

# 3.6

*Les donations :  
questions choisies  
de droit international privé*

**Patrick WAUTELET**  
Chargé de cours ULg - avocat

*Table des matières*

**Les donations : questions choisies  
de droit international privé**

|   |     |
|---|-----|
| <b>Chapitre I. Les donations en Belgique</b> . . . . .  | 524 |
| A. Détermination de la loi applicable aux exigences formelles . . . . .   | 524 |
| 1. Règle générale . . . . .   | 524 |
| 2. Les questions de forme visées . . . . .  | 526 |
| 3. Les donations immobilières . . . . .   | 529 |
| B. Validité et effets de la donation du vivant du donateur . . . . .  | 529 |
| 1. Quelle règle de rattachement? . . . . .  | 529 |
| 2. L'autonomie de la volonté et ses limites . . . . .   | 531 |
| a) La donation est soumise à la loi choisie par les parties . . . . .   | 531 |
| b) La portée de la loi choisie par les parties . . . . .  | 532 |
| c) Les limites de la loi choisie par les parties . . . . .  | 533 |
| 3. Le droit applicable à défaut de choix de loi . . . . .   | 536 |
| 4. Questions particulières qui échappent à l'autonomie de la volonté . . . . .                                    | 536 |
| a) La capacité de donner et de recevoir . . . . .   | 536 |
| b) Les donations entre époux . . . . .  | 538 |
| c) Donations qui mettent en péril les intérêts de la famille . . . . .  | 541 |
| d) Donations-partages . . . . .   | 542 |
| C. Effets de la donation au décès du donateur . . . . .   | 543 |
| 1. Le rôle de la loi de la succession . . . . .   | 543 |
| 2. La détermination de la loi successorale . . . . .  | 545 |
| D. Compétence des juridictions belges à l'égard des donations . . . . .   | 546 |
| 1. Les litiges qui naissent du vivant du donateur . . . . .   | 546 |
| 2. Les litiges qui naissent après le décès du donateur . . . . .  | 549 |
| <b>Chapitre II. Les donations à l'étranger et la fraude à la loi</b> . . . . .                                    | 550 |
| A. Les contours de la fraude à la loi . . . . .   | 551 |
| B. Les donations réalisées à l'étranger peuvent-elles être attaquées sur<br>base de la fraude à la loi? . . . . . | 552 |

Les donations connaissent un regain d'intérêt certain ces dernières années, notamment en raison de l'essor de la planification successorale, elle-même encouragée par diverses dispositions fiscales<sup>1</sup>. L'évolution de la fiscalité des donations a certainement contribué à augmenter la charge de travail des notaires belges<sup>2</sup>. La pratique révèle cependant que les donations effectuées à l'étranger conservent un important pouvoir d'attraction – notamment lorsque les montants en jeu sont importants. En outre, il est fréquent que des donations effectuées en Belgique présentent une dimension internationale, soit parce que l'une des parties, donataire ou donateur, est un ressortissant étranger, soit parce que l'une des parties réside à l'étranger, soit encore parce que les biens donnés ne sont pas exclusivement localisés en Belgique.

La principale difficulté en matière de donation transfrontière est bien entendu l'incidence fiscale de l'opération. Cet aspect ne sera pas traité dans la présente contribution qui privilégiera les questions traditionnelles de droit international privé et en particulier la détermination du droit applicable.

Contrairement à certains droits étrangers<sup>3</sup>, le droit international privé belge ne prévoit pas de dispositions spécifiques visant les donations. Le Code de droit international privé suffit toutefois amplement pour appréhender l'ensemble des questions que peut soulever une donation présentant une dimension internationale. L'on tentera de démontrer que ces questions sont nombreuses et complexes. La donation est en effet une figure juridique qui présente des liens avec de nombreuses branches du droit. Son traitement en droit international privé ne peut dès lors se réduire à déterminer une loi unique qui apporterait réponse à toutes les questions posées.

On abordera dans un premier temps les donations réalisées en Belgique pour examiner ensuite les difficultés que peut susciter une donation réalisée à l'étranger.

1. Voy. notamment les explications de A. VERBEKE, «Schenken in binnen- en buitenland», *T.E.P.*, 2006, 377-388.
2. Parmi les nombreuses contributions sur cette évolution, voy. X. THIEBAUT, «la fiscalité des donations en Région wallonne», *Chroniques notariales*, vol. 43, Larcier, 2006, 339-348.
3. Voy. par exemple l'article 56 de la loi italienne sur le droit international privé, qui dispose «1. Les donations sont régies par la loi nationale du donateur au moment de la donation. 2. Le donateur peut, par déclaration expresse concomitante de la donation, soumettre la donation à la loi de l'état dans lequel il réside. 3. La donation est valable, quant à la forme, si considérée telle par la loi qui en régit la substance ou par la loi de l'état dans lequel l'acte a été accompli».

# Chapitre I.

## Les donations en Belgique

De manière classique et pour faciliter la lecture, il semble opportun de scinder les questions liées au formalisme à respecter (1) des questions relatives au traitement substantiel de la donation (2). Pour compléter ce diptyque classique l'on abordera ensuite le sort de la donation au décès du donateur (3) pour terminer par quelques considérations générales sur la détermination du juge compétent (4).

### *A. Détermination de la loi applicable aux exigences formelles*

#### *1. Règle générale*

Le formalisme qui entoure les donations est à la fois source de difficultés mais aussi d'opportunités pour les justiciables. Le principe généralement accepté en droit international privé veut qu'un acte juridique soit soumis à une règle alternative selon laquelle la donation est valable si elle répond aux conditions de forme posées soit par le droit du lieu de conclusion de l'acte, soit par le droit applicable à l'acte (*locus regit actum*)<sup>4</sup>. Cette règle a été notamment consacrée par l'article 9 de la Convention de Rome<sup>5</sup>. Elle a vocation à s'appliquer aux formes dites extrinsèques, à savoir les formes prescrites pour la validité d'un acte<sup>6</sup>. La règle vaut également pour les dons manuels. Un don manuel pourra parfaitement être effectué à l'étranger selon les formes étrangères. Il faut toutefois réserver la question de la preuve du don, notamment vis-à-vis de l'administration fiscale.

- 
4. En droit français, l'on a pu se demander s'il n'existait pas une hiérarchie entre les rattachements proposés pour la forme de l'acte, la loi du lieu de conclusion de l'acte étant présentée comme la solution de principe, la donation ne pouvant être régie par la loi applicable au fond qu'en cas de choix exprès par les parties (sur cette solution, voy. T. VIGNAL, note sous Cass., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, (1116), 1118). Il est certain qu'une telle hiérarchie n'a pas lieu d'être en droit belge. Pareillement, le texte de la Convention de Rome ne laisse aucune place à une hiérarchisation des rattachements alternatifs en matière de forme.
  5. *Infra* sur l'application de cette Convention aux donations.
  6. *Comp.* avec l'opinion anciennement défendue par Pouillet, selon lequel la question de savoir quelle est la loi compétente pour décider si l'existence même d'un acte juridique est subordonnée à certaines formalités relève de la loi compétente pour régir les intérêts que la solennité se propose de protéger (P. POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, 3<sup>ème</sup> éd., Polydore Péé, 1947, 554-555, n° 474). Pouillet excluait donc l'application de l'adage *locus regit actum* à ces questions, préférant considérer que l'article 931 C. civ. était applicable aux ressortissants belges, même lorsque ceux-ci effectuaient une donation dans un pays étranger.

L'application de cette règle signifie que les parties peuvent opter pour la loi du lieu de conclusion de la donation<sup>7</sup>. Toute donation effectuée en Belgique pourra dès lors emprunter les formes prévues par le droit belge – donation directe par acte notarié, donation manuelle, donation indirecte et donation déguisée. De la même manière, une donation entre époux peut être effectuée au Danemark par conventions matrimoniales homologuées par le Ministère de la Justice<sup>8</sup>. La nationalité des parties et leur résidence habituelle est à ce propos indifférente. Il en va de même de la localisation des biens donnés – sous la seule réserve de la donation immobilière examinée ci-après.

En principe rien ne s'oppose à ce que les parties suivent les formes prévues par la loi étrangère applicable à leur donation. L'on verra ci-après que les parties peuvent librement choisir la loi applicable à la donation. Ceci signifie que deux ressortissants anglais qui soumettent leur donation à la loi anglaise peuvent opter pour le respect des conditions de forme prescrites par la loi anglaise alors même qu'ils résident en Belgique où la donation est effectuée. Pour autant que la loi anglaise n'exige pas la forme authentique, une donation sous seing privé sera valable alors même qu'elle a été réalisée en Belgique.

*A fortiori* en va-t-il de même lorsque la donation est réalisée à l'étranger. Rien ne s'oppose dans ce cas à ce que les parties à la donation s'en tiennent aux règles de forme prescrites par la loi de l'État sur le territoire duquel la donation est réalisée.

L'on pourrait avancer qu'une telle démarche n'est pas sans risque, notamment sous l'angle de l'insertion de la donation dans l'ordre juridique belge<sup>9</sup>. La jurisprudence française montre toutefois que les tribunaux s'en tiennent au caractère facultatif de l'adage *locus regit actum* sans remettre en question la validité d'une donation sous seing privé réalisée entre ressortissants français à l'étranger. Dans une décision qui date déjà de 1922, la Cour de cassation a par exemple reproché à l'arrêt de la Cour d'appel soumis à sa censure d'avoir tenu pour nulle une donation sous seing privé réalisée au Canada au motif que l'acte n'avait pas été passé devant notaire<sup>10</sup>. Cette décision n'a rien perdu de son actualité. Un héritier ou un

7. Pour le rôle des autorités diplomatiques et consulaires en matière de donations, voy. P. VAN DEN EYNDE, «Les donations entre époux», in *Les relations familiales internationales*, M. VERWILGHEN et R. DE VALKENEER (éds.), Bruylant, 1993, (301), 305, n° 4.

8. G. DROZ et M. REVILLARD, «Libéralités – donations et trusts», *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 558-30, 2002, 3, n° 3.

9. L'on peut rapprocher cette question de celle relative à l'accueil de conventions matrimoniales pour lesquelles l'article 52 du Code permet le respect des règles de forme dictées soit par le droit applicable au régime matrimonial, soit par le droit de l'État sur le territoire duquel les conventions ont été conclues. L'on ne peut exclure certaines résistances en pratique lorsqu'il s'agit d'invoquer en Belgique de telles conventions effectuées à l'étranger par acte sous seing privé.

10. Cass fr civ 29 juin 1922, *D.*, 1922, I, 127; *J.D.I.*, 1922, 990 note VALERY.



autre tiers ne pourrait dès lors chercher à mettre en cause la validité d'une donation consentie à l'étranger par un donateur résidant en Belgique en violation des règles de forme prévues par la loi belge<sup>11</sup>.

## 2. Les questions de forme visées

Parmi les questions visées par les règles qui viennent d'être explicitées, il faut non seulement comprendre les questions de forme mais aussi la sanction que peut entraîner la méconnaissance de ces règles. Il en va ainsi de la question de savoir si un acte qui porte donation plus qu'il ne se réfère à une donation (par tradition) déjà intervenue est nul.

Au-delà de la détermination de la forme que doit revêtir une donation, les règles de forme ont également vocation à s'appliquer à la manière d'accepter une donation<sup>12</sup> – faut-il par exemple que l'acceptation soit expresse ou peut-elle être tacite<sup>13</sup>. Par contre l'on acceptera avec Mme Révillard que la *nécessité* de l'acceptation de la donation n'est pas rattachée à la règle *locus regit actum*<sup>14</sup>. Il s'agit en effet d'une question d'existence du consentement qui, à ce titre, doit faire l'objet d'un rattachement à la loi applicable à la donation.

L'adage *locus regit actum*, dans sa version facultative, dicte également les modalités particulières de réalisation de la donation. Si les parties choisissent de se soumettre à la loi locale, il faudra dès lors consulter cette loi pour déterminer si l'intervention de témoins est requise et, si la réponse est positive, à quelles conditions ces témoins doivent répondre. Si la donation prend la forme d'un acte notarié, la règle *auctor regit actum* impose que les modalités de passation de l'acte notarié soient régies uniquement par la loi locale.

Le même adage doit s'appliquer pour déterminer les formes que doit revêtir une procuration – mandat de donner par exemple. De façon prag-

11. Dans une décision récente, la Cour de cassation française a déclaré que «selon la règle de conflit française, la loi applicable à la forme des actes est celle du lieu de leur conclusion» (Cass. fr., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, 2001, 1113, note T. VIGNAL et *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2002, 80, note B. ANCEL). En l'espèce une ressortissante belge qui résidait en France avait quelques mois avant son décès fait donation de tous les biens mobiliers – principalement des bons de caisses – qui avaient été déposés entre les mains d'un établissement bancaire suisse, à un couple d'amis. La donation avait été effectuée par acte sous seing privé rédigé en France. La Cour a refusé de censurer la décision par laquelle la Cour d'appel avait tenu pour nulle cette donation en raison de la violation de l'article 931 du Code civil. Les commentateurs s'accordent pour dire que la Cour n'a pas remis en question dans cette décision le caractère facultatif de l'adage *locus regit actum*.

12. Par exemple P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, 304.

13. Aux Pays-Bas l'article 175 al 2 du Livre 7 NBW prévoit expressément la possibilité d'une acceptation tacite de la donation.

14. M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defrenois, 2006, 358-359, n° 657. Dans le même sens, N. WATTÉ, «Les successions internationales. Conflits de lois, conflits de juridictions», in *Rép. Not.*, T. XV, I. XIV-3, Larcier, 1992, 130, n° 124.

matique, l'on privilégiera le respect des règles de forme prescrites par la loi applicable à la donation pour garantir l'efficacité de la procuration<sup>15</sup>.

En matière de donation la forme imposée par le législateur peut se révéler nécessaire pour la validité même de l'acte – il en va ainsi de la donation d'un bien immeuble qui ne se conçoit que par acte authentique. La modalité formelle peut également se révéler décisive pour ménager aux parties la preuve d'un fait. L'on pense à la preuve de la date de la donation, élément essentiel pour repousser l'application de l'article 7 du Code des droits de succession selon lequel doivent être considérés comme faisant partie du patrimoine du défunt «les biens dont l'administration établit que le défunt a disposé à titre gratuit dans les trois années précédant son décès. .. si la libéralité n'a pas été assujettie au droit d'enregistrement établir pour les donations...»<sup>16</sup>.

Pour éviter l'application de cette règle, il est nécessaire de pouvoir opposer à l'administration fiscale la date à laquelle la donation a été réalisée à l'étranger. La question est dès lors de savoir comment les parties à une donation peuvent apporter la preuve de la date de leur donation.

En principe la détermination du mode de preuve d'un acte privé relève du droit applicable au rapport juridique<sup>17</sup>. En tant que contrat, la donation bénéficie d'un régime plus libéral puisque l'article 14, §2 de la Convention de Rome précise que la preuve d'un contrat peut être rapportée par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois applicables aux questions de forme de l'acte. Partant, un donateur qui a bénéficié d'une donation soumise expressément par les parties au droit espagnol et réalisée par tradition de l'objet donné en Angleterre, pourra rapporter la preuve de cette donation devant les juridictions belges en faisant appel aux ressources des lois belge, espagnole et anglaise. La seule réserve porte sur l'*administration* de modes de preuve qui doit passer le cap de la loi du for.

A cette règle de principe il faut ajouter une importante nuance relative à la force probante d'un acte authentique. Lorsque la donation a fait l'objet d'un acte authentique reçu par une autorité étrangère, un autre régime a en effet vocation à s'appliquer. Pour déterminer la force probante qui revient à l'acte authentique étranger, il n'est pas nécessaire d'opérer un détour par le biais du droit applicable à la donation. Il suffit de se référer à l'article 28 du Code qui définit les conditions d'accueil en Belgique de la force probante des actes authentiques étrangers. Selon cette disposition,

15. En général, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 874, n° 14.139.

16. La question est d'une importance telle qu'il est possible de s'assurer contre le risque du décès du donateur pendant le délai de 3 ans. Voy. L. WEYTS, «Vlucht niet naar Nederland, vlucht naar uw notaris»: over schenkingen van roerend goed», *T. not.*, 2006, (366), 367-368.

17. F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 476-477, n° 11.15.



un acte authentique étranger fait foi en Belgique des faits constatés par l'autorité étrangère<sup>18</sup> qui l'a établi à condition que d'une part les exigences posées par le droit étranger pour l'authenticité de l'acte aient été respectées et d'autre part que les conditions posées par le Code pour la forme de l'acte aient également été respectées<sup>19</sup>.

L'on peut présumer que le notaire étranger aurait soin de veiller au respect des conditions posées par le droit étranger pour l'authenticité de l'acte. Pour ce qui est des conditions de forme posées par le Code, il suffit de rappeler qu'en matière de donations l'adage *locus regit actum* permet aux parties de s'en tenir aux formes locales. Encore une fois, le notaire étranger sera le garant du respect de ces exigences formelles. En définitive, rien ne semble pouvoir s'opposer à l'accueil en Belgique de la force probante qui s'attache à la date de l'acte par lequel un notaire étranger a reçu une donation entre des ressortissants belges<sup>20</sup>.

Pour autant que de besoin, l'on signalera que même en l'absence de l'article 28, la production d'un acte notarié étranger permettrait à suffisance de droit de démontrer la date certaine de la donation. Comme déjà indiqué, pour démontrer la force probante de l'acte étranger, en ce compris la date de l'acte, il est permis de puiser dans les ressources de la loi du lieu où l'acte a été reçu. Or il ne fait que peu de doute que le droit néerlandais permet au notaire instrumentant de certifier la date de l'acte qu'il reçoit. Sans faire appel aux règles particulières visant les actes authentiques, l'on peut donc également garantir que la date certaine sera reçue en Belgique<sup>21</sup>.

La passation d'une donation par acte notarié à l'étranger offre dès lors toutes les garanties nécessaires pour bénéficier de la.

Conclusion : si dans l'État étranger, la force probante d'un acte notarié est la même qu'en Belgique, la donation intervenue devant le notaire étranger aura la même valeur probante du point de vue de l'acte et de sa date, que si elle était intervenue en Belgique.

18. La date de l'acte fait nécessairement partie des constatations réalisées par l'autorité étrangère. L'article 40 (2)(e) de la loi organique du notariat néerlandais impose par exemple aux notaires de préciser dans les actes qu'ils reçoivent le lieu et le jour où l'acte est reçu.

19. L'article 28 réserve en outre l'application de l'exception d'ordre public lorsqu'il apparaît que les constatations faites par l'autorité étrangère contreviennent manifestement aux conceptions nationales. Cette réserve semble dépourvue de toute utilité à l'endroit des donations réalisées à l'étranger.

20. La force probante ainsi établie pourra toutefois être combattue par toutes voies de droit, sans que l'administration ne soit tenue d'engager la procédure d'inscription de faux (art. 28, §2 Code). *Comp.* avec F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 465, n° 10.57, qui semblent indiquer qu'il y a lieu de recourir à la procédure d'inscription de faux.

21. Voy. avant l'introduction du Code : PH. de PAGE, « Successions et donations. Questions de fiscalité et moyen de preuve », *Rev. not. b.*, 1996, (558), 563-564, spéc. note 24 et M. MUND, « L'incidence en matière de droits d'enregistrement et de droits de succession de donations intervenues par acte authentique à l'étranger », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, (1103), 1114-115, n° 9.



### 3. Les donations immobilières

S'agissant de donation immobilière, l'article 9(6) de la Convention de Rome impose le respect des « règles de forme impératives » de la loi du pays où l'immeuble est situé. Cette application ne s'impose toutefois que pour autant que les règles de forme dont question « s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond ».

Cette formule vise au minimum les législations qui confèrent à l'officier ministériel local un véritable monopole pour les actes concernant les immeubles. Il semble qu'il en soit ainsi dans certains cantons suisses, qui imposent le recours à un notaire du canton pour conférer à l'acte l'authenticité requise<sup>22</sup>.

On peut se demander si les règles de forme impératives visées par l'article 9 (6) comprennent également les règles dont le respect est essentiel pour assurer l'opposabilité de l'acte. L'on pense au prescrit fondamental de l'article 1<sup>er</sup> de la loi hypothécaire qui vise la transcription des actes entre vifs translatifs de droits réels immobiliers. Eu égard à son caractère fondateur, l'on peut difficilement prétendre que cette disposition n'est pas impérative. Puisqu'elle s'impose dès lors que l'immeuble est situé en Belgique, le recours à une donation sous seing privé, même autorisé par la loi applicable à la donation, est à déconseiller<sup>23</sup>. Il y va non seulement de la possibilité pour les parties à l'acte d'obtenir toutes les garanties nécessaires à l'efficacité de celui-ci, mais également de la possibilité d'opposer la donation de l'immeuble aux tiers. L'on pourra par contre parfaitement recourir à un notaire étranger pour recevoir une donation d'un immeuble situé en Belgique, pour autant que la loi étrangère assure aux actes notariés une authenticité équivalente à celle prévue par la loi de Ventôse.

#### *B. Validité et effets de la donation du vivant du donateur*

##### *1. Quelle règle de rattachement ?*

La donation est un contrat. L'on sait qu'en matière d'obligations contractuelles, la Convention de Rome du 19 juin 1980 constitue l'instrument principal pour déterminer la loi applicable. Au vu des termes utilisés par

22. Voy. les explications de M. REVILLARD, *o.c.*, 358, n° 655.

23. En ce sens, P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, (301), 305, n° 3 et N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, T. XV, I. XIV-3, Larcier, 1992, 129, n° 124.

l'article 1<sup>er</sup> de la Convention, l'on pouvait toutefois se demander si cette Convention avait vocation à s'appliquer aux donations<sup>24</sup>. Selon son article 1, §2 (b), la Convention de Rome ne s'applique en effet pas au droit patrimonial de la famille. Plus précisément, la Convention ne s'applique pas aux obligations contractuelles qui concernent les testaments et les successions, les régimes matrimoniaux ainsi que «les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes».

En réalité, les rédacteurs de la Convention n'ont pas voulu, avec ces termes, exclure l'application de la Convention aux donations. Selon le rapport de MM. Giuliani et Lagarde, «la majorité des délégations s'est prononcée pour l'inclusion des donations qui dérivent d'un contrat dans le champ d'application de la convention même lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre familial, sans pour autant être couvertes par le droit de la famille»<sup>25</sup>. Il faut en déduire que les donations sont en principe visées par la Convention<sup>26</sup>. Il n'en ira autrement que lorsque les obligations contractuelles concernent les relations de famille. Ceci est par exemple le cas pour les donations entre époux, qui font l'objet d'une réglementation spécifique, ou encore pour les donations-partages<sup>27</sup>. Une donation entre un beau-frère et sa belle-sœur pourra par contre parfaitement profiter des règles conventionnelles<sup>28</sup>. De même, l'on ne pourra exclure le bénéfice de la Convention de Rome à l'endroit d'une donation pour la seule raison qu'elle est susceptible d'entraîner une réduction de la part successorale des héritiers *ab intestat*<sup>29</sup>.

Mme Gaudemet-Tallon signale fort justement une difficulté qui tient à l'approche particulière du droit anglais<sup>30</sup>. Dans ce droit, la donation n'est en principe pas considérée comme un contrat à titre onéreux faute pour le donataire de promettre la nécessaire *considération* et ne peut donc bénéficier de l'application de la Convention de Rome<sup>31</sup>. La donation est au contraire considérée comme un «*settlement*», un acte unilatéral qui est classiquement soumis aux règles relatives aux biens<sup>32</sup>. Il faudra toutefois

24. En général, L. FUMAGALLI, «La Convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni», *Rev. dir. int. priv. proc.*, 1993, 589-606.

25. *Rapport Giuliano – Lagarde*, p. 10.

26. Par exemple R. VANDER ELST, *Droit international privé belge et droit conventionnel international – Conflits de lois*, Bruylant, 1983, 210, n° 44.1.

27. En ce sens, N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, T. XV, I. XIV-3, Larcier, 1992, 129, n° 124.

28. En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, «Convention de Rome du 19 juin 1980», *Juris-Classeur Dr. intl.*, Fasc. 3200, 1996, 12, n° 57.

29. En ce sens, T. VIGNAL, note sous Cass., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, (1116), 1120.

30. H. GAUDEMET-TALLON, *art. cit.*, *Juris-Classeur Dr. intl.*, Fasc. 3200, 1996, 12, n° 57.

31. R. PLENDER et M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, XXX.

32. Voy. pour plus de détails, G. VAN DER BURGHT, «De schenking in het privaarecht van Nederland, Frankrijk, Luxemburg, Duitsland, Oostenrijk, Zwitserland, Italië en Groot-Brittannie», in *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Maklu, 1995, (613-687), spéc. pp. XXX.

être attentif aux termes de l'acte. Il semble en effet qu'en pratique, certaines donations adoptent la forme d'un véritable contrat, la prestation du donataire étant toutefois réduite à la portion congrue. Il s'agira ainsi d'une donation par un père à sa fille « en considération du mariage de cette dernière », les charges du mariage étant présumées constituer une considération suffisante<sup>33</sup>. La Convention de Rome a naturellement vocation à s'appliquer à ce type de constructions.

Pour autant que de besoin, l'on signalera que le Code de droit international privé a étendu l'application de la Convention de Rome. L'article 98 du Code prévoit en effet que les règles conventionnelles pourront s'appliquer même aux « obligations contractuelles que cette convention exclut de son domaine d'application ». Cette extension ne modifie rien puisque d'une part la Convention pouvait déjà s'appliquer aux donations entre membres d'une même famille et d'autre part, l'article 98 réserve l'application des autres règles de rattachement que prévoit le Code. Il faudra dès lors continuer à s'interroger sur le sort particulier des donations entre époux (*infra*). Enfin, signalons que la Convention de Rome possède un caractère universel. Il s'en déduit qu'elle peut s'appliquer sans égard pour la nationalité ou la résidence des parties au contrat, à la seule condition que le juge saisi du litige soit celui d'un État contractant. La Convention peut conduire à l'application de la loi d'un État tiers, ceci n'empêche aucunement son application<sup>34</sup>.

## 2. L'autonomie de la volonté et ses limites

### a) La donation est soumise à la loi choisie par les parties

En principe la donation est régie par la loi choisie par les parties. Il en va de la donation comme des autres contrats : la loi d'autonomie prime, avec l'ensemble des modalités et des nuances dont ce principe fondamental est assorti. Les parties à une donation peuvent dès lors valablement convenir de soumettre celle-ci à la loi d'un état tiers avec lequel ils ne présentent aucun lien. L'on pense à la donation entre deux ressortissants belges reçue par un notaire suisse ou néerlandais, qui peut valablement être soumise à

33. Voy. pour plus de détails les explications de H. DEBUCQUOY, « De schenking en het Europees Overeenkomstenverdrag », *T. Not.*, 1998, (156-190), 161-163. R. PLENDER et M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, XXX.

34. A l'avenir il faudra compter avec la transformation annoncée de la Convention de Rome en un Règlement, suivant la proposition faite par la Commission. Voy. les explications de S. RAMMELOO, « *Via Romana*. van EVO naar Rome I – Nieuw Europees IPR dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst », *N.I.P.R.*, 2006, 239-253.

la loi suisse ou néerlandaise. L'on sera attentif à la rédaction de la clause de choix de loi, qui doit rester la plus simple possible<sup>35</sup>.

La Convention de Rome permet au juge, en l'absence de choix exprès par les parties, de déduire des circonstances de la cause ou des dispositions du contrat que les parties ont entendu soumettre celui-ci à une loi donnée. Une telle conclusion ne peut toutefois être retenue que lorsque la volonté des parties apparaît «de façon certaine». La prudence s'impose dès lors. A première vue, si la donation rassemble deux ressortissants belges qui résident en Belgique et qui, pour des raisons fiscales<sup>36</sup>, ont préféré faire appel aux services d'un notaire suisse ou néerlandais, l'on peut supposer que les parties n'ont pas souhaité soumettre leur donation à l'application d'une autre loi que la loi belge. Ceci se confirmera lorsque plusieurs stipulations de la donation font référence à certaines règles du droit belge. Il est cependant évident que cette méthode de détermination du droit applicable ne peut fournir la même sécurité qu'un choix de loi en bonne et due forme. L'exercice qui consiste à déterminer quelle a été la volonté «certaine» des parties ne peut en effet exclure une part de divination. L'on a pu en outre écrire que lorsque des parties s'adressent à un notaire, l'acte sera soumis à la loi du notaire à défaut de volonté exprimée clairement par les parties, dans la mesure où l'intervention du notaire fait présumer que les parties ont entendu se référer à la *lex magistratus*<sup>37</sup>. Ceci montre qu'un choix de loi est de loin préférable pour garantir la sécurité que les parties sont légitimement en droit d'attendre.

## b) La portée de la loi choisie par les parties

La loi choisie par les parties a vocation à s'appliquer à toutes les questions contractuelles. Ceci couvre aussi bien les questions de validité de la donation, comme le consentement<sup>38</sup> et l'acceptation – à l'exception toutefois de la capacité de donner et de recevoir (*infra*) – que l'interprétation de la donation ou encore les difficultés liées à l'exécution de la donation. L'article 10 de la Convention de Rome fournit à cet égard une liste de questions qui si elles visent d'abord et avant tout les contrats synallagmatiques, peuvent parfaitement s'appliquer aux donations. Ainsi lorsque l'article 10 (1)(d) vise les «divers modes d'extinction des obligations» l'on comprendra par là aussi la révocation qui peut mettre

35. L'on veillera par exemple à éviter les formules indirectes qui soumettent la donation à la loi «de l'État du donateur».

36. Résumées par A. VERBEKE, *art. cit.*, *T.E.P.*, 2006, (377), 382.

37. M. REVILLARD, *o.c.*, 359, n° 658.

38. *Comp.* avec l'opinion anciennement acceptée selon laquelle les conditions de l'existence du consentement étaient soumises à la loi nationale des contractants (*Pand. b.*, v° *Donation entre vifs*, T.32, 1889, 704, n° 861).

fin à une donation<sup>39</sup>. Malgré son caractère impératif, l'irrévocabilité d'une donation et les causes de révocation ont vocation à être régies par la loi de la donation<sup>40</sup> – sous réserve du recours éventuel à une loi d'application immédiate. Cette solution doit valoir non seulement lorsque la révocation se fonde sur l'inexécution par le donataire d'une charge mais aussi lorsqu'elle est fondée sur l'ingratitude de ce dernier à l'égard du donateur<sup>41</sup>.

De même, la loi de la donation régira également le droit de retour éventuel stipulé au profit du donateur<sup>42</sup> ou les conditions qui affectent la donation. L'on pense au terme suspensif, à la condition suspensive ou encore à la réserve d'usufruit en faveur du donateur qui sont susceptibles d'accompagner une donation. L'on peut encore mentionner au titre des questions contractuelles soumises à la loi d'autonomie la nécessité d'une intention libérale dans le chef du donateur, les éléments matériels de la donation – l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement corrélatif du donataire –, la cause et l'objet de la donation et encore la caducité de la donation.

Comme l'a justement décidé la Cour d'Appel de Paris, la loi d'autonomie a vocation à régir l'action en nullité d'une donation déguisée fondée sur un vice de consentement<sup>43</sup>. C'est sur cette base que la Cour a fait application des dispositions du droit américain pour apprécier si une donation consentie par un défunt français ne reposait pas sur une altération grave du consentement du donateur par l'effet de manoeuvres de captation du donataire.

### c) Les limites de la loi choisie par les parties

Le choix de loi opéré par les parties ne permet pas de résoudre toutes les questions. Outre que certaines questions ne font pas partie du domaine

39. L'action en révocation d'une donation peut d'ailleurs être assimilée à une action en résolution de la donation et non à une action en annulation. Voy. sur ce point H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T.II, 3<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 1964, n° 770, p. 737.

40. En ce sens, P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, (301), 308, n° 13. *Comp.* avec l'opinion anciennement défendue selon laquelle la règle donner et retenir ne vaut ressortissait au statut réel (en ce sens, Alger, 9 février 1910, *Revue de droit international privé*, 1913, (103), 110-111 et la note pp. 120-121 ainsi que *Pand. b.*, v° *Donation entre vifs*, T. 32, 705, n°s 865 et s. – qui justifie l'application de la loi réelle à la question de l'irrévocabilité parce que «le but de la loi a été de conserver les biens dans les familles»). La position actuelle en droit français est également que la révocation constitue un effet du contrat qui doit être régi par la loi d'autonomie : G. DROZ et M. RÉVILLARD, «Libéralités. Donations et trusts», *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 557-30, 7, n° 32.

41. Voy. déjà en ce sens, F. LAURENT, *Droit civil international*, t. VI, Bruylant, 1881, n°s 289-291.

42. L'on peut toutefois se demander si la loi d'autonomie a vocation à régir un droit de retour stipulé au profit des héritiers du donateur. M. Droz et Mme Révillard préfèrent un rattachement à la loi applicable aux substitutions (G. DROZ et M. RÉVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 7, n° 38).

43. Paris, 23 janvier 1990, *J.D.I.*, 1990, 994, note M.-L. NIBOYET-HOEGY. Selon la Cour, «la loi d'autonomie régissant le contrat est compétente quant à l'objet et la cause de la donation, ainsi que sur le consentement».

contractuel (voy. *infra* à propos notamment de la donation entre époux et de la capacité de donner et de recevoir), le choix d'une loi par les parties à la donation est susceptible de se heurter plusieurs limites.

La première tient au *caractère international* de l'opération. Une donation effectuée entre deux ressortissants belges, qui résident en Belgique, peut-elle être soumise à un droit étranger? La question se pose surtout à l'égard des donations effectuées pour des raisons liées au souhait des parties d'échapper à l'obligation d'enregistrement des actes notariés. Il est bien connu qu'un nombre important de ressortissants belges font appel aux services de notaires installés en Suisse ou aux Pays-Bas pour effectuer des donations. La plupart de ces donations portent sur des biens situés en Belgique. Ne peut-on dès lors pas considérer que ces donations ne possèdent pas la dimension internationale suffisante pour justifier le choix par les parties d'une loi? La question ne se posera que lorsque les parties ont choisi de soumettre leur donation à un droit étranger. Si les parties demeurent muettes sur ce point ou si elles soumettent leur donation au droit belge, il est évident que la donation sera soumise à la loi belge<sup>44</sup>.

Qu'en est-il d'une donation expressément soumise au droit suisse ou au droit néerlandais? L'on sait que la Convention de Rome n'évoque pas de manière explicite l'internationalité du contrat. L'article premier de la Convention se contente de limiter son application aux situations «*comportant un conflit de lois*». Si le seul choix d'une loi étrangère suffisait à conférer à la donation une dimension internationale, nul doute que les juridictions belges feraient fréquemment appel au mécanisme des lois d'application immédiate, voire même à la théorie de la fraude à la loi, pour justifier l'application de telle ou telle règle du droit belge malgré le choix des parties pour un droit étranger. Heureusement l'article 3, al. 3 de la Convention de Rome permet de prévenir cette tentation. Cette disposition permet en effet au juge d'appliquer les dispositions impératives de loi belge lorsqu'il apparaît que tous les éléments de la relation sont localisés en Belgique au moment du choix par les parties en faveur d'un droit étranger<sup>45</sup>.

Il me semble que cette disposition peut parfaitement s'appliquer lorsqu'un donateur et un donataire qui résident en Belgique se déplacent vers les Pays-Bas ou la Suisse pour effectuer une donation. La circonstance que les parties effectuent un véritable déplacement physique vers l'un de ces pays ne suffit pas pour conférer à l'acte une véritable dimension interna-

44. *Infra* sur la loi applicable à défaut de choix par les parties.

45. Dans son article remarqué, en forme de plaidoyer en faveur des donations effectuées à l'étranger, M. Verbeke se contente de rappeler l'existence de l'article 3, al. 3 de la Convention de Rome sans se prononcer clairement sur son application dans l'hypothèse visée : A. VERBEKE, *art. cit.*, T.E.P., 2006, (377), 384 et les notes 14, 15 et 16.

tionale qui permettrait d'écarter l'application de l'article 3, al. 3<sup>46</sup>. Ce serait donner à notre sens trop de poids à un déplacement dont la portée est en réalité fort limitée. Le choix par les parties d'une loi étrangère à l'occasion d'une donation réalisée aux Pays-Bas ou en Suisse ne peut dès lors empêcher les juridictions belges de puiser dans les ressources des dispositions impératives nationales. Il ne pourrait en aller autrement que si des éléments additionnels conféraient à la donation une dimension internationale. L'on songe à la donation par un donateur qui réside en Belgique d'un portefeuille de titre donné en dépôt à un établissement bancaire suisse<sup>47</sup>.

Une fois déterminé que la donation possède la dimension internationale requise, on peut encore s'interroger sur l'intervention éventuelle de mécanismes qui permettent d'écarter la loi choisie par les parties. Une question mérite à ce titre de retenir l'attention. Elle porte sur la révocation de la donation par le donateur. L'on connaît l'intransigeante position du droit belge sur ce point : mis à part entre époux, la règle de l'irrévocabilité est de rigueur. L'évolution récente des droits néerlandais et français pourrait susciter des envies. L'on sait en effet que ces droits permettent dans une certaine mesure au donateur de revenir sur une donation qu'il a effectuée<sup>48</sup>.

On a pu dès lors se demander si un donateur établi en Belgique pouvait soumettre la donation au droit néerlandais pour profiter de la plus grande souplesse offerte par ce droit. A raison, les commentateurs conseillent la plus grande prudence, dans la mesure où une telle donation pourrait être considérée comme nulle au regard du droit belge des successions puisqu'elle contrevient à une règle impérative, voire d'ordre public<sup>49</sup>. Cette solution nous semble s'imposer. Prétendre que le principe de l'irrévocabilité de la donation constituerait une loi d'application immédiate qu'un choix pour la loi néerlandaise ou française serait impuissant à écarter, nous semble aller trop loin, notamment dans la mesure où l'on ne s'accorde pas en droit interne sur la nature du principe de l'irrévocabilité. Par contre, il n'est pas exclu que l'importance accordée en droit interne à l'irrévocabilité de la donation justifie dans certaines circonstances, notam-

46. *Comp.* avec H. DEBUCQUOY, *art. cit.*, *T. Not.*, 1998, (156-190), 165, n° 21, qui plaide pour une application «souple» de l'article 3, al. 3, C. Civ.

47. A. VERBEKE, «Combi-schenking», in *Actualia schenkingen*, Larcier, 2005, (125-177), 169 XX.

48. En droit néerlandais, voy. l'article 177, al. 2 du Boek 7, Titel 3 du N.B.W., selon lequel «Indien een bevoegdheid is bedongen tot herroeping van een schenkingsovereenkomst als bedoeld in lid 1, kan deze herroeping behalve bij een tot de bevestigde gerichte verklaring ook bij een uiterste wilsbeschikking van de schenker zonder mededeling aan de begiftigde geschieden».

49. A. VERBEKE, «Onherroepelijkheid – rechtskeuze voor Nederlands recht», in *Handboek Estate planning*, livre II, *Vermogensplanning met effect bij leven : schenking*, A. VERBEKE et al. (éds.), Larcier, 2004, 187-188 et M. DELBOO, G. DEKNUDT et I. VERHULST, *Het Wetboek-IPR en vermogensplanning*, Kluwer, 2005, 56 (ces derniers auteurs ne prennent pas position, se contentant d'évoquer la question pour conclure que «*Het zal uiteindelijk aan de rechter toekomen geval per geval te oordelen in welke mate hij de contractuele vrijheid van partijen laat primeren*»).

ment lorsque les intéressés résident en Belgique, le recours à l'exception d'ordre public pour écarter l'application du droit néerlandais choisi par les parties. L'on hésitera dès lors à conseiller au donateur de soumettre la donation au droit néerlandais si le but est de lui permettre de revenir ultérieurement sur une donation.

### 3. *Le droit applicable à défaut de choix de loi*

Lorsque les parties n'ont pas soumis leur donation à une loi nationale donnée, la règle subsidiaire conduit, par le biais de la présomption en faveur du débiteur de la prestation caractéristique, à l'application de la loi de l'État dans lequel réside le donateur<sup>50</sup>. C'est en effet ce dernier qui fournit la prestation caractéristique de la donation, à savoir le transfert immédiat et irrévocable de la propriété de la chose donnée.

La donation immobilière fait cependant l'objet d'un rattachement particulier. En vertu de l'article 4, §3 de la Convention, lorsque le contrat a pour objet un droit réel ou un droit d'utilisation d'un immeuble, «la loi présumée avoir les liens les plus étroits avec le contrat est la loi de situation de l'immeuble».

### 4. *Questions particulières qui échappent à l'autonomie de la volonté*

Certaines questions échappent d'emblée à l'application de la loi d'autonomie. Il en va ainsi de la capacité des parties à une donation, de l'influence du mariage sur la donation et enfin du sort des donations-partages. Ces questions spécifiques méritent de recevoir une attention particulière.

#### a) **La capacité de donner et de recevoir**

Le Code consacre l'application de la loi nationale pour déterminer la capacité d'une personne, sous réserve de l'application du renvoi lorsque le droit étranger conduit à l'application du droit belge<sup>51</sup>. La capacité de disposer à titre gratuit suivra donc la loi nationale du disposant et ce que la donation porte sur des biens meubles ou immeubles. Cette loi s'impose

50. En ce sens, avec toutefois une certaine hésitation, F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 914, n° 14.191. La doctrine néerlandaise confirme l'application de la loi du donateur : R.I.V.F. BERTRAMS et F.J.A. VAN DER VELDEN, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Tjeenk Wilink, 1999, 125. Pour la doctrine allemande, voy. B. VON HOFFMANN et K. THORN, *Internationales privatrecht*, Beck, 2005, 441, n° 46. Pour la doctrine française, M. REVILLARD, *o.c.*, 457, n° 792; G. DROZ et M. REVILLARD, «Libéralités. Donations et trusts», *Juris-Classeur. Droit international*, Fasc. 557-30, 6, n° 28 et T. VIGNAL, note sous Cass., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, (1116), 1120.

51. Art. 34.



pour déterminer si un mineur peut se défaire d'un bien par donation. De même la capacité de recevoir obéit également à la loi nationale de l'intéressé. Même si l'article 34 du Code ne le précise pas, il s'impose de tenir compte de la nationalité au moment où l'acte est posé.

L'application généralisée de la loi nationale n'est cependant pas sans limite. D'une part lorsqu'est en jeu la capacité de donner ou de recevoir d'un adulte, l'article 35, § 1<sup>er</sup> du Code impose l'application de la loi de sa résidence habituelle. L'on interrogera cette loi lorsque la donation est le fait d'un interdit judiciaire ou d'une personne inapte pourvue d'un administrateur provisoire.

D'autre part, la loi nationale n'a vocation qu'à régir la seule détermination de la capacité. Les mesures à prendre pour protéger l'incapable sont toujours selon l'article 35, § 1<sup>er</sup> du Code, du ressort de la loi de la résidence habituelle de celui-ci. Il faudra dès lors interroger le droit belge pour déterminer comment organiser la représentation d'un enfant mineur résidant en Belgique, à qui ses grands-parents, des ressortissants néerlandais qui résident également en Belgique, souhaitaient par exemple faire donation des certificats qu'ils possèdent dans un *administratiekantoor* de droit néerlandais, qui chapeaute la société familiale.

En matière de libéralités, l'intérêt du praticien se portera enfin sur les incapacités spéciales qui frappent certaines personnes. La plupart de ces incapacités visent à protéger le patrimoine successoral du donateur. L'on pense aux incapacités spéciales qui frappent par exemple les médecins et les ministres du culte. Conformément au prescrit de l'article 80, § 1-9° du Code, ces incapacités sont soumises à la loi successorale<sup>52</sup>, ce qui n'est pas sans poser un problème de prévisibilité (*infra*)<sup>53</sup>.

Il ne faut pas confondre ces incapacités spéciales avec l'existence ou l'intégrité du *consentement* d'une partie. L'on sait qu'en matière de libéralités, l'exigence de consentement est soumise à un contrôle particulier. L'exigence et l'intégrité du consentement sont des questions purement contractuelles, qui sont soumises à la loi d'autonomie<sup>54</sup>. La distinction ne

52. Ce rattachement vaut pour l'ensemble des libéralités et n'est pas limité aux seuls testaments. *Comp.* avec le rattachement à la loi d'autonomie proposé avant la codification par P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, (301), 309, n° 13 – rattachement justifié par la nécessité de pouvoir apprécier immédiatement la validité de la donation sans attendre de connaître la loi successorale. Voy. la discussion dans la doctrine française sur le rattachement approprié pour ces incapacités spéciales : G. DROZ et M. REVILLARD, «Libéralités – problèmes communs», *Juris-Classeur Dr. international*, Fasc. 557-20, 6, n°s 21-25 (ces auteurs considèrent que les incapacités spéciales sont «applicables en France au titre de loi de police dès que les personnes visées y exercent leur activité»).

53. L'on pourrait aboutir à l'application de la loi successorale en considérant que ces incapacités spéciales sont propres à un rapport juridique et que dès lors en vertu de l'article 34, § 2 du Code, elles sont régies par la loi applicable à l'institution à laquelle elles se rattachent. Ce serait toutefois donner une portée trop large à cette règle dont les contours ne se laissent pas facilement deviner.

54. Dans la doctrine française, voy. G. DROZ et M. REVILLARD, «Libéralités – problèmes communs», *Juris-Classeur Dr. int.*, fasc. 557-20, 3, n° 4.

sera pas toujours évidente à faire. Quelle loi retenir par exemple lorsqu'une partie entend obtenir la nullité d'une donation en se fondant sur le fait que le consentement du donateur a été vicié du fait de manœuvres de captation du donataire? *A priori*, c'est l'intégrité du consentement qui est en cause. Il faut donc retenir l'application de la loi d'autonomie. Cependant, les circonstances pourraient permettre de rapprocher la question des incapacités spéciales instituées par certains droits. Lorsque l'on entend remettre en cause le consentement du donateur en raison des agissements du donataire, ne vise-t-on pas en effet à protéger les héritiers? L'application de la loi successorale n'est donc pas exclue<sup>55</sup>.

L'on retiendra également que la capacité de donner et le droit de recevoir des personnes morales et des établissements publics répond à un rattachement spécifique<sup>56</sup>. C'est le droit applicable à la personne morale qui a vocation à régir ces questions<sup>57</sup>. Il n'est pas besoin, comme le proposait Pouillet, de 'doubler' ce rattachement en consultant également la loi de la succession dont l'illustre auteur expliquait qu'elle devait s'appliquer pour «protéger les familles contre des legs excessifs qui en les dépouillant exposeraient les héritiers à tomber à charge de la bienfaisance publique»<sup>58</sup>. Le régime d'autorisations spéciales mis en place notamment pour les libéralités faites aux associations sans but lucratif ou les fondations nous semble en effet constituer un rempart suffisant, pour autant qu'on accepte, à la suite de la doctrine française<sup>59</sup>, que ce régime constitue une règle de souveraineté applicable directement à toutes les donations portant sur des biens situés en Belgique.

## b) Les donations entre époux

L'on sait que dans certaines législations, la donation entre époux fait l'objet de dispositions particulières. Ces donations sont parfois prohibées<sup>60</sup>, elles sont parfois soumises à un régime spécial de révocabilité.

55. Voy. les observations en ce sens de M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous Paris, 23 janvier 1990, *J.D.I.*, 1990, 1001-1002.

56. Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, S.O. 2003, 3-27/1, p. 109 : «La loi successorale ne régit pas une cause d'incapacité qui résulte de la personne même de l'incapable ou d'une personne morale, questions relevant respectivement des catégories de l'incapacité et du droit des sociétés.»

57. En ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 914, n° 14.192.

58. P. POULLET, *o.c.*, 552-553, n° 471.

59. Voy. la doctrine citée par G. DROZ et M. RÉVILLARD, «Libéralités – problèmes communs», *Juris-Classeur Droit international*, fasc. 557-20, 5, n° 17.

60. Selon Mme Révillard, la donation entre époux est prohibée par les législations des pays suivants : Italie, Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Equateur, Honduras, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Slovaquie, République Tchèque, Hongrie, Pologne, Roumaine, Liban, Côte d'Ivoire et ex-Yougoslavie (M. RÉVILLARD, *o.c.*, 352, n° 650). Pour l'Italie, l'on ajoutera que si l'article 781 du Code civil italien prohibe effectivement les donations entre époux sauf les libéralités conforme aux usages, cette disposition a été jugée anticonstitutionnelle en 1973. Il semble toutefois que les donations de biens à venir demeurent

Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, la loi applicable à de telles donations faisait l'objet de nombreuses discussions<sup>61</sup>. Eu égard aux liens existant avec plusieurs branches du droit, l'on pouvait hésiter entre la loi qui régit le régime matrimonial, celle qui gouverne les effets du mariage et enfin la loi applicable à la succession. La difficulté était d'autant plus grande que la jurisprudence ne semble pas avoir abordé la question.

La doctrine n'avait pas permis de dégager une solution unanimement acceptée. Alors que M. van den Eynde mettait en avant le caractère contractuel de la donation pour plaider pour l'application de la loi d'autonomie, ne réservant à la loi des effets du mariage et à la loi successorale qu'un rôle secondaire<sup>62</sup>, Mme Watté avait par contre soutenu l'application de principe de la loi des effets du mariage, sous la seule réserve de l'intervention de la loi successorale pour déterminer le montant de la réserve et celui de la quotité disponible entre époux<sup>63</sup>. La donation de biens à venir entre époux faisait l'objet de controverses encore plus pointues<sup>64</sup>.

L'article 48, §2, 4° du Code permet d'apporter une réponse ferme à la question. Cette disposition précise que « l'admissibilité des contrats et des libéralités entre époux et la révocation de celles-ci » sont soumis à la loi des effets du mariage<sup>65</sup>. On sait que cette dernière est déterminée par référence non plus directement à la nationalité des époux mais d'abord et avant tout à leur résidence habituelle<sup>66</sup>. En principe la résidence habituelle des époux doit s'apprécier « au moment où ces effets sont invoqués ». Ce fai-

rent impossibles dans la mesure où l'article 771 du même Code prévoit que « la donation ne peut comprendre que les biens présents du donateur. Si elle comprend des biens à venir, elle est nulle quant à ces biens ». La donation entre époux de biens à venir demeurent dès lors de toute façon interdite.

61. Voy. notamment P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, 301-316, spéc. pp. 311-314.

62. P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, (301), 311-314.

63. N. WATTÉ et L. BARNICH, « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Rép. Not.*, T. XVIII, L. II, Larcier, 1997, 97, n° 87.2 (se fondant sur l'autorité d'un arrêt prononcé par la Cour d'Appel de Bruxelles, 22 avril 1988, *J.T.*, 1988, 664, dans lequel la Cour avait surtout insisté sur le fait que les donations entre époux trouvent leur « cause dans les relations personnelles des époux et la force du lien qui les unit »). *Comp.* avec R. DE VALKENEER et L. BARNICH, « Le mariage et ses effets patrimoniaux en droit international privé », in *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Maklu, 1995, 120-121 (ces auteurs proposent de retenir la loi régissant les effets personnels du mariage, même pour les donations immobilières, suite à la jurisprudence française en ce sens. Ils semblent toutefois réserver le jeu de la loi successorale dans la mesure où ils n'évoquent que l'admissibilité et le caractère révocable des donations entre époux).

64. Voy. notamment N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, T. XV, livre XIV-3, Larcier, 1992, 131, n°s 127 et s.

65. La solution semble bien acceptée en droit comparé. En droit néerlandais, voy. R.I.V.F. BERTRAMS et E.J.A. VAN DER VELDEN, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Tjeenk Willink, 1999, 125, qui écrivent à ce propos que « Het vereiste van toestemming van de andere echtgenoot voor een schenking bedoeld in ar. 1:88 B.W. wordt gekwalificeerd als een kwestie behorend tot de rechten en plichten tussen echtgenoten. Het op de schenking toepasselijke recht is dus niet bepalend voor de eventuele toepasselijkheid van art. 1:88 B.W. ». En droit français, G. DROZ et M. RE-VILLARD, « Libéralités – donations trusts », *Juris-Classeur Dr. int.*, Fasc. 557-30, 8, n°s 43-44.

66. Voy. pour plus de détails nos observations in « Relations bancaires et dimensions internationales : questions choisies de droit international privé », in *Banque et Famille*, M. TISON et al (éds.), Bruylant, 2006, 190-199.

sant, c'est la concrétisation actuelle du facteur de rattachement qui est pertinente. A l'égard de donations ou d'autres actes juridiques, le Code offre une solution encore plus précise puisque l'article 48 retient comme moment pertinent pour déterminer le critère de rattachement, celui où l'acte a été passé. Ce critère offre une très grande sécurité juridique<sup>67</sup>.

Ce n'est qu'à défaut de résidence des époux sur le territoire d'un même État que l'article 48 retient la loi nationale commune des époux. Partant, la perspective est inversée, la nationalité n'assumant qu'un rôle subsidiaire.

La loi applicable aux effets du mariage régit non seulement l'admissibilité des donations entre époux, mais également leur révocabilité. A propos de deux ressortissants français qui résident depuis leur mariage en Suisse, l'on acceptera dès lors qu'une donation ne peut être révoquée *ad nutum* puisque le droit suisse ne fait pas un sort particulier aux donations entre époux, qui sont dès lors soumises aux seules causes de révocation prévues pour les donations en général. Une solution identique doit prévaloir lorsque la donation est effectuée par contrat de mariage. Étendre à la donation effectuée par ce biais le rattachement du contrat à l'autonomie de la volonté permettrait en effet trop facilement de contourner l'application de la loi qui régit les effets du mariage<sup>68</sup>.

Le rôle principal accordé à la loi des effets du mariage n'épuise cependant pas l'ensemble des questions que la donation entre époux est susceptible de soulever. Comme on a pu l'écrire, «l'accès aux donations relève de la loi des effets du mariage mais quant à leur efficacité, les donations à cause de mort n'échapperont pas à la censure de la loi successorale, qui régit, notamment, aux termes de l'article 80, §1, “la validité au fond des dispositions à cause de mort” (5°) ainsi que “la quotité disponible, la réserve et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort” (6°)»<sup>69</sup>. Comme on le verra ci-après, il est en effet impératif de tenir compte de la loi successorale pour donner une analyse complète de la donation<sup>70</sup>.

En outre, il faut également réserver l'effet que peut avoir la loi du divorce sur les donations que les époux se sont consenties. Cette loi peut en effet entraîner ou à tout le moins permettre la révocation de telles donations. Puisque les époux ne sont plus mariés, il serait singulier de rechercher

67. La solution est la même en droit français, où la jurisprudence retient la loi des effets personnels telle qu'elle existait à la date de la libéralité (G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 8, n° 45).

68. Par contre, l'on acceptera que la possibilité de modifier une donation faite par convention matrimoniale relève de la loi applicable au régime matrimonial. En ce sens, N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, T. XV, livre XIV-3, Larcier, 1992, 132, n° 128.

69. J.-L. VAN BOXSTAEL, «Le régime matrimonial dans l'espace-temps. Brève excursion à travers les planètes», *Rev. not. b.*, 2006, (31), 323, note 47.

70. M. REVILLARD, *o.c.*, 355, n° 652 fait remarquer à juste titre à ce propos que «la donation entre époux sera réduite à la plus forte quotité disponible prévue par la loi successorale compétente».

dans la loi qui régissait les effets de leur mariage la solution au sort des donations après le divorce. C'est plus naturellement à la loi du divorce qu'il revient de se prononcer sur ce point<sup>71</sup>.

L'on peut se demander si ce système, fondé sur le dépeçage de la donation entre époux entre d'une part la validité de principe, soumise à la loi des effets du mariage et d'autre part l'incidence successorale, régie par la loi de la succession, peut également s'appliquer aux donations de biens à venir. La jurisprudence française fait à ce propos une distinction entre d'une part la donation de biens présents, soumise à la loi régissant les effets du mariage<sup>72</sup> et d'autre part la donation immobilière de biens à venir, soumise à la loi successorale<sup>73</sup>. Les termes utilisés par l'article 48 du Code ne permettent pas de distinguer selon la nature des biens donnés. La loi des effets du mariage possède dès lors un titre certain à régir la donation de biens à venir. L'on ne peut toutefois oublier que la donation de biens à venir doit être assimilée à un mode contractuel de dévolution de la succession. Dans la mesure où l'article 80, § 1, 6 soumet à la loi successorale les «autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort», il nous semble délicat d'exclure l'application de cette loi aux donations de biens à venir<sup>74,75</sup>.

### c) Donations qui mettent en péril les intérêts de la famille

L'article 224, § 1, 3° C. civ. permet à un conjoint de demander l'annulation d'une donation consentie par son époux lorsque celle-ci met en péril les intérêts de la famille. Cette disposition ne connaît pas nécessairement d'équivalent dans tous les droits nationaux. Il faut dès lors se demander dans quelles circonstances elle peut intervenir.

71. Voy. en droit français G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 8, n° 47. *Comp.* avec P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, 313, n° 21, qui semble préférer l'application de la loi des effets du mariage pour régir l'éventuelle révocation de plein droit en cas de divorce ou de séparation de corps.
72. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 15 février 1966, *Campbell-Johnson*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1966, 273, note H. BATIFFOL (donation mobilière de biens présents); Cass., 1<sup>ère</sup> ch., 3 avril 1990, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1991, 104, note B. ANCEL (*idem*) et Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 12 juin 1979, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1980, 322, note G. LÉGIER (donation de biens immobiliers présents).
73. Paris, 26 février 1964, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1965, 334, note LE BRIS.
74. Sur les doutes existant à propos de la donation de biens à venir avant l'entrée en vigueur du Code, voy. N. WATTÉ et L. BARNICH, *o.c.*, 98, n° 87.4. *Comp.* avec R. DE VALKENEER et L. BARNICH, *art. cit.*, 121.
75. Toujours à propos des donations entre époux, l'on peut se demander quel rattachement privilégier lorsque la donation de biens à venir est effectuée par contrat de mariage. Une donation de ce type est-elle également révocable *ad nutum*? L'on peut accepter avec M. Droz et Mme Révillard que «la question de savoir si la donation de biens à venir entre époux par contrat de mariage est ou n'est pas révocable unilatéralement par le donateur continue de dépendre de la loi successorale alors que la question de savoir si la même donation peut être modifiée ou révoquée par le consentement mutuel des époux à l'occasion d'un changement de régime dépend de la loi applicable au régime matrimonial». G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 11, n° 68.

Comme pour la question précédente, il est indéniable que l'incidence de la relation entre époux sur la validité d'une donation consentie par un époux n'appartient pas au statut contractuel. Il s'agit manifestement d'un effet du mariage. En principe, il faudra dès lors comme le prescrit l'article 48 du Code, consulter la loi de la résidence habituelle des époux pour déterminer si la méconnaissance par l'un d'eux des intérêts du ménage permet à l'autre de solliciter l'annulation d'une donation.

Même si elle vise à protéger la stabilité familiale, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de conférer à l'article 224, §1, 3° C. civ. le statut de loi d'application immédiate. L'intérêt que vise à protéger le législateur avec cette disposition est trop directement lié à la sphère privée pour justifier une mesure aussi radicale.

#### d) Donations-partages

L'on connaît l'intérêt de la donation-partage pour procéder à l'avance à un partage global de la succession. Les difficultés du partage d'une donation présentant une dimension internationale renforce encore cet intérêt. Il ne fait que peu de doute qu'une telle donation doit être rattachée à la loi successorale<sup>76</sup>. Il appartiendra dès lors à la loi successorale de déterminer si l'omission d'enfant peut donner lieu à la nullité de la donation-partage ou encore si l'un des héritiers peut postuler la rescision de la donation pour lésion de plus du quart.

Comme on le verra ci-après la compétence de la loi successorale n'est pas sans soulever une difficulté liée au manque de prévisibilité, que seule une solution conventionnelle pourrait aider à surmonter<sup>77</sup>. Le choix par les parties d'une loi est un palliatif aux effets limités dans la mesure où ce choix ne peut s'exercer que dans les limites de la loi successorale. Il appartiendra dès lors à cette dernière de faire respecter la quotité disponible.

Outre une difficulté liée à la détermination anticipée de la loi successorale, l'application de cette loi conduit à un partage de la masse successorale entre meubles et immeubles, ce qui est peu propice aux solutions globales. Une importante doctrine a dès lors suggéré d'écarter la loi successorale au profit d'une loi unique. Pour les uns il doit s'agir de la loi d'autonomie<sup>78</sup>, pour les autres de la loi nationale de l'ascendant au jour de son décès<sup>79</sup>.

76. Voy. les nombreuses références citées par N. WATTÉ, *op. cit.*, in *Rép. Not.*, T. XV, I. XIV-3, Bruxelles, Larcier, 1992, 133, n° 131. En France, G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, 10, n° 56.

77. La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1989 sur la loi applicable aux successions a prévu des dispositions particulières à propos des pactes successoraux (artt. 8 à 12). Voy. les commentaires de N. WATTÉ, *op. cit.*, n°s 160 et s., spéc. n° 164.

78. N. WATTÉ, *op. cit.*, 133, n° 131.

79. J. SACE, « Quelques réflexions sur les conflits de lois en matière de partage d'ascendant », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Nemesi, 1986, (675-715), 689-690.

### C. Effets de la donation au décès du donateur

Il est bien connu que la solidité et l'efficacité d'une donation s'apprécie notamment au décès du donateur. Si la succession présente un élément international, elle sera régie par la *lex successionis*. Il importe dès lors de se demander dans quelle mesure cette loi peut intervenir pour limiter les effets d'une donation.

#### 1. Le rôle de la loi de la succession

Nul ne conteste la compétence des règles de la loi successorale dès que la succession est ouverte. Il ne suffit toutefois pas d'écrire, comme le faisait Ponsard, que «l'autonomie régit la donation du vivant du donateur et la loi successorale dès son décès»<sup>80</sup>. En réalité, même après le décès du testateur, l'intervention de la *lex successionis* ne concerne que certaines questions, d'autres étant délaissée à la loi d'autonomie<sup>81</sup>. Il en va ainsi de la révocation possible de la donation pour ingratitude après le décès du donateur<sup>82</sup> ou encore de la révocation pour survenance d'enfant<sup>83</sup>, questions qui échappent à la loi successorale<sup>84</sup>.

Si la loi successorale s'empare de la donation, c'est principalement pour protéger la réserve des héritiers<sup>85</sup>. L'article 80, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup> du Code confirme que la *lex successionis* détermine notamment la quotité disponible, la réserve et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort. Selon l'article 80, § 1, 10<sup>o</sup>, la même loi régit le rapport et la réduction des libéralités dépassant la quotité disponible<sup>86</sup>. Comme on a pu l'écrire, la loi successorale intervient pour régir le rapport à fin d'égalité, à savoir pour reconstituer soit réellement soit fictivement la masse successorale dans son état primitif<sup>87</sup>. La loi successorale interviendra dès lors pour tout ce qui touche à la réduction des libéralités pour dépassement de la quotité

80. A. PONSARD, v<sup>o</sup> Donation, *Rép. Dalloz Dr. international*, p. 651, cité par R. VANDER ELST, *o.c.*, 212, n<sup>o</sup> 44.4.

81. M. van den Eynde explique fort justement que la loi successorale s'appliquera aux donations «dans la mesure des incidences successorales qui pourraient se rencontrer» : P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, 314, n<sup>o</sup> 24.

82. La révocation peut être demandée par les héritiers du donateur dans les conditions posées par l'article 957 al. 2 C. civ.

83. Pour autant que cette circonstance constitue encore une cause de révocation de la donation. En droit belge, il n'en va plus ainsi depuis la réforme du 31 mars 1987.

84. Sur ce que la révocation d'une donation pour survenance d'enfant doit être rattaché à la loi d'autonomie et non à la loi successorale, voy. G. DROZ et M. RÉVILLARD, *art. cit.*, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 557-30, 7, n<sup>o</sup> 36.

85. La Cour de cassation française a pu décider que «les libéralités entre vifs sont soumises à la loi successorale pour tout ce qui concerne les règles protectrices des droits des héritiers, spécialement celles relatives à la réserve héréditaire» (Cass. fr., 1<sup>ère</sup> ch. Civ., 18 octobre 1988, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1989, 369).

86. La même règle existe en droit international privé français, voy. M. REVILLARD, *o.c.*, 359, n<sup>o</sup> 659.

87. G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 11, n<sup>o</sup> 70.



disponible : qualité pour agir en réduction, ordre des réductions et mode des réductions.

L'affaire *Caron* permet d'illustrer les rôles respectifs de la *lex successionis* et de la loi d'autonomie : cette espèce bien connue qui a donné lieu à un nombre importants de décisions des juridictions françaises, notamment sous l'angle de la fraude à la loi, portait sur le sort du patrimoine d'un défunt, M. Jean-Claude Caron, ressortissant français devenu américain par naturalisation. L'intéressé possédait un immeuble en France qu'il avait cédé à une société de droit américain dont il était l'actionnaire principal. Après avoir jugé que la vente de l'immeuble à la société constituait une manœuvre frauduleuse dont le seul but avait été d'éluider l'application des règles françaises relatives à la réserve héréditaire, la Cour d'Appel de Paris s'est prononcée sur la donation déguisée consentie par le défunt aux conjoints Odell et qui portait sur une partie des actions de la société américaine<sup>88</sup>. Non content en effet d'avoir cédé la propriété de l'immeuble à une société, le défunt avait en outre cédé un tiers du capital de celle-ci à des tiers. Les héritiers spoliés arguaient qu'il s'agissait en réalité d'une donation déguisée. La Cour d'appel a fait remarquer que jusqu'à l'annulation du testament du défunt, le litige «avoir pour principal objet la protection des droits [des héritiers réservataires] en tant qu'héritiers, victimes d'une spoliation de la part de leur auteur...», ce qui justifiait l'application de la loi française au titre de loi de la succession, puisque l'immeuble litigieux était situé en France. La Cour a ensuite constaté qu'en l'état du litige, la question de la protection des droits successoraux des héritiers était hors du débat, celui-ci portant sur la seule validité de l'acte dont les héritiers alléguaient qu'il s'agissait d'une donation déguisée. Ceci a permis à la Cour d'en appeler au «jeu normal de la règle de conflit» qui conduisait à l'application de la loi d'autonomie. C'est donc à la lumière de la loi américaine, dont la Cour a admis qu'elle avait à tout le moins été choisie implicitement par les parties à la donation pour régir celle-ci.

Le sort d'une donation déguisée en cas de décès du donateur constitue une autre illustration du partage des rôles entre la loi successorale et le régime général des donations. Il n'est pas contesté que la loi successorale a vocation à régir l'action en réduction d'une donation déguisée<sup>89</sup>. C'est ainsi que la Cour de cassation française a pu reprocher à une Cour d'Appel d'avoir annulé une donation déguisée consentie par un ressortissant français à sa maîtresse au motif que la dissimulation opérée avait eu pour objet de priver l'enfant légitime du donateur d'une part de la succession de son père, sans rechercher si la loi suisse, applicable à la succession du

88. Paris, 23 janvier 1990, *J.D.I.*, 1990, 994, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

89. G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 11, n° 72. *Adde* Paris 8 avril 1992, *JDI*, 1993, 313 note REVILLARD.



donateur, permettait de justifier une telle annulation<sup>90</sup>. L'on ne saurait toutefois oublier que la question de la validité intrinsèque de la donation déguisée échappe à l'empire de la loi successorale. La nullité éventuelle d'une donation déguisée qui porterait donation de façon trop apparente est du ressort exclusif de la loi applicable à la forme de la donation.

## 2. *La détermination de la loi successorale*

L'emprise de la loi successorale sur la donation après le décès du donateur est incontestable. La difficulté évidente est que la *lex successionis* ne sera connue de façon certaine qu'après le décès du donateur. En matière mobilière la loi de la succession est en effet fonction de la dernière résidence habituelle du défunt. Lorsque la donation porte sur un immeuble, il est en principe plus facile d'anticiper puisque la loi de la succession est moins susceptible d'être modifiée – sauf pour les immeubles à acquérir dans le cas d'une donation universelle. L'application du mécanisme du renvoi pourrait toutefois dans certains cas déjouer les attentes des parties.

Ainsi si un donateur ressortissant belge décide de s'installer en Espagne après sa retraite, il faudra en principe tenir compte du droit espagnol pour déterminer si la donation qu'il a consentie avant son départ à l'un de ses enfants, ne dépasse pas les limites de la quotité disponible.

Le problème de la prévisibilité n'est pas neuf. Il a notamment été le point de départ d'une réflexion dans la doctrine française à propos des donations de biens à venir entre époux. Constatant que l'application de la loi successorale ne permet pas de garantir la prévisibilité des solutions. MM. Batiffol et Lagarde ont notamment estimé que «la validité, la révocabilité de l'institution contractuelle mobilière appellent une solution immédiate durant la vie du donateur qu'il vaut mieux ne pas voir remettre en cause par la loi du domicile de l'instituant au jour de son décès»<sup>91</sup>.

Le choix de loi permis par le Code permet-il de se prémunir contre l'incertitude liée à l'application de la loi de la succession? L'article 79 du Code permet au testateur de fixer la loi applicable à sa succession par le biais d'une option de législation. Si la donation est accompagnée d'un testament dans lequel le testateur fait usage de la possibilité offerte par l'article 79, l'ensemble permettra dans une certaine mesure d'anticiper au mieux l'ouverture de la succession. La construction n'est toutefois pas sans faille. D'une part, le choix ne peut porter sur la loi nationale du défunt ou la loi de sa résidence habituelle – cette dernière étant appréciée au

90. Cass. fr., 1<sup>ère</sup> ch. Civ., 18 octobre 1988, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1989, 369.

91. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Dalloz, n° 640. Voy. les solutions proposées par d'autres auteurs et présentées par G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 10-11, n<sup>os</sup> 62-66.



moment du choix de la loi ou au moment du décès. Il faudra en tenir compte lors du choix de la loi applicable à la donation, les deux opérations devant être soumises à la même loi. Or en matière de donation, le choix est libre.

En outre, le Code ne reconnaît à la *professio iuris* qu'une valeur limitée. La loi choisie par le futur défunt ne peut en aucun cas «avoir pour effet de priver un héritier du droit à la réserve que lui assure» la *lex successionis*. Les limites de cette règle sont bien connues<sup>92</sup>. Elle entraîne néanmoins un effet radical sur la loi choisie par le défunt qui sera écartée à la demande d'un héritier si celui-ci démontre que la loi choisie par le défunt le prive d'un droit à la réserve que lui assure soit la loi de la dernière résidence habituelle du défunt, pour les biens meubles, soit le droit du lieu de situation pour les biens immeubles.

Le Code de droit international privé ne permet dès lors pas au donateur d'anticiper de manière absolue sur l'ouverture de sa succession.

### *D. Compétence des juridictions belges à l'égard des donations*

Il n'est pas inutile de s'interroger brièvement sur la détermination de la juridiction compétente en cas de litige à propos d'une donation. Cette question n'est en effet que fort rarement abordée, alors qu'elle n'est pas dénuée de difficulté.

Pour faire bref, cette question ne sera étudiée que sous l'angle du Règlement 44//2001, dont on sait qu'il constitue la pierre angulaire des conflits de juridiction en Europe. Si ce Règlement n'a pas vocation à déterminer les juridictions compétentes pour connaître d'un litige familial, il n'existe aucune raison d'en exclure l'application au contentieux des libéralités entre vifs. L'on réservera uniquement les litiges qui pourraient naître entre époux à propos d'une donation, la dimension familiale prononcée de ces litiges hypothéquant l'application du Règlement.

#### *1. Les litiges qui naissent du vivant du donateur*

Parmi les dispositions du Règlement, deux dispositions appellent des commentaires particuliers. L'on peut être bref sur l'application de

92. Et notamment la question de savoir comment mettre en œuvre la protection des héritiers réservataires : faut-il procéder à une comparaison entre la protection offerte par la loi choisie et la loi objectivement applicable à la succession? Sur ce point, voy. nos observations in *Rev. gén. dr. civ.*, 2005, 381-382, n<sup>os</sup> 18 et s.

l'article 23 : il est évident que les parties à une donation peuvent prévoir dans la donation que les litiges éventuels seront tranchés les juridictions du pays de leur choix. Point n'est d'ailleurs besoin d'accorder compétence aux juridictions de l'État sur le territoire duquel la donation a été conclue – ce qui permettra à des ressortissants belges de confier aux tribunaux belges la résolution des litiges qui pourraient survenir à propos d'une donation consentie aux Pays-Bas. L'on ne saurait par ailleurs perdre de vue les avantages qu'offre l'arbitrage pour résoudre des conflits qui peuvent avoir une dimension familiale exacerbée et à propos desquels la confidentialité constitue un avantage indéniable.

A défaut de choix par les parties dans la donation, le demandeur devra s'en remettre aux juridictions de l'État sur le territoire duquel le défendeur est domicilié – une règle qui ne suscite pas de difficultés particulières. Il en va autrement du *for contractuel* dont l'application à certains litiges relatifs aux donations peut s'avérer délicate. Que penser par exemple de la demande en révocation introduite par le donateur qui se fonde sur l'ingratitude du donataire? L'on ne pourrait faire reposer la compétence des juridictions sur l'obligation reposant sur le donateur, de transférer la propriété des choses données. Cette obligation ne sera en effet pas au centre du litige puisqu'en principe le transfert de propriété aura eu lieu au moment de la conclusion de la donation<sup>93</sup>.

Si l'on tente d'appliquer l'article 5(1) du Règlement à une pareille action en révocation, une autre piste pourrait consister à retenir comme fondement de la compétence du juge l'obligation de reconnaissance imposée au donataire. Cette approche n'est toutefois pas sans appeler quelques réserves. Certes, rien n'interdit de fonder le jeu de l'article 5(1) sur une obligation légale, c'est-à-dire une obligation que la loi attache au contrat<sup>94</sup>. Encore faut-il s'accorder sur l'existence d'une véritable obligation de gratitude. En réalité il semble pour le moins artificiel de considérer que l'ac-

93. En droit belge, la donation est instantanément translatrice de propriété. Le transfert a lieu *solo consensu* – sauf pour le don manuel. L'article 938 du Code civil dispose en effet que «La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin de tradition».

94. L'article 5(1)<sup>o</sup> vise la matière «contractuelle». A l'intérieur du cadre contractuel, toutes les obligations des parties, quelle que soit leur source, sont susceptibles de fonder la compétence du juge. Ceci a été confirmé par la Cour d'Appel anglaise dans l'affaire *Agnew (Agnew and others c. Lansförsäkringsbolagens AB, CA [1997] 4 All ER 937)*. En l'espèce, un réassureur londonien demandait l'annulation d'un traité de réassurance conclu avec des assureurs suédois, alléguant que ces derniers avaient omis de leur communiquer certaines informations pertinentes. Le demande était fondée sur la violation du devoir de bonne foi («duty of good faith») dont les parties s'accordaient pour dire qu'il n'était pas prévu par le contrat, mais constituait une obligation imposée par l'équité (*equity*). La Cour d'Appel a accepté de tenir compte de cette obligation pour fonder la compétence des juridictions anglaises sur base de l'article 5(1) de la Convention de Lugano. Selon la Cour d'Appel, «If the proceedings are not brought to enforce a contract or to obtain a recompense for its breach ... but nevertheless they are in a 'matter related to contract', then in my view the obligation in respect of which relief is claimed is the obligation whose place of performance has to be determined for the purposes of applying art 5(1)» ([1997] 4 All ER 937, 942).

tion en révocation, qui est instituée par l'article 955 du Code civil, constitue la sanction de la violation d'une obligation que la loi impose au donataire. Il est exact que l'action en révocation est fondée sur l'ingratitude du donataire vis-à-vis du donateur. La donation n'en demeure pas moins un contrat unilatéral qui n'entraîne aucune obligation dans le chef du donataire. Si l'on a coutume d'invoquer l'obligation de reconnaissance que le donataire contracte envers son bienfaiteur, c'est en réalité pour mieux expliquer le fondement de l'action en révocation. Au mieux cette obligation est-elle dès lors une obligation morale de ne pas faire<sup>95</sup>. Or il semble pour le moins délicat de fonder l'application de l'article 5(1) du Règlement sur une telle obligation morale.

Au final, l'on retrouve avec le contentieux de la révocation de la donation les difficultés qu'a pu faire naître le contentieux de l'annulation du contrat<sup>96</sup> : dans les deux cas l'article 5(1) du Règlement 44/2001 paraît singulièrement inadapté pour appréhender ces litiges qui ne répondent pas aux canons du contentieux contractuel.

95. M. de Page écrivait à ce propos que «Moralelement, il est incontestable que le donataire contracte une obligation de reconnaissance envers son bienfaiteur. Sur ce terrain d'ailleurs, on peut discuter à l'infini sur l'étendue de cette obligation, ainsi que sur le cas et les formes dans lesquels elle aura à se réaliser. C'est précisément pour éviter des discussions de ce genre, essentiellement incertaines et partant arbitraires, que le droit ignore l'obligation de reconnaissance, tout au moins sous sa forme positive. Il ne l'admet que sous forme d'obligation de ne pas faire, de prestation abstentive, et de plus, uniquement dans les cas prévus par la loi. Ce sont les cas d'ingratitude précisés par l'article 955 (attentat à la vie du donateur; sévices, délits ou injures graves, refus d'aliments) qui entraînent [...] la révocation de la donation». (H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. VIII-I, 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 1962, p. 723, §610). Laurent n'écrivait pas autrement : «Il n'y a donc ni engagement du donataire, ni condition résolutoire tacite. Le donataire est certes tenu à la reconnaissance, mais ce devoir moral ne transforme pas la donation en contrat synallagmatique; et dès lors que le contrat n'est pas bilatéral, il ne peut être question d'une condition résolutoire tacite, cette condition n'étant sous-entendue que dans les contrats bilatéraux. Toutefois il y a quelque chose de vrai dans l'idée de Domat : le devoir moral de reconnaissance est considéré par la loi comme un engagement dont la violation entraîne la résolution de la donation. . . .» (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 13, 3<sup>ème</sup> éd., Bruylant-Marescq, 1878, 6, n° 1). *Comp.* en droit français M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1946, p. 1142, §3605 et AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5<sup>ème</sup> éd., t. 11, par E. BARTIN, Paris, LGDJ, 1919, 338-339, §706.

96. L'on ne peut à notre sens assimiler l'action en révocation à une action en annulation puisque le droit belge prévoit, à côté de la possibilité d'obtenir la révocation de la donation, la possibilité d'obtenir l'annulation de la donation. La doctrine belge assimile l'action en révocation pour ingratitude à une action en résolution de la donation et non à une action en annulation. Comme l'écrit à ce sujet M. de Page, la révocation est aux actes à titre gratuit ce que la résolution est aux actes à titre onéreux : «En soi la révocation est un mode de dissolution propre aux contrats à titre gratuit. Il y a révocation lorsqu'une personne se voit enlever un avantage gratuit qu'elle tient du contrat. Les contrats se résilient, se rescindent ou se résolvent; les donations se révoquent (Code civ., art. 953, 955, 960 et 1096). La révocation des donations est tantôt l'équivalent de la résolution, car elle suppose à sa base, soit une inexécution fautive (Code civ., art. 953 et 955) soit une condition résolutoire expresse ou légale (art. 960) tantôt l'effet d'une protection spéciale accordée à une autre personne (art. 1096 donation entre époux). (H. de PAGE, *o.c.*, T.II, 3<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 1964, n° 770, p. 737).

## 2. Les litiges qui naissent après le décès du donateur

Si le litige naît suite au décès du donateur, ses héritiers ne pourront profiter de l'application du Règlement 44/2001 puisque celui-ci exclut de son champ d'application les « testaments et les successions ». La question du rapport ou de la réduction d'une donation fait incontestablement partie du domaine des successions. L'on ne pourra, pour fonder la compétence d'un tribunal belge, que s'en remettre aux règles de compétence applicables en cette matière<sup>97</sup>. Parmi celles-ci, l'article 77 du Code permet de saisir les juridictions belges lorsque le défunt résidait habituellement en Belgique ou lorsque la demande porte sur un bien situé en Belgique. Ces critères permettent déjà pour un grand nombre de litiges d'ouvrir les portes des juridictions belges. Il en ira par exemple ainsi lorsqu'un ressortissant belge souhaite obtenir la réduction d'une donation consentie, devant un notaire suisse, par son auteur, au profit d'un tiers qui réside au Luxembourg. Quand bien même la donation porterait sur un portefeuille d'actions en dépôt entre les mains d'un établissement bancaire luxembourgeois, l'héritier spolié peut saisir les juridictions belges dès lors que le défunt résidait en Belgique au moment de son décès.

Il n'en reste pas moins que dans un certain nombre de cas, il ne sera pas possible de saisir les juridictions belges en se fondant sur ces critères. L'on réservera l'hypothèse d'une donation par un ressortissant belge résidant en Espagne à son neveu, également ressortissant belge, d'un portefeuille d'actions conservé par un établissement bancaire luxembourgeois. Si un autre héritier devait contester cette donation, il serait difficile de justifier la compétence des juridictions belges. L'article 77 du Code exclut en effet l'application du for du défendeur (art. 5). Le souci du législateur de concentrer les litiges devant le juge du lieu d'ouverture de la succession trouve ici sa limite dans la praticabilité des règles de compétence<sup>98</sup>. L'on signalera au passage que la Commission européenne réfléchit actuellement à l'adoption d'un texte visant les questions de successions. Peut-être ce texte aménagera-t-il des règles de compétence plus généreuses qui permettront de résoudre cette difficulté.

97. Pour une présentation générale, voy. notre contribution « Le nouveau régime des successions internationales », *Rev. gén. dr. civ.*, 2005, (375), spéc. pp. 376-377.

98. L'on ne saurait dans une telle hypothèse recourir trop facilement au for de nécessité prévu par l'article 11 du Code. Cette disposition doit en effet constituer un dernier recours à n'utiliser que dans des circonstances véritablement exceptionnelles. Il ne nous semble pas que dans l'exemple donné ci-dessus, il se justifie de permettre le recours à cette disposition.

## Chapitre II.

# Les donations à l'étranger et la fraude à la loi

L'on a déjà rappelé l'attrait qu'exerce sur certaines personnes la possibilité de procéder, devant un notaire étranger, à une donation qui combine la sécurité juridique dont l'acte notarié est garant, à la possibilité d'échapper à toute imposition. Cette pratique est connue de longue date. Une récente contribution du Professeur Weyts a mis en doute la validité de cette construction, notamment sous l'angle de la fraude à la loi<sup>99</sup>.

Avant d'aborder les éléments retenus par M. Weyts pour fonder sa thèse, il importe de préciser que l'analyse de la donation effectuée à l'étranger obéit en principe aux mêmes règles que celle étudiées ci-avant. Le droit international privé belge est en effet fondé sur des règles bilatérales qui s'appliquent aussi bien aux donations réalisées en Belgique qu'aux donations effectuées à l'étranger. Pour apprécier, dans une perspective belge, la validité et les effets d'une donation réalisée à l'étranger, il n'est dès lors pas besoin d'avoir recours à d'autres règles que celles évoquées jusqu'à présent.

Dans sa contribution, qui a déjà fait l'objet de réponses argumentées<sup>100</sup>, M. Weyts explique qu'à son estime, une donation réalisée devant un notaire néerlandais par des personnes qui résident en Belgique, pourrait faire l'objet de critiques sous l'angle de la fraude à la loi. M. Weyts fonde sa critique sur le fait que la loi fiscale n'est pas à la libre disposition des parties et que dans la plupart des cas, les intéressés n'auront aucun lien avec les Pays-Bas où la donation est réalisée. S'appuyant sur l'autorité (déjà ancienne) de la jurisprudence *de Beaufremont*, M. Weyts conclut que la validité d'une donation réalisée dans ces conditions pourrait être mise en doute tant par l'administration fiscale que par des héritiers spoliés.

L'argumentation est loin de convaincre. Elle appelle de nombreuses observations.

---

99. L. WEYTS, «Vlucht niet naar Nederland, vlucht naar uw notaris : over schenkingen van roerend goed», *Tijd. Not.*, 2006, 366-376.

100. Notamment A. VERBEKE, «Schenken in binnen- en buitenland», *Tijd Estate Planning*, 2006, 377-388 et N. LABEEUW et R. DEBLAUWE, «Schenking voor een Nederlandse notaris : geldig? Waarom niet», *Successierechten*, sept. 2006, 8/1 à 8/10.

## A. Les contours de la fraude à la loi

Comme l'a rappelé M. Weyts, la fraude à la loi est une institution classique du droit international privé. L'article 18 du Code n'innove pas sur le plan des principes, il se contente de consacrer une figure juridique qui existait déjà depuis longtemps. Cette disposition a pourtant le mérite d'apporter une réponse à une question souvent discutée, à savoir si la théorie de la fraude à la loi doit être limitée, comme le suggérait notamment le Professeur Vander Elst<sup>101</sup>, à la simulation de l'élément d'extranéité ou peut au contraire être utilisée de façon plus large pour réprimer l'utilisation volontaire des règles de conflit de loi dès lors que l'intention des parties était manifestement d'échapper à la loi normalement applicable.

Dans deux espèces, la Cour de cassation avait semblé se rallier à la version « restrictive » de la théorie, retenant la seule simulation de l'élément d'extranéité comme fondateur de la fraude à la loi<sup>102</sup>. Il est toutefois permis de penser que dans les deux cas, la prudence observée par la Cour s'expliquait par les circonstances particulières de la cause et notamment l'application de conventions internationales à l'efficacité desquelles aurait pu nuire une conception trop large de la fraude à la loi. Ceci est particulièrement le cas de l'arrêt *Ducati* qui mettait en jeu une clause d'élection de for parfaitement valable selon les conditions posées par l'article 23 du Règlement 44/2001. Dans cette espèce, la Cour a estimé qu'en « excluant... que l'élément d'extranéité justifiant l'élection par les parties d'un for étranger soit simulé, l'arrêt attaqué justifie légalement sa décision qu'il n'y a pas fraude à la loi et que la clause litigieuse peut sortir ses effets ». Ce faisant, la Cour a accordé, au moins implicitement, du crédit à la thèse selon laquelle la fraude à la loi est fondée sur la simulation d'un élément d'extranéité<sup>103</sup>. Ne peut-on pas toutefois accepter que l'appréciation de la Cour était également dictée par le souci de ne pas permettre trop facilement aux concessionnaires de remettre en question une clause que le droit européen valide ? Si tel était le cas, rien n'empêcherait la Cour d'adopter une théorie plus large de la fraude à la loi lorsque seules sont en jeu les règles de rattachement belges.

101. Voy. surtout R. VANDER ELST, *Droit international privé belge – Conflits de lois*, Bruylant, 1983, 344-352 et du même, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *Rev. crit. jur. b.*, 1981, (347), 355-359.

102. Il s'agit de l'arrêt bien connu dans l'affaire *Petit c. Audi NSU* (Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1260) et de l'arrêt plus récent dans l'affaire *Ducati* : Cass., 21 juin 2001, *Performances S.A. c. Ducati Motor, Pas.*, 2001, I, n° 385, 1197 ; *Revue@dipr.be*, 2005/1, 20.

103. En ce sens l'appréciation par A. NUJTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, (745), 746-749.

Quoi qu'il en soit, le Code de droit international privé a tranché de manière décisive. Les termes utilisés par l'article 18 du Code, et notamment l'insistance mise sur le «but» poursuivi par les parties, ne laissent pas de doute sur le fait que le législateur a entendu consacrer la théorie «classique» de la fraude à la loi, reposant non pas tant sur la simulation du facteur de rattachement, mais bien sur la création d'un facteur de rattachement bien réel dans l'intention de tourner la loi. L'on aura donc égard aux éléments classiques de la fraude à la loi : d'une part l'élément matériel, à savoir la modification de la règle de rattachement (ou d'un élément du raisonnement conflictuel) et d'autre part l'élément intentionnel, à savoir le fait que la modification de l'élément de rattachement n'était guidée que par le but exclusif de parvenir à l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement applicable<sup>104</sup>.

Il ne faudrait pas croire que la simulation n'a plus de place dans cette construction. Un élément de rattachement simulé pourra à notre sens continuer à fonder un recours à la fraude à la loi. Celle-ci ne se réduit pas pour autant à la seule simulation<sup>105</sup>.

### *B. Les donations réalisées à l'étranger peuvent-elles être attaquées sur base de la fraude à la loi?*

Ces principes étant posés, il est possible de distinguer les limites des ressources qu'offre la fraude à la loi dans l'appréhension des donations effectuées à l'étranger par des personnes qui résident en Belgique.

L'on s'accordera pour dire tout d'abord que l'article 18 ne peut être invoqué pour réprimer une fraude à la loi fiscale – contrairement à ce que semble penser M. Weyts. Certes les parties ne disposent pas librement de leur droit en matière fiscale, ce qui permet d'envisager l'application de la fraude à la loi. Telle qu'elle est envisagée par le Code, la fraude à la loi vise cependant à déjouer les tentatives d'éluder l'application d'une règle désignée par le Code. Celui-ci n'a vocation qu'à désigner la seule loi applicable aux questions relevant du droit privé. Il n'est d'aucune utilité pour déterminer l'application de la loi fiscale ou d'autres réglementations qui relèvent du

104. Voy. par exemple E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, 40-43.

105. C'est d'autant plus heureux que la frontière entre simulation et manipulation du facteur de rattachement est parfois difficile à tracer. Le professeur Weyts explique par exemple qu'à son estime il y a simulation lorsque le donateur et le donataire se déplacent aux Pays-Bas puisqu'ils n'ont avec ce pays aucune attache véritable (*art. cit.*, 369, n° 5). A notre sens, l'on ne peut parler dans ce cas de facteur de rattachement simulé, à moins de démontrer que les intéressés ne se sont pas réellement déplacés aux Pays-Bas. S'il apparaît au contraire que leur déplacement a été réel, l'on ne peut qualifier leur comportement de simulation même si le séjour aux Pays-Bas était fort bref et uniquement motivé par le souci de faire appel aux services d'un notaire néerlandais.



domaine public et sont soumises à leurs propres conditions d'applicabilité<sup>106</sup>.

Pour réprimer une tentative d'éluder l'application des dispositions fiscales belges, force est dès lors de s'en tenir aux dispositions anti-abus qui peuvent figurer dans la législation belge<sup>107</sup>. Dans la mesure où la volonté des parties intéressées vise uniquement la loi fiscale, la fraude à la loi est inopérante. Comme on l'a fait remarquer il en va d'autant plus ainsi que dans de nombreux cas les intéressés feront en sorte de respecter scrupuleusement les dispositions qui seraient applicables à la donation réalisée en Belgique<sup>108</sup>. L'on sait qu'en pratique les intéressés choisiront la loi belge pour régir leur donation. Bien souvent, le notaire étranger aura en effet soin de respecter les prescrits du droit belge, en ce compris en annexant à la minute de la donation un état estimatif comme l'exige l'article 948 C. civ<sup>109</sup>.

Ceci n'est pas à dire que le souhait des parties d'échapper à l'application de la loi fiscale belge ne peut être pris en considération<sup>110</sup>. Il s'agira indéniablement d'un indice, parmi d'autres, qui pourra être utilisé pour démontrer l'existence d'une volonté dans le chef des parties d'échapper à la loi belge. Néanmoins, cet élément ne pourra à lui seul fonder l'application de la fraude à la loi, qui nécessite la démonstration que les parties ont entendu échapper à l'application de la loi normalement compétente et non de la seule loi fiscale.

Pour justifier l'application de la fraude à la loi, il est dès lors nécessaire d'examiner dans quelle mesure les intéressés parviennent à contourner l'application d'une loi dont le Code de droit international privé impose l'application. En préalable, il faut s'interroger sur la nature des droits qui forment l'enjeu de la question. Cette première interrogation révèle déjà le caractère inopérant de la fraude à la loi. Une fois écarté l'application des dispositions fiscales, il ne demeure en effet que des règles de droit civil

106. En ce sens, A. VERBEKE, *art. cit.*, 387.

107. Voy. les précisions sur ce point de M. MUND, «L'incidence en matière de droits d'enregistrement et de droits de succession de donations intervenues par acte authentique à l'étranger», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, (1103-1116), spéc. 1114-1116, nos 11 et s.

108. N. LABEEUW et R. DEBLAUWE, *art. cit.*, 8/6.

109. Sur ce point, A. VERBEKE, *art. cit.*, 385.

110. Dans cette mesure nous nous écartons de l'opinion du Professeur Verbeke qui, pour justifier l'inapplicabilité de la fraude à la loi, retient que la question n'intéresse pas la loi fiscale puisque s'agissant d'une donation, seul le droit civil est en jeu (A. VERBEKE, *art. cit.*, 387 : «De derde verwarring is dat hier helemaal geen fiscale kwestie voorligt. Het gaat niet over fiscaal recht, maar over een schenking. Dat is nog altijd een materie die behoort tot het privaatrecht. Het is bovendien contractenrecht ... Artikel 18 WIPR zou hier dus inderdaad eventueel kunnen worden ingeroepen, *in abstracto*. *In concreto* komen wij daaraan niet toe, niet omdat het artikel niet van toepassing zou zijn op schenkingen, maar omdat er geen dwingende regels van het forum zijn waaraan men probeert te ontsnappen»). C'est oublier que la seule justification du recours aux services d'un notaire étranger est la volonté évidente des parties d'échapper à l'imposition fiscale prévue par la loi belge. Il nous semble dès lors artificiel de prétendre que la question n'intéresserait pas la matière fiscale.

dont la plupart sont supplétives. Si l'on réserve les questions particulières de la donation entre époux, du rapport des donations en cas de violation de la réserve et du principe de l'irrévocabilité, il ne nous semble pas que la matière des donations fasse l'objet de règles strictement impératives. Ceci diminue d'autant l'importance de la fraude à la loi lorsque l'on sait qu'en pratique l'intérêt des parties est avant tout de nature fiscale.

En outre, il ne nous semble pas qu'un déplacement des parties à l'étranger leur permettra d'obtenir l'application d'une autre règle, ou à tout le moins d'une règle moins onéreuse, que celle qui aurait été applicable si la donation avait eu lieu en Belgique. On a vu qu'en ce qui concerne les exigences de forme, le détour par une juridiction étrangère n'est pas nécessaire si les parties souhaitent éviter l'application des règles particulières imposées par le droit belge. Ces règles peuvent tout aussi bien s'effacer dès lors que les parties choisissent de respecter les formalités prescrites par la *lex causae*. Le caractère facultatif déjà rappelé de la règle de rattachement rend en réalité illusoire le recours à la fraude à la loi.

Certes, lorsque la donation ne concerne que des ressortissants belges qui résident en Belgique, il est loin d'être évident que les parties puissent valablement soumettre la donation à un droit étranger (*supra*). Dans cette mesure, une donation réalisée en Belgique devrait nécessairement être conformes aux exigences formelles posées par la loi belge – applicable tant au titre de loi locale qu'au titre de *lex causae*<sup>111</sup>. De même, l'on déconseillera aux parties de soumettre leur donation à un droit étranger, la dimension internationale de l'opération étant à nos yeux insuffisante pour justifier un choix de loi (*supra*). Si l'on sait cependant que dans la plupart des cas, les intéressés feront appel, aux Pays-Bas ou en Suisse, aux services d'un notaire qui recevra la donation par acte authentique<sup>112</sup> et que, si choix de loi il y a, il sera la plupart du temps effectué en faveur de la loi belge<sup>113</sup>, l'on mesure que le déplacement des parties n'a pas pour but d'éviter l'application des règles qui s'imposeraient si la donation était reçue en Belgique. La seule formalité que les parties cherchent à éviter est en réalité celle de l'enregistrement fiscal. Or comme on l'a déjà indiqué,

111. Un élément que semble oublier M. Verbeke, qui s'en tient à l'application stricte de l'article 9 de la Convention de Rome et explique dès lors que la donation est valable si elle satisfait aux conditions de forme de la loi locale ou de la *lex contractus* (A. VERBEKE, *art. cit.*, 385). C'est oublier que pour apprécier s'il y a fraude à la loi, il ne suffit pas de vérifier que l'acte passé à l'étranger répond aux conditions posées par la loi déclarée applicable par le Code. Encore faut-il que l'application de cette loi ne résulte pas d'une manœuvre des parties visant à contourner la loi qui aurait été appliquée à défaut d'une telle manœuvre. Or il est patent que si la donation avait été effectuée en Belgique, les parties n'auraient pas pu opter pour le respect des exigences formelles de la loi néerlandaise même en soumettant la donation au droit néerlandais puisqu'un tel choix est inopérant à l'endroit d'une donation dénuée de la dimension internationale requise.

112. Et qui veillera à respecter les conditions de forme imposées par la loi belge, notamment l'article 948 C. civ. (en ce sens, A. VERBEKE, *art. cit.*, 385).

113. Comme l'indique A. VERBEKE, *art. cit.*, 383-384.

la fraude à la loi est inopérante lorsqu'il s'agit de réprimer une tentative de contourner une obligation fiscale.

En définitive, il ne semble pas que la fraude à la loi puisse, de manière générale, servir à invalider le recours à un notaire étranger, même si l'ensemble des éléments de l'espèce conduisent à la Belgique<sup>114</sup>. Point n'est besoin pour justifier cette conclusion de faire appel à la protection des règles européennes en matière de libre prestation de services<sup>115</sup>. Ceci n'est pas à dire que dans des circonstances particulières, le rattachement d'une donation à un droit étranger ne pourrait pas être écarté par le juge belge au motif qu'il procède d'une fraude à la loi. Il pourrait en aller ainsi par exemple en cas de simulation avérée ou encore, dans des circonstances particulières, lorsque les parties, qui résident en Belgique, entendent soumettre leur donation au droit néerlandais pour profiter de la plus grande souplesse offerte par ce droit en matière de révocabilité de la donation ou encore du contrôle que peut exercer le donateur, par le biais de la figure juridique du « bewind », sur les biens donnés. Encore pourrait-on dans ce cas se contenter d'écarter le choix de la loi néerlandaise en privilégiant, sur pied de l'article 3, al. 3 de la Convention de Rome, les règles impératives de la loi belge. La fraude à la loi n'a dès lors vocation à intervenir que de façon exceptionnelle à l'endroit des donations réalisées à l'étranger.

114. *Comp.* déjà avant le Code de droit international privé l'opinion majoritaire qui validait l'utilisation d'un administratiekantoor en Belgique en rejetant l'argument de la fraude à la loi : R. PRIOUX, « L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge », *J.T.*, 1996, (449), 454-455, n<sup>os</sup> 20-21.

115. Comme le font N. LABEEUW et R. DEBLAUWE, *art. cit.*, 8/9 (qui en appellent à la libre prestation de services et à la possibilité pour les citoyens belges de faire appel aux services d'un notaire néerlandais).