule l'absence de protestation à l'annonce de la volonté du propriétaire d'offrir le bien au possesseur est de nature à caractériser l'acceptation requise. Le fait de ne point contredire la volonté affichée par le propriétaire peut traduire la volonté du possesseur de s'approprier le bien obtenu initialement à titre précaire. Aussi un tribunal serait-il fondé de conclure à l'abrogation silencieuse du contrat initial et à la naissance d'une libéralité<sup>215</sup>. Il en va ainsi que l'interversion de titre reçoive la qualification de don manuel ou bien de donation indirecte. Le propriétaire résolu à offrir le bien au possesseur le délie de son obligation de restitution. Cette remise de dette<sup>216</sup> peut dès lors se conclure par le silence de la partie avantagée<sup>217</sup>.

L'interversion de titre épouse la forme de l'énoncé de volonté. Le donateur proclame sa décision de voir le possesseur accéder à la propriété. Le don manuel se réalise en l'absence de toute remise à proprement parler. La volonté affichée par le gratifiant peut dès lors se contenter de l'absence de protestation de la partie favorisée. Il en va de même du virement bancaire réalisé à titre gratuit. Le bienfaiteur met sa volonté libérale en œuvre et laisse le gratifié concourir silencieusement. La réalisation même du virement bancaire dispense le donataire de toute intervention et, partant, de toute manifestation expresse de volonté destinée à assurer la concrétisation du don. Le virement est précisément un « substitut immatériel au transfert physique »<sup>218</sup> dont le propre consiste à s'éviter l'embarras

214. P. RAINVILLE, *The Role of Silence During the Life of a Contract : A Civilian Perspective*, thèse Oxford, 1993, p. 84, 85 et 87. Au même effet : N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », *J.Cl. civil*, art. 931, fasc. 30, 2003, n° 50 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 306 et 307.

215. Aucune présomption d'acceptation n'existe pour autant. La détermination de la volonté de la partie demeurée muette relèvera du pouvoir souverain d'interprétation du juge du fait : *supra*, p. 306 et 307.

216. Voir le commentaire de L. Raucent paru à *Rev. not. belge* 1991.357.

217. En droit québécois comme en droit français, une offre de remise de dette peut s'accepter passivement : *supra*, p. 306, 307, 310 à 313, 315 et 334.

218. F. CRÉDOT et P. BOUTEILLER, « Service de dépôt de fonds, de domiciliation, d'encaissement et de recouvrement », *J.Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 900, 2000, n° 66.

de la monnaie fiduciaire. L'actif viré « transite par pur acheminement comptable des signes qui l'expriment »<sup>219</sup>. Aussi le donneur d'ordre se tourne-t-il vers son banquier plutôt que vers la partie destinée à être avantagée. L'ordre de virement s'accompagnera d'une inscription du montant au débit du compte du donateur et d'une inscription au crédit du compte du bénéficiaire. Le donateur ne se soucie guère de sonder le donataire pressenti. Le don manuel au moyen du virement bancaire<sup>220</sup> procède davantage de l'exécution d'un *ordre* que de la formulation d'une *offre*. Au contraire d'une sollicitation adressée au donataire, un ordre est lancé au banquier. Le donateur dispose de la parfaite mainmise de la libéralité, dans sa genèse comme dans son exécution. Aussi le donataire n'est-il pas obligatoirement sollicité à l'occasion de la mise en place de la donation. Comme l'écrivait déjà avec justesse Jean Mazeaud en 1966 : « [...] le virement est un jeu d'écritures dont le but est d'éviter les mouvements de fonds, la tradition »<sup>221</sup> voire même – serait-on tenté d'ajouter – l'intervention du bénéficiaire.

La souplesse ainsi acquise à l'occasion de la transmission de biens n'est pas sans contrepartie. La tradition ne nécessite plus le concours du donataire. Ce faisant, la tradition gagne en autonomie, car elle s'affranchit de la participation du gratifié. N'étant plus tributaire de la volonté du donataire, la tradition peut se réaliser à son insu. La tradition et le consentement ne se vouent plus une parfaite identité temporelle. Pareil étalement entre la formulation de l'ordre, son exécution par le banquier et sa prise de connaissance par le gratifié comporte un premier aléa : la tradition doit précéder le décès du donateur. Le droit québécois et le droit français comportent la même exigence<sup>222</sup>. La donation ne saurait donc se réaliser si le virement bancaire ou le transfert des actions litigieuses sur le compte du prétendu donataire a été opéré par la banque postérieurement au décès

---

219. D. MARTIN, « Aspects juridiques du virement », (1989) *Revue de droit bancaire* 149.

220. Le virement bancaire procédant d'une intention libérale est constitutif d'un don manuel : Poitiers 21 mars 1983, JCP.1985.IV.84 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, cité *infra*, p. 355 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juill. 1959, Bull. I, n° 342, p. 285 ; Rennes 9 mai 1946, S.1947.2.83, concl. Garnier ; D.1947.55, note A.C. ; RTDciv.1947.214, obs. R. Savatier.

221. Note de J. Mazeaud sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, D.1966.614, 615.

222. *Vanel c. Vanel*, J.E. 2005-1482 ; [2005] J.Q. n° 8499 (C.S.) ; *Spina c. Sauro*, [1990] R.L. 232 (C.A.Q.) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1965, Bull. I, n° 531, p. 401 ; M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 215.

du donneur d'ordre<sup>223</sup>. Le second péril a trait à l'acceptation du donataire laquelle doit survenir, elle aussi, du vivant du donateur. En droit québécois comme en droit français, le décès du donateur emporte la caducité de l'offre de donation<sup>224</sup>.

Voilà le silence appelé à jouer un rôle fondateur : il peut se porter garant de la validité de la donation. La connaissance du virement acquise par le donataire est de nature à consacrer l'irrévocabilité de la donation. Il faut avouer que le mode de disposition retenu favorise singulièrement la thèse de l'acceptation silencieuse. La dématérialisation du don manuel emporte une double conséquence : autant le consentement du donataire peut désormais être décalé par rapport à la tradition du bien, autant la dématérialisation du procédé favorise la thèse de l'acceptation passive. D'une part, l'exécution du don survient en l'absence de l'intervention du donataire ; d'autre part, la dépossession du donateur lui est déjà acquise avant même qu'il n'ait conscience du crédit porté à son compte. En somme, l'« accomplissement » de la donation<sup>225</sup> est antérieur à la connaissance du donataire. La réalité de la donation devient ensuite forcément acquise dans l'esprit du donataire (et du donateur) et le consentement peut dès lors prendre la forme d'un simple acquiescement. La concrétisation antérieure du don ramène le consentement à sa plus simple expression : un silence approbateur peut suffire.

Le passage d'une tradition matérielle à une tradition incorporelle assure ainsi au silence un rôle accru. La remise du bien « de la main à la main » devient supplantée par « l'acte de mise à disposition »<sup>226</sup>. Le donateur présente l'objet du don au bénéficiaire sans le

223. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1996, Bull. I, n° 119, p. 85 ; JCP.1997.I.4021, obs. Le Guidec ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 oct. 1993, Bull. I, n° 299, p. 205 ; Reims, 17 avril 1989, Juris-Data n° 1989-042043 ; Reims, 2 fév. 1989, Juris-Data n° 1989-040753 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 1980, Bull. I, n° 36, p. 29 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1965, Bull. I, n° 531, p. 401.

224. Voir l'article 1392 C.c.Q. de même que D. VINCELETTE, « La donation dans la réforme du Code civil (art. 1806 à 1841 C.c.Q.) », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil. Personnes, successions et biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 433-463, à la p. 438 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, p. 60 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1965, Bull. I, n° 531, p. 401.

225. L'acceptation de la donation n'en est pas moins indispensable à la validité de la libéralité. Autant le donateur peut assurer seul son propre dépouillement, autant le consentement du donataire demeure essentiel à la validité du don.

226. A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, Paris, P.U.F., 2003, p. 41 ; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 4, 2<sup>e</sup> vol., *Successions-Libéralités*, 5<sup>e</sup> éd. (par L. et S. LEVENEUR), Paris, Montchrestien, 1999, p. 648.

lui remettre en personne. Le virement bancaire en est l'illustration même<sup>227</sup>. Le donneur d'ordre offre au donataire une créance à l'encontre d'un établissement bancaire : un droit scriptural lui est concédé. Les exemples du même ordre se multiplient. L'ouverture d'un compte bancaire au nom du bénéficiaire procède également de l'acte de mise à disposition. L'acte de mise à disposition ne se limite pas, il est vrai, aux seuls biens immatériels : la location d'un coffret bancaire au nom du donataire vaut donation si le bienfaiteur y dépose des effets sans se ménager le droit de les récupérer<sup>228</sup>. En somme, et la dépossession du donateur et la délivrance du bien peuvent se faire sans le concours de la personne gratifiée.

Les conditions intellectuelles et matérielles propres à la validité du don manuel se trouvent ainsi nettement séparées. Le dépouillement du donateur ne s'accompagne plus forcément du consentement du bénéficiaire. Ces deux conditions de validité du don manuel ont acquis une autonomie propre.

---

227. Une créance bancaire peut faire l'objet d'un don manuel par virement, sauf si le compte crédité « est un compte joint ou si le donateur a une procuration sur le compte du donataire. » (P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 212). Voir également N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, nos 73 et 103 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 déc. 2004, JCP.2005.I.Doctr.187, obs. Le Guidec ; D.2005.626, note Noblot, Dr. famille 2005, comm. 38 par Beignier ; RTC.com.2005.394, obs. Cabrillac, solution comparable à celle retenue au sujet du dépôt d'un objet dans un coffret bancaire pour lequel le donateur conserve une procuration afin d'y accéder : Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995, Juris-Data n° 1995-002381. Il est pareillement acquis en droit québécois que le compte ouvert au nom d'un enfant ne donne lieu à aucun don manuel si le parent se réserve le contrôle des sommes déposées. Le dessaisissement réel du donateur fait figure de condition de validité de la libéralité : P. CIOTOLA, « De la donation », Répertoire de Droit / nouvelle série, 2006, n° 5, p. 6 ; *Mathieu c. Tardif*, J.E. 97-1067 (C.Q.) ; *Matte c. Caisse populaire de Donnacona et Matte*, [1965] C.S. 535. Ce principe vaut *a fortiori* si le donateur demeure l'unique détenteur de l'objet censé appartenir au donataire. L'invalidité de la donation est ainsi acquise : *Berrada c. Deblois*, 2009 QCCQ 10277 ; *Lemay c. Mignault*, J.E. 2001-1860 (C.Q.).

228. « Attendu que s'il est vrai que l'élément spécifique du don manuel est la tradition réelle opérant dessaisissement irrévocable, celle-ci n'en admet pas moins des formes évoluées, telle [...] le dépôt des grosses en question dans un coffre de banque loué par le donateur au nom du donataire » : Lyon 20 mars 1969, JCP.1970.II.16492, obs. A. Rabut ; RTDciv.1970.389, obs. R. Savatier ; G.P.1970.1.346, note A.T. Encore faut-il que le donataire ait appris quelles valeurs sont déposées dans le coffret : N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civil, art. 931, fasc. 30, 2003, n° 51 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2002, D.2002.1467 ; Bull. I, n° 105, p. 82 ; RTDciv.2002.554, obs. Patarin ; Defrénois.2003.46, obs. Champenois ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 déc. 1971, Bull. I, n° 326, p. 277 ; Defrénois.1972.1253, obs. Aubert.

Or, la donation se noue par l'acceptation du bénéficiaire du compte. Si le dessaisissement et la délivrance peuvent s'opérer du chef du donateur et sans la moindre intervention du gratifié, le consentement des parties n'en est pas moins consubstantiel à l'existence de la libéralité. La dématérialisation du don manuel aura accentué – paradoxalement – l'aspect séquentiel de cette libéralité. La dépossession, la délivrance et l'acceptation sont autant d'étapes obligées. *L'effacement de la participation du donataire lors de la constitution du don manuel s'accompagne d'une expressivité accrue du silence.* Autant le donataire n'est plus tenu d'intervenir afin d'assurer l'existence du dépouillement du donateur ou la bonne réception du bien transmis, autant son silence ultérieur gagne en importance. *Ayant été dispensé d'agir afin d'assurer l'existence du don manuel, le silence du bénéficiaire du don devient un mode de communication satisfaisant.* Aussi les formes d'acceptation des dons dématérialisés peuvent-elles englober le silence<sup>229</sup>.

Le consentement tacite voit ainsi son rôle gagner en importance. Il assure l'irrévocabilité de la donation et, partant, l'existence même de l'acte à titre gratuit. S'il épouse – en apparence – la forme de l'engagement unilatéral, l'ordre de virement bancaire n'en obéit pas moins aux prescriptions liées à toute donation : l'acceptation du crédit porté au compte du bénéficiaire s'avère indispensable à la validité du don manuel<sup>230</sup>. La Cour de cassation s'en explique sans détour :

[...] attendu que le virement de fonds permet de réaliser un contrat réel ; que le dessaisissement du donneur d'ordre et l'inscription au compte du bénéficiaire, rendent irrévocable, *lorsqu'il l'accepte*, la libéralité.<sup>231</sup>

229. P. RAINVILLE, *The Role of Silence during the Life of a Contract : A Civilian Perspective*, thèse Oxford, 1993, p. 81 à 92 ; J. DEBEAURAIN, « Les formes modernes de don manuel », JCP.1979, éd. N, p. 276, à la p. 281, n° 23 : « Dans les formes modernes, l'acceptation doit être le plus souvent déduite d'une réception purement passive : le bénéficiaire n'a même pas appréhendé le don lui-même » ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 306, 307, 443, 446 et 448.

230. Voir le texte de l'article 1824 C.c.Q. cité *supra*, p. 346. L'acceptation peut être le fait du donataire ou de son mandataire : *Beaudoin, succession c. Charbonneau*, J.E. 96-707, [1996] J.Q. n° 557 (C.A.), par. 23 (juge Gendreau) et par. 33 (juge Fish) ; *Bournival c. Hamelin*, (1933) 55 B.R. 264, 268.

231. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, D.1966.614, note J. Mazeaud ; RTDciv.1967.198, obs. R. Savatier (nos italiques). Voir également Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 1981, Bull. I, n° 328, p. 277 ; D.1982.I.R.501, obs. M. Vasseur ; RTDciv.1982.783, obs. Patarin ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 1981, D.1982.I.R.237, obs. D. Martin ; Patarin sous Civ. 1<sup>re</sup>, (à suivre...)

Cette décision différencie à juste titre l'irrévocabilité *du dessaisissement* et l'irrévocabilité *de la donation*. Le dépouillement du donateur survient sitôt le compte débité du montant voulu. Le donneur d'ordre perd alors la mainmise sur le montant du virement. Sitôt son propre compte débité, le donneur d'ordre n'est plus à même de rétracter l'ordre donné au banquier<sup>232</sup>. En revanche, la donation n'acquerra un caractère irrévocable qu'à l'occasion de l'acceptation du crédit par le titulaire du compte.

À défaut d'avoir été relevées par la doctrine, les subtilités conceptuelles et terminologiques de la décision de la Cour de cassation n'en sont pas moins fondées. Le dessaisissement s'avère irrévocable lors de l'inscription du virement faite sur le compte du donateur. En revanche, l'irrévocabilité de la donation participe de l'acceptation du donataire. Aussi la Cour de cassation est-elle parfaitement justifiée de s'attarder à l'irrévocabilité de la donation elle-même. Le dessaisissement du donateur ne saurait assurer, à lui seul, la validité du don manuel.

Autant le donneur d'ordre se voit forclos de réclamer le montant débité auprès de son banquier une fois l'inscription au compte survenue, autant il demeure fondé de revendiquer le montant du virement au bénéficiaire qui s'est gardé de l'accepter. De même, les héritiers du donneur d'ordre seraient en droit de s'opposer à la donation si d'aventure le donataire s'avisait d'accepter la libéralité une fois le donateur décédé.

Aussi le silence se voit-il confier un rôle cardinal : il devient normalement le gage de l'existence de la libéralité. L'absence de protes-

---

(...suite)

17 avril 1985, RTDciv.1986.400 ; Y. LOUSSOUARN et A. PIROVANO, « Don manuel », Enc. Dalloz, 1972, n° 96 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. X, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Librairies techniques, 1954, p. 524.

232. Il en va ainsi en droit commun : Com. 26 janv 1983, D.1983.I.R.469, obs. M. Vasseur ; RTDcom.1984.129, obs. Cabrillac et Teyssié ; D. MARTIN, « Aspects juridiques du virement », (1989) *Revue de droit bancaire* 149, 151 ; F. GRUA, *Contrats bancaires*, t. 1, *Contrats de services*, Economica, 1990, p. 161 ; note de J. Mazeaud sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, D.1966.614, 615. Des distinctions s'imposent toutefois si le compte du donataire n'est pas opéré par la même banque que celle du donateur : la révocabilité de l'ordre peut alors être différée. Voir nos précisions, *infra*, p. 362 et 363. Les ordres de virement soumis à la directive européenne n° 2007/64/CE sur les services de paiement dans le marché intérieur obéissent toutefois à une autre règle qui a pour effet de devancer le moment à partir duquel l'ordre de virement acquiert un caractère irrévocable : *infra*, note 249.

tation du titulaire du compte avisé de l'inscription d'un crédit est opposable au donateur ou aux héritiers de ce dernier. *La forme du don manuel privilégiée par le donateur élargit les modes d'acceptation*. Ainsi se justifie selon nous la proposition suivante : « [...] le consentement se réduit à une acceptation tacite : on en arrive même à une présomption de consentement lorsque le bénéficiaire du virement, après avoir reçu son relevé de compte, n'a élevé aucune protestation »<sup>233</sup>. L'existence d'une présomption paraît toutefois hasardeuse. Il convient de rappeler que l'arrêt de principe en la matière s'est gardé d'énoncer une quelconque présomption d'acceptation<sup>234</sup>. Tout au plus le juge est-il fondé de conclure à l'acceptation de la libéralité sur la foi du silence du bénéficiaire.

Cette conclusion se concilie parfaitement avec les usages du droit bancaire. La réception silencieuse d'un relevé bancaire comportant une inscription au crédit du titulaire du compte peut valoir assentiment<sup>235</sup>. De deux choses l'une. Soit que le silence du titulaire du compte traduise son acceptation pure et simple de la libéralité, soit qu'il vaille ratification de l'inscription réalisée par le banquier du donataire. Il est de jurisprudence constante, au Québec comme en France, qu'une ratification puisse s'opérer en silence<sup>236</sup>. Aussi la

233. B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Donations entre vifs. Don manuel », Juris-Classeur, App. Art. 931 C.C., 1983, n° 12. Voir aussi N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n° 61 et N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 306, 307 et 443.

234. *Supra*, p. 306 et 307.

235. P. BOUTEILLER, « Service de dépôt de fonds, de domiciliation, d'encaissement et de recouvrement », J.Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 900, 2009, n° 4 ; J.-F. RIFFARD, « Virement », J.Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 390, 2009, n° 142 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2008, p. 204 et 205 ; M. JEANTIN, P. Le CANNU et T. GRANIER, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 118 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, *Effets de commerce. Banque et Bourse. Contrats commerciaux. Procédures collectives*, 16<sup>e</sup> éd. (par. P. DELEBECQUE et M. GERMAIN), Paris, L.G.D.J., 2000, p. 359 ; M. CABRILLAC, « Virement », J.-Cl. Banque et crédit, Fasc. 390, 1990, n° 89 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1990, p. 376 ; M. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1980, p. 219 et 223 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 76 ; B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Donations entre vifs. Don manuel », Juris-Classeur, App. Art. 931 C.C., 1983, n° 12 ; J. DEBEAURAIN, « Les formes modernes de don manuel », JCP.1979, éd. N., p. 276.

236. *Beauregard c. Plante*, J.E. 2007-2100 (C.A.Q.) ; *Équipements G.N. Johnston ltée c. 9130-2166 Québec inc.*, [2006] J.Q. n° 576 (C.Q.) ; *161921 Canada inc. c.* (à suivre...)

Cour d'appel du Québec déclare-t-elle dans l'affaire *Frenette & Frères Ltée c. Flamidor Corp.* : « La ratification tacite découlera souvent du silence du mandant pendant une certaine période de temps, silence qui démontre l'intention du mandant d'accepter pour lui-même les actes de son mandataire »<sup>237</sup>. Cette règle n'est pas sans rappeler celle énoncée à l'article 2153 C.c.Q. La portée juridique du silence ne se cantonne pas, du reste, à la seule ratification des actes d'autrui. Autant le silence peut permettre la ratification des actes d'un tiers, autant il peut, de la même manière, valoir parfois confirmation tacite des actes juridiques réalisés par l'intéressé lui-même. L'article 1820 du *Code civil du Québec* l'illustre à point nommé en matière de libéralités. Il sera remédié à la nullité de la donation réa-

(...suite)

*Dynagest inc.*, J.E. 97-4 (C.S.Q.) ; *Taillefer c. Les Services immobiliers Syst-M.A. Réal Inc.*, [1991] R.J.Q. 1708, 1711 (C.S.Q. ; pourvoi rejeté sur requête par la Cour d'appel le 12 août 1992, n° 500-09-000964-916) ; *Frenette & Frères Ltée c. Flamidor Corp.*, J.E. 79-815 (C.A.Q.) ; *Empire Shirt Mfg. Co. Ltd. c. Corporation de la ville de Louiseville*, [1975] C.S. 188 (pourvoi rejeté par la Cour d'appel le 23 août 1977) ; *Vézina et Vézina c. Morneau*, [1977] C.S. 668 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1993, D.1994.25, note Paisant ; Defrénois.1993.1077, n° 112, obs. Champenois ; JCP.1993.IV.1788 ; Com. 16 oct. 1990, Lexis n° 1214 (*Delacour c. Delacour*) ; Com. 9 déc. 1986, JCP.1988.II.20918, obs. Croze ; Com. 22 juill. 1986, RTDciv.1987.306, obs. Mestre ; Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1984, Defrénois.1984.1498, obs. Champenois ; Colmar 30 juin 1982, Banque 1982.1262, note Martin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 2 mai 1978, Bull. III, n° 173, p. 136 ; Req. 13 juin 1936, D.H.1936.393 ; S.1936.1.388 ; Req. 21 déc. 1885, S.1887.1.375 ; Req. 4 juin 1872, S.1872.1.295 ; D.1872.1.441 ; Rouen 3 juill. 1846, D.1846.2.201 ; V. KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 227 ; J.-C. ROYER, *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. (par J.-C. ROYER et S. LAVALLÉE), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 766 ; P. Le TOURNEAU, « Gestion d'affaires », Rép. civ. Dalloz, 2008, n° 96 ; R. de QUENAUDON, « Mandat. Obligations du mandataire et du mandant. Effets à l'égard des tiers », *Juris-Classeur*, art. 1991 à 2002, fasc. 20, 2002, n° 47 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 461 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, *Effets de commerce. Banque et Bourse. Contrats commerciaux. Procédures collectives*, 16<sup>e</sup> éd. (par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN), Paris, L.G.D.J., 2000, p. 359 ; M. STORCK, « Contrat de gestion de portefeuille », *Juris-Classeur Banque et crédit*, fasc. 2210, 1990, nos 68 et 69 ; C. FABIEN, *Les règles du mandat*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, SOQUIJ, 1989, p. 275. Le silence n'emporte toutefois aucune conclusion obligatoire ; partant, il ne saurait à tout coup être assimilé à une ratification tacite : *Magazines Publicor Canada inc. c. Slide Sportswear inc.*, [1994] R.J.Q. 412 (C.S.Q. ; pourvoi rejeté par la Cour d'appel le 23 février 1998) ; Com. 12 janv. 1999, J.C.P. 1999.II.10070, note Petit ; D.2000.239, note Fiorina ; Com., 13 juin 1995, D.1996.71, note Najjar ; J.C.P.1995.II.22501, note Storck ; Bull. IV, n° 173, p. 160 ; M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille. Agrément. Mandats de gestion de portefeuille », *J.Cl. Sociétés*, fasc. 2210, 2006, n° 87.

237. *Frenette & Frères Ltée c. Flamidor Corp.*, J.E. 79-815 (C.A.Q.).

lisée durant la maladie réputée mortelle du donateur si ce dernier se rétablit et « laisse le donataire en possession paisible pendant trois ans ». Le silence prolongé du donateur a pour effet d'entraîner la disparition du vice dont était entachée la donation.

En somme, le silence du titulaire du compte crédité peut connaître deux rôles. Soit qu'il consacre l'acceptation pure et simple de la donation voulue par le donneur d'ordre, soit qu'il atteste la ratification des actes du banquier qui porta le montant au crédit du compte du bénéficiaire.

La thèse de la ratification devra pourtant parfois s'éclipser au profit de celle de l'acceptation pure et simple. Il en est ainsi lorsque le banquier n'agit pas au nom du donataire. Qu'il suffise de songer au donateur qui loue un coffret et y dépose des objets dans un établissement bancaire avec lequel le donataire ne fait pas affaire<sup>238</sup>. La banque ne saurait alors être aisément considérée comme la mandataire du donataire.

Du reste, le rôle joué par le consentement du donataire demeure primordial. Le banquier n'est aucunement à même de connaître la nature du contrat projeté et il ne saurait donc être en mesure de conclure un contrat particulier au nom du titulaire du compte. Le virement bancaire peut traduire un prêt, un remboursement, une libéralité. Seul le titulaire du compte crédité est à même de connaître la qualification du contrat en cause et son consentement propre est dès lors indispensable.

Le droit bancaire reconnaît, au demeurant, l'expressivité du silence du client qui reçoit sans mot dire son relevé de compte ou un avis d'opéré<sup>239</sup>. La jurisprudence française convient que la justesse d'une inscription au débit du compte du client puisse être attestée par son silence. L'absence de protestation lors de la réception du relevé bancaire faisant état d'un prélèvement est susceptible de traduire le consentement du titulaire du compte<sup>240</sup>. Ce qui vaut pour

238. Cette hypothèse suppose que le donateur ne se réserve pas d'accès au coffret et qu'il avise le donataire de l'existence du don en question.

239. *Supra*, note 235.

240. J.-F. RIFFARD, « Virement », *J.Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 390, 2009, nos 40 et 41 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2008, p. 203 à 205 ; R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 247.45 ; R. BONHOMME, « Virement », *Rép. Com. Dalloz*, 2008, n° 49 ; M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille. (à suivre...)

une inscription au débit vaut *a fortiori* pour une inscription portant crédit. Comment d'ailleurs exiger d'un client qu'il affiche différem-

(...suite)

Agrément. Mandats de gestion de portefeuille », J.Cl. Sociétés, fasc. 2210, 2006, n° 96 ; Montpellier, 6 déc. 2005, Juris-Data n° 2005-297047 ; Com. 7 janv. 2004, RDbancaire.2004.92, obs. Crédot et Gérard ; Montpellier, 19 sept. 2003, RDbancaire.2004.14, obs. Crédot et Gérard ; Com., 26 janv. 1999, RDbancaire et bourse, mai-juin 1999, p. 97, obs. Crédot et Gérard ; Com. 24 fév. 1998, RD bancaire et bourse 1999, n° 67, p. 104 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1997, Bull. I, n° 218, p. 146 ; RTDcom.1997.658, obs. Cabrillac ; D.1997.I.R. 171 ; Com. 13 mai 1997, Bull. IV, n° 128, p. 112 ; Aix 11 fév. 1993, *Banque & Droit*, mars/avril 1993.38 ; Com. 19 mai 1992, JCP.1992.IV.2029 ; Com. 26 nov. 1990, D.1992.Som.25, obs. Vasseur ; Com. 29 janv. 1985, Bull. IV, n° 36, p. 28 ; D.1986.I.R.328, obs. Vasseur ; Com. 26 fév. 1979, Bull. IV, n° 78, p. 59 ; RTDcom.1979.794, obs. Cabrillac et Rives-Lange ; D.1980.I.R.14, obs. Vasseur ; F. CRÉDOT et P. BOUTELLER, « Service de dépôt de fonds, de domiciliation, d'encaissement et de recouvrement », J.Cl. Banque-crédit-bourse, fasc. 900, 2000, n° 82. Le silence n'emporte pas pour autant de conclusion péremptoire. L'absence de protestation ou de réserve à l'occasion de la réception du relevé de compte peut faire présumer l'accord du titulaire du compte au sujet du virement relaté « à la condition que cette présomption ne puisse être écartée au regard d'autres considérations » : Com. 23 mars 1999, RD bancaire et bourse 1999, n° 73, p. 97, obs. Crédot et Gérard ; Com., 3 nov. 2004, D.2005.579, note Naudin ; D.2004.3063, obs. Avena-Robardet ; RTDciv. 2005.381, obs. Mestre et Pages ; RTDcom.2005.150, obs. Cabrillac ; D.2006. Pan.163, obs. Martin ; Banque & Droit, mars-avril 2005, p. 49, obs. Bonneau ; *Rev. droit bancaire et financier*, janv-fév. 2005, n° 4, obs. Crédot et Gérard ; Com., 22 nov. 2005, RTDcom.2006.167, obs. Legeais ; J.C.P.2005.IV.3744 ; Com., 19 déc. 2000, J.C.P. éd. E, 2001.1330, note Stoufflet ; RDbancaire et financier 2001, n° 101, obs. Crédot et Gérard ; Com. 10 fév. 1998, RD bancaire et bourse 1999, n° 67, p. 103 ; RTDcom.1998.394, obs. Cabrillac ; D.1998. I.R.63 ; Bull. IV, n° 63, p. 48 ; Com., 26 mars 1996, Contrats-Conc.-cons., 1996, n° 99 ; Com., 18 janv. 1994, RDbancaire et bourse 1994, n° 43, p. 129 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 270 à 272 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit*, 7<sup>e</sup> éd. (par J. STOUFFLET), Paris, Lexis Nexis Litec, 2009, p. 416 et 417 ; M. STORCK, « Sociétés de gestion de portefeuille. Agrément. Mandats de gestion de portefeuille », J.Cl. Sociétés, fasc. 2210, 2006, nos 87 et 88 ; ROUTIER, précité, nos 245.23, 247.45 et 251.11. À noter par ailleurs l'abrégement du délai de contestation en raison de l'adoption du tout nouvel article L133-24 C.mon.fin. entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2009 : le délai de prescription semble remplacé par un délai de forclusion de treize mois. Le rôle relatif du silence ne nous paraît pas évacué pour autant durant la période initiale des treize mois. Il faut savoir en effet qu'il incombe, en cas de contestation, au prestataire de services de justifier de l'autorisation dont il disposait pour effectuer le paiement litigieux. Le nouvel article L133-23 C.mon.fin. prend également soin d'indiquer que « [l]'utilisation de l'instrument de paiement telle qu'enregistrée par le prestataire de services de paiement ne suffit pas nécessairement en tant que telle à prouver que l'opération a été autorisée par le payeur ». De son côté, le payeur est tenu de signaler, « sans tarder », l'absence d'autorisation ; il se voit, au surplus, interdire d'élever une contestation plus de treize mois après l'ins-  
(à suivre...)

ment son contentement à l'égard d'un crédit et d'un débit ? Le souci de cohérence du droit lui impose de se satisfaire de la même forme de manifestation de volonté que le client voie son compte crédité ou encore débité.

L'efficacité du silence du titulaire du compte crédité présente un second fondement. Il en va du bénéficiaire d'un virement bancaire comme de celui d'un transfert de titres nominatifs<sup>241</sup>. Tous deux sont fondés d'accepter silencieusement la libéralité offerte du fait du dépouillement définitif du donateur. L'auteur d'un virement bancaire à titre gratuit se dépossède irrévocablement du montant porté au crédit du compte du donataire<sup>242</sup>. Le donneur d'ordre est même dessaisi sitôt le crédit porté au compte du banquier du bénéficiaire : le dépouillement définitif de l'auteur du virement survient en somme avant que le compte du bénéficiaire ne soit lui-même

(...suite)

cription du débit (art. L133-24 C.mon.fin. de pair avec l'article 5d) de l'Arrêté du 29 juillet 2009, JORF n° 0175 du 31 juillet 2009, p. 12748). Autant dire que le silence dans les mois suivant la réception du relevé de compte ne sera pas forcément dépourvu de tout rôle : rien n'interdit de croire que la passivité du titulaire du compte puisse, à l'occasion, laisser entendre que l'opération avait été autorisée, sous réserve d'indices factuels en sens contraire. Le banquier est tenu de prouver l'autorisation dont il disposait (art. 133-23 C.mon.fin.) et le silence du client pourra s'avérer parfois utile à cet égard. Si cette hypothèse se confirme, le silence jouirait du même rôle relatif que lui attribue jusqu'à présent la Cour de cassation : le silence du client est un indice utile, tant que le délai de prescription (ou de forclusion) n'est pas atteint. Comp., pour une opinion différente, S. TORCK, « L'exécution et la contestation des opérations de paiement », J.C.P. éd. E., 14 janv. 2010, 1033, nos 35 à 39 et 44 à 47. Au contraire de cet auteur, nous ne croyons pas fautif le titulaire du compte qui ne signale pas avec toute la célérité voulue l'inexistence de l'ordre de virement : il dispose légalement d'un délai de treize mois pour se manifester. L'on ne saurait ainsi confondre le *délai de vérification* des relevés et le *délai de contestation* : cette distinction juridique fort bien rendue par un auteur (Martin sous Com., 3 nov. 2004, D.2006.Pan.163) nous semble implicitement reprise à l'article L133-24 C.mon.fin. La question primordiale ne sera donc pas de savoir si le silence est susceptible de revêtir un caractère répréhensible : il s'agira plutôt de déterminer si le silence antérieur du payeur *trahit* l'existence d'un ordre de virement. Le silence demeure investi d'un rôle positif en ce qu'il est de nature à attester la régularité du virement. Songeons au gérant d'une société qui, sans mot dire, reçoit des relevés faisant état de virements réguliers de son compte personnel à celui de la société. Son silence est de nature à marquer son approbation des virements en cause s'il ne se manifeste que douze mois plus tard, à l'aube de la mise en liquidation de la société... (comp. Com., 26 janvier 1999, précité). Le délai de contestation de treize mois prévu au nouvel article L133-24 C.mon.fin. ne devrait pas empêcher le silence de revêtir, en pareilles circonstances, une fonction probatoire fort utile.

241. Voir notre analyse relative au virement de valeurs mobilières *supra*, p. 324 à 332.

242. Reims, 20 avril 2005, Juris-Data n° 2005-279550.

crédité<sup>243</sup>. Il se trouve par ailleurs des auteurs pour estimer l'ordre de virement irrévocable aussitôt le compte du donneur d'ordre débité du montant dicté<sup>244</sup>. L'inscription du montant au débit du compte du donneur d'ordre se traduirait par « la perte de la titularité des actifs concernés »<sup>245</sup> et l'auteur du virement se verrait dessaisi dès cet instant : « [...] les fonds correspondants sont réputés être sortis du patrimoine du donneur d'ordre le jour de la passation de l'écriture au débit du compte »<sup>246</sup>. Cette solution est empreinte de justesse lorsque le donneur d'ordre et le donataire ont un banquier commun : l'inscription au débit parfait la dépossession du donateur puisque le banquier détient, dès ce moment, « les supports scripturaux en qualité de mandataire du bénéficiaire » en vertu de son mandat général d'encaissement découlant de la convention de tenue de compte<sup>247</sup>. La question paraît moins tranchée lorsque le donneur

- 
243. Com. 8 juill. 2003, Bull. IV, n° 117, p. 134 ; RDbancaire.2004.92, obs. Crédot et Gérard (le dessaisissement du donneur d'ordre est jugé définitif dès le montant viré au compte du banquier du bénéficiaire, peu importe que ce dernier ait eu ou non le temps d'identifier et de créditer le compte du bénéficiaire). La question se pose par ailleurs de savoir si le bénéficiaire du virement possède une créance sitôt sa banque créditée du montant transféré. D'aucuns estiment que le virement se concrétise dès la réception des fonds par la banque du bénéficiaire et ce, avant même toute inscription du virement au crédit du compte du bénéficiaire. Voir Com. 3 fév. 2009, J.C.P.2009.II.10045, note Barbieri ; Contrats-Conc.-cons., 2009, n° 95, note Leveneur ; J.C.P. éd. E, 12 mars 2009, note Stoufflet, ainsi que les analyses jurisprudentielles de P. BOUTEILLER, « Service de dépôt de fonds, de domiciliation, d'encaissement et de recouvrement », J.Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 900, 2009, n° 102, de J.-F. RIFFARD, « Virement », J.Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 390, 2009, nos 84, 89, 90, 145 à 147 et de R. BONHOMME, « Virement », Rép. com. Dalloz, 2008, nos 146 à 150, 157 et 158, auxquelles s'ajoutent les observations perspicaces de Crédot et Gérard sous Com. 8 juill. 2003, RDbancaire.2004.92, à la p. 93. Cette question doit désormais s'aborder, en droit français, à la lumière des tout nouveaux articles L.133-12 et s. C.mon.fin.
244. R. BONHOMME, « Virement », Rép. com. Dalloz, 2008, nos 77, 131 à 139 et 142 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 349 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1990, p. 373 ; M. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1980, p. 207.
245. F. CRÉDOT et P. BOUTEILLER, « Service de dépôt de fonds, de domiciliation, d'encaissement et de recouvrement », J.Cl. Banque-crédit-bourse, fasc. 900, 2000, n° 79.
246. M. JEANTIN, P. Le CANNU et T. GRANIER, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 117. Voir encore Com. 26 janv. 1983, D.1983.I.R.469, obs. M. Vasseur ; RIDcom.1984.129, obs. Cabrillac et Teyssié.
247. N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 425. Voir pareillement J.-F. RIFFARD, « Virement », J.Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 390, 2009, nos 64, 142 et 149.

d'ordre fait appel à un établissement bancaire différent de celui du bénéficiaire : l'entrée en scène d'un intermédiaire a pour effet de retarder quelque peu le moment à compter duquel l'ordre de virement devient irrévocable<sup>248</sup>. La récente directive européenne sur les services de paiement consacre, pour sa part, le caractère irrévocable de l'ordre de virement en avançant d'ailleurs le moment de son irrévocabilité<sup>249</sup> : les ordres de virement assujettis à cette directive deviennent en principe irrévocables au moment de leur réception par l'établissement bancaire : « sans attendre le moindre commencement d'exécution »<sup>250</sup>, la seule réception de l'ordre par le banquier rend le virement projeté invulnérable.

248. À l'instar de la doctrine québécoise (N. L'HEUREUX, E. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 669), Jean-François Riffard souligne que les organismes de compensation sont habilités à prescrire le moment à partir duquel le virement devient irrévocable (voir l'article L. 330-1 IV du C.mon.fin.fr. et Com. 18 sept. 2007, Bull. IV, n° 194, p. 225 ; RTDcom.2008.180, obs. Martin-Serf ; RTDcom. 2007.812, obs. Legeais ; à titre comparatif, cf. l'art. 560-11 du *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers* en matière d'ordres portant sur des instruments financiers). À défaut d'une stipulation de la part des organismes de compensation, « [...] l'ordre de virement ne devient en principe irrévocable qu'à compter de l'instant où les fonds sont débités du compte du banquier intermédiaire et crédités simultanément sur celui du banquier du bénéficiaire. [...] A *contrario*, l'ordre demeure révocable tant que le banquier intermédiaire ne s'est pas dessaisi des fonds au profit du banquier du bénéficiaire [...] » : J.-F. RIFFARD, « Virement », J.Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 390, 2009, n° 67. À rapprocher de C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2008, p. 193 ainsi que des précisions formulées par R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 251.16. Ce courant doctrinal prend le contre-pied de l'opinion majoritaire exprimée au cours des deux décennies précédentes selon laquelle l'inscription au débit du compte du donneur d'ordre suffisait, à elle seule, à assurer l'irrévocabilité de l'ordre de virement.

249. La directive européenne 2007/64/CE se sera traduite, en droit français, par l'Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux services et établissements de paiement (JORF n° 0162 du 16 juillet 2009). Les virements tombant sous le coup des nouveaux articles L133-1 et s. C.mon.fin. obéissent à des règles inédites. L'ordre de virement est censé irrévocable dès sa réception par le prestataire de services de paiement (art. L133-8 C.mon.fin.). Cette règle connaît néanmoins deux tempéraments : i) il est loisible aux parties de convenir d'une autre solution (art. L133-8 IV C.mon.fin.) ; ii) l'ordre de virement prévoyant une exécution différée demeure révocable jusqu'à la veille du délai d'exécution convenu (art. L133-8 et L133-9 C.mon.fin. lesquels distinguent aussi en fonction des jours ouvrables et non ouvrables).

250. R. BONHOMME, « Le déclenchement de l'opération de paiement : le consentement et l'ordre », J.C.P. éd. E., 14 janvier 2010, 1032, n° 30.

Une fois le virement exécuté<sup>251</sup>, le dépouillement du donateur est aussi achevé que s'il s'était départi physiquement des avoirs en cause<sup>252</sup>. La passation de l'ordre de virement interdit au donneur d'ordre de récupérer les actifs transités. Cette volonté arrêtée de dépouillement indique, à elle seule, le caractère superflu d'une réponse explicite. Le gratifiant consent à se départir irrévocablement d'une créance bancaire sans se soucier d'obtenir antérieurement l'avis du donataire. Ce dernier se trouve, de ce seul fait, entièrement fondé de conclure au caractère superfétatoire d'une réponse explicite. Le donateur ayant présumé de l'acceptation du donataire, ce dernier est d'autant plus légitimé de demeurer coi.

251. Peu importe l'irrévocabilité ou non de l'ordre de virement, le don manuel n'est accompli qu'une fois la tradition survenue. La passation d'un ordre irrévocable antérieurement au décès du donateur ne saurait constituer un don manuel, si la tradition est réalisée par la banque postérieurement au trépas du bienfaiteur. Ainsi en a décidé la première chambre civile de la Cour de cassation : Civ. 1<sup>re</sup>, 27 oct. 1993, Bull. I, n° 299, p. 205. Cette décision n'est pas sans évoquer un arrêt postérieur de la Chambre commerciale selon laquelle le virement vaut paiement à compter du moment de la réception des fonds par le banquier du bénéficiaire : Com. 3 fév. 2009, Contrats-Conc.-cons., 2009, n° 95, note Leveneur ; J.C.P. éd. E, 12 mars 2009, 1227, note Stoufflet ; J.C.P.2009. II.10045, note Barbier ; RTDciv.2009.533, obs. Fages. Il y a lieu de contraster ces décisions de principe avec une autre affaire de la Chambre commerciale qui aborde le virement bancaire en termes plus généraux : l'irrévocabilité de l'ordre signifie que le bénéficiaire d'un virement acquiert le « droit définitif sur les fonds » avant même la réception effective de ces fonds par le banquier et la naissance concomitante du droit de créance du bénéficiaire à l'encontre de son banquier dépositaire : Com. 18 sept. 2007, RTDcom.2008.180, obs. Martin-Serf ; RTDcom.2007.812, obs. Legeais. Comp., depuis lors, les articles L133-13, L.133-14 et L. 133-22 C.mon.fin.fr. : *la date de l'irrévocabilité de l'ordre et le moment de la mise à disposition du montant au profit du bénéficiaire sont manifestement différenciés*. Aussi peut-on continuer d'affirmer qu'« [o]utre un ordre irrévocable de virement, la réalisation effective de l'opération de virement demeure conditionnée au règlement des fonds, inscrivant ainsi l'exécution du virement dans le temps. » : J.-L. GRACIA, « La nature du virement : la qualification juridique d'un procédé extralégal », *Les Petites Affiches*, 18 avril 2008, p. 4 (nos italiques). Cette proposition vaut d'autant plus que la récente réforme législative ne remet pas en cause la jurisprudence de la Cour de cassation portant sur la « date de réalisation » du virement (N. MATHEY, « La réforme des services de paiement », *RDbancaire et financier*, janv.-fév. 2010.9, 15).

252. Note de J. Mazeaud sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, D.1966.614, 615. L'irrévocabilité du dessaisissement fait défaut lorsque le montant viré le fut dans un compte conjoint dont le donateur s'avère être le cotitulaire. Le dessaisissement n'est aucunement assuré puisqu'il est loisible au donateur de procéder au retrait de l'argent crédité. Pareille donation souffre donc de nullité tant et aussi longtemps que le donataire n'aura pas lui-même procédé au retrait de l'argent viré sur le compte conjoint : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1985, D.1986.21, note Muller ; D.1986.I.R.316, note Vasseur ; RTDciv.1986.400, obs. Patarin ; RTDcom.1986.129, obs. Cabrillac et Teyssié.

Cette conclusion s'impose *a fortiori* du fait que le virement bancaire consacre le titre du donataire. L'inscription au crédit du compte du donataire atteste l'existence de la libéralité<sup>253</sup> : l'ordre de virement lancé par le donateur est une démarche unilatérale qui dispense le donataire de la nécessité de se constituer une preuve du don.

Il en va de même du dépôt par le donateur de valeurs dans un coffre-fort loué au nom du donataire. La validité de cette libéralité entre vifs suppose que le donateur ne se réserve aucun accès au coffre-fort. Le don manuel doit en effet son existence à la présence d'une dépossession « définitive et irrévocable »<sup>254</sup>. Aussi Muller fait-il observer avec justesse que le dessaisissement est « une notion plus étroite que la dépossession ; le donateur doit, pour être dessaisi, avoir perdu toute possibilité d'action sur le bien donné »<sup>255</sup>. Une fois le donateur irrévocablement dépouillé des objets offerts, le silence du bénéficiaire suffit à consommer l'existence de la donation<sup>256</sup>. S'étant départi lui-même de l'objet du don et s'étant interdit tout moyen de le récupérer, le donateur affiche, à l'évidence, son assurance selon laquelle le donataire consentira à l'existence de la libéralité.

C'est dire, par le fait même, la suprématie de la volonté du donateur. La donation est un contrat qui n'est pas comme les autres, « notamment parce que le donataire joue un rôle effacé : la volonté du donateur est prépondérante »<sup>257</sup>. Ces propos relatifs aux donations ostensibles acquièrent une importance singulière en matière de donations non notariées. Non seulement la volonté du donateur s'impose-t-elle au donataire quant à l'essence de la libéralité consentie – on ne négocie guère le montant d'un don ou l'importance des charges souhaitées par le donateur –, mais le rôle déterminant que se reconnaît le donateur influe sur le mode d'acceptation lui-même. L'initiative du don lui revient, tout comme sa teneur et son mode d'exécution. Rares sont d'ailleurs les dona-

253. À rapprocher de Com. 28 janv. 1992, D.1992.Somm.304, obs. Vasseur.

254. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 1996, D.1997.Somm.365, obs. Nicod ; Dr. famille 1997 comm. 19, obs. Beignier. Comp. les solutions disparates retenues en matière de dépôt de biens dans un coffre bancaire : Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 1996, D.1997.Somm.365, obs. Nicod ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995, Juris-Data n° 1995-002381 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 déc. 1971, Bull. I, n° 326, p. 277 ; Defrénois.1972.1253, obs. Aubert ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 avril 1967, Bull. I, n° 120, p. 87 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1967, Bull. I, n° 40, p. 28.

255. Note de Muller sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1985, D.1986.21, 22.

256. L'acceptation du donataire suppose bien évidemment sa connaissance des effets déposés dans le coffre-fort : *supra*, note 228.

257. P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 199.

teurs qui ne se convainquent de l'à-propos de leur générosité : il va de soi pour le gratifiant que sa bonté s'imposera au sens commun et en particulier à celui du donataire... L'assurance du donateur quant aux mérites de ses bienfaits emporte une conséquence juridique : elle libéralise les formes d'acceptation.

#### 2.2.3.1.2 La portée juridique du silence favorisée par les règles relatives à la possession et à la preuve

Le donataire est d'autant plus fondé de croire en l'expressivité de son silence qu'il a été mis préalablement en possession du bien offert<sup>258</sup>. Non seulement jouit-il *déjà* de l'objet du don, mais il est, par hypothèse, superflu de songer à se constituer la preuve de la libéralité. L'exécution de l'obligation de délivrance du donateur rend inutile – voire inconvenante – toute démarche du donataire destinée à obtenir du donateur un titre qui consacrerait la preuve de la libéralité.

Le *Code civil français* reprend à sa façon ce raisonnement, lui qui conforte la position du donataire sur le plan probatoire. À elle seule, la mise en possession du bien offert vaut au donataire une présomption en faveur de l'existence de la libéralité alléguée. « En fait de meubles, la possession vaut titre », déclare l'article 2276 C.c.fr.<sup>259</sup>. Le donataire n'est donc pas tenu de rapporter la preuve de

258. Le présent exemple suppose que le donataire laisse les objets dans le coffre-fort loué à son nom. Leur récupération par le donataire traduirait en revanche une acceptation tacite qui ne serait, en toute hypothèse, aucunement passive.

259. L'ancien article 2279 C.c.fr. fut renuméroté en 2008 (Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008) et est devenu l'actuel article 2276 C.c.fr. Au sujet de l'application de cette disposition à des actifs immatériels, voir notamment Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, Bull. I, n° 144, p. 96 (l'article 2276 C.c.fr. n'étant applicable qu'aux « seuls meubles corporels individualisés », il ne saurait intervenir à propos d'un virement bancaire) ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 113 et s. ; N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, nos 169 à 172 ; D. AIRAULT, M.-A. FRISON-ROCHE et J. REVUZ, « L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », Rev. droit banc. 1993.64, 70. Autant M<sup>me</sup> Peterka semble disposée à faire intervenir l'article 2276 C.c.fr. (autrefois 2279 C.c.fr.) à l'égard de la monnaie scripturale (PETERKA, précité, n° 170), autant elle se montre réservée au sujet des titres dématérialisés : « Contrairement à la monnaie scripturale, les écritures en compte se bornent, s'agissant des valeurs mobilières, au rôle d'*instrumentum* du droit. L'écriture n'est pas le droit mais sa preuve. Aussi, l'absence de tout corps – même limité à un état scriptural – semble faire obstacle à la règle de l'article 2279. » (PETERKA, précité, n° 172). Comme le fait observer la même auteure, la jurisprudence française estime néanmoins que l'inscription en  
(à suivre...)

la libéralité : il incombe plutôt au revendiquant de contester l'existence du don. La jurisprudence française est aussi abondante qu'imperturbable : l'article 2276 C.c.fr. a pour effet<sup>260</sup> d'avantager le donataire supposé en le dispensant de devoir rapporter la preuve de la libéralité alléguée :

Attendu [...] que le possesseur qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie d'une présomption, et il appartient à la partie adverse de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don ou de prouver que la possession dont se prévaut le détenteur de la chose ne réunit pas les conditions légales pour être efficace.<sup>261</sup>

L'article 2276 C.c.fr. emporte une présomption simple en faveur de l'existence du don invoqué<sup>262</sup>. Il revient par conséquent au

(...suite)

compte « établit par présomption et jusqu'à preuve du contraire, l'appartenance des valeurs mobilières au cessionnaire » (n° 171). Voir d'ailleurs en matière de valeurs mobilières : Com. 10 juin 1997, D.1999.89, note Causse. Il arrive, du reste, que la jurisprudence française prenne appui sur l'article 1315 C.c.fr. afin de favoriser le donataire supposé et le faire profiter d'une présomption de don manuel consécutive au virement, laissant ainsi au demandeur la charge de rapporter la preuve du prêt allégué : Civ. 1<sup>re</sup>, 3 déc. 2002, dans un passage cité *infra*, note 262 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1999, D.2000.Som.457, obs. Martin ; RTDciv.1999.679, obs. Martin ; JCP.2000.II.10274, note Cagnoli ; Dr. famille 1999 comm. 53, obs. Beignier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, Bull. I, n° 144, p. 96.

260. Telle n'était pas la vocation initiale de l'article 2276 C.c.fr. selon M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 228, pour qui la jurisprudence fut progressivement amenée à dégager un second sens à ce texte de loi. La genèse et l'évolution sinueuse des sens attribués à l'article 2276 C.c.fr. font l'objet d'une étude pénétrante de la part de W. DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », RTDciv.2006.27.

261. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 1995, Bull. I, n° 42, p. 29. *Adde* Paris 16 mai 2006, D.2007.706, note Dross ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 fév. 1999, pourvoi n° 96-18.411 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1996, pourvoi n° 94-16.330 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 1992, pourvoi n° 91-10.493 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1986, Bull., I, n° 106, p. 108 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1982, D.1982.I.R.525 ; Bull. I, n° 287, p. 247 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 fév. 1977, Défrénois.1977.1340, obs. G. Champenois ; D.1977.I.R.235 ; JCP.1977.IV.87 ; P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Défrénois, 2008, p. 217. La décision rendue par la Cour de cassation en 1995 offre deux possibilités au demandeur. Soit qu'il établisse l'existence d'un contrat comportant obligation de restitution (ce qui supposera parfois l'obligation d'en rapporter la preuve écrite), soit qu'il établisse le vice de la possession du détenteur (un pur fait juridique susceptible d'une preuve non littérale ; voir la note de D. Martin sous Civ. 1<sup>re</sup>, D.2000.Somm.457).

262. Le droit québécois préconise le plus souvent la même solution d'autant que l'ancien article 2268, al. 1 C.c.B.C. s'apparentait à l'article 2276 C.c.fr. Aussi la Cour d'appel du Québec dispensa-t-elle parfois le donataire supposé de rapporter la preuve du don manuel allégué, laissant par le fait même au  
(à suivre...)

revendiquant de prouver le contraire. Même le doute favorise le donataire. Pour peu que la preuve s'avère équivoque, le possesseur aura gain de cause :

Parce que le [revendiquant] supporte la *charge* de la preuve contraire à la présomption, les risques de la preuve sont [...] pour lui : en cas de doute, la présomption de titre sera maintenue et l'existence du don manuel sera tenue pour avérée.<sup>263</sup>

(...suite)

demandeur la charge de prouver l'existence d'un contrat comportant une obligation de restitution : *Beaudoin, succession c. Charbonneau*, [1996] J.Q. n° 557 (opinion du juge Gendreau en son nom propre) ; *Spina c. Sauro*, [1990] R.L. 232 (opinion des juges Monet et Cliche à laquelle semblent implicitement s'opposer les motifs du juge LeBel). L'article 2268, al. 1 C.c.B.C. fut remplacé par le libellé moins explicite de l'article 928 C.c.Q. qu'il convient de lire de concert avec l'article 921 C.c.Q. La jurisprudence actuelle semble relativement conforme au droit antérieur (*Goodale c. Sharples McCall*, J.E. 2004-1645, [2004] J.Q. n° 9343, par. 31 (C.S.Q.)). S'il est vrai qu'une donation ne saurait se présumer (*Évrard c. Lefrançois*, [2001] R.L. 550 (C.A. Qué.) ; *Lijoi c. Lijoi, succession*, [1997] J.Q. n° 1398 (C.Q.)), les règles relatives au fardeau de la preuve ont tendance à protéger la partie défenderesse qui allègue l'existence d'un don manuel. À titre d'exemple, il appartient au demandeur de prouver que la remise était constitutive d'un prêt et non d'une donation : *Robert c. Gutkin*, [2008] J.Q. n° 2486 (C.S.Q.). Il est par ailleurs avéré que la remise d'un bien tel un chèque ne saurait suffire à constituer une preuve circonstancielle de l'existence d'un prêt. La délivrance d'un chèque est la présentation « d'un document neutre qui n'est pas plus compatible avec la prétention d'un prêt qu'avec celle d'une donation » : *Construction Parsons ltée c. Chrisovergis*, J.E. 2002-802 (C.Q., par. 17) ; *Droit de la famille - 3180*, J.E. 99-1036 (C.S.Q.) ; *Turcotte c. Goyette*, [1987] R.D.J. 443 (C.A.Q.). Ces décisions québécoises sont comparables à la jurisprudence française qui s'en remet parfois à l'article 1315 C.c.fr. (« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ») afin de lui faire jouer un rôle apparenté à celui de l'article 2276 C.c.fr. Voir, en ce sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 3 déc. 2002, Juris-Data n° 2002-016828 : « Vu l'article 1315 du Code civil ; Attendu que la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation de celle-ci de les restituer ; que le possesseur, qui prétend les avoir reçus en don manuel, bénéficie d'une présomption et qu'il appartient à la partie adverse de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don ; [...] Attendu que pour la condamner au remboursement de l'intégralité de la somme réclamée, l'arrêt attaqué retient que la preuve de l'intention libérale incombe à celui qui invoque le don manuel et que M<sup>me</sup> Y... n'en justifie pas ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans constater la réalité d'un tel prêt, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé. » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 2004, Dr. famille sept. 2004, comm. 156, B. Beignier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1999, D.2000.Som.457, obs. Martin ; RTDciv.1999.679, obs. Martin ; JCP.2000.II.10274, note Cagnoli ; Dr. famille 1999 comm. 53, obs. Beignier ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, Bull. I, n° 144, p. 96.

263. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 231 (italiques dans l'original). Au même effet : S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 118-119.

Comme le souligne Sophie Lambert en se fondant sur l'article 1315 C.c.fr.<sup>264</sup> et sur les travaux de Gény, le risque de la preuve incombe normalement à celui qui se prévaut d'une situation contraire à la normale. La charge de la preuve repose ainsi sur la partie qui souhaite combattre l'apparence existant en sa défaveur. Le droit français et le droit québécois auront évolué à cet égard :

Traditionnellement, la jurisprudence considérait que la volonté de « rémunération » semblait normale, et l'intention libérale exceptionnelle. [...] Or, aujourd'hui, lorsque le « gratifié » a, sans contrepartie équivalente, reçu un bien par tradition et qu'il le possède ensuite régulièrement, il semble bien que les juges aient fait de l'intention libérale la justification normale de cette opération.<sup>265</sup>

Ces remarques relatives au droit français nous semblent trouver écho dans certaines décisions québécoises qui se montrent fort peu enclines à défavoriser, sur le plan du fardeau de la preuve, la partie qui possède un bien de façon paisible et continue : il appartient alors au revendiquant d'établir l'existence d'un contrat comportant une obligation de restitution<sup>266</sup>.

En somme, tant les règles civilistes relatives à la possession<sup>267</sup> que celles liées à la charge de la preuve<sup>268</sup> ont pour effet de favoriser le donataire supposé. Il appartient au demandeur d'infléchir la présomption née de la possession paisible du bien.

264. Art. 1315 C.c.fr. : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Cette disposition n'est pas sans rappeler l'article 2803, al. 1 C.c.Q. : « Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. ».

265. S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 119.

266. Voir la jurisprudence citée *supra*, note 262.

267. Voir l'article 2276 C.c.fr. et les autorités québécoises et françaises citées *supra*, notes 259 à 262. Il se trouve des auteurs pour regretter l'élargissement jurisprudentiel accordé à l'article 2276 C.c.fr. Cette doctrine estime que « l'article [2276] est en effet absolument hors de cause, même à titre seulement probatoire, en cas d'acquisition *a domino*. Lorsque le demandeur réclame à un défendeur qu'il tient pour son ayant cause la restitution du meuble, [...] seul l'article 1315 du Code civil a vocation à s'appliquer. [...] l'existence d'un contrat entre les parties en litige relativement au meuble disputé met hors jeu l'article [2276] » : W. DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », RTDciv.2006.27, 28.

268. Voir, en droit français, l'article 1315 C.c.fr. et le passage de l'arrêt Civ. 1<sup>re</sup>, 3 déc. 2002 cité *supra*, note 262 et, en droit québécois, la décision *Robert c. Gutkin* abordée *supra*, note 262.

Cette présomption simple de don manuel paraît d'autant plus indiquée lorsque le donateur décide de mettre unilatéralement le donataire en possession du bien et qu'il le dégage donc implicitement de l'obligation de se procurer un titre. Telle est précisément l'hypothèse du don par virement bancaire ou de la libéralité réalisée par le dépôt de valeurs dans un coffret ouvert au nom du donataire. Cette mise en possession voulue et orchestrée par le donateur diminue d'autant le rôle du gratifié. Le silence du donataire suffit à faire foi de son assentiment car il n'est aucunement tenu de se ménager la preuve de son titre. Le comportement du donateur l'a affranchi de la nécessité de prendre possession du bien offert, tandis que le Code civil le dégage de l'obligation de se constituer une preuve écrite de la libéralité<sup>269</sup>. *Le donateur ayant tenu l'acceptation pour acquise en se dépouillant unilatéralement en faveur du donataire et le Code civil n'allant pas jusqu'à exiger de la partie en possession d'un bien qu'elle justifie de son titre, le donataire est fondé d'adopter une attitude passive à la réception du bien offert.* Le silence est l'indice du consentement devenu contentement.

### 2.2.3.2 Les finalités de l'acceptation silencieuse

#### 2.2.3.2.1 L'irrévocabilité de la donation

L'approbation silencieuse se doit d'intervenir en temps opportun. La nullité de la donation s'imposera en présence d'un acquiescement tacite postérieur au décès du donateur. D'aucuns estiment néanmoins que l'acceptation puisse succéder au décès du bienfaiteur. Selon Debeaurain, pareil consentement ultérieur est pourvu d'un effet rétroactif de sorte qu'il serait par exemple loisible de faire remonter les effets de l'acceptation à la date du dépôt des objets dans le coffret bancaire<sup>270</sup>. Une thèse apparentée veut qu'en présence d'un dépouillement irréversible, « l'offre ne [puisse] être retirée par son auteur ni par ses héritiers et qu'elle ne devien[ne] caduque

269. N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n° 168 : « La présomption [prévue à l'article 2276 C.c.fr.] permet de soustraire la démonstration du don manuel aux règles gouvernant la preuve des actes juridiques (V. C.civ., art. 1341 et s.). Le donataire en possession n'a pas à se soumettre à l'exigence d'un écrit préconstitué. ». Lagarde préférerait voir en l'état actuel du droit l'existence d'une présomption indépendante de celle visée par l'article 2276 C.c.fr. : X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », RTDciv.1997.25, 31 à 33.

270. J. DEBEURAIN, « Les formes modernes de don manuel », JCP.1979, éd. N., p. 276, à la p. 282, n° 30.

ni du fait du décès du disposant ni de celui de la survenance de son incapacité [...] »<sup>271</sup>. Non seulement ces deux thèses ne se réclament-elles d'aucun précédent, mais elles contreviennent aux prescriptions pourtant explicites des articles 932, al. 2 C.c.fr. et 1392 C.c.Q. La libéralité se doit d'être acceptée du vivant du donateur sous peine de caducité de l'offre ; il en va de la validité même de la donation<sup>272</sup>. Aussi est-il de jurisprudence constante qu'une donation non formelle doit être acceptée par le gratifié ou son mandataire antérieurement au trépas du donateur<sup>273</sup>. Le courant doctrinal minoritaire contraire s'attarde indûment sur le caractère irrévocable du dépouillement au détriment de l'irrévocabilité de la donation elle-même. L'irrévocabilité de la dépossession et l'irrévocabilité de la donation sont toutes deux nécessaires et chacune doit précéder le décès du donateur<sup>274</sup>. Seule l'acceptation du donataire consacre l'irrévocabilité de la libéralité<sup>275</sup>. L'obligation du donateur envers le donataire n'existe qu'en raison de l'acceptation formulée par ce dernier. Aussi le caractère définitif du dépouillement ne saurait-il suffire à engendrer un lien de droit entre les parties et assurer l'existence de la libéralité.

Sous réserve de sa survenance en temps opportun, l'acceptation tacite voire passive s'avère tout aussi concluante qu'une acceptation expresse. La tradition du bien assurée antérieurement

271. N. PETERKA, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Don manuel », J.Cl. civ., art. 931, fasc. 30, 2003, n° 52 (et, au même effet, les n°s 61, 62 et 144). Cette thèse fut élaborée dans l'ouvrage antérieur de N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, aux p. 307, 308, 434, 440 et 445 à 452.

272. D. VINCELETTE, « La donation dans la réforme du Code civil (art. 1806 à 1841 C.c.Q.) », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil. Personnes, successions et biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 433-463, à la p. 438. Voir pareillement, en droit français, les observations de Patarin sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1985, RTDciv.1986.400 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Paris, Economica, 1988, p. 173 ; B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Forme. Acceptation des donations », J.Cl. civ., art. 932 à 937, 2004, n°s 15 et 16 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil. Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, p. 60 ; Y. LOUSSOUARN et A. PIROVANO, « Don manuel », Enc. Dalloz, 1972, n°s 41 et 43 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. X, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Librairies techniques, 1954, p. 524.

273. Civ. 18 oct. 1909, S.1911.1.489, note Tissier ; D.1910.1.462 ; B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Forme. Acceptation des donations », J.Cl. civ., art. 932 à 937, 2004, n° 59.

274. Voir nos remarques en ce sens et les autorités citées à l'appui *supra*, p. 346, 347 et 352 à 356.

275. *Supra*, p. 346, 349 à 351, 353, 355 et 356.

et unilatéralement par le donateur autorise le gratifié à manifester tacitement son consentement.

#### 2.2.3.2.2 La protection des intérêts des parties

Le don manuel comporte une composante matérielle (la tradition) et une composante intellectuelle (le consentement) qu'il convient d'analyser de manière complémentaire. L'une est soumise à de strictes exigences alors qu'il en va tout différemment de l'autre. Ce paradoxe n'est pourtant qu'apparent. Il n'y pas lieu de s'étonner de la rigueur du droit civil au sujet du caractère obligatoire de la tradition et du libéralisme qui entoure, en revanche, les modes d'acceptation du don manuel. *Autant le droit se montre intraitable au sujet de l'irrévocabilité du dépouillement du donateur, autant il lui est ensuite loisible de se contenter des formes les plus rudimentaires d'assentiment. La protection apportée par la composante matérielle du don manuel rejaillit sur les modes de consentement jugés suffisants.*

L'irrévocabilité de la tradition sert de contrefort au consensualisme : les formes d'expression se libéralisent puisque l'exigence de la tradition offre des gages suffisants au donateur comme au gratifié. S'il est vrai que le don manuel demeure un contrat réel, la remise du bien et son acceptation ont cessé de se fondre et, partant, de se confondre<sup>276</sup>. Ainsi affranchie, la manifestation de volonté du donataire gagne en liberté de formes.

Le donateur se trouve suffisamment prévenu de par la nature irréversible de son propre dépouillement. Comme le fait remarquer la professeure Peterka au sujet des dons manuels en général : « [...] le consentement du donateur, lequel sent le poids de son sacrifice dès la quasi-tradition<sup>277</sup> [...] est protégé de ce fait. La gravité de son acte et l'irrévocabilité de celui-ci lui sont révélées, indépendamment de l'acceptation du donataire, par le caractère définitif de son dessaisissement. »<sup>278</sup>. Comme de fait, l'irrévocabilité du dépouillement incarne et trahit la prise de conscience de l'auteur de la libéralité.

276. La dématérialisation des dons manuels a pour conséquence que la tradition et l'acceptation du don manuel sont dissociées temporellement : *supra*, p. 348 à 365.

277. La professeure Peterka use du terme quasi-tradition au sujet des dons manuels reposant sur une tradition immatérielle.

278. N. PETERKA, *Les dons manuels*, Bibl. de droit privé, t. 355, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 452.

Cette pleine mesure du sacrifice consenti se veut, à son tour, un gage pour le donataire qui se voit du fait même protégé contre les sautes d'humeur possibles du disposant. Ayant privilégié un mode de dessaisissement irrévocable (virement bancaire, dépôt de valeurs dans un coffret bancaire loué au nom du donataire, cession de valeurs mobilières inscrite au compte du gratifié), le donateur s'assure de se départir inexorablement de son bien. Il s'interdit lui-même toute possibilité de récupération matérielle de l'objet du don : la délivrance du bien est déjà acquise au profit du donataire. *En matière de don manuel et au contraire de la donation authentique, la manifestation d'acceptation n'a pas pour objet d'assurer la livraison du bien offert*<sup>279</sup>. *La finalité de l'acceptation s'en trouve modifiée.* Le consentement du donataire a pour vocation principale d'indiquer sa volonté de profiter du bien remis. La forme d'expression retenue pour marquer cet assentiment n'a pas grande importance en raison du rôle protecteur déjà joué par la composante matérielle en faveur du donateur et du gratifié. *Une acceptation passive suffit d'autant que le donateur s'est acquitté au préalable de ses obligations.*

La suffisance de l'acceptation silencieuse découle des gages qu'offre le caractère irrévocable du dépouillement du donateur. Toute autre est la question de savoir si la pratique du don manuel consacre un véritable formalisme de remplacement en faveur des parties<sup>280</sup>. Le formalisme de substitution lié aux caractéristiques constitutives du don manuel répond, à certains égards, aux finalités protectrices des articles 931 et 932 C.c.fr et de l'article 1824 C.c.Q., mais il serait pourtant vain de croire en leur parfaite adéquation. La forme authentique offre un seuil de protection supérieur en faveur du donateur qui profite des conseils d'un notaire quant au caractère irrévocable du don et ses incidences fiscales. La forme notariée assure par ailleurs aux créanciers et aux héritiers du donateur la preuve écrite des largesses naguère consenties<sup>281</sup>. Un contrat réel ne saurait offrir les mêmes garanties qu'un contrat authentique.

279. La donation authentique est un contrat formaliste par opposition à un contrat réel. Ce faisant, la délivrance de l'objet peut être différée et survenir postérieurement à l'échange des consentements : *supra*, note 173.

280. *Spina c. Sauro*, [1990] R.L. 232, 238 (motifs du juge Monet).

281. Ces questions diverses sont abordées par H. LÉCUYER, « Des donations échappant au formalisme légal », *Droit & patrimoine*, n° 115, mai 2003, p. 92 ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 101, 183 et 184 ; J-F. MONTREDON, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Forme authentique », *J.Cl. civ.*, fasc. 10, 1998, nos 14 à 20 ; B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des (à suivre...)

Il en va de même, du reste, des donations déguisées et des donations indirectes : l'existence de la donation prête plus aisément à litige, la preuve de l'intention libérale étant contredite par l'acte (donation déguisée) ou passée sous silence (donation indirecte)<sup>282</sup>. Les astuces déployées au moment de la constitution de la libéralité sont autant de gages en moins pour les héritiers ou les créanciers et, parfois, pour les parties elles-mêmes : la preuve de la donation est bien plus difficilement décelable par les héritiers ou les créanciers et elle est plus aisément contestable par une partie à l'encontre de l'autre. Qu'il suffise de songer au donataire tenu de contrer une action en réclamation du prix de vente alors que l'acte onéreux consenti se voulait une donation déguisée, ou encore au donateur demandant la révocation d'une donation indirecte pour cause d'ingratitude du donataire. L'absence d'acte portant donation s'avère néfaste à la partie tenue de rapporter la preuve de l'intention libérale.

### **2.3 De la polyvalence juridique du silence à l'égard de la gratuité**

La thèse de l'inefficacité du silence fut battue en brèche dans les pages précédentes. Cette thèse omet, de surcroît, de rendre compte de la polyvalence juridique du silence : l'expressivité du silence du gratifié est susceptible d'emporter *plusieurs* conséquences juridiques. Ces effets sont toutefois différenciés selon la nature de l'acte gratuit en cause. Aussi la multiplicité des rôles dévolus au silence fera-t-elle l'objet des prochains développements. Ces fonctions seront analysées au regard des donations non solennelles, des contrats de services à titre gratuit, des donations authentiques et des successions.

---

(...suite)

contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois, 1998, 497, 509 ; R. TENDLER, « Le don manuel : une institution anachronique ? », D. 1989, Chron. 245, 248 et 249 ; J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 39 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 210. Encore peut-on observer que les formes contemporaines du don manuel sont cependant moins évanescences que naguère : « [...] les libéralités scripturales ou électroniques n'ont pas la discrétion des donations non solennelles classiques. Leur traçabilité dans les écritures sociales ou bancaires en trahit l'existence » (N. PETERKA et F. SAUVAGE, « Les libéralités modèles », dans *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la dir. de T. Revet), Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 6, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 345-382, à la p. 368).

282. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 210.

### **2.3.1 Les fonctions du silence à l'égard des donations non notariées**

La juridicité du silence se trouve accentuée dans le domaine des libéralités non solennelles. Les contours morphologiques de la convention relèvent de la discrétion du donateur : le gratifié ne participe normalement pas à l'élaboration de la libéralité qu'il se voit offrir. Dépourvue de tractations, la donation est un contrat nommé atypique, dans son élaboration comme dans son mode de formation. À sa manière, l'auteur d'une donation non solennelle libéralise encore plus les formes de consentement et avalise souvent, par la façon dont il institue la donation, les modes de consentement les plus discrets. Le procédé d'élaboration des donations non solennelles a vocation à *accentuer* l'émancipation des modes de consentement du donataire.

Les donations non notariées sont ainsi généralement de nature à s'accommoder d'une acceptation purement passive. Les formes de manifestation de volonté se libéralisent d'ailleurs d'autant plus aisément que le droit offre parallèlement – par la technique du contrat réel par exemple – des gages suffisants aux parties.

Mais le silence revêt quelquefois des atouts supplémentaires. Les caractéristiques du silence lui valent, à l'occasion, de concourir à la validité même de la libéralité. Si l'acceptation de la donation s'avère indispensable à son existence, le mode d'acceptation retenu doit néanmoins se concilier avec la forme de la donation non solennelle privilégiée par les parties. Ni la donation indirecte ni la donation déguisée ne doivent révéler la gratuité de l'acte juridique en cause. Le silence présente, à cet égard, un atout de taille. Sa discrétion l'avantage par rapport à certaines formes de manifestation expresses de volonté. Le silence se concilie avec la dissimulation requise par la donation déguisée et le caractère abstrait ou neutre que commande la donation indirecte<sup>283</sup>. La nature discrète d'une

283. La technique utilisée pour réaliser une donation indirecte doit taire le caractère désintéressé de l'opération envisagée. Or, l'acceptation expresse du donataire révélera parfois la gratuité de l'acte juridique en cause. La mention de l'acceptation de la donation sur l'acte juridique convenu entre les parties est susceptible d'entraîner la nullité d'une donation dépourvue du formalisme prescrit par les articles 931 et 932 C.c.fr. et l'article 1824 C.c.Q. À cet égard du moins, l'acceptation silencieuse s'harmonise plus naturellement avec le caractère neutre ou abstrait de la donation indirecte. À rapprocher de Paris 27 mai 1964, JCP.1965.II.13991, note Voirin et de J.G. RENAULD, « Le transfert à titre gratuit des titres nominatifs des sociétés anonymes », dans *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, Vol. 2, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Te Gent, 1965, p. 795-813, aux p. 798 à 801.

acceptation passive évite au donataire de contribuer, d'une manière ou d'une autre, à la confection d'un acte « portant donation »<sup>284</sup>.

En somme, le silence atteste l'acceptation du gratifié tout en s'abstenant de donner à la donation un caractère ostentatoire. Le silence assure alors le consentement tout comme la validité de la libéralité. Cette double fonction aura échappé aux critiques de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>285</sup> qui la jugeaient d'emblée contraire à l'exigence du *Code civil français* voulant qu'une offre de donation fasse l'objet d'une acceptation « expresse »<sup>286</sup>. Or, le formalisme institué par les codes civils québécois et français ne fait aucunement obstacle à l'acceptation tacite et parfois même silencieuse des donations non notariées.

Au demeurant, les offres avantageuses ne sauraient se limiter aux seules libéralités. Il aura échappé aux adversaires de l'arrêt *Bert* que le principe dégagé dans cette affaire vise autant les contrats de services gratuits que les libéralités non authentiques.

### **2.3.2 Les fonctions du silence à l'égard des contrats de services gratuits**

L'offre de mandat ou de cautionnement<sup>287</sup> formulée à titre gracieux est une sollicitation susceptible d'une acceptation silencieuse<sup>288</sup>. Le *Code civil du Québec* estime que « le mandat conclu

284. Qu'il suffise de songer à la reconnaissance de dette fictive. La reconnaissance de dette participant de l'acte unilatéral, toute acceptation signée sur le billet risquerait de révéler l'existence d'un véritable engagement bilatéral. Cette question est analysée *supra*, p. 342 à 344.

285. L'arrêt *Bert* rendu en 1938 est repris par la jurisprudence québécoise de même qu'une partie de la doctrine. L'analyse en est faite *supra*, p. 306, 307 et 310 à 313.

286. M.-J. LITTMANN, *Le silence et la formation du contrat*, thèse Strasbourg, 1969, p. 159 : « Il est étrange, alors que le Code civil exige l'acceptation expresse d'une donation, que de nombreux auteurs approuvent cette présomption d'acquiescement par le silence, d'une offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire ».

287. Le cautionnement se soustrait au droit des libéralités pour peu que la caution offre ses services à titre gratuit sans renoncer pour autant à ses recours personnel et subrogatoire envers le débiteur dans l'éventualité d'un paiement effectué au profit du créancier.

288. L'offre de cautionnement est susceptible d'être acceptée par le seul silence du créancier. Le droit québécois, le droit français et le droit suisse concordent : F. DESSEMONTET, « Chapitre premier : des obligations résultant d'un contrat » dans *Commentaire romand. Code des obligations I*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 42 ; P. DELEBECQUE, « Cautionnement », *Rép. civ. Dalloz*, 2001, n° 68 ; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, (à suivre...)

entre deux personnes physiques est présumé à titre gratuit »<sup>289</sup> et que son acceptation s'induit « des actes et même du silence du mandataire »<sup>290</sup>. Le droit français est à l'avenant<sup>291</sup>. En somme, le formalisme institué par le code civil en matière de libéralités n'a aucunement vocation à régir les autres contrats à titre gratuit<sup>292</sup>.

(...suite)

1997, p. 205 ; P. RAINVILLE, *The Role of Silence During the Life of a Contract : A Civilian Perspective*, thèse Oxford, 1993, p. 31 à 37 ; P. SIMLER, « Garanties autonomes », *Juris-Classeur Contrats-distribution*, Fasc. 940, 1988, n° 72 ; P. GAUCH, W. SCHLUEP et P. TERCIER, *La partie générale du droit des obligations*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Ed. Schulthess Zurich, 1982, p. 63 ; H. ABDEL GHAFAR, *Des contrats par correspondance en droit comparé*, thèse Dijon, 1930, p. 50 et 51 ; DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Source des obligations*, t. II, Paris, 1923, p. 175 ; W. LORENZ, « Report on Austrian, German, and Swiss Law n° B-5 », dans *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems* (éd. par R. Schlesinger), vol. II, Londres, Stevens & Sons, 1968, p. 1152-1165, à la p. 1153. La suffisance de l'acceptation silencieuse d'une offre de cautionnement paraît avérée au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le mutisme du créancier pouvant indiquer son acceptation de la teneur d'une lettre accompagnant l'engagement de la caution et en limitant la durée (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 fév. 1991, arrêt sélectionné, *Juris-Data* n° 1991-000565), son silence peut, *a fortiori*, indiquer son aval envers l'offre de cautionnement elle-même.

289. L'article 2133 C.c.Q. fait exception à cette règle en matière de mandat professionnel lequel « est présumé à titre onéreux ». La solution québécoise n'est pas sans rappeler l'interprétation jurisprudentielle donnée à l'article 1986 C.c.fr.

290. Art. 2132 C.c.Q.

291. Reconnue en droit français (P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2009, p. 305), la possibilité de l'acceptation silencieuse d'un mandat est aussi de mise en droit bancaire à l'occasion de virements faisant intervenir plusieurs établissements financiers : R. BONHOMME, « Virement », *Rép. com. Dalloz*, 2008, n° 120 ; J.-F. RIFFARD, « Virement », *J.Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 390, 2009, n° 128. Le législateur consacre d'ailleurs l'expressivité du silence en la matière au point de présumer à l'occasion l'existence du mandat. Outre les articles 1432 et 1540 C.c.fr., il convient de faire état de l'article 815-3 C.c.fr. *in fine* : « Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux ». Ce cas de figure propre à l'indivision ne fait qu'illustrer une question plus générale encore : le fait de savoir si un acte de gestion au su du géré est susceptible de se traduire par la formation d'une convention à titre gratuit. Ce sujet est abordé en droits québécois et français dans le texte suivant : P. RAINVILLE, « De la connaissance à la reconnaissance en matière de gestion d'affaires », (1994) 28 *R.J.T.* 977.

292. Les contrats à titre gratuit n'appartiennent donc pas à un régime juridique unifié : J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, L.G.D.J., 1955, p. 7 et 8 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2000, p. 52 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, p. 234 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. X, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Librairies techniques, 1954, p. 392 et 393.

De fait, la méfiance du législateur se confine normalement aux seules conventions qui consacrent l'appauvrissement unilatéral du patrimoine d'une partie : la disposition à titre gratuit d'un bien est enserrée de précautions législatives.

En revanche, les codificateurs québécois et français témoignent d'égards en faveur de la personne qui s'oblige unilatéralement et à titre gracieux à l'occasion d'un acte de bienveillance. Un régime juridique autonome lui est habituellement réservé : l'intensité de ses obligations est atténuée et l'ampleur de sa responsabilité s'avérera parfois limitée<sup>293</sup>. Même la disposition gratuite de biens donne quelquefois droit à un régime juridique d'exception en faveur de la partie altruiste. Il en va ainsi des articles 1471 et 1828 C.c.Q. qui limitent la responsabilité civile et la responsabilité pour vices cachés de l'individu s'étant départi de biens gratuitement et dans un but désintéressé<sup>294</sup>.

L'unilatéralité de la prestation promise au destinataire de l'offre n'est pas vue avec défaveur par le législateur. Nombreux sont les contrats nommés (dépôt, mandat, entre autres) qui font l'objet d'un régime juridique particulier destiné précisément à avantager la partie œuvrant à titre gratuit. La thèse des pourfendeurs de l'arrêt *Bert* va jusqu'à se retourner contre eux. Loin de s'opposer à la conclusion de contrats à titre gratuit, le législateur favorise souvent de telles ententes en aménageant un régime favorable à l'auteur de la prestation unilatérale. L'acceptation silencieuse d'un contrat à titre gratuit n'est donc en rien contraire à la philosophie sous-jacente au code civil.

La soi-disant opposition entre l'arrêt *Bert* et le formalisme propre aux donations notariées est pareillement une vue de l'esprit : à un degré moindre, le silence est appelé à jouer un rôle favorable au donataire en matière de libéralités solennelles.

### **2.3.3 Les fonctions du silence à l'égard des donations authentiques et des biens dévolus par succession**

L'acceptation silencieuse d'une offre avantageuse n'est pas contraire à l'essence du droit des libéralités. Mêmes les donations

293. Qu'il suffise de citer les articles 1891, 1928 et 1992 C.c.fr. ou encore les articles 1318, 1460, 1471, 1828, 2148, 2289, 2290 et 2292 C.C.Q.

294. Un contrat unilatéral n'est pas, à lui seul, un gage de désintéressement. Aussi l'article 1471 C.c.Q. exige-t-il que la dépossession survienne à titre gratuit et dans un but désintéressé.

notariées réservent un rôle au silence : ce rôle varie par ailleurs d'intensité en droit québécois et en droit français.

Le droit québécois se sera de tout temps satisfait de l'acceptation tacite d'une offre de donation notariée<sup>295</sup> et le nouveau *Code civil du Québec* s'est bien gardé de prévoir une règle différente<sup>296</sup>. Il est donc du ressort du juge de première instance d'estimer l'offre de donation notariée acceptée en raison du silence de son destinataire. L'acceptation passive d'une offre de donation authentique se justifie au regard du libellé de l'article 1394 C.c.Q. selon lequel le silence peut valoir consentement en raison de « la volonté des parties » ou de « circonstances particulières » lesquelles, faut-il le rappeler, ne sont pas définies limitativement par le *Code civil du Québec*.

Le droit civil français n'est pas en reste : la logique même des articles 931 C.c.fr. et suivants s'oppose aux tenants de la thèse de l'inefficacité du silence. Autant l'acceptation d'une donation notariée requiert la passation d'un acte authentique<sup>297</sup>, autant le droit français confie un rôle particulier au silence du destinataire de l'offre. Il est donné au donataire de retarder le moment de son acceptation par acte authentique pour peu qu'elle soit faite du vivant du donateur :

**Art. 932**, al. 2 : « L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.

Ainsi donc, le *Code civil français* s'assure d'accorder au silence un rôle qui favorise l'acceptation future de la donation. Suivant la

295. Si le *Code civil du Bas-Canada* exigeait de l'acceptation qu'elle épouse la forme notariée à l'instar de l'offre de donation (art. 776), il n'estimait « pas nécessaire que l'acceptation d'une donation soit en termes exprès. Elle peut s'inférer de l'acte ou des circonstances. La présence du donataire à l'acte et sa signature sont au nombre de celles qui peuvent la faire inférer » (art. 788). Cette exigence fut abandonnée à l'occasion de la réforme du *Code civil du Québec* en 1992 : l'acceptation tacite peut désormais survenir en marge de la rédaction du contrat notarié.

296. Voir les commentaires du ministre de la Justice du Québec relatés *supra*, note 144. *Contra* : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 259, lesquels estiment l'acceptation tacite d'une donation exclue aux termes de l'article 1824, al. 1 C.c.Q.

297. Cette exigence est propre au droit français (art. 932 C.c.fr.). L'acceptation se doit d'être expresse, consignée dans un acte authentique et signifiée au donateur.

logique propre au *Code civil français*, le silence ne suffit pas à caractériser le désintéret du destinataire d'une offre de donation. Bien au contraire, les codificateurs français préférèrent attribuer au silence une portée destinée à permettre l'acceptation éventuelle de la donation :

La donation est donc un contrat qui se forme par étapes : le Code Napoléon a appliqué ici, par anticipation, la théorie allemande de la *punctation*. Après l'acte du donateur, il peut y avoir : 1) un refus du donataire, en une forme quelconque ; il fait tomber l'offre de donation ; 2) le silence du donataire : la donation ne se forme pas, mais l'offre subsiste tant que n'intervient pas un des événements qui la rend caduque ; 3) l'acceptation du donataire [...]298

Le silence hérite d'une fonction salvatrice : il ménage la faculté du donataire d'accepter ultérieurement l'offre de libéralité. Le donataire demeure en droit d'accepter la donation tant et aussi longtemps qu'un événement n'en entraîne pas la caducité, tel le retrait de l'offre, le décès ou l'incapacité du donateur299.

Deux règles juridiques se conjuguent d'ailleurs de manière à accentuer le rôle dévolu au silence. D'une part, le rejet de l'offre de donation exige un comportement qui atteste bel et bien la volonté de refus du donataire300. D'autre part, la renonciation à une offre de donation ne saurait se présumer : un « acte non équivoque » est indispensable afin d'accréditer la thèse de la renonciation301. La passivité ne met donc pas en péril l'offre de donation302.

298. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 207. Voir aussi B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Donations et testaments. Donations entre vifs. Forme. Acceptation des donations », *J.-Cl. civ.*, art. 932 à 937, 2004, n<sup>os</sup> 40 et 42.

299. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 376 et 377 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, p. 373 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 483 et 484 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, L.G.D.J., 1959, p. 1048.

300. *Supra*, note 298 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments* (par TALBOT et LOUSSOUARN), Paris, L.G.D.J., 1957, p. 488 et 489.

301. *Civ. 1<sup>re</sup>*, 3 mars 1976, Bull. I, n<sup>o</sup> 94, p. 78 ; *Civ. 1<sup>re</sup>*, 26 nov. 1975, Bull. I, n<sup>o</sup> 346, p. 286. À rapprocher de *Civ. 1<sup>re</sup>*, 15 nov. 1972, Bull. I, n<sup>o</sup> 250, p. 219.

302. Peut-être en irait-il différemment en droit québécois. L'article 1392 C.c.Q. décrète la caducité de l'offre au-delà de l'expiration d'un délai raisonnable. Il est à noter toutefois que le silence du donataire est susceptible de traduire son assentiment puisqu'en droit québécois et au contraire du droit français, l'offre (à suivre...)

Le droit civil français postule que le silence ne saurait équivaloir au refus d'une offre de donation authentique. Le silence opère plutôt de façon à sauvegarder les options qui s'offrent à la partie demeurée discrète. Ce rôle protecteur de la partie susceptible d'être avantagée n'est pas sans rappeler celui que lui reconnaît, à divers titres, le droit successoral. À l'instar du droit québécois<sup>303</sup>, l'article 804 al. 1 C.c.fr.<sup>304</sup> dispose que « la renonciation à une succession ne se présume pas »<sup>305</sup> et le nouvel article 773 C.c.fr. prend soin de préserver la faculté d'option de l'héritier qui tarde à se prononcer<sup>306</sup>. C'est dire que le silence de l'héritier pressenti ne traduit pas, à lui seul, son refus de la succession ouverte<sup>307</sup>. La réforme du droit successoral français résultant de la Loi du 23 juin 2006 paraît fidèle à la jurisprudence antérieure désireuse de réserver les droits de la partie simplement inactive. Abstraction faite de l'hypothèse de la prescrip-

---

(...suite)

notariée ne suppose pas d'acceptation formelle. *Au demeurant, la jurisprudence québécoise pourrait estimer, à l'instar du droit successoral, qu'une personne n'est aucunement réputée renoncer à un avantage de par sa seule attitude passive.*

303. Aux termes de l'article 646, al. 1 C.c.Q., la renonciation successorale doit être « expresse ». Partant, le désintéret apparent du successible ne saurait valoir renonciation : G. BRIÈRE, *Droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd. (par J. BEAULNE), Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 100 et, par analogie, *Provencher (Succession de) c. Québec (Sous-ministre du Revenu) (Curateur public)*, [2009] R.J.Q. 1392 (C.S. Qué.). Exception est faite à cette règle si le successible a ignoré sa qualité ou « ne l'a pas fait connaître » durant dix ans (art. 650 C.c.Q.). Voir les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 377, 387 et 389 et *McLennan (Succession de) c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, J.E. 2009-1527 (C.A. Qué.).
304. Entré en vigueur en 2007, l'article 804 C.c.fr. succède à l'ancien article 784 du Code Napoléon.
305. L'article 780, al. 1 et 2 C.c.fr. atténue quelque peu le principe posé par l'article 804 C.c.fr., puisqu'il le balise temporellement : « La faculté d'option se prescrit par dix ans à compter de l'ouverture de la succession. L'héritier qui n'a pas pris parti dans ce délai est réputé renonçant ». La réforme législative survenue en 2006 abaisse de trente ans à dix ans la durée de la prescription du droit d'option. La présomption retenue est toutefois du même ordre : la partie s'étant abstenue de prendre parti est réputée renonçante : M. GORÉ, « Option successorale : droit d'option », dans *Droit patrimonial de la famille* (sous la direction de M. GRIMALDI), 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, n° 241.36.
306. Art. 773 C.c.fr. : « À défaut de sommation, l'héritier conserve la faculté d'opter, s'il n'a pas fait par ailleurs acte d'héritier [...] ».
307. L'ancien article 781 C.c.fr. accréditait pareillement la thèse voulant que le silence de l'héritier ne saurait s'assimiler à un refus : « Lorsque celui à qui une succession est échue est décédé sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée expressément ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef ». Cette disposition est dorénavant remplacée par l'article 775 C.c.fr.

tion<sup>308</sup>, le silence ne saurait signaler la volonté de repousser un avantage : « Le fait pour le légataire d'avoir laissé s'écouler dix ans sans se prévaloir de son legs [...] ne caractérise qu'une attitude purement passive qui [...] ne saurait suffire pour apporter la preuve d'une renonciation par le légataire au bénéficiaire de son legs »<sup>309</sup>.

Inutile donc de chercher la moindre opposition entre le droit successoral ou le droit des libéralités d'une part et la règle jurisprudentielle relative à l'acceptation silencieuse d'une offre avantageuse d'autre part. Le silence se fait garant des intérêts de la partie à qui un avantage est offert. Cette tendance jurisprudentielle avérée peut désormais se réclamer des nouvelles dispositions des codes civils québécois et français. L'article 633 C.c.Q.<sup>310</sup> déclare que le successible qui connaît sa qualité et ne renonce pas dans le délai de délibération de six mois est présumé avoir accepté<sup>311</sup>, sauf prolongation du délai accordée par le tribunal<sup>312</sup>. De son côté, le tout nouvel article 772 C.c.fr. estime l'héritier « acceptant pur et simple » s'il fait

---

308. Sur les délais de déchéance et les délais de prescription, voir *supra*, notes 303 et 305 et *infra*, notes 309 et 314.

309. Paris 3 avril 1992, D.1993.Som.223, obs. Lucet. Adde P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 281 : « L'inaction du légataire ne suffit pas à caractériser une renonciation ». Cette règle vaut à plus forte raison en droit québécois. Selon l'article 741 C.c.Q., le légataire à titre particulier dispose du même droit d'option que le successible. Il est donc visé par la présomption d'acceptation de l'article 633 C.c.Q. s'il choisit de demeurer passif pendant six mois. En somme, la renonciation ne saurait se présumer, à moins que n'intervienne le délai de déchéance prévu à l'article 650 C.c.Q. au terme de dix années d'inaction (*Massicotte (Succession de) c. Douville*, J.E. 2005-342 (C.S.Q.)).

310. La présomption énoncée à l'article 633 C.c.Q. serait une présomption simple au sens de l'article 2847, al. 2 C.c.Q. et elle serait par conséquent réfutable : G. BRIÈRE, *Droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd. (par J. BEAULNE), Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 82 et 98.

311. Une autre présomption d'acceptation tirée du silence du successible est prévue à l'article 640 C.c.Q. L'acceptation de la succession est acquise lorsque le successible, sachant que le liquidateur refuse ou néglige de faire inventaire, néglige lui-même de procéder à l'inventaire ou de demander au tribunal soit de remplacer le liquidateur, soit de lui enjoindre de procéder à l'inventaire.

312. La solution inverse est toutefois privilégiée lorsque le délai fut imposé par le tribunal : « Le successible qui n'opte pas dans le délai imparti par le tribunal est présumé avoir renoncé. » (art. 633, al. 2 C.c.Q.). En somme, il y a présomption d'acceptation à moins que le délai n'ait été fixé judiciairement. Ces solutions différentes s'expliquent comme le font valoir les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 380. La présomption de renonciation énoncée à l'article 633, al. 2 C.c.Q. serait d'ailleurs susceptible d'une preuve contraire au sens de l'article 2847, al. 2 C.c.Q. : G. BRIÈRE, *Droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd. (par J. BEAULNE), Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 82.

défaut de répondre pendant deux mois à la sommation par acte extrajudiciaire lui enjoignant de se prononcer sur l'acceptation de la succession. Certes, ce consentement est « réputé » selon les termes mêmes de l'article 772 C.c.fr. ; il a pour finalité de faire cesser l'équivoque plutôt que d'élucider la volonté interne du successible demeuré par trop discret<sup>313</sup>. Il n'empêche que cette présomption législative n'avalise en rien la théorie des contempteurs de l'arrêt *Bert* selon lesquels le silence signale d'emblée le désintérêt de la partie à qui un avantage est proposé. Les solutions législatives contemporaines refusent tout d'abord d'associer le silence à un refus<sup>314</sup> et elles ont, le plus souvent, pour effet de lui attribuer un sens compatible avec les intérêts de la partie à qui un avantage pourrait être dévolu<sup>315</sup>.

Si l'on ne saurait conclure à l'unicité du rôle du silence en matière de donations non solennelles, de donations notariées et de successions, les diverses fonctions qui lui sont dévolues sont pourtant souvent apparentées, parce que destinées à favoriser la partie à qui une libéralité est proposée : soit que le silence vaille souvent consentement, soit qu'il ménage à la partie avantagée la faculté d'accepter ultérieurement le bénéfice en cause.

## CONCLUSION

La consécration du consensualisme en matière contractuelle ne se sera étonnamment pas accompagnée d'une étude de son incidence sur la portée juridique du silence. D'une manière plus surprenante encore, l'affranchissement des libéralités non ostensibles à l'égard de l'authenticité notariale n'aura pas suscité de réflexion doctrinale sur les possibilités accrues qu'offre le silence en tant que

313. Comp. P. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2008, p. XIII.

314. Les articles 633, al. 1 et 741 C.c.Q. de même que l'article 772 C.c.fr. préconisent une présomption d'acceptation. À l'inverse, la présomption légale de renonciation à l'expiration d'une période de dix ans (art. 650 C.c.Q.) doit s'entendre d'un délai de déchéance : G. BRIÈRE, *Droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd. (par J. BEAULNE), Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 102 et 103 ; McLennan (*Succession de*) c. *Québec (Sous-ministre du Revenu)*, J.E. 2009-1527 (C.A.Q.).

315. En droit québécois, l'acceptation successorale n'entraîne en principe l'obligation de payer les dettes de la succession qu'à concurrence de la valeur des biens reçus. Cette innovation majeure amenée par le nouveau *Code civil du Québec* est explicitée dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Les Publications du Québec, 1993, p. 375 et s.

manifestation de volonté. Bien au contraire, l'équivoque supposée du silence aura souvent été réitérée de manière dogmatique, y compris à l'égard des contrats unilatéraux<sup>316</sup>.

Peut-être ces conclusions hâtives au sujet de l'inefficacité du silence dénotent-elles une erreur de méthode. La primauté du consensualisme est normalement perçue comme relevant de la forme plutôt que du fond. Comme le fait observer avec à-propos Vincent Forray dans un autre contexte, les auteurs dissocient « classiquement la question des modes d'expression de la volonté de celle de la forme des actes juridiques. [...] l'attitude très généralement observée par la doctrine [...] traite l'expression de la volonté dans le cadre du consentement, ou même dans celui de la définition du contrat. »<sup>317</sup>.

L'incidence du consensualisme sur la portée juridique du silence sera demeurée, en grande partie, une veine inexploitée. Or, l'émancipation des libéralités à l'égard de la forme notariée est l'occasion de constater la prégnance du consensualisme sur la diversité des formes de manifestation de volonté<sup>318</sup>. Le rejet du cadre formaliste s'accompagne, en l'occurrence, d'un élargissement des modes de consentement dignes de reconnaissance juridique. La latitude concédée aux parties à l'acte gratuit se traduit inéluctablement par l'élargissement des modes d'acceptation envisageables. Ce phénomène est d'autant plus incontournable que la mise en œuvre des donations non authentiques a pour effet d'*amenuiser le rôle du gratifié*.

Les avantages du consensualisme reprennent alors leurs droits sur ceux du formalisme. Celui-ci a pour objet et pour vertu de cerner les obligations des parties et de les exposer au grand jour : il permet « aux contractants de s'engager en toute connaissance de cause. En effet, chacune de leurs obligations doit être exprimée »<sup>319</sup>. Un second atout du formalisme consiste en sa mise à proximité du

---

316. La liste des auteurs tenant pour acquise l'inefficacité du silence figure *supra*, note 9.

317. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de droit privé, t. 480, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 10.

318. L'existence occasionnelle d'un « formalisme résiduel » (*supra*, p. 303 et 304) n'y change rien. Non seulement le formalisme résiduel ne touche normalement pas à l'expression du consentement du gratifié, mais il favorise le plus souvent la thèse de l'acceptation silencieuse.

319. É. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme /consensualisme », (2002) 43 *C. de D.* 275, 279.

droit. La volonté individuelle respectueuse du formalisme sollicite l'imprimatur juridique. Elle souhaite se faire connaître auprès du cocontractant, certes, mais elle recherche avant toute chose la consécration du droit : les contractants qui ont respecté les formalités prescrites « sont assurés que le droit interviendra si l'un d'eux ne respecte pas ses obligations »<sup>320</sup>.

Or, ces attraits du formalisme s'estompent considérablement lorsque le donateur s'est d'ores et déjà acquitté de son obligation de délivrance et a rendu, de ce fait, la donation indiscutable. Le consensualisme peut alors supplanter plus commodément le formalisme institué par le législateur. Le consentement du donataire peut même se réduire à sa plus simple expression et prendre la forme de l'absence de refus.

L'« aspect procédural »<sup>321</sup> de l'accord des volontés se trouve alors esquivé. Il faut entendre par là que l'accord des volontés existe, mais que les parties ne se soucient pas de le consacrer comme tel<sup>322</sup>. Mais n'est-ce pas, somme toute, le propre du consensualisme et, en l'espèce, le vœu même du donateur ? La libéralité étant avant tout l'œuvre d'une volonté, celle du disposant, le processus contractuel devient abrégé et simplifié. Le dessein du disposant ne rencontre pas « comme limite une volonté antagoniste s'affirmant dans la négociation »<sup>323</sup>. Le mode d'expression du consentement du gratifié s'en trouve, à son tour, facilité et allégé. Au demeurant, le dénuement du consentement se comprend d'autant mieux que la foi accordée paraît assurée de respect. Succède alors à la volonté avérée de dépouillement du donateur, un consentement à son tour dépouillé.

La discrétion du consensualisme n'est pas, du reste, déplacée en pareille matière. Il est toujours une part d'inexprimé dans la gratuité...

320. É. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme /consensualisme », (2002) 43 *C. de D.* 275, 280.

321. Cette formulation est empruntée à l'ouvrage de V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Bibl. de droit privé, t. 480, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 302.

322. Elles n'entretiennent même aucun échange, tant la réalité contractuelle (l'existence de l'entente) s'impose comme une évidence.

323. Préface de L. Boyer à l'édition de 1972 du livre *Les libéralités* de I. NAJJAR citée dans M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Coll. de thèses Doctorat et notariat, La Baule, Imprimerie La Mouette, 2001, p. 25.