

La révocation des donations entre époux

Fabienne TAINMONT

Maître de conférences à l'U.C.L.



Emmanuel DE WILDE D'ESTMAEL

Avocat au Barreau de Bruxelles

TABLE DES MATIÈRES

1.	Généralités.....	90
2.	Les règles applicables à la révocation <i>ad nutum</i> des donations entre époux.....	91
A.	Les donations concernées par la révocation <i>ad nutum</i>	91
a)	Les donations faites par contrat de mariage.....	91
b)	Les donations faites par acte modificatif de régime matrimonial.....	92
c)	Les cadeaux et présents d'usage.....	92
B.	Le corollaire de la révocation <i>ad nutum</i> : l'interdiction des donations mutuelles par un seul et même acte.....	93
1.	La portée de l'interdiction.....	93
2.	La sanction.....	94
C.	La nature d'ordre public de la révocabilité <i>ad nutum</i> , ses contours temporels et ses conséquences.....	94
D.	L'article 1096 du Code civil <i>versus</i> l'article 299 du Code civil : la révocabilité des donations entre époux et le divorce.....	96
1.	La perte des « avantages » en cas de divorce.....	96
2.	La possibilité de maintenir les « avantages » en dépit du divorce.....	97
3.	L'impact de la conclusion d'une convention contraire sur la faculté de révocation de l'ex-conjoint donateur.....	98
4.	Le cas particulier de la désignation du conjoint comme bénéficiaire de la prestation d'assurance, dans le cadre d'une assurance-vie.....	98
5.	Faut-il appliquer l'ancien ou le nouvel article 299 du Code civil lorsque le divorce a été prononcé avant le 1 ^{er} septembre 2007 et que le décès du bénéficiaire de l'avantage intervient après cette date ?.....	99
E.	Le caractère personnel du droit de révocation.....	101
F.	La forme de la révocation.....	101
G.	Les effets de la révocation.....	102
H.	Les articles 1096 et 1097 du Code civil, visés par la réforme du droit des successions et des libéralités ?.....	103
3.	Utilité d'une donation entre époux dans le cadre d'une planification successorale.....	104
A.	Donations immobilières.....	104
B.	Donations mobilières.....	105
C.	Première illustration : la donation mobilière d'un époux à l'autre.....	105
1.	Les avantages.....	105
2.	Les aspects pratiques.....	105
D.	Deuxième illustration : les donations croisées.....	106
1.	Les avantages.....	106
2.	Les limites.....	107
E.	L'abus fiscal et les donations entre époux.....	107

4.	Éléments et difficultés pratiques concernant la révocation.....	108
A.	Volonté qu'il n'y ait pas de révocation.....	108
B.	Révocation en pratique.....	109
5.	Révocation et fiscalité.....	110

I. Généralités

1. Les donations entre époux sont gouvernées par des règles spécifiques dont la plus importante est leur révocabilité *ad nutum*, à tout le moins lorsqu'elles n'ont pas été réalisées par contrat de mariage ou par acte modificatif du régime matrimonial. Alors que l'article 894 du Code civil marque les donations d'une irrévocabilité renforcée, l'article 1096 du Code civil autorise le donateur à anéantir la donation qu'il a consentie à son conjoint et ce, sans qu'il n'ait à justifier sa décision révocatoire par un quelconque motif¹. Cette faculté de libre révocation assortit la donation d'une condition purement potestative².

2. Ce privilège conféré à l'époux donateur s'explique par la suspicion qui a, de tout temps, entouré les donations entre époux. On craint qu'un époux soit, malgré lui, entraîné à faire des donations en raison d'une soumission excessive à son conjoint ou parce qu'il est victime de chantage, voire encore parce qu'il est aveuglé par la passion qu'il éprouve à son égard.

Les rédacteurs du Code civil auraient pu carrément interdire les donations entre époux mais ces donations étaient nécessaires pour assurer le train de vie du survivant que la loi successorale avait choisi de négliger³.

1. Anvers, 27 décembre 1927, *Rev. not. b.*, 1928, p. 180. Certains (not. R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 375, n° 434 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 699, n° 1323) considèrent toutefois que des dommages et intérêts pourraient être dus au donataire si la révocation est intervenue dans des circonstances inutilement blessantes et désavantageuses (« *onnodig kwetsende of nadelige omstandigheden* »). À l'instar de P. DELNOY (« Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 85, n° 6, note infrapaginale 13), on peine toutefois à imaginer un cas dans lequel le juge accorderait des dommages et intérêts. Pour un exemple où des dommages et intérêts avaient été réclamés – en vain – par le donataire pour action téméraire et vexatoire, voy. Gand, 18 mars 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 745.

2. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 450, n° 1601.

3. On se rappellera qu'à l'époque, le conjoint était le dernier successeur avant l'État. Ce n'était qu'à défaut de tout autre successible qu'il était appelé à recueillir les biens successoraux en pleine propriété (art. 767 C. Nap.). Cette hypothèse était rarissime dans la mesure où il suffisait qu'il existe un seul parent – à l'infini en ligne directe et

Ils ont alors décidé d'autoriser ces donations tout en garantissant la protection de l'époux donateur, laquelle consiste dans la faculté de révoquer *ad nutum* la donation consentie et ce, tant durant le mariage qu'après sa dissolution. C'était la femme, considérée comme plus fragile, qu'il fallait protéger et, à cette fin, l'article 1096, alinéa 2, du Code prévoyait que « *la révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par justice* »⁴. Cette disposition a été supprimée par la loi du 30 avril 1958 abolissant l'incapacité de la femme mariée⁵.

3. Le droit de révocation *ad nutum* absorbe et rend sans objet les articles 943 à 946 du Code civil. Dès lors, les clauses contraires à ces articles sont licites.

En outre, le droit de révocation rend le plus souvent inutiles les causes légales de résolution fixées à l'article 953 du Code civil, que ce soit pour inexécution des charges ou pour ingratitude. Cependant, rien n'empêche le donateur d'agir par ce biais mais en respectant les règles applicables au type de résolution. Bien entendu, une telle situation sera rare si le donateur est vivant. En revanche, si le donateur décède, ses héritiers pourraient agir en résolution, n'étant pas admis à révoquer la donation consentie par leur auteur (*cf. infra*, n° 30).

4. Les donations entre époux se réalisent de différentes manières.

4.1. Il y a tout d'abord l'institution contractuelle qui a été un mode de protection du survivant auquel on avait régulièrement recours jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant. Le survivant recueillait généralement la totalité de la succession en pleine

jusqu'au douzième degré en ligne collatérale – pour que le survivant ne recueille aucun droit dans la succession.

4. Voy. le discours prononcé le 13 floréal an XI (3 mai 1803) par le tribun Favard (in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Paris, Videcoq, 1836, pp. 645 et 646) : « *Et pour éviter l'effet des surprises qui pourraient être faites à un époux par l'autre, qui, employant à propos les ruses d'un attachement simulé, se ferait faire une donation dont il cesserait de se rendre digne, la loi permet à l'époux donateur de révoquer sa libéralité ; la femme, pour cette révocation, n'aura pas besoin d'y être autorisée : disposition infiniment sage, puisqu'elle évite au bienfaiteur des regrets, et qu'elle lui permet de se livrer sans danger à son penchant* ».

5. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 868, n° 781.

propriété en l'absence de descendants communs et la totalité en usufruit en leur présence. En raison du caractère révocable de l'institution contractuelle par simple acte notarié, c'était de cette manière qu'il était procédé en pratique⁶.

Depuis 1981, le sort successoral du survivant est assuré de manière satisfaisante par la loi elle-même. Ainsi, lorsque le conjoint est en concours avec des descendants, l'article 745bis, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil lui accorde un droit d'usufruit portant sur l'ensemble de la succession, ce sur quoi portait le plus souvent l'institution contractuelle consentie en sa faveur⁷.

4.2. Actuellement, les époux recourent plus volontiers à des donations de biens présents, qu'elles soient authentiques, manuelles ou indirectes.

Les donations déformalisées sont les plus courantes, qu'il s'agisse de dons par virement, de donations-achats ou d'assurances-vie. Elles viennent régulièrement adoucir la rigueur du régime de séparation de biens en améliorant la situation patrimoniale de l'époux moins nanti⁸.

4.3. Qu'en est-il de la faculté pour un époux de gratifier son conjoint par une donation déguisée ?

En vertu de l'article 1099 du Code civil, ces donations sont nulles⁹. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation applique toutefois cette disposition de manière non littérale mais en liaison avec les articles qui la précèdent et qui fixent la quotité disponible en présence d'un conjoint¹⁰. La donation déguisée n'est donc pas nulle ; elle est simplement réductible en cas de dépassement de la quotité disponible¹¹.

Dans la mesure où l'acte apparent doit être valable, les époux ne réaliseront pas de donation déguisée par le support d'une vente, acte entre époux encore en principe interdit par l'article 1595 du Code civil.

II.

Les règles applicables à la révocation *ad nutum* des donations entre époux

A. Les donations concernées par la révocation *ad nutum*

5. La révocation *ad nutum* concerne toutes les donations entre époux, quelle que soit leur forme. Tant les donations authentiques que les donations manuelles, indirectes ou déguisées sont donc visées. Il importe peu que la donation déguisée ait emprunté la forme d'un acte à titre onéreux qui est lui-même irrévocable ou que la donation indirecte ait été réalisée via un support neutre irrévocable¹².

Sont seules exceptées :

a) Les donations faites par contrat de mariage

L'alinéa 1^{er} de l'article 1096 du Code civil, dans sa version originale, visait « toutes donations faites entre époux, pendant le mariage ». Le contrat de mariage devant nécessairement, à l'époque, précéder le mariage, les donations insérées dans pareil acte étaient irrévocables, comme l'était le contrat de mariage lui-même.

6. P. VAN DEN EYNDE, « Sécurité du conjoint », in *Les arrangements de famille*, Journée de recyclage organisée le 23 février 1989 par le Conseil régional francophone de la F.R.N.B., Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 194.

7. M. GRÉGOIRE (« Les donations entre époux depuis la loi du 14 mai 1981 », *Rev. not. b.*, 1982, p. 230) constatait ainsi que six mois après l'entrée en vigueur de la loi du 14 mai 1981, les contrats de donation entre époux avaient quasiment disparu et que de nombreux notaires s'interrogeaient sur leur utilité.

8. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 443, n° 1591.

9. Il en va de même des donations faites par personnes interposées.

10. Il s'agit plus précisément des articles 1094 et 1098. Le premier a été modifié par la loi 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant et le second a été abrogé par ladite loi.

11. Cass., 29 décembre 1865, *Pas.*, 1866, I, p. 241 ; Cass., 26 janvier 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 63 et avis du Procureur général P. Leclercq et plus récemment, Cass., 19 décembre 1991, *Rev. not. b.*, 1992, p. 102, note D. STERCKX et R.G.D.C., 1993, p. 153, note Ph. DE PAGE.

Jusqu'à l'abrogation de l'article 1099 du Code civil par la loi française du 26 mai 2004 sur le divorce, la jurisprudence française appliquait à la lettre cette disposition et prononçait la nullité absolue de telles donations même si elles n'avaient pas excédé la quotité dispo-

nible. Voy. not. Cass. fr., 22 mai 1951, *J.C.P.*, 1951, II, n° 6416, note R. CAVARROC ; Cass. fr., 10 mars 1970, *D.*, 1970, p. 661 et la note A. BRETON ; Cass. fr., 2 avril 1996, *Defrénois*, 1996, p. 824, obs. G. CHAMPENOIS. Dans le même sens, en Belgique, F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XV, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1876, pp. 456 à 460, n° 405.

La nullité de telles donations se fonde sur le souci d'assurer la révocabilité des donations entre époux et sur une présomption de fraude à l'égard des héritiers réservataires (A. RAISON, *Les donations entre époux*, 2^e éd., Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1990, p. 7, n° 4).

Pour un commentaire plus approfondi de cette disposition à la lumière du droit français, voy. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, pp. 455 à 460, n°s 1608 à 1611.

12. L. RAUCENT, *Les libéralités*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1991, p. 268. Dans une espèce tranchée le 25 avril 1989 par la Cour de cassation française (*Defrénois*, 1989, art. 34568, p. 906), une donation avait été faite par un père à son fils à charge pour ce dernier de lui servir une rente stipulée réversible à son décès au profit de sa seconde épouse. La stipulation pour autrui acceptée par cette dernière était irrévocable mais la Cour a décidé que cela n'enlevait en rien la possibilité pour le donateur de révoquer *ad nutum* la donation ainsi consentie. La faculté de révocation étant d'ordre public (*cf. infra*), l'époux donateur n'aurait pas pu renoncer à l'avance à cette faculté.

b) Les donations faites par acte modificatif de régime matrimonial

La loi du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux a autorisé les époux à modifier leur régime matrimonial, jusqu'alors immuable.

La question s'est posée de savoir si les donations insérées dans un acte modificatif de régime matrimonial étaient ou non révocables *ad nutum*.

Dans la mesure où elles ont été consenties pendant le mariage, la révocabilité *ad nutum* était *a priori* d'application.

Mais vu qu'elles ont été insérées dans un acte modificatif du régime matrimonial – qu'il s'agisse d'un premier ou d'un second contrat de mariage –, on pouvait aussi considérer que les donations étaient soumises au même régime de l'irrévocabilité que les donations insérées par contrat de mariage conclu avant le mariage.

Le flou régnait en doctrine de sorte qu'à l'occasion de la loi du 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant, l'alinéa 1^{er} de l'article 1096 du Code civil a été modifié. Il prévoit depuis lors que « toutes donations faites entre époux pendant le mariage autrement que par contrat de mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables ». Le doute est donc levé même si le terme « contrat de mariage » n'est pas suffisamment précis. Il n'est en effet pas tant question du contrat de mariage proprement dit – les donations qui y sont contenues ne sont pas concernées par l'article 1096 du Code civil puisque les parties contractantes ne sont pas encore des « époux » – que de l'acte modificatif du régime matrimonial visé à l'article 1394 du Code civil¹³.

En garantissant l'irrévocabilité des donations consenties pendant le mariage par contrat de mariage, le législateur a cherché à « attacher à de telles donations la même irrévocabilité qu'aux autres stipulations du contrat de mariage, avec lequel lesdites donations sont le plus souvent, dans l'intention des époux, destinées à former un tout »¹⁴. Il s'agissait donc avant tout d'interdire de modifier unilatéralement les équilibres patrimoniaux négociés dans l'acte modificatif. Quant à la protection de l'époux-donateur contre lui-même, elle

est censée être garantie par l'intervention obligatoire du notaire¹⁵.

L'inapplicabilité de la révocabilité *ad nutum* aux donations consenties par contrat de mariage ou acte modificatif ne signifie pas que les donations entre époux ne pourraient pas, dans certains cas, être modifiées ou révoquées de commun accord (sur cette problématique, voy. le rapport de Charlotte Aughuet et Philippe De Page). La particularité de ces donations impose toutefois le respect des règles relatives à la modification du régime matrimonial¹⁶.

c) Les cadeaux et présents d'usage

Les cadeaux et présents d'usage échappent traditionnellement à la révocabilité *ad nutum*¹⁷. Le transfert patrimonial ne sera qualifié de cadeau ou de présent d'usage que s'il correspond à l'usage et s'il est proportionné à l'état de fortune du disposant. Si tel est effectivement le cas, il sera considéré comme l'exécution d'obligations sociales et non comme une « vraie » donation¹⁸.

6. La révocation *ad nutum* ne concerne que les donations entre époux.

Les donations entre futurs époux sont donc irrévocables (*cf. supra*).

Par ailleurs, la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale n'a pas rendu l'article 1096 du Code civil applicable aux donations entre cohabitants légaux. Les donations qu'un cohabitant légal consentirait à son partenaire sont dès lors toujours irrévocables. Il en va de même des donations entre cohabitants de fait. La programmation mise en place pour un cohabitant, qu'il soit légal ou de fait, tiendra compte de ce paramètre important.

7. On notera encore qu'en vertu de l'article 1096, alinéa 2, du Code civil, les donations entre époux, réalisées autrement que par contrat de mariage, ne sont pas révoquées – ou plus exactement ne deviennent pas caduques¹⁹ – par la survenance d'enfants.

13. Ph. DE PAGE, « La réforme des droits successoraux du conjoint survivant et des libéralités entre époux », *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, pp. 153 et 154, n° 36 ; R. BOURSEAU, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 293.

14. Rapport fait le 3 mars 1981 par M. COOREMAN au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl., Sén.*, session 1980-1981, n° 600/2, p. 42. Voy. aussi le Rapport fait le 29 avril 1981 par M. BAERT au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl., ch.*, session 1980-1981, n° 797/2, p. 21.

15. S. MOSSELMANS, « Onherroepelijkheid/Schenkingen tussen echtgenoten », in *Schenking. Vermogensplanning met effect bij leven*, coll. Handboek Estate Planning, 2^e éd., Gand, Larcier, 2009, pp. 213 et 214, n° 389.

16. R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 375, n° 433.

17. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 866, n° 866 *in fine* ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 698, n° 1320.

18. P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 94, n° 15.

19. La révocation est l'acte par lequel celui qui a fait un acte juridique décide de l'anéantir par sa seule volonté. Tel n'est pas le cas en l'es-

Cette disposition doit être mise en rapport avec les articles 960 à 966 du Code civil qui organisaient la caducité des donations pour cause de survenance d'un enfant légitime postérieurement à la donation consentie par un donateur qui n'avait pas d'enfants ou de descendants vivants au jour de la donation. L'article 1096, alinéa 2, du Code civil maintenait les donations entre époux, malgré la survenance d'enfants.

Les articles 960 à 966 du Code civil ont été abrogés par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation²⁰. Cette abrogation rend inutile l'article 1096, alinéa 2, du Code civil dont le maintien est sans doute dû à une inadvertance du législateur.

B. Le corollaire de la révocation *ad nutum* : l'interdiction des donations mutuelles par un seul et même acte

1. La portée de l'interdiction

8. Dans la foulée de l'article 1096 du Code civil, l'article 1097 du Code civil interdit aux époux de se faire, pendant le mariage, ni par acte entre vifs *autre que le contrat de mariage*²¹, ni par testament²², aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

Le but de cette disposition est de garantir la révocabilité *ad nutum* des donations²³. Le législateur craignait en effet qu'en cas de donation mutuelle, le conjoint qui souhaite révoquer la donation n'ait des scrupules à le faire alors qu'il continuerait, lui, à bénéficier de celle que lui a consentie son époux²⁴.

pèce. Il s'agit plus exactement de caducité, c'est-à-dire de la cessation des effets de la donation en raison d'un événement postérieur à la donation.

20. La loi du 31 mars 1987 a omis de biffer la mention générale de cette cause de caducité à l'article 953 du Code civil. La Cour de cassation (Cass., 7 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, p. 1303, *somm.*) a néanmoins considéré que l'abrogation des articles 960 à 966 du Code civil avait entraîné l'abrogation implicite de l'article 953 *in fine* du Code civil. La référence à la caducité des donations pour cause de survenance d'enfant a finalement été supprimée par la loi du 10 décembre 2012 relative à l'indignité successorale, la résolution des donations, la déchéance des avantages matrimoniaux et la substitution.

21. L'article 1097 du Code civil a été adapté par la loi du 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant pour tenir compte de la mutabilité contrôlée des régimes matrimoniaux organisée par la loi du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux. À l'origine, l'article 1097 du Code civil stipulait que « *Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte* ».

22. Il s'agit d'une redondance, l'article 968 du Code civil interdisant déjà les testaments conjonctifs.

23. W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 696, n° 1318.

24. R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht*, Deel IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 652, n° 1029.

9. Selon la majorité de la doctrine²⁵ et de la jurisprudence²⁶, l'article 1097 du Code civil est une règle de forme de sorte qu'elle ne s'appliquerait qu'aux donations authentiques et non aux donations indirectes et déguisées. On se rappellera, en effet, que ces dernières ne sont pas soumises aux règles de forme des libéralités mais bien aux règles de forme des actes dont elles empruntent le mécanisme.

Cette thèse a été suivie par le tribunal de première instance d'Anvers, dans son jugement du 9 mai 1990²⁷. En l'espèce, des époux séparés de biens avaient constitué pendant le mariage une rente viagère auprès d'une institution financière moyennant abandon d'un capital leur appartenant chacun pour moitié. Le contrat prévoyait que la rente serait versée en totalité à l'époux survivant au décès du premier d'entre eux. Le tribunal a estimé que la clause de réversion – plus exactement la clause d'accroissement – devait être considérée comme une donation indirecte et en tant que telle, n'était pas soumise à l'article 1097 du Code civil.

Pour d'autres auteurs²⁸, la portée de l'article 1097 du Code civil est tout autre.

Ainsi, Paul Delnoy²⁹ considère, à juste titre selon nous, que l'article 1097 du Code civil s'applique à toutes les formes de donation. L'article 1097 du Code civil n'est qu'un complément de l'article 1096. Or, l'article 1096 vise toutes les donations entre époux réalisées durant le mariage (à l'exception des donations réalisées par acte modificatif du régime matrimonial). Cette interprétation était également celle suivie par la Cour

25. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 862, n° 766 ; L. RAUCENT, *Les libéralités*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1991, p. 266, n° 389 ; S. MOSSELMANS, « Onherroepelijkheid/Schenkingen tussen echtgenoten », in *Schenking. Vermogensplanning met effect bij leven*, coll. Handboek Estate Planning, 2^e éd., Gand, Larcier, 2009, p. 218, n° 398 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, pp. 696 et 697, n° 1318.

26. Civ. Courtrai, 1^{er} juillet 1882, *Pas.*, 1882, III, p. 315 ; Cass., 18 mai 1866, *Pas.*, 1866, I, p. 190 ; Gand, 11 novembre 1896, *Pas.*, 1897, III, p. 27.

27. T. Not., 1991, p. 389. Pour une analyse exhaustive de cette décision et de ses implications, voy. P. DELNOY, *Les libéralités. Chronique de jurisprudence 1988-1997*, coll. Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 280 à 285, n° 184.

28. P. DELNOY, « Les donations entre époux », in *Les contrats entre époux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 100 à 106, nos 9 à 18 ; *Les libéralités. Chronique de jurisprudence 1988-1997*, coll. Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 284 et 285, n° 184. Voy. aussi R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht*, Deel IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 652, n° 1029. Ces derniers auteurs restent sur un mode interrogatif mais tendent plutôt à rejoindre la position de P. Delnoy.

29. P. DELNOY, « Les donations entre époux », in *Les contrats entre époux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 100 à 106, nos 9 à 18 ; *Les libéralités. Chronique de jurisprudence 1988-1997*, coll. Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 284 et 285, n° 184.

de cassation française³⁰ avant l'abrogation de l'article 1097 du Code civil par la loi du 6 novembre 1963. Cette abrogation avait principalement pour objet de sécuriser les stipulations de réversibilité ou d'accroissement d'une rente viagère ou d'un usufruit contenues dans un acte de vente ou de donation. Les donations mutuelles sont depuis lors parfaitement valables tout en demeurant révocables³¹.

En Belgique, il est regrettable que la validité des clauses d'accroissement et de réversion de l'usufruit en faveur du conjoint du donateur ou d'un des conjoints donateurs soit douteuse, certainement lorsque l'acte qui les renferme est un acte authentique et potentiellement lorsque l'acte n'est pas authentique. Ces actes constituent en effet des opérations de programmation patrimoniale très courantes en Belgique, qu'il s'agisse de transférer un droit d'usufruit à l'époux qui possède déjà un tel droit sur ledit bien (clause d'accroissement) ou qu'il n'en possède encore aucun (clause de réversion)³². Pour pallier ces difficultés, la pratique a imaginé que le conjoint survivant reçoive l'usufruit d'une partie du bien donné (clause d'accroissement) ou l'usufruit de la totalité du bien donné (clause de réversion) par le donataire et non par l'époux donateur prémourant et ce, par le biais d'une charge imposée au donataire³³. Plusieurs clauses ont ainsi été proposées. Ainsi, celles suggérées par Pierre Van den Eynde³⁴ :

- clause d'accroissement :
« Chacun des donateurs se réserve sa vie durant l'usufruit des biens donnés.

Par ailleurs, à titre de charge de la présente donation, le donataire laissera au survivant des donateurs et durant la vie de celui-ci, l'usufruit des biens donnés par le conjoint prédécédé. En conséquence, le donataire ne disposera de la pleine propriété des biens donnés qu'à compter du décès du donateur survivant » ;

- clause de réversion :
« Le donateur se réserve sa vie durant l'usufruit des biens donnés.
Par ailleurs, à titre de charge de la présente donation et si le conjoint du donateur lui survit, le donataire laissera à ce conjoint durant sa vie, l'usufruit des biens donnés.
En conséquence, le donataire ne disposera de la pleine propriété des biens donnés qu'à compter du décès du conjoint du donateur ».

2. La sanction

10. La violation de l'article 1097 du Code civil entraîne la nullité absolue de l'acte. Au décès du donateur, la nullité devient toutefois relative.

Si personne n'invoque la nullité – ni le donateur de son vivant, ni ses héritiers, ni le donataire, ni les tiers intéressés – ou si l'acte est confirmé après le décès, la donation mutuelle reste valable³⁵.

C. La nature d'ordre public de la révocabilité *ad nutum*, ses contours temporels et ses conséquences

11. La révocabilité *ad nutum* des donations est considérée comme une règle d'ordre public³⁶. Ceci se comprend aisément : si le législateur avait permis aux époux d'y déroger, un des buts de la révocation – éviter les influences d'un conjoint sur l'autre – aurait pu être détourné très aisément par un époux donataire peu scrupuleux.

12. Toute clause tendant à renoncer au droit de révocation ou visant à le restreindre est absolument³⁷ nulle, qu'elle soit insérée dans l'acte de donation ou postérieurement à celui-ci. De même, l'acceptation par le bénéficiaire d'une assurance-vie contractée en sa faveur par son époux ne rend pas irrévocable la donation ainsi faite. L'article 185, alinéa 2, de la loi du 4 avril

30. La Cour de cassation française a ainsi décidé que les donations indirectes étaient visées par l'article 1097 du Code civil. Voy. Cass. fr., 18 juin 1958, *J.C.P.*, 1958, II, n° 10807 et note P. VOIRIN ; Cass. fr., 9 mai 1962, *J.C.P.*, II, n° 12815 et note P. VOIRIN.

31. A. RAISON, *Les donations entre époux*, 2^e éd., Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 1990, p. 31, n° 55, p. 47, n° 101 et p. 50, n° 102.

32. C. DE WULF (avec la collaboration de J. BAEL et S. DEVOS), *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 362, n° 646.

33. Voy. les développements de C. DE WULF, « La clause d'accroissement et de réversion d'usufruit », in *Les actes de donation*, Journées de recyclage 1981 de la Commission régionale néerlandophone de la Fédération royale des notaires de Belgique, 1984, pp. 76 et s. ; P. VAN DEN EYNDE, « Sécurité du conjoint », in *Les arrangements de famille*, Journée de recyclage organisée le 23 février 1989 par le Conseil régional francophone de la F.R.N.B., Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 200 à 202 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 697, n° 1319.

34. P. VAN DEN EYNDE, « Sécurité du conjoint », in *Les arrangements de famille*, Journée de recyclage organisée le 23 février 1989 par le Conseil régional francophone de la F.R.N.B., Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 200. Pour une autre proposition de clauses, voy. C. DE WULF (avec la collaboration de J. BAEL et S. DEVOS), *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 686 et 687, n°s 306 et 307.

35. Cass., 18 mai 1866, *Pas.*, I, 1866, p. 190 ; Cass., 29 avril 1977, *Rec. gén. enr. not.*, 1979, n° 22.375, p. 155.

36. R. BARBAIX, « De schenking als successieplanningsinstrument. Civielrechtelijke grenzen aan de contractvrijheid », *T.E.P.*, 2008, p. 196, n° 193. En jurisprudence, not. Liège, 7 mars 2000, *Rev. not. b.*, 2000, p. 670 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2000, n° 25.085, p. 431, note B. GOFFAUX ; Gand, 8 octobre 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.388.

37. Civ. Tournai, 11 juin 1934, *Ann. not.*, 1936, p. 235.

relative aux assurances³⁸ stipule certes que le droit aux prestations d'assurance devient irrévocable par l'acceptation du bénéfice mais il réserve expressément la faculté pour le donateur de révoquer la donation, conformément à l'article 1096 du Code civil.

13. La nature d'ordre public du droit de révocation a également une conséquence sur le plan de la preuve des donations.

Le donateur peut prouver la donation consentie à son conjoint par toutes voies de droit, y compris par présomptions de l'homme³⁹. À défaut, la tentation aurait été grande pour le donataire d'inciter son conjoint à le gratifier par le biais d'une donation manuelle ou indirecte sans pacte adjoind.

La preuve pour le donateur est donc facilitée mais il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas toujours aisée à rapporter. Or, elle constitue le préalable indispensable à la révocation (*cf. infra*).

14. Le donateur peut-il s'engager envers son ex-conjoint à ne pas révoquer la donation après le divorce ?

Un veuf ou une veuve peut-il/elle s'engager envers les (autres) héritiers de son conjoint à ne pas révoquer la donation ?

La réponse à cette question est délicate. L'ordre public qui s'attache à la révocabilité des donations entre époux est-il temporel ou non ? Ne vaut-il que pour le temps du mariage ou, à l'inverse, perdure-t-il en dépit de la dissolution du mariage ?

Comme le souligne Alexandra Demortier (voy. cette livraison, « La révocation *ad nutum* des donations entre époux est-elle mise à mal par l'article 299 du Code civil ? »), les opinions les plus diverses ont été émises⁴⁰.

38. Cette disposition constituait auparavant l'article 121 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Son déplacement dans la loi du 4 avril 2014 n'a pas eu d'incidence quant à son contenu. Voy. en jurisprudence : Liège, 2 juin 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 266 et Gand, 8 octobre 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 889 ; *R.G.A.R.*, 2001, p. 13.388.

39. P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 84, n° 5. En jurisprudence, voy. Civ. Bruxelles, 11 juillet 1894, *Pas.*, 1894, III, p. 364 ; Liège, 22 mars 1948, *Pas.*, 1948, II, p. 38.

40. Considèrent que la nature d'ordre public de la disposition survit en dépit de la dissolution du mariage : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 868 et 869, n° 782 ; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gand, Mys & Breesch, 1991, p. 452, n° 1117 ; Y.-H. LELEU, « Aspects patrimoniaux : les conventions relatives aux biens », in *Divorce par consentement mutuel. La réforme de la réforme de 1997*, Liège, Formation permanente CUP, 1998, p. 34 ; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND et F. BUYSENS, « Overzicht van rechtspraak (1993-1998). Giften », *T.P.R.*, 1999, pp. 970 et 971, n° 315.

Sont d'avis qu'une renonciation à la révocabilité *ad nutum* est possible après la dissolution du mariage : M. VAN QUICKENBORNE et

15. Partant du constat que la *ratio legis* à la base de la règle contenue à l'article 1096 du Code civil semble actuellement peu pertinente même en cas de donations en cours de mariage – les pressions, chantages, aveuglements d'un époux envers l'autre sont-ils à ce point prégnants qu'il faille prendre des dispositions dérogatoires au droit commun et dans l'affirmative, en quoi ces éléments sont-ils davantage présents au sein d'un couple marié qu'entre cohabitants légaux ou de fait, voire entre toutes autres donateur et donataire –, *a fortiori* semble-t-il raisonnable de considérer que la révocabilité *ad nutum* des donations perd son caractère d'ordre public avec la dissolution du mariage : *ubi cessat legis ratio, ibi cessat eius dispositio*.

16. L'engagement de l'époux donateur survivant, à l'égard des héritiers du donataire, de ne pas révoquer la donation consentie à feu son conjoint nous paraît donc parfaitement valable.

17. Qu'en est-il en cas de divorce ?

Lorsque les époux sont divorcés, il importe de souligner au préalable que la question de la renonciation à la révocabilité des donations ne se posera que si les donations ont été conventionnellement maintenues malgré le divorce (*cf. infra*, art. 299 C. civ.).

17.1. Une renonciation au droit de demander la révocation des donations peut, selon nous, intervenir dès que la décision prononçant le divorce pour cause de désunion irrémédiable est passée en force de chose jugée, par exemple dans le cadre des opérations de liquidation-partage du régime matrimonial.

Est-il possible qu'elle intervienne plus tôt ?

L'époux donateur pourrait-il par exemple s'engager à ne pas révoquer la donation consentie à son conjoint – et dont ils seraient convenus qu'elle serait maintenue après le divorce – une fois que la procédure en divorce pour cause de désunion irrémédiable a été entamée ?

En l'état actuel des textes, il ne nous semble pas qu'une telle renonciation soit d'ores et déjà envisageable. Une

N. NIJBOER, « Artikel 1096 B.W. », in *Erkennen, schenken en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Waterloo, Kluwer, mise à jour au 1^{er} septembre 2008, p. 3 ; P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, pp. 88 et 89, n° 10 (l'auteur reconnaît toutefois que la validité de pareille renonciation n'est pas certaine) ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, pp. 698 et 699, n° 1322 ; H. CASMAN, « Les dispositions patrimoniales insérées dans la convention de divorce ou parallèles à la convention de divorce », in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Actes du Colloque de l'Association « Famille & Droit », Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 144 et 145 ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht*, Deel IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 650, n° 1025, note infrapaginale 212.

éventuelle modification de l'article 1096 autorisant pareille renonciation dès le moment où une demande a été introduite ne nous paraît pas non plus opportune si par ailleurs la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux venait à être maintenue à l'occasion de la prochaine réforme du droit des successions et des libéralités⁴¹.

Selon nous, un époux ne peut renoncer en pleine connaissance de cause à la révocabilité de la donation qu'il a consentie à son conjoint que lorsqu'il a une vision claire de la situation patrimoniale qui sera désormais la sienne à la suite du divorce. Tel ne sera pas encore le cas au moment où la procédure en divorce est introduite.

17.2. Qu'en est-il des époux qui divorcent par consentement mutuel ?

Si les époux sont convenus de maintenir les donations après le divorce, le donateur peut aussi s'engager, dans la foulée, à ne pas révoquer les donations une fois que le divorce sera effectif, le tout dans les conventions préalables⁴².

Certes, au moment où la renonciation à la révocation est négociée et obtenue, l'époux donateur n'est pas encore divorcé et risque d'être encore sous l'influence de son conjoint de sorte qu'on pourrait soutenir que son besoin de protection, qui se traduirait par une interdiction de renoncer, à ce moment, au droit de révocation, est encore présent.

Techniquement, il ne nous semble toutefois qu'aucun problème ne se pose dans la mesure où la renonciation ne sera effective qu'une fois que le divorce sera intervenu.

Le fait que la renonciation soit négociée à un moment où le mariage est encore en cours n'est pas un obstacle. Dans le cadre de l'appréciation de ce qu'il est prêt à abandonner et de ce qu'il souhaite obtenir, l'époux donataire ne doit pas supputer le risque de révocation de la donation qui lui a été consentie et les conséquences qui en découleraient sur sa situation financière si son ex-époux venait à exercer son droit de révocation. La possibilité de cliquer définitivement les

relations patrimoniales au moment de la signature des conventions est beaucoup plus saine que de laisser planer la menace de révocation sur l'époux donataire.

Et le besoin de protection de l'époux donateur ? En faisons-nous fi ?

Certes, il n'est pas exclu que la renonciation au droit de révocation soit obtenue à la suite d'un certain « *encouragement* » de la part de son conjoint mais, en échange, celui-ci acceptera probablement de renoncer à l'une ou l'autre de ses prétentions. C'est là, précisément, l'objet d'un accord transactionnel : des concessions réciproques.

D. L'article 1096 du Code civil versus l'article 299 du Code civil : la révocabilité des donations entre époux et le divorce

1. La perte des « avantages » en cas de divorce

18. L'article 299 du Code civil, depuis sa modification par la loi du 27 avril 2007, dispose, à propos des effets du divorce que « *sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage* ».

Précédemment, cet article prévoyait que seul l'époux contre lequel le divorce avait été prononcé était déchu de plein droit des avantages consentis par son conjoint. Il ne visait pas l'hypothèse où les époux avaient divorcé par consentement mutuel, ce qui était parfaitement logique puisque dans pareil divorce, il est réputé n'y avoir ni coupable ni innocent.

Il importe de rappeler que l'ex-époux, même divorcé par consentement mutuel ou innocent, n'avait pas la garantie de conserver sa donation car celle-ci était révocable même après le divorce⁴³.

19. La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce a supprimé la faute comme cause de divorce.

L'article 299 du Code civil a été adapté en conséquence. Désormais, la déchéance des avantages patrimoniaux vise les deux époux – et non plus le seul époux « *coupable* » – et n'exclut plus l'hypothèse du divorce par consentement mutuel⁴⁴.

41. Voy. la suggestion de loi proposée en ce sens par E. LILien (« Modification de l'article 1096 du Code civil », in *Suggestions de lois faites au législateur en matière notariale, Actes du colloque organisé au Sénat, le 6 octobre 2010 à l'occasion du 50^e anniversaire du Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 97).

42. H. CASMAN, « Les dispositions patrimoniales insérées dans la convention de divorce ou parallèles à la convention de divorce », in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille, Actes du Colloque de l'Association « Famille & Droit »*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 144 et 145 ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht*, Deel IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 650, n° 1025, note infrapaginale 212.

43. P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 82, n° 4. En jurisprudence, voy. Civ. Huy, 29 juin 1977, *Rev. not. b.*, 1979, p. 52.

44. Y.-H. LELEU, « Le droit patrimonial des couples », in *Chroniques notariales*, vol. 60, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 295, n° 28. On notera que l'article 299 du Code civil a été rendu applicable aux seules

Cette déchéance s'applique non seulement aux institutions contractuelles⁴⁵ mais aussi à toutes les donations entre vifs, en raison de la formulation générale de l'article 299 du Code civil et conformément à la lecture que fait la Cour de cassation de cette disposition⁴⁶.

Elle n'est d'application qu'à partir du jour où le divorce est passé en force de chose jugée. Si l'époux donateur souhaite révoquer immédiatement la donation qu'il a consentie à son futur ex-conjoint, il lui appartient de prendre les devants. Si la donation a été faite dans le contrat de mariage ou dans un acte modificatif, il devra convaincre son conjoint de procéder à une modification de régime matrimonial. Celle-ci ne sera toutefois pas nécessaire si l'institution contractuelle qui y est contenue est conditionnée par l'absence de séparation de fait ou d'introduction d'une demande en divorce. Si la donation a été consentie par simple acte notarié ou par le biais d'une donation déformalisée, l'époux veillera à la révoquer, de préférence de manière expresse pour ne laisser aucun doute sur ses intentions, à défaut de quoi la donation sera maintenue en cas de décès en cours de procédure vu l'inapplicabilité de l'article 299 du Code civil à ce type de dissolution de mariage⁴⁷.

2. La possibilité de maintenir les « avantages » en dépit du divorce

20. L'article 299 du Code civil autorise les époux à exclure la déchéance par le biais d'une convention contraire. *A priori*, les hypothèses dans lesquelles une convention contraire serait conclue sont peu nombreuses, surtout lorsque le divorce a lieu pour cause de désunion irrémédiable. On peut citer le cas où un conjoint préférera encore maintenir la donation qu'il a consentie plutôt que de voir son conjoint réclamer à ses héritiers une créance alimentaire sur la base de l'article 205bis du Code civil⁴⁸. Mais on pourrait aussi imaginer le cas où les époux, pressés de divorcer, souhaitent terminer au plus vite les opérations de liquidation-partage sans s'embarrasser des difficultés relatives à la détermination des biens ou du montant à

restituer et même, en amont, des questions de qualification des transferts opérés.

Exemple de clause

Comme l'autorise l'article 299 du Code civil, les comparants déclarent maintenir, une fois la décision prononçant leur divorce passée en force de chose jugée, tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage.

Une clause générale permet de n'omettre aucun avantage et donc d'éviter qu'un ex-époux vienne revendiquer des droits par rapport à une donation qu'il prétendrait avoir consentie à son ex-conjoint et qui n'aurait pas été visée dans la convention de maintien.

Il va toutefois de soi que le souhait des parties pourrait être de ne maintenir que certains avantages, auquel cas la convention visera de manière précise les avantages concernés par le maintien.

21. L'article 299 du Code civil ne précise pas le moment auquel une telle convention doit être conclue. Dans sa contribution (p. 113), Alexandra Demortier relève que les opinions les plus diverses existent en doctrine.

Un amendement déposé au cours des travaux préparatoires de la loi du 27 avril 2007 mais rejeté prévoyait la possibilité de conclure la convention soit dans l'acte constitutif des avantages soit dans une convention conclue pendant la procédure en divorce soit encore dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial⁴⁹.

Qu'en est-il concrètement ? Toutes ces possibilités sont-elles réellement envisageables ?

22. Il nous semble que le maintien de la donation entre époux, en dépit du divorce, pourra d'abord être acté dans l'acte de donation si la donation est authentique ou dans un pacte adjoint si la donation est déformalisée. Il pourrait même être acté dans le contrat de mariage, lequel pourrait prévoir, d'une manière générale, la persistance, après le divorce, de tous les avantages visés à l'article 299 du Code civil.

Rien n'empêcherait également les époux de conclure pareille convention ultérieurement et pas nécessairement au cours de la procédure en divorce même si, le plus souvent, c'est quand la séparation définitive des époux est envisagée que la question se posera.

Alexandra Demortier (voy. cette livraison, p. 113) ne partage pas cette opinion et estime, pour différentes

séparations de corps pour cause de désunion irrémédiable (cf. art. 311bis C. civ.). Il s'agit, à notre avis, d'un oubli malencontreux du législateur.

45. Les institutions contractuelles sont donc perdues pour les deux époux en cas de divorce. L'article 300 du Code civil qui maintenait les institutions contractuelles au profit de l'ex-conjoint innocent a en effet été abrogé (Ch. AUGHUET, « Quelques autres modifications », *Div. Act.*, 2007, p. 135).

46. Cass., 23 novembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1929 ; *Rev. not. b.*, 2002, p. 318, note C. GIMENNE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 634, note.

47. G. VERSCHOLDEN, « De huwelijksvoordelen na echtscheiding », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 46, n° 62.

48. *Ibid.*, p. 49, n° 67.

49. Amendement n° 50 déposé par Mme MARGHEM, *Doc. parl.*, ch., session, n° 51-2341/003, p. 7. Voy. aussi le Rapport fait le 18 juillet 2006 par V. DÉOM et S. VERHERSTRAETEN au nom de la Sous-Commission « droit de la famille », *Doc. parl.*, ch., session 2005-2006, n° 51-2341/007, p. 72.

raisons, qu'il est difficile d'admettre que la convention de maintien – qui concerne les effets du divorce – puisse être établie dans le cadre du mariage.

Il nous semble pour notre part que rien ne l'empêche. Lorsque les futurs époux font choix de leur régime matrimonial, ils n'ont pas en tête uniquement l'organisation de leurs relations patrimoniales au temps du mariage mais anticipent également – et de plus en plus – les conséquences financières d'un éventuel divorce. À l'instar d'autres couples non unis par le mariage, ils pourraient parfaitement et légitimement prévoir, d'ores et déjà, que les donations effectives de biens présents qu'ils se consentiraient lors de leur mariage survivront à leur divorce. Ils ne rendent pas pour autant les donations visées irrévocables. La possibilité de renoncer au droit de révoquer *ad nutum* les donations consenties pendant le mariage est une autre question qui doit être appréhendée de manière spécifique (cf. *supra*).

23. Si les époux décident de divorcer par consentement mutuel, les époux prendront attitude dans les conventions préalables⁵⁰. Soit les donations seront caduques, soit elles seront maintenues. Rien n'empêche bien entendu que certaines donations soient anéanties et d'autres soient maintenues.

Qu'en est-il dans le cadre d'un divorce pour cause de désunion irrémédiable ?

Une convention est-elle susceptible d'être conclue dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial ? Si la liquidation intervient après que le divorce soit devenu définitif, c'est-à-dire après que la décision prononçant le divorce soit passée en force de chose jugée, ce qui est fréquemment le cas, sera-t-il trop tard pour acter le maintien des donations, celles-ci étant déjà caduques ?

Il semble que non car l'accord relatif au maintien des avantages opérera avec effet rétroactif à la date de la dissolution du régime matrimonial, en l'occurrence à la date de la demande en divorce, conformément à l'article 1278, alinéa 2, du Code judiciaire⁵¹.

24. Une institution contractuelle ou une attribution bénéficiaire, dans le cadre d'une assurance-vie, maintenue en dépit du divorce ne constitue-t-elle pas un cadeau fiscalement empoisonné pour l'ex-conjoint bénéficiaire ?

Non, pour autant que le couple ait eu des enfants communs.

En effet, dans un tel cas de figure, chaque législation régionale a maintenu au profit de l'ex-époux le taux applicable entre époux (voy. l'article 50 des Codes wallon, bruxellois et flamand).

En revanche, en l'absence de descendants communs, l'ex-conjoint est taxé comme un étranger et la facture fiscale sera bien lourde...

3. L'impact de la conclusion d'une convention contraire sur la faculté de révocation de l'ex-conjoint donateur

25. La conclusion d'une convention « contraire » par laquelle les époux maintiennent les donations qu'ils se sont consenties vaut-elle renonciation au droit de demander ultérieurement la révocation desdites donations ?

Nous ne le pensons pas.

Une chose est de décider du maintien des donations. Une autre est de renoncer au droit de demander la révocation des donations. En d'autres termes, le maintien des donations en dépit du divorce n'implique pas en soi que les donations sont devenues irrévocables.

Bien sûr, dans un souci de sécurité juridique et dans l'objectif de mettre définitivement fin aux relations patrimoniales entre ex-époux, il est opportun d'obtenir et d'acter l'engagement de l'ex-époux donateur de ne pas révoquer les donations dont le maintien a été convenu⁵². Pareil engagement est, selon nous, parfaitement valable (cf. *supra*, n° 17).

Exemple de clause

Les comparants déclarent en outre renoncer au droit de révocation des avantages, qualifiés de dons, effectués durant le mariage autrement que par contrat de mariage ou par acte modificatif du régime matrimonial, tel que ce droit est visé à l'article 1096 du Code civil et ce, une fois que la décision prononçant leur divorce sera passée en force de chose jugée.

4. Le cas particulier de la désignation du conjoint comme bénéficiaire de la prestation d'assurance, dans le cadre d'une assurance-vie⁵³

26. De nombreux contrats d'assurance-vie désignent le conjoint comme bénéficiaire. Dans les contrats-

50. G. VERSCHULDEN, « De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht », *T. Fam.*, 2007, p. 161, n° 80.

51. E. DE WILDE D'ESTMAEL, B. DELAHAYE et G. HOLLANDERS DE OUDERAEN, « Les donations », in *Rép. not.*, t. III, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 286, n° 265.

52. En ce sens également, C. DE WULF (avec la collaboration de J. BAEL et S. DEVOS), *La rédaction d'actes notariés. Droit des personnes et droit patrimonial de la famille*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 65, n° 113.

53. F. TAINMONT, « La désignation du bénéficiaire de la prestation d'assurance et la révocation de l'attribution bénéficiaire », in *L'assurance-vie*.

types, c'est lui qui est mentionné en premier dans les désignations en cascade.

La qualité de conjoint disparaît toutefois lorsqu'en cours de contrat, les époux viennent à divorcer. Or, c'est au moment du décès qu'a lieu l'identification du bénéficiaire susceptible de revendiquer la prestation d'assurance (art. 169, § 2, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances).

La loi du 4 avril 2014 relative aux assurances réglemente cette situation dans trois articles différents, censés l'éclaircir par rapport à ce qui était prévu sous l'empire de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Les articles 193 et 196 identifient les cas dans lesquels l'ex-conjoint demeure bénéficiaire en dépit du divorce (respectivement le divorce pour cause de désunion irrémédiable et le divorce par consentement mutuel). Il est en outre fait référence à ces dispositions à l'article 171 de la loi.

L'article 171 de la loi du 4 avril 2014 distingue deux hypothèses.

Si le conjoint a été désigné *de manière générique* (le preneur a désigné son « époux »), la personne qui recueillera la prestation d'assurance est celle qui a effectivement la qualité de conjoint au moment où la prestation d'assurance est exigible (art. 171, al. 2).

Si le conjoint a été *nommément* désigné (le preneur d'assurance a désigné « Marie Dubois ») et s'il reste, après le divorce, bénéficiaire au sens de l'article 193 et 196, le bénéfice du contrat lui est maintenu en cas de remariage du preneur d'assurance, sauf stipulation contraire. Les articles 193 et 196 réglementent le droit aux prestations d'assurance échéant après la transcription du divorce.

Ils prévoient que sous réserve de l'application de l'article 299 du Code civil, les prestations d'assurance devenues exigibles après la transcription du divorce sont payées valablement au conjoint divorcé désigné comme bénéficiaire, à moins que, dans le contrat même, une autre personne n'ait été désignée, nommément ou non, comme bénéficiaire en cas de divorce et que l'assureur n'ait été informé du divorce, ou à moins que les époux n'en soient convenus autrement pendant la procédure de divorce ou ultérieurement (pour les époux divorcés par consentement mutuel, à moins que les époux n'en soient convenus autrement conformément à l'article 1287 du Code judiciaire) et n'aient informé l'assureur de la nouvelle désignation.

Le libellé de ces dispositions ne tient malheureusement pas compte de la modification apportée à l'article 299

du Code civil par la loi du 27 avril 2007. Il réserve l'application de l'article 299 du Code civil et donc envisage la sanction qui y est contenue comme marginale alors que la perte de la désignation bénéficiaire est devenue la règle dans la nouvelle version de cette disposition.

Il faut donc considérer qu'en règle, un époux divorcé qui a été nommément désigné perd le droit à la prestation bénéficiaire.

Si le contraire a toutefois été convenu, il reste à examiner si un autre bénéficiaire n'a pas été désigné en cas de divorce ou si un accord n'est pas intervenu entre époux sur le choix d'un autre bénéficiaire, ce dont l'assureur doit avoir été informé. On ne perçoit pas très bien en quoi l'accord du conjoint bénéficiaire est nécessaire dans la mesure où si la désignation bénéficiaire n'a pas été acceptée, le preneur peut seul décider de modifier l'identité du bénéficiaire. Qui plus est, même en cas d'acceptation bénéficiaire, le preneur a le droit de révoquer l'attribution bénéficiaire sur la base de l'article 1096 du Code civil (pour autant qu'on soit en présence d'une « donation » et non de l'accomplissement d'un devoir de prévoyance et pour autant qu'il n'a pas été renoncé à la révocabilité de la donation).

Notons enfin qu'il arrive que le preneur d'assurance ait procédé à une désignation mixte « mon épouse Françoise Marchant ». En cas de divorce et de remariage du preneur avec Monique, ce genre de désignation pose problème. C'est Monique qui a la qualité d'épouse mais Françoise qui est nommément désignée... Dans ce genre de cas de figure, à éviter, la succession du preneur pourrait soutenir que la clause bénéficiaire ne peut sortir ses effets et réclamer le bénéfice de l'assurance⁵⁴.

5. Faut-il appliquer l'ancien ou le nouvel article 299 du Code civil lorsque le divorce a été prononcé avant le 1^{er} septembre 2007 et que le décès du bénéficiaire de l'avantage intervient après cette date ?

27. Qu'en est-il du sort des institutions contractuelles en cas de divorce prononcé avant le 1^{er} septembre 2007 (date d'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2007) lorsque le décès survient après cette date et que l'ex-conjoint survivant y avait potentiellement droit ?

Aucune disposition transitoire spécifique n'a été adoptée à propos de cette question.

28. Dans sa note d'orientation relative au droit transitoire, jointe aux travaux parlementaires de la loi du

54. S. VAN CAENEGHEM, « Spécificités de l'assurance-vie en matière de désignation et révocation de bénéficiaires. Comment assurer la sécurité juridique ? », *Bull. Ass.*, dossier n° 14, Assurance vie et libéralités, 2008, p. 61.

Aspects civils et fiscaux, coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 148 à 150.

27 avril 2007, Yves-Henri Leleu⁵⁵ estime que ces institutions contractuelles sont caduques. Conformément aux règles du droit transitoire, la loi nouvelle s'applique en effet immédiatement aux situations en cours de constitution et en cours d'effets.

Selon lui, on ne peut pas considérer que l'application immédiate de l'article 299 du Code civil constitue une application rétroactive de la loi nouvelle : « Il n'y a pas rétroactivité car, avant le décès, aucune situation juridique définitivement constituée n'est modifiée ». En effet, « (...) le maintien de l'institution contractuelle est, comme l'obligation alimentaire, un effet patrimonial de la situation légale en cours d'effets »⁵⁶.

Même si Yves-Henri Leleu⁵⁷ juge inconvenant qu'un ex-conjoint survivant revendique les droits qu'il tire d'une institution contractuelle – ce qui légitimerait l'application stricte du droit transitoire telle qu'interprétée en l'espèce –, il n'en demeure pas moins que les prévisions de cet ex-conjoint sont déjouées alors que compte tenu des circonstances dans lesquelles le divorce a eu lieu, elles étaient, le cas échéant, également dignes de considération. Du reste, si les ex-époux avaient estimé choquant que l'institution contractuelle subsiste malgré le divorce, ils n'auraient pas manqué d'indiquer dans l'acte constitutif de l'institution contractuelle la caducité de celle-ci en cas de séparation de fait ou d'instance en divorce.

Sur un plan strictement juridique, à l'instar de plusieurs autres auteurs⁵⁸, il nous semble que c'est au moment où la décision prononçant le divorce est passée en force de chose jugée que la situation juridique des époux, à propos de l'institution contractuelle, est cristallisée de telle manière que le bénéfice de l'institution contractuelle est et reste définitivement acquis à l'ex-conjoint innocent, quelles que soient les modifications législatives intervenues depuis lors. La loi nouvelle serait rétroactive si elle enlevait à l'époux innocent le

droit de recueillir l'institution contractuelle qui lui a été accordée. Le fait que l'on ignore à ce moment si l'ex-époux innocent survivra et s'il recueillera en conséquence l'institution contractuelle ne modifie pas le raisonnement. Dans l'affirmative, l'ex-époux innocent, en réclamant l'institution contractuelle consentie en sa faveur, ne fait que revendiquer l'exécution d'un droit antérieurement et définitivement acquis qui n'était conditionné que par le prédécès de l'époux coupable.

29. La problématique est exactement la même dans le cas où une assurance-vie a été souscrite en faveur de l'ex-conjoint. L'ex-époux innocent, qui a été désigné nommément, conserve le droit de revendiquer la prestation d'assurance en cas de prédécès de son ex-conjoint, pour autant que celui-ci n'a pas révoqué entretemps la donation indirecte qu'il avait ainsi consentie, sur la base de l'article 1096 du Code civil⁵⁹. L'ex-conjoint bénéficie donc d'un droit actuel sous condition et non pas d'un droit éventuel car les effets du divorce, par rapport à cet « avantage » sont définitivement cliqués au jour où le divorce est définitif.

D'autres auteurs⁶⁰ sont toutefois d'un avis différent et estiment que l'article 299 nouveau du Code civil est d'application. Les conséquences juridiques de l'avantage que constitue le bénéfice de l'assurance-vie ne seraient en effet pas entièrement consommées tant qu'il n'y a pas eu décès. Dans la mesure où il s'agit de conséquences futures non définitives, l'article 299 du Code civil, dans sa nouvelle mouture, s'appliquerait si le divorce a été prononcé avant le 1^{er} septembre 2007 mais que le décès a eu lieu après cette date. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Mons, le 19 janvier 2012, va dans ce sens⁶¹.

On notera qu'une question a été posée à ce sujet au vice-premier ministre et ministre de la Justice et des Réformes constitutionnelles⁶². Seules les deux thèses en présence ont été évoquées, le ministre estimant que c'était au juge qu'il appartenait d'apprécier l'applicabilité de l'ancien ou du nouvel article 299...

55. « Note d'orientation relative au droit transitoire. Annexe VII, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre », *Doc. parl.*, ch., session ord. 2006-2007, n° 51-2341/018, p. 105. Dans le même sens, G. VERSCHULDEN, « De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht », *T. Fam.*, 2007, p. 162, n° 82.

56. En ce sens, Bruxelles, 15 mai 2012, *T. Not.*, 2012, p. 351 et *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 331 (somm.).

57. Y.-H. LELEU, « Le droit patrimonial des couples », in *Chroniques notariales*, vol. 60, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 296, n° 28.

58. P. SENAËVE, « Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007 », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 242 et 243, n° 309 ; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINKLE, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 702, n° 1330 ; P. MOREAU, « La perte des avantages que les époux se sont faits par contrat de mariage ou durant le mariage. Articles 299 et 311bis nouveaux du Code civil », in P. MOREAU (dir.), *Libéralités et successions*, CUP, n° 134, Limal, Anthemis, 2012, pp. 166 et 167.

59. C. DEVOET, « Le nouvel article 299 du Code civil et le droit transitoire », obs. sous Mons, 19 janvier 2012, *Bull. Ass.*, 2013, p. 73, n° 4 ; J.-Ch. ANDRE-DUMONT, *Assurance vie des particuliers. Aspects techniques, juridiques, fiscaux et de planification successorale*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 428.

60. Y.-H. LELEU, « Le droit patrimonial des couples », in *Chroniques notariales*, vol. 60, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 296 et 297, n° 28 ; V. WYART, « La déchéance des avantages matrimoniaux : conséquence de la réforme du divorce », in *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 326 et 327. L'auteur regrette toutefois la solution.

61. Mons, 19 janvier 2012, *Bull. Ass.*, 2013, p. 69, note C. DEVOET.

62. Question 160 adressée par M. Jenne De Potter le 29 avril 2008 (*Bull. Q. et R.*, 52/20 du 2 juin 2008, pp. 4274 et 4275).

E. Le caractère personnel du droit de révocation

30. Le droit pour un époux de révoquer la donation qu'il a consentie à son conjoint est un droit essentiellement personnel qui ne s'éteint que par le décès du donateur⁶³. La révocation ne peut dès lors être faite que par le donateur – et non par son représentant légal⁶⁴ – et de son vivant.

Les héritiers du donateur ne peuvent pas demander la révocation. Ils ont uniquement la possibilité de faire constater par le tribunal que la donation a été révoquée par le *de cujus*⁶⁵. Il en va de même des créanciers du donateur.

En revanche, le décès du donataire n'empêche pas la révocation de la donation par le donateur. Dans une telle hypothèse, la révocation se fera à l'égard des héritiers du donataire.

F. La forme de la révocation

31. Le législateur ne précise pas la manière dont la révocation de la donation doit avoir lieu. Il est admis qu'elle peut être aussi bien expresse que tacite⁶⁶. Le tribunal ne prononce pas la révocation mais en cas de conflit, il la confirme⁶⁷.

32. La révocation *expresse* résultera soit d'un acte notarié, soit d'un testament, soit encore d'un simple écrit daté et signé de la main du donateur⁶⁸. Dans la pratique, elle peut aussi être opérée par un exploit d'huissier signifié à l'époux donataire. Si l'acte dans lequel le donateur exprime sa volonté de révoquer la donation s'avère nul, la validité de la révocation n'en est pas pour autant affectée sauf si la révocation est

entachée d'un vice du consentement ou repose sur une cause illicite ou immorale⁶⁹.

33. La révocation *tacite* se réalisera par l'intermédiaire d'un acte ou d'un fait juridique posé par le donateur qui s'avère incompatible avec sa donation antérieure et qui implique avec certitude la volonté de l'opérer⁷⁰. On citera à titre d'exemple un testament comportant des clauses incompatibles avec la donation, l'aliénation à titre onéreux ou à titre gratuit du bien donné⁷¹, une lettre indiquant très clairement la volonté de révoquer la donation ou encore la modification du bénéficiaire d'une assurance-vie par le preneur d'assurance (alors que le bénéficiaire originaire était le conjoint)⁷².

Si le testament dans lequel la donation a été révoquée est lui-même révoqué par un autre testament, le juge aura la délicate tâche d'interpréter la volonté du testateur-donateur et de déterminer si on peut considérer, en raison des faits, que la révocation de la donation subsiste ou non⁷³.

34. L'introduction d'une procédure en divorce manifeste-t-elle tacitement une intention certaine de révoquer la donation consentie par un époux à son conjoint ?

La jurisprudence majoritaire répond par la négative.

Dans son arrêt du 2 octobre 1989⁷⁴, la Cour d'appel de Liège a ainsi décidé que le fait d'entamer une procédure en divorce par consentement mutuel et de stipuler l'exhérédation de son conjoint dans les conventions préalables ne suffisait pas pour qu'il y ait révocation tacite de l'institution contractuelle consentie par le mari, décédé en cours de procédure. La même Cour

63. W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 698, n° 1322.

64. M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, « Overzicht van rechtspraak (1999-2011). Giften », *T.P.R.*, 2013, p. 644, n° 606.

65. R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 376, n° 435.

66. Sur cette question, voy. M. EECKHAUTE, « De la forme de la révocation des donations entre époux par la volonté unilatérale du donateur et du sort de la révocation des donations entre époux contenues dans un acte nul », *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, pp. 369 et s.

67. S. MOSSELMANS, « Onherroepelijkheid/Schenkingen tussen echtgenoten », in *Schenking. Vermogensplanning met effect bij leven*, coll. Handboek Estate Planning, 2^e éd., Gand, Larcier, 2009, p. 215, n° 392. Voy. en jurisprudence : Civ. Marche-en-Famenne, 8 décembre 1986 et 13 août 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 255 ; Gand, 18 mars 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 745, note S. BROUWERS. Si la donation a été transcrite, la demande tendant à faire révoquer la donation doit être inscrite en marge de la transcription du titre (art. 3 de la loi hypothécaire).

68. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 867, n° 779.

69. M. EECKHAUTE, « De la forme de la révocation des donations entre époux par la volonté unilatérale du donateur et du sort de la révocation des donations entre époux contenues dans un acte nul », *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, pp. 378 à 381 et les références citées ; S. MOSSELMANS, « Onherroepelijkheid/Schenkingen tussen echtgenoten », in *Schenking. Vermogensplanning met effect bij leven*, coll. Handboek Estate Planning, 2^e éd., Gand, Larcier, 2009, p. 217, n° 396.

70. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 867, n° 779. Voy. aussi Gand, 28 juin 1985, *T.G.R.*, 1986, p. 6. En l'espèce, les héritiers de l'épouse prédécédée prétendaient que celle-ci avait révoqué la donation qu'elle avait consentie à son mari. Leur relation s'était certes détériorée – le mari avait, du reste, fini par tuer son épouse mais n'avait pas pour autant été déclaré indigne de succéder – mais on ne pouvait pas faire état d'un acte par lequel la donatrice aurait manifesté la volonté de révoquer la donation (P. DELNOY, « Les donations entre époux », in *Les contrats entre époux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 141, n° 62).

71. Liège, 29 novembre 1955, *J.L.*, 1955-1956, p. 105.

72. Gand, 8 octobre 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 889 ; *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.388.

73. E. DE WILDE D'ESTMAEL, B. DELAHAYE et G. HOLLANDERS DE OUDERAEN, « Les donations », in *Rép. not.*, t. III, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 289, n° 269.

74. Inédit, cité et commenté par P. DELNOY (« Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 92, n° 13).

réaffirmera sa position dans un arrêt du 24 janvier 2007, dans une affaire où, conformément à l'article 300 du Code civil non encore abrogé, l'institution contractuelle était maintenue au profit du conjoint innocent⁷⁵ : le simple fait d'introduire une procédure en divorce et de la poursuivre jusqu'à son terme ne suffit pas pour qu'il y ait révocation tacite. Elle examine toutefois les circonstances qui ont entouré la demande en divorce. Elle constate qu'après la citation en divorce, l'époux avait modifié le bénéficiaire de toutes ses polices d'assurances-vie – sa sœur avait été substituée à son épouse – et avait souscrit une nouvelle police d'assurance, toujours en faveur de sa sœur. Ces éléments, joints à la demande en divorce fondée sur des reproches considérés par l'époux comme très graves, ont convaincu la Cour de l'intention révocatoire, tacite mais certaine, du défunt.

On notera toutefois que plusieurs auteurs⁷⁶ de même que le tribunal de première instance de Verviers⁷⁷ dont le jugement a toutefois été réformé sur ce point par la Cour d'appel de Liège dans son arrêt du 24 janvier 2007 prévalant, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour de cassation du 18 février 1993⁷⁸, estiment que l'introduction d'une demande en divorce autre que par consentement mutuel, implique une révocation tacite des donations entre époux et ce, peu importe le résultat de la procédure.

Depuis la modification apportée à l'article 299 du Code civil (*cf. supra*), cette jurisprudence ne conserve qu'un intérêt pour les décès intervenus en cours de procédure en divorce. En effet, dès que le divorce est définitif, les donations que se sont consenties les époux deviennent caduques, sauf si leur maintien a été convenu par les époux.

75. Liège, 24 janvier 2007, *J.T.*, 2007, p. 206 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1187. Pour un commentaire, voy. P. MOREAU, *Libéralités et successions*, CUP, vol. 134, Liège, Anthémis, 2012, pp. 161 à 163, n° 52 et M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, « Overzicht van rechtspraak (1999-2011). Giften », *T.P.R.*, 2013, pp. 641 à 643, n° 604.

76. W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 700, n° 1324 ; M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, « Overzicht van rechtspraak (1999-2011). Giften », *T.P.R.*, 2013, p. 644, n° 605.

77. Civ. Verviers, 10 mars 1998, inédit, cité et commenté par P. DELNOY (*Les libéralités. Chronique de jurisprudence 1988-1997*, coll. Les dossiers du *J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 288 et 289, n° 186).

78. *Pas.*, 1993, I, p. 193. Aux termes de cet arrêt, la Cour a décidé que la requête en divorce pour cause déterminée était assimilable à la demande de la révocation (plus justement, résolution) de la donation pour cause d'ingratitude sur la base de l'article 957 du Code civil. Depuis la réforme du divorce de 2007 et la disparition de la faute dans les causes de divorce, il n'est plus envisageable d'invoquer cet arrêt pour soutenir que l'introduction d'une demande en divorce équivaut à une demande de résolution de la donation pour cause d'ingratitude (M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, « Overzicht van rechtspraak (1999-2011). Giften », *T.P.R.*, 2013, pp. 643 et 644, n° 605).

35. Il est regrettable que la révocation des donations entre époux ne soit pas davantage légalement formalisée. Étonnamment, la révocation ne doit en effet faire l'objet d'aucune publicité⁷⁹. En pratique, un acte authentique constatant la révocation de donations immobilières est toutefois dressé et transcrit au registre des hypothèques (art. 1^{er} de la loi hypothécaire)⁸⁰. On considère en effet que l'acte qui opère le retour de l'immeuble au propriétaire originaire est un acte déclaratif de propriété, assujéti à la transcription⁸¹. Par ailleurs, le tiers évincé devra être informé de la révocation. On estime qu'il peut conserver les fruits du bien jusqu'au jour où la révocation a été portée à sa connaissance⁸².

G. Les effets de la révocation

36. Il importe de bien distinguer les effets de la révocation selon que la donation a porté sur des biens à venir ou des biens présents.

36.1. Dans le premier cas, la révocation opère comme une cause de caducité. À l'instar d'un legs, la donation ne sortira jamais ses effets⁸³.

36.2. Dans le second cas, la révocation opère comme une cause de résolution et donc, avec effet rétroactif⁸⁴. L'époux donateur récupère la propriété des biens donnés libres des droits qu'a entretemps consentis le donataire. Il en va ainsi en cas d'aliénation ou de saisie des biens donnés. Ni l'adjudicataire, ni les créanciers n'ont à se plaindre, estime Henri De Page⁸⁵. Selon lui, « ils savent, par l'origine de propriété, que le droit résultant d'un acte de donation entre époux est, étant donné l'article 1096, le néant juridique ». Il ajoute que la fraude à l'égard des créanciers sera très difficile à démontrer en raison du caractère *ad nutum* de la révocation. Du reste, très souvent, la révocation précédera la saisie.

79. P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 86, n° 8, note infrapaginale 25.

80. W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 699, n° 1324, note infrapaginale 3.

81. « Traité des hypothèques et de la transcription » (E. GENIN, mis à jour par R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT), *Rép. not.*, t. X, I, I, Bruxelles, Larcier, 1988, p. 269, n° 482.

82. S. MOSSELMANS, « Onherroepelijkheid/Schenkingen tussen echtgenoten », in *Schenking. Vermogensplanning met effect bij leven*, coll. Handboek Estate Planning, 2^e éd., Gand, Larcier, 2009, p. 219, n° 399.

83. M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, p. 454, n° 1605.

84. P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 86, n° 8.

85. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 870, n° 784.

Lorsque la donation entre époux porte sur des biens présents, la révocabilité *ad nutum* susceptible d'être invoquée par le donateur a pour conséquence de rendre le bien donné pratiquement inaliénable ou à tout le moins très difficilement⁸⁶.

Si le tiers acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel est, certes, protégé par l'article 2279 du Code civil, il est en revanche difficile pour le candidat-acquéreur d'un immeuble, même de bonne foi, de se prémunir des effets de l'exercice du droit de révocation auquel le donateur ne peut pas renoncer, la matière étant d'ordre public, de sorte que la prudence l'incitera à ne pas concrétiser son projet d'acquisition. Il en va de même pour le preneur d'hypothèque dont la protection peut toutefois être assurée par l'engagement solidaire du donateur.

Une solution pour pallier ces difficultés en matière immobilière serait, d'une part, d'imposer que la révocation d'une donation immobilière se fasse par acte notarié et, d'autre part, de rendre la révocation inopposable aux tiers qui ont fait transcrire l'acte par lequel ils ont acquis un droit réel sur l'immeuble avant que le donateur n'ait rendu publique la mise en œuvre de son droit de révocation par l'inscription, en marge de la transcription de l'acte de donation, d'un extrait d'un acte notarié portant cette révocation. Dans un tel cas de figure, le donataire serait tenu de restituer au donateur la valeur des objets aliénés⁸⁷.

H. Les articles 1096 et 1097 du Code civil, visés par la réforme du droit des successions et des libéralités ?

37. La proposition de réforme du droit successoral déposée le 5 août 2013 au Sénat⁸⁸ ne vise pas la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux. Les articles 1096 et 1097 du Code civil demeurent en conséquence inchangés.

Qu'en sera-t-il dans les prochains textes qui seront adoptés ? On l'ignore.

38. Il est intéressant de relever que le législateur français, à l'occasion de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce et de la loi du 23 juin 2006 portant réforme

des successions et des libéralités, a fortement limité la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux.

Le droit français a abandonné la distinction classique entre les donations consenties par contrat de mariage ou acte modificatif, d'une part, et les donations réalisées en cours d'union en dehors d'un acte modificatif, d'autre part.

La loi du 26 mai 2004 opère une distinction entre les donations de biens présents et les donations de biens à venir⁸⁹. La loi du 23 juin 2006 affine encore la distinction. En vertu de l'article 1096 du Code civil, il existe désormais deux catégories spécifiques de donations entre époux. La première catégorie vise les donations de biens présents qui prennent effet en cours de mariage et qui sont désormais irrévocables. La seconde catégorie concerne les donations de biens présents qui prennent effet à la dissolution du mariage par le décès du donateur et les donations de biens à venir. Ces donations sont toujours révocables, à l'exception de l'institution contractuelle contenue dans un contrat de mariage ou un acte modificatif⁹⁰.

Le droit français adopte de la sorte « une logique plus économique, imprégnée de pragmatisme »⁹¹. Le temps n'est en effet plus à la suspicion envers les donations conjugales qui seraient obtenues par ruse ou par contrainte.

Un certain équilibre est trouvé. L'époux donataire a la garantie que son conjoint ne révoquera pas la donation de biens présents, immédiatement effective, selon son bon plaisir. Les transactions portant sur les biens donnés bénéficient de la sorte d'une plus grande sécurité juridique. En revanche, si les biens n'ont pas encore transité dans le patrimoine de l'époux donataire, l'époux donateur garde la possibilité de révoquer la donation⁹².

Quant à l'article 1097, il est abrogé en France depuis plus de 50 ans. Même si la révocabilité des donations

86. R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 378, n° 438.

87. Voy. la suggestion de loi proposée en ce sens par E. LILien (« Modification de l'article 1096 du Code civil », in *Suggestions de lois faites au législateur en matière notariale, Actes du colloque organisé au Sénat, le 6 octobre 2010 à l'occasion du 50^e anniversaire du Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 98).

88. Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le droit successoral déposée le 5 août 2013 par Mme Taelman et consorts, *Doc. parl.*, Sén., session 2012-2013, n° 5-2207/1.

89. Voy. sur la réforme opérée en 2004, C. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Defrénois*, 2005, n° 38084, pp. 93 à 110.

90. Cf. art. 1083 C. civ. fr. On notera encore qu'en cas de dissolution du mariage par divorce, l'institution contractuelle tombe (cf. art. 265 C. civ. fr.).

91. S. FERRÉ-ANDRÉ et S. BERRE, *Successions et libéralités*, coll. HyperCours Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, p. 179, n° 320.

92. D'aucuns regrettent que le nouvel article 1096 ne soit pas plus explicite par rapport à la technique de la réversion d'usufruit, très utilisée en pratique. Dans la mesure où la dernière jurisprudence de la Cour de cassation française y voit une donation à terme de biens présents, il semble qu'il faille considérer que l'usufruit dont bénéficie le survivant constitue une donation irrévocable (S. FERRÉ-ANDRÉ et S. BERRE, *Successions et libéralités*, coll. HyperCours Dalloz, Paris, Dalloz, 2012, p. 181, nos 333 et 334 et les références citées).

entre époux était maintenue en Belgique, il serait à tout le moins souhaitable que l'interdiction des donations mutuelles dans un même acte soit supprimée. Le champ d'application de cette disposition est douteux, ce qui conduit la doctrine et la jurisprudence à le réduire aux donations authentiques par le biais d'une interprétation particulièrement bienveillante de la disposition et la pratique à user de mécanismes artificiels pour échapper à la prohibition lorsqu'il ne peut être échappé à la forme authentique.

39. La pertinence du maintien de l'article 1096 du Code civil dans son libellé actuel semble *a priori* difficile à justifier sur le plan de principes. D'aucuns jugent la règle dépassée⁹³. Renate Barbaix⁹⁴ considère qu'il s'agit d'un « *vreemde eend in de bijt* »⁹⁵. P. Delnoy⁹⁶ observe très justement que l'article 1096 du Code civil est méconnu des époux qui, lorsqu'ils prennent connaissance de la règle qu'il renferme, ont une réaction outrée. Par ailleurs, alors que c'est le donateur que le législateur désirait protéger, l'article 1096 du Code civil peut constituer un instrument de chantage que le donateur utilise à l'égard du donataire ou le moyen d'empêcher les créanciers du donataire de faire valoir leurs droits.

40. Si les fondements traditionnels de la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux semblent complètement dépassés, un fondement bien contemporain pourrait leur être substitué⁹⁷.

Le régime spécifique des donations entre époux se calquerait sur la perception sociétale actuelle du lien de couple. La révocabilité des donations paraît ainsi constituer un instrument adéquat à une époque d'instabilité du lien matrimonial. Les donations sont maintenues tant que l'entente règne au sein du couple et pour autant que l'époux donateur le veuille bien. La fragilité des donations entre époux ne serait en quelque sorte que le miroir de la précarité de la relation de couple et, à ce titre, on ne voit pas en quoi la révocabilité des donations ne serait pas étendue aux cohabitants légaux et de fait.

Sur un plan plus pragmatique, force est de reconnaître que les praticiens profitent pleinement de l'intérêt que

présente la révocabilité des donations entre époux en tant qu'instrument de planification successorale et cet élément risque d'être déterminant pour le maintien de la règle contenue à l'article 1096 du Code civil.

III.

Utilité d'une donation entre époux dans le cadre d'une planification successorale

A. Donations immobilières

41. Des donations entre époux sont régulièrement proposées dans le cadre d'une planification successorale, particulièrement lorsqu'il s'agit de biens mobiliers. Une donation immobilière réalisée par un époux au profit de son conjoint est plus rare, du moins d'une façon directe, du fait de son coût (sera par contre plus courante la donation mobilière pour permettre au conjoint d'acquérir un immeuble). Si le but d'un époux est d'avantager l'autre, il lui sera plus souvent proposé d'apporter un immeuble qui lui serait propre dans une communauté entre époux déjà existante ou à créer. Dans ce cas, le coût d'une telle opération d'apport ne serait que de 50 € de droits d'enregistrement (droit fixe).

Cependant, en fonction des circonstances, le fait de réaliser une donation immobilière d'un époux au profit de l'autre pourrait s'avérer plus adéquat si le but est d'avantager dès à présent le donataire, car l'apport en communauté ne permettra de régler le transfert entre époux que pour la moitié et non pour la totalité du bien (et l'autre moitié devra faire l'objet d'un legs ou d'une clause d'attribution dans le contrat de mariage).

Autre point : même si cette façon d'agir n'est pas toujours fiscalement adéquate, il apparaît que dans de nombreuses donations d'un immeuble propre réalisées par un parent à ses enfants avec réserve d'usufruit pour lui, il est prévu une réversion de l'usufruit au profit du conjoint survivant. Si cette réversion n'a pas de contrepartie, il s'agira d'une donation au profit de ce conjoint, donation qui a les caractéristiques de la donation entre époux. Elle est donc révocable *ad nutum*.

Soulignons que cette réversion de l'usufruit n'est pas neutre fiscalement : le droit de donation sera dû par le conjoint survivant, s'il accepte la stipulation faite à son profit⁹⁸. Ce droit de donation sera perçu d'après le tarif en vigueur à la date de l'acte, sur la valeur de l'usufruit déterminée, en fonction de l'âge du conjoint survivant

93. W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2010, p. 696, n° 1316.

94. R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 374, n° 432.

95. C'est-à-dire d'une sorte de corps étranger dans le corpus de nos règles civiles.

96. P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, p. 98, n° 18.

97. N. PETERKA, « Donations de biens présents entre époux hors contrat de mariage : révocabilité et irrévocabilité », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille 2015-2016*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 1072, n° 354.13.

98. Circ. adm., 9 août 1941, *Rec. gén.*, 1941, n° 18213, p. 288.

au décès du donateur, par l'article 47 du Code des droits d'enregistrement (ou art. 2.9.3.0.4. du V.C.F.).

Si le conjoint survivant n'accepte pas cette réversion de l'usufruit, aucun droit ne sera dû. On notera que l'Administration estime que la présence du conjoint bénéficiaire de la réversion à l'acte de donation, sans réserve, implique de sa part acceptation de la réversion d'usufruit en sa faveur⁹⁹.

Si le conjoint bénéficiaire de la réversion a accepté cette dernière, le conjoint donateur pourra à tout moment révoquer cette réversion, dans les mêmes conditions que toute autre donation entre époux.

B. Donations mobilières

42. L'intérêt d'une donation mobilière entre époux est multiple et la possibilité de sa révocation permettra entre autres de « rassurer » le donateur sur sa possibilité de réviser sa position si besoin en était.

Ainsi :

- un des époux pourrait souhaiter accorder à son conjoint un capital qui lui servirait entre autres au paiement des droits de succession dus au décès de l'époux donateur ;
- un des époux pourrait souhaiter accorder à son conjoint un capital qui lui servirait à acquérir un logement ou à assurer sa sécurité ;
- un des époux pourrait souhaiter protéger son conjoint à l'encontre des enfants d'une première union. Il sait que s'il prévoit un legs d'une somme ou d'un bien (dans un testament au profit du conjoint survivant), ce dernier pourrait être « bloqué » dans l'exécution de ce legs par les autres héritiers. Dès lors, le conjoint survivant ne recevrait ce capital légué qu'à l'issue d'un éventuel long procès. Pour éviter une telle difficulté, un don au conjoint permettrait à ce dernier d'être rassuré sur l'obtention de la somme ou du bien ;
- un des époux pourrait réaliser un don à son conjoint dans le but de réduire les droits de succession ;
- un des époux qui a des biens propres pourrait vouloir se réserver une possibilité de révoquer une donation réalisée à ses enfants. Il ferait alors un don à son conjoint qui lui-même ferait un don aux enfants communs du couple (en indiquant l'origine des biens donnés, en faisant référence à la donation antérieure entre époux). Il faut agir avec la plus grande prudence en proposant une telle construction qui, si les opérations sont liées entre elles, pourraient aboutir à une difficulté civile : la possibilité pour tout tiers intéressé durant la vie du donateur

ou pour un héritier lésé après le décès du donateur de contester cette « double » donation, comme n'ayant pas été irrévocable dans sa deuxième partie.

C. Première illustration : la donation mobilière d'un époux à l'autre

43. Si un époux possède des biens mobiliers propres, il peut envisager de réaliser une donation à son conjoint. Cette solution permet d'éviter les droits de succession, si la donation a eu lieu plus de trois ans avant le décès du donateur (application de l'art. 7 C. succ. ou art. 2.7.1.0.5. du V.C.F.) ou si un droit de donation de 3 % (en Région flamande et en Région de Bruxelles-Capitale) ou de 3,3 % (en Région wallonne) est acquitté. Les avantages et les aspects pratiques de cette donation d'un époux à l'autre sont ceux-ci.

1. Les avantages

Si un époux donne 50 X à son conjoint, ce dernier sera en possession de 50 X sans droits de succession à payer, si les droits de donation de 3 % (ou de 3,3 % en Région wallonne) sont payés ou si le délai de trois ans est expiré après la donation. Le conjoint donataire pourrait, si le conjoint donateur prédécède, conserver les 50 X, soit en pleine propriété, soit en usufruit (voir ci-après), sous réserve des règles de la réserve héréditaire des descendants.

Si le conjoint donataire prédécède au donateur, ce dernier pourrait récupérer ce qu'il lui avait donné (par le biais de la révocation ou de la clause de retour conventionnel). Il en est de même en cas de mésestimation ou de toutes autres raisons à ne pas devoir justifier (par le biais de la révocation).

2. Les aspects pratiques

Pour que cette opération de don d'un époux à l'autre puisse être efficiente, il faut à notre sens respecter les règles suivantes :

- il y a d'abord la donation dont les conditions doivent être bien réfléchies. La donation se réalisera-t-elle en pleine propriété ou en nue-propriété (avec réserve d'usufruit pour le donateur) (voy. ci-après) ? Les autres aspects (forme de la donation, clauses spécifiques, enregistrement) doivent aussi être analysés. Une clause de retour sera ajoutée, car elle permet, en cas de prédécès du donataire, une plus grande souplesse par rapport à la révocation. En effet, la révocabilité est une règle légale qui ne peut pas être modalisée, alors que le retour conventionnel peut l'être ;
- il sera adéquat de conserver une traçabilité de la donation. De fait, s'il devait y avoir révocation de la

99. Déc. adm., 30 janv. 1959, *Rec. gén.*, 1962, n° 20455, p. 72.

donation au décès du donataire, il faudrait démontrer que les instruments financiers ou liquidités donnés n'ont pas déjà fait l'objet d'une révocation, et ce dans le but d'établir la sincérité de la dette du point de vue fiscal. Cette traçabilité peut se réaliser, entre autres, par la conservation des relevés que l'institution financière envoie chaque année au titulaire des comptes ;

- la révocation ne peut se réaliser que sur le capital donné et non sur les intérêts perçus et réinvestis. Si le donateur souhaite que la révocation puisse jouer sur le capital et les intérêts, il pourrait entre autres donner des instruments financiers de capitalisation, qui ne donneront pas de revenus et dont le capital avec plus-value pourrait faire l'objet de la révocation ;
- il faudra encore choisir entre une donation qui se réaliserait en avance d'hoirie et une donation qui se réaliserait par préciput et hors part. Ce choix n'est possible que si le donateur a des héritiers légaux autres que le conjoint.

La différence est très nette : s'il est prévu que la donation réalisée au profit du conjoint s'effectue *en avance d'hoirie*, cette donation ne restera pas au décès du donateur entre les mains du donateur en pleine propriété, mais reviendra aux héritiers légaux de ce dernier en nue-propriété (art. 858bis C. civ.). Le conjoint survivant en conservera alors l'usufruit.

Par contre, si la donation est réalisée *par préciput et hors part*, la donation restera en pleine propriété entre les mains du conjoint survivant (dans les limites d'une éventuelle réduction demandée par des héritiers réservataires).

Dans la première solution, le conjoint survivant ne conserverait dès lors pas la pleine propriété de ce qu'il aura reçu par la donation. Mais moins de droits de succession seraient dus, les autres héritiers légaux ne payant pas de droits au moment où ils recevraient la nue-propriété, du moins si la donation originale n'est plus taxable en droits de succession.

Cette solution, qui n'est que l'application d'une règle légale et non d'une règle conventionnelle, est dès lors très positive fiscalement pour des héritiers légaux.

Par contre, si la donation est réalisée par préciput et hors part, le conjoint survivant conservera au décès du donateur (sous réserve de l'explication des règles de la réserve héréditaire) la pleine propriété des biens donnés. Mais à son propre décès, ce seront ses propres héritiers (qui ne sont pas spécialement les mêmes que ceux du donateur) qui recevront les biens donnés (s'ils sont conservés par le donataire original), avec paiement des droits de succession.

Si le choix entre les deux solutions n'est pas opéré au moment de la donation, il ne peut qu'être conseillé de réaliser une donation en avance d'hoirie car, par testament, le donateur pourra décider de la modifier partiellement ou totalement en préciput et hors part, tandis que le contraire ne serait en principe pas possible¹⁰⁰.

Illustrons ce point par un exemple.

Exemple

Le donateur donne 100 à son épouse. Il décède le premier. Son épouse conservera les 100 reçus, et ce en pleine propriété si la donation faite l'a été par préciput et hors part. Mais dans ce cas, au décès de la donataire, ce sont ses propres héritiers qui recevront le capital et les héritiers devront payer des droits de succession sur 100.

Si la donation a été réalisée en avance d'hoirie, l'épouse ne conservera au décès du donateur, du fait de la donation réalisée, que 100 en usufruit et devra remettre 100 en nue-propriété aux héritiers légaux du donateur. Dans ce cas, il n'y aura pas de droits de succession dus sur cette remise de 100 en nue-propriété. Au décès de la donataire, les héritiers légaux du donateur ne seront pas taxés sur le fait que la pleine propriété est reconstituée.

Pour que cette donation à un conjoint puisse être encore plus efficace, il pourrait être ajouté dans l'acte de donation une donation « *de residuo* » au profit d'autres personnes (les enfants du couple, par exemple). Ceci veut dire que si le donataire devait décéder en même temps que le donateur ou qu'elle devait décéder avant le donateur mais que le donateur n'a pas eu le temps d'exécuter la clause de retour conventionnel ou de demander la révocation de la donation (cas typique de l'accident où l'un décède le premier et l'autre quelques minutes après), les biens donnés reviendraient aux donataires *de residuo* sans droits de succession.

Pour réaliser une telle « *deuxième* » donation, il faut obligatoirement faire intervenir à l'acte de don les donataires *de residuo* aux fins d'accepter cette donation sous condition.

D. Deuxième illustration : les donations croisées

44. Les deux époux pourraient vouloir réaliser une donation à l'autre ; il s'agit alors de la technique des donations croisées.

1. Les avantages

Si un des époux donne 50 X à son conjoint, ce dernier possèdera 50 X sans droits de succession à payer, si les droits de donation de 3 % (en Région flamande et en Région de Bruxelles-Capitale) ou les 3,3 % (en Région

100. Sur la question, voy. Ch. AUGHUET, « Le rapport des libéralités et des dettes », in A.C. VAN GYSEL (dir.), *Précis du droit des successions et des libéralités*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 560 et s.

wallonne) sont payés ou si le délai de trois ans est expiré après la donation. Le conjoint « *donataire* » pourrait donc, si le conjoint donateur prédécède, conserver les 50 X, soit en pleine propriété, soit en usufruit (voir ci-avant, le point c), sous réserve des règles de la réserve héréditaire des descendants.

Si le conjoint « *donataire* » a réalisé en même temps à l'autre une donation de 30 Y, il pourrait, sous réserve des règles de la réserve héréditaire des descendants, si ce dernier lui prédécède, récupérer les 30 Y donnés, et ce gratuitement par le biais d'une révocation de la donation (ou d'une clause de retour conventionnel) (tout en ne pouvant cependant pas récupérer les droits de donation de 3 % ou les 3,3 %, s'ils ont été acquittés). Le survivant des époux se retrouverait donc, au décès de l'autre, propriétaire de 50 X + 30 Y, c'est-à-dire de tout le patrimoine de valeurs mobilières ayant fait l'objet des deux donations (si la donation s'est réalisée par préciput et hors part et s'il n'y a pas de difficultés de réserve héréditaire des descendants) ou en partie usufruitier et en partie nu-propriétaire si les donations se sont réalisées en avance d'hoirie (voy. le point C à ce propos).

2. Les limites

Pour que cette opération puisse être efficiente, il faut à notre sens bien respecter les règles suivantes, outre celles indiquées au point C :

- il faut que chacun des époux (peu importe le régime matrimonial, sauf le régime de communauté universelle) ait des biens propres à donner, sans indivision ;
- il est préférable, pour éviter que du point de vue civil (et du point de vue fiscal), il puisse être contesté qu'il y ait eu donations, que ce soit des biens différents qui soient mis dans la part de chacun (voy. un exemple pour nuancer au point E). En effet, les donations de biens différents pourraient alors être croisées. Pour un civiliste, il est difficile d'accepter qu'il puisse être donné par chacun des conjoints 50 X, étant exactement les mêmes biens ;
- la révocation ne peut se réaliser que sur le capital donné et non sur les revenus perçus et réinvestis (de fait, la révocabilité émane de la loi et non d'une règle conventionnelle qui serait modalisable ; la révocation se réalise sur le capital donné et non sur les intérêts de ce capital). Il faut donc éviter que les revenus soient réinvestis dans les mêmes comptes qui contiennent les valeurs données. Ils doivent être sortis et être mis sur un compte à part, le cas échéant réinvestis sur ce compte à part. Si les époux souhaitent que la révocation puisse jouer sur le capital et les revenus, il faut alors prévoir des instruments financiers de capitalisation, qui ne donneront pas de

revenus et dont le capital avec plus-value pourrait faire l'objet de la révocation.

E. L'abus fiscal et les donations entre époux

45. Comme nous l'avons vu aux points précédents, la notion de donations entre époux peut recouvrir la donation réalisée par un seul des époux à l'autre et les donations croisées, étant deux donations réciproques (dans deux actes différents) réalisées par les époux.

46. S'il s'agit d'une donation réalisée par un des époux à l'autre, et même si cette donation est révocable *ad nutum*, il ne pourrait pas y avoir d'abus fiscal à réaliser une telle opération. Il s'agit uniquement de l'application des règles d'une donation « classique »¹⁰¹.

47. En ce qui concerne les donations croisées, la vraie question est de savoir s'il s'agit bien de deux donations valides en droit civil.

Si un des époux donne des titres X à l'autre, tandis que l'autre donnerait des titres Y à l'un, il y a bien deux donations qui sont réalisées et il n'y aura pas contradiction à l'objectif d'une disposition du Code des droits d'enregistrement ou du Code des droits de succession. Il importe peu qu'il y ait une possibilité de révocation (la révocation entre époux ne peut d'ailleurs pas être supprimée par une clause de la donation, sauf si cette donation se réalise dans le contrat de mariage). Les donateurs des donations croisées ne devront donc pas prouver que ces donations avaient un autre motif que celui d'éviter les droits d'enregistrement ou de succession.

Par contre, si la donation de l'époux A concerne, par exemple, des titres d'une société X et que l'époux B effectue une donation de titres de la même société à l'époux A, on peut se demander s'il y a vraiment deux donations entre les époux. En effet, au bout du compte, chacun des donateurs-donataires aura exactement les mêmes titres en sa possession et l'on pourrait, le cas échéant, estimer qu'il n'y a pas eu donation.

Dans ce cas, les parties pourraient tout de même démontrer qu'il y a bien eu donation, même s'il s'agit de titres de la même société, s'il y a réellement eu volonté, de la part de chacun, de réaliser une gratification au profit de l'autre.

101. Voy. E. DE WILDE D'ESTMAEL, *Les droits de succession et les droits de donation*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 220 ; Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *cette revue*, 2014, p. 386.

Exemple

Deux époux, chacun propriétaire de 50 % des titres d'une SPRL, ont chacun des enfants d'une première union. Si l'un décède, le conjoint survivant aura l'usufruit sur les titres appartenant au défunt, mais avec possibilité pour les enfants de la première union de demander la conversion de l'usufruit (art. 745bis et s. C. civ.).

Or, les époux souhaitent que cette conversion ne puisse pas être demandée, le conjoint survivant devant conserver cet usufruit jusqu'à son décès.

Une donation de l'usufruit des titres de l'un à l'autre et une donation de l'usufruit des titres de l'autre à l'un permettront d'éviter cette demande de conversion de l'usufruit par les enfants de la première union et permettent donc de protéger le conjoint survivant¹⁰².

Cette opération de donations croisées avec des biens identiques pourrait donc le cas échéant avoir un intérêt autre que le but d'éviter les droits d'enregistrement ou de succession.

La circulaire 05/2013 du 10 avril 2013 ne semble pas aller à l'encontre de cette analyse, précisant seulement que serait un abus fiscal le fait de changer de régime de communauté en un régime de séparation de biens, dans le but de réaliser des donations croisées. La circulaire se base, sans autre explication, sur la contrariété à l'article 5 du Code des droits de succession (ou art. 2.7.1.0.4. du V.C.F.).

Cette position non développée par l'Administration ne nous convainc pas, sauf si l'opération critiquée devait être réalisée juste avant le décès de l'un des époux (l'un des époux apprend qu'il a une maladie incurable ; le contrat de mariage des époux mariés en communauté comportait déjà une clause d'attribution sous condition de survie des biens communs en pleine propriété au profit du conjoint survivant ; les époux changent de régime en urgence, passent en séparation de biens, se font des donations croisées et l'époux meurt peu après).

En effet, la finalité d'un avantage matrimonial n'est pas la même que celle d'un don. Le but d'un avantage matrimonial est de prévoir une répartition des biens communs en protégeant le survivant au moment du décès du premier et ce sur les biens existant à ce moment (biens qui ne sont peut-être pas encore présents quelques jours avant le décès). Par contre, le but d'une donation est d'avantager le bénéficiaire du vivant du donateur, sur des biens existant au moment du don.

Comment pourrait-on envisager un abus fiscal pour une donation réalisée sur des biens X par une personne vivante, en estimant que cette donation irait à l'encontre d'une disposition légale taxant une attribution, par contrat de mariage applicable au décès du gratifiant, de biens qui aujourd'hui sont peut-être X mais qui au décès seront X, Y ou Z ?

102. De fait, la conversion de l'usufruit ne peut pas être réclamée en justice pour un usufruit qui a fait l'objet d'une donation de biens présents, sauf si cette conversion a été prévue dans l'acte de don : R.P.D.B., v° « Conjoint survivant » (L. RAUCENT et E. DE WILDE D'ESTMAEL), Complément VI, Bruxelles, Bruylant, p. 215, n° 167.

Il n'est pas contraire à l'objectif de l'article 5 CDS (ou art. 2.7.1.0.4. du V.C.F.) d'effectuer un don de biens au profit de son conjoint, même si cela implique un changement de régime, tant l'objet des deux gratifications et les effets sont différents (l'avantage matrimonial n'est en principe pas considéré comme une libéralité)¹⁰³.

IV.

Éléments et difficultés pratiques concernant la révocation

48. La donation entre époux est une solution souvent bien accueillie par celui qui veut programmer sa succession, du fait de la possibilité de révocation de cette donation. Il faut cependant aller plus loin dans les aspects pratiques liés à cette révocation.

A. Volonté qu'il n'y ait pas de révocation

49. Si l'incitant d'une donation entre époux est le plus souvent la possibilité de la révocation de cette dernière, certains souhaiteraient éviter une telle révocation.

Nous avons déjà vu que la révocabilité de la donation entre époux est d'ordre public (voy. n° 11). Dès lors, il n'est pas possible pour les époux de décider dans la donation même ou dans un autre acte que cette donation ne serait pas révocable, du moins avant le divorce ou avant le décès du donataire (auquel cas le donateur peut renoncer à réclamer la révocation de la donation) ou du donateur (auquel cas plus aucune révocation n'est possible si elle n'a pas eu lieu avant le décès du donateur).

Une des possibilités d'éviter cette révocabilité est de réaliser la donation entre époux dans le cadre d'une modification du contrat de mariage. Ce serait donc dans le contrat de mariage qu'il serait prévu cette donation. Cette dernière deviendrait alors irrévocable.

Une autre possibilité serait de ne pas réaliser une donation telle quelle mais un apport d'un bien propre à la communauté. Il s'agirait donc de passer par un changement de contrat de mariage avec un apport en communauté. Cet apport en communauté est non révocable *ad nutum*.

Indirectement, il peut aussi être réalisé par les époux des transferts de biens sans que cela ne soit considéré comme donations, particulièrement en tenant compte des clauses du contrat de mariage sur la qualification de propriété des biens ou sur ce qui pourrait être considéré comme étant un cadeau ou présent d'usage.

103. Voy. aussi, Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *cette revue*, 2014, p. 395.

Enfin, si des personnes ne sont pas mariées et souhaitent se marier, une donation réalisée juste avant le mariage laisserait cette dernière irrévocable, alors qu'une donation faite juste après le mariage la rendrait révocable.

B. Révocation en pratique

50. Lorsqu'une donation est réalisée entre époux, sont rarement envisagées les questions pratiques de la révocation, alors que c'est l'argument de la révocabilité qui est le plus utilisé pour pousser à réaliser une telle donation.

Si la révocation se réalise *ad nutum*, c'est-à-dire sans aucune raison, il faut porter attention aux points suivants :

- tout d'abord, il faut prouver *qu'il y a eu donation*. En effet, si la preuve de la donation n'est pas rapportée, il n'y a pas de révocation possible. Ceci semble l'évidence en théorie, mais en pratique, des difficultés de preuve peuvent surgir. Une donation qui a été réalisée il y a 20 ans est-elle encore documentée ? Le plus souvent, la donation a été réalisée de manière manuelle ou indirecte avec un pacte adjoint et les parties ne gardent pas toujours les documents de don après le délai (fiscal) de trois ans.

À défaut de preuve de la donation, il n'y aura pas de révocation de cette dernière ;

- il faut non seulement prouver qu'il y a eu don, mais il faut aussi prouver ce qui a fait l'objet du don. En effet, la révocabilité étant une règle légale, une modalisation ne peut pas être envisageable sur ce qui fera l'objet de la révocation. Il faut donc révoquer ce qui a été donné. Mais pour savoir ce qui a été donné, il faut bien entendu avoir un détail de ce qui fut l'objet de la donation.

Ainsi, s'il y a eu un don manuel avec une confirmation que des instruments financiers ont été déposés sur un compte X, il faudra avoir le détail de ce qui a fait l'objet de ce dépôt.

Si les biens donnés existent toujours en nature dans le patrimoine du donataire, la révocation portera sur ces biens (sans les intérêts ni autres revenus).

Par contre, si les biens donnés ont fait l'objet d'une vente ou d'une cession et que les biens n'existent plus en nature, la révocation devra être réalisée par équivalent. Ainsi, il faudra prendre la valeur des biens donnés, et ce au jour de la révocation.

Exemple

J'ai donné 100 titres X (portefeuille-titres) à mon conjoint. Ces titres sont vendus et dans le patrimoine du conjoint, il y a à la place 1 000 titres Y. Si je révoque la donation réalisée, la révocation por-

tera sur la valeur de 100 titres X *au jour de la révocation*. Si ces titres n'existent plus, il faudra *toujours* agir par équivalent (par exemple, pour une obligation, il s'agira du montant nominal, si ces obligations sont arrivées à échéance ; dans le cas de titres d'une société qui a fait l'objet d'une liquidation, il s'agira de la valeur de liquidation ; si les titres d'une société ont été absorbés par une autre société avec obtention de titres de cette société, il faudra calculer la valeur des nouveaux titres perçus).

- peu de donateurs savent que la révocation ne leur permettra pas de reprendre *réellement* les biens donnés sans le concours du donataire. Ainsi, s'il s'agit de titres qui sont mis sur le compte du donataire, il ne leur sera pas possible, comme beaucoup pensent, de demander au banquier de remettre les titres sur le compte du donateur. Le banquier n'a aucun pouvoir pour réaliser ce transfert. Ce n'est que le donataire qui pourrait le faire, le cas échéant, forcé par un tribunal. Le tribunal (de la famille) ne pourra que constater la révocation et assurer l'exécution de cette révocation. Mais le passage par ce dernier sera à chaque fois obligatoire pour exécuter la remise du bien en cas de récalcitrance du donataire ;
- s'il y a une volonté du donateur de réaliser concrètement la révocation de la donation faite à son conjoint, il faut alors garantir que cette révocation pourra être exécutée. Réaliser un don en pleine propriété au conjoint lui permet une liberté d'action sur les biens mobiliers donnés. S'il les fait disparaître, il deviendrait difficile si pas impossible d'opérer effectivement la révocation de la donation réalisée.

Réaliser une donation avec réserve d'usufruit permettrait au donateur de « bloquer » les biens donnés jusqu'à son décès. De même, une mise en gage pourrait être effectuée pour bloquer les biens mobiliers donnés en pleine propriété, mais cette mise en gage devra être justifiée par la charge qui serait prévue dans le chef du donataire au profit du donateur.

- il faut enfin envisager le cas d'une révocation partielle d'une donation mobilière en cas de volonté d'utiliser les biens donnés à un but commun aux époux.

Si X donne 100 à Y, le mieux est d'essayer d'utiliser le moins possible les biens qui ont fait l'objet de cette donation pour un but commun (sauf les revenus qui reviennent à l'un ou à l'autre en fonction de la réserve d'usufruit ou non).

Mais si les époux devaient vouloir utiliser une partie du capital donné (par exemple 30 sur 100 donnés) à une dépense du ménage, il faudrait alors envisager la révocation partielle de la donation réalisée et formaliser cette dernière. À défaut d'une telle formalisation, l'époux-donateur pourrait ultérieurement opérer au détriment du donataire une révocation calculée sur les 100 donnés. Or, le donataire n'au-

rait plus que 70 puisqu'il y aurait eu utilisation de 30 pour, par exemple, un achat de consommation.

Pour protéger l'époux donataire, il faudrait qu'il y ait une révocation (partielle) à chaque fois que l'on utilise le capital d'une donation entre époux à un autre but qu'à un but personnel du donataire.

V.

Révocation et fiscalité

51. L'intérêt de la révocation dans le cadre d'une planification successorale est non seulement de permettre au donateur de reprendre ce qu'il a donné, mais également de lui éviter de payer les droits de succession au décès du conjoint donataire.

52. Si les biens donnés sont toujours en nature dans le patrimoine du donataire et que la donation est bien entendu prouvée, il n'y aura aucune difficulté fiscale. Il n'y aura pas lieu de déclarer dans la déclaration de succession les biens qui ont été donnés et ont fait l'objet d'une révocation. Bien entendu, le notaire mettra dans les observations en fin de la déclaration de succession le fait qu'il y a eu donation, que les biens existent toujours dans le patrimoine du donataire et qu'il y a eu révocation de la donation.

53. Par contre, si les biens qui feront l'objet de la donation ne sont plus dans le patrimoine du donataire, il y aura alors une créance qui sera due par la succession du donataire au profit du donateur.

Dans ce cas, il faut tenir compte de l'article 33 du Code des droits de succession (ou 2.7.3.4.4. du V.C.F.) :

« Ne sont pas admises les dettes contractées par le défunt au profit d'un de ses héritiers, légataires, ou donataires ou de personnes interposées. (...)

Toutefois, les dettes susvisées sont admises :

1. Si la preuve de leur sincérité est administrée par les parties déclarantes ; cette preuve peut être faite par tous moyens de droit commun, témoins et présomptions compris, à l'exception du serment ; (...).

Ceci peut être mis en analogie avec la décision administrative du 21 février 2007, qui parle de la clause de retour conventionnel et qui précise :

« La plupart du temps, ce qui est ainsi donné n'est plus localisable dans l'actif de la succession du donataire. Dans pareil cas, il est juridiquement correct de dire que le donateur a une créance sur la succession. Toutefois, si elle peut, civilement, être reprise au passif, cela ne signifie pas qu'elle peut aussi, fisca-

lement, être admise au passif. Si le donateur est en même temps un héritier ou une des autres personnes mentionnées à l'article 33 du Code des droits de succession (ou art. 2.7.3.4.4. du V.C.F.), cet article s'applique »¹⁰⁴.

La preuve de la sincérité implique qu'il faut démontrer la réalité de l'opération génératrice de la dette et surtout la persistance de la dette au moment du décès du débiteur.

La production du titre de la dette ne saurait suffire à démontrer la sincérité.

En effet, il serait trop aisé de réaliser à un moment des donations entre époux, de bien conserver tous les documents de donation, de révoquer ces donations juste après et de reprendre les biens donnés. Au décès du donataire, il suffirait alors de préciser qu'il y a une créance du donateur dans le chef de la succession du donataire, en sortant le document de don réalisé quelques années avant.

Il faudra bien entendu démontrer la réalité du don effectué et emporter la conviction de l'administration fiscale qu'il n'y a pas eu de révocation ultérieure.

Afin d'éviter toute difficulté avec l'administration fiscale, il est dès lors préférable de conserver la traçabilité entre les biens donnés et ce qu'ils sont devenus par la suite dans le patrimoine du donataire. Bien entendu, si les biens ont été donnés avec réserve d'usufruit, il sera facile de faire le lien de traçabilité. Si les biens ont été apportés dans une société de droit commun et que ce sont les parts de la société de droit commun qui ont fait l'objet de la donation, il y aurait également une facilité à démontrer cette traçabilité.

Par contre, si l'objet de la donation a été des liquidités ou des titres au porteur (dans le passé), il y aura une plus grande difficulté à réaliser cette traçabilité, à défaut de conserver des éléments suffisants à ce propos.

*
* *

104. Déc. du 21 février 2007, n° E.E./101.994, *Rép. R.J.*, S33/08/01 ; voy. *Droits de succession*, 2013, par A. MAYEUR, mis à jour par Marc Petit, Bruxelles, Kluwer, 2013, n° 2189 : l'auteur estime que l'application de l'article 33 serait sujette à caution car il ne s'agirait pas d'une dette contractée par le défunt. L'auteur poursuit que cependant cette dette ne pourrait être admise en déduction de l'actif successoral du donataire que si la réalité de la donation est dûment établie, ce qui suppose que l'acte de donation a été enregistré. Il nous paraît tout d'abord que le fait d'ajouter qu'une donation a été enregistrée est une condition qui n'est pas prévue dans le Code. Il n'est nullement indiqué qu'il faut une donation enregistrée pour pouvoir mettre une dette au passif dans le cadre d'une donation ou de sa résolution ou de sa révocation. En outre, il nous semble que limiter le terme « contracté » à une dette indiquée dans un contrat, et non à la résolution ou la révocation d'un contrat, nous paraît peut-être aller trop loin. Mais de toute façon, le débat est peut-être plus théorique que pratique, car en pratique, il faudra bien démontrer l'existence de la dette et pas uniquement son apparence.