

PROPOS SUR LA CAPTATION D'UNE LIBÉRALITÉ ET LA RÉVOCATION DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

Jean-Louis RENCHON

Professeur à l'Université catholique de Louvain et à
l'Université Saint Louis – Bruxelles

Avocat au Barreau de Bruxelles

1. Les professions de notaire et d'avocat sont tout autant complémentaires que différentes.

L'un et l'autre sont souvent confrontés aux mêmes situations humaines et aux mêmes problématiques juridiques, mais leur manière d'approcher et de traiter ces situations et ces problématiques ne procède ni du même regard ni de la même position.

Je tenterai peut-être, à une autre occasion, de mettre en exergue ces différences et ces complémentarités.

Si je les évoque en préambule de mon intervention, c'est parce que je vais me permettre de resservir (puisqu'il s'agit de *Tapas*) à nos quasi-confrères notaires(1) l'étude que j'avais déjà préparée à l'intention des avocats familialistes réunis lors des deuxièmes États généraux du droit de la famille(2).

Avec le recul, j'ai cependant pu y apporter quelques ajouts et précisions.

2. Cette étude porte sur deux thématiques qui me paraissent être d'actualité, parce qu'elles posent aujourd'hui problème, tant sur le plan humain que sur le plan juridique.

(1) L'expression me paraît particulièrement appropriée pour signifier nos complémentarités au-delà de nos différences. Elle est calquée sur celle de « quasi-frères » (ou de « quasi-sœurs ») qui désigne, pour les enfants des familles recomposées, les enfants du nouveau conjoint de leur père ou de leur mère.

(2) J.-L. RENCHON, *Actualités en droit des successions et des libéralités, États généraux du droit de la famille II*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 103

Elles interpellent en effet le juriste en raison de leur dimension humaine et éthique, et elles requièrent dès lors nécessairement notre attention et notre réflexion, mais, au surplus, les solutions de notre droit positif manquent assurément de clarté, et il me semblait dès lors opportun d'essayer d'y remettre de l'ordre et, autant que possible, de la cohérence.

Ce sont deux thématiques qui sont *a priori* distinctes, mais on verra qu'elles ne sont pas sans lien l'une avec l'autre : la captation d'une libéralité, d'une part, et le statut juridique des donations entre époux lors de la rupture du couple, d'autre part.

Section I. La captation d'une libéralité

3. C'est une situation concrète, régulièrement rencontrée dans la pratique d'un avocat familialiste, qui m'a amené à me pencher de manière plus approfondie sur la problématique générale de la captation d'une libéralité, qualifiée, lorsqu'il s'agit d'une libéralité consentie dans la perspective du décès, de captation d'héritage.

Cette situation est celle où on découvre, le plus souvent à propos d'un testament, mais on peut aussi faire le même constat dans le contexte d'une donation, qu'une libéralité a été consentie à la suite d'une forme d'« emprise » exercée sur le disposant par le bénéficiaire.

Le terme d'« emprise (3) » me paraît particulièrement adéquat, car il peut recouvrir toutes sortes de comportements différents qui ont cependant en commun d'exercer un pouvoir sur autrui avec l'objectif de réaliser ses finalités personnelles.

Il est clair que ce pouvoir sera d'autant plus efficace qu'il s'exercera à l'égard d'une personne vulnérable ou fragilisée.

4. Un comportement type qui est particulièrement interpellant est, ainsi, celui qui consiste à solliciter de manière plus ou moins expresse une personne âgée ou malade de rédiger un testament, par exemple en lui soumettant un brouillon qu'elle n'aura plus qu'à recopier à la main, en la véhiculant chez un notaire afin qu'elle puisse y signer un testament dont le contenu révélera, par la suite, qu'il avantageait l'aimable conducteur, ou encore en appelant un notaire pour qu'il se rende au chevet de cette personne, afin qu'elle puisse lui dicter les dispositions

(3) On ne doit pas préciser que la « relation d'emprise » a fait l'objet, depuis Freud, de nombreux et importants travaux psychologiques qui ont mis en évidence la complexité du processus intersubjectif mobilisé dans pareille relation.

qu'elle entendrait prendre au profit de l'aimable auteur du coup de téléphone...

On peut assurément aussi évoquer – tant c'est de notoriété publique – le comportement discutable d'une société protectrice des animaux qui délègue des agents au domicile de personnes âgées aux fins de leur faire apparaître tout l'intérêt qu'il pourrait y avoir à tester en sa faveur...

Et on peut encore – toujours dans la même veine, mais à propos des donations – mettre en lumière le comportement qui peut être tout autant discutable de certains des enfants qui cherchent à convaincre leurs vieux parents de leur consentir de leur vivant une donation sous le couvert de l'excellente raison qu'il pourrait y avoir là une importante économie fiscale (pour les enfants !) à réaliser⁽⁴⁾.

Les auteurs de ces comportements, d'apparence bien intentionnés, se défendront évidemment de tout usage quelconque de la force, diront que la liberté de disposer du testateur ou du donateur a été pleinement respectée puisque c'est lui, en définitive, qui a exprimé ses volontés, et expliqueront même que c'était à sa demande qu'un brouillon de testament lui avait été présenté ou que le notaire a été appelé à son chevet (ce qui n'est d'ailleurs aucunement exclu). Au surplus, plus que probablement, le notaire n'aura apparemment rien décelé d'anormal et il actera dès lors ce que les devoirs de sa fonction exigent en principe de lui – les déclarations de volontés qui lui auront été exprimées.

5. Et cependant, le disposant se sera trouvé sous « emprise », car il n'aurait pas songé, de sa propre initiative, à prendre les dispositions qu'il a finalement été amené à consentir, et c'est bien parce qu'elles lui auront été suggérées, en exerçant précisément sur lui une influence ou une pression, quelle que subtile qu'elle ait été, qu'il aura effectivement exprimé ses « volontés » qui ne seront pas pour autant, au sens profond du terme, les « siennes ».

Il y aura eu là, d'un point de vue humain et psychique, ce qu'on peut assurément appeler une « captation » de libéralité ou d'héritage.

Mais, sera-ce pour autant, en termes juridiques, une captation ?

6. Telle est la question que je me suis proposé de soumettre à nos réflexions, d'autant que, comme je vais essayer de le montrer, ce concept juridique est particulièrement imprécis.

Afin de tenter de l'éclairer, il convient d'en revenir d'abord à celui – beaucoup mieux connu – d'insanité d'esprit dans le droit des libéralités.

(4) Voy. à ce propos les considérations pertinentes du professeur H. CASMAN, « Hoed u voor captatie en suggestie », *TEP*, 2012, p. 235.

§ 1. L'insanité d'esprit

7. Il n'est assurément plus nécessaire de rappeler que « pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit » (art. 901 Code civil).

On a déjà écrit – la doctrine comme la jurisprudence – des centaines de pages⁽⁵⁾ à propos de cette notion et, chaque fois, c'est pour mettre en évidence que l'article 901 du Code civil pose l'exigence d'un consentement « renforcé » en matière de libéralités au regard du droit commun de l'acte juridique⁽⁶⁾.

8. Cette solution résulte d'abord des termes expressément utilisés dans la disposition légale : nulle part ailleurs, en effet, dans le Code Napoléon, il est question d'être « sain d'esprit » pour accomplir un acte juridique⁽⁷⁾.

L'article 1108 du Code civil fait du consentement de la partie qui s'oblige une condition de validité des conventions, mais l'article 1109 du Code civil ajoute aussitôt qu'« il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol ».

Être « sain d'esprit », c'est donc une exigence qui va au-delà des hypothèses d'une absence de consentement ou d'un consentement qui aurait été vicié par l'erreur, la violence ou le dol.

9. Mais la solution résulte aussi des explications qu'on peut trouver dans les travaux préparatoires du Code Napoléon à propos de la formulation de l'article 901 du Code civil.

Citons simplement pour l'instant un extrait du rapport fait par Jaubert au Tribunal⁽⁸⁾.

(5) On ne m'en voudra pas, je l'espère, de ne pas reproduire dans ce texte toutes les références classiques de doctrine et de jurisprudence qui sont systématiquement mentionnées dans toutes les études publiées à ce propos, car, outre que ce serait inutilement gaspiller du papier, tel n'est ni l'objet ni l'objectif de mon propos.

(6) On relèvera néanmoins que cette théorie a été remise en cause par une doctrine néerlandophone. Voy. F. SWENNEN, « Het misverstand van de theorie van de versterkte toestemming bij giften », *A. J. T.*, 1998-99, p. 569.

(7) L'analyse est devenue différente en droit français, parce que le législateur a inséré dans le Code civil français une disposition qui est aujourd'hui celle de l'article 414-1 et qui prévoit d'une manière générale que « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ».

Par ailleurs, le texte de l'article 901 du Code civil, même s'il prévoit toujours que « pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit » a aussi été modifié en des termes tels que sa formulation actuelle ne correspond plus aux explications qui avaient été données du texte originaire par les auteurs du Code Napoléon.

(8) Rapport fait par M. JAUBERT au Tribunal, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 12, p. 579.

Posant lui-même la question « ne faut-il pas être sain d'esprit pour tous les actes ? » et « pourquoi donc la loi l'exige-t-elle particulièrement pour les dispositions à titre gratuit ? », il répondait :

« C'est surtout pour les dispositions à titre gratuit que la *liberté de l'esprit* et la *plénitude de jugement* sont nécessaires. Le plus souvent l'homme ne dispose, surtout par testament, que dans ses derniers moments. Alors, que de dangers pour le malade ! Que d'embûches de la part de ceux qui l'entourent ! »

Tout était, à l'époque, (déjà) dit et bien dit !

Au surplus, comme on le sait, la doctrine et la jurisprudence répètent à l'envi ce qu'avant même la confection du Code Napoléon le chancelier d'Aguesseau avait exprimé en d'autres termes : consentir à une libéralité exige « une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme que pour s'obliger dans le contrat ».

10. Il est donc acquis, en droit belge, pour reprendre l'excellente formulation du professeur Paul Delnoy, que « le législateur a voulu que le consentement de celui qui fait une libéralité soit *parfait : parfaitement éclairé, parfaitement libre* » (9).

Et c'est précisément parce que « en cette matière, le disposant doit être protégé de manière particulière contre ses propres faiblesses – prodigalité, esprit d'ostentation – et contre *les pressions qu'exercent sur lui* ceux que meut le désir de s'enrichir sans bourse délier » (10) que son consentement doit être « parfait ».

On voit donc bien, en anticipant déjà sur ce qu'on pourra exprimer à propos de la captation d'une libéralité, que l'exigence d'être « sain d'esprit » n'a pas été seulement posée pour empêcher qu'une libéralité soit consentie par une personne dont les facultés mentales seraient altérées mais aussi – et on pourrait même dire surtout – pour éviter que cette personne n'ait pas été « parfaitement libre » (11) de consentir cette libéralité.

C'est aussi en ces termes – et j'y reviendrai (*infra*, n° 26) – que s'est exprimé le professeur Henri De Page (12) : « Ce qu'il y a lieu de rechercher et ce qu'il importe essentiellement de rechercher, c'est la question de savoir si la volonté du disposant a été *entièrement et absolument libre*... ».

(9) P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 54.

(10) *Ibid.*, p. 53.

(11) Le professeur Delnoy cite, à l'appui de son analyse, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles prononcé à la fin du XIX^e siècle (6 juillet 1891) qui avait déjà considéré qu'une libéralité était nulle lorsque le disposant était « déséquilibré, affecté en somme d'une faiblesse d'esprit qui le soumettait plus facilement que toute autre personne à l'influence de ceux qui l'entouraient, et enlevaient en définitive à sa volonté sa liberté et sa spontanéité ».

(12) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. VIII, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 154, n° 99. B.

§ 2. Le champ d'application de la notion d'insanité d'esprit

11. Il résulte de cette analyse que la notion d'insanité d'esprit est *a priori* destinée à recouvrir un ensemble de situations très différentes, même si c'est à ce propos, comme on le verra, que les choses deviennent beaucoup moins claires dans la doctrine et dans la jurisprudence.

A. Les altérations mentales

12. Il y a d'abord – bien sûr – et c'est ce sur quoi se focalisent le plus souvent les plaideurs – les altérations mentales.

Dès lors que, conformément à la théorie du consentement renforcé, une libéralité n'est pas valable si le disposant n'avait plus sa « plénitude de jugement », il en résulte assurément que l'affaiblissement des facultés mentales du donateur ou du testateur en raison d'une maladie, d'un accident ou de la dégradation progressive de son état de santé, peut conduire à considérer que son consentement à une donation ou à des dispositions testamentaires n'avait pas été « parfait ».

13. De là le nombre de procès au cours desquels le juge est amené à rechercher quel était l'état mental ou psychique précis du disposant au moment où il a consenti à la libéralité (13).

C'est une tâche particulièrement difficile, et on sait à cet égard que ce sera le plus souvent le dossier médical de la personne atteinte d'une infirmité mentale qui permettra de déterminer si ses facultés mentales étaient effectivement altérées ou affaiblies au point de ne plus disposer de la « plénitude de jugement » nécessaire pour faire une donation ou rédiger un testament.

Car ce qu'il y aura lieu de déterminer, ce n'est pas seulement l'existence d'une altération de l'état de santé mentale du disposant, mais c'est aussi l'incidence de cette éventuelle altération sur son aptitude pleine et entière à consentir une libéralité (14).

L'exercice est périlleux, car il s'agit, en quelque sorte, de déterminer si une personne qui n'aurait plus sa « plénitude de jugement » dans toutes

(13) Voy. l'analyse approfondie d'un nombre important de décisions de jurisprudence faite par F. REUSENS et A. TASIAUX, in *L'adulte âgé dans le droit des personnes et de la famille. Chronique de jurisprudence belge*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 169 et s.

(14) Voy. not. L. STERCKX, « La démonstration de la santé mentale à l'épreuve de la théorie du consentement renforcé », *Rev. not. b.*, 2008, p. 78.

On relèvera que cet auteur considère – ce qui me paraît discutable – que l'insanité d'esprit serait un vice de consentement spécifique aux libéralités.

les circonstances de son existence l'avait par contre encore lorsqu'elle a consenti une donation ou rédigé un testament (15).

B. *Le dérèglement psychique passager*

14. Il y a ensuite les situations où la « liberté d'esprit » et la « plénitude de jugement » du disposant auraient été altérées en raison d'un dérèglement psychique passager qui peut lui-même procéder de différentes causes.

On a régulièrement évoqué, dans la doctrine, un état d'ivresse auquel il convient assurément d'associer la prise de drogues ou de médicaments anesthésiants qui impliquent presque nécessairement que le disposant se sera trouvé privé d'« une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme ».

Mais on peut également envisager un dérèglement passionnel procédant d'une émotion ou d'un affect empêchant tout autant le disposant d'exprimer un consentement « parfaitement éclairé » et « parfaitement libre ».

15. C'est au demeurant en raison du risque d'un tel éventuel dérèglement passionnel qu'on avait entendu justifier, dans notre droit positif, la règle de la révocabilité ad nutum des donations entre époux (voy. *infra*, Section II).

Plutôt que d'interdire ces donations, les auteurs du Code Napoléon avaient considéré qu'afin de pallier ce risque, il fallait permettre à l'époux, qui aurait consenti à son conjoint une donation sous l'empire de la passion amoureuse, de la révoquer lorsque, revenu à « une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme », il se serait effectivement rendu compte qu'il n'avait pas été « sain d'esprit ».

(15) On cite généralement dans la doctrine le cas très particulier d'un homme dont la pathologie mentale ne s'était apparemment traduite que par un discours délirant à l'égard de l'État d'Israël, mais qui aurait continué par contre à disposer de sa « plénitude de jugement » lorsqu'il avait institué sa femme de ménage sa légataire universelle (Civ. Liège, 5 décembre 1998, *J. L. M. B.*, p. 506 et, en degré d'appel, Liège, 2 octobre 1990, cité par P. DELNOY, *Chron. not.* Liège, 1992, vol. XVI, p. 107).

On peut discuter de la question de savoir si la santé mentale est « une » ou si elle est au contraire « divisible ». Les psychiatres ont sur cette question des opinions différentes, mais paraissent s'accorder pour considérer qu'on peut effectivement envisager des situations où une personne conserve sa « plénitude de jugement » au regard de certains types d'actes, alors qu'elle l'a perdue pour d'autres types d'actes.

C. *L'emprise exercée sur la liberté du disposant*

16. Et puis il y a précisément toutes les situations où l'auteur de la libéralité n'aurait plus disposé de sa pleine liberté en raison de l'influence ou a fortiori de l'emprise exercée sur sa volonté par une ou plusieurs personnes qui l'auraient amené à consentir une libéralité qu'il n'aurait pas de sa propre initiative ou de son plein gré consentie.

On se trouve là dans un cas de figure radicalement différent, car il n'est *a priori* plus question ni d'altération mentale (16), ni de dérèglement passionnel, mais d'une atteinte portée de l'extérieur à la liberté d'esprit et à la plénitude de jugement du disposant par ceux qui cherchent à obtenir une faveur dont la particularité est qu'ils ne devront aucunement la monnayer.

C'est à un des éléments qui participent de la « liberté d'esprit » exigée pour consentir une libéralité – à savoir sa « spontanéité » – que le bénéficiaire de la libéralité ou un entremetteur sont venus contrevenir, en parvenant à faire faire au disposant, même s'il en exprimera en définitive la volonté, ce qu'il n'aurait pas, en toute liberté, songé à faire ou réellement voulu faire.

C'est exactement ce qu'on peut appeler une « captation » de la liberté ou de la volonté d'autrui, même si, on le verra ci-après (§ 4), la question est, en droit, controversée.

17. C'est, au demeurant, parce que le législateur est parfaitement conscient du risque d'une telle éventuelle captation qu'il a décidé d'instaurer, dans certaines situations où ce risque est (beaucoup) plus élevé, une présomption irréfragable de « captation » à charge de personnes susceptibles d'avoir exercé une influence ou une emprise sur la liberté d'esprit du disposant.

Dans le Code Napoléon, ce le fut, on le sait, à l'égard des tuteurs qui n'auraient pas encore rendu leur compte de tutelle à leur pupille devenu majeur (art. 907 Code civil) et des médecins et des ministres du culte qui soignent une personne de sa dernière maladie (art. 909 Code civil).

Plus récemment, le législateur belge a, par la loi du 22 avril 2003, étendu cette présomption au personnel des maisons de repos, de soins ou de toute autre structure d'hébergement collectif pour les personnes âgées (17).

(16) Il n'est bien sûr pas exclu que les situations se cumulent et que l'influence ou l'emprise s'exercent – ce sera d'autant plus aisé – à l'égard d'une personne dont les facultés mentales sont diminuées ou altérées.

(17) Voy. F. TAINMONT, L'article 909 du Code civil revisité, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 471, qui précise expressément que « dès lors qu'une libéralité a été consentie au cours du séjour du

On soulignera bien sûr que cette présomption, qui est irréfragable au sens où il n'est guère possible d'apporter la preuve contraire de la pleine liberté du disposant, est fondée sur l'idée que les personnes qui soignent une personne âgée ou malade, même si celle-ci dispose encore de toutes ses facultés mentales, risquent particulièrement d'exercer une emprise sur sa « liberté d'esprit », en raison de la situation de dépendance de celle-ci (18).

§ 3. La preuve de l'insanité d'esprit

18. Alors même que le législateur impose un consentement renforcé du disposant en matière de libéralités, la jurisprudence belge a, comme on le sait tout autant, néanmoins exigé de la part de ceux qui entendent attaquer une libéralité en raison de l'insanité d'esprit du donateur ou du testateur qu'ils en apportent la preuve, selon la formule consacrée, « de façon circonstanciée, précise et exclusive de tout doute ».

Cette formulation est à ce point réitérée dans les décisions de jurisprudence qu'on ne s'interroge plus sur sa pertinence et qu'on ne cherche même plus quel est son fondement juridique.

19. Sans doute, dans son rapport au Tribunal, Jaubert, après avoir expliqué la portée exacte de l'article 901 du Code civil, avait-il indiqué (19) :

« Toutefois les juges sauront combien il serait dangereux d'admettre indistinctement des réclamations contre des actes dont l'exécution est le premier vœu de la loi. Ils ne manqueront pas de se prémunir contre les tentatives de l'intérêt personnel. En un mot, ils n'admettront un pareil moyen que lorsque des circonstances décisives et péremptoires leur donneront *la conviction morale et légale* que le disposant n'était pas sain d'esprit ».

Il s'agissait donc assurément, dans l'esprit des auteurs du Code Napoléon, autant d'éviter que des héritiers cupides ne cherchent à méconnaître les volontés claires et fermes de leur auteur que d'éviter que des

disposant » au profit des dirigeants et employés de ces établissements, « la captation est irréfragablement présumée ».

(18) Voy. les lignes qu'avant l'adoption de la loi du 22 avril 2003, Nicolas Geelhand avait consacrées à cette problématique, in « Le juge aux prises avec la lettre et l'esprit de l'article 909 du Code civil » (note sous Liège 3 mai 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 116). Il écrivait, à propos des homes pour « vieillards » : « Ne sont-ils donc pas particulièrement exposés aux pressions exercées par les personnes de leur home pour qu'ils consentent des libéralités en leur faveur ? N'est-il pas imaginable que ces personnes âgées n'osent souvent rien refuser au directeur du home où elles sont hébergées, parce qu'elles s'imaginent pouvoir obtenir, non une guérison, mais une fin de vie plus paisible, à l'abri de tout souci ? »

(19) Rapport au Tribunal, précité (note 8), p. 581.

personnes cupides ne soient parvenues, au détriment de ses héritiers légaux, à exercer une emprise sur un disposant qui n'aurait plus été « parfaitement » ou « entièrement » libre lorsqu'il fut amené à leur consentir une libéralité.

C'est un subtil équilibre entre deux objectifs contradictoires que les auteurs du Code Napoléon avaient manifestement entendu instaurer.

20. Il reste que, quel que puisse être l'usage répétitif de la formule selon laquelle la preuve de l'insanité d'esprit devra être « exclusive de tout doute », il n'y aurait pas de fondement légal à déroger, dans cette matière, aux règles du droit de la preuve, telles qu'elles sont clairement posées dans notre système juridique.

L'insanité d'esprit du disposant est un fait matériel qui peut dès lors être prouvé par tous moyens de droit, témoignages et présomptions compris, comme le rappelle d'ailleurs systématiquement la doctrine (20).

Or, aux termes de l'article 1353 du Code civil, les présomptions constituent un élément de preuve, même si cet élément est « abandonné aux lumières et la prudence du magistrat », lorsqu'elles sont « graves, précises et concordantes ».

Telle est donc la solution qu'il conviendrait plutôt de formuler : l'insanité d'esprit est légalement prouvée s'il en existe des « présomptions graves, précises et concordantes », sans qu'il n'y ait lieu, me paraît-il, d'exiger l'« exclusion de tout doute » (exigence qui ne correspond pas à une disposition légale).

21. C'est d'ailleurs en ces termes que la Cour de cassation s'est prononcée lorsqu'ayant eu à connaître précisément d'une situation de captation d'héritage, elle a expressément considéré que « puisque, comme il ressort de la réponse aux branches précitées du moyen, l'arrêt (attaqué) a pu déduire de la circonstance que le demandeur avait soigné la testatrice dans son home pour vieillards pendant la maladie à la suite de laquelle elle est décédée qu'il tombait sous l'application de la suspicion d'abus d'influence, l'arrêt pouvait ajouter cette présomption de l'homme aux autres présomptions de même nature qu'il énumère, pour trouver dans ces présomptions concordantes, conformément à l'article 1353 du Code civil, la preuve de l'influence illicite exercée par le demandeur sur la volonté affaiblie de la testatrice » (21).

(20) J. SACE, *Les libéralités. Dispositions générales*, Rép. not., T. III, Livre VI, Bruxelles, Larcier 1993, p. 138, n° 103 ; E. DE WILDE d'ESTMAEL et G. HOLLANDERS DE OUDERAEN, *Les donations*, Rép. not., T. III, liv. VII, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 89, n° 53 ; F. TAINMONT, « Le consentement », in J.-L. Renchon (dir.), *Examen de jurisprudence (1988-2008)*, « Les libéralités », R. C. J. B., 2010, p. 541.

(21) Cass., 27 avril 1979, Pas., 1979, I, p. 1014 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 377.

22. En réalité, la « conviction morale et légale » (évoquée par Jaubert) que le donateur ou le testateur n'était pas sain d'esprit lorsqu'il consentit la donation ou rédigea son testament procèdera presque toujours de « présomptions graves, précises et concordantes », au sens où le juge ne peut généralement que déduire de faits connus l'existence d'un fait qui restera presque toujours inconnu : ce qu'il en a exactement été de la « liberté d'esprit » et de la « plénitude de jugement » du disposant lorsqu'il effectua la donation ou écrivit son testament.

Or, ce travail de déduction ne peut effectivement générer la « conviction morale et légale » du juge que pour autant qu'elle s'appuie sur des « présomptions graves, précises et concordantes ».

§ 4. La notion juridique de « captation » d'une libéralité

23. Alors que la captation d'une libéralité et/ou la suggestion d'une libéralité – qui n'en est en réalité qu'une des manifestations concrètes (22) – peuvent être considérées comme des situations qui privent le donateur ou le testateur de sa « liberté d'esprit » et de sa « plénitude de jugement » et ne lui permettent donc plus d'être « sain d'esprit », une partie de la doctrine et de la jurisprudence procèdent (ou paraissent procéder) à une analyse différente et y voient une hypothèse particulière de dol, au sens d'un des vices classiques du consentement (23).

La différence est, en pratique, de taille, car cette doctrine et cette jurisprudence en déduisent (ou paraissent en déduire) que la captation ou la suggestion en matière de libéralités ne pourraient être prises en considération que si elles présentent les caractéristiques juridiques d'un dol, encore que d'aucuns – car rien n'est vraiment clair à ce propos – laissent entendre que le dol, comme les autres vices du consentement,

(22) C'est l'occasion de relever que les notions de captation et de suggestion font elles-mêmes l'objet, dans la doctrine, de définitions qui peuvent être très différentes, même si le trait commun qui caractérise les comportements incriminés est presque toujours celui d'une forme d'« emprise » exercée sur l'auteur de la libéralité.

La définition la plus simple (ou la plus neutre) est celle proposée dans le Précis de droit des successions et des libéralités dirigé par le professeur VAN GYSEL (Bruylant, 2008, p. 119) : « La suggestion consiste à suggérer une libéralité, la captation à s'attirer la bienveillance du disposant en vue d'obtenir une libéralité ».

Voy., par contre, les définitions plus élaborées proposées par L. RAUCENT, *Les libéralités*, Academia-Bruylant, 1991, p. 59, n° 87.

(23) La lecture de certaines de ces décisions de jurisprudence fait apparaître que ce sont les plaideurs eux-mêmes qui présentent au juge deux moyens successifs, le second n'étant parfois formulé qu'à titre subsidiaire, qu'ils considèrent comme ayant des fondements juridiques distincts : l'insanité d'esprit, d'une part, et la captation d'héritage, d'autre part. Le magistrat est alors amené à répondre à chacun de ces deux moyens, comme si leurs fondements juridiques étaient différents. Voy. par exemple Liège 26 novembre 2008, *Rev. not. b.*, 2009, p. 372.

pourrait être apprécié, lorsqu'il s'agit d'une libéralité, de manière moins sévère (24).

On aperçoit ainsi d'emblée que la difficulté procède de ce que la doctrine et la jurisprudence ont généralement paru rendre applicable aux libéralités la théorie des vices du consentement du droit commun des obligations, alors que, dans le même temps, elles expriment de manière quasi unanime que le consentement en matière de libéralités est un consentement « renforcé » qui ne doit pas être appréhendé de la même manière que le consentement dans le droit commun des obligations.

Il y a déjà là un raisonnement curieux.

La théorie des vices du consentement n'a d'intérêt concret, dans le droit commun des obligations, que parce qu'il n'est pas besoin d'un consentement « renforcé » pour consentir valablement à un acte juridique patrimonial. Ce n'est que si le consentement a été vicié par l'erreur, le dol, la violence et aujourd'hui la lésion qualifiée (ou, dans certaines situations, la lésion simple) que l'acte juridique ne sera pas valable.

Par contre, à partir du moment où, pour exprimer un consentement valable à une donation ou à un testament, il est indispensable que ce consentement soit « parfait », c'est-à-dire « parfaitement éclairé et parfaitement libre », il n'y a plus besoin, en matière de libéralités, d'une quelconque théorie des vices du consentement, puisque, dès que le consentement a été vicié par quoi que ce soit, il n'est évidemment plus « parfait ».

Je n'ai dès lors jamais bien compris ce qui amenait la doctrine à vouloir transposer dans le droit des libéralités la théorie des vices du consentement, sauf bien sûr s'il s'agit simplement d'analyser, dans le contexte de la théorie du consentement renforcé, des situations où le consentement n'a pas été « parfait » en raison d'une erreur ou a fortiori d'un dol, mais il ne peut s'agir là ni de l'erreur de droit commun ni a fortiori du dol de droit commun, puisque les principes régissant le consentement à une libéralité sont précisément, en droit belge, différents de ceux exprimés aux article 1108 et suivants du Code civil.

(24) Voy. par exemple A. C. VAN GYSEL (dir.), *Précis de droit des successions et des libéralités*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 111, où il est expliqué que « la jurisprudence admet plus aisément les vices de consentement » en matière de libéralités, parce qu'elle accepte, par exemple, la violence morale ou le dol qui émane d'un tiers.

On ne sait cependant pas très bien, à la lecture de cette analyse, si l'auteur considère, en définitive, qu'il n'y a pas lieu de transposer dans le droit des libéralités la théorie des vices du consentement du droit commun, car ce serait une autre théorie du consentement – le consentement « renforcé » – qui devrait précisément être retenue.

24. On ne peut cependant pas exclure que la confusion qui semble s'être ainsi opérée procéderait elle-même d'une certaine confusion transparaissant déjà dans les travaux préparatoires du Code Napoléon.

Dans le projet initial, l'article 901 du Code civil avait en effet été complété par une disposition qui stipulait expressément que « la loi n'admet point la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou captation ».

Il avait donc bien été question, à l'origine, de ne pas transposer dans le nouveau droit des notions qui provenaient de l'ancien droit et qui étaient précisément celles de « l'action ab irato » (25) ou de la captation (26).

Mais cette disposition fut en définitive délibérément retirée du texte de l'article 901 du Code civil.

On en trouve une explication dans un passage de la présentation au Corps législatif et de l'exposé des motifs du projet du Titre relatif aux donations et aux testaments de M. Bigot-Préameneu (27) :

« La loi garde le silence sur le défaut de liberté qui peut résulter de la *suggestion* et de la *captation*, et sur le vice d'une volonté déterminée par la *colère* ou par la *haine*. Ceux qui ont entrepris de faire annuler des dispositions par de semblables motifs n'ont presque jamais réussi à trouver des preuves suffisantes pour faire rejeter des titres positifs ; et peut-être vaudrait-il mieux, pour l'intérêt général, que cette source de procès ruineux et scandaleux fût tarie, en déclarant que ces causes de nullité ne seraient pas admises ; mais alors la fraude et les passions auraient cru avoir dans la loi même un titre d'impunité. *Les circonstances peuvent être telles que la volonté de celui qui a disposé n'ait pas été libre, ou qu'il ait été entièrement dominé par une passion injuste.* C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier ces faits et tenir la balance entre la foi due aux actes et l'intérêt des familles. Ils empêcheront qu'elles ne soient dépouillées par des gens avides qui *subjuguent* les mourans, ou par l'effet d'une *haine* que la raison et la nature condamnent. »

25. On a pu, sans doute, interpréter « le silence », dans la version définitive de l'article 901 du Code civil, « sur le défaut de liberté qui peut résulter de la suggestion et de la captation, et sur le vice d'une volonté déterminée par la colère ou par la haine » de deux manières différentes.

(25) Il s'agissait de l'action qui permettait d'attaquer les dispositions testamentaires prises sous l'effet d'un coup de colère injustifié.

(26) L'article 47 de l'Ordonnance royale d'août 1735 sur les testaments mentionnait spécialement la suggestion et la captation comme causes de nullité des dispositions testamentaires.

(27) P. A. FENET, Recueil des travaux préparatoires du Code civil, T. 12, p. 521.

Ou, comme il me semble, le législateur, contrairement à son intention initiale, a finalement décidé, pour les raisons expliquées par Bigot-Préameneu, de ne pas exclure la captation, ni d'ailleurs le dérèglement passionnel, du champ d'application de la disposition de l'article 901 du Code civil, et il est alors acquis que n'est pas « sain d'esprit », au sens où il ne dispose plus de sa « parfaite » « liberté d'esprit », le donateur ou le testateur dont une personne « avide » a, par captation ou suggestion, « subjugué » sa volonté.

Ou, comme d'autres auteurs paraissent l'avoir considéré, la captation, dont on ne dit plus rien dans l'article 901 du Code civil, ne rentrerait plus dans le champ d'application de cette disposition, et elle ne pourrait dès lors plus être rattachée, dans le Code civil, qu'au seul concept juridique dont elle se rapproche : le dol. La conséquence en serait alors que la captation ou la suggestion ne seraient plus une cause de nullité d'une libéralité que lorsqu'elles seraient constitutives d'un dol, au sens de l'article 1116 du Code civil.

Depuis lors, effectivement, c'est, dans la doctrine et la jurisprudence belges, la confusion complète, car on peut y lire une chose et son contraire.

26. Et cependant, le professeur Henri De Page, dont on sait que toute l'œuvre fut commandée par le souci permanent de débusquer les « confusions », avait particulièrement veillé à clarifier la question.

Après avoir précisément fait apparaître les distinctions que la doctrine et la jurisprudence paraissaient vouloir établir entre des types de comportements qui seraient constitutifs ou non de captation ou de suggestion, il écrivait (28) :

« Que faut-il en penser ? – Que toutes ces distinctions et classifications ne sont d'aucune utilité. Ce qu'il y a lieu de rechercher en effet, et ce qu'il importe essentiellement de rechercher c'est : la volonté du disposant a-t-elle été *entièrement et absolument libre nonobstant les influences directes ou indirectes* dont il a éventuellement été l'objet ? et non la manière – positive ou négative, apparente ou simulée, savante ou grossière – dont ces influences se sont exercées. C'est là en effet, et là seul, que se trouve le nœud du problème, et c'est bien sur ce point que les motifs de l'arrêt de la cour de cassation du 18 mars 1909 mettent l'accent. Dès lors, peu importent les procédés employés (dol stricto sensu, ou influences suffisamment habiles pour être effectives sans aller jusqu'au dol proprement dit), s'il est constant qu'en fait, la volonté a été faussée, altérée, et qu'elle eut été autre si ces influences ne s'étaient pas exercées.

(28) H. DE PAGE, précité, p. 154, n° 99.B

Cette conception large, et non stricte (dol du droit commun), de la suggestion et de la captation peut-elle se réclamer d'arguments décisifs ? Incontestablement. Tout d'abord, elle est rationnelle. Ce qui importe, en effet, c'est l'absolue liberté du disposant (art. 901), et cela prime toute classification à portée préjudicielle des faits ayant altéré cette volonté. La conception que nous venons de défendre est, de plus, traditionnelle. « Il faut, disait déjà Guy Coquille, que le premier mouvement vienne du testateur ». Tel est bien le véritable critère qui, en matière de suggestion et de captation, doit guider le juge ; c'est le critère du bon sens, et en cette matière toute psychologique, il est préférable aux classifications purement formelles du droit. Notre conception est aussi conforme à l'enseignement de certains auteurs qui reconnaissent que l'insertion, dans le projet de l'an VIII, d'une disposition abrogeant la suggestion et la captation comme cause de nullité a pour effet de laisser « pleine liberté au juge en cette matière ». D'autre part, il est généralement admis qu'en vertu de la théorie extensive de la volonté en matière d'actes à titre gratuit, que nous avons exposée antérieurement (*supra*, n° 81), le dol doit être apprécié avec moins de sévérité qu'en droit commun. Cette conception est, enfin, socialement saine : il est des combinaisons, des calculs suffisamment habiles pour ne pas aller jusqu'au dol proprement dit, et pour aboutir néanmoins à l'altération de la volonté, à des résultats que le disposant n'eût point voulus si son libre arbitre avait été complet et entier. *Ce sont surtout de pareilles combinaisons qu'il importe de déjouer.* »

Il résulte dès lors de cette analyse que, dès que la volonté du disposant n'aura pas été « entièrement libre » – ce qui implique *a priori* qu'elle soit précisément « spontanée » – la libéralité ne sera pas valable, quelle que soit la raison pour laquelle cette volonté n'aurait pas été libre, mais ce pourrait l'être, précisément, à la suite des influences ou de l'emprise qui auraient été exercées sur cette liberté.

Cette solution, défendue par le professeur De Page et, depuis lors, par le professeur Delnoy (29), est à mes yeux la solution la plus sage et la plus féconde, car elle est la seule qui permette de mettre à mal l'« emprise » – au sens psychologique du terme – que trop de personnes parviennent à exercer sur la liberté d'une personne, particulièrement lors de sa dernière tranche de vie, en lui faisant consentir une donation ou rédiger un testament qui n'est plus consenti avec une « parfaite » « liberté d'esprit », alors même que ces personnes n'ont aucunement dû, pour aboutir à leurs fins, recourir à des manœuvres dolosives, au sens du dol de droit commun.

(29) P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 47.

27. C'est d'ailleurs la solution la plus cohérente avec la notion de « pré-somption irréfragable de captation » qui se trouve au fondement des incapacités de recevoir énumérées aux articles 907 et 909 du Code civil.

Si certaines personnes se trouvent de plein droit incapables de recevoir des libéralités, c'est parce qu'on a considéré qu'il existe un risque élevé que, dans l'hypothèse où elles auraient bénéficié d'une donation ou d'un legs, elles l'auraient obtenu à la suite de l'« emprise » qu'elles étaient en mesure d'exercer sur le disposant, alors que celui-ci était peut-être encore en parfaite santé mentale, sans même qu'elles aient eu recours à de quelconques manœuvres dolosives. Une « emprise » peut en effet s'exercer sur la « liberté d'esprit » d'une personne âgée ou invalide par le seul effet de l'état de vulnérabilité et de dépendance dans lequel elle se trouve à l'égard de ceux qui s'occupent d'elle, sans qu'il soit nécessaire pour autant que ceux-ci aient usé d'attitudes dolosives.

28. N'est-ce pas aussi la solution qui paraît avoir été accréditée par notre Cour de cassation lorsque, dans son arrêt déjà commenté (*supra*, n° 21) du 27 avril 1979, elle a admis que les juges du fond avaient pu déduire d'un ensemble de présomptions de l'homme graves, précises et concordantes, y compris « une présomption de l'homme d'influence illicite et de captation », qu'un testament avait été rédigé « à la suite de l'influence illicite exercée par le demandeur sur la volonté affaiblie de la testatrice ».

Même si on ne peut l'affirmer de manière catégorique car la Cour ne s'est pas référée pour rejeter le pourvoi à l'article 901 du Code civil (30), c'est le plus vraisemblablement dans le contexte de l'appréciation par le juge du fond de la santé d'esprit de la testatrice que la Cour de cassation a admis que la preuve d'une captation exercée sur sa liberté et sur sa volonté pouvait être apportée par des présomptions graves, précises et concordantes.

29. Il reste cependant à faire le constat que telle n'est pas la manière dont s'expriment parfois aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence belges, encore que les formulations qu'on retrouve sous leur plume se caractérisent souvent par leur imprécision.

On en prendra pour exemple l'examen fait par Sarah Désir, lors d'un recyclage de la Commission Université-Palais sur les libéralités et les successions (31). Cet examen fait manifestement apparaître, à propos de la captation d'une libéralité, que la jurisprudence oscille entre la

(30) Le pourvoi invoquait une violation des articles 909, 1353 du Code civil et 97 de la Constitution.

(31) P. MOREAU (coord.), *Libéralités et successions*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 29 et s. Voy. égal. E. MAES, « *Dit is mijn uiterste wil, tenminste... die van mijn legatarissen* », note sous Gent 13 décembre 2012, *R.G. D. C.*, 2015, p. 372, qui considère tout à la fois que la théorie de la captation et de la suggestion « *hangt nauw samen met de gezondheid van geest* » (n° 6), mais, à l'instar de

théorie du consentement renforcé et la théorie des vices du consentement.

L'auteur analyse ainsi « la présomption humaine de captation et d'absence d'influence » (n° 7) qui avait été retenue avant la loi du 22 avril 2003 dans le chef des gestionnaires et membres du personnel des maisons de repos qui « pouvait être renversée si le bénéficiaire de la libéralité faisait la preuve de la parfaite liberté dont avait joui le donateur ou le testateur », et elle écrit par ailleurs, en se référant à la doctrine du professeur Delnoy, que « le juge, qui bénéficie à cet égard d'un pouvoir d'appréciation souverain, doit examiner si la volonté du disposant a été entièrement et absolument libre, nonobstant les influences, directes ou indirectes, dont elle a éventuellement été l'objet » (n° 14).

On peut parfaitement s'accorder sur cette analyse.

Mais, dans le même temps, cet auteur rapporte, au même n° 14 de son étude, le contenu de deux arrêts de la Cour d'appel de Liège(32), qui s'avèrent en réalité totalement contradictoires avec ce qui venait d'être exprimé, car ces arrêts considèrent, selon la synthèse qui en est faite par l'auteur, l'un que « pour qu'il y ait captation d'héritage, il faut que des manœuvres dolosives, de nature à surprendre la volonté du testateur, aient déterminé la défunte à léguer » et l'autre, « que la nullité des libéralités ne peut être prononcée que lorsque la suggestion ou la captation présente un caractère frauduleux » et que « l'emploi de procédés, de prévenances, de démonstrations d'attachement, même exagérées, qui, eu égard à l'âge avancé du disposant, ont pu avoir pour résultat de le déterminer à faire la libéralité, n'est pas suffisant pour prouver la perte de son libre arbitre » (33).

Il s'agit donc d'arrêts qui, au lieu de suivre les enseignements des professeurs De Page et Delnoy, considèrent que la captation ne serait qu'une catégorie de dol(34) et paraissent dès lors s'en tenir à la conception stricte du dol dans la théorie classique des vices du consentement(35).

la Cour d'appel de Gand dans l'arrêt commenté, que la captation et la suggestion constituent « *een bijzondere vorm van bedrog* » (n° 12).

(32) Liège, 7 février 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1324 ; Liège 26 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 586, *Rev. not. b.*, 2009, p. 372 ; *R.R.D.*, 2008, p. 367.

(33) On relèvera la contradiction qui paraît résulter de cette affirmation : bien que ce sont les pressions exercées sur lui qui l'ont « déterminé à faire la libéralité », le disposant serait cependant resté « libre » de la consentir. Ou alors on réduit la notion de liberté à la possibilité (théorique) que le disposant aurait conservée malgré les pressions exercées de refuser d'y consentir. Mais ce n'est pas ce qu'exige l'article 901 du Code civil : c'est, au contraire, qu'il ait été « parfaitement libre » de décider et de consentir la libéralité.

(34) Voy., dans le même sens, F. TAINMONT, « Le consentement », in J.-L. RENCHON, *Examen de jurisprudence (1998-2008), Les libéralités*, *R.C.J.B.*, 2010, p. 555, n° 17.

(35) Dans le même sens, voy., dans la jurisprudence antérieure aux arrêts précités de la Cour d'appel de Liège, Mons 12 novembre 1980, *Rev. not. b.*, 1981, p. 157 ; Civ. Anvers 8 mars 1984, *Rev. not. b.*, 1984, p. 490 ; civ. Liège 5 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 506, et dans la jurisprudence

30. On aura compris que, quelle que soit l'orientation qui semble être prise par cette jurisprudence, je propose au contraire de s'en tenir à la doctrine à mes yeux extrêmement claire des professeurs De Page et Delnoy.

Lorsque le disposant n'a pas été « entièrement et absolument libre » de décider et de consentir une libéralité, en raison de l'emprise qui a été exercée sur lui, quelle qu'ait été la forme ou la modalité de cette emprise, il y a bien eu captation de cette libéralité, et elle est nulle, conformément à l'article 901 du Code civil, exactement comme est nulle la libéralité consentie aux personnes déterminées aux articles 907 et suivants du Code civil dans le chef desquels le législateur a considéré qu'il existait une présomption irréfragable de captation, quelle qu'en aurait été la forme ou la modalité.

Section II. Le statut juridique lors de la rupture des donations consenties entre époux

31. La seconde problématique que je trouvais opportun d'examiner et qui intéresse tout autant le notariat que le barreau est celle du statut juridique lors de la rupture de leur union des donations qui auraient pu être consenties entre les époux au cours de leur mariage.

Sans doute, dès lors que la fonction de notaire est le plus souvent préventive, c'est au moment de la conclusion du contrat de donation que le notaire sera amené à rappeler les règles spécifiques régissant de telles donations entre époux et à mettre en œuvre les options que le législateur a actuellement laissées aux époux.

Par contre, l'avocat est plus fréquemment consulté à partir du jour où, la mésentente au sein du couple s'étant installée, les deux époux prendront ou l'un d'entre eux prendra la décision de faire dissoudre leur mariage.

La question qui lui est alors soumise est celle du sort des donations qui auraient pu intervenir entre les époux pendant leur vie commune et il s'agira généralement des donations qui n'avaient pas été reçues par un

récente, Gent 13 décembre 2012, *NjW*, 2013, p. 510, note K. VANDENBERGHE, *R.G.D.C.*, 2015, p. 368, note E. MAES, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 219 (somm.) ; Civ. Hasselt 2009, *Limb. Rechst.* 2011, p. 374 ; *Rev. trim. dr. fam.* 2012, p. 883 (somm.).

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 7 juin 1979 (*Rev. not. b.*, 1982, p. 43) avait par contre considéré, de manière plus nuancée, que « si, en matière d'actes gratuits, le dol, auquel se rattachent la captation et la suggestion, doit être apprécié plus largement qu'en droit commun, encore doit-il être précisé ; que les allégations vagues et peu vraisemblables de l'appelant ne répondent pas à cette exigence ».

notaire dans un contrat de mariage et dont le statut juridique n'aura dès lors pas été précisé.

32. Cette question se présentera généralement dans un des deux contextes juridiques suivants :

- un des époux entendrait, conformément à l'article 1096 actuel du Code civil, révoquer une donation qu'il aurait consentie à son conjoint ;
- un des époux soutiendrait, conformément à l'article 299 du Code civil, qu'un « avantage » qu'il aurait « fait » à son conjoint aurait été « perdu » par celui-ci.

33. Le plus souvent, la difficulté qui se posera, en pratique, devant le juge (ou le notaire liquidateur) qui aurait été saisi d'un litige ayant surgi dans le contexte de la mise en œuvre par l'époux qui aurait consenti une donation à son conjoint d'une de ces deux dispositions législatives (article 1096 ou article 299) consistera à apporter la preuve *légitime* de l'existence de la donation alléguée : y a-t-il eu effectivement ou non une donation qui aurait été consentie ?

Mais, avant d'examiner ce problème spécifique de preuve à propos duquel les solutions retenues dans la doctrine et la jurisprudence divergent, il paraît nécessaire de reprendre chacune des deux hypothèses qui viennent d'être indiquées et d'appréhender les difficultés juridiques que les deux dispositions législatives posent en elles-mêmes.

§ 1. La révocabilité *ad nutum* des donations entre époux

34. Il paraît difficile de comprendre aujourd'hui, dans le contexte social contemporain, la pertinence de la règle que les auteurs du Code Napoléon avaient inscrite à l'article 1096 du Code civil : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables ».

Il est d'autant plus difficile de le comprendre qu'entretemps la formulation de la règle a en réalité été substantiellement modifiée par la loi du 14 mai 1981 : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage autrement que par contrat de mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables ».

35. Pour les auteurs du Code Napoléon, qui héritaient du système de l'ancien droit où les donations entre époux étaient, en principe, prohibées, la solution de la révocabilité *ad nutum* de ces donations était à l'époque apparue comme une solution de compromis. Elles ne seraient

plus interdites, mais elles pourraient par contre toujours être révoquées par l'époux donateur.

C'est qu'était toujours ancrée dans les têtes, à l'époque, l'idée que ces donations étaient « dangereuses », pour reprendre l'expression utilisée par le professeur Henri De Page⁽³⁶⁾ lors de son analyse de la disposition légale telle qu'elle était originellement formulée dans le Code Napoléon.

Il écrivait en effet :

« Sans doute, peuvent-elles servir à des fins licites ; mais elles peuvent aussi prêter à des abus. Il est possible que l'époux donateur soit victime de son propre entraînement, habilement exploité par l'autre époux ; de ses passions ; d'un abus d'autorité (s'il s'agit d'une donation émanant de la femme) ; voire du chantage de l'autre époux. C'est ce qui explique d'ailleurs qu'en droit comparé, les donations entre époux ont presque toujours été vues avec défaveur. Deux voies s'ouvraient dans cet ordre d'idées : interdire purement et simplement ces donations, ou les rendre essentiellement précaires, c'est-à-dire révocables *ad nutum*. C'est la seconde voie que le Code de 1804 a choisie ».

Mais Henri De Page avait tout autant déjà mis en évidence, même à une époque où le divorce était exceptionnel, les « chantages auxquels l'organisation technique de la donation révocable *ad nutum* peut prêter »⁽³⁷⁾.

Il s'en était expliqué dans les termes suivants :

« En cas de divorce par consentement mutuel comme de divorce prononcé aux torts de l'époux donateur, la donation reste révocable, ce qui peut permettre, avant divorce, certains chantages. Toute la matière des donations entre époux, même telle qu'elle est organisée par le Code, prête d'ailleurs à chantage, bien que la révocation *ad nutum* ait précisément été inventée pour déjouer le chantage... »

36. En réalité, il faut bien voir qu'aux yeux des auteurs du Code Napoléon, c'était dans leur contrat de mariage que les époux étaient censés, s'ils le souhaitaient, s'avantager l'un l'autre, en vue d'une union qui était destinée, à l'époque, à durer jusqu'au décès de l'un d'entre eux et qui au surplus resterait nécessairement soumise aux dispositions insérées dans leur contrat de mariage, puisque celui-ci était immuable et qu'il n'était pas possible de le modifier pendant le mariage.

(36) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, T. VIII, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 845, n° 756.

(37) *Ibid.*, p. 847, n° 758 bis.

Comme l'avait indiqué Bigot-Préameneu devant le Corps Législatif (38), « la faveur des mariages exige que les époux aient au moment où ils forment leurs liens la liberté de se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, les donations qu'ils jugeront à propos. Il en est autrement des donations que les époux voudraient se faire pendant le mariage ».

Expliquant la méfiance qui avait toujours été éprouvée à l'égard de ces donations, l'éminent codificateur précisait qu'on pouvait craindre « de les voir se dépouiller mutuellement de leur patrimoine par les effets inconsidérés de leur tendresse réciproque, de rendre le mariage vénal, et de laisser l'époux honnête exposé à ce que l'autre le contraignît d'acheter la paix par des sacrifices sous le titre de donations ».

37. Depuis lors, la possibilité désormais conférée aux époux par la loi du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs des époux et aux régimes matrimoniaux de conclure un contrat de mariage pendant le mariage allait considérablement modifier la donne, et elle amena d'ailleurs le législateur, même s'il ne le fit que quelques années plus tard lors de la réforme des droits successoraux du conjoint survivant, à aménager la solution mise en place par le Code Napoléon et la *ratio legis* de cette solution.

Ayant considéré qu'il n'y avait pas plus de raison d'empêcher les époux de se consentir des donations irrévocables dans un contrat de mariage conclu pendant le mariage que dans un contrat de mariage conclu avant le mariage, le législateur modifia dès lors les termes de l'article 1096 du Code civil et conféra un statut d'irrévocabilité aux donations que les époux se feraient, au cours de leur mariage, dès lors qu'ils veilleraient à les insérer dans un contrat de mariage.

Mais, par le fait même, il devenait parfaitement possible pour des époux de se consentir des donations irrévocables pendant le mariage, quelle qu'avait pu être la raison pour laquelle on les avait considérées comme « dangereuses ».

38. Il en résultait déjà, me paraît-il, une première conséquence que la doctrine n'a pas, me paraît-il, suffisamment mise en évidence.

C'est qu'il n'était plus possible de soutenir, comme on l'avait considéré jusque-là (39), que la règle contenue dans l'article 1096 du Code civil aurait encore été d'ordre public.

Ne peut pas être d'ordre public – c'est-à-dire garantir les intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité – une règle dont le législateur considère

(38) Exposé des motifs, précité (note 27), p. 571.

(39) Voy. H. DE PAGE, précité, p. 866, n° 777.

qu'il est possible pour les parties concernées d'y déroger en convenant le contraire de ce que la règle édicte.

La règle de l'article 1096 du Code civil est en effet devenue disponible à l'autonomie des volontés individuelles des époux, puisqu'il leur est désormais laissé la liberté de convenir eux-mêmes qu'une donation qu'ils se consentiraient pendant le mariage sera irrévocable. Il leur suffit pour ce faire de conclure un contrat de mariage – qu'on appelle plus généralement un « acte modificatif » (articles 1394 et 1395 du Code civil) même si, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un acte modificatif.

Ce n'est évidemment pas parce que, pour se consentir une donation irrévocable, les époux doivent le faire dans un acte reçu (et contrôlé) par un notaire que la règle en vertu de laquelle une donation qui n'aurait pas été insérée dans un contrat de mariage reste encore révocable *ad nutum* protégerait les intérêts essentiels de l'État et de la collectivité. La garantie de l'intervention d'un notaire permet seulement de s'assurer de la réalité du consentement de chacune des parties, mais il ne s'agit plus là que d'une disposition régulant seulement des intérêts privés. Lorsqu'une règle est d'ordre public, elle ne peut pas cesser de le devenir parce qu'un notaire aurait été appelé à intervenir. Au contraire, le notaire est lui-même un garant de notre ordre public.

39. Depuis lors, d'autres modifications législatives sont aussi venues mettre à mal la pertinence de la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux.

La première de ces modifications législatives est évidemment celle qui a organisé le statut de la cohabitation légale, à laquelle on peut adjoindre les législations qui, aujourd'hui, reconnaissent aussi, en droit, la cohabitation de fait.

Or, le législateur n'a plus du tout considéré, en organisant ces autres statuts de couple, qu'une donation consentie entre les partenaires d'un couple non marié risquait d'avoir été inspirée par un dérèglement passionnel et qu'il y aurait dès lors lieu d'organiser sa révocabilité intrinsèque.

La protection qu'offre l'article 901 du Code civil, en exigeant un consentement renforcé, a manifestement été jugée suffisante.

À supposer même qu'on aurait encore estimé que la modification apportée à l'article 1096 du Code civil par la loi du 14 mai 1981 n'impliquerait pas en soi que la révocabilité intrinsèque des donations consenties entre deux époux en dehors d'un contrat de mariage aurait cessé d'être une règle d'ordre public, il me paraît en tout cas évident qu'à partir de l'adoption de la loi du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale, il ne pourrait plus être considéré que notre ordre public

commanderait que les donations consenties au sein d'un couple – quel qu'il fût – soient intrinsèquement révocables.

40. Ne convient-il d'ailleurs pas d'aller plus loin et de juger que la règle contenue dans l'article 1096 du Code civil est devenue discriminatoire à l'égard des époux ?

Les motifs qui avaient conduit en 1804 à permettre la révocation *ad nutum* d'une donation entre époux ne sont plus aucunement convaincants et, surtout, les effets délétères de la règle paraissent beaucoup plus importants que les risques qu'elle entendait conjurer.

L'emprise qu'un époux donateur fortuné peut exercer sur son conjoint, en le menaçant de révoquer à tout instant une donation qu'il lui aurait consentie s'il ne soumettait pas à ses volontés, n'est-elle pas infiniment plus grave que l'emprise que le donataire aurait pu exercer sur le donateur aux fins d'obtenir cette donation, d'autant que – et il y a bien sûr là un lien à faire avec la première thématique abordée dans mon intervention – pareille éventuelle emprise, si elle est établie par des présomptions graves, précises et concordantes, pourrait conduire à l'annulation de cette donation sur la base de l'article 901 du Code civil ?

Comment dès lors encore expliquer qu'une telle règle soit maintenue dans le statut du mariage (40), alors qu'elle ne frappe pas les donations consenties au sein d'un couple non marié ?

Je n'aperçois personnellement pas la moindre justification de pareille différence de traitement au détriment d'un époux donataire par rapport au partenaire donataire d'un couple non marié.

Car, encore une fois, c'est l'époux donataire qui, dans un contexte social devenu radicalement différent de celui du début du XIX^e siècle, ne fût-ce qu'en raison de la précarité des unions conjugales (un « pacte renouvelé au jour le jour » selon les auteurs de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce), est devenu la principale victime, si on peut s'exprimer en termes victimaires, de la disposition de l'article 1096 du Code civil.

Une donation lui a été consentie librement et délibérément pendant le mariage par son conjoint parfaitement sain d'esprit. Il a reçu, par exemple, une somme d'argent. Pareille somme d'argent peut avoir été affectée à telle ou telle épargne (ou tel ou tel investissement), mais aussi

(40) On sait que nos voisins français l'ont abandonnée pour les donations de biens présents ayant pris effet au cours du mariage, lors de la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004 (voir le texte du nouvel article 1096 al. 2 de Code civil français).

C'est, notamment, le constat d'une inégalité de traitement entre les couples mariés et non mariés qui a justifié l'abolition de la règle ancienne. Voy. not. le rapport de F. DEKEUWER – DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Doc. fr. 1999, p. 160.

à telle ou telle dépense. Qu'est-ce qui peut encore justifier que cette donation pourrait être discrétionnairement rétractée par son conjoint et qu'il doive alors restituer illico ce qu'il avait pu épargner ou investir ou ce qu'il avait légitimement dépensé ?

S'il ne s'était pas marié, pareille rétractation n'aurait pas été possible, alors même que le mariage constitue jusqu'à nouvel ordre un engagement juridique plus substantiel que la cohabitation légale ou la cohabitation de fait.

Osons le dire : la disposition de l'article 1096 du Code civil est déraisonnable (41), et elle heurte même notre conception actuelle de l'ordre public comme de l'éthique.

41. Une dernière modification législative est toutefois, après la légalisation des statuts des couples non mariés, encore venue compliquer la donne et rend notre droit positif actuel difficilement lisible.

La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce a en effet considérablement modifié les termes de l'article 299 ancien du Code civil, et la disposition nouvelle, telle qu'elle a été rédigée, ne peut pas manquer d'avoir une incidence sur la problématique de la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux.

Il s'agit là de l'autre disposition légale qu'il paraissait utile de (re)mettre en évidence.

§ 2. La « perte » des avantages entre époux lors du divorce

42. Depuis la réforme opérée par la loi du 27 avril 2007, le texte de l'article 299 du Code civil est désormais libellé de la manière suivante : « Sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage ».

43. On ne peut pas dire, à lire ce texte, que le législateur ait été fort inspiré.

Il a, à vrai dire, choisi en 2007 la voie de la facilité, alors qu'il était possible de beaucoup mieux faire.

L'article 299 ancien du Code civil devait assurément être modifié, puisque, dans sa version héritée du Code Napoléon, c'était l'époux « contre lequel le divorce aurait été admis » qui, à titre de sanction,

(41) Le professeur Y.-H. LELEU y voit aussi un « moyen de droit brutal entre époux et discriminatoire » (*Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier 2015, p. 399, n° 366).

perdait « tous les avantages » qui lui avaient été consentis par l'autre époux.

On avait là aussi raisonné, à l'époque, dans un contexte social qui était radicalement différent.

Le divorce prononcé pour faute par le tribunal représentait une punition infligée à un époux coupable d'avoir violé les engagements d'ordre public du mariage, et il paraissait dès lors inconcevable que cet époux coupable puisse continuer à profiter de « tous les avantages » qui avaient résulté pour lui de ce mariage.

À partir du moment, par contre, où le législateur entendait, en 2007, raisonner de manière exactement inverse, et refusait désormais d'appréhender la dissolution d'un mariage comme la sanction d'une faute, il n'y avait *a priori* plus de raison objective de « punir » qui que ce soit, ni l'un, ni l'autre.

Il devenait toutefois nécessaire de déterminer si certaines dispositions spécifiques qui auraient été prises par les époux dans leur contrat de mariage ou indépendamment de leur contrat de mariage pouvaient ou devaient éventuellement devenir caduques en raison de leur divorce, parce qu'elles auraient, par exemple, été conçues pour la perspective du décès.

Mais plutôt que d'effectuer cette analyse (et ce travail), le législateur, à vrai dire pris de court⁽⁴²⁾, a opté pour la solution la plus rapide et s'est contenté de maintenir la disposition de l'article 299 du Code civil, en prévoyant que ce serait désormais chacun des deux époux qui « perdrait » les « avantages » qu'ils s'étaient « faits », tout en précisant cependant qu'ils pouvaient conclure une « convention contraire » – ce qui lui permettait par là-même de renvoyer en définitive la question à l'autonomie des volontés individuelles.

(42) Lors des travaux de la sous-commission Droit de la famille de la Chambre des représentants, qui avait, dans un premier temps, examiné le projet de loi du gouvernement, différents amendements avaient été déposés aux fins de proposer une nouvelle rédaction de l'article 299 du code civil (amendements n^{os} 50, 64 et 78, *Doc. parl.*, Ch., n^o 51-2341/003, p. 7, n^o 51-2341/004, p. 11 et n^o 51-2341/005, p. 2). Le rapport fait au nom de cette sous-commission fait apparaître que les députés qui y siégeaient ne purent cependant trouver « aucun consensus » lors de leurs discussions à propos de ces amendements, et que la question resta dès lors en friche (*Doc. parl.*, Ch., n^o 51-2341/007, p. 73).

Ce n'est qu'au cours de la discussion du projet de loi de la Commission de la Justice de la Chambre que le texte du projet de loi, qui prévoyait originellement que seuls les avantages consentis dans le contrat de mariage disparaîtraient dans tous les cas de divorce sauf convention contraire, fut amendé pour y adjoindre les avantages que les époux s'étaient fait pendant le mariage, afin de « viser l'ensemble des avantages visés conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'article 299 du Code civil » (amendement n^o 129, *Doc. parl.*, Ch., n^o 51-2341/013, p. 2).

On ne peut donc vraiment pas dire qu'il y a eu là un quelconque travail de réflexion en profondeur, car la jurisprudence de la Cour de cassation ne pouvait se comprendre qu'en raison de la *ratio legis* de l'ancien article 299 du Code civil.

44. On commencera par rappeler que le terme « avantages », dans l'article 299 du Code civil, est évidemment ambigu, et il eût été préférable, d'abord, de lever cette ambiguïté, en lui donnant à tout le moins une définition précise.

Le législateur ne l'a pas fait lors de la réforme de 2007, sauf à renvoyer, lors des travaux préparatoires (43), à la jurisprudence de la Cour de cassation. On se retrouve dès lors apparemment toujours tenu par l'interprétation que notre Cour de cassation en avait donnée (44) : les « avantages », ce sont à la fois les donations entre vifs, les institutions contractuelles et les avantages matrimoniaux portant sur le partage du patrimoine commun au jour du décès.

S'il est logique que les époux perdent, en raison de leur divorce, les « avantages » qui étaient destinés à sortir leurs effets au jour du décès de l'un d'entre eux, il n'y a, par contre, aucune logique à ce qu'ils perdent de plein droit les donations entre vifs qu'ils s'étaient consenties pendant le mariage.

On aurait dès lors assurément pu, à l'occasion de la réforme, limiter le champ d'application de l'article 299 du Code civil, comme il en est aujourd'hui en droit français (45), aux « avantages » consentis pour le jour du décès.

On a en effet de la peine à s'expliquer, dans le contexte social contemporain, qu'un divorce sans faute puisse avoir pour effet, même s'il est possible pour les époux d'avoir prévu ou de prévoir expressément le contraire, de les déchoir avec effet rétroactif des donations entre vifs qu'ils se seraient consenties pendant leur vie commune et de contraindre par là-même l'époux donataire à restituer ce qu'il avait reçu et probablement investi ou dépensé.

C'est la règle exactement inverse qui aurait pu avoir du sens : les donations acquises restent acquises, sauf si les époux avaient expressément voulu et accepté qu'elles soient résolues lors de leur éventuel divorce.

45. Quoi qu'il en soit, le législateur a donc apparemment continué à englober dans les « avantages » perdus au jour du divorce les donations entre vifs que les époux s'étaient consenties pendant le mariage.

(43) Voy. la justification de l'amendement n° 129 reproduite à la note de bas de page précédente.

(44) Cass. 23 novembre 2001, Pas. 2001, I, p. 1929, *J.L.M.B.*, p. 7 ; *Rev. not. b.*, 2002, p. 318, note C. GIMENNE, *R.G.D.C.*, 2003, p. 241, note W. PINTENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 634. Cet arrêt de la Cour de cassation devait lui-même être analysé dans le prolongement d'un arrêt plus ancien du 20 octobre 1874 (Pas. 1875, I, 7) qui avait été beaucoup plus explicite à propos de la *ratio legis* de l'article 299 ancien du Code civil et qui avait comparé le mécanisme instauré par cette disposition à celui de la résolution des donations du chef d'ingratitude.

(45) Voy. le texte de l'article 265 du Code civil français.

Mais, comme on l'a indiqué, il a néanmoins laissé aux époux une importante marge de manœuvre, puisqu'il a expressément prévu qu'ils peuvent conclure une « convention contraire ».

On voit d'ailleurs mal comment il aurait pu en décider autrement (46), dès lors qu'il était désormais possible, pendant le mariage, de se consentir par contrat de mariage des donations en principe irrévocables.

La règle exprimée dans l'article 1096 nouveau du Code civil serait devenue incohérente si deux époux qui auraient entendu se consentir dans un contrat de mariage une donation irrévocable, que leur mariage perdure ou soit dissous par le divorce, s'en seraient trouvés empêchés parce qu'une telle donation aurait été « révoquée » de plein droit dans l'hypothèse d'un éventuel divorce – devenu aujourd'hui monnaie courante – par l'effet d'une disposition légale contraignante.

Il reste que le législateur aurait pu au moins préciser dans le texte de l'article 299 du Code civil ce qu'il entendait exactement par une « convention contraire » (47).

Est-ce désormais que, d'une manière générale, les époux peuvent, par une convention sous seing privé, décider qu'une donation entre vifs ne sera pas « perdue » par l'effet d'un divorce ?

On ne voit effectivement pas ce qu'il y aurait là de déraisonnable, et ce pourrait même être très sain, car une donation suspendue au risque de sa « perte » en cas de divorce n'est-elle pas *a priori* une donation suspecte ?

(46) Il reste que le lien n'a apparemment pas été fait lors des travaux préparatoires de la loi entre la disposition de l'article 299 nouveau du Code civil et la disposition de l'article 1096 du Code civil, telle que modifiée par la loi du 14 mai 1981.

(47) À défaut de la moindre précision, on peut comprendre que les interprétations données par la doctrine à cette notion n'aient pas été concordantes.

Au surplus, comme le nouvel article 299 englobe apparemment, par référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2001, aussi bien les donations entre vifs que les institutions contractuelles et les avantages matrimoniaux portant sur le partage du patrimoine commun au jour du décès, les auteurs sont amenés à envisager les différentes hypothèses de « convention contraire ».

Pour ce qui concerne la « convention contraire » relative aux donations proprement dites, la majorité des auteurs optent *a priori* pour la solution consistant à considérer que cette convention contraire peut être insérée soit dans l'acte de donation, soit dans une convention conclue pendant la procédure de divorce pour désunion irrémédiable ou lors des opérations de liquidation et partage (P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, Bruxelles, Larcier, 3^e ed. 2009, p. 65 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *Les donations*, Rep. not., T. III, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 286, n° 265 ; P. MOREAU, *L'anéantissement des donations entre vifs* in P. MOREAU (coord.), *Libéralités et successions*, CUP, Anthemis, 2012, p. 164, n° 53 ; L. ROUSSEAU, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *Rev. not. b.*, 2008, p. 442).

Voy. toutefois V. WYART, « La déchéance des avantages matrimoniaux : conséquence de la réforme du divorce », in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, p. 326, qui considère, d'une manière générale à propos de tous les avantages de l'article 299 du Code civil, que la disposition contraire peut être insérée dans l'acte constatant l'avantage ou ultérieurement « à tout moment sans qu'il faille attendre le prononcé du divorce ».

Mais alors, il serait logique que la même convention puisse aussi minimalement prévoir, aussi longtemps qu'on n'aura pas supprimé la règle devenue déraisonnable et discriminatoire de la révocabilité discrétionnaire des donations entre époux, qu'une telle donation ne sera pas révocable *ad nutum* – ce que ne permet cependant *a priori* l'article 1096 du Code civil que par un acte modificatif du contrat de mariage.

46. On voit bien l'imbroglio... qui vient d'ailleurs de faire l'objet d'une étude d'Alexandra Demortier. Celle-ci a intelligemment posé la question : « La révocation *ad nutum* des donations entre époux est-elle mise à mal par l'article 299 du Code civil ? » (48).

La question est intelligente, parce qu'on ne voit effectivement pas comment on pourrait justifier qu'il soit désormais permis aux époux de convenir qu'une donation consentie à l'un d'entre eux sera, par dérogation à l'article 299 du Code civil, irrévocable même s'ils étaient amenés à divorcer, alors qu'ils ne pourraient pas convenir que cette donation sera irrévocable, par dérogation à l'article 1096 du Code civil, qu'ils continuent à vivre ensemble ou qu'ils se séparent.

Madame Demortier a cependant conclu son étude par un « essai d'interprétation » qui l'amène à adopter une solution allant dans le sens exactement contraire à la question telle qu'elle l'avait posée.

Elle propose en effet, afin de tenter d'unifier le régime juridique des dispositions des articles 299 et 1096 du Code civil, que la « convention contraire » par laquelle les époux renonceraient à invoquer la déchéance des donations organisée par l'article 299 et la révocabilité *ad nutum* des donations organisée par l'article 1096 du Code civil ne puisse pas être conclue avant le divorce et ne serait dès lors valable que si elle intervient pendant la période postérieure au divorce. Elle fonde cette distinction sur la considération que la révocabilité intrinsèque des donations resterait pendant le mariage une règle d'ordre public.

47. Cet « essai d'interprétation », qui a assurément le mérite de chercher à concilier l'inconciliable, ne me paraît pas convaincant.

D'une part, il est devenu difficile d'encore soutenir que la règle de la révocabilité *ad nutum* des donations serait d'ordre public. Sans doute, n'autorise-t-elle pas expressément une convention contraire autre que celle insérée dans un contrat de mariage conclu pendant le mariage. Mais, précisément, si elle l'autorise, c'est que les époux sont devenus libres de décider eux-mêmes d'y renoncer.

(48) *R.P.P.*, 2015, p. 113. Voy. égal. l'étude générale consacrée à la révocation des donations entre époux publiée par Fabienne TAINMONT et Emmanuel DE WILDE d'ESTMAEL dans la même livraison de la même revue, p. 89.

D'autre part, personne n'a contesté jusqu'à présent qu'à défaut de la moindre précision dans la disposition légale, la « convention contraire » permettant aux époux de renoncer à la déchéance d'une donation implicitement contenue dans l'article 299 du Code civil peut être conclue avant le divorce et, notamment, lors de la donation⁽⁴⁹⁾. Comment pourrait-on d'ailleurs justifier qu'alors qu'une donation entre époux conclue pendant le mariage dans un contrat de mariage est désormais irrévocable, ceux-ci ne pourraient pas convenir, dans le même contrat de mariage, qu'elle ne se trouvera pas « perdue » de plein droit par l'effet du divorce ? Il ne leur servirait pas à grand-chose de se consentir une donation irrévocable dans un contrat de mariage, s'ils ne pouvaient pas, dans le même temps, convenir que cette donation ne sera pas « révoquée » par l'effet d'un éventuel divorce, d'autant que, comme on l'a déjà indiqué, une donation entre vifs qui serait rétroactivement perdue par l'effet du divorce est *a priori* suspecte. C'est davantage du « chantage », pour reprendre l'expression du professeur Henri De Page (*supra*, n° 35), qu'une donation au sens juridique et éthique du terme.

L'« essai d'interprétation » ne devrait-il dès lors pas être, au contraire, que le nouvel article 229 du Code civil, en ce qu'il permet depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2007 une « convention contraire », autorise aussi implicitement que les époux puissent renoncer, par une convention contraire, à révoquer discrétionnairement une donation intervenue pendant leur mariage, d'autant que la protection offerte par l'article 901 du Code civil contre toute emprise exercée sur le donateur suffit largement à protéger les époux d'un éventuel « dérèglement passionnel » (*supra*, n° 18) ?

§ 3. La preuve des donations entre époux

48. Quelles que soient les difficultés que posent incontestablement aujourd'hui les dispositions insérées dans les articles 299 et 1096 du Code civil et qui justifieraient assurément une loi réparatrice de réformes législatives imparfaitement maîtrisées, il reste que ces dispositions ne trouveront pas à s'appliquer, en pratique, chaque fois que l'époux qui entendrait les invoquer ne sera pas en mesure d'apporter la preuve de ce qu'il aurait consenti une donation à son conjoint.

(49) Outre les références mentionnées à la note infrapaginale n° 47, on relèvera que, dans leur étude publiée dans le même numéro de la *Revue de planification patrimoniale*, Madame TAINMONT et Monsieur DE WILDE d'ESTMAEL expriment leur désaccord avec la solution proposée par Madame DEMORTIER, p. 97, n° 22.

C'est dès lors l'occasion de se pencher à nouveau sur cette question qui prête tout autant à difficultés et à propos de laquelle les analyses divergent.

49. Repartons des principes généraux du droit de la preuve.

Ils sont *a priori* clairs et simples.

D'une part, c'est à celui qui allègue un fait qu'il appartient de le prouver, et on entend par « fait » aussi bien un fait matériel ou juridique que les faits constitutifs d'un acte juridique (50).

D'autre part, la preuve d'un acte juridique, c'est-à-dire la preuve des faits constitutifs d'un acte juridique, doit, à des fins de sécurité juridique, être apportée par un écrit, au-delà de 375 €, dans les relations entre les parties à cet acte juridique (art. 1341 Code civil), à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 Code civil) ou qu'il n'aurait pas été possible de se procurer une preuve littérale (article 1348 Code civil).

50. Il en résulte que, lorsqu'un litige se meut entre un donateur et un donataire, fussent-ils des époux, il leur appartient, si l'existence de la donation est contestée par l'un d'entre eux, d'apporter une preuve écrite de la donation qui a été consentie.

Tel est donc le cas lorsqu'un époux qui aurait consenti une donation à son conjoint solliciterait à son profit l'application de l'article 299 du Code civil, pour soutenir après le divorce que son conjoint aurait « perdu » cette donation, ou l'application de l'article 1096 du Code civil, parce qu'il entendrait la révoquer.

S'il n'apporte pas cette preuve écrite, il ne lui est pas juridiquement possible d'invoquer ces dispositions légales, à moins que, par extraordinaire, son conjoint lui fasse obligeamment l'aveu de l'existence de cette donation.

51. Et cependant, cette analyse, qui m'a personnellement toujours paru découler des règles légales organisant le droit de la preuve, n'est manifestement pas partagée.

52. Elle est contestée d'abord parce que d'aucuns considèrent, à la suite, notamment, d'une étude publiée par le professeur Paul Delnoy (51), qu'une donation indirecte ne devrait pas être prouvée par écrit ou, plus exactement, que, si le support neutre de cette donation a été constaté

(50) Voy. D. MOUGENOT, *La preuve*, Rép. not., T. IV, Livre II, Larcier, 2012, p. 99, n° 20 ; P. VAN OMME-SLAGHE, DE PAGE, *Les obligations*, T. III, Bruylant, 2013, p. 2990, n° 1634 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 7, n° 5.

(51) P. DELNOY, *La qualification de la donation par virement*, note sous Mons, R.C.J.B., 1984, p. 192.

par un écrit signé de la partie à laquelle on l'oppose, l'intention libérale ne devrait par contre pas avoir été constatée par écrit, parce qu'il n'y aurait pas là une question de preuve, mais une question de qualification (52) ou d'interprétation (53).

53. On relèvera d'emblée que, puisque dans l'hypothèse particulière d'une donation indirecte, il n'existe pas souvent de preuve écrite émanant de la partie à laquelle on l'oppose du support de cette donation indirecte, la question ne se posera alors pas, sauf à considérer – ce qui est discutable – qu'un extrait de compte bancaire constituerait une telle preuve écrite.

Mais, de toute manière, il est difficile de comprendre ce qui pourrait expliquer que l'article 1341 du Code civil ne s'appliquerait pas à une donation selon les mêmes exigences que pour tout autre acte juridique.

Ce qui doit en effet être prouvé par écrit, c'est l'ensemble des faits qui concourent à constituer l'acte juridique.

S'il s'agit d'un prêt, ce qu'il convient de prouver par écrit, ce n'est pas seulement que l'emprunteur a « reçu » de l'argent des mains du prêteur, c'est l'accord qu'ils ont conclu par lequel le prêteur prêtait de l'argent et l'emprunteur s'engageait à le restituer. À défaut d'une preuve écrite des éléments de fait constitutifs de l'existence d'un contrat de prêt, l'emprunteur ne prouverait pas légalement le prêt à l'égard du prêteur.

Il en est exactement de même pour un contrat de donation. Ce qu'il convient de prouver par écrit, ce n'est pas seulement qu'une personne a « reçu » une somme d'argent qui lui aurait été transférée par une autre personne ou aurait bénéficié d'un paiement effectué entre les mains d'un tiers par une autre personne, c'est, au contraire, que cette personne lui a donné cette somme d'argent, exactement comme, s'il s'était agi d'un prêt, elle la lui aurait prêtée.

C'est donc bien l'intention libérale qui a existé entre le donateur et le donataire et qui caractérise de manière spécifique l'existence d'une donation qui doit, conformément à l'article 1341 du Code civil (54),

(52) La qualification, c'est l'opération juridique consistant, lorsque les faits permettant d'établir la volonté réelle des parties ont été prouvés, à classer dans une catégorie juridique ce qui correspond à ce que les parties ont réellement voulu.

Mais, l'opération de qualification suppose préalablement que les faits constitutifs de l'acte juridique accompli par les parties aient préalablement été prouvés, dans le respect des règles légales organisant le droit de la preuve.

(53) En ce sens, voy. E. DE WILDE d'ESTMAEL, *Les donations*, T. III, Livre VII, Larcier, 2009, p. 224, n° 193 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. Vanwinckelen, *Familiaal vermogensrecht*, 2^e éd. 2010, p. 667 ; H. ROSOUX, *Chroniques notariales*, vol. 53, Larcier 2011, p. 302.

(54) Il est d'ailleurs étrange que les auteurs qui considèrent que l'intention libérale dans une donation indirecte ne devrait pas être prouvée par un écrit affirment par contre l'intention libérale dans une donation déguisée devrait l'être, au motif qu'il s'agit de prouver « contre » le contenu d'un acte. Mais c'est la même règle de l'article 1341 du Code civil qui impose un écrit à la fois pour prouver

faire l'objet d'une preuve écrite, afin qu'il ne puisse précisément plus y avoir de discussion par la suite sur les faits constitutifs d'un tel contrat de donation, c'est-à-dire sur l'existence de la donation.

Encore une fois, il ne s'agit pas là d'un formalisme désuet, mais d'une règle inspirée par le souci d'assurer une certaine sécurité juridique dans les relations entre les particuliers.

54. D'autres auteurs (55) ont soutenu que, lorsqu'il s'agit pour un époux de procéder, conformément à l'article 1096 du Code civil, à la révocation d'une donation entre vifs consentie pendant le mariage autrement que dans un contrat de mariage, la preuve de la donation qu'il aurait consentie ne devrait pas être apportée par écrit, mais pourrait l'être par toutes voies de droit, au motif que la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux serait une règle d'ordre public.

Je pense avoir suffisamment fait apparaître que, si l'on avait effectivement considéré cette disposition légale, dans le système tel qu'il avait été organisé par le Code Napoléon, comme une règle d'ordre public, elle ne peut plus l'être aujourd'hui, compte tenu non seulement des multiples modifications législatives qui sont intervenues, mais aussi et surtout parce que c'est la pertinence même de cette règle qui est discutée (56).

Il devient dès lors difficile, voire impossible de voir dans cette règle une disposition protectrice des intérêts essentiels de l'État et de la collectivité.

55. Enfin, le professeur Yves-Henri Leleu, dans son analyse des « outils » qui, à ses yeux, devraient permettre de corriger les déséquilibres financiers intervenus dans les relations patrimoniales entre deux époux mariés sous le régime de la séparation de biens et, dès lors, d'établir ou de contester une « créance en liquidation » (57), a défendu l'idée suivante à propos de la révocation d'une donation qui aurait été consentie par un époux à son conjoint :

« Si le transfert de valeurs a été véhiculé par une donation, l'époux donateur qui la révoque (article 1096) est créancier d'une obligation de restitution. La preuve du paiement ou du transfert de valeurs ne suffit pas ; l'*animus donandi* doit être prouvé. Cette preuve ne nécessite pas d'écrit à notre avis, car c'est un fait qui peut être établi par une analyse de la situation de fortune et de ressources des deux époux, d'où il ressortirait que le donataire n'a certainement

l'existence d'un acte juridique (au-delà de 375 €) ou pour prouver « contre et outre le contenu aux actes » (en deçà ou au-delà de 375 €). L'exigence légale est donc exactement la même.

(55) Voy. F. TAINMONT et E. DE WILDE d'ESTMAEL, précités, p. 95, n° 13, et les références.

(56) Les mêmes auteurs écrivent d'ailleurs que « la *ratio legis* à la base de la règle contenue à l'article 1096 du Code civil semble actuellement peu pertinente » (p. 95, n° 15).

(57) *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 396, n° 363.

pas pu devenir propriétaire du bien autrement que par libéralité de son conjoint, aucune obligation juridique de transfert ou de rétribution n'existant entre eux. L'*animus donandi* peut être déduit de l'affection entre époux, à charge pour le donataire de démontrer que la bienveillance du donateur n'était qu'une rétribution d'une obligation sous-jacente ».

56. Cette analyse est à mes yeux tout autant contestable lorsqu'elle est effectuée dans le contexte d'une action introduite par l'époux prétendument donateur contre l'époux prétendument donataire(58), car elle n'est précisément pas conforme au prescrit légal organisant la prééminence de la preuve écrite dans les relations entre les parties à un acte juridique.

L'*animus donandi* est assurément un fait, mais la preuve porte toujours sur des faits, et, lorsqu'il s'agit d'un acte juridique, sur les faits constitutifs de cet acte juridique.

C'est donc la preuve de ces faits – et particulièrement lorsqu'il s'agit d'une donation de l'intention libérale qui animait les parties – qui doit être rapportée par écrit.

Sans doute, la loi permet-elle d'y déroger lorsqu'il a existé une impossibilité morale de se procurer une telle preuve écrite.

On voit cependant mal en quoi il y aurait une impossibilité morale, lorsqu'un époux entend réellement consentir une donation à son conjoint, d'en établir une preuve écrite.

C'est d'ailleurs probablement lorsqu'il s'agit de se consentir une donation qu'il est le plus cohérent pour deux époux de constituer une telle preuve.

De multiples autres opérations financières sont réalisées au fil de la vie quotidienne d'un couple sans que les partenaires de ce couple ne songent à déterminer la nature de ces opérations et a fortiori à en établir une preuve.

Mais une donation – autre que les cadeaux d'usage – est un acte d'une nature si particulière, à tout le moins si on a réellement l'intention de donner, qu'elle implique presque nécessairement qu'on y ait réfléchi, et il serait donc parfaitement possible de s'en réserver une preuve écrite.

Au surplus, c'est lorsqu'une donation est réellement effectuée entre deux époux, avec les effets qui s'y attachent pour les époux, que le besoin de

(58) Elle est par contre particulièrement pertinente, lorsque ce sont les héritiers de l'époux donateur qui entendent prouver, lors de la liquidation de la succession, l'existence d'une donation consentie à l'époux donataire.

sécurité juridique s'avère essentiel et que l'existence d'une preuve écrite s'en trouve d'autant plus justifiée.

Au demeurant, comme Yves-Henri Leleu le relève lui-même, la révocation d'une donation est un « outil » à double tranchant, car, si l'époux qui invoque une donation avec l'objectif de la révoquer ne peut pas la prouver, il n'est alors « plus crédible » (pour reprendre les termes d'Yves-Henri Leleu) à recourir à la théorie subsidiaire de l'enrichissement sans cause, dont on sait qu'elle permet, lorsque c'est équitable, de corriger des transferts injustifiés de valeurs qui se seraient opérés entre les patrimoines de deux époux séparés de biens.

Autant, dès lors, me paraît-il, s'en tenir strictement à l'exigence légale – avec les mérites qui s'y attachent – de la preuve écrite préconstituée lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une donation entre époux, soit pour la révoquer (aussi longtemps qu'il restera juridiquement possible, pour un époux, de révoquer *ad nutum* une donation non irrévocable consentie pendant le mariage), soit pour prétendre qu'elle aurait été « perdue » par l'effet du divorce (aussi longtemps que le législateur continuera à considérer que les donations entre vifs consenties entre deux époux pendant le mariage seront caduques lors de leur divorce).