

DE NOTARIS EN DE CONFLICTBEHEERSING
LE NOTAIRE ET LA GESTION DES CONFLITS

Verslagboek Notarieel Congres
Antwerpen 23-24 september 1999



KLUWER
RECHTSWETENSCHAPPEN
BELGIË

KLUWER
ÉDITIONS JURIDIQUES
BELGIQUE

Droit familial et patrimonial familial

Bernard CHAMPION
Notaire à Bertrix

Gabriel RASSON
Notaire à Liège (Sclessin)

PRÉAMBULE: OPTIQUE ET MÉTHODE

Comment le notaire peut-il, dans la matière du droit familial, faire preuve de créativité dans la prévention et le règlement des conflits? Il s'agira d'une approche essentiellement pragmatique, destinée à donner des idées aux notaires, à susciter leur curiosité, les incitant ainsi à prendre des voies moins explorées, afin de réagir le mieux possible à des situations spécifiques, voire rares, qu'ils rencontrent.

Notre approche ne sera pas exhaustive, mais exemplative, destinée à montrer qu'il est possible, dans bien des cas, de comprendre ou utiliser de manière originale des normes existantes pour les adapter à une situation donnée.

Suivant les cas, ce seront 1. le vide juridique, ou 2. les législations mal adaptées qui seront en ligne de mire.

Nous avons repris les différentes branches du droit en ces matières, en posant la question: quels sont les cas ou les demandes moins classiques auxquels nous sommes confrontés? En d'autres termes: comment adapter le droit, qui est toujours en retard, par rapport aux évolutions de la société? Autrement dit encore: comment répondre avec des règles classiques à des demandes modernes? Car l'époque contemporaine a généré bien des conflits (en germe ou émergés) qui ne sont pas prévus par la loi.

Précisons qu'en bien des cas, le praticien doit se couvrir par des clauses de précaution. Il faut éviter de jouer à l'apprenti sorcier.

Enfin, même si certains développements peuvent sembler des 'ficelles' de praticiens, nous sommes bien conscients de la nécessité impérieuse de rester dans l'orthodoxie juridique.

Plus particulièrement, le titre Ier aborde les domaines suivants:

- Adoption;
- Tutelle;
- Régimes matrimoniaux.

A l'intérieur de chacune de ces matières, un ou plusieurs sujets, qui nous ont semblé d'actualité, ont été choisis.

Il s'agit donc d'un panaché, d'une sorte d'exercice de style, mais avec une idée directrice: qu'il agisse en prévention ou en règlement des conflits, le notaire remplit son rôle de régulateur, en faisant appel à ses connaissances et son imagination.

Le titre II est – quant à lui – consacré au thème des époux et des assurances-vie (plus particulièrement: les assurances solde restant dû). L'approche de cette matière s'est voulue avant tout casuistique. Partant d'un constat (un conflit existant entre diverses législations), nous nous sommes posé la question de savoir, sans aucun a priori et à partir d'exemples concrets, en quoi le notariat

CONFLICTPREVENTIE/LA PRÉVENTION DES CONFLITS

pouvait éventuellement jouer un rôle préventif dans la recherche de solutions juridiquement acceptables.

Cette seconde partie de la contribution se veut donc avant tout prospective.

TITRE I. LA PRÉVENTION DES CONFLITS VUE SOUS L'ANGLE DE LA PRATIQUE DU DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE: QUELQUES EXEMPLES CONCRETS D'APPLICATION

Chapitre I. L'adoption

SECTION 1. L'ADOPTION, INSTRUMENT DE PRÉVENTION DE CONFLITS SUCCESSORAU

I. Exposé de la problématique

On le constate, en cette seconde moitié du vingtième siècle, le nombre des remariages ne cesse de croître, provoquant, au niveau du droit de la famille, une problématique nouvelle, celle des successions où sont appelés des enfants issus de différentes unions.

Ainsi, le notaire est fréquemment confronté, dans la pratique, au cas de personnes remariées, dont l'une (voire les deux) a (ont) un ou plusieurs enfants issus d'un premier mariage, et qui ont ensemble un ou plusieurs enfants. Ces personnes souhaitent que les enfants des différents lits puissent recueillir des droits égaux dans leur succession respective.

Autre cas similaire où pareil souhait peut être exprimé: le remariage d'une personne veuve en premières noces avec postérité, ayant également des enfants issus de cette seconde union.

Dans un premier temps, sans doute, le notaire songera à rencontrer le souhait de ses clients en leur proposant d'établir un testament visant à établir une certaine égalité entre ces enfants issus de différentes unions.

Mais, pour arriver à cette 'égalisation' des droits, le praticien se heurte à un double problème: un problème d'ordre civil tout d'abord, étant le droit à la réserve des descendants, limitant le pouvoir de disposition de chaque parent à l'égard des enfants issus de l'union précédente de son conjoint; un problème d'ordre fiscal ensuite, le régime des enfants issus de l'union précédente du conjoint étant particulièrement défavorable: ces enfants, sans lien de parenté avec leur beau-père ou belle-mère selon le cas, seront en effet tenus de payer les droits de succession au taux prévu entre personnes étrangères...

On le voit donc, la situation qui précède, de plus en plus fréquente, engendre un double problème engendré par les législations civile et fiscale existantes.

II. Solution proposée par le notariat

Ce problème, comme nous allons le voir, peut trouver une solution adéquate grâce à l'utilisation créative, prudente et attentive, par le notaire, d'un procédé trop souvent négligé: l'adoption.¹

Bien entendu, comme le souligne le professeur VAN OOSTERWIJCK, il doit exister, dans le chef des clients venus consulter le notaire, une '*affectio adoptionis*', une affection tout court, une volonté indubitable de procéder à l'adoption pour des raisons sentimentales et celles-ci doivent être suffisamment fortes de part et d'autre, vu les obligations que comporte l'adoption pour les deux parties; si cette condition essentielle est remplie, il n'y a pas de mal à profiter également de l'avantage fiscal qui en découle.²

Il n'est évidemment pas concevable de conseiller une adoption lorsque cet élément d'*affectio adoptionis* n'est pas présent (une adoption simulée doit être totalement écartée), ce qui ne signifie pas, loin de là, que le notaire ne puisse pas rechercher des motifs potentiels d'adoption, même si les parties n'ont pas songé à une adoption, parce que – et ce sera la généralité des cas – elles ignoraient qu'elles répondaient aux conditions de celles-ci.³

Mais le fait est que les deux problèmes rencontrés, à savoir le droit à la réserve des descendants et le coût prohibitif des droits de succession entre personnes sans lien de parenté, peuvent trouver, grâce au mécanisme de l'adoption, une solution adéquate.⁴

Au niveau du droit civil tout d'abord, l'adoption met les enfants adoptés sur le même pied que les enfants biologiques par rapport à la succession de leurs parents adoptifs et ce, dans le cadre tant de l'adoption simple⁵, que de l'adoption plénière.⁶ Dès lors, un testament ne sera même plus nécessaire pour corriger

1. H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys en Breesch, 1991, p. 262-263, n° 688.
2. G. VAN OOSTERWIJCK, 'Adoption, adoption plénière, fisc et devoir de conseil du notaire', *M.N.F.*, 1990/2, p. 39, 24.4.1.; version en langue néerlandaise: 'Adoptie, volle adoptie, de fiscus en de raadgevingsplicht van de notaris', *N.F.M.*, 1990/2, p. 44, 24.4.1.
3. G. VAN OOSTERWIJCK, *o.c.*, *l.c.*
4. Comp. H. CASMAN, *o.c.*, *l.c.*
5. L'article 365 du Code civil prévoit en effet que l'adopté et ses descendants ont sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'auraient un enfant ou ses descendants.
6. L'article 370 § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que l'adoption confère à l'enfant et à ses descendants le même statut et les mêmes droits et obligations qu'ils auraient si l'enfant était né de ceux qui ont fait l'adoption plénière.

la dévolution successorale, puisque suite à l'adoption, la loi elle-même assure une dévolution équilibrée entre les enfants issus des différentes unions.

Au niveau du droit fiscal, l'égalité est également rétablie, même en cas d'adoption simple. Les conséquences de l'adoption simple sont clairement régies par l'article 52/2, 1° du Code des droits de succession, qui prévoit qu'il est tenu compte du lien de parenté résultant d'une telle adoption lorsque l'enfant adoptif est l'enfant du conjoint de l'adoptant. Que l'on fasse, de la part de son beau-père ou de sa belle-mère, l'objet d'une adoption plénière ou d'une adoption ordinaire, l'avantage fiscal – à savoir une imposition au taux applicable en ligne directe – est acquis dans les deux cas.⁷

L'intervention du notaire, dans un tel contexte, peut avoir des répercussions financières extrêmement avantageuses pour ses clients. Le professeur VAN OOSTERWIJCK s'est ainsi livré à un petit calcul comparatif des plus édifiants: Dans l'hypothèse où une veuve décide d'adopter l'enfant d'un premier lit de son époux décédé, plutôt que de l'instituer comme légataire universel, le gain fiscal pour l'adopté se chiffrera de la manière suivante:

- s'il hérite d'un montant net de 1.000.000 BEF: 305.000 BEF;
- s'il hérite d'un montant net de 5.000.000 BEF: 2.315.000 BEF.⁸

Nous l'avons souligné, il sera recouru à l'usage de ce mécanisme de manière prudente et attentive, ce qui induit une bonne connaissance de la matière, notamment quant à la distinction à opérer entre adoption simple et adoption plénière.

Nous nous contentons ici de souligner certaines caractéristiques essentielles qui devraient influencer de manière importante le choix de l'un des deux types d'adoptions:

a) L'adoption simple par une femme, de l'enfant ou de l'enfant adoptif de son époux, n'entraîne aucune modification du nom de l'adopté (art. 358 § 3, C. civ.); de même, en cas d'adoption simple par un homme de l'enfant *majeur* de son épouse, les parties peuvent convenir qu'aucune modification n'est apportée au nom de l'adopté (art. 358 § 2bis, C. civ.).⁹

Cette faculté de conserver le nom d'origine ne se retrouve pas dans l'adoption plénière qui impose à l'adoptant l'obligation de changer de nom en lui conférant celui de l'adoptant, qui se substitue ainsi au sien (art. 370 § 3 C. civ.).

b) L'adoption plénière est irrévocable (art. 370 § 5 C. civ.) alors que l'adoption simple est révocable (art. 367 C. civ.).

7. VAN OOSTERWIJCK, *o.c.*, *M.N.F.*, 1990/2, p. 40, n° 24.4.3; en langue néerlandaise: *o.c.*, *N.F.M.*, 1990/2, p. 24.4.4.

8. G. VAN OOSTERWIJCK, *o.c.*, *M.N.F.*, 1990/2, p. 40, 24.4.1.; en langue néerlandaise: *o.c.*, *N.F.M.*, 1990/2, p. 44, 24.4.1.

9. Pour plus de détails, voir: G. MAHIEU, in *Rép. Not.*, I, v° *L'adoption*, n° 62.

c) L'adoption d'une personne majeure se fait nécessairement dans le cadre d'une adoption simple: l'article 368 § 2 du Code civil exclut la possibilité d'adopter plénièrement des enfants majeurs.

d) L'adoption plénière a pour effet qu'au niveau successoral, les liens entre l'adopté et sa famille d'origine sont totalement rompus (art. 370 § 1er, C. civ.), ce qui n'est pas le cas de l'adoption simple dans le cadre de laquelle l'adopté et ses descendants conservent leurs droits dans leur famille d'origine (art. 365 C. civ.).

Nul doute que ces quelques caractéristiques doivent être mises en exergue à l'heure de fixer son choix sur l'un des deux types d'adoption connus en droit belge.

Nous nous en voudrions de ne pas attirer l'attention sur un autre point, moins fondamental sans doute, mais qui ouvre la piste de l'adoption alors que celle-ci ne s'impose pas, au premier abord, avec la même évidence: il n'est pas requis que le conjoint dont les enfants sont adoptés soit encore en vie au moment de l'adoption. Une adoption faite dans l'esprit d'une égalisation des droits des enfants issus de lits différents peut donc parfaitement s'envisager postérieurement au décès d'un époux ayant laissé des enfants d'un précédent mariage. Elle sortira pleinement ses effets, tant au niveau civil, qu'au niveau fiscal (droits de succession).^{10 et 11}

SECTION 2. L'ADOPTION SIMPLE ET L'ARTICLE 52/2, 3° DU CODE DES DROITS DE SUCCESSION

I. Une disposition légale problématique

L'on pourrait s'étonner de voir analyser, dans un chapitre en principe consacré au droit de la famille, la problématique posée par une disposition fiscale, l'article 52/2, 3° du Code des droits de succession.

Nous pensons cependant que le droit civil et le droit fiscal forment un tout, qu'ils s'interpénètrent à ce point qu'ils peuvent difficilement être dissociés, qu'il s'opère une sorte de fusion entre eux, et qu'il n'est en tout cas pas sans intérêt

10. G. VAN OOSTERWIJCK, *o.c.*, *M.N.F.*, 1990/2, p. 40, n° 24.4.1; en langue néerlandaise: *N.F.M.*, 1990/2, p. 44, n° 24.4.1, cit., e.a.: Décision administrative, 16 septembre 1952, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1953, 354, n° 19260, note; Décision administrative, 7 novembre 1968, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1969, 456, n° 21313; M. DONNAY par A. CUVELIER, in *Rép. Not.*, XIV, v° *Droits de succession*, n° 914.

11. En ce qui concerne les conditions de fond, une différence d'âge de 10 ans entre adoptant et adopté sera suffisante dans cette hypothèse, conformément à l'article 345 *in fine* du Code civil. Par contre, s'il s'agissait de l'adoption par une personne des enfants de son conjoint dont il serait soit séparé de corps soit divorcé (cas vécu), la différence d'âge entre adoptant et adopté devrait être de 15 ans minimum (comp.: *R.P.D.B.*, Complément V, v° *Filiation adoptive*, n° 66).

de se pencher sur un aspect fiscal de l'adoption, institution qui relève du droit de la famille. Que les puristes veuillent bien nous pardonner cet excursus.

L'on peut attendre du notaire chargé de la passation d'un acte d'adoption qu'il éclaire les parties sur toutes les conséquences, notamment fiscales, de cet acte, et qu'il leur fournisse, dans le cadre de son devoir de conseil et d'information, le plus grand nombre possible d'éléments susceptibles de sécuriser et d'optimiser leur démarche d'adoption.

L'article 52/2, 3° du Code des droits de succession (de même que l'article 132/2, 1° du Code des droits d'enregistrement, dont nous ne parlerons pas ici) fait partie des écueils sur lesquels l'attention des parties doit être attirée par le notaire chargé de l'établissement d'un acte d'adoption simple.

Cette disposition stipule que, *moyennant justifications à fournir*, il est tenu compte, en matière de droits de succession, du lien de parenté résultant de l'adoption simple *lorsque l'enfant adoptif a, avant d'avoir atteint l'âge de vingt et un ans et pendant six années ininterrompues, reçu exclusivement de l'adoptant et de son conjoint ensemble, les secours et les soins que les enfants reçoivent normalement de leurs parents.*

L'article 52/2, 3° du Code des droits de succession est l'une de ces dispositions fiscales, qui à l'instar de l'article 108 des droits de succession, font peser sur le contribuable la charge de la preuve de certains faits purement matériels, pour lesquels tous les modes de preuve sont admis.

L'on peut facilement imaginer la difficulté de la tâche à laquelle est confronté l'adopté lorsqu'au moment du décès de l'adoptant, peut-être de nombreuses années après l'adoption, il doit prouver qu'il satisfait aux conditions susénoncées, car 'la charge de la preuve incombe évidemment à celui qui sollicite l'avantage fiscal en question et l'administration se montre très stricte dans l'appréciation des éléments de preuve qui lui sont soumis.'¹²

On le constate donc, cette disposition fait naître, dans le chef des adoptés qui se trouvent dans la situation visée, un conflit latent, ou tout au moins de lourdes difficultés à venir, lorsqu'il s'agira de rapporter la preuve exigée par l'administration. Comment en effet, l'adopté appelé à recueillir la succession de ses parents adoptifs, pourra-t-il faire, quelques dizaines d'années après son adoption, la preuve des soins et secours reçus d'eux, durant les six années prévues à l'article 52/2, 3° C. Succ.: absence de documents, impossibilité de produire des témoins qui ont disparu depuis longtemps, etc.'¹³

12. G. VAN OOSTERWIJCK, *o.c.*, *M.N.F.*, 1990/2, p. 39, 24.3.1; en langue néerlandaise: *N.F.M.*, 1990/2, p. 43, 24.3.1.

13. G. MAHIEU, 'L'Adoption', in *Rép. Not.*, T. I, L. 3, n° 138; J. BAUGNIET, 'L'adoption et le fisc', *Rev. prat. not.*, 1962, p. 378.

II. Proposition de solution

Dans l'hypothèse visée à l'article 52/2, 3° C. Succ., le notaire peut faire œuvre utile et préventive pour permettre à ses clients d'anticiper les difficultés à venir. Ainsi, pourra-t-il (ou plutôt devra-t-il) conseiller aux adoptants qui le requièrent de recevoir un acte d'adoption simple, de constituer un dossier qui permettra à celui qu'ils adoptent de prouver ultérieurement l'existence des conditions requises par la loi. C'est cela, la prévention.

Concrètement, ce dossier peut comporter, en tout premier lieu, un acte de notoriété auquel comparaissent des personnes qualifiées (de véritables témoins certificateurs choisis pour le motif qu'ils connaissent réellement la situation¹⁴) qui attestent les faits circonstanciés susceptibles de démontrer que des soins et des secours ont été donnés par l'adoptant à l'adopté durant 6 années ininterrompues avant que celui-ci ait atteint l'âge de 21 ans et, ensuite, un ensemble de documents qui confirment la réalité des faits attestés (certificats administratifs, livres et papiers domestiques, factures, quittances, lettres missives, bulletins scolaires signés par l'adoptant, etc...)¹⁵.

Est-il vraiment utile de souligner l'importance du choix judicieux des témoins et de la nécessité de constituer par ailleurs un dossier complet? L'administration ne se contentera pas, en effet, d'un simple acte de notoriété 'désincarné' où comparaitraient des témoins non qualifiés (ni amis, ni parents, ni connaissances) attestant simplement que l'adopté a bien reçu durant la période requise, des soins et des secours de ses parents adoptifs. En d'autres termes, de simples témoignages certifiant qu'il a bien été satisfait au prescrit de l'article 52/2 3° du code des droits de succession ne sont pas suffisants. La preuve doit porter sur des faits concrets.

Dans son traité consacré à l'acte de notoriété, E. HOUYET propose une formule, qui à notre avis, rencontre parfaitement les critères d'efficacité sus-énoncés. En voici la substance:

'L'an...

Devant nous...

Ont comparu:

MM. ...

14. Le Professeur G. VAN OOSTERWIJCK, dont on ne soulignera jamais assez le pragmatisme, nous livre quelques exemples concrets: une femme de ménage demeurée de longues années au service de la famille; un directeur d'école établissant que l'adoptant signait les bulletins scolaires, venait chercher l'adopté à l'école, assistait aux réunions de parents, payait les frais de scolarité; des amis confirmant que l'adoptant organisait et finançait les fêtes de circonstance, emmenait l'adopté en vacances, etc...(o.c., *M.N.F.*, 1990/2, p. 39, n° 24.3.2; en langue néerlandaise: *N.F.M.*, 1990/2, p. 43, n° 24.3.2).

15. G. MAHIEU, o.c., l.c.; J. BAUGNIET, o.c., l.c.

Lesquels nous ont déclaré et attesté:

- 1° bien connaître M. ... et Mme ..., ainsi que X. ..., leur enfant adoptif;
- 2° que depuis sa naissance (ou depuis le ...), et ce, jusqu'à l'âge de ..., X. ... a reçu de façon ininterrompue et exclusivement de MM. ... les secours et les soins que les enfants légitimes reçoivent normalement de leurs parents.

En font foi:

- le certificat de composition de la famille délivré par l'administration communale de ..., le ...
- l'attestation délivrée par le services des allocations familiales (M. ...), le ...
- l'attestation délivrée par M. ..., Directeur de l'institut d'enseignement ..., à ..., le ...
- la correspondance échangée entre MM. ... et ...

Ces documents resteront annexés aux présentes, après avoir été signés "ne varietur" par les comparants et nous, notaire.

En conséquence de ce qui précède, les conditions exigées par l'article 52-2 du Code des droits de succession sont remplies.

Dont acte ...'.¹⁶

Voici donc un exemple d'utilisation créative d'un acte – habituellement destiné et réservé au domaine des successions – en vue de prévenir de manière efficace et pragmatique un conflit possible en matière d'adoption. Ainsi que nous allons le voir, cet exemple n'est pas unique.

SECTION 3. LA FILIATION ADOPTIVE ACQUISE À L'ÉTRANGER

I. Une disposition problématique: l'article 344^{ter} C. civ.

Le droit de la famille ne pouvait rester indéfiniment insensible à l'influence de la mondialisation. Ainsi, le phénomène de l'adoption internationale, de marginal qu'il était au début des années septante, a opéré une percée significative pour devenir, aux yeux de la plupart de nos concitoyens, un fait de société suffisamment répandu pour que plus personne ne s'en étonne.

Cela ne signifie pas pour autant que les parents qui adoptent dans le cadre d'une adoption internationale ne rencontrent aucune difficulté lorsqu'il s'agit d'inscrire l'adoption dans un cadre juridique solide, de mettre les enfants adoptés à l'abri de toute mauvaise surprise dans un avenir proche ou lointain.

Les conflits latents, les problèmes potentiels, sont multiples et complexes.

L'un d'entre eux trouve sa source dans le prescrit de l'article 344^{ter} du Code civil: il s'agit du problème de l'efficacité en Belgique d'une filiation étrangère,

16. E. HOUYET, in *Rép. Not.*, T. III, L. 5, v° *L'acte de notoriété*, Formule 12, pp. 39-40.

et plus particulièrement des effets en Belgique d'une filiation adoptive acquise à l'étranger.

En vertu de l'article 344^{ter} du Code civil (introduit par la loi du 27 avril 1987), les effets d'une filiation adoptive créée à l'étranger, qui répond aux conditions requises pour sa reconnaissance, sont déterminés selon la 'loi qui a été appliquée à son admissibilité'. Ainsi, lorsqu'une adoption d'un enfant sri lankais par des adoptants de nationalité belge a été prononcée par une juridiction sri lankaise, les effets de cette adoption sont régis par la loi sri lankaise, pour autant, bien entendu, que les conditions requises pour la reconnaissance de cette décision en Belgique, énumérées par l'article 344^{bis} du Code civil, soient réunies. A l'instar d'une certaine doctrine, l'on aurait apprécié que les parlementaires belges rencontrent les diverses critiques exprimées sous l'empire de la loi antérieure à la réforme de 1987, en recherchant des solutions plus pratiques.¹⁷

II. Proposition de solution

Peut-on s'étonner, dès lors, de voir cette considération pousser de nombreux praticiens (parmi lesquels des notaires) conseiller à leurs clients d'introduire une nouvelle procédure d'adoption en Belgique pour dissiper tout doute quant aux effets de l'adoption? Non, évidemment, même si cela revient, et on peut le regretter, à nier le principe de la reconnaissance *de plano* de l'adoption étrangère contenu dans l'article 344^{bis} du Code civil.

Mais là encore, le texte de loi crée une telle insécurité juridique¹⁸, que le notaire se doit de faire preuve de pragmatisme et tenter de prévenir un conflit, un problème qui ne livrera toute son ampleur que de nombreuses années après l'adoption en elle-même, en proposant de recommencer la procédure d'adoption *ab initio* devant les juridictions belges.

Cette pratique ne s'impose cependant pas dans toutes les hypothèses. Mais il en est une où le doute n'est guère permis, celle où les adoptants souhaitent que leur enfant adoptif puisse être considéré comme ayant intégré complètement sa famille d'adoption, notamment au niveau successoral.

Car, même si l'on peut souscrire à l'opinion selon laquelle l'article 344^{ter} du Code civil, qui parle des 'effets' de l'adoption sans faire aucune nuance, ne peut viser, en fait, que les effets qui font partie des rapports de famille, à l'exclusion,

17. M. VERWILGHEN, J.-Y. CARLIER, C. DEBROUX, J. DE BURLET, *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 113.

18. Peut-on raisonnablement envisager, en effet, que les parents adoptifs aillent s'informer du prescrit de la loi étrangère ayant régi l'admissibilité de l'adoption, par exemple, en ce qui concerne les effets de l'adoption sur la vocation successorale, et suivre par ailleurs l'évolution de cette loi dans le temps? Poser la question, c'est y répondre.

notamment des effets successoraux¹⁹, la sécurité juridique n'est pas pour autant totalement instaurée en ce qui concerne ces derniers effets.

Ainsi, il appartiendra à la seule loi successorale – c'est-à-dire la loi du dernier domicile du défunt pour les actifs mobiliers et celle du lieu de situation pour les immeubles – de dire si adoptant(s) et adopté sont héritiers l'un de l'autre.²⁰

Il n'en reste pas moins qu'au moment où s'ouvrira la succession d'une des parties à l'adoption (adoptant ou adopté) ou celle d'un parent du ou des adoptants, il faudra examiner préalablement si la loi qui a présidé à la création du lien adoptif, invoqué en tant que tel en Belgique sur la base de l'article 344bis du Code civil, connaît une institution juridique assimilable à l'une ou l'autre forme d'adoption existant en droit belge, et dans l'affirmative, à laquelle (adoption simple ou adoption plénière?).

Or, l'on sait qu'en droit belge (pour autant que l'on se trouve dans l'hypothèse la plus courante où, selon les règles prérappelées, les effets successoraux sont régis par la loi belge), la différence – au niveau des effets successoraux – entre une adoption simple et une adoption plénière n'est pas mince, tant au niveau civil qu'au niveau fiscal.

En effet, alors que l'adoption simple ne crée de vocation successorale qu'entre adoptant et adopté tout en maintenant la vocation successorale dans la famille d'origine (art. 365 et 366 C. civ.) et pose le problème fiscal de l'article 52/2 du Code des droits de succession, l'adoption plénière intègre complètement l'adopté dans sa famille d'adoption et rompt tout lien successoral avec la famille d'origine (art. 370 § 1er C. civ.).²¹

On imagine aisément que dans l'esprit des adoptants, cette question revêt un caractère fondamental. Car si la loi qui a régi l'admissibilité de l'adoption prononcée à l'étranger ne connaît qu'une forme d'adoption assimilable à l'adoption simple et non à l'adoption plénière, la vocation héréditaire, même si elle est régie par la loi belge, sera déterminée sur la base des articles 365 et 366 du Code civil, et non pas de l'article 370 § 1er du même Code.

Dès lors, lorsque les adoptants souhaitent améliorer le sort de l'adopté en lui conférant un statut juridique qui l'incorpore davantage à sa nouvelle famille (notamment au niveau successoral), le recours à une nouvelle procédure d'adoption (plénière) en Belgique peut constituer une alternative intéressante.

A cet égard, l'on constatera avec plaisir qu'il est généralement admis par la jurisprudence que l'adoption simple et l'adoption plénière forment, en fait, complémentairement une seule institution, l'adoption plénière n'étant qu'une

19. P. GRAULICH, *Rép. Not.*, T. XVIII, L. V, v° *Conflits de lois en matière d'adoption*, n° 17 *in fine*, p. 16.

20. P. GRAULICH, *o.c.*, *l.c.*

21. G. MAHIEU, *o.c.*, in *Rép. Not.*, T. I, L. 3, n° 101.

forme plus complète de l'adoption; que l'admissibilité en Belgique de la filiation adoptive entre Belges et étrangers est indépendante des différentes conséquences qu'une telle filiation comporte pour les deux parties; et que, dès lors que la législation étrangère sur la base de laquelle l'adoption a été admise, connaît une forme d'adoption, l'adoption plénière peut être octroyée, en Belgique, à un ressortissant de ce pays étranger.²²

Les exemples de procédure d'adoptions plénières recommencées (avec succès) dans ce contexte en Belgique ne manquent pas.²³

Pratiquement, se pose le problème du consentement à l'adoption plénière par les parents de l'adopté ou par un conseil de famille (art. 348 § 1er C. civ.). Il paraît difficilement imaginable de recueillir à nouveau le consentement du ou des parents qui auraient déjà consenti à l'adoption prononcée dans le pays étranger.

Dans les cas précités, la jurisprudence a solutionné ce problème de manière très pragmatique, en acceptant le recours au consentement donné par le conseil de famille (nous préférons personnellement l'expression 'conseil d'amis'²⁴) composé librement par le juge de paix, sans vraiment se préoccuper du fait de savoir si les père et mère de l'enfant étaient décédés, déclarés absents ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou n'avaient pas de demeure connue, ni du fait de savoir si la filiation de l'enfant n'était pas établie (art. 348, § 1er, al. 4).

La motivation de cette solution pragmatique se trouve, selon nous, dans l'impossibilité matérielle de recueillir une nouvelle fois le consentement des parents biologiques ou des personnes ayant donné leur consentement lors du jugement d'adoption rendu dans le pays d'origine, cette impossibilité pouvant être assimilée à l'un des cas énumérés à l'article 348, § 1er C. civ.

Rappelons au passage que le conseil 'd'amis', qui donne son consentement à l'adoption plénière, doit également désigner expressément une personne qui représentera l'enfant durant la procédure, décision qui devra faire l'objet d'une délibération spéciale consignée dans le procès-verbal des délibérations du Conseil.²⁵

22. J. MOENS, P. VERLYNDE, L. VERSCHINGEL, *Adoptie naar Belgisch en Internationaal Recht*, Heule, U.G.A., 1985, cit.: Jeun. Bruxelles, 5ème ch., 19 décembre 1983, p. 372.

23. Voir e.a.: Jeun. Huy (9ème ch.), 3 mars 1994, inédit; Jeun. Liège (18ème ch.), 16 septembre 1987, inédit; Jeun. Liège (18ème ch.), 18 février 1998, inédit; Jeun. Dinant (8ème ch.), 9 décembre 1996, inédit; Jeun. Verviers, 12 novembre 1997, inédit; Jeun. Bruxelles, 17 mai 1994, inédit; Jeun. Bruxelles (9ème ch. NL), 13 mai 1996, inédit; Jeun. Bruxelles (8ème ch.), 18 septembre 1996, inédit; Jeun. Neufchâteau, 24 juin 1996, inédit; Jeun. Neufchâteau, 10 février 1995, inédit.

24. Nous empruntons l'expression de 'conseil d'amis' à G. MAHIEU, *o.c.*, *Rép. Not. T. I, L. 3*, p. 38, n° 19 c.

25. H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys en Breesch, 1991, 269.

En conclusion, il s'agira pour le notaire consulté dans ce cadre, de faire preuve de la prudence la plus élémentaire et de n'engager ses clients dans une telle voie qu'après avoir attiré leur attention, de manière précise, sur les aléas et les conséquences d'une telle nouvelle procédure.

SECTION 4. ADOPTION ET ACTE DE NAISSANCE

I. Un vide juridique fâcheux

Le dernier cas que nous voudrions examiner dans le cadre général de l'adoption concerne également l'adoption internationale.

Il n'est pas rare que des candidats à l'adoption viennent consulter leur notaire, après avoir recueilli un enfant provenant d'un pays étranger, sans que le jugement d'adoption ait été prononcé dans le pays d'origine de l'enfant (c'est notamment le cas pour les enfants originaires d'Inde) et lui font part de l'absence d'acte de naissance officiel dans le chef de cet enfant.

La loi belge ne prévoit rien à cet égard; or, un tel acte doit être produit lors de l'adoption.²⁶

Le problème peut d'ailleurs tout aussi bien se poser lorsque l'adoption a été constituée à l'étranger et que cette adoption répond aux conditions de l'article 344*bis* du Code civil pour être reconnue de plein droit en Belgique. L'on connaît en effet les problèmes pratiques que l'absence d'acte de naissance peut engendrer pour l'intéressé lorsqu'il sera confronté à toute une série de situations telles que le mariage (art. 70 C. civ.), le divorce (art. 1288*bis*, 3°, C.J.), ou plus simplement la recherche d'un emploi, toutes hypothèses où la production d'un acte de naissance ou d'un extrait d'acte de naissance est soit légalement, soit pratiquement exigée.

Bien sûr, pour le mariage, la situation est réglée par le Code civil (art. 70 *in fine* à 72*bis* C. civ.) qui prévoit un acte de notoriété tout à fait particulier, de la compétence exclusive du Juge de Paix, pour le cas où l'un des futurs époux ne peut produire, en vue de son mariage, un extrait de son acte de naissance.²⁷

Mais quid pour les autres situations? Voilà donc un nouveau cas de vide juridique pour le moins fâcheux. Le notaire se doit de tenter de trouver une solution pratique et juridiquement acceptable qui permettra, dans un premier temps, l'adoption envisagée par ses clients, et dans un second temps, de faciliter la vie de l'adopté face à une série de cas auxquels il sera inmanquablement confronté.

26. G. MAHIEU, *o.c.*, n° 36, p. 50.

27. Pour plus de détails, voy. à ce propos: E. HOUYET, *o.c.*, n° 8, p. 17-18.

II. Proposition de solution notariale

La réponse à cette question embarrassante se trouve dans l'interprétation extensive de l'article 46 du Code civil.

Cette disposition postule que 'lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et dans ces cas (...) les naissances (...) pourront être prouvées tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés, que par témoins.'

Dans les cas d'adoption internationale, l'on ne peut toujours affirmer que les registres n'existent pas ou qu'ils sont perdus. La situation la plus fréquente est celle d'enfants abandonnés dès la naissance, non déclarés à l'Etat civil, et recueillis ensuite dans des homes ou maisons d'accueil où l'on ne se soucie pas d'une telle déclaration. Il s'agit donc généralement d'une absence de déclaration à l'Etat civil, non d'une absence ou d'une perte des registres.

Il est cependant communément admis qu'un acte de notoriété peut utilement être dressé dans cette hypothèse.

Cet acte de notoriété, rédigé de manière circonstanciée, tiendra lieu d'acte de naissance à la personne qui ne pourra le produire.²⁸ Pour le mariage, cependant, nous sommes d'avis qu'un tel acte de notoriété ne pourrait valablement remplacer l'acte de notoriété dressé dans le cadre des articles 70 à 70bis du Code civil, ces dispositions étant de stricte interprétation.²⁹

Pour être complet, signalons que parallèlement à cette solution proposée par la pratique notariale, il est aussi possible de conseiller aux clients d'introduire une requête auprès du Tribunal de Première Instance tendant à suppléer l'absence d'acte de naissance. Le tribunal rend un jugement qui tient lieu d'acte de naissance et est transcrit dans les registres de l'Etat civil. Extraits ou copies peuvent alors en être délivrés, ce qui est évidemment fort pratique. Tel est le palliatif imaginé sur la base d'une question parlementaire dont la portée juridique sera appréciée avec les réserves d'usage, mais à laquelle, et c'est très bien ainsi, la jurisprudence semble apporter sa caution.^{30 31}

28. G. MAHIEU, *o.c.*, *Rép. Not.*, T. I, L. 3, n° 56-1, b, p. 62; E. HOUYET, *o.c.*, *Rép. Not.*, T. III, L. 3, n° 8, p. 19; VERLAINE, FORET, REGIBEAU et LOUSBERG, 'La juridiction de la famille', *J.T.*, 1972, p. 582; Civ. Liège, 27 juin 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, p. 7.

29. V. *Traité de l'Etat civil*.

30. G. MAHIEU, *o.c.*, *Rép. Not.*, T. I, L. 3, n° 56-1, *in fine*, cit.: Q. parl., 26 août 1980 (M. NAUWELAERTS - Réponse du ministre Moureau); Civ. Liège, 27 juin 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, p. 7; Anvers, 13 juin 1984, *R.W.*, 1985-86, col. 1203 et note M. BOGAERT; *T. Not.*, 1986, p. 29 et note J.V.D.; également en ce sens: Civ. Bruxelles, 14ème ch., 14 avril 1995, inédit; Civ. Neufchâteau, 24 janvier 1996, inédit.

31. A ce sujet, l'on trouvera un excellent modèle de requête en établissement d'acte de naissance sous la référence suivante: M. VERWILGHEN, J.-Y. CARLIER, C. DEBROUX, J. DE BURLET, *o.c.*, p. 172.

Chapitre II. La tutelle testamentaire

SECTION 1. LA FAMILLE EN QUESTION: NÉCESSITÉ D'UNE ALTERNATIVE

Dans la dérégulation sociale que nous connaissons, les notaires, traditionnellement considérés comme les conseillers des familles voient leur rôle d'*amiable conciliateur* prendre une ampleur sans cesse accrue.

Ainsi, la cellule familiale, qui garantissait autrefois la stabilité de notre société, a aujourd'hui tendance à se disloquer et à se recomposer sous une autre forme au gré des mariages, divorces, remariages, cohabitation.... Toutes ces mutations provoquent bien souvent des conflits ouverts ou larvés.

Dans cette situation, apparaissent des besoins nouveaux dans le chef de certains parents qui, en rupture avec leur famille pour l'une ou l'autre raison, souhaitent pouvoir décider, non seulement du sort de leurs biens patrimoniaux à leur décès, mais également de l'avenir de leurs enfants, pour autant que ceux-ci soient encore mineurs, en les confiant à une personne choisie par eux.

Cette demande se fait croissante du fait que, dans certaines circonstances (remariage, cohabitation...) les parents se méfient, qu'on le veuille ou non, des institutions traditionnelles, telles que le conseil de famille (composé prioritairement, comme son nom l'indique, de personnes faisant partie de la famille – art. 407 C. civ.) appelé à désigner, selon la loi, la personne qui exercera la tutelle sur les enfants orphelins de père et de mère.

Il y a donc recherche d'une solution alternative, censée prévenir des disputes familiales importantes et assurer aux enfants mineurs un avenir meilleur grâce à leur prise en charge par une personne de confiance.

SECTION 2. LA TUTELLE TESTAMENTAIRE: UNE INSTITUTION ANCIENNE COMME RÉPONSE À DES BESOINS NOUVEAUX

Le notaire peut contribuer à maîtriser ce conflit latent, à rencontrer ce souci légitime des parents en rupture avec la famille traditionnelle en conseillant le recours à la tutelle testamentaire.

A la lumière de ce qui précède, cette ancienne institution, pourtant décriée par certains³², risque de connaître une nouvelle jeunesse, ce que souligne d'ailleurs

32. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 4ème éd. (J.P. MASSON), Bruxelles, 1990, 1188, n° 1274: 'Il est à peine besoin de dire que les quatre ordres de tutelle prévus par la loi constituent un régime vétuste et suranné. En fait, les tutelles testamentaires et des ascendants ne fonctionnent presque jamais. Elles entraînent, de plus, des complications inutiles. On pourrait très aisément les supprimer; personne ne s'en plaindrait'.

avec force C. DE BUSSCHERE dans un vibrant plaidoyer pour son maintien³³, car elle permet de donner une réponse satisfaisante à un certain nombre de problèmes générés par l'évolution récente de notre société. Pour s'en convaincre, il suffit de jeter un coup d'œil sur le nombre impressionnant de questions posées à ce sujet par les notaires au centre de consultation de la Fédération Royale des Notaires de Belgique, toutes en prise directe avec des problèmes bien de notre temps.³⁴

Cette 'exhumation' d'une solution juridique existante mais tombée en désuétude n'est pas une première dans notre droit civil. On se rappellera en effet qu'un tel phénomène s'était déjà produit avec la remise au goût du jour de la clause dite de 'tontine', anciennement utilisée pour organiser la pérennité des biens des communautés religieuses, présentée aujourd'hui comme une solution civile et fiscale opportune pour les cohabitants désireux d'acquérir ensemble un immeuble.³⁵

La tutelle testamentaire est une manifestation de l'autorité parentale. 'C'en est l'ultime manifestation, peut-on dire, car elle n'est destinée à sortir effet qu'après la mort.'³⁶

Le dernier survivant des père et mère a le droit de nommer un tuteur à ses enfants (art. 397 C. civ.), par testament ou déclaration y assimilée devant un notaire ou un juge de paix (art. 398 C. civ.).

Ce qui est fondamental, par rapport à la problématique ci-avant exposée, c'est que le choix du tuteur est absolument libre: il peut donc être parent ou non parent, belge ou étranger.³⁷

En principe, le survivant des parents peut donc choisir le tuteur testamentaire sans aucune contrainte; l'article 397 du Code civil lui garantit d'ailleurs explicitement cette liberté. Il sera cependant du devoir du notaire d'attirer l'attention sur le fait que ce choix doit être guidé par l'intérêt de l'enfant.³⁸

33. C. DE BUSSCHERE, 'De testamentaire voogdij', *R.W.*, 1992-93, 273-291: cet auteur, tout en plaidant pour le maintien de la tutelle testamentaire, appelle de ses vœux une adaptation des textes régissant la matière. Pour une approche exhaustive de l'institution de la tutelle testamentaire, nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer le lecteur à cette excellente contribution.

34. C.D.B., 'Questions de la pratique notariale: La tutelle testamentaire', *Notarius*, 1993/1, 30-37; *Notarius*, 1993/8-9, 255-257.

35. Parmi les premiers auteurs à 'oser' le dépoussiérage de la tontine, citons notamment: L. RAUCENT, 'La clause d'attribution de l'usufruit au survivant des époux', *Rev. not. b.*, 1971, pp. 362-365; F. BOUCKAERT, 'Un procédé juridique oublié: la tontine', *Rev. not. b.*, 1983, pp. 570-584; L. WEYTS, 'A deux ?', in *L'accès à la propriété du logement familial*, Journées Notariales 1987, Rapport, 65-91.

36. H. DE PAGE, (par J.-P. MASSON), *o.c.*, 1265.

37. Art. 397 C. civ.; voy également: H. DE PAGE, *o.c.*, T. II, 4ème éd. (par J.-P. MASSON), 1265; C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 284-285.

38. C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 284.

SECTION 3. CARACTÈRE CONTRAIGNANT DE LA TUTELLE TESTAMENTAIRE

Dans le cadre de sa mission de conseil, le notaire devra également veiller à souligner le caractère contraignant de la tutelle testamentaire. En effet, en vertu de l'article 401 du Code civil, le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, à moins qu'il ne soit dans la classe des personnes que, à défaut de cette nomination, le conseil de famille eût pu en charger; ce qui revient à dire que la tutelle testamentaire est, comme toute tutelle, obligatoire. En d'autres termes, le tuteur testamentaire est en principe obligé d'accepter la mission qui lui est confiée, à moins qu'il ne soit frappé d'une des causes de dispense, d'incapacité ou d'exclusion qui, prévues pour toutes les tutelles, s'appliquent également au tuteur testamentaire (art. 427 C. civ.).³⁹

Ainsi donc, alors que l'héritier ou légataire a la faculté d'accepter une succession purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, voire même d'y renoncer, *de lege lata* un tel choix n'existe pas dans le chef du tuteur testamentaire. On peut le regretter, certes, et certains appellent d'ailleurs de leurs vœux une réforme urgente de l'article 401 du Code civil en ce qu'il contient le principe du caractère obligatoire de la tutelle testamentaire⁴⁰, mais en attendant, le praticien ne dispose pas d'autre alternative que d'en tenir compte.

Cela signifie que si le notaire oriente son client vers la solution de la tutelle testamentaire, il se devra de mettre en exergue son caractère obligatoire afin d'éviter de créer un conflit là où il souhaite en éviter. Il devra donc guider son client sur la voie de l'intérêt de l'enfant mineur. Cet intérêt ne peut être rencontré, en l'espèce, que si la personne désignée accepte de bon gré la charge qui lui est confiée; il est dès lors à conseiller de s'assurer préalablement de l'accord de l'intéressé.⁴¹

SECTION 4. FORMES DE LA TUTELLE TESTAMENTAIRE – EXEMPLES

Quelques mots, maintenant quant à la forme de la tutelle testamentaire, le but n'étant pas de faire ici une analyse exhaustive de l'institution, mais d'en rappeler les traits essentiels à son utilisation⁴²:

39. H. DE PAGE, *o.c.*, T. II, 4ème éd. (J.-P. MASSON), Bruxelles, 1990, 1182, n° 1265; C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 275.

40. C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 291.

41. J.-F. TAYMANS, *Rep. Not.*, T. III, L. 8, 'Les Testaments (Formulaire commenté)', 113, n° 97.

42. Pour une étude exhaustive, conciliant à la fois les aspects théoriques et pratiques de la tutelle testamentaire, nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer le lecteur à la contribution déjà citée de C. DE BUSSCHERE, 'De testamentaire voogdij', *R.W.*, 1992-93, 273 à 291, dont les lignes qui suivent sont largement inspirées.

L'article 398 stipule: 'Ce droit ne peut être exercé que de l'une des manières suivantes:

1° par acte de dernière volonté;

2° par une déclaration faite ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaire.'

Les termes 'ne...que' indiquent de manière fort claire que l'énumération reprise dans cette disposition est limitative et non exemplative.⁴³

Pour ne pas déborder du cadre général de notre exposé, nous n'examinerons brièvement que les formes intéressant le notariat: le testament et la déclaration faite devant notaire.

Quant au testament, le texte de la loi n'impose pas une forme particulière de disposition de dernière volonté: le testament pourra donc être indifféremment authentique, olographe, voire même adopter la forme internationale.

L'on signalera également que le testament ne doit pas obligatoirement contenir d'autres dispositions de dernières volontés concernant la succession; il peut donc s'agir d'un testament limité au choix d'un tuteur.⁴⁴

Cela étant, le recours au testament authentique nous paraît devoir être chaudement recommandé. A cet égard, l'argumentation développée par C. DE BUSSCHERE, nous paraît des plus convaincantes (traduction libre): 'La première raison (motivant la préférence du testament authentique) réside dans le fait que le testament olographe s'expose aux risques de perte, de destruction par force majeure ou par le fait d'un tiers mal intentionné; le testament authentique est par contre conservé par le notaire et, par ailleurs, inscrit dans son répertoire. De plus, le testament authentique ou notarié est recommandé, afin d'éviter que le titre de désignation du tuteur testamentaire ne soit contesté. En effet, la désignation du tuteur testamentaire par testament olographe a pour effet que le tuteur ainsi désigné ne pourra agir aussi longtemps que l'écriture ou la signature du testament olographe seront contestés. Le testament olographe n'est revêtu que de la force probante des écrits sous seing privé et le désaveu de l'écriture ou de la signature a pour effet qu'il ne peut être exécuté tant que l'écriture ou la signature n'ont pas été reconnus en droit (art. 1323 et 1324 C. civ.).'⁴⁵

43. Comp. C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, 1992-93, 276.

44. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. VIII, Bruxelles, 1947, 916, n° 802 et 948, n° 826; J. SACE, *Rép. Not.*, T. III, v° 'Les testaments (fond)', Bruxelles, 1990, 59, n° 1, 71, n° 12, et 263, n° 325; J. MATTHIJS, 'Uit de praktijk. Over de geldigheid van het testament dat alleen extrapatrimoniale beschikkingen bevat', *T. Not.*, 1963, 177; C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 277.

45. C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 277, cit. e.a.: A. CORNET, *Les mineurs et les aliénés*, Frameries, 1949, 178, n° 326; H. DE PAGE, *o.c.*, 4ème éd., (J.-P. MASSON), Bruxelles, 1990, 1183, n° 1265, et 1186, note 1; A. SCHICKS et A. VANISTERBEEK, *Traité formulaire de la pratique notariale*, T. II, Bruxelles, 1925, 277, n° 79.

Puisque le choix du type de testament ne fait guère de doute, encore faut-il pouvoir disposer d'une bonne formule. A cette fin, l'on pourra très utilement s'inspirer de l'exemple proposé par J.-F. TAYMANS:

'Pour le cas où mon épouse X viendrait à décéder avant moi, j'institue tuteur (tutrice) de mes enfants mineurs Y. S'il invoquait une cause de dispense prévue par la loi, comme en cas d'exclusion ou d'incapacité, j'institue en son lieu et place tuteur (tutrice) Z.'⁴⁶

La déclaration faite devant notaire est la seconde possibilité 'notariale' d'instituer un tuteur testamentaire (rappelons qu'une telle déclaration est également possible devant le juge de paix).

Cette dernière forme est propre à la matière, car il s'agit toujours, dans le fond, d'un acte de dernière volonté, destiné à ne sortir ses effets qu'après la mort de son auteur.

Assez curieusement, cet acte, qui doit être reçu en la forme authentique, conformément au prescrit de la loi de Ventôse, ne requiert pas la présence de témoins instrumentaires. Le notaire peut donc le recevoir seul. Il s'agira cependant de se montrer prudent en n'élargissant pas le contenu et la portée de cet acte 'spécial': il ne peut en effet pas être question d'y insérer d'autres dispositions que celles concernant la désignation du tuteur testamentaire (par exemple des dispositions concernant la succession du comparant, voire même les modalités de son enterrement).⁴⁷ La déclaration faite devant notaire ne comportera donc que la désignation du tuteur testamentaire, rien de plus.

Les seules formules d'acte qui nous soient connues commencent à dater. Parmi celles-ci, nous avons relevé la suivante, due à la plume de MATON:

'DÉCLARATION DEVANT NOTAIRE

L'an ...

Par devant nous ..., notaire résidant à ...,

A comparu:

M. François Marchand, propriétaire, demeurant à ...

Lequel, usant du droit accordé au survivant des père et mère par l'article 397 du Code civil, nous a déclaré déférer la tutelle de ses enfants mineurs, Ernest, Eugénie et Henri Marchand, ou de ceux qui seront encore mineurs à son décès: A son frère, M. Ludovic Marchand, meunier, demeurant à ..., qu'il choisit et nomme pour tuteur, avec prière de vouloir bien accepter la charge et de la remplir comme le comparant l'a fait lui-même.

46. J.-F. TAYMANS, *o.c.*, *Rép. Not.*, T. III, L. 8 (2^{ème} partie), n° 97.

47. C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 278.

Dont acte...⁴⁸

A l'instar de J.-F. TAYMANS, nous pensons qu'il serait souhaitable de compléter cette formule par la phrase suivante:

'S'il invoquait une cause de dispense prévue par la loi, comme en cas d'exclusion ou d'incapacité, j'institue en ses lieu et place tuteur (tutrice) Z.'

SECTION 5. QUELQUES PARTICULARITÉS DE LA TUTELLE TESTAMENTAIRE

Pour clore ce chapitre, nous nous en voudrions de ne pas signaler que, s'agissant d'une disposition de dernières volontés, la désignation d'un tuteur testamentaire par testament ou par déclaration faite devant notaire doit faire l'objet d'une inscription au Registre Central des Testaments (C.R.T.).

La nomination du tuteur testamentaire par testament ou par déclaration faite devant notaire est, comme tout acte de dernière volonté, révocable.⁴⁹

La révocation du choix du tuteur testamentaire peut être faite dans l'une des formes prescrites par l'article 398 du Code civil, c'est-à-dire par testament authentique ou olographe, ou par déclaration faite devant notaire, quelle que soit la forme sous laquelle sa désignation avait été réalisée.⁵⁰

Il n'est pas sans intérêt non plus de savoir que la faculté de désigner un tuteur testamentaire n'appartient pas aux parents ayant adopté un enfant dans le cadre d'une procédure d'adoption simple, alors que cette désignation est permise dans le cadre d'une adoption plénière.⁵¹ Même, si l'on peut certainement la regretter, cette distinction, souvent méconnue, entre adoption simple et adoption plénière mérite d'être soulignée.

Notons également, pour autant que de besoin, qu'il n'est actuellement pas possible de désigner un subrogé tuteur testamentaire. La désignation de celui-ci est en effet une prérogative exclusive du conseil de famille (art. 420 C. civ.).⁵²

48. A. MATON, *Dictionnaire de la pratique notariale belge*, T. V, Bruxelles, 1885, 717, n° 13; voy. également: SCHICKS et VANISTERBEEK, *Traité-formulaire de la pratique notariale*, T. II, Bruxelles-Louvain, 1925, 277, n° 79.

49. H. DE PAGE, *o.c.*, T. II, 4ème éd., J.-P. MASSON, Bruxelles, 1990, 1184, n°1266. Cette révocabilité existe évidemment pour toute forme de désignation de tuteur testamentaire et se justifie également par l'intérêt de l'enfant; si le parent survivant perd sa confiance dans le tuteur testamentaire désigné par lui, il est indispensable qu'il puisse revenir sur son choix et désigner une autre personne (X., 'Tuteur testamentaire. Nomination par déclaration devant notaire. Révocation', *Ann. Not.*, 1923, 224-225).

50. C. DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 285-286.

51. J.-F. TAYMANS, *o.c.*, *Rép. Not.*, T. III, L. 8 (2ème partie), 113, n° 97; DE BUSSCHERE, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 283; *R.P.D.B.*, Compl. V, v° *Filiation adoptive*, n° 371.

52. A. MATON, *o.c.*, T. V, Bruxelles, 1885, v° *Subrogé-tuteur*, 471, n° 2, et v° *Tutelle*, 725, n° 48; A. SCHICKS et A. VANISTERBEEK, *o.c.*, T II, Bruxelles-Louvain, 1925, 287, n° 84.

SECTION 6. VERS UNE RÉFORME DE LA TUTELLE TESTAMENTAIRE

Signalons enfin qu'un avant-projet de réforme de la tutelle est actuellement déposé sur la table du Conseil d'Etat, section Législation. Impossible, à l'heure actuelle, de déterminer le moment où il se concrétisera. Toujours est-il qu'au stade actuel, sous réserve de l'évolution du texte lors des travaux parlementaires, le principe de la tutelle testamentaire est conservé, et même assoupli et amélioré, preuve sans doute que le législateur n'est pas resté indifférent au regain d'intérêt que connaît actuellement cette institution; élément fondamental, la tutelle testamentaire perdrait son caractère obligatoire dans le chef de la personne désignée, ce dont l'on ne peut que se réjouir.

Chapitre III. Régimes matrimoniaux

SECTION 1. EN QUOI L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ PERMET AU NOTAIRE DE PRÉVENIR LES CONFLITS

S'il est bien un domaine où le notariat peut jouer un rôle de prévention, c'est celui des contrats de mariage.

En effet, le législateur s'est 'contenté', pour cerner la matière des Régimes matrimoniaux, de définir le régime légal de communauté (art. 1398 à 1465 C. civ.), et le régime de séparation de biens (art. 1466 à 1474 C. civ.), laissant la part belle à l'autonomie de la volonté dans les contrats de mariages à ceux qui souhaiteraient s'écarter de ces deux régimes de base.

Cette autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux trouve sa place et doit être défendue pour autant qu'elle ne mène pas à des résultats déraisonnables et inéquitables. Il s'agit là d'un rôle préventif essentiel confié au notaire. En veillant à établir des contrats de mariage équilibrés, il peut fixer les limites légales et juridiques de l'autonomie de la volonté.

Le notaire est la personne tout indiquée pour d'une part, maximaliser les avantages que l'autonomie de la volonté peut procurer dans la matière des régimes matrimoniaux, et d'autre part, minimaliser les inconvénients que cette liberté peut provoquer. De cette manière, le notariat peut être source d'épanouissement et, en même temps, être le garant de l'autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux.⁵³

53. A. VERBEKE, 'Contractvrijheid in het huwelijksvermogensrecht. Opdracht voor een waakzaam notariaat', in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Story-Scientia, 350.

Pour jouer pleinement son rôle préventif, le notaire se doit de faire preuve de dynamisme et de créativité. Il ne peut se contenter d'utiliser sans discernement des formules 'standard'. Il se doit en effet de rédiger des contrats qui collent au plus près à la situation concrète, à la réalité du terrain, aux souhaits et aux besoins du couple qui le consulte. De cette manière seulement, l'autonomie de la volonté peut trouver à s'exprimer au mieux dans un contrat solide, équilibré et sur mesure pour les parties.⁵⁴

A. VERBEKE exprime parfaitement cette idée lorsqu'il écrit (traduction libre) que 'le notaire doit se montrer critique et prévoyant lors de la rédaction d'un contrat de mariage. Il va attirer l'attention des parties sur les jours moins roses qu'elles risquent de connaître, et mettre en exergue la nécessité d'établir un règlement patrimonial qui puisse déboucher, dans toutes les circonstances (prévisibles), sur une solution raisonnable et équitable.'⁵⁵ Ainsi, grâce au notaire avisé et prudent, l'utilisation bien canalisée de l'autonomie de la volonté permettra de prévenir et d'anticiper bon nombre de conflits à l'heure où le régime devra être liquidé.

Les exemples illustrant le constat qui précède foisonnent. Il est d'ailleurs frappant de constater à quel point la doctrine a suscité ou – à tout le moins – activé le dynamisme et la créativité du notariat en critiquant et remettant en question les solutions traditionnelles 'prêtes à l'emploi', en proposant des solutions alternatives susceptibles de pallier les défauts et inconvénients de celles-ci, et en améliorant sans cesse les formules ou exemples proposés aux praticiens.

Afin de ne pas nous dissiper, nous nous contenterons d'épingler un domaine typique de cette évolution où le notariat se doit de faire preuve de créativité et de souplesse pour jouer pleinement le rôle préventif que l'on attend de lui: le contrat de séparation de biens pure et simple.

SECTION 2. EXEMPLE CONCRET D'APPLICATION: LE RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS PURE ET SIMPLE

I. En quoi le régime de la séparation de biens pure et simple peut être générateur de conflits

Il est bien connu que le contrat de mariage de séparation de biens pure et simple peut produire des effets désavantageux et inéquitables pour l'époux n'exerçant pas d'activité professionnelle ou ayant une activité professionnelle réduite.

54. A. VERBEKE, *o.c.*, 350-351, n° 40.

55. A. VERBEKE, *ibid.*

Le caractère 'inique' de ce type de contrat a été souligné à de nombreuses reprises par la doctrine⁵⁶, un auteur allant même jusqu'à plaider pour une 'chaude exclusion' du contrat de séparation de biens pure et simple, qualifiant ce régime d' 'indésirable', voire d' 'inhumain' (sic).⁵⁷

Même si nous n'adhérons pas à cette vision 'méphistophélique' du régime de la séparation de biens, force est de constater que les notaires (et nous en faisons partie, avouons le humblement) se contentent trop souvent de mettre leurs clients sur la voie de ce régime sans suffisamment se soucier de ses effets pervers éventuels, générateurs de futurs conflits entre les époux.

Il serait certainement préférable que le notaire informe de manière complète ses clients sur les avantages et inconvénients du contrat de séparation de biens et qu'il ne tombe pas dans le piège de la facilité en se ruant sur le contrat 'standard' dont il dispose dans sa banque de données.

II. Les propositions concrètes formulées par le notaire pour prévenir ces conflits

Loin de nous l'idée de rejeter 'ex abrupto' ce régime qui a fait ses preuves et présente d'énormes avantages (outre les avantages juridiques bien connus, dont la protection vis-à-vis des créanciers, signalons – et cela n'est pas négligeable – sa facile compréhension par les clients), mais nous sommes conscients qu'un effort devrait être accompli, de manière générale, pour 'personnaliser' ces contrats et faire en sorte qu'ils soient moins porteurs de conflits latents, dont on ne découvrira bien souvent la portée qu'au moment de la liquidation du régime.

Il est vrai que le conjoint économiquement faible ne peut trouver dans ce régime aucun mécanisme correcteur automatique lui permettant, en cas de dissolution du mariage, de participer à l'enrichissement éventuel du conjoint producteur des revenus.

Dès lors, il est du ressort du notaire de prévenir une situation de déséquilibre en proposant à ses clients d'aménager le régime de séparation de biens au moyen de mécanismes insérés dans leur contrat de mariage. En d'autres termes, il s'agira pour le notaire de prendre la mesure des spécificités de la situation des futurs époux et des possibles futurs conflits, pour leur proposer, si possible, un contrat 'sur mesure'.

56. PH. DE PAGE, 'La problématique de la séparation de biens dans la théorie et dans la pratique', in *Les contrats de mariage*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, 1996, Academia/Bruylant, p. 29, cit. H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, T. X, n° 1340, qui parle du caractère négatif ou égoïste de la séparation de biens.

57. A. VERBEKE, 'Het huwelijkscontract van scheiding van goederen. Pleidooi voor een "warme uitsluiting"', in *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 81-191 (ci-après cité: A. VERBEKE, 'Warme uitsluiting').

L'effort n'est pas incommensurable. Depuis bon nombre d'années, en effet, la doctrine s'est penchée sur le régime de la séparation de biens pure et simple, et a proposé plusieurs 'remèdes' destinés à édulcorer, voire éradiquer, les effets pervers (à savoir, une possible situation déséquilibrée entre les patrimoines des deux époux) de celui-ci.

Mais la frilosité ambiante, le manque de dynamisme, le faible intérêt pour la remise en question des dogmes, ont jusqu'à présent freiné les notaires dans la voie d'une meilleure utilisation de l'autonomie de la volonté dans le cadre du régime de la séparation de biens.

Nous nous contenterons ici d'énumérer quelques-unes des propositions doctrinales susceptibles de fonder cette réflexion, et de renvoyer les lecteurs intéressés aux ouvrages qui y sont consacrés, le but de la présente contribution n'étant pas d'en faire une description précise, mais d'attirer l'attention des notaires sur le fait que de multiples possibilités de clauses existent, pour une meilleure prévention des conflits dans le cadre du régime de la séparation de biens.

Pour la clarté de l'exposé, nous appellerons 'mécanismes correcteurs' les clauses proposées pour améliorer le régime de la séparation de biens pure et simple. Nous retiendrons la classification suggérée par A. VERBEKE, qui distingue les mécanismes correcteurs 'externes' et les mécanismes correcteurs 'internes'.⁵⁸

A. MÉCANISMES CORRECTEURS EXTERNES

Les époux peuvent, sur conseil de leur notaire, apporter certaines solutions à la problématique du possible déséquilibre des patrimoines entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens, en utilisant certains 'mécanismes correcteurs externes'.⁵⁹ Ainsi, ils peuvent modifier le lot de biens déterminés, en faisant en sorte que ces biens appartiennent non pas à l'un des époux (le producteur des revenus) mais aux deux époux en indivision ou en faisant glisser le droit de propriété sur certains biens de l'un (l'époux professionnellement actif) à l'autre (l'époux professionnellement inactif ou peu actif), le but étant, dans les deux cas de mettre en place ou de protéger un droit de participation au profit de l'époux 'pauvre' dans l'enrichissement du ménage en rendant celui-ci propriétaire d'un bien financé en tout ou en partie par l'autre conjoint.

58. Nous reprenons ici la distinction faite par A. VERBEKE qui examine ces mécanismes dans les détails dans: 'Warme uitsluiting', 82-191.

59. A. VERBEKE, 'Civiel- en fiscaalrechtelijke bedenkingen bij het finaal verrekeningsbeding en het alsof-beding in het huwelijkscontract van scheiding van goederen', in *Liber Amicorum Roger DILLEMANS*, Story-Scientia, p. 432. (cité ci-après: A. VERBEKE, 'Civiel- en fiscaal rechtelijke bedenkingen').

Le concept de la séparation de biens ne s'en trouve pas rompu pour autant, ni dans les relations à l'égard des tiers, ni dans les relations entre époux. Il s'agit donc toujours bien d'un régime de séparation de biens, et l'on se contente de modifier le statut patrimonial de certains biens, dans lesquels chacun des époux 'participe' de manière à compenser en tout ou en partie les éventuelles inégalités entre eux.⁶⁰ Mais, cette solution fonctionne de manière externe, de telle sorte que les objectifs d'administration autonome et de protection à l'égard des créanciers, qui sont le fondement du choix du régime de séparation de biens, sont sacrifiés, tout au moins en ce qui concerne ces biens dont le statut patrimonial se trouve modifié.

Les exemples de tels mécanismes correcteurs externes sont multiples, de nombreux auteurs ayant apporté leur pierre à l'édifice. Nous nous contenterons ici d'en mentionner quelques-uns:

* *Les présomptions de propriété*

Même si les présomptions de propriété remplissent avant toute chose un rôle au niveau des problèmes de preuve, elles peuvent également s'avérer utiles dans la correction des inégalités générées par le régime de la séparation de biens. Il s'agira donc d'accorder le plus grand soin aux clauses les organisant. En gros, l'on distinguera deux types de présomptions:

- les présomptions qui tendent à établir que certains biens appartiennent à un seul des époux;
- les présomptions d'indivision.⁶¹

* *Régime de séparation de biens avec adjonction d'une masse*

Les époux peuvent convenir d'adjoindre une 'masse' à leur régime de séparation de biens pure et simple. Cette masse comprendra des biens d'une certaine catégorie. Cette masse comprendra par exemple les biens acquis au nom des deux époux, ou les acquêts, à savoir les économies restant aux époux après avoir affecté leurs revenus aux charges du mariage ou les économies qui leur restent après avoir affecté leurs revenus aux charges du mariage et à d'autres dépenses.⁶²

60. A. VERBEKE, *Civiel- en fiscaalrechtelijke bedenkingen*, p. 438.

61. Pour des modèles de clauses de présomption, voy.: A. VERBEKE, 'Warme Uitsluiting', 112-119; J.-L. SNYERS, *Scheiding van goederen met onverdeeldmaking van de besparingen*, Antwerpen, 1995, 102.

62. L. RAUCENT, 'Pratique notariale. Régimes matrimoniaux. Séparation de biens avec société d'acquêts', *Rev. not. b.*, 1989, 269; H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux*, V/2, 18.

Le terme 'masse' est volontairement générique: certains parleront d'une société, d'autres d'une communauté, d'autres enfin d'une indivision. A l'instar de A. VERBEKE⁶³, nous insisterons sur la précision de la terminologie utilisée par le notaire lors de la rédaction du contrat de mariage, lequel se devra de ne pas entretenir la confusion en employant indifféremment un terme pour l'autre (indivision et communauté recouvrent une signification toute différente!).

En toute hypothèse, le notaire veillera également à mettre en exergue que le régime de base adopté par les époux est le régime de la séparation de biens, la masse adjointe ne constituant qu'un accessoire à ce régime.

Pour ne citer que les exemples principaux (et toujours d'actualité) des régimes de séparation de biens avec adjonction d'une masse, nous signalerons le régime de séparation de biens avec société limitée à un seul bien⁶⁴, où il est impératif que la société soit organisée comme une universalité, et le régime de la séparation de biens avec adjonction d'une indivision ordinaire.⁶⁵

B. MÉCANISMES CORRECTEURS INTERNES

On joue ici dans un tout autre registre: il ne s'agit plus de modifier le statut patrimonial des biens comme on l'a vu précédemment, par la création d'une masse adjointe. Non, avec les mécanismes correcteurs internes, la séparation de biens reste immuable, tout au moins à l'égard des tiers. La correction relève du droit des obligations, et ne fonctionne qu'à l'intérieur du régime de séparation, entre les époux, par le biais d'un mécanisme de droit de créance: à la dissolution du régime, le moins riche des époux détient une créance contre l'autre, à concurrence de la différence existant entre leurs patrimoines respectifs constitués à titre onéreux durant le mariage.

Les avantages de la séparation de biens (principalement la protection vis-à-vis des tiers) sont préservés, mais les époux organisent un juste rééquilibrage de leurs patrimoines.

Ce régime a séduit et séduit toujours bien des juristes car il semble allier les qualités que l'on retrouve dans le régime de la séparation de biens pure et

63. A. VERBEKE, 'Warme uitsluiting', 120.

64. B. CARTUYVELS, 'Société (communauté) limitée à un seul bien: proposition de formule', in *Liber Amicorum Léon Raucant*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 1992, 103-115; H. CASMAN, 'Gemeenschap beperkt tot een goed', in *Liber Amicorum Bouttiau-Demblon*, 29, e.s., Voir également: M. GREGOIRE, in *Rép. Not.*, T. V, v° *Régimes matrimoniaux - 2ème partie (La Réforme de 1976)*, p. 121, n° 144.

65. A. VERBEKE, 'Warme uitsluiting', 127-135. Voir également: J.-L. SNYERS, 'Scheiding van goederen met onverdeeldmaking van de besparingen', in *Evolutie van de huwelijkscontracten*, Antwerpen. Kluwer, 1995, 195-208.

simple (la protection vis-à-vis des tiers) et de la communauté (l'équilibre entre les époux).

Assez bizarrement, il semble toujours rebuter bon nombre de praticiens qui le considèrent un peu comme le monstre du Lochness...

Pourtant, il ne peut être reproché à la doctrine d'avoir ménagé ses efforts pour exposer le sujet de manière approfondie et avec de multiples nuances⁶⁶: le régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts, puisque c'est de lui qu'il s'agit, ne fait pas encore recette.⁶⁷

Sans doute est-ce la mauvaise connaissance du régime qui empêche de vaincre les réticences; pourtant, voilà bien un instrument mis à la disposition de la pratique notariale qui pourrait s'avérer bien utile dans la prévention des conflits...

SECTION 3. EN GUISE DE CONCLUSION

En cette matière des régimes matrimoniaux, l'autonomie de la volonté qui, comme nous avons tenté de le démontrer, occupe encore une large place, offre au notariat la possibilité d'administrer la preuve, par sa créativité et son dynamisme, qu'il peut jouer pleinement son rôle préventif et conciliateur.

Et comme l'exprime si bien A. VERBEKE, 'sans un notariat aux aguets, le risque de contrats déséquilibrés ou de conventions dans lesquelles il n'est tenu aucun compte des conséquences possibles d'une dégradation des relations entre les époux, est réel. Cela pourrait conduire le législateur ou le juge à être forcé d'intervenir de manière drastique, au détriment de la liberté contractuelle.' (traduction libre).⁶⁸

Ce dont le notariat ne veut à aucun prix.

66. M. GREGOIRE, in *Rép. Not.*, T. V, o.c., pp. 123-127, n° 146 à 148; PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, 'La participation aux acquêts', in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1991, pp. 221-257; A. VERBEKE, 'Civiel- en fiscaalrechtelijke bedenkingen', 431-463; D. CLAEYS et PH. DE PAGE, 'Régime de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts', *Rev. not. b.*, 1992, pp. 234, e.s.; F. BOUCKAERT, 'Wisseloplossingen voor de scheiding van goederen: verdelings- en verrekeningsbedingen of deel-genootschap', *T. Not.*, 1990, pp. 343 e.s.; I. DE STEFANI, 'La séparation de biens avec créance de participation aux acquêts', in *Les contrats de mariage*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1996, pp. 81 e.s.; v. également, à titre de variante: E. BEGUIN, 'La séparation de biens avec partage annuel des économies', in *Les contrats de mariage*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1996, pp. 71, e.s.

67. Dès 1981, M. GREGOIRE parle d'une formule d'avenir 'qui se répandra rapidement dans la pratique' (in *Rép. Not.*, T. V, o.c., 123-127, n° 146 à 148). Jusqu'à présent, cet espoir n'a hélas pas encore été rencontré.

68. A. VERBEKE, 'Contractvrijheid in het huwelijksvermogensrecht. Opdracht voor een waakzaam notariaat', in *Liber Amicorum Prof. Dr. G. BAETEMAN*, Story-Scientia, p. 354.

TITRE II. LES ÉPOUX ET LES ASSURANCES-VIE: EN PARTICULIER LES ASSURANCES DU SOLDE RESTANT DÛ

Introduction

Le présent exposé commencera par *des considérations préliminaires*, destinées à montrer combien cette matière illustre bien le sujet du Congrès d'Anvers.

Il sera suivi d'un bref rappel du *droit positif d'application* en la matière.

Afin de rendre leur approche moins aride, les deux chapitres suivants seront articulés sur des exemples commentés, permettant l'examen de situations l'une *lors du décès d'un des deux époux* et l'autre *lors du décès d'un ex-époux, pendant ou après le divorce*.

Il sera proposé enfin *quelques pistes pour le praticien*, ainsi que des modèles de clause.

Chapitre 1. Considérations préliminaires

Les problèmes liés aux rapports des assurances-vie avec les régimes matrimoniaux et le divorce sont complexes: ils sont à l'intersection entre une matière en pleine évolution (les assurances) et des branches plus classiques du droit (régimes matrimoniaux et divorce).

On le verra, ces branches du droit sont parfois difficilement compatibles.

Ces problèmes révèlent *les deux moments d'intervention* du notaire: avant le conflit et pendant le conflit.

a. Avant que les difficultés humaines et juridiques n'émergent, le notaire devra informer ses clients et les aider à prévoir des effets juridiques, parfois non voulus. C'est la prévention du conflit.

b. Lorsque le conflit sera déclaré, il y aura lieu d'aider les parties à s'entendre, tout en appliquant la loi avec le plus de rigueur possible. C'est le règlement du conflit.

On verra aussi se révéler *les deux types de conflits* auxquels le notaire sera confronté:

a. Ceux qu'il connaît bien, entre des personnes qui sont en litige (ex-époux, veuf et héritiers du défunt) et

b. ceux qui naissent de l'inadéquation (ou de la carence) des textes de loi, qui ne suffisent pas à faire de l'espace d'intersection entre différentes branches du droit un tout cohérent.

Le législateur a consacré une grosse dizaine d'articles visant directement le sujet ... C'est peu.

On a le sentiment que le législateur n'a pas essayé d'adapter le droit des assurances aux spécificités du droit patrimonial familial.⁶⁹

En réalité, il semble qu'en 1992, le législateur n'a envisagé que *le point de vue de l'assureur*. Plus généralement, on s'aperçoit aussi que les questions de droit patrimonial n'étaient pas sa priorité. Il suffit de lire les Travaux Préparatoires pour s'en convaincre: les avant-projets de textes ont été acceptés tels quels, sans être discutés.⁷⁰ Constatons notamment qu'il n'a pas été question de l'abrogation implicite de l'art. 1400 al. 7 du Code civil (cf. *infra*).

Notre dessein n'est pas de critiquer globalement la législation de 1992, qui a apporté de nombreuses clarifications. Nous voulons simplement faire remarquer que le droit patrimonial de la famille y est le 'parent pauvre'.

Dans le domaine envisagé, les questions auxquelles il est clairement répondu sont effectivement celles de l'assureur: qui est l'interlocuteur, à qui faut-il payer, etc.? Nous voyons nettement cette orientation dans plusieurs articles de la loi: notamment, en ce qui concerne notre sujet, dans le maintien du bénéfice de l'assurance au profit du conjoint désigné pendant l'instance en divorce pour cause déterminée (art. 130 de la loi), dans les règles très précises d'opposabilité à l'assureur en matière de divorce par consentement mutuel (art. 132 à 134 de la loi), etc. Il y a vraiment peu de risques que l'assureur se trompe de bénéficiaire!

Par contre, cela correspond-il bien à ce que désire le preneur, ses droits sont-ils bien pris en compte? On peut en douter et c'est d'autant plus étonnant que la tendance actuelle de notre législateur est de protéger le consommateur ...

Plus fondamentalement, on a aussi le sentiment qu'une matière en plein développement (l'assurance) a pris son essor sans cohabiter de manière homogène avec des matières plus classiques, ce qui a pour effet de curieuses distorsions.

E. VIEUJEAN a écrit à ce propos: '*Au vrai, les articles 127 et 128 (n.d.l.r. de la loi du 25 juin 1992 – cf. infra) sont comme égarés dans la loi sur le*

69. Comp. H. CASMAN, 'Enkele suggesties voor het opstellen van huwelijkscontracten met keuze voor een gemeenschapsstelsel', in *De Evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 38.

70. V. 'La Nouvelle Loi sur le Contrat d'assurance terrestre – Travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1992 et de la loi modificative du 16 mars 1994', *Lois actuelles*, Kluwer Editions Juridiques Belgique.

*contrat d'assurance. Substantiellement, ils appartiennent aux régimes matrimoniaux et ils auraient dû prendre place parmi les dispositions du Code civil relatives à l'actif et aux récompenses de la communauté.*⁷¹

On verra aussi que parfois, la zone d'intersection évoquée ne sera pas entre deux branches du droit, mais entre trois branches du droit: régimes matrimoniaux, assurances et droit fiscal ...

Nous avons enfin constaté que les praticiens connaissent généralement peu les quelques règles qui régissent la matière, qu'ils n'appliquent d'ailleurs pas tous les jours et qu'à ce titre, il est aussi intéressant d'essayer de les synthétiser.

Chapitre 2. Droit positif – articles applicables et commentaires

Le siège de la matière se trouve principalement aux articles 1400 alinéa 7 du Code civil, ainsi que 127 à 128, 129 à 131, 132 à 134 et 135 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992.

Il faut y ajouter les articles 106, 108, 110, 112, 116, 117 et 119 de la même loi.

On se limitera à l'aspect civil du problème: il ne sera pas question de fiscalité, du moins pas directement. On ne se penchera donc pas, par exemple, sur l'article 8 du Code des droits de succession.

1. L'article 1400 alinéa 7 du Code civil prévoit que *sont propres*, sauf récompense, les droits résultant d'une assurance de personnes souscrite par un époux commun en biens, à *son propre profit*, sur la tête de son conjoint. Il s'agit donc

71. E. VIEUJEAN, 'L'assurance sur la vie et communauté', in *Les Contrats entre époux*, Conseil Régional Francophone de la Fédération Royale des Notaires de Belgique, Academia, Bruylant, 1995, 354.

Cette distorsion n'est pas nouvelle: avant même la nouvelle loi de 1992, la distinction entre l'aspect 'assurance' et l'aspect 'patrimonial' nécessitait déjà de long développements: Madame CASMAN écrit à ce propos: '*Le droit des régimes matrimoniaux se heurte souvent à des concepts différents d'autres branches du droit, et de tels conflits font chaque fois naître des controverses, dont les solutions peuvent varier selon qu'on tend à accorder la préférence aux principes de droit matrimonial plutôt qu'à ceux d'une autre discipline. Ainsi sont nés les problèmes les plus complexes du droit des régimes matrimoniaux: aux lieux de rencontre avec le droit des sociétés, avec le droit des obligations, le droit fiscal, le droit de la preuve, le droit judiciaire, le droit de la faillite, etc.*' (H. CASMAN, 'La distinction entre la titularité du contrat d'assurance-vie et la valeur patrimoniale de celui-ci, et ses conséquences dans les rapports entre époux communs en biens', in *Droit notarial de l'assurance-vie – Aspects patrimoniaux – Aspects fiscaux*, Collection Patrimoine vol. VIII, Academia, Bruylant, 1989, pp. 299 et 300. V. également: H. CASMAN, o.c., in *De Evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 43.

du cas où un époux commun en biens a contracté une assurance, dont il est preneur et bénéficiaire, sur la tête de son conjoint.

Cet article a été largement complété et modifié par la loi de 1992, si bien que l'on peut affirmer qu'il est aujourd'hui obsolète, étant remplacé par les articles 127 et 128 de la loi de 1992.⁷²

2. Les articles 127 et 128 de la loi du 25 juin 1992 prévoient ce qui suit:

- est *propre* le bénéfice⁷³ résultant d'une assurance-vie souscrite par un époux commun en biens, *au profit de son conjoint ou à son propre profit* (art. 127).
- il n'est *pas dû de récompense* si les primes payées par le patrimoine commun n'ont pas été manifestement exagérées par rapport aux facultés du patrimoine commun (art. 128)⁷⁴.

3. Les articles 129 à 131 de la loi du 25 juin 1992 prévoient le sort des assurances-vie lors d'une procédure de divorce pour cause déterminée:

- durant l'instance, le preneur d'assurance garde l'exercice de ses droits (gestion, détermination du bénéficiaire, etc., du moins tant que ce dernier n'a pas accepté le bénéfice d'assurance, cf. *infra*); ce, sauf application des art. 1280 du Code judiciaire (mesures provisoires prises par le président du tribunal de première instance) ou 1283 du Code judiciaire (annulation d'obligations prises à charge du patrimoine commun en fraude des droits du conjoint);
- durant l'instance, le conjoint désigné (et maintenu) bénéficiaire de l'assurance garde le bénéfice des prestations d'assurance, sauf application des articles 1280 et 1283 du Code judiciaire;

72. E. VIEUJEAN, *o.c.*, p. 353 et 'L'assurance sur la vie entre époux communs en biens' in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Droit des Assurances*, Academia, Bruylant, 1993, p. 349, qui parle d' 'abrogation tacite'; comp.: F. BUYSENS et Y.H. LELEUX, 'De levensverzekering tussen echtgenoten', *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, (W. PINTENS et F. BUYSENS ed.), 1993, n° 141.

73. Sur la définition de bénéfice: voir E. VIEUJEAN, *o.c.* 1995, p. 355: '*... le bénéfice est la prestation due par l'assureur au terme normal du contrat*'.

74. Sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par 'primes manifestement exagérées' cf. VIEUJEAN, *o.c.*, 1995, p. 359: '*Il y a exagération, nous semble-t-il, quand le preneur et bénéficiaire a, compte tenu des ressources du couple, pris dans l'avoir commun plus que ce qu'il était raisonnable de dépenser pour se ménager des conditions matérielles décentes dans la vieillesse ou le veuvage.*' Il ajoute: '*... la déraison manifeste est, par définition, celle qui saute aux yeux*'.

Il semble clair que le droit à récompense sera l'exception et, qui plus est, l'exception à prouver par l'intéressé. Il sera vraisemblablement très rare de rencontrer, en matière d'assurance, 'la déraison manifeste', pour la raison que l'assurance est habituellement prévoyance dans l'esprit des gens, et que la prévoyance ressortit à ce qui est le plus raisonnable.

– après la transcription du divorce, le conjoint divorcé désigné comme bénéficiaire conserve le bénéfice de l'assurance, sauf si le divorce est prononcé à ses torts (application de l'art. 299 Civ.)⁷⁵.

4. Les articles 132 à 134 de la loi du 25 juin 1992 prévoient le sort des assurances-vie au cours d'une procédure de divorce par consentement mutuel:

- en cours de procédure, le preneur d'assurance garde l'exercice de ses droits à moins que dans le règlement transactionnel, il en soit décidé autrement; dans ce dernier cas, le règlement transactionnel n'est opposable à l'assureur que si le contenu de ce dernier lui a été notifié;
- en cours de procédure, le conjoint désigné bénéficiaire de l'assurance garde le bénéfice des prestations d'assurance, sauf s'il en est décidé autrement dans le règlement transactionnel; dans ce dernier cas, la règle d'opposabilité à l'assureur est la même que celle ci-dessus;
- après la transcription du divorce, le conjoint divorcé désigné comme bénéficiaire conserve le bénéfice de l'assurance, sauf si le règlement transactionnel en décide autrement; la règle d'opposabilité à l'assureur est la même que celle ci-dessus.

5. L'article 135 de la loi du 25 juin 1992 prévoit les mêmes règles pour la séparation de corps que pour le divorce.

6. Les articles 106, 108, 110, 112, 114, 116, 117 et 119 de la même loi prévoient:

- l'exclusivité pour le preneur, même marié, quant à la désignation du bénéficiaire (art. 106);
- en cas de remariage du preneur, maintien du droit de l'ex-conjoint bénéficiaire s'il est nommément désigné, sauf stipulation contraire ou application de l'art. 299 Civ. (art. 108);
- lorsque le conjoint n'a pas été nommément désigné, mais que la police indique 'le conjoint' ou l' 'époux' comme bénéficiaire, il s'agira de l'époux au moment de l'exigibilité des prestations (art. 108);
- lorsque la police indique comme bénéficiaires 'Le conjoint et les enfants', même en les nommant, mais sans assigner de parts ou d'ordre de préférence, le bénéfice de l'assurance se partagera par moitiés entre le conjoint et les enfants (art. 110);

75. VIEUJEAN, *o.c.* 1993, p. 357; *ibid. o.c.*, 1995, p. 372; précisons que l'art. 299 C.Civ. est aussi d'application lorsque le divorce est prononcé à torts partagés (cf. *infra*).

- exclusivité pour le preneur, même marié, de révoquer l'attribution bénéficiaire, sauf en cas d'acceptation par le bénéficiaire (art. 112); on y ajoutera l'article 1121 du Code civil, dont l'art. 112 de la loi de 1992 est l'émanation⁷⁶.
- droits au rachat et à la réduction de la police exclusifs au preneur, même marié, sauf en cas d'acceptation du bénéficiaire (art. 114 de la loi); idem pour l'avance sur police (art. 116 de la loi); idem pour la mise en gage du contrat d'assurance (art. 117 de la loi); idem pour la cession de créance résultant de la police (art. 119 de loi).

Chapitre 3. Statut de l'assurance du solde restant dû au moment du décès d'un des époux

SECTION 1. CAS PRATIQUES

I. Préliminaire: le mode de désignation usuel du bénéficiaire dans les assurances du solde restant dû

Nous avons choisi pour base de travail le mode de désignation de bénéficiaire qui est le plus courant, c'est-à-dire comprenant comme premier bénéficiaire l'époux⁷⁷ et la 'mise en gage' du bénéfice de l'assurance au profit du créancier hypothécaire.⁷⁸

Son texte est ordinairement le suivant:

'Bénéficiaire: Le conjoint de l'assuré, à défaut les enfants de l'assuré, nés ou à naître.

76. – E. VIEUJEAN, *o.c.*, 1995, p. 365 ;

– sur la forme de l'acceptation du bénéficiaire: art. 123 de la loi de 1992, ainsi que les commentaires de Vieujean sur cette question, *o.c.*, 1995, p. 366;

– voyez aussi l'art. 1096 Civ., si l'assurance était constitutive de libéralité: *ibid.*, p. 366.

77. Pour être bien entendu transféré immédiatement à l'organisme de crédit pour le remboursement, mais après avoir transité dans le patrimoine du conjoint survivant: on verra ci-après pourquoi cette figure complexe a été prévue.

78. Cette 'mise en gage' est plutôt un abus de langage, puisqu'il ne s'agit pas d'un gage (nantissement) au sens strict du terme. Sur cette question v. J.L. LEDOUX, 'Assurance-Vie et prêts hypothécaires', in *Droit Notarial de l'assurance-vie – Aspects patrimoniaux – Aspects fiscaux*, collection Patrimoine vol. VIII, Academia, Bruylant, 1989, pp. 180 et s.; v. aussi A. DURIEUX et R. VAN ROY, 'La pratique des entreprises d'assurances', in *Droit Notarial de l'assurance-vie – Aspects patrimoniaux – Aspects fiscaux*, collection Patrimoine vol. VIII, tome 2, Academia, Bruylant, 1989, pp. 234 et s.

Toutefois, conformément au but de l'assurance, le bénéfice et le droit au rachat sont transférés, à titre de mise en gage, à concurrence de toutes les sommes qui lui resteront dues, au créancier hypothécaire ci-après qui accepte: (désignation du créancier hypothécaire).⁷⁹

Il existe d'autres modes et il y aura lieu d'examiner au cas par cas la structure juridique de l'annexion de la police d'assurance au crédit.⁸⁰

On peut discuter à l'infini quant à savoir si, au moment du décès, le capital passe d'abord, un instant, dans le patrimoine du conjoint survivant, avant d'être affecté au remboursement du créancier hypothécaire, lorsque l'on est en présence de ce type de désignation de bénéficiaire.

A notre avis, il y a lieu de répondre par l'affirmative: oui, le capital a transité par le patrimoine de conjoint survivant, avant d'être affecté au remboursement du créancier, pour les raisons suivantes:

- Le conjoint est désigné comme premier bénéficiaire et c'est 'à titre de gage' que le capital aboutit finalement au créancier hypothécaire.⁸¹
- Le transfert du bénéfice se fait 'à titre de gage'⁸², ce qui signifie aussi qu'il est fait à titre d'accessoire. Il semble donc logique de considérer que le bénéficiaire à titre principal est bien le conjoint survivant, même s'il est privé de ce bénéfice affecté au remboursement.

Il est d'ailleurs certain que si la dette est remboursée par d'autres moyens, avant le décès du preneur d'assurance et que ce dernier décède, le capital reviendra au conjoint survivant.

- Si l'on suit la logique fiscale qui a conduit à cette présentation (cf. *infra*), il faut bien admettre que le bénéficiaire juridique est bien l'époux, même si le capital est ensuite affecté au remboursement d'une dette.
- S'il subsiste un solde (participation bénéficiaire), il reviendra au conjoint survivant; il y a en quelque sorte 'unicité de bénéficiaire'. En d'autres termes, cela signifie que le conjoint survivant est le bénéficiaire 'universel' du capital, même si la plus grande partie est 'sacrifiée' pour rembourser la dette.

Les exposés qui suivent ont donc pour hypothèse ce transit de capital dans le patrimoine du conjoint survivant.

79. Nous nous sommes inspirés essentiellement de la clause utilisée par la C.G.E.R.

80. On lira à ce propos de cette terminologie et des techniques d'annexions: J.L. LEDOUX, o.c.: CH. SIMON, 'Droit à la prestation assurée à l'échéance du contrat', in *Droit Notarial de l'assurance-vie - Aspects patrimoniaux - Aspects fiscaux*, collection Patrimoine vol. VIII, Academia, Bruylant, 1989, pp. 382-383.

81. Sans vouloir faire de comparaisons audacieuses, cette situation n'est pas sans rappeler celle du légataire universel, dont le legs peut être épuisé par les dettes.

82. Cf. *supra* sur cette question de 'mise en gage'.

II. Exemple

Pour illustrer nos propos du chapitre 1, voici un exemple simple.

On distinguera selon que les époux étaient mariés en communauté ou en séparation des biens.

1. EPOUX EN COMMUNAUTÉ

Monsieur A, veuf avec des enfants se remarie avec Madame B, veuve avec enfants.

Ils sont mariés sous le régime légal de communauté à défaut de contrat de mariage.

Monsieur A et Madame B font l'acquisition ensemble d'une maison et contractent un crédit hypothécaire afin de financer cette acquisition.

Seul Monsieur bénéficie de revenus.

Une assurance-vie du solde restant dû (assurance temporaire à capital décroissant) est contractée par Monsieur sur sa tête, à 100 %. Le bénéficiaire désigné est le conjoint de l'assuré et, à défaut, les enfants de l'assuré nés ou à naître. Le bénéfice de l'assurance est contractuellement transféré à titre de 'mise en gage (nantissement)', au profit du créancier hypothécaire.

Les primes payées ne sont pas exagérées vu les facultés du patrimoine commun: en application de l'art. 128 de la loi de 1992, il n'y aura donc pas lieu à récompense du chef des primes payées par le patrimoine commun (soit les revenus de Monsieur).

Les époux ont un accident de voiture.

Nous envisagerons trois cas:

a. Monsieur A meurt et Madame B survit:

Il y a lieu de considérer que c'est Madame B qui est la bénéficiaire de l'assurance, même si cette assurance est immédiatement affectée, suite à la mise en gage, au remboursement du crédit hypothécaire.

Dans ce cas, le bénéfice de l'assurance, qui est un propre à Madame, est bien passé dans son patrimoine, avant d'être affecté au remboursement d'une dette commune par l'effet de la mise en gage. Madame est donc en droit de réclamer une récompense au patrimoine commun (soit, économiquement: aux enfants de la première union de feu son mari), puisqu'un bien propre (le bénéfice de l'assurance) a servi à rembourser une dette commune (le crédit hypothécaire). On pourrait aussi parler de créance, plutôt que de récompense, puisque par hypothèse le régime matrimonial est dissout, mais cette distinction est essentiellement théorique.

DROIT FAMILIAL ET PATRIMONIAL FAMILIAL

Précisons, pour autant que de besoin, que la récompense que Madame est en droit de réclamer n'est pas celle visée par l'article 128 de la loi de 1992: elle est exactement l'inverse.

b. Madame B meurt et Monsieur A survit:

La dette reste due et Monsieur continuera à la rembourser. Comme il s'agissait d'une dette commune, il est en droit de demander aux héritiers de Madame B de participer aux remboursements à concurrence de moitié du capital.

c. Madame B décède, avant ou en même temps que Monsieur A, qui décède aussi:

Dans ce cas, ce sont les enfants de Monsieur A qui sont les bénéficiaires de l'assurance, même si le bénéfice de celle-ci a servi immédiatement à rembourser le crédit hypothécaire, après être passé dans le patrimoine des héritiers de Monsieur A. Les enfants de Monsieur A seront titulaires d'un droit de créance contre les héritiers de Madame B, puisque le bénéfice de l'assurance leur revenant à servi à rembourser une dette commune.

2. EPOUX EN SÉPARATION DES BIENS⁸³

Monsieur A, veuf avec des enfants se remarie avec Madame B, veuve avec enfants.

Ils sont mariés sous le régime de la séparation des biens.

Monsieur A et Madame B font l'acquisition ensemble d'une maison et contractent un crédit hypothécaire afin de financer cette acquisition.

Seul Monsieur bénéficie de revenus.

Une assurance-vie du solde restant dû est contractée par Monsieur sur sa tête, à 100 %. Le bénéficiaire désigné est le conjoint de l'assuré et, à défaut, les enfants de l'assuré nés ou à naître. Le bénéfice de l'assurance est contractuellement transféré à titre de mise en gage, au profit du créancier hypothécaire.

Les époux ont un accident de voiture.

Nous envisagerons trois cas:

a. Monsieur A meurt et Madame B survit:

C'est le droit commun qui trouve à s'appliquer. Il y a lieu de considérer que c'est Madame B qui est la bénéficiaire exclusive de l'assurance, même si cette

83. Pour un développement théorique sur la question des époux en séparation des biens: J.-F. TAYMANS, 'Le contrat d'assurance-vie dans le contexte d'un régime de séparation des biens ou d'un ménage de fait', in *Droit Notarial de l'assurance-vie - Aspects patrimoniaux - Aspects fiscaux*, collection Patrimoine vol. VIII, Academia, Bruylant, 1989, pp. 415-440.

assurance est immédiatement affectée, suite à la mise en gage, au remboursement du crédit hypothécaire indivis. Dans ce cas, le bénéfice de l'assurance, qui appartient à Madame, est bien passé dans son patrimoine, avant d'être affecté au remboursement d'une dette indivise, par l'effet de la mise en gage. Madame dispose donc d'une créance vis-à-vis des héritiers de Monsieur, à concurrence de moitié de la somme remboursée.

b. Madame B meurt et Monsieur A survit:

La dette reste due et Monsieur continuera à la rembourser. Comme il s'agissait d'une dette indivise, il est en droit de demander aux héritiers de Madame B de participer aux remboursements à concurrence de moitié du capital.

c. Madame B décède, avant ou en même temps que Monsieur A, qui décède aussi:

Dans ce cas, ce sont les enfants de Monsieur A qui sont les bénéficiaires de l'assurance, même si le bénéfice de celle-ci a servi immédiatement à rembourser le crédit hypothécaire, après être passé dans le patrimoine des héritiers de Monsieur A. Les enfants de Monsieur A seront titulaires d'un droit de créance contre les héritiers de Madame B, puisque le bénéfice de l'assurance leur revenant à servi à rembourser une dette indivise des époux.

SECTION 2. COMMENTAIRES

I. Un rapprochement entre le régime de communauté et le régime de séparation des biens

Le premier constat, à l'examen de ces exemples, est que la situation économique sera sensiblement identique pour les époux en communauté que pour les époux en séparation des biens, ainsi que pour leurs héritiers. C'est logique, puisque la loi du 25 juin 1992 a rendu propre pratiquement tout ce qui concerne les assurances-vie entre époux mariés sous le régime de communauté.

Vu l'importance croissante des assurances, on peut donc affirmer, sans grand risque d'erreur, que les quelques règles relatives aux époux, greffées sur la loi de 1992, ont effectué un rapprochement très important entre le régime de communauté et le régime de la séparation des biens, dont les philosophies sont pourtant très différentes. Et force est de constater, en cette matière, que c'est le régime de la séparation qui prend des points au régime de communauté.

II. Les effets du hasard

Il faut aussi admettre que les cas de figures exposés ci-dessus laissent perplexes. On a l'impression que 'l'effet hasard' que l'on rencontre parfois dans les succes-

sions est, en quelque sorte, multiplié. Il y a chance ou malchance: *dura lex sed lex*.

Bien entendu, toute règle de droit, par hypothèse générale, a ses effets pervers dans certains cas bien particuliers. Ce qui est inquiétant, c'est que les exemples ci-dessus n'ont rien de bien particulier ...

Il est certain aussi que les effets ci-dessus n'ont pas été voulus par Monsieur A, ni par Madame B. Ils voulaient seulement, l'un comme l'autre, que la dette disparaisse si Monsieur décède. Leurs héritiers ne seront satisfaits que si le hasard leur a été favorable (économiquement s'entend !).

Seul sera satisfait le créancier. Et c'est bien ce que nous voulions démontrer: dans cet exemple, seul le point de vue institutionnel, de l'assurance et de la garantie qu'elle constitue, a correctement fonctionné. L'assureur sait à qui il doit payer: au créancier et, pour le surplus éventuel (participation bénéficiaire), suivant les cas: à la veuve ou aux enfants de Monsieur.

III. Une explication juridique à cette situation: le droit fiscal

On peut se demander pourquoi les polices d'assurance du solde restant dû sont, du moins le plus fréquemment⁸⁴, rédigées ainsi que repris ci-dessus. Il est, par exemple, juridiquement possible de prévoir que c'est l'organisme de crédit qui sera directement le bénéficiaire, sans que le capital passe, fût-ce en éclair, dans le patrimoine du veuf ou dans celui des enfants du défunt, avant d'être affecté au remboursement^{85 86}.

Ne serait-il pas logique, juridiquement, de prévoir que le créancier hypothécaire est le bénéficiaire? Le droit serait en effet en concordance avec l'économie. Les problèmes liés au transit du capital dans le patrimoine du veuf ou des héritiers du défunt seraient ainsi réglés et le but des parties serait atteint, tout simplement et sans plus: le remboursement d'une dette en cas de décès de l'époux pourvoyeur de tout ou partie des revenus du ménage, sans d'autres comptes.

C'est ici qu'une troisième branche du droit intervient, combien importante pour le portefeuille des emprunteurs: *le droit fiscal*. Ainsi Durieux et Van Roy écrivent-ils: *'En effet, pour répondre à un impératif fiscal, comme la déduction des primes n'est admise que si le bénéfice est attribué, en cas de vie, à l'assuré*

84. DURIEUX e.a., o.c. p. 236. Contra: N. TORFS, 'Notariële Aspecten van de wet op de landverzekeringsovereenkomst', in 13de Recyclagedag van de N.R.R. (syllabus), p. 35, qui présente la désignation de l'organisme de crédit comme la règle générale dans la pratique, ce qui ne semble pas être le cas, pour les raisons fiscales exposées ci-après.

85. V. notamment J.L. LEDOUX, o.c.

86. Sur les différentes techniques d'annexion d'un contrat d'assurance solde restant dû à un crédit: J.L. LEDOUX, o.c., l.c.; DURIEUX et al., o.c., l.c.

*lui-même et, en cas de décès, à son conjoint ou à un parent jusqu'au deuxième degré, cette dernière clause est utilisée, avec l'approbation de l'Administration des Contributions directes; si l'emprunteur assuré n'envisage que la déduction des sommes consacrées à l'amortissement du prêt, la clause bénéficiaire peut être libellée au profit du créancier.*⁸⁷

Il ne faut pas chercher plus loin: la rédaction de la clause bénéficiaire, reprise ci-dessus, est due à des raisons essentiellement fiscales. La désignation du créancier comme bénéficiaire ferait perdre un avantage fiscal⁸⁸.

On l'aura compris, ce sont aussi des raisons fiscales qui mènent au résultat plus haut. Notre 'espace d'intersection' est donc encore réduit, puisqu'il se trouve entre le droit des assurances, le droit des régimes matrimoniaux et le droit fiscal...

Chapitre 4. Statut de l'assurance du solde restant dû, pendant ou après divorce pour cause déterminée, au moment du décès d'un des (ex)-époux

SECTION 1. CAS PRATIQUES

Reprenons un exemple.

Monsieur A épouse Madame B.

Ils ont ensemble des enfants.

Il est, pour cet exemple, sans grand intérêt de faire une distinction entre les époux mariés en communauté ou en séparation des biens.

Monsieur A et Madame B font l'acquisition ensemble d'une maison et contractent un crédit hypothécaire afin de financer cette acquisition.

Seul Monsieur bénéficie de revenus.

Une assurance-vie du solde restant dû est contractée par Monsieur sur sa tête, à 100 %. Le bénéficiaire désigné est le conjoint de l'assuré et, à défaut, les enfants de l'assuré nés ou à naître. Le bénéfice de l'assurance est contractuellement transféré à titre de mise en gage, au profit du créancier hypothécaire.

L'entente entre les époux est perturbée. Monsieur intente une action en divorce.

Nous avons plusieurs cas de figures:

87. DURIEUX et al., *o.c., l.c.*; J.L. LEDOUX 'Tout savoir Le Crédit', Story-Scientia, Kluwer Editions Juridiques, 1997, pp. 116 et s.; v. aussi J.L. LEDOUX, *o.c.*, p. 192.

88. C. DEVOET, 'L'assurance individuelle', in *Droit Notarial de l'assurance-vie - Aspects patrimoniaux - Aspects fiscaux*, 2de partie, collection Patrimoine, vol. VIII, Academia, Bruylant, 1989, pp. 481-482.

1. EN COURS D'INSTANCE

1.a. Si Monsieur décède en cours d'instance et n'a pas pensé à révoquer ou modifier l'attribution bénéficiaire: Madame est la bénéficiaire de l'assurance en vertu de l'art. 130 de la loi de 1992⁸⁹, même si cette assurance est immédiatement affectée, suite à la mise en gage, au remboursement du crédit hypothécaire commun ou indivis. Madame a donc droit à récompense ou à créance du chef de ce remboursement d'une créance commune ou indivise.

1.b. Si Monsieur décède en cours d'instance et a pensé à révoquer ou modifier l'attribution bénéficiaire au profit de son conjoint: ce sont les héritiers (ou tout tiers nommément désigné) qui sont les bénéficiaires, en vertu des articles 107 et 112 de la loi de 1992. Dans ce cas, les enfants (ou le tiers) sont créanciers de Madame à concurrence de la moitié de la dette commune ou indivise remboursée grâce à l'assurance.

1.c. Il faut remarquer que Monsieur ne pourra pas révoquer l'attribution bénéficiaire au profit de son conjoint si ce dernier l'a expressément acceptée. Rappelons néanmoins qu'en vertu de l'article 123 de la loi de 1992, des formes doivent être mises pour l'acceptation du bénéfice de l'assurance. Il est donc probable que ce type d'acceptation soit assez rare⁹⁰.

2. APRÈS TRANSCRIPTION⁹¹ DU DIVORCE

2.a. Si le divorce est transcrit et que le divorce a été prononcé aux torts de Madame, ou à torts partagés⁹², elle perd le bénéfice de l'assurance (art. 131 de la loi de 1992), même si elle en avait accepté le bénéfice. La situation est alors la même que sub 1.b.

2.b. Si le divorce est transcrit et que le divorce a été prononcé aux torts exclusifs de Monsieur, qui n'a pas pensé à révoquer l'attribution bénéficiaire, Madame garde le bénéfice de l'assurance et la situation est alors la même que sub 1.a.

Il faut préciser que *même si le divorce est prononcé aux torts du preneur, ce dernier garde le droit de révoquer s'il n'y a pas eu acceptation par le bénéficiaire*.

89. Sauf application des art. 1280 et 1283 du Code judiciaire, cf. *supra*.

90. V. E. VIEUJEAN, *o.c.*, 1995, p. 366.

91. Remarquons qu'il s'agit bien de la transcription du divorce, et non la force de chose jugée de ce dernier, qui modifie le statut juridique de l'assurance, même depuis la loi du 30 juin 1994, modifiant les règles en matière de divorce. C'est donc, ici aussi, l'opposabilité, soit pratiquement le point de vue de l'assureur, qui est prise en considération.

92. J. ERNAULT, *Droit de l'assurance-vie*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 416; B. DUBUISSON, *Le sort des assurances de personnes en cas de divorce ou de séparation de corps*, Academia, Bruylant, 1990, p. 239; E. VIEUJEAN, *o.c.*, 1995, p. 372.

re⁹³. Le statut de l'assurance-vie n'est donc pas le même que celui des institutions contractuelles (art. 300 Civ.). Il faut insister sur ce point.

2.c. Si le divorce est transcrit et que le divorce a été prononcé aux torts exclusifs de Monsieur, qui a pensé à révoquer l'attribution bénéficiaire, Madame perd néanmoins le bénéfice de l'assurance et la situation est alors la même que sub 1.b.

2.d. La révocation dans le cas sub 2.c. n'est possible que s'il n'y a pas eu acceptation expresse du bénéfice de l'assurance par Madame.

2.e. Si Monsieur, qui n'avait pas pensé à révoquer ou modifier le bénéficiaire, décède après s'être remarié, c'est sa nouvelle épouse qui bénéficiera de l'assurance (art. 108 al. 2 de la loi de 1992).

SECTION 2. COMMENTAIRES

Qu'ajouter à ce que nous avons déjà écrit plus haut dans notre chapitre 3 ?

Nous constatons que le *vade mecum* ' de l'assureur est très précis: la destination du capital à liquider est facile à déterminer. Par contre, le preneur (soit le consommateur) a besoin de solides connaissances de droit pour penser à modifier le bénéficiaire indiqué dans la police d'assurance !

La situation est d'autant plus grave que s'agissant de divorce pour cause déterminée, le point de vue patrimonial n'a pas encore été abordé entre les parties⁹⁴: ce ne sera qu'au moment de la liquidation-partage, soit après le prononcé du divorce que ce point sera – peut-être – envisagé.

Chapitre 5. Quelques pistes pour le praticien

Nous n'insisterons pas sur la nécessité pour les notaires de connaître les quelques règles de droit se trouvant dans la loi du 25 juin 1992. Elles ont été amplement commentées ci-dessus et nous n'y reviendrons pas.

Nous ne parlerons donc pas ici du règlement des conflits par l'application du droit positif.

Nous examinerons les pistes suivantes:

- le contrat de mariage;
- la police d'assurance-vie;

93. E. VIEUJEAN, 'L'assurance sur la vie entre époux communs en biens', in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Droit des assurances*, Academia, Bruylant, p. 362.

94. Sauf éventuelle application de l'art. 1280 du Code judiciaire.

– le règlement transactionnel dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel – liquidation-partage.

Nous n'aborderons pas le testament, dans lequel il peut être question d'assurance-vie, mais qui ne nous semble pas être l'endroit privilégié à cette fin.

SECTION 1. LE CONTRAT DE MARIAGE

I. Pour les époux sous un régime de communauté: un problème dans le texte de loi

Il nous faut d'emblée soulever un problème découlant du texte même de la loi du 25 juin 1992, concernant les époux en communauté.

L'article 3 de la loi de 1992 stipule ce qui suit: 'Sauf lorsque la possibilité d'y déroger par des conventions particulières résulte de leur rédaction même, les dispositions de la présente loi sont impératives'.

Or, la rédaction des articles 127 et 128 de la loi de 1992 ne comprennent pas 'dans leur rédaction même' cette possibilité de déroger.

VIEUJEAN considère que malgré la rédaction de la loi, il s'agit de dispositions supplétives. Ses arguments sont en substance que le législateur, qui n'a pas vu le problème, n'a pas voulu que ces articles soient impératifs: '*L'Exposé des motifs montre qu'ils (n.d.l.r.: les auteurs de la loi) pensaient aux relations des assureurs et des assurés, non à celles des époux, qu'en plaçant la plupart des règles au-dessus des volontés privées, ils cherchaient à protéger les uns contre les autres les assureurs et les assurés, non les femmes et les maris.*'⁹⁵

H. CASMAN défend le même point de vue. D'après cet auteur, il s'agit de 'protéger le droit des régimes matrimoniaux d'une immixtion du législateur, là où rien ne justifie une telle atteinte à la liberté individuelle et où la volonté du législateur n'apparaît nulle part d'avoir voulu faire autre chose que garantir les intérêts des assureurs et des consommateurs' (traduction libre)⁹⁶.

Notre avis est différent: si, *de lege ferenda*, nous sommes du même avis que ces auteurs, le texte de la loi nous semble malheureusement trop clair pour être sujet à interprétation. Le législateur a voulu sans ambiguïté une loi impérative

95. E. VIEUJEAN, *o.c.*, 1995, p. 354; v. aussi H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, p. III.2.-21;

– Si nous n'avions crainte de lasser notre lecteur, nous insisterions encore, après la lecture de ces quelques lignes, sur le fait que le législateur a adopté, en notre matière, le seul point de vue de l'assureur.

96. H. CASMAN, *o.c.*, in *De Evolutie van de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 46.

et a précisé les articles qui, par exception, échapperaient à cette généralité: les articles 127 et 128 n'y échappent donc pas⁹⁷.

La lecture des travaux préparatoires et l'avis du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de l'art. 3 de la loi de 1992 nous confortent dans cette opinion: *'En raison de la généralité des termes de l'article 3 en projet, il semble bien qu'il n'y ait pas lieu de faire une distinction entre les dispositions de la loi en projet suivant qu'elles protègent l'assuré ou l'assureur. Toutes ces dispositions sont impératives sauf si elles autorisent une dérogation conventionnelle.'*⁹⁸

A notre avis, il faudra attendre qu'il y ait modification législative ou, à tout le moins, une jurisprudence uniforme⁹⁹.

Pour la raison ci-dessus, nous ne proposerons pas de clause de contrat de mariage. A ceux qui le souhaitent, nous nous limiterons à suggérer la lecture des clauses proposées par H. Casman et M. Grégoire, qui proposent des clauses dérogatoires à la loi¹⁰⁰. Néanmoins, nous pensons que la prudence impose au praticien de s'abstenir: n'est-il pas dangereux de proposer des clauses en contradiction avec la lettre (sinon l'esprit) de la loi, lorsque celle-ci est impérative ?

Il s'agit donc, à notre avis, d'une piste peu praticable, dans l'état actuel des choses. Nous nous bornons simplement à souhaiter que la doctrine de Vieujean soit suivie.

II. Pour les époux en séparation des biens

A notre avis, rien n'empêche que les époux optant pour ce régime matrimonial prévoient des clauses relatives aux assurances dans les articles consacrés à la composition des patrimoines respectifs des époux et qu'il y soit prévu un système de créances entre époux.

97. Contrairement d'ailleurs aux articles 132 à 134 de la loi de 1992, qui prévoient explicitement la possibilité de dérogation dans le règlement transactionnel préalable à divorce par consentement mutuel.

98. Avis C.E., pp. 157-158 et 160, in 'La Nouvelle Loi sur le Contrat d'assurance terrestre – Travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1992 et de la loi modificative du 16 mars 1994, *Lois actuelles*, Kluwer Editions Juridiques Belgique. Notons que la question qui se posait ne portait pas directement sur les articles 127 et 128 de la loi, mais il n'y a pas de raisons de penser que le raisonnement aurait été différent s'il en avait été ainsi. V. aussi sur cette question: M. FONTAINE, 'Présentation Générale – Dispositions préliminaires et finales', in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, Droit des assurances*, Academia, Bruylant, 1993, pp. 35 et s. 99. Et la jurisprudence est bien rare, voire absente en la matière, du moins jusqu'à présent.

100. M. GREGOIRE, 'Les clauses de liquidation', in *Les contrats de mariage – Bilan, perspectives et formules pratiques*, collection Patrimoine, vol. XIX, Academia, Bruylant, p. 268 et s.; v. aussi N. TORFS, *o.c.*, 35-36: cet auteur défend l'idée qu'il est possible de prévoir conventionnellement dans le contrat de mariage que les droits issus d'un contrat d'assurance vie conclu dans le cadre d'un financement tombe dans le patrimoine commun.

En effet, la loi de 1992 bannit pratiquement le mécanisme des récompenses pour les époux en communauté; par contre elle est muette concernant les créances entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens.

On peut s'inspirer mutatis mutandis, pour la rédaction de telles clauses, de celles proposées par Grégoire en matière de communauté, en prenant soin de les adapter au régime de la séparation de biens.¹⁰¹

SECTION 2. LA POLICE D'ASSURANCE-VIE: L'ENDROIT PRIVILÉGIÉ

I. Exposé

La solution nous semble se trouver ailleurs. Le législateur de 1992 a prévu une très large liberté au preneur: bénéficiaire, révocation, cession, mise en gage, etc. (cf. *supra*).

En d'autres termes, nous suggérons ici de nous servir pleinement de l'outil voulu par le législateur de 1992, soit de la police d'assurance elle-même. C'est entrer dans la logique de cette loi, dont la perspective première est l'assurance, c'est-à-dire l'assureur et le preneur. Les règles relatives à l'assurance-vie prennent, on l'a vu, le pas sur les règles relatives aux régimes matrimoniaux: la meilleure manière de régler les problèmes en découlant est d'assumer cette réalité.

Ce constat a plusieurs corollaires.

a. La police d'assurance-vie doit être comprise comme un contrat évolutif et l'assureur, le preneur et leurs conseils, doivent en être conscients. Cela implique un plus grand dynamisme de la part de ces interlocuteurs et une meilleure information du consommateur.

Le contrat d'assurance-vie doit évoluer en même temps que le preneur et ce dernier doit en être conscient.

b. On l'a compris, l'assureur a un important devoir d'information à l'égard du preneur: les clauses-types reprenant des 'bénéficiaires standards' sont dangereuses à cet égard, surtout en matière d'assurance-vie du solde restant dû, dont le but premier est le remboursement du crédit, ce qui occulte les effets pervers indirects. On insistera donc sur le fait qu'une rédaction correcte de l'attribution bénéficiaire réglera bien des problèmes.¹⁰²

c. Cela signifie enfin que, dès la rédaction de la police d'assurance-vie du solde restant dû, il serait opportun de faire œuvre de prévoyance en adaptant le texte relatif au bénéficiaire.

101. M. GREGOIRE, *o.c.*, *l.c.*; on s'inspirera aussi des développements de J.F. TAYMANS, *o.c.* notamment pp. 430-431.

102. CH. SIMON, *o.c.* p. 405.

II. Une désignation plus détaillée du bénéficiaire dans les polices d'assurance du solde restant dû

Reprenons tout d'abord le texte de désignation classique du bénéficiaire:

*'Le conjoint de l'assuré, à défaut les enfants de l'assuré, nés ou à naître. (Toutefois, conformément au but de l'assurance, le bénéfice et le droit au rachat sont transférés, à titre de mise en gage, à concurrence de toutes les sommes qui lui resteront dues, au créancier hypothécaire ci-après qui accepte).'*¹⁰³

Seul nous intéresse ici le premier paragraphe, c'est-à-dire la désignation du bénéficiaire dans le patrimoine duquel passe le capital avant d'être affecté au remboursement du crédit.

Pour éviter les effets pervers évoqués ci-dessus (au chapitre 3), ne serait-il pas plus avisé de proposer la mention de bénéficiaire suivante: 'Le conjoint et les enfants nés ou à naître de l'assuré'. Conformément à l'art. 110 de la loi de 1992, le capital reviendrait alors à chacun pour moitié, avant d'être affecté au remboursement. La situation peu équitable évoquée au chapitre 3 serait réglée.

Il est possible aussi de prévoir que le solde éventuel (participation bénéficiaire ...) revienne à l'époux.

Enfin, nous aurions tendance à préciser que l'époux ne sera plus bénéficiaire en cas de divorce ou si une instance en divorce (demande en divorce ou première comparution) était commencée¹⁰⁴. Cela permettrait d'éviter les effets pervers détaillés au chapitre 4 ci-dessus.

On précisera donc: 'Le bénéfice de l'assurance consenti au conjoint ne sera maintenu que s'il a encore cette qualité au moment du décès du preneur et qu'il n'y a pas d'instance en divorce au moment du décès (demande en divorce ou première comparution)'

Comme résultat de nos réflexions, nous proposons donc la clause suivante, à insérer dans les polices d'assurances du solde restant dû.

Clause:

Bénéficiaire(s): 'Le conjoint de l'assuré et les enfants de l'assuré, nés ou à naître. Le bénéfice de l'assurance consenti au conjoint ne sera maintenu que s'il a encore cette qualité au moment du décès du preneur et qu'il n'y a pas d'in-

103. L'origine de ce texte, usuel, a été mentionnée *supra*.

104. On pourrait prétendre ici que les articles 130 et 131 de la loi étant impératifs, il n'est pas possible d'y déroger en vertu de l'art. 3 de la même loi, comme pour les articles 127 et 128 (cf. *supra*). Ce serait oublier le libre droit du preneur quant à la désignation du bénéficiaire (art. 106) et quant à la révocation (art. 112). Cela permet, à notre avis, d'affiner dans la police la qualité de bénéficiaire: *qui peut le plus, peut le moins*.

stance en divorce au moment du décès (demande en divorce ou première comparution).

(Toutefois, conformément au but de l'assurance, le bénéfice et le droit au rachat sont transférés, à titre de mise en gage, à concurrence de toutes les sommes qui lui resteront dues, au créancier hypothécaire ci-après qui accepte):

...¹⁰⁵
 Il est précisé que le preneur souhaite que la présente assurance profite à ses bénéficiaires, tels que désignés¹⁰⁶, en ce qu'elle sert à éteindre une dette. Cette assurance sera donc supposée leur bénéficiaire chacun à concurrence de la partie de la dette qui lui incombait. Le bénéfice de l'assurance ne donnera donc lieu à aucun compte entre eux, de quelque sorte que ce soit.

éventuellement: 'Le solde éventuel (participation bénéficiaire ...) reviendra prioritairement à l'époux.'

SECTION 3. RÈGLEMENT TRANSACTIONNEL PRÉALABLE À DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL – LIQUIDATION-PARTAGE APRÈS DIVORCE

On s'en doute, il s'agit du lieu où le notaire aura le plus souvent à aborder la problématique des assurances-vies (qu'elles soient du solde restant dû ou autres).¹⁰⁷

Mais rappelons qu'à notre sens, c'est bien la police d'assurance qui restera le lieu privilégié, le seul vrai instrument en matière d'assurance-vie: la loi a conféré un monopole au preneur d'assurance¹⁰⁸ et le praticien se doit d'en tenir compte.

Par contre, nous pensons que les règlements transactionnels préalables à divorce par consentement mutuel, ainsi que les liquidations-partages postérieures à divorce pour cause déterminée sont l'occasion de faire quelques mises au point et d'informer des parties.

Nous proposons donc une clause-type, qui pourrait servir tant dans les règlements transactionnels préalables à divorce que dans les liquidations-partages. A notre avis, elle correspondra la plupart du temps à ce que désirent les parties. Nous insistons néanmoins auprès du lecteur sur le fait qu'elle ne vise pas tous les cas que l'on peut rencontrer.

105. Rappelons que cet aspect de la clause n'est pas l'objet de notre exposé. D'autres auteurs ont analysé le mécanisme d'annexion' de la police d'assurance au crédit; v. *supra*.

106. Notons qu'en vertu de l'art. 107 de la loi, en cas d'absence de bénéficiaire, par exemple si le conjoint et les enfants étaient décédés, le bénéfice de l'assurance reviendra à la succession du défunt.

107. Sur cette question: v. F. BUYSENS et Y.H. LELEUX, *o.c.*, 185-201.

108. V. E. VIEUJEAN, *o.c.*

II. Une désignation plus détaillée du bénéficiaire dans les polices d'assurance du solde restant dû

Reprenons tout d'abord le texte de désignation classique du bénéficiaire:

*'Le conjoint de l'assuré, à défaut les enfants de l'assuré, nés ou à naître. (Toutefois, conformément au but de l'assurance, le bénéfice et le droit au rachat sont transférés, à titre de mise en gage, à concurrence de toutes les sommes qui lui resteront dues, au créancier hypothécaire ci-après qui accepte).'*¹⁰³

Seul nous intéresse ici le premier paragraphe, c'est-à-dire la désignation du bénéficiaire dans le patrimoine duquel passe le capital avant d'être affecté au remboursement du crédit.

Pour éviter les effets pervers évoqués ci-dessus (au chapitre 3), ne serait-il pas plus avisé de proposer la mention de bénéficiaire suivante: 'Le conjoint et les enfants nés ou à naître de l'assuré'. Conformément à l'art. 110 de la loi de 1992, le capital reviendrait alors à chacun pour moitié, avant d'être affecté au remboursement. La situation peu équitable évoquée au chapitre 3 serait réglée.

Il est possible aussi de prévoir que le solde éventuel (participation bénéficiaire ...) revienne à l'époux.

Enfin, nous aurions tendance à préciser que l'époux ne sera plus bénéficiaire en cas de divorce ou si une instance en divorce (demande en divorce ou première comparution) était commencée¹⁰⁴. Cela permettrait d'éviter les effets pervers détaillés au chapitre 4 ci-dessus.

On précisera donc: 'Le bénéfice de l'assurance consenti au conjoint ne sera maintenu que s'il a encore cette qualité au moment du décès du preneur et qu'il n'y a pas d'instance en divorce au moment du décès (demande en divorce ou première comparution).'

Comme résultat de nos réflexions, nous proposons donc la clause suivante, à insérer dans les polices d'assurances du solde restant dû.

Clause:

Bénéficiaire(s): 'Le conjoint de l'assuré et les enfants de l'assuré, nés ou à naître. Le bénéfice de l'assurance consenti au conjoint ne sera maintenu que s'il a encore cette qualité au moment du décès du preneur et qu'il n'y a pas d'in-

103. L'origine de ce texte, usuel, a été mentionnée *supra*.

104. On pourrait prétendre ici que les articles 130 et 131 de la loi étant impératifs, il n'est pas possible d'y déroger en vertu de l'art. 3 de la même loi, comme pour les articles 127 et 128 (cf. *supra*). Ce serait oublier le libre droit du preneur quant à la désignation du bénéficiaire (art. 106) et quant à la révocation (art. 112). Cela permet, à notre avis, d'affiner dans la police la qualité de bénéficiaire: *qui peut le plus, peut le moins*.

stance en divorce au moment du décès (demande en divorce ou première comparution).

(Toutefois, conformément au but de l'assurance, le bénéfice et le droit au rachat sont transférés, à titre de mise en gage, à concurrence de toutes les sommes qui lui resteront dues, au créancier hypothécaire ci-après qui accepte):

...¹⁰⁵
 Il est précisé que le preneur souhaite que la présente assurance profite à ses bénéficiaires, tels que désignés¹⁰⁶, en ce qu'elle sert à éteindre une dette. Cette assurance sera donc supposée leur bénéficiaire chacun à concurrence de la partie de la dette qui lui incombait. Le bénéfice de l'assurance ne donnera donc lieu à aucun compte entre eux, de quelque sorte que ce soit.

éventuellement: 'Le solde éventuel (participation bénéficiaire ...) reviendra prioritairement à l'époux.'

SECTION 3. RÈGLEMENT TRANSACTIONNEL PRÉALABLE À DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL – LIQUIDATION-PARTAGE APRÈS DIVORCE

On s'en doute, il s'agit du lieu où le notaire aura le plus souvent à aborder la problématique des assurances-vies (qu'elles soient du solde restant dû ou autres).¹⁰⁷

Mais rappelons qu'à notre sens, c'est bien la police d'assurance qui restera le lieu privilégié, le seul vrai instrument en matière d'assurance-vie: la loi a conféré un monopole au preneur d'assurance¹⁰⁸ et le praticien se doit d'en tenir compte.

Par contre, nous pensons que les règlements transactionnels préalables à divorce par consentement mutuel, ainsi que les liquidations-partages postérieures à divorce pour cause déterminée sont l'occasion de faire quelques mises au point et d'informer des parties.

Nous proposons donc une clause-type, qui pourrait servir tant dans les règlements transactionnels préalables à divorce que dans les liquidations-partages. A notre avis, elle correspondra la plupart du temps à ce que désirent les parties. Nous insistons néanmoins auprès du lecteur sur le fait qu'elle ne vise pas tous les cas que l'on peut rencontrer.

105. Rappelons que cet aspect de la clause n'est pas l'objet de notre exposé. D'autres auteurs ont analysé le mécanisme d'annexion de la police d'assurance au crédit; v. *supra*.

106. Notons qu'en vertu de l'art. 107 de la loi, en cas d'absence de bénéficiaire, par exemple si le conjoint et les enfants étaient décédés, le bénéfice de l'assurance reviendra à la succession du défunt.

107. Sur cette question: v. F. BUYSENS et Y.H. LELEUX, *o.c.*, 185-201.

108. V. E. VIEUJEAN, *o.c.*

'Assurances-vie:

Pour autant que de besoin, les parties déclarent vouloir que chacune d'elles retrouve son entière liberté quant aux assurances-vie qu'elle a souscrites, en ce compris pour la désignation du bénéficiaire et la disposition de tous les droits qui en découlent. En conséquence, si le bénéfice de l'assurance avait été accepté par une des parties conformément à la loi¹⁰⁹, celle-ci déclare y renoncer irrévocablement. A ce propos, sans préjudice aux droits des tiers, les parties se donnent mutuellement mandat afin que le preneur puisse modifier comme bon lui semble toutes les clauses de ses assurances.

A toutes fins utiles, le notaire soussigné a informé les parties des conséquences juridiques éventuelles du maintien des attributions bénéficiaires telles que prévues, en cours d'instance ou après divorce, et de l'utilité de procéder, le cas échéant, à l'adaptation des polices d'assurances.'

Préciser, éventuellement, dans les divorces par consentement mutuel:

'Le notaire soussigné a signalé, pour autant que de besoin, que les clauses ci-dessus reprises ne seront opposables à l'assureur que si elles lui sont notifiées'.

CONCLUSION

Le droit est en perpétuelle évolution. Le praticien doit s'y faire, sans regrets inutiles et sans se retourner vers le passé. Il est certain que la loi de 1992 n'a pas vraiment tenu compte des règles classiques des régimes matrimoniaux, qui s'en trouvent perturbées. Il n'en demeure pas moins que la situation est telle et qu'il faut s'y adapter.

Nous avons essayé de démontrer que ce ne sont pas les lieux classiques (contrat de mariage, testament, etc.) qui sont les mieux adaptés pour répondre aux desiderata des parties, mais bien le contrat d'assurance lui-même, la police ou ses avenants.

L'assureur a donc un devoir d'information important au moment de la rédaction de la police d'assurance. La clause de bénéficiaire ci-dessus est donc destinée au monde des assureurs, dans un souci de concordance entre le droit de l'assurance et le droit patrimonial de la famille.

Ce devoir de l'assureur est un corollaire de cette loi qui, finalement, est bien une loi destinée aux assureurs et aux assurés et fort peu au époux et aux épouses.¹¹⁰

109. Art. 122 et 123 de la loi du 25 juin 1992; art. 1121 du Code Civil.

110. V. *supra*, E. VIEUJEAN, *o.c.*

DROIT FAMILIAL ET PATRIMONIAL FAMILIAL

Quant aux notaires, nous pensons qu'ils doivent dialoguer avec les assureurs, afin de rapprocher les points de vue: c'est le consommateur qui en sera le bénéficiaire.

Le notaire aura aussi un devoir d'information au moment des successions et des divorces. La matière est ardue, mais il nous semble indispensable que le notaire en connaisse bien les principes: on ne règle plus un problème d'assurance entre époux avec son seul Code civil.

Inhoud/Sommaire

INHOUD

INLEIDING	V
INTRODUCTION	IX
DEEL I. CONFLICTPREVENTIE/PREMIÈRE PARTIE. LA PRÉVEN- TION DES CONFLITS	1
Droit familial et patrimonial familial (B. CHAMPION et G. RAS- SON)	3
<i>Préambule: optique et méthode</i>	5
<i>Titre I. La prévention des conflits vue sous l'angle de la pratique du droit patrimonial de la famille: quelques exemples concrets d'application</i>	6
Chapitre I. L'adoption	6
Section 1. L'adoption, instrument de prévention de conflits successo- raux	6
I. Exposé de la problématique	6
II. Solution proposée par le notariat	7
Section 2. L'adoption simple et l'article 52/2, 3° du Code des droits de succession	9
I. Une disposition légale problématique	9
II. Proposition de solution	11
Section 3. La filiation adoptive acquise à l'étranger	12
I. Une disposition problématique: l'article 344ter C. civ.	12
II. Proposition de solution	13
Section 4. Adoption et acte de naissance	16
I. Un vide juridique fâcheux	16
II. Proposition de solution notariale	17
Chapitre II. La tutelle testamentaire	18
Section 1. La famille en question: nécessité d'une alternative	18
Section 2. La tutelle testamentaire: une institution ancienne comme réponse à des besoins nouveaux	18
Section 3. Caractère contraignant de la tutelle testamentaire	20
Section 4. Formes de la tutelle testamentaire – exemples	20
Section 5. Quelques particularités de la tutelle testamentaire	23
Section 6. Vers une réforme de la tutelle testamentaire	24

SOMMAIRE

Chapitre III. Régimes matrimoniaux	24
Section 1. En quoi l'autonomie de la volonté permet au notaire de prévenir les conflits	24
Section 2. Exemple concret d'application: le régime de séparation de biens pure et simple	25
I. En quoi le régime de la séparation de biens pure et simple peut être générateur de conflits	25
II. Les propositions concrètes formulées par le notaire pour pré- venir ces conflits	26
A. Mécanismes correcteurs externes	27
* Les présomptions de propriété	28
* Régime de séparation de biens avec adjonction d'une masse	28
B. Mécanismes correcteurs internes	29
Section 3. En guise de conclusion	30
 <i>Titre II. Les époux et les assurances-vie: en particulier les</i> <i>assurances du solde restant dû</i>	 31
Introduction	31
Chapitre 1. Considérations préliminaires	31
Chapitre 2. Droit positif – articles applicables et commentaires	33
Chapitre 3. Statut de l'assurance du solde restant dû au moment du décès d'un des époux	36
Section 1. Cas pratiques	36
I. Préliminaire: le mode de désignation usuel du bénéficiaire dans les assurances du solde restant dû	36
II. Exemple	38
1. Epoux en communauté	38
2. Epoux en séparation des biens	39
Section 2. Commentaires	40
I. Un rapprochement entre le régime de communauté et le régime de séparation des biens	40
II. Les effets du hasard	40
III. Une explication juridique à cette situation: le droit fiscal	41
Chapitre 4. Statut de l'assurance du solde restant dû, pendant ou après divorce pour cause déterminée, au moment du décès d'un des (ex)- époux	42
Section 1. Cas pratiques	42
1. En cours d'instance	43
2. Après transcription du divorce	43
Section 2. Commentaires	44

INHOUD

Chapitre 5. Quelques pistes pour le praticien	44
Section 1. Le contrat de mariage	45
I. Pour les époux sous un régime de communauté: un problème dans le texte de loi	45
II. Pour les époux en séparation des biens	46
Section 2. La police d'assurance-vie: l'endroit privilégié	47
I. Exposé	47
II. Une désignation plus détaillée du bénéficiaire dans les polices d'assurance du solde restant dû	48
Section 3. Règlement transactionnel préalable à divorce par consentement mutuel – liquidation-partage après divorce	49
<i>Conclusion</i>	50
Familierecht en familiaal vermogensrecht: samenvatting	52
Vrijwaring voor uitwinning, traditionele stijlclausules en conflictbeheersing (L. BRACKE)	57
I. <i>Voorwoord en toelichting omtrent de gevolgde werkwijze</i>	59
II. <i>Algemeen deel – de wettelijke vrijwaring voor uitwinning: analyse van de artikelen 1626 tot en met 1640 B.W.</i>	60
1. Inleidend	60
2. Vrijwaring voor eigen daad	63
3. Vrijwaring voor daad van derden	69
4. De bij de vrijwaring betrokken personen	77
5. Het karakter van de vrijwaringsplicht	79
6. Aanvang en einde	80
7. De werking van de wettelijke vrijwaringsplicht	80
7.1. Tussenkomenende vrijwaringsplicht	80
7.2. Hoofdzakelijke vrijwaringsplicht	81
7.2.1. In geval van gehele uitwinning	82
7.2.2. In geval van gedeeltelijke uitwinning	86
III. <i>Bijzonder deel – door de wet toegelaten afwijkende bedingen – analyse van het gebruik in de notariële praktijk</i>	87
1. Bedingen die de vrijwaringsplicht verzwaren – voor vrij en onbelast	88
1.1. Betekenis en draagwijdte van de clausule	89

SOMMAIRE

1.2. De notaris als conflictbeheerser	90
1.2.1. Inleidend	90
1.2.2. De plichten van conflictbeheerser beperken zich niet alleen tot een loutere redactie van de stijlclausule	91
1.2.3. Conflictbeheersing en confraterniteit	98
1.2.4. De invloed van zijn plichten op het vlak van de redactionele conflictbeheersing	99
1.2.4.1. Op het vlak van onderhandse verkoopovereenkomsten	99
1.2.4.2. Op het vlak van authentieke akten	104
2. Bedingen die de vrijwaringsplicht beperken of uitsluiten	105
2.1. Algemeen	105
2.2. Voor eigen daad	106
2.3. Voor daad van derden	107
2.4. Stijlclausule – erfdiensbaarheden	107
3. Gevolgen van de conventionele afwijkingen die de vrijwaringsplicht beperken of uitsluiten	109
3.1. Enkelvoudige en gekwalificeerde bedingen	109
3.2. Bijzonder vraagstuk van de kennis van verkoper en koper	111
4. Redactionele voorstellen en overwegingen	113
4.1. Inzake erfdiensbaarheden	113
4.2. Inzake staat en toestand	114
4.3. Inzake genot en gebruik	115
4.4. Voorkoop-, voorkeur- en wederinkooprechten	120
 IV. <i>Conclusies</i>	 122
 RÉSUMÉ	 124
 Overdracht van eigendom en risico en leveringsplicht bij verkoop van een onroerend goed (F. BUYSENS)	 131
 <i>Inleiding</i>	 133
 <i>Deel I. Overdracht van eigendom en risico</i>	 134
I. Algemeen	134
II. Tijdstip van de eigendomsoverdracht	135
1. Principe	135
2. Uitzonderingen	136
2.1. Wegens de aard van de verkoop	136

INHOUD

2.2. Conventioneel bepaalde uitzondering	137
2.3. Wettelijk bepaalde uitzondering	139
III. Belang van de eigendomsoverdracht	140
1. Faillissement	140
2. Vrijwaringsregeling voor verborgen gebreken	141
3. Overgang van risico	141
4. Beoordeling van de goede trouw in geval van dubbele verkoop	148
5. Genuanceerde uitzondering: benadeling voor meer dan zeven twaalfden	148
<i>Deel II. Levering</i>	153
I. Algemeen	153
II. Conformiteit van de verkochte zaak	155
1. Staat van het verkochte goed	156
2. Hoedanigheden en eigenschappen van het verkochte goed	161
2.1. Algemeen	161
2.2. Onderscheid niet-conforme levering, dwaling en verborgen gebrek	161
2.3. Eerste toepassing: de stedenbouwkundige en technische eigenschappen van het goed	165
2.4. Tweede toepassing: de oppervlakte van het verkochte goed	175
3. Toebehoren van het verkochte goed	181
3.1. Goederen onroerend door bestemming of blijvend gebruik	182
3.2. Overdracht van vorderingsrechten tegenover derden	183
3.3. Muurgemeenschap	190
<i>Besluit</i>	191
Le transfert de propriété et des risques et l'obligation de délivrance lors d'une vente d'un immeuble (résumé)	192
Vrijwaring voor verborgen gebreken (X. DESMET)	199
<i>Deel I. Klassieke wettelijke, jurisprudentiële en doctrinale grondslag van de vrijwaringsplicht van de verkoper</i>	202
A. Afbakening	202
B. Vijf toepassingsvoorwaarden voor vrijwaring voor verborgen gebre- ken	204
Kluwer Rechtswetenschappen België	465

SOMMAIRE

C. Vrijstelling of niet-toepassing van de vrijwaring voor verborgen gebreken	212
D. Keuzerecht van de koper die zich kan beroepen op de vrijwaring tussen 1. ontbinding of 2. prijsvermindering	216
E. Implicatie van het Bodemsaneringsdecreet op de leer van de verborgen gebreken	219
<i>Deel II. Recente nieuwe wettelijke regelgeving met Europese inslag</i>	221
<i>Deel III. Conventionele afwijkingen</i>	224
Garantie des vices cachés (sommaire)	237
Conflictbeheersing in vennootschappen – Corporate governance: ook voor de notaris? (F. WUYTS)	241
<i>1. Inleiding</i>	243
1.1. De vennootschap als bron van conflicten	243
1.2. Conflictbeheersing	246
1.3. Corporate governance	247
<i>2. De Belgische codes inzake corporate governance</i>	250
2.1. Algemeen	250
2.2. Raad van bestuur	252
2.2.1. Rol	252
2.2.2. Samenstelling	253
2.2.3. Werking	254
2.3. Aandeelhouders en commissarissen-revisoren	255
<i>3. Enkele aandachtspunten inzake corporate governance bij de redactie van statuten</i>	256
3.1. Samenstelling van de raad van bestuur	257
3.2. Werking van de raad van bestuur bestaande uit twee leden	260
3.3. Belangenconflicten in de raad van bestuur	263
3.4. Belangenconflicten in de algemene vergadering	266
3.5. Jaarverslag	269
3.6. Bijlage: enkele aangepaste clausules (voor de N.V.)	270

INHOUD

4. <i>Besluit</i>	271
Gestion de conflits en matière de sociétés – Corporate governance: également pour le notaire? (résumé)	273
DEEL 2. CONFLICTBEËINDIGING/DEUXIÈME PARTIE. LA RÉSO- LUTION DES CONFLITS	277
L'arbitrage et le notariat (G. KEUTGEN et P. NICAISE)	279
<i>Introduction</i>	281
<i>Section I. Nature de l'arbitrage</i>	281
1. Définition	281
2. Caractéristiques	281
A. Le caractère contractuel de l'arbitrage	282
B. Le caractère juridictionnel de l'arbitrage	283
<i>Section II. Propriétés de l'arbitrage</i>	284
1. Avantages	284
2. Inconvénients et limites	287
<i>Section III. Types d'arbitrage</i>	290
1. Arbitrage institutionnel	290
2. Arbitrage <i>ad hoc</i>	292
<i>Section IV. Domaines de l'arbitrage en rapport avec le notariat</i>	292
1. Principe	292
2. Exceptions	293
3. Applications au monde notarial	294
<i>Section V. Tribunal arbitral</i>	295
1. Qualification des arbitres	295
2. Nombre d'arbitres	297
3. Désignation des arbitres	297

SOMMAIRE

4. Indépendance et impartialité des arbitres	298
5. L'arbitre amiable compositeur	300
<i>Conclusion</i>	301
De arbitrage en het notariaat (samenvatting)	303
De bindende derdenbeslissing in het notariaat (K. BROECKX) ..	305
<i>I. Inleiding</i>	307
<i>II. Toepassingsgebied</i>	309
<i>III. Gevolgen</i>	314
a) Opschortende exceptie	314
b) Bindende kracht	314
c) Geen uitvoerbare titel	315
d) Procedure	315
<i>IV. Toetsingsbevoegdheid van de rechter</i>	315
a) Wat de inhoud betreft	316
b) Wat de vorm betreft	318
<i>V. Onderscheid met arbitrage</i>	318
<i>VI. Belang en voordelen van de bindende derdenbeslissing</i>	319
Tierce décision obligatoire dans le notariat (résumé)	321
De rol van de notaris bij de gerechtelijke vereffening-verdeling (I. VAN OPSTAL)	323
<i>I. Inleiding</i>	325
<i>II. Aanvang van de procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling</i> <i>voor de rechter</i>	326
1. De dagvaarding	326

INHOUD

2. Het vonnis	327
A. Aanstelling van de notarissen	327
B. Inhoud van het vonnis	330
C. Kennisname van het vonnis	330
<i>III. Inschakeling van de notaris in de procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling</i>	331
1. De voorbereidende werkzaamheden	331
2. De notaris stelt de inventaris op	331
3. De notaris stelt het proces-verbaal van de opening der werkzaamheden op	333
A. De taak van de notaris om gegevens te onderzoeken	335
B. De bemiddelingstaak	338
4. De notaris stelt de staat van vereffening-verdeling op	339
5. Houding van de partijen ten overstaan van de staat van vereffening-verdeling	344
6. Interventies die zich in de loop van de notariële fase kunnen voordoen	349
1. Tussenkomsst van de schuldeisers	349
2. Tussentijdse geschillen in de loop van de procedure	350
7. Schematisch overzicht van de rol van de notaris bij de gerechtelijke vereffening-verdeling in het kader van de conflictbemiddeling ..	352
<i>IV. Het vervolg van het geding in de procedure van de gerechtelijke vereffening-verdeling</i>	354
1. Aanhangig maken bij de bevoegde rechter	354
2. Houding van de rechter	354
<i>V. Besluit</i>	355
Le rôle du notaire dans la procédure de la liquidation-partage (résumé)	358
Conflictbemiddeling bij rangregeling: afbakening van de notariële taak (B. VAN OPSTAL)	361
<i>I. Inleiding</i>	363
<i>II. Welke schuldeisers zijn partij bij de rangregeling?</i>	364
Kluwer Rechtswetenschappen België	469

SOMMAIRE

<i>III. Voorwerp van de rangregeling</i>	370
<i>IV. Minnelijke rangregeling</i>	376
<i>V. Doorhaling van de inschrijvingen</i>	379
<i>VI. Rangregeling bij verkoop uit de hand na beslag</i>	384
Synthèse	388
L'arbitrage, la tierce décision obligatoire, la commission du notaire par justice – Aspects déontologiques (J.-L. LEDOUX)	391
<i>Introduction générale</i>	393
<i>Chapitre I. L'arbitrage</i>	397
Introduction	397
Section 1. Désignation du (des) arbitre(s) – Mise en place du tribunal arbitral	398
§ 1. Nombre d'arbitre(s)	398
§ 2. Désignation par un tiers	398
§ 3. Egalité des parties	399
§ 4. L'intervention d'un tiers	400
Section 2. Impartialité et indépendance de l'arbitre	401
§ 1. Notions	401
§ 2. Sanction: la récusation	401
§ 3. Le notaire arbitre	402
Section 3. Responsabilité des arbitres	403
Section 4. Honoraires des arbitres	404
Section 5. Arbitre amiable compositeur	404
<i>Chapitre II. La tierce décision obligatoire</i>	405
Introduction	405
§ 1. Notions	405
§ 2. Fondement	406
§ 3. Exemples	406
Section 1. Arbitrage et tierce décision obligatoire: deux sphères de décision différentes	406

INHOUD

Section 2. Le notaire tiers décideur	407
§ 1. Pas de cloisonnement avec la fonction notariale	407
§ 2. Compétence de la chambre de discipline	408
§ 3. Impartialité: différence avec magistrat et arbitre	409
§ 4. Honoraires	410
<i>Chapitre III. La commission du notaire par justice</i>	411
Introduction	411
Section 1. Quelques traits des différents types de commissions du notaire par justice	413
Section 2. Impartialité, indépendance du notaire commis	415
§ 1. Désignation	415
§ 2. En cours de mission	419
Section 3. Et le droit d'intervention?	420
Section 4. La rémunération du notaire commis par justice	421
Conclusion	422
<i>Conclusion générale</i>	423
<i>Bibliographie</i>	424
Samenvatting	428
DEEL 3. CONFLICTBEMIDDELING/TROISIÈME PARTIE. LA MÉDIATION DES CONFLITS	433
Bemiddeling, wat is dat?	
Onderhoud met de notaris van de familie DUBOIS (H. CASMAN)	435
La médiation, mais qu'est-ce que c'est?	
Entretien avec le notaire de la famille DUBOIS (H. CASMAN) ..	447
INHOUD/SOMMAIRE	459

SOMMAIRE

Voor vertaalwerk werd beroep gedaan op Sabine DEKUNDT, Françoise LECONTE, Marc DENS, Jacques ISTAS, Michel SMETS en Jean-Marie DE MEULDER.

Pour les traductions on a fait appel à Sabine DEKUNDT, François LECONTE, Marc DENS, Jacques ISTAS, Michel SMET et Jean-Marie DE MEULDER.