

Condamne Madame M. N. et Mademoiselle D. G. aux dépens d'appel liquidés à 2.750,00 euros (indemnité de procédure d'appel) au bénéfice de Monsieur N., leurs propres dépens d'appel en intervention et garantie leur étant délaissés.

Renvoie la cause au premier juge.

(Sièg. : A. de Poortere, prés.; M. De Graef, et M. Grognaert, conseillers; Plaid. : MM^{es} V. Gillet, B. Vinel, J.-M. Michez *loco* Y. Boels et J. Goemaere.)

De l'engagement de donner à la sortie d'indivision : « un tiens vaut mieux que deux tu l'auras ».

Introduction

1. Rappel des faits. — Le 3 juillet 2006, Monsieur G. et Madame N. signent leurs conventions préalables à divorce par consentement mutuel, divorce qui sera prononcé le 22 décembre 2006. Les époux étaient notamment propriétaires d'un immeuble commun et leur règlement transactionnel mentionne à son propos qu'ils « décident de [le] conserver (...) en indivision ». Cette clause en remplace une autre, biffée, qui prévoyait qu'ils « décident de faire donation de l'immeuble conjugal à leur fille (...) ». Jusqu'à cet acte de donation l'immeuble continuera de leur appartenir de manière indivise ». Quant aux deux crédits hypothécaires grevant l'immeuble, il est convenu qu'ils « continueront à être remboursés pour moitié par chacun des deux époux jusqu'à ce que les deux crédits soient totalement remboursés ».

Quelques mois plus tard, le 24 novembre 2006, Monsieur G. et Madame N. font chacun donation à leur fille de droits indivis dans l'immeuble. Cette dernière reçoit de Monsieur G. un quart de l'immeuble en pleine propriété, et de Madame N. un quart de l'immeuble en nue-propriété. Ces donations s'opèrent par un même acte, reçu par le notaire ayant précédemment reçu les conventions préalables à divorce par consentement mutuel.

Monsieur G. et Madame N. ne contestent pas que leur intention originaires était de transmettre l'ensemble de l'immeuble à leur fille, les deux quarts restants devant être donnés trois ans plus tard, de manière à éviter la progressivité de l'impôt prévue à l'article 137 du Code des droits d'enregistrement en vigueur en Région de Bruxelles-capitale. Telle n'est cependant plus la volonté de Monsieur G. lorsque, le 9 juin 2010, il assigne son ex-épouse et sa fille en sortie d'indivision. Il leur réclame également des indemnités d'occupation depuis le mois de décembre 2006, mois qui suit la donation d'un quart de l'immeuble faite à sa fille. Madame N. et leur fille commune postulent, de leur côté, la condamnation de Monsieur G. à donner à sa fille le quart de l'immeuble dont il demeure propriétaire. Elles assignent également le notaire ayant reçu les conventions préalables à divorce et l'acte de donation, en vue de lui réclamer, outre les frais liés à une éventuelle liquidation-partage,

les indemnités d'occupation auxquelles elles seraient, le cas échéant, condamnées et la valeur du quart en pleine propriété de l'immeuble dont elles estiment avoir été privées en raison d'un manquement du notaire à son devoir de conseil.

En première instance, le juge estima fondées les prétentions de Monsieur G. et ordonna la liquidation et le partage de l'immeuble. Il désigna à cette fin un notaire ainsi qu'un expert et chargea également ce dernier d'estimer la valeur locative du bien depuis le 1^{er} décembre 2006. Le juge rejeta, par contre, la demande reconventionnelle dirigée contre Monsieur G., la jugeant irrecevable dans le chef de Madame N. et non fondée dans celui de sa fille. L'ensemble des demandes postulées à l'encontre du notaire par les défenderesses furent également rejetées.

Madame N. et sa fille relèvent appel de ce jugement et réitèrent les demandes émises en première instance. Elles requièrent, au surplus, qu'à défaut pour la cour de pouvoir condamner Monsieur G. à donner la part qui lui reste dans l'immeuble, elle l'oblige à verser à sa fille un montant équivalent à la valeur de cette part. Monsieur G. demande, quant à lui, confirmation du premier jugement, sauf en ce qu'il omet de condamner les défenderesses originaires à lui payer l'indemnité d'occupation reconnue fondée. Le notaire appelé en intervention conclut, enfin, au caractère non fondé de l'appel.

La cour va se livrer d'abord à un exercice d'interprétation de la convention du 3 juillet 2006. Elle constate que l'intention des parties de donner le bien n'en ressort pas expressément et qu'en toute hypothèse, une simple promesse de don ne pourrait engager celui qui l'exprime. Elle fait dès lors droit à la sortie d'indivision, mais demeure plus réservée quant aux indemnités d'occupation. Elle qualifie d'abusive la demande de Monsieur G., en ce qu'il demande ces indemnités pour la première fois en août 2011 mais entend les voir rétroagir au 1^{er} décembre 2006. La cour ordonne, par conséquent, leur déduction uniquement à compter de la demande, soit le 26 août 2011. Quant aux prétentions dirigées à l'encontre du notaire, la cour les juge non fondées, estimant qu'aucun manquement au devoir de conseil de celui-ci n'est établi.

2. Plan. — Parmi les nombreux points d'intérêt suscités par l'arrêt, deux font l'objet de la présente note. Il y a, d'une part, l'engagement de donner et, d'autre part, la sortie d'indivision. Nous traiterons des engagements de donner dans la première section : après avoir rappelé les particularités propres aux promesses et offres de donation, nous envisagerons comment les parties auraient pu se lier sur ce point par un engagement contraignant. Dans la seconde section, nous nous intéresserons plus particulièrement à la sortie d'indivision telle que prononcée : il faudra d'abord confronter celle-ci à la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur l'indivision volontaire pour comprendre pourquoi, en l'espèce, la cour a admis l'exercice du droit de l'article 815 du Code civil. Nous nous interrogerons ensuite sur les contours de l'abus de droit en matière de sortie d'indivision de manière à comprendre

comment un tel abus a pu être reconnu sur la question de l'indemnité d'occupation, mais pas sur celle de la demande en partage, pour laquelle il se conçoit moins aisément.

Section 1^{re}. L'engagement de donner

§ 1^{er}. L'offre et la promesse de donation (1) : rappels

3. Notions. — L'offre est la « déclaration de volonté unilatérale par laquelle une personne s'engage à conclure un contrat aux conditions qu'elle précise » (2). Il s'agit d'un acte juridique unilatéral (3), dont l'acceptation par le bénéficiaire emporte conclusion du contrat. La promesse de contrat consiste quant à elle en « une convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à conclure avec elle, dans l'avenir et au gré de cette dernière, un contrat dont les éléments essentiels et substantiels sont déterminés ou déterminables » (4). Il s'agit déjà d'un contrat dont la particularité est de faire naître une option en faveur de l'une des parties dont la levée emporte la conclusion d'un second contrat.

Lorsque le contrat envisagé dans l'offre ou la promesse est une donation, des conséquences particulières en découlent sur le plan juridique; le régime de l'offre ou de la promesse de donation se distingue de manière significative de celui des offres et des promesses de droit commun, et ce, à deux égards au moins.

4. Forme de l'offre ou de la promesse de donation. — La première particularité relève de la forme : contrairement aux offres et promesses de droit commun, dont la forme est indifférente (5), l'offre ou la promesse de donation devra faire l'objet d'un acte authentique (6), car le Code civil exige que tous les actes « *portant* donation entre vifs [soient] passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats (...) »

(1) Nous ne traiterons que de la donation d'un immeuble et nous n'examinerons pas les questions propres aux offres et promesses de donations manuelles, indirectes et déguisées.

(2) C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1^{ère} partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 550.

(3) P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. I, coll. DE PAGE, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 501, n° 319.

(4) *Ibid.*, pp. 590-591, n° 367.

(5) L'offre peut être écrite, verbale, voire tacite : C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 560; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 157, n° 132. La promesse est, en principe, un contrat consensuel : P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 190, n° 177.

(6) Quant aux promesses : Liège, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 275, note S. NUDELHOLE; *J.T.*, 1998, p. 123; Civ. Bruxelles, 12 octobre 1999, *J.T.*, 2000, p. 71. Quant aux offres : Bruxelles, 12 mars 1975, *Pas.*, 1975, II, p. 141; *J.T.*, 1975, p. 314; *Rev. not. belge*, 1975, pp. 323 et 570 (la cour qualifie de « promesse de donation » ce qui semble pourtant ne constituer qu'une offre); E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Donations », *Rép. not.*, t. III, Les successions, donations et testaments, liv. 7, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 9.

(C. civ., article 931) (7). L'offre ou la promesse de donation porte, en effet, « en germe » (8) la donation qui devient actuelle dès l'acceptation (ou la levée de l'option) dans les formes requises ou dès sa notification au donateur, si elle a lieu par un acte séparé (C. civ., article 932).

Le formalisme imposé par l'article 931 du Code civil vise principalement à protéger le donateur (9). Eu égard à cette *ratio legis* particulière, il est essentiel que ce dernier ait consulté le notaire au moment où il émet l'offre ou promet de donner. Ainsi, une simple offre ou promesse de libéralité sous seing privé ne pourrait donner lieu à donation, car cet acte est nul de nullité absolue à défaut de respecter le prescrit de l'article 931 du Code civil (C. civ., articles 931 et 1339) (10).

Toujours sur le plan formel, une offre de donation ne peut être acceptée qu'expressément et en la forme authentique (C. civ., article 932). La disposition ne vise que l'offre, mais compte tenu de ce qu'elle tend cette fois à protéger le donataire (11), il y a vraisemblablement lieu d'appliquer par analogie ses exigences à la levée de l'option dans le cadre d'une promesse. L'acceptation ou la levée de l'option peut ou bien intervenir dans un second acte auquel le donateur et le donataire prennent part — la donation sera alors conclue dès la signature de l'acte —, ou bien être constatée par un acte auquel le donataire seul intervient. La donation ne sera alors conclue que du jour où l'acte portant l'acceptation ou la levée de l'option aura été notifié au donateur (C. civ., article 932, alinéa 2) (12).

5. Force obligatoire de l'offre ou la promesse de donation. — La deuxième divergence essentielle qu'induit l'application du régime des donations sur l'offre ou la promesse s'observe au niveau des effets de l'acte. Alors qu'en principe, tant l'offre que la promesse obligent

(7) C'est nous qui soulignons.

(8) C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 552; P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 153, n° 127.

(9) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 449, n° 369; J. SACE, « Les libéralités — dispositions générales », *Rép. not.*, t. III, Les successions, donations et testaments, liv. 6, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 56.

(10) À tout le moins aussi longtemps que le donateur demeure en vie, la nullité devenant ensuite relative. Voy. sur cette question : S. NUDELHOLE, « Le régime de la nullité des donations pour vice de forme », note sous Liège, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 259-262.

(11) Sur la protection tant du donateur que du donataire en matière de libéralité, voy. P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, 5^e éd. (mise à jour par P. MOREAU), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 40-41, n° 22.

(12) Une controverse existe sur le point de savoir si le contrat se crée concomitamment dans le chef des deux parties lors de la notification ou s'il existe déjà dans le chef du donataire au moment de son acceptation. Cette controverse semble cependant avoir peu de conséquences pratiques. Voy. E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, n° 10 et les références citées.

celui qui y a exprimé son engagement (13), tel n'est pas le cas lorsque l'engagement est celui de donner.

Ainsi, il est unanimement admis que l'offre de donation n'est pas contraignante : on dit généralement qu'elle est « dépourvue de toute force obligatoire » (14). Pour cette raison, R. Dekkers dit qu'« il ne s'agit pas d'une offre, mais seulement d'une manifestation de volonté, — nécessaire mais suffisante pour servir d'appui à une manifestation de volonté complémentaire : l'acceptation » (15). Elle reste révocable *ad nutum* aussi longtemps que cette acceptation n'est pas intervenue ou n'a pas été notifiée, si elle a lieu par acte séparé (16). Selon H. De Page, ceci résulte de l'article 932, alinéa 2 du Code civil qui exige que l'acceptation (ou sa notification) ait lieu du vivant du donateur pour que la donation soit conclue (17). Il faut combiner ce second alinéa au premier de la disposition, qui prévoit que la donation « *n'engagera* le donateur (...) que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès » (18).

La promesse de donation devrait, selon nous, connaître les mêmes effets que l'offre de donation. Force est toutefois de reconnaître que ce n'est pas le sort que lui réserve la doctrine majoritaire qui, suivant l'enseignement de H. De Page, la considère comme nulle (19). Selon l'éminent auteur, « la nullité de la promesse de donation résulte des principes généraux. La donation est en effet un contrat solennel, et la solennité y est requise pour protéger la volonté de l'agent (le donateur). Cette volonté doit donc rester intacte (...) jusqu'à l'accomplissement de l'acte *lui-même*. Il en résulte que toute promesse de donation (sous seing privé, ou même authentique) est nulle » (20).

(13) Pour le délai fixé ou, à défaut, pour un délai raisonnable dans le cas de l'offre (P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 158, n° 133) et pour un délai de dix ans dans celui de la promesse (P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, t. II, vol. I, p. 593, n° 371; P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 190, n° 175).

(14) H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII, vol. 1, p. 450, n° 370, B.; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, *op. cit.*, p. 60, n° 28, C.; J. SACE, *op. cit.*, n° 58. La formule selon laquelle elle serait « dépourvue de toute valeur juridique quelconque » (E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, n° 8) nous semble, par contre, excessive compte tenu des effets qu'entraîne son acceptation, lorsque celle-ci est portée à la connaissance du pollicitant.

(15) R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 551, n° 876.

(16) H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII, vol. 1, p. 450, n° 370, B.; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, n° 8; J. SACE, *op. cit.*, n° 58.

(17) H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII, vol. 1, p. 450, n° 370, B.

(18) P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, *op. cit.*, p. 60, n° 28, C. (c'est nous qui soulignons).

(19) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 421, n° 454; t. VIII, vol. 1, p. 449, n° 369; J. SACE, *op. cit.*, n° 57; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, t. II, vol. I, p. 146, n° 67; P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 85, n° 64.

(20) H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VIII, vol. 1, p. 449, n° 369. Comp., p. 521, n° 441, note 4 (à propos de la souscription acceptée antérieurement au versement effectif : « Il s'agit donc, non de l'acceptation d'une donation, mais d'une *promesse* de donation, qui sera exécutée plus tard. Il y a donc bien promesse de contrat qui se transformera en contrat de donation par l'encaissement de la souscription »).

L'auteur déduit ce principe général des écrits de M. Planiol et G. Ripert (21) qui ne traitent, pourtant, que des promesses de donation verbales ou par acte sous seing privé (22). Or, si celles-ci sont bien entendu nulles, c'est uniquement à défaut de respecter le formalisme imposé par les articles 931 et 932 du Code civil (23). À l'inverse, les promesses de donation faites par acte authentique — dont on reconnaît qu'elles ne sont pas légion dans la pratique — garantissent la protection du donateur au même titre qu'une offre authentique de donation. Il importe, par conséquent, de leur réserver le même sort : elles sont valables, quoique non contraignantes.

Certains auteurs objectent encore à l'encontre de la validité de la promesse de donation qu'elle n'opère pas un « dépouillement actuel » du donateur (C. civ., article 894) (24). L'argument ne nous convainc guère, car il confond selon nous la promesse de donation, qui intervient dans une première phase, et la donation elle-même, qui ne vient qu'ensuite. Dans un premier temps, seule la promesse de donation existe en tant que contrat entre les parties. Le contrat de donation n'est pas encore formé, il n'existe pas encore, tant et si bien que l'absence de dépouillement n'est alors nullement critiquable (25). Ce n'est que dans un second temps, lorsque le bénéficiaire de la promesse lève l'option et à la condition que la promesse n'ait pas été entretemps révoquée, que le contrat de donation se forme avec pour conséquence le transfert patrimonial immédiat du bien donné, conformément à ce que prévoit l'article 894 du Code civil. Le bénéficiaire devenu donataire acquiert dès cet instant la propriété du bien donné et est en droit d'exiger sa délivrance s'il n'est pas déjà en sa possession (26).

Finalement, rien ne justifie, à notre estime, un traitement distinct des promesses par rapport aux offres de donation. Elles sont dès lors valables mais sans force obligatoire aussi longtemps que l'option n'a pas été levée et, jusque-là, elles peuvent être révoquées unilatéralement,

(21) H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, p. 421, n° 454, note 3.

(22) M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, p. 130, n° 118.

(23) Liège, 13 octobre 1997, *précité*, note 6; Anvers, 1^{er} février 2006, *R.W.*, 2007-08, p. 1816, note L. WERMOES; Civ. Bruxelles, 12 octobre 1999, *J.T.*, 2000, p. 71.

(24) R. DEKKERS, *op. cit.*, t. III, p. 551, n° 877; J. SACE, *op. cit.*, n° 57. À notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais fait usage de cet argument, mais se borne, à raison selon nous, à condamner les promesses et offres de donations principalement en raison de leur absence de forme authentique (voy. *supra*, note n° 6).

(25) Il garantit même la libre révocabilité de la promesse, car si le promettant aliène du bien qu'il a promis de donner, on pourra y voir une révocation tacite.

(26) Cass., 26 février 2016, *T. not.*, 2016, p. 246 (somm.); disponible sur www.cass.be : « Aux termes de l'article 894 du Code civil, la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire, qui l'accepte. Ce contrat a pour effet de transférer la propriété de la chose donnée au donataire et, s'il n'y a tradition, de faire naître une obligation de délivrance dont celui-ci peut demander l'exécution au donateur ou à ses héritiers ».

de manière à ce que la volonté du donateur soit préservée jusqu'à ce que la donation intervienne.

§ 2. Formes alternatives d'engagement de donner

6. Application au cas d'espèce. — Contrairement à ce que prétendent les appelantes, il n'y a, en l'espèce, aucune offre ou promesse de donation valablement émise. S'il est prouvé que l'intimé a, un jour, eu l'intention de donner le quart restant de l'immeuble à sa fille, ce qu'il ne conteste pas, cette volonté n'a pas été concrétisée par un acte authentique (27). La promesse ou l'offre aura tout au plus été verbale, car la clause faisant état de l'intention de donner le bien a été biffée. Au surplus, et en tout état de cause, cette clause ne semblait pas figurer dans un acte authentique, puisque le juge constate d'abord que « la clause biffée (...) contenait une *promesse* de donation » (28), pour ensuite conclure que « pareille promesse ne produit aucun effet juridique, à défaut de respect de la condition de solennité exigée pour la validité d'une donation ».

Même s'il avait été valablement émis, un tel engagement du donateur n'aurait pas eu de force obligatoire antérieurement à l'acceptation de la donataire. Or, une telle acceptation aurait eu pour effet de faire naître la donation en contradiction avec l'intention — au moins supposée — des parties, qui était d'attendre trois ans afin de bénéficier d'un traitement fiscal plus avantageux.

7. Stipulation pour autrui. — Il résulte de ce qui précède qu'une promesse ou une offre de donation n'aurait pu permettre d'assurer à la fois un engagement ferme de la part de Monsieur G. et Madame N., et le traitement fiscal que les parties désiraient. D'autres formes d'engagement l'auraient permis, et, au rang de celles-ci, le juge semble rechercher l'existence d'une stipulation pour autrui dans la convention des parties.

La stipulation pour autrui est « une opération aux termes de laquelle une personne, le promettant, s'engage envers une autre personne, le stipulant, à accomplir telle prestation ou à transmettre telle chose en faveur d'une tierce personne, étrangère au contrat, dénommée tiers bénéficiaire » (29). Elle est soumise à quatre conditions particulières : il faut d'abord que l'intention des deux parties ait été de faire naître un droit de créance propre à un tiers à la convention; puis, que ce tiers ait été déterminé, voire déterminable; plus encore, que le droit né de la stipulation ne préexiste pas à celle-ci et, enfin, que la stipulation pour autrui soit l'accessoire d'un contrat de base, « quel qu'il soit » (30).

(27) Similairement, voy. Liège, 13 octobre 1997, précité, note 6.

(28) À tort, car la potentielle donataire n'était pas partie à la convention. Tout au plus, il aurait pu être question d'une offre.

(29) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, t. II, vol. I, p. 684, n° 440.

(30) P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, pp. 819-821, n° 865-870.

En l'espèce, ce contrat de base aurait pu être le règlement transactionnel et la clause suivante aurait été sans équivoque : « Dans le cadre de la présente convention, les époux déclarent s'engager l'un envers l'autre à ce que chacun d'entre eux donne à leur fille la moitié indivise de l'immeuble dont il est propriétaire. Les époux pourront s'y contraindre mutuellement, moyennant une mise en demeure par lettre recommandée ».

La stipulation pour autrui est toujours révocable, aussi longtemps qu'elle n'a pas fait l'objet d'une acceptation de la part du tiers bénéficiaire (C. civ., article 1121). Elle l'est cependant de la volonté du stipulant uniquement, et non de celle du promettant. Dans l'exemple de clause qui précède, caractérisé par des stipulations réciproques, Monsieur G. n'aurait pu renoncer à donner le quart restant de l'immeuble à sa fille que de l'accord de Madame N. et Madame N. n'aurait pu faire de même que de l'accord de Monsieur G., et ce, aussi longtemps uniquement que leur fille n'aurait pas « déclaré vouloir profiter » de ces donations (C. civ., article 1121).

Dans l'arrêt annoté, la clause biffée du règlement transactionnel qui contenait engagement de chacun de donner l'immeuble à leur fille aurait peut-être pu révéler une stipulation pour autrui au terme de l'interprétation qu'en aurait donnée la cour. C'est néanmoins à bon droit que cette dernière constate que cette clause, biffée, ne peut servir de preuve à l'encontre d'une convention écrite claire sur laquelle les parties se sont accordées (C. civ., article 1341). Or, aux termes de la version définitive de leur règlement transactionnel, les ex-époux ont uniquement décidé « de conserver l'immeuble en indivision ».

8. Donation sous condition suspensive. — Une autre solution permettant de garantir un engagement ferme et un traitement fiscal avantageux aurait été de prévoir dans l'acte de donation une seconde donation, faite sous la condition suspensive que le donateur soit toujours en vie trois ans après la première donation. Par exemple : « Le donateur, Monsieur G., déclare donner un quart indivis en pleine propriété de l'immeuble sis à ... à sa fille, Mademoiselle G. Il déclare également lui donner le second quart indivis dont il dispose dans cet immeuble, sous la condition suspensive de sa propre survie et de celle de la donataire au terme d'un délai de trois ans à compter du présent acte ».

Une telle solution aurait d'abord garanti l'engagement du donateur, car la donation, même conclue sous condition suspensive, est irrévocable (C. civ., article 944), à l'inverse de ce qui s'observe en matière d'offre ou de promesse de donation. Il s'agit d'ailleurs de plus qu'un simple engagement de donner, puisque le contrat de donation est déjà parfaitement formé. Cette solution ne présente pas pour autant une garantie parfaite : la condition étant par définition un événement futur et *incertain*, il n'est pas impossible que la donation ne se réalise finalement pas.

D'un point de vue fiscal, cette solution aurait également permis d'obtenir le traitement que les parties envisageaient. L'article 138-2 du Code des droits d'enregistrement applicable en Région de Bruxelles-Capitale — dont le libellé est identique en Région wallonne — prévoit que pour l'application aux donations sous condition suspensive de la progressivité prévue à l'article 137 du même Code, « la date de l'accomplissement de la condition est substituée à la date de l'acte ». Il en résulte, aux termes d'une décision administrative — certes ancienne, mais à notre connaissance non contredite à ce jour —, que « lorsqu'un même acte constate une donation pure et simple et une donation sous condition suspensive par le même donateur au profit du même donataire, il y a lieu, pour déterminer le tarif progressif applicable à la donation conditionnelle lors de la réalisation de la condition suspensive d'ajouter à la base imposable celle qui a servi de base de perception sur la donation pure et simple, *autant toutefois que la condition se réalise dans les trois ans de la date de l'acte* » (31).

Il faut encore rappeler que lors de la réalisation de la condition, la donation sera imposée au tarif applicable au jour de l'acte de donation, mais selon la base imposable déterminée au jour de la réalisation de la condition (C.D.E., article 16).

L'articulation actuellement admise entre les règles fiscales anti-abus générales et spécifiques laisse à penser que l'opération en cause ne courrait pas le risque d'être qualifiée d'abus, car elle respecte le délai de trois ans fixé par l'article 137 du Code des droits d'enregistrement. Selon plusieurs auteurs, dans cette disposition, « la loi fiscale indique elle-même la périodicité qu'elle estime trop rapprochée et, par conséquent, abusive » (32). L'article 137 du Code des droits d'enregistrement contiendrait donc, en lui-même, une mesure anti-abus spécifique, et exclurait dès lors l'application de la mesure générale anti-abus (C.D.E., article 18, § 2), qui ne vient qu'en ordre subsidiaire (33).

Sans s'avancer sur les chances de pérennité du traitement fiscal avantageux de cette opération, il faut s'interroger sur la désirabilité de celle-ci, même sur un plan uniquement civil. Elle devra, d'après nous, être réservée à des situations particulières, car d'une part, elle force le donateur à s'engager fermement indépendamment de ses futures relations avec le donataire, et d'autre part, elle n'offre à ce dernier aucune garantie sûre, à l'inverse d'une donation pure et simple.

(31) Décision du 28 décembre 1979, *Rec. gén. enr. not.*, 1981, n° 22665. Voy. les exemples fournis dans la décision et ceux proposés par A. CUVÉLIER, « Droits d'enregistrement — donations entre vifs », *Rép. not.*, t. III, Les successions, donations et testaments, liv. 11, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 73.

(32) PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale — état de la question », *Rev. not. belge*, 2014, p. 540. En ce sens également : M. BOURGEOIS et A. NOLLET, « L'articulation des règles fiscales anti-abus *générales* et *spécifiques* : essai de clarification », *R.G.C.F.*, 2014, p. 186.

(33) M. BOURGEOIS et A. NOLLET, *op. cit.*, p. 186; PH. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 539.

Section 2. La sortie d'indivision

§ 1^{er}. Indivision ordinaire versus indivision volontaire

9. État indivis de l'immeuble. — Compte tenu de l'impossibilité d'exiger la donation, il résulte des différents actes passés entre les parties que les droits dans l'immeuble sont répartis de la manière suivante : un quart en pleine propriété pour Monsieur G., un quart en pleine propriété et un quart en usufruit pour Madame N. et un quart en pleine propriété et un quart en nue-propriété pour leur fille.

La demande de Monsieur G. tendant à voir ordonner le partage de l'immeuble, il y a lieu de s'interroger sur le caractère ordinaire ou volontaire de l'indivision qui y a trait. En effet, la jurisprudence récente de la Cour de cassation fait échapper l'indivision volontaire au champ d'application de l'article 815 du Code civil consacrant le droit au partage (34).

10. Sources de l'indivision. — Certains auteurs distinguent indivision volontaire et indivision ordinaire en fonction de leur source, conventionnelle ou non. Ce critère de distinction pourrait toutefois être source de difficultés dans l'espèce annotée, car la source de l'indivision varie selon les indivisaires en cause.

S'agissant d'abord des relations entre Monsieur G. et Madame N., on peut en première analyse considérer que l'indivision trouve son origine dans leur indivision post-communautaire. Cette indivision est traditionnellement qualifiée d'ordinaire, car elle s'impose aux indivisaires (35), et elle est dès lors pleinement soumise à l'article 815 du Code civil. Une autre approche serait de considérer qu'à l'occasion de leur règlement transactionnel, Monsieur G. et Madame N. ont *choisi* de ne pas partager l'immeuble et de le garder en indivision. L'indivision aurait alors une source conventionnelle.

Quant à l'indivision née entre chacun des ex-époux et leur fille, elle procède d'une donation, indivision de source conventionnelle. Cette origine conventionnelle justifie, pour plusieurs auteurs, que l'indivision soit qualifiée de volontaire (36). E. Weling-Lilien écrit en ce sens, à pro-

(34) Cass., 20 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1733, concl. A. HENKES; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1229; *R.G.D.C.*, 2014, p. 489, note L. SAUVEUR; *T.B.O.*, 2014, p. 122, concl. A. HENKES; *T. not.*, 2014, p. 224, note C. ENGELS; *R.W.*, 2014-15, p. 618, note L. DE KEYSER; *Not. Fisc. M.*, 2015, p. 151, note J. VANANROYE; *Rev. not. belge*, 2015, p. 538, note D.S.; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 278, note E. WELING-LILIEN.

(35) E. WELING-LILIEN, « Copropriété volontaire versus copropriété ordinaire. Réflexion à la suite des arrêts de la Cour de cassation du 20 septembre 2013 et du 6 mars 2014 », note sous Cass., 20 septembre 2013, et Cass., 6 mars 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 283 (selon l'auteur, l'indivision doit être qualifiée d'ordinaire puisqu'elle succède au patrimoine commun qui a perdu sa raison d'être). La Cour de cassation semble le confirmer en ce qu'elle qualifie l'indivision post-communautaire d'indivision « soumise au droit commun » (Cass., 18 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 769; Cass., 4 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 771; Cass., 2 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 243).

(36) F. DERÈME, « Particularités civiles et précautions fiscales à observer dans le cadre de donations immobilières démembrées et transgénérationnelles », *Rev. not. belge*, 2016, p. 585; E. WELING-LILIEN, *op. cit.*, p. 282.

pos des donations, que « du fait de l'acceptation de la donation, le donataire adhère à tous les éléments de la convention, y compris le principe de l'indivision » (37). Plus généralement, F. Derème voit dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 septembre 2013 la consécration de l'inapplicabilité de l'article 815 du Code civil à toute indivision née d'une convention (38).

Ces arguments ne peuvent nous convaincre. L'acceptation du fait de l'indivision dans l'hypothèse d'une donation ne diffère pas fondamentalement de son acceptation dans le cadre d'un legs ou d'une succession. Or, si la simple acceptation faisait naître une indivision volontaire, l'exercice de l'option successorale suffirait à exclure de la catégorie des indivisions ordinaires l'indivision née du décès, alors qu'elle en est la figure de proue (39).

Ensuite, ce n'est pas l'indivision conventionnelle que la Cour de cassation fait échapper à l'application de l'article 815 du Code civil dans son arrêt du 20 septembre 2013 (40), mais bien « l'indivision volontaire à titre principal », notion qu'elle ne définit pas et qui a, selon nous, un contenu plus restreint que la simple indivision conventionnelle (41).

Dans l'arrêt annoté, la cour ne conclut pas à l'inapplicabilité de l'article 815 du Code civil à l'égard de l'immeuble indivis. Cette position peut s'expliquer de deux manières : ou bien la cour voit dans l'indivision liant Monsieur G. et Madame N. une indivision post-communautaire soumise au droit au partage — mais ceci n'explique pas que Monsieur G. puisse également requérir la sortie d'indivision à l'égard de sa fille —, ou bien elle ne voit pas dans l'indivision de source conventionnelle une indivision volontaire.

11. Affectation de l'indivision. — Nous sommes d'avis que la notion d'indivision volontaire ne peut se confondre avec celle d'indivision de source conventionnelle. Au contraire, et à la lumière d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 mars 2014 (42), il nous semble que c'est l'affectation de l'indivision qui est déterminante. Dans cet arrêt, la Cour constate que lorsque « la raison d'être » de la clause de tontine a disparu, l'indivision retrouve un caractère ordinaire et réintègre le champ

(37) E. WELING-LILIEN, *op. cit.*, p. 282.

(38) F. DERÈME, *op. cit.*, p. 585.

(39) H. CASMAN, « Enkele open vragen omtrent beschikkingsbevoegdheden over onverdeelde zaken », in *Liber Amicorum Pr. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, p. 6.

(40) Cass., 20 septembre 2013, *précité*, note 33.

(41) Voy. *infra*, n° 11.

(42) Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1230, note P.L.; *Not. Fisc. M.*, 2014, p. 104, note E. ADRIAENS; *R.W.*, 2013-14, p. 1625, note D. MICHIÉLS; *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. PEERAER et p. 487, note L. SAUVEUR; *T. not.*, 2014, p. 231, note C. ENGELS; *J.T.*, 2015, p. 617, note V. WYART; *NjW*, 2015, p. 691, note V. VANDERHULST; *R.A.B.G.*, 2015, p. 283, note V. VANDERHULST; *R.C.J.B.*, 2015, p. 383, note D. STERCKX et L. STERCKX; *Rev. not. belge*, 2015, p. 517, concl. VAN INGELGEM et note A. C. VAN GYSEL; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 274; *Rec. gén. enr. not.*, 2016, p. 169.

d'application de l'article 815 du Code civil (43). L'arrêt concernait, il est vrai, une indivision modalisée par une clause de tontine, mais la jurisprudence applique désormais largement son enseignement à toute indivision, même non modalisée (44).

Que peut-on déduire de cet arrêt ? Selon nous, que c'est de la « raison d'être » de l'indivision, c'est-à-dire de son affectation, que dépend la possibilité d'y mettre fin (45). Plus concrètement, nous pensons que lorsque l'indivision ne poursuit aucune finalité particulière, si ce n'est celle d'être dissoute pour que chaque bien soit affecté à l'un ou l'autre des indivisaires, elle est ordinaire et pleinement soumise à l'article 815 du Code civil. À l'inverse, lorsque les indivisaires ont affecté le bien à un usage ou à un but particulier qui justifie la permanence de l'indivision, il ne peut être mis fin à celle-ci autrement que du commun accord des indivisaires, aussi longtemps que le but demeure possible et qu'il n'a pas été atteint (46).

Cette règle trouve une application légale à l'article 215 du Code civil qui protège l'immeuble aussi longtemps qu'il est affecté au logement principal de la famille. En jurisprudence également, la recherche de l'affectation est un critère régulièrement retenu pour déterminer si, oui ou non, la sortie d'indivision peut être admise (47).

L'influence de l'affectation sur la sortie d'indivision n'a en réalité rien d'étonnant : dans sa thèse consacrée à l'affectation des biens, S. GUINCHARD démontre que le principal effet de l'affectation est d'assurer, par

(43) En termes exacts : « en considérant que, dès lors que la cause de la convention qui se situe 'dans les liens affectifs existant entre les copartageants et qui a pour but la gestion commune du bien et la garantie des droits de chacun après le décès de l'un d'entre eux' 'perd sa raison d'être' lorsque ces liens sont rompus, de sorte que la clause de tontine est sans effet et 'qu'une indivision ordinaire' naît ainsi entre les parties, l'arrêt justifie légalement sa décision que le défendeur peut réclamer le partage en vertu de l'article 815 du Code civil ».

(44) Civ. Anvers, 26 novembre 2014, *R.A.B.G.*, 2015, p. 293; Gand, 22 octobre 2015, *R.A.B.G.*, 2016, p. 1103, note B. VERLOOY; *T.B.O.*, 2016, p. 153 (indivision avec « clause l'tas » : chacun des cohabitants avait acquis la moitié de la nue-propriété de l'immeuble, ainsi que l'usufruit correspondant à la moitié indivise en nue-propriété de l'autre); Gand, 24 décembre 2015, *NjW*, 2017, p. 200, note E. DEWITTE; *T. not.*, 2017, p. 63. Antérieurement déjà, voy., Bruxelles, 18 juin 2013, *R.W.*, 2014-15, p. 624; *T. not.*, 2014, p. 217, note C. ENGELS.

(45) Pour plus de développements, voy. C. ROUSSEAU, « L'immeuble et la sortie d'indivision provoquée par un indivisaire ou son créancier », in *L'immeuble au cœur de la pratique juridique* (sous la dir. de V. PIRSON), Limal, Anthemis, 2017, pp. 103 et 107, nos 9 et 12.

(46) Similairement, voy. E. BEGUIN, « Indivision immobilière conventionnelle et pratique notariale », in *Le notaire garant de la sécurité juridique : examen de clauses*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 212 (« Pour la Cour de cassation, l'indivision volontaire peut se transformer en indivision ordinaire soit lorsque le but est atteint, soit lorsque ce but n'est plus possible ou réalisable, soit du commun accord des parties »).

(47) Gand, 8 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 971; Gand, 16 décembre 2004, *T. not.*, 2006, p. 126, note F. BOUCKAERT; Bruxelles, 18 juin 2013, *précité*, note 43; Gand, 24 décembre 2015, *précité*, note 43; Civ. Bruxelles, 12 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1018; Civ. Anvers, 26 novembre 2014, *précité*, note 43.

diverses techniques, une certaine permanence qui, seule, peut garantir la réalisation du but poursuivi (48). Comme l'exprime l'auteur : « la soumission d'un bien à un usage déterminé implique automatiquement qu'il ne soit pas disponible pour un autre usage. (...) cette idée se vérifie en matière d'affectation car chaque fois qu'un bien est soumis à un usage déterminé des conséquences en découlent quant aux pouvoirs du propriétaire du bien ou, plus précisément, du titulaire d'un droit sur ce bien » (49).

Force est d'admettre, toutefois, que la détermination de l'affectation convenue par les indivisaires se révélera parfois ardue *a posteriori* (50). Il reviendra au juge d'interpréter ce qu'a pu être leur volonté, compte tenu des éléments dont il dispose (51). Une autre difficulté pourrait être que les parties n'aient pas eu la même idée en tête lorsqu'elles ont choisi l'indivision (52). Dans ce cas, selon nous, l'indivision ne pourrait réellement être qualifiée de volontaire : chacun ayant des droits sur la chose indivise, celle-ci ne pourrait être affectée à un but déterminé que de l'accord de tous.

Dans le cas d'espèce, et quoique cela ne transparaît pas des termes exprès du règlement transactionnel, aucun des ex-époux ne nie que leur intention était, à l'origine, de conserver l'immeuble en indivision pour le donner à leur fille. En ce sens, l'indivision était volontaire puisqu'elle poursuivait un but particulier sur lequel les parties s'étaient entendues. Cependant, l'affectation dont il est question est particulièrement « faible », puisqu'antérieurement à la donation, l'intention de donner est librement révocable (53). L'articulation des règles sur l'engagement de donner et de celles sur l'indivision volontaire conduit donc à la conclusion suivante : dès le moment où l'un des époux est revenu sur son intention de donner sa part indivise, l'indivision est redevenue

(48) S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 187.

(49) *Ibid.*

(50) E. BEGUIN, *op. cit.*, p. 212. Voy. également l'exemple donné par E. DEWITTE, « Toevallige v. vrijwillige onverdeeldheid », note sous Gand, 24 décembre 2015, *NjW*, 2017, p. 203.

(51) Ainsi, dans des espèces similaires où des cohabitants de fait avaient acheté ensemble un immeuble et s'étaient ensuite séparés, la cour d'appel de Gand a fait droit à la sortie d'indivision, considérant que l'achat en commun visait à permettre la vie commune et que ce but avait pris fin avec la séparation, tandis que le tribunal de première instance d'Anvers l'a refusée au motif que le but de l'acquisition n'était autre que de s'assurer à chacun un logement (Gand, 22 octobre 2015, *précité*, note 43; Civ. Anvers, 26 novembre 2014, *précité*, note 44).

(52) E. BEGUIN, *op. cit.*, p. 212; B. VERLOOY, « Einde feitelijke samenwoning en vordering tot uit onverdeeldheid betreffende onverdeelde naakte eigendom woning met 'gekruist vruchtgebruik' of 'Istas'-tontine », note sous Gand, 22 octobre 2015, *R.A.B.G.*, 2016, p. 1112.

(53) On trouve un raisonnement similaire lorsque l'affectation donnée au bien indivis est en lien avec une relation de couple, l'existence de celle-ci pouvant toujours être mise à mal par la volonté unilatérale de l'un de ses membres. En ce sens, B. VERLOOY, *op. cit.*, p. 1112.

ordinaire — car dépourvue d'affectation spécifique — et pleinement soumise à l'article 815 du Code civil.

12. Pacte d'indivision. — Même lorsqu'il trouve à s'appliquer, l'article 815 du Code civil ne consacre pas un droit absolu à la sortie d'indivision (54). La principale restriction à ce droit se trouve au cœur même de la disposition, en son deuxième alinéa, qui admet les pactes d'indivision. Les indivisaires peuvent ainsi convenir de suspendre le partage, et ce pour une durée maximale de cinq ans, renouvelable toutefois.

Dès lors, la clause contenue dans le règlement transactionnel selon laquelle les ex-époux « décident de conserver l'immeuble précité en indivision » aurait-elle pu s'interpréter comme un pacte d'indivision ? Ce pacte n'est en effet soumis à aucune exigence de forme pour sa validité (55) et, selon J. Hansenne, si sa durée est indéterminée, comme en l'espèce, le pacte n'est pas nul mais vaut simplement pour cinq ans (56). Seule l'interprétation de la volonté des ex-époux devrait permettre dès lors, de déterminer si cette clause entend limiter leur droit à la sortie d'indivision ou si elle a uniquement pour objet d'acter la situation du bien, ce qui semble être le cas compte tenu des éléments de fait repris dans le jugement. Fort heureusement, le premier jugement étant intervenu plus de cinq ans après la prise d'effet du pacte, cette question ne s'est pas posée. Il reste qu'il aurait sans doute été plus prudent de préciser la clause, par exemple en soumettant expressément l'indivision à l'article 815, alinéa 1^{er} du Code civil, si telle était la volonté des parties (57).

§ 2. Contours de l'abus de droit en matière d'indivision

13. Abus de droit et *rechtsverwerking*. — L'effet juridique reconnu au simple engagement de donner semble ignorer les attentes dites « légitimes » d'autrui. En effet, cet engagement n'a, sous réserve de quelques rares hypothèses, aucune force obligatoire pour celui qui l'émet et il en résulte, dans le contexte particulier de l'indivision, qu'il ne peut constituer le fondement d'une indivision volontaire durable.

Notre droit réserve pourtant une certaine place à ces attentes légitimes, sous la forme de l'abus de droit. Un tel abus peut en effet être reproché à celui qui « après avoir adopté un comportement objectivement inconciliable avec l'exercice normal de [son] droit, crée, dans le chef de

(54) Pour une recension de diverses exceptions en matière immobilière, voy. C. ROUSSIEAU, *op. cit.*, pp. 99-108, n° 5-13.

(55) Il en va différemment en ce qui concerne son opposabilité aux tiers : le pacte devra être transcrit s'il a pour objet un immeuble (C. civ., article 815, alinéa 3).

(56) J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, Liège, coll. scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 1996, p. 858, n° 858, note 16.

(57) G. MAHIEU, « Divorce et séparation », *Rép. not.*, t. I, Les personnes, liv. 6, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 148.

l'autre partie, la confiance légitime qu'il ne l'exercerait pas » (58). Ce critère particulier de l'abus de droit — généralement appelé « rechtsverwerking » (59) — requiert la réunion de deux conditions : l'exercice d'un droit d'une manière inconciliable avec son usage normal par le créancier et la rupture de la confiance légitime du débiteur (60).

14. Abus pour ce qui concerne les indemnités d'occupation. —

Dans l'arrêt annoté, la cour conclut à l'abus de droit uniquement pour ce qui concerne la demande d'indemnités d'occupation. Aux termes de l'arrêt, exiger le paiement de telles indemnités le 26 août 2011 et faire rétroagir leur déduction au 1^{er} décembre 2006 revient à « exercer[r] son droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne normalement prudente et diligente, dans un contexte identique à celui rencontré en l'espèce ».

L'application de la figure de l'abus de droit en matière d'indemnités d'occupation était à notre connaissance jusqu'ici inédite en jurisprudence (61), mais elle se justifie au regard des faits de la cause : le juge constate d'abord qu'on ne peut déduire des diverses conventions liant les parties que Monsieur G. aurait renoncé au droit de faire valoir une indemnité d'occupation. La renonciation à un droit est, en effet, d'interprétation stricte et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation (62). Cependant, le juge estime que l'abstention de Monsieur G., pendant une durée de cinq ans, suivie de la mise en œuvre de son droit avec effet rétroactif, en constitue un usage abusif, compte tenu du fait que l'indemnité d'occupation est en principe une dette périodique. Par ailleurs, il observe que les attentes légitimes des occupants de l'immeuble ont ainsi été trompées car « il est évident que si M. G. avait manifesté en temps utile aux appelantes son intention de leur réclamer une indemnité d'occupation, celles-ci auraient pu prendre d'autres dispositions, moins onéreuses ». Réduisant le droit à son usage normal, le juge ordonne le paiement d'indem-

(58) P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, pp. 138-139, n° 114.

(59) Sur cette forme particulière de l'abus de droit, voy. en particulier : P. BAZIER, « La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)* (sous la dir. de P. WÉRY), Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 166-196; S. STJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in *Les obligations contractuelles* (sous la dir. de M. DUPONT), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 293-298.

(60) P. BAZIER, *op. cit.*, pp. 176-180.

(61) Nous l'avions évoquée dans une précédente étude : C. ROUSSEAU, « Le fondement et la nature de l'indemnité d'occupation : bouleversements récents dans la jurisprudence de nos Cours suprêmes ? », in *La liquidation des régimes matrimoniaux. Aspects théoriques et pratiques* (sous la dir. de J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 247-248. Sur l'indemnité d'occupation en général, voy. également A. DEMORTIER, « L'indemnité d'occupation dans la liquidation du régime matrimonial », in *La liquidation des régimes matrimoniaux. Aspects théoriques et pratiques* (sous la dir. de J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 265-306.

(62) Cass., 30 avril 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 918; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 163.

nités d'occupation uniquement à compter du 26 août 2011, jour de leur première demande.

15. Pas d'abus pour ce qui concerne le droit de requérir la sortie d'indivision. — Si le juge a protégé les attentes légitimes des occupants quant à l'indemnité d'occupation, aurait-il pu également le faire en ce qui concerne la sortie d'indivision et la vente de l'immeuble qui y fera probablement suite ? Il faut observer, à cet égard, que tout semblait mis en place pour reconnaître à Madame N. le droit d'occuper le bien : les conventions préalables l'autorisaient à y résider et l'acte de donation lui réservait la jouissance du quart donné à sa fille. Or, cette occupation sera vraisemblablement mise à mal par la sortie d'indivision. Se posent ainsi deux questions distinctes : tout d'abord, peut-on abuser du droit d'exiger la sortie d'indivision ? Ensuite, et dans l'affirmative, le cas d'espèce aurait-il pu constituer un abus de droit ?

Sur la première de ces questions, il faut d'abord concéder que le droit reconnu à l'article 815 du Code civil fait partie de ceux que l'on a pu qualifier, et que certains qualifient toujours, de « droits discrétionnaires » (63). Les droits discrétionnaires ont cette particularité que leur titulaire « en use à sa *discretion*, c'est-à-dire dans n'importe quel but ou pour n'importe quel motif » (64), ce dont il résulte que la théorie de l'abus de droit ne leur est pas applicable (65).

Avec le temps, le nombre de droits auxquels l'on reconnaît un caractère discrétionnaire s'est progressivement réduit, au point que selon certains, il n'existerait plus, à l'heure actuelle, de droits purement discrétionnaires et non susceptibles d'abus (66). À l'appui de cette idée, P. Wéry épingle un arrêt rendu par la Cour de cassation, aux termes duquel « Il peut y avoir abus de droit, même si le droit visé est d'ordre public ou impératif » (67). Quant à Th. Léonard, il estime que c'est « l'objectivation des critères de l'abus, liée à la reconnaissance de la nécessaire prise en compte des intérêts d'autrui, qui, [...], a fait rentrer tous les types de droits, même les plus discrétionnaires, sous le

(63) L. JOSSEMERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Sirey, 1950, p. 212, n° 435; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.*, 1944, p. 14; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, t. II, vol. I, p. 80, n° 28; P. WATELET, « Partages et licitations judiciaires », *Rép. not.*, t. XIII, La procédure notariale, liv. 5/3, Bruxelles, Larcier, 1988, n° 3, B); E. WELING-LILIE, *op. cit.*, p. 284. En ce sens également, semble-t-il : Anvers, 26 mai 2003, *T. not.*, 2004, p. 165.

(64) S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 38.

(65) P. LECOCQ, *op. cit.*, p. 305, n° 119; Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 774.

(66) *Ibid.*; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. I, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 304, n° 119; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, t. II, vol. I, p. 79, n° 28; J. VAN ZUYLEN, « Faute, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *Ann. Dr. Louv.*, 2011, p. 288; P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 137, n° 113.

(67) Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999; *R.W.*, 2010-11, p. 1345; P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 137, n° 113.

giron de [la théorie de l'abus de droit] » (68). Il est en tout cas certain, et unanimement admis (69), que l'évolution de notre société a progressivement réduit la catégorie des droits discrétionnaires « à peu de chagrin » (70). Dès lors, même si l'on admet que cette catégorie subsiste, cela n'emporte pas nécessairement que le droit consacré à l'article 815 du Code civil en ferait toujours partie. Par exemple, si un indivisaire auquel les autres ont proposé de racheter sa part dans un bien non commodément partageable à un bon prix, en exige néanmoins le partage, pourrait-on nier qu'il y a là abus de droit ? Rien n'est moins sûr et la doctrine se montre pour le moins réservée. Déjà en 1944, A. Rouast écrivait que le caractère discrétionnaire du droit au partage était « appelé à disparaître », en raison de la recrudescence de l'hostilité manifestée à l'égard de l'état d'indivision (71). Plus récemment, P. Marchal qui rapporte que le droit de l'article 815 du Code civil est encore admis au titre des droits discrétionnaires, s'interroge néanmoins sur le caractère inconcevable de l'abus d'un tel droit (72). Enfin, P. Delnoy, lorsqu'il fait état du caractère absolu du droit de demander le partage, concède toutefois que ceci ne vaut « que dans l'état actuel de la jurisprudence » (73).

S'il est vrai que l'on n'a pas connaissance à ce jour de décision ayant conclu à un abus du droit de demander le partage dans le chef d'un indivisaire (74), il faut pourtant distinguer deux choses : d'une part, l'impossibilité « théorique » de reconnaître un abus dans l'exercice du droit de l'article 815 du Code civil en raison de son caractère discrétionnaire et, d'autre part, le simple défaut de cas « pratiques » y ayant jusqu'ici donné lieu et, donc, sa rareté. Cette distinction peut être exposée à la lumière d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Mons (75) : en l'espèce, le nu-propriétaire indivis de deux immeubles requérait que ceux-ci soient partagés. L'usufruitière ainsi que les autres nus-propriétaires lui opposaient un abus de droit. Ils estimaient que, compte tenu des faibles résultats économiques auxquels la licitation de la nue-propriété mènerait, l'avantage que le requérant retirerait de la sortie d'indivision serait sans commune mesure avec l'inconvénient qu'il leur reviendrait

(68) TH. LÉONARD, *op. cit.*, p. 774.

(69) P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 213; P. MARCHAL, « Les principes généraux du droit », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 245; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 38; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, t. II, vol. I, p. 79, n° 28; N. VERHEYDEN-JEANMART, PH. COPPENS et C. MOSTIN, « Les biens. Examen de jurisprudence (1989-1998) », *R.C.J.B.*, 2000, p. 297; P. WÉRY, *op. cit.*, vol. 1, p. 137, n° 113.

(70) J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 288.

(71) A. ROUAST, *op. cit.*, p. 14.

(72) P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 245.

(73) P. DELNOY, « Sur le concept d'indivision », note sous Bruxelles, 26 septembre 2008, *Rev. not. belge*, 2010, p. 557.

(74) Par contre, une demande en sortie d'indivision émanant du créancier personnel d'un indivisaire et fondée sur l'article 1561 du Code judiciaire a pu être jugée abusive (Liège, 27 avril 2016, *Rev. not. belge*, 2016, p. 535, obs. D.S.).

(75) Mons, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1261; *Rec. gén. enr. not.*, 2010, p. 112.

de supporter. Si la cour avait considéré que le droit de l'article 815 du Code civil était un droit discrétionnaire, elle n'aurait eu nul besoin d'examiner cet argument. Pourtant, elle observe que compte tenu « de la situation d'endettement sérieux de l'appelant, [elle] ne peut lui contester ce droit, même si les licitations ordonnées sont susceptibles de n'obtenir que des résultats médiocres, voire insignifiants ». La cour conclut ainsi à l'absence d'abus dans l'exercice du droit de l'article 815 du Code civil en raison des circonstances de l'espèce, mais non parce qu'un tel abus ne pourrait se concevoir (76).

On tend à penser, en l'espèce, que si l'argument avait été soulevé, l'arrêt annoté aurait pu donner lieu à une conclusion similaire. En effet, quand bien même l'on considérerait que la demande en sortie d'indivision romprait la confiance et les attentes légitimes de Madame N. et de sa fille et, partant, que la seconde condition de la *rechtsverwerking* est rencontrée, encore faudrait-il conclure à l'exercice du droit au partage d'une manière inconciliable avec son usage normal (77). Or, si ce droit ne constitue sans doute plus à l'heure actuelle un droit parfaitement discrétionnaire, son exercice reste très libre lorsque l'indivision est ordinaire. Selon un arrêt de la cour d'appel d'Anvers, ce droit ne peut d'ailleurs être entravé « door het feit dat men jarenlang op een vreedzame wijze in onverdeeldheid heeft geleefd » (78). C'est ce dont atteste également l'article 815, alinéa 2 du Code civil, qui ne permet de se lier à cet égard que pour une période de cinq ans renouvelable. L'indivisaire peut dès lors, aux yeux de la loi, changer d'avis tous les cinq ans, sans que ceci ne soit abusif.

Ainsi, plutôt qu'un droit purement discrétionnaire, l'article 815 du Code civil recèle une excellente illustration d'une certaine gradation dans le caractère discrétionnaire des droits subjectifs. Comme l'explique P.-A. Foriers, les droits « peuvent laisser à leur titulaire une marge

(76) Comp. Anvers, 30 mars 2016, *T. not.*, 2016, p. 568 (« De partij die de gerechtelijke uitonverdeeldheidtreiding vordert, hoeft dit, strikt gezien, overigens niet te motiveren. Het recht om uit onverdeeldheid te treden is gesteund op artikel 815 van het Burgerlijk Wetboek en mag door iedere medegerechtigde uitgeoefend worden (...) »).

(77) Voy. *supra*, n° 13.

(78) Anvers, 30 mars 2016, *T. not.*, 2016, p. 568. En ce sens également : Anvers, 26 mai 2003, *T. not.*, 2004, p. 165 (« Het is niet omdat wijlen Victor R. gedurende vele jaren bij herhaling zijn instemming betuigde met een gedeeltelijke verdeling in der minne en met de instandhouding van de onverdeeldheid voor het overige, dat deze houding onverenigbaar zou zijn met de actuele uitoefening van het in artikel 815, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek verleende recht en dat de andere deelgenoten het rechtmatig vertrouwen mochten hebben dat de verdeling nooit zou gevraagd worden en aldus zou afgezien worden van het voormelde recht op verdeling. Artikel 815, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek strekt er precies toe het vorderingsrecht van verdeling te allen tijde beschikbaar te stellen aan de titularis niettegenstaande verbodsbepalingen en overeenkomsten, behoudens een in de tijd beperkt onverdeeldheidsaspect, waarvan te dezen geen bewijs is geleverd »).

d'appréciation variable. Certains droits peuvent présenter un caractère plus discrétionnaire que d'autres » (79).

Conclusion

« **Un tiens vaut, ce dit-on, mieux que deux tu l'auras; l'un est sûr, l'autre ne l'est pas** » (80). — L'arrêt commenté était l'occasion de quelques observations autour de deux thèmes : l'engagement de donner, d'une part, et la sortie d'indivision, d'autre part.

De l'engagement de donner, nous avons pu dire que, bien que n'étant pas nul — à condition de revêtir la forme authentique —, il est dépourvu de force juridique s'il est consacré par une simple offre ou promesse de donation. Si un engagement ferme du donateur est recherché, il sera alors préférable de recourir à d'autres mécanismes, tels une stipulation pour autrui ou une donation sous condition suspensive.

Quant à la sortie d'indivision, l'arrêt fut l'occasion de faire le point sur ce qui distingue, selon nous, l'indivision volontaire de l'indivision ordinaire : son affectation. Cette affectation étant en l'espèce subordonnée à l'intention de donner, et cette dernière étant librement révocable, la sortie d'indivision a pu être admise dès la décision de Monsieur G. de ne pas donner la part restante de l'immeuble à sa fille.

Enfin, l'examen de l'admission par le juge d'un abus de droit quant à la demande d'indemnités d'occupation et, partant, la reconnaissance d'une certaine protection des attentes légitimes d'autrui, nous a permis d'envisager les contours de l'abus de droit en relation avec l'article 815 du Code civil. S'il est traditionnellement admis que le droit qu'il consacre est un droit discrétionnaire, force est de constater qu'on ne peut plus affirmer avec certitude qu'il le soit parfaitement, et que bien que son exercice reste relativement libre, on ne peut plus radicalement exclure la possibilité d'un abus du droit de demander le partage.

Candice ROUSSEAU

Assistante et doctorante à l'UCL

(79) P.-A. FORIERS, *op. cit.*, p. 213.

(80) Morale de la fable « Le petit poisson et le pêcheur » de J. DE LA FONTAINE.