

Les donations dans un contexte international

Guide pratique

Patrick WAUTELET

Professeur à l'U.Lg.

Instrument important de la planification successorale, la donation n'échappe pas au mouvement d'internationalisation qui caractérise la pratique contemporaine¹. Pour tenter de saisir les difficultés que peut poser ce mouvement, ce texte abordera une série de questions sélectionnées dans le but de permettre au praticien d'aborder avec le plus grand confort et le plus de fermeté les interrogations que suscitent les donations dans un contexte international². La méthode ne permettra sans doute pas de garantir une quelconque exhaustivité dans le traitement réservé aux aspects internationaux des donations³. Elle présente cependant l'avantage notable de mieux coïncider avec le raisonnement qu'un praticien est susceptible de mettre en œuvre.

Section 1.

Comment le droit international privé appréhende-t-il les donations ?

Avant toute chose, il importe de souligner que le droit international privé n'appréhende pas les donations au moyen d'une règle unique. Les donations ne

¹ M. Geelhand de Merxem évoquait en 2009 une augmentation significative des actes de donation présentant une dimension internationale (N. GEELHAND DE MERXEM, « De invloed van extraneiteitselementen op de heffing van het schenkingsrecht », *T.E.P.*, 2009, (p. 261), p. 262, n° 333).

² Le présent texte s'appuie sur et prolonge notre réflexion sur les aspects internationaux des libéralités, qui a déjà connu une première concrétisation in « Les donations : questions choisies de droit international privé », *Chron. not.*, vol. 45, 2007, pp. 521-555.

³ Pour un récent exposé d'ensemble, on lira avec intérêt les pages que M. van Boxstael consacre à la donation dans son traité : J.-L. VAN BOXSTAELE, *Code DIP. Premiers commentaires*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 203-209.

font pas l'objet d'une catégorie de rattachement bien définie, qui conduirait à la désignation d'une loi unique. Au contraire, le raisonnement de droit international privé est respectueux de la nature plurielle des donations, institutions qui intéressent des règles juridiques fort diverses. Ceci explique que l'on ne trouvera pas dans le Code de droit international privé, ni dans aucun autre instrument de droit international privé, de disposition visant à mettre en place un cadre global pour les donations. Il faut au vrai puiser la solution dans des règles diverses qu'il importera de croiser. Tantôt la donation sera considérée dans sa dimension contractuelle, tantôt c'est l'impact de l'ouverture de la succession d'une partie qui prendra le dessus, tantôt encore le praticien devra être attentif à la qualité particulière du donateur ou du donataire, qui appelle l'application d'une règle spécifique. Il faut également tenir compte de l'éventuelle influence de la loi réelle sur certaines questions que peuvent soulever les donations.

Il faut bien s'entendre sur les conséquences de l'approche mosaïque retenue : les différentes règles qui ont vocation à appréhender les donations doivent être conjuguées. Il n'est pas question de préférer une règle à une autre ou de n'en retenir qu'une seule à l'exclusion des autres. C'est au contraire en réunissant les différentes règles pertinentes que l'on obtiendra une vision complète de la donation. Ceci complique singulièrement la mission du praticien. Le raisonnement de droit international privé n'est cependant sans doute pas plus complexe à mettre en œuvre que l'approche civile, elle aussi caractérisée par la diversité des perspectives intéressant la donation. Les différentes règles pertinentes seront abordées dans la suite chacune individuellement.

Section 2.

Quel est l'impact des considérations fiscales ?

L'environnement fiscal a un impact certain sur les donations. Le coût fiscal d'une donation joue en effet un rôle non négligeable dans la motivation des parties. En outre, bien conseillées, les parties à une donation tiendront compte du coût fiscal *futur* d'une opération. L'une des préoccupations majeures en pratique apparaît être la règle dite des « trois ans » – la loi fiscale belge prévoit en effet que pour le calcul de la masse soumise à l'impôt successoral, il sera tenu compte des libéralités effectuées par le défunt pendant les trois années qui précèdent son décès, si elles n'ont pas été soumises au droit d'enregistrement prévu pour les donations⁴.

⁴ Article 7 du Code des droits de succession. Voy. récemment E. NAVEZ, « De la délicate applicabilité de l'article 7 du Code des droits de succession dans les situations transfrontières », *J.T.*, 2010, pp. 346-348 et aussi l'étude impressionnante de N. GEELHAND DE MERXEM, « De invloed van extraneiteitselementen op de heffing van het schenkingsrecht », *op. cit.*, pp. 261-317.

Il est important de bien comprendre que le raisonnement fiscal est indépendant de l'approche civile. Il n'y aura pas de coïncidence nécessaire entre les deux approches. La circonstance que la donation est régie par le droit belge, par exemple parce que les parties ont exprimé un choix pour la loi belge (*infra*), ne signifie pas qu'il reviendra à la Belgique de taxer la donation.

Prenons l'exemple d'une donation d'un portefeuille-titres appartenant à un résident belge, qui en a confié la gestion à un établissement bancaire français. Si la donation s'effectue sans autre forme, c'est le droit belge qui s'appliquera par principe à la donation, du moins dans sa dimension contractuelle (*infra*). Il n'est cependant pas exclu que la donation donne lieu à taxation en France. Pour le vérifier, il conviendra d'analyser les législations fiscales des pays intéressés⁵, en ne négligeant pas les éventuelles conventions qui les lieraient⁶. De même, une donation, par une personne qui réside en Belgique à une autre qui y réside également, d'un immeuble situé en France sera, en l'absence de choix de loi par les parties, soumise à la loi française, du moins en ce qui concerne la dimension contractuelle de l'opération (*infra*). Ceci ne signifie nullement que seule la France pourra taxer l'opération^{7 8}.

Si les deux raisonnements sont distincts, il sera en pratique souvent nécessaire de conjuguer le raisonnement de droit civil à celui dicté par la loi fiscale. Ainsi, pour déterminer si un actif situé à l'étranger qui a fait l'objet d'une donation avant le décès du donateur, un résident belge, doit être mentionné dans une déclaration de succession, il faudra s'interroger sur la date à laquelle cette donation est intervenue. Cette date devra être puisée dans les règles civiles, le droit fiscal ne disposant pas de règles particulières pour déterminer la date

⁵ Pour la France, voy. le récent ouvrage de R. GENTILHOMME, M. HERAIL, E. FOUCHÉ et al., *Fiscalité des mutations à titre gratuit et des partages*, Paris, Defrénois, 2010, 382 p.

⁶ À ce sujet, il est important de garder à l'esprit que la Belgique et la France ne sont pas liées pour les donations par une convention tendant à éviter les doubles impositions (la convention belgo-française du 20 janvier 1959 tendant à éviter les doubles impositions ne s'applique en effet pas aux donations).

⁷ Lorsque ni le donataire, ni le donateur ne résident en France, la donation peut, aux termes de l'article 750ter, 2° du Code général des impôts, également faire l'objet d'une imposition en France si elle porte sur un bien français. Un bien immobilier situé en France est assurément un bien français. Il y aura dès lors en principe imposition en France. Le taux de taxation et les modalités sont fonction de nombreux paramètres – l'immeuble est-il par exemple détenu directement par le donateur ou est-il détenu indirectement par le biais d'une société civile immobilière ? Pour l'ensemble de ces questions, on consultera la littérature spécialisée. Voy. par exemple P. JULIEN SAINT-AMAND et B. SAVOURÉ, « Acquisition immobilière en France dans un contexte franco-belge et stratégies d'optimisation de la détention et de la transmission – aspects juridiques et fiscaux », in *Ingénierie patrimoniale. Questions particulières dans un contexte franco-belge*, F. DERÈME (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 311 et s.

⁸ On trouvera dans l'étude de M. Geelhand de Merxem un aperçu fort complet des différents critères qui fondent, en droit comparé, la taxation des donations, ainsi qu'une étude des mécanismes permettant d'éviter la double imposition : N. GEELHAND DE MERXEM, « De invloed van extraneiteitslementen op de heffing van het schenkingsrecht », *op. cit.*, pp. 261-317, spéc. pp. 268-281.

d'une donation⁹. Puisque, par hypothèse, la donation présente un élément d'extranéité, il importe d'avoir égard aux règles de droit international privé pour déterminer quel droit est pertinent s'agissant d'identifier la date de la donation¹⁰.

Pour qu'une donation remplisse bien son rôle, il importe dès lors de combiner les deux approches. En bonne pratique, l'on prendra comme point de départ les considérations fiscales, celles-ci pesant le plus souvent d'un poids déterminant dans l'opération¹¹. Une fois l'impact des considérations fiscales analysé, il sera possible de vérifier que l'analyse civile permet de conforter l'opération envisagée.

Section 3.

Peut-on choisir le droit applicable à une donation ?

Sous-section 1.

La donation comme contrat

Aux yeux de l'international-privatiste, habitué à raisonner en plaçant les questions qui s'offrent à lui dans des catégories de rattachement, la donation est avant tout un contrat liant le donataire au donateur. À ce titre, le premier réflexe du praticien confronté à une difficulté liée à une donation doit être de consulter les termes de la donation. C'est en effet la volonté des parties qui prime et qui doit être consultée par priorité.

Si l'importance essentielle des termes de la donation ne doit pas être ignorée, il n'en reste pas moins que les dispositions arrêtées par les parties ne sauraient épuiser l'ensemble des difficultés que suscitent les donations dans un contexte international. Il en va tout d'abord ainsi parce que de nombreuses donations ne feront l'objet que de dispositions sommaires. Si l'ingénierie contractuelle s'impose progressivement aux notaires et autres praticiens de la planification successorale, rendant de plus en plus complexes les actes qu'ils proposent aux

⁹ Voy., sur ce point, par exemple les explications de M. DONNAY et A. CULOT, « Droits de succession et de mutation par décès. Taxe compensatoire des droits de succession », *Rép. not.*, t. XV, I. II, Larcier, 2009, pp. 221-222, n° 8. MM. Donnay et Culot expliquent que « [...] bien souvent la loi fiscale utilise, pour fixer les règles selon lesquelles les impôts sont dus et perçus, des mots et des expressions déjà utilisés dans les lois civiles ou commerciales. Dans ce cas, et sauf disposition contraire, ces mots et expressions doivent être entendus avec la signification qui leur est donnée en droit commun ».

¹⁰ *Infra* sur la détermination de la date d'une donation réalisée à l'étranger.

¹¹ M^{me} Revillard note que la fiscalité est la « principale source de difficulté » s'agissant des donations entre vifs qui présentent une dimension internationale (M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, 7^e éd., Paris, Defrénois, 2010, p. 430, n° 774).

parties¹², de nombreuses donations demeurent soumises à des écrits fort laconiques. En outre, il ne faut pas oublier qu'une partie importante des donations ne fera pas l'objet de dispositions écrites. Enfin, et surtout, les dispositions arrêtées par les parties ne sauraient suffire à elles seules. Ces dispositions pourraient en effet se révéler imprécises et appeler une démarche interprétative. L'on pourrait également s'interroger sur la validité de telle ou telle disposition arrêtée par les parties.

Pour toutes ces raisons, il est essentiel d'identifier la loi qui est appelée à régir la donation. Comme pour le contrat de mariage, cette loi a vocation à intervenir *en appui* des dispositions arrêtées par les parties – pour compléter la volonté des parties et offrir des règles d'interprétation de celle-ci. Elle permet également de trancher d'éventuelles questions relatives à la validité des stipulations d'une donation.

Pour déterminer la loi applicable à la donation, il ne fait aucun doute que, dans la mesure où la donation constitue un contrat, il convient de faire appel aux règles contenues dans le Règlement Rome I¹³. Celui-ci est applicable aux donations en général – à l'exclusion des donations qui intéressent en première ligne les relations familiales. On a beaucoup écrit sur l'incertitude qui subsisterait à propos de l'application du Règlement aux donations entre membres d'une même famille¹⁴. Il nous semble cependant que la lecture des dispositions du Règlement ne permet pas de conclure que les auteurs du texte ont entendu exclure son application aux donations, même à celles qui unissent des membres d'une famille¹⁵.

Pour bien comprendre ce qui justifie cette appréciation, il faut tenir compte de deux éléments. Le premier a trait à l'ambition limitée du Règlement Rome I. Ce Règlement ne vise à apporter de solution aux conflits de lois qu'à l'égard des seules obligations contractuelles. Ceci se déduit de son titre même. Hors de ces obligations, le Règlement n'a pas vocation à intervenir. Dès lors qu'une

¹² Il suffit pour s'en rendre compte de consulter les écrits spécialisés qui proposent des formules et opérations de plus en plus complexes – parfois même assorties d'un avertissement destiné aux praticiens à qui il est indiqué que les suggestions sont faites à titre « scientifique », sans garantie de succès en pratique... – voy. R. BARBAIX, « De schenking als successieplanningsinstrument. Civielrechtelijke grenzen aan de contractvrijheid », *T.E.P.*, 2008, pp. 190-276.

¹³ Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.U.E.*, n° L-177/6, 4 juillet 2008.

¹⁴ Voy. dernièrement L. SAMYN, « De mogelijkheid tot en de grenzen aan een rechtskeuze in een schenking voor een Belgische notaris », *T.E.P.*, 2010, pp. 36-55, spéc. pp. 39-41 et les références citées, notamment à la note 19.

¹⁵ Certains auteurs retiennent d'ailleurs l'application des règles issues du Règlement Rome I sans évoquer nullement les difficultés liées à son champ d'application matériel en rapport avec les donations. Voy. H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Paris, Litec, 2010, p. 287, n° 745 et p. 288, n° 751 ; J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires, op. cit.*, p. 203, n° 100.

relation entre parties fait naître des obligations contractuelles, le Règlement devient par contre le premier point de référence du juriste belge¹⁶. Or, la donation est par nature une institution contractuelle, fondée sur la volonté des parties. *Prima facie*, toute donation est dès lors susceptible de bénéficier de l'application des dispositions du Règlement¹⁷.

Il faut cependant tenir compte des exclusions que prévoit le Règlement. L'article 1, § 2 du Règlement exclut en effet de son champ d'application certaines questions. L'on trouve parmi la liste des domaines exclus, d'une part, les « obligations découlant des relations de famille » et, d'autre part, les « obligations découlant des régimes matrimoniaux [...] et des successions ». Ces exclusions sont importantes. Elles ne remettent pas en cause l'applicabilité de principe du Règlement aux donations. La seconde exclusion permet d'exclure l'application du Règlement Rome I aux obligations contractuelles qui intéressent les régimes matrimoniaux et les successions – l'on pense pour ce dernier élément aux pactes successoraux. Si une donation entretient d'étroits rapports avec la succession du donateur, elle n'en demeure pas moins une institution distincte tant de la succession que du régime matrimonial. À ce titre, cette exclusion ne nous semble pas avoir d'impact sur l'applicabilité de principe du Règlement aux donations. Il est plus difficile de déterminer la portée exacte de l'exclusion des obligations « découlant des relations de famille ». La description est en effet quelque peu équivoque¹⁸. Elle semble indiquer que seules les obligations qui naissent en raison de l'existence d'un lien familial sont visées par l'exclusion¹⁹. Si cette lecture est retenue, il n'y a pas lieu de priver les donations intrafamiliales du bénéfice du Règlement. L'on conviendra en effet que si une telle donation s'appuie sur les liens d'affection qui unissent les membres d'une famille, elle ne constitue pour ces membres qu'une faculté et non une obligation. En tout état de cause, une donation ne peut pas être comprise comme « découlant » de relations familiales.

¹⁶ Puisque le Règlement Rome I constitue le droit commun des contrats internationaux. Il emprunte ce caractère notamment à sa nature universelle (art. 2) qui lui permet de conserver sa pertinence même s'il conduit à l'application du droit d'un État non lié par le Règlement, et à la primauté dont il bénéficie en raison de son origine européenne.

¹⁷ Il en va autrement des donations à cause de mort qui constituent des dispositions de dernière volonté et non des contrats (*infra* – question 4).

¹⁸ Sans doute faut-il voir dans cette exclusion la volonté de ne pas permettre l'intervention des règles européennes dans des matières qui, dans les États membres, ne sont pas laissées à la libre disposition des parties.

¹⁹ Cette lecture semble confirmée par la comparaison avec les versions allemande (« [...] Schuldverhältnisse aus einem Familienverhältnis [...] ») et néerlandaise du Règlement (« [...] verbintenissen die voortvloeien uit familierechtelijke betrekkingen [...] »).

Au total, il nous semble que le Règlement ne doit s'effacer que lorsque la donation soulève une question directement liée à une relation familiale et pour autant que la solution à cette question échappe au domaine contractuel.

Pour n'évoquer que l'exemple d'une donation entre époux, le Règlement conserve à notre sens sa vocation à régir cette donation, du moins dans la mesure où la question posée intéresse le statut contractuel de la donation. C'est dès lors au Règlement qu'il faudra faire référence pour déterminer comment interpréter les termes d'une telle donation ou encore quel est le délai de prescription des obligations qu'engendre la donation²⁰. Par contre, une donation de cette nature peut susciter des questions qui tiennent spécifiquement à la nature des liens unissant les parties. C'est le cas de l'*admissibilité* même d'une donation entre époux ou encore de la possibilité pour ceux-ci de la révoquer. L'on verra *infra* que la révocation d'une donation intéresse sa nature contractuelle. Il n'en reste pas moins que lorsque cette question est soulevée entre époux en raison de la qualité même des parties à la donation, la question intéresse directement une institution familiale. Elle échappe dès lors au domaine contractuel. Ceci ne signifie pas pour autant que le Règlement Rome I n'a aucune prise sur cette donation. Même réalisée entre époux, la donation demeure un contrat qui, à ce titre, appelle l'application du Règlement.

Une fois déterminé que le Règlement a bien vocation à s'appliquer à la donation, il faut bien s'entendre sur la portée des règles qu'il contient. Le Règlement n'a pas l'ambition d'appréhender la donation sous toutes ses facettes. Il se limite aux seules questions contractuelles – au rang desquelles on doit par exemple compter les conditions de consentement, de cause et d'objet. On trouvera à l'article 12 du Règlement Rome I une énumération, non limitative, des questions qui sont régies par la loi du contrat. Parmi ces questions, l'on peut relever l'interprétation de la donation, l'exécution des obligations qu'elle fait naître, les divers modes d'extinction des obligations ainsi que les conséquences de l'inexécution par une partie de ses obligations.

Ainsi, si l'on s'interroge sur la conséquence de la disparition de la cause d'une donation sur le sort de celle-ci, il nous semble que la réponse à cette question devrait se trouver dans la loi du contrat²¹. De même, les questions liées à la révocation d'une donation doivent-elles être appréhendées sur la base de la loi applicable à celle-ci dans sa dimension contractuelle. La révocation d'une donation constitue en quelque sorte une résiliation de celle-ci. À ce titre, il n'est pas contestable qu'il s'agit d'un mode d'extinction des obligations qui

²⁰ Voy. *infra*, sur l'ampleur de l'emprise de la loi contractuelle sur la donation.

²¹ Pour le dernier état de la question en droit belge, voy. P. MOREAU, « La théorie de la caducité des libéralités pour disparition de leur cause est-elle "caduque" », *Rev. not. belge*, 2010, pp. 694-754.

sont nées de la donation. C'est dès lors à la loi contractuelle qu'il appartient de déterminer quelle est la force de la règle « donner et retenir ne vaut »²². Si la donation est soumise au droit belge ou au droit français, l'irrévocabilité est la règle. Cette règle ne semble pas être contestée lorsque la révocation se fonde sur une cause prévue par la loi – comme l'ingratitude du donataire²³. Il doit en aller de même de la révocation pour cause d'inexécution des charges. Celles-ci sont stipulées dans la donation. Rien ne permet cependant de retenir une autre analyse à son endroit²⁴. De même, il nous semble que c'est la loi de la donation en tant que contrat qu'il faut interroger pour déterminer si le donateur peut, à l'occasion d'un acte ultérieur, renoncer à l'action en révocation dont il dispose – par exemple à l'occasion de l'aliénation par le donataire à un tiers de l'immeuble reçu en donation, le tiers souhaitant se prémunir contre les effets de la révocation de la donation par le donateur²⁵.

Sous-section 2.

Le choix de la loi applicable à la donation

La première règle sur laquelle se fonde le Règlement Rome I est celle du libre choix par les parties à la donation. Il est loisible aux parties de sélectionner le droit qu'elles souhaitent appliquer à leur donation²⁶. Le Règlement Rome I confère à ce propos une fort grande liberté aux parties. Il ne leur est même pas

²² H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 289, n° 757.

²³ H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 289, n° 757.

²⁴ On sera cependant attentif au fait qu'une incertitude règne sur le sort de la révocation pour cause de survenance d'enfants. En France, certains auteurs suggèrent de rattacher cette question à la loi successorale. Cons. M^{me} Peroz et M. Fongaro qui retiennent au contraire la loi applicable à la donation comme contrat (H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., pp. 289-290, n° 757).

²⁵ Dans la pratique, cette renonciation ira bien souvent de pair avec une renonciation à l'exercice du droit de retour généralement également stipulé au profit du donateur. On connaît la formule classique : « [les donateurs] ont déclaré renoncer en faveur de l'acquéreur et en ce qui concerne l'immeuble vendu, tant au droit de retour conventionnel stipulé dans l'acte de donation, qu'à l'action révocatoire leur profitant en cas d'inexécution des charges de ladite donation ». Sur la renonciation au droit de retour, voy. *infra*.

²⁶ Il est difficile de déterminer si cette règle peut s'appliquer en tant que telle aux donations indirectes. Soit le titulaire d'une assurance-vie qui procède à la désignation d'un tiers-bénéficiaire. Il est accepté que ceci peut constituer une donation indirecte d'un contrat d'assurance (voy. en particulier M. GRÉGOIRE, « La donation d'un contrat d'assurance ? », *Notamus*, 2007, pp. 44-48). Faut-il considérer que cette désignation doit être, dans la mesure où elle emporte donation, soumise aux règles qui forment le droit commun de la donation ? Ou doit-on au contraire s'en remettre à la loi qui est applicable à l'acte juridique qui réalise la donation ? La question est sans doute dénuée d'importance pratique puisque les actes qui réalisent une donation indirecte seront principalement des conventions, elles-mêmes soumises à la loi d'autonomie. Il n'en reste pas moins que cette question peut intriguer.

nécessaire de sélectionner la loi d'un État qui posséderait un lien avec l'opération. Les parties peuvent en outre panacher leur choix²⁷.

Cette approche libérale ne doit pas tromper: en pratique, la loi choisie est destinée à compléter un contrat, suppléant à ses éventuelles carences. Il est donc nécessaire de sélectionner une loi qui permettra au minimum de valider l'opération. En outre, la sagesse et le bon sens commandent de sélectionner une loi avec laquelle les conseils des parties sont suffisamment familiarisés. Il leur appartiendra en effet de vérifier que la loi choisie permet de valider l'opération. En pratique, si les parties sont conseillées par une étude notariale belge ou un autre professionnel belge (avocat, «estate planner», banquier, etc.), il est fortement conseillé de soumettre la donation à la loi belge. C'est cette loi qui permettra de vérifier en toute confiance la solidité des dispositions contractuelles proposées aux parties.

Si, pour des raisons diverses, les parties souhaitent sélectionner une loi étrangère, il importe de vérifier que les dispositions arrêtées sont conformes aux principes de base du droit étranger. Une donation d'effets mobiliers peut avoir un visage différent en droit belge et en droit suisse. Une étude notariale belge hésitera dès lors à utiliser le modèle dont elle dispose, lorsque les parties souhaitent l'application du droit suisse²⁸.

À titre d'exemple, l'on pourra s'inspirer de la clause de choix de loi suivante :

« La présente donation est régie par le droit belge »²⁹.

Le choix de loi peut bien entendu figurer dans une donation notariée. Il peut également être inséré dans un pacte adjoint par lequel le donataire reconnaît avoir reçu un don et les parties arrêtent des dispositions³⁰.

²⁷ Cette dernière technique est à utiliser avec une extrême précaution. Le dépeçage d'une donation ne présentera que fort rarement un intérêt concret. Lorsque c'est le cas, l'intérêt de cette technique doit être soigneusement apprécié à la lumière des difficultés qu'elle est susceptible de causer.

²⁸ À titre d'exemple, le modèle de donation avec pacte adjoint proposé par M. de Wilde d'Estmael (*Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale. Introduction à la programmation successorale*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 384 et s.) contient plusieurs références à des dispositions du Code civil belge – notamment aux articles 951 et 952. Il prévoit également des dispositions relatives à l'attribution du produit des aliénations des valeurs données dont il n'est pas certain qu'elles soient nécessaires si le droit suisse s'applique à la donation.

²⁹ *Comp.* avec la formule proposée par M^{me} Peroz et M. Fongaro: « La présente donation est soumise, quant à sa formation et à ses effets du vivant du donateur, à la loi française » (H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 288, n° 752). La limitation de l'emprise de la loi choisie à certaines questions nous semble inutile, voire dangereuse.

³⁰ Une rédaction différente s'impose lorsque le choix de loi figure dans un pacte adjoint. On peut s'inspirer de la rédaction suivante: « Les parties reconnaissent que le don est régi par le droit belge ».

Sous-section 3.

**Les restrictions à la liberté de choix
et à l'application de la loi choisie**

La possibilité offerte par le droit international privé aux parties à une donation, de sélectionner la loi qui gouverne celle-ci, permet de consolider une donation. Il faut cependant manier cet instrument avec prudence. La loi choisie n'est en effet pas toute-puissante. Comme dans tout raisonnement contractuel, il importe de tenir compte de l'impact des lois d'application immédiate. Celles-ci s'imposent à toute donation, quelle que soit la loi sélectionnée par les parties, comme le rappelle l'article 9 du Règlement³¹. On pense par exemple à l'article 900 du Code civil, qui prévoit que dans les dispositions entre vifs, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs sont réputées non écrites. Il n'est pas exclu que cette disposition constitue une loi d'application immédiate³².

Une autre hypothèque qui pourrait peser sur la donation a trait à l'irrévocabilité de principe des donations en droit belge³³. Cette règle fait périodiquement l'objet de remises en question dans la doctrine. Elle n'en constitue pas moins un principe central du droit belge des libéralités. Si la donation est suffisamment liée à la Belgique – par exemple parce que les parties résidaient en Belgique au moment de la donation –, il faut demeurer attentif à l'impact que cette règle pourrait avoir sur la donation³⁴. Un choix par les parties, même devant un notaire néerlandais, pour le droit néerlandais³⁵, ne pourrait à notre

³¹ Disposition à laquelle l'article 21 du Code fait écho pour les donations qui échappent au Règlement Rome I.

³² H. MUIR WATT et D. BUREAU, *Droit international privé*, 2^e éd., t. II, Paris, PUF, 2010, p. 252, n° 855 et B. ANCEL, v° *Donation, donation entre époux*, in *Rép. dr. int.*, Paris, Dalloz, 2005, n° 8.

³³ Sur l'hypothèse d'une donation accompagnée d'une renonciation anticipée à exercer une action en réduction, comme permis en droit français, voy. *infra*. Il nous semble que cette hypothèse ne nécessite pas de s'interroger sur l'existence d'une éventuelle loi d'application immédiate qui interdirait en droit belge aux héritiers réservataires de renoncer anticipativement à leurs droits.

³⁴ M^{me} Samyn évoque l'impact potentiel de l'article 984 du Code civil au titre de loi d'application immédiate, sans toutefois se prononcer sur la question de savoir si la règle de l'irrévocabilité constitue une loi d'application immédiate (« De mogelijkheid tot en de grenzen aan een rechtskeuze in een schenking voor een Belgische notaris », *op. cit.*, pp. 48-50, n° 91). M. Delboo et al. évoquent également la question sans se prononcer de manière ferme (M. DELBOO, G. DEKNUDT et I. VERHULST, *Het Wetboek IPR en vermogensplanning*, Waterloo, Kluwer, 2005, pp. 55-56).

³⁵ Dont on sait qu'il adopte une position plus souple à l'égard de la révocabilité des donations depuis la réforme de 2003 – voy. l'article 7-177, al. 2 du Code civil néerlandais et les observations de J. B. VEGTER, « Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking », *WPNR*, 2008, n° 6744, pp. 167-172, ainsi que celles de R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking. Hoe anders is de overeenkomst schenking en waarom? Rechtsvergelijkende studie van het contractuele statuut van de schenking*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 555 et s., n°s 654 et s.

estime protéger la donation contre l'application d'autorité du principe belge d'irrévocabilité³⁶.

L'application des règles impératives est d'autant plus vive que la donation est liée à la Belgique. L'on sait que de nombreux résidents belges choisissent de faire appel au concours d'un notaire étranger pour recevoir leur donation³⁷. En pratique, ces donations sont le plus souvent expressément soumises au droit belge³⁸. Si les parties choisissent cependant de faire régir la donation par un droit étranger, il est du devoir des praticiens d'attirer l'attention des parties sur l'impact possible des dispositions d'application immédiate qui trouveront dans ces situations délocalisées un terrain d'élection.

Il faut également demeurer attentif à l'impact des dispositions impératives lorsque la donation n'est délocalisée qu'en raison du seul choix d'un droit étranger par les parties. L'hypothèse n'est sans doute pas fréquente. Elle n'est pour autant pas exclue. Voici un donateur et un donataire qui conviennent que la donation, réalisée en Belgique et portant sur un actif qui y est situé, sera soumise à un droit étranger. Le choix d'une loi étrangère est parfaitement valable. Il n'en reste pas moins qu'un tel choix n'aura qu'un impact limité sur la donation. L'article 3, alinéa 3 du Règlement prévoit en effet que ce choix ne peut « porter atteinte aux dispositions » auxquelles la loi belge ne permet pas de déroger par contrat. La limitation est importante : sont en effet visées par ce mécanisme non pas les lois d'application immédiate, qui demeurent malgré tout peu nombreuses, mais bien l'ensemble des dispositions du droit belge qui s'imposent aux parties.

Sous-section 4.

Le statut de la donation en l'absence de choix de loi

Le contrat de donation ne prévoira pas toujours de clause de choix de loi. Ce sera le cas lorsque la donation ne fait pas l'objet d'un écrit. Quel sort réserver à une donation en l'absence de choix de loi ?

En l'absence d'une telle clause, les principes pertinents permettent de soumettre la donation à la loi du donateur. C'est en effet ce dernier qui fournit en matière de donation la prestation caractéristique au sens de l'article 4.2 du

³⁶ Il est bien entendu nécessaire, pour que la question soit pertinente, qu'il existe une compétence dans le chef des autorités belges. L'applicabilité des lois de police belges est en effet subordonnée à la possibilité pour les juridictions belges de se saisir d'un litige relatif à la relation contractuelle.

³⁷ Voy. *infra*, question 7, sur l'accueil que doit réserver le droit civil belge à ces donations reçues à l'étranger.

³⁸ Les dispositions contractuelles qui entourent ces donations sont d'ailleurs souvent préparées par un professionnel belge.

Règlement Rome I³⁹. Il faut cependant être attentif à la règle spéciale visant les contrats portant sur un bien immobilier. Pour garantir l'application de la loi locale, l'article 4.1, *lit. c.* du Règlement retient l'application de la loi du pays dans lequel est situé l'immobilier. Si une donation devait porter à la fois sur des biens meubles et immeubles, il pourrait être envisagé de distinguer deux parties dans l'opération, chacune soumise à la loi qui lui est propre. Ce faisant, la donation serait soumise à la loi du lieu de l'immobilier dans la mesure où elle porte sur l'immobilier. Elle demeurerait soumise à la loi du domicile du donateur pour le surplus. Cette lecture n'est sans doute pas exclue. Une autre approche est cependant possible. Elle s'appuie sur l'article 4, § 2 du Règlement, qui prévoit que le contrat est régi par la loi du débiteur de la prestation caractéristique, notamment lorsque le contrat peut faire l'objet de plusieurs qualifications distinctes.

L'analyse serait-elle différente lorsque la donation impose une charge au donataire ? Il ne nous semble pas que l'ajout dans la donation de clauses particulières permet de modifier la perspective : même assortie d'une charge, la donation demeure caractérisée essentiellement par le transfert d'un élément du patrimoine du donateur au donataire. Ce transfert constitue l'obligation caractéristique qui est la raison d'être même de la donation⁴⁰. Nous estimons dès lors que le principe doit demeurer celui de l'application de la loi de la résidence habituelle du donateur⁴¹.

Section 4.

Le traitement des donations complexes

Il est bien connu que le souci accru de planification successorale a fait éclore des formes plus complexes de donation. La pratique a développé de nombreuses techniques qui allient la souplesse de la donation avec d'autres avantages, le tout à un coût fiscal appréciable. Le recours à ces techniques modifie-t-il l'analyse de droit international privé ? Sans prétendre à aucune exhaustivité,

³⁹ Cette lecture de l'article 4, § 2, n'est pas contestée, voy. par exemple F. BOUCKAERT, *Notarieel internationaal privaatrecht*, Malines, Kluwer, p. 109, n° 3.53 ; J.-L. VAN BOXSTAELE, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 205, n° 102 ; H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 289, n° 754 et L. SAMYN, « De mogelijkheid tot en de grenzen aan een rechtskeuze in een schenking voor een Belgische notaris », op. cit., p. 47, n° 87.

⁴⁰ Lorsque la doctrine spécialisée s'interroge sur l'impact d'une charge sur la nature de la donation, c'est uniquement pour vérifier si la donation demeure un contrat à titre gratuit (voy. par ex. R. BARBAIX, « De schenking als successieplanningsinstrument... », op. cit., (p. 190), p. 257, n° 278).

⁴¹ La clause d'exception pourrait permettre de modifier l'analyse, à condition de démontrer le caractère fortuit du rattachement à la loi de la résidence du donateur. Ceci pourrait être possible lorsque le donataire réside dans un autre pays, où se situe le bien donné et où la charge doit être exécutée.

nous nous proposons de passer en revue quelques formes de donation parmi celles qui paraissent les plus courantes. L'analyse a pour objectif de déterminer si les différentes formes de donation appellent l'application d'une autre loi que la loi du contrat. Parmi les lois potentiellement pertinentes, l'on tiendra particulièrement compte de la loi successorale et de la loi réelle.

Sous-section 1.

La donation avec charge

Une première forme de donation bien connue de la pratique, est celle de la donation avec charge. Les donations sont souvent assorties de charges imposées au donataire, par exemple l'obligation de supporter, à concurrence de la valeur de la donation, tous les frais médicaux ou autres frais importants – tels que ceux qu'entraîne le placement en maison de repos – engagés pour la santé du donateur, si ces frais dépassent les possibilités financières de celui-ci et qu'ils ne sont pas remboursés par une mutuelle ou une assurance privée⁴².

Il nous semble que l'insertion d'une telle charge dans la donation ne modifie pas l'analyse de droit international privé. La charge est considérée comme une modalité contractuelle de la donation. L'on ne sort dès lors pas du champ contractuel. L'analyse est confirmée par l'appréhension que font les civilistes des charges que peut imposer le donateur : en cas d'inexécution de la charge par le donataire, l'article 954 permet au donateur de révoquer la donation. Selon l'analyse retenue en droit civil, cette révocation n'est rien d'autre que l'application aux donations du pacte résolutoire tacite (*stilzwijgend ontbindend beding*) de l'article 1184 du Code civil⁴³. D'ailleurs, selon la même analyse, le donateur pourrait exiger du donataire l'exécution en nature ou par équivalent de la charge⁴⁴. Laurent écrivait à ce propos que « la charge ajoutée à une donation en change la nature ; d'unilatéral qu'il était, le contrat devient bilatéral »⁴⁵. Il ne fait dès lors pas de doute que l'adjonction d'une charge ne modifie pas le raisonnement. Au vrai, aucune autre catégorie de rattachement ne paraît

⁴² L'on trouvera un aperçu des possibilités d'imposer une charge au donataire, mais aussi des conséquences et des risques, notamment sous l'angle de l'adage « donner et retenir ne vaut », in L. WEYTS in *Vermogensplanning met Effect bij Leven – Schenking*, A. VERBEKE et al. (éd.), Gand, Larcier, 2005, pp. 431 et s., n° 634 et s.

⁴³ L. WEYTS, « Topic 112: Last en modaliteit / Wijziging / Aanpassing: Gevolgen niet-naleving », in *Vermogensplanning met Effect bij Leven – Schenking*, op. cit., p. 479, n° 715.

⁴⁴ L. WEYTS, « Topic 112... », op. cit., p. 479, n° 716. En général sur le régime contractuel de la charge, voy. R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking...* op. cit., p. 689, n° 820.

⁴⁵ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, t. 12, 1876, p. 568, n° 487.

d'ailleurs pertinente pour appréhender de manière spécifique l'existence d'une charge dont la donation est assortie⁴⁶.

Il ne nous semble pas qu'un autre raisonnement doit être adopté lorsqu'est soulevée la question de l'importance de la charge, et plus précisément celle de savoir si l'importance de la charge imposée au donataire ne contrevient pas à la nature même de la donation. Lorsque cette question est abordée en droit civil, elle l'est en effet sous l'angle purement contractuel⁴⁷. C'est donc la loi du contrat qu'il conviendra d'interroger pour apprécier l'effet d'une charge importante.

Il arrive fréquemment que le donateur souhaite que son conjoint, s'il lui survit, bénéficie de l'intégralité de la rente stipulée à son profit initial. La donation précise dans ce cas que la charge, qui consiste dans l'obligation de payer une rente, persiste en cas de décès du donateur, le donataire étant alors tenu de payer la rente au conjoint survivant. L'on peut voir dans la charge un avantage en faveur du conjoint survivant. Faut-il interroger une autre loi que celle du contrat pour apprécier la validité d'une telle stipulation? On peut être tenté de vérifier cette question à l'aune de la loi successorale – du donateur. L'analyse fiscale va en ce sens puisque dans certains cas, la rente, capitalisée sur la base de l'espérance de vie du conjoint survivant, sera soumise aux droits de succession. En va-t-il de même lorsque la donation impose une interdiction d'ameublement – les avoirs donnés ne pouvant être apportés par le donataire dans une communauté ou une indivision, notamment à l'occasion d'un mariage – ou encore prévoit que les avoirs seront frappés d'une indisponibilité, par exemple jusqu'au décès du donateur ou jusqu'à ce que le donataire atteigne un certain âge? En ce qui concerne l'interdiction d'ameublement, elle intéresse certes le (futur) régime matrimonial du donataire puisque le donateur tente de protéger le bien donné contre les effets de ce régime. Il nous semble cependant que l'on ne peut en déduire une quelconque soumission de cette modalité de la donation à la loi applicable à ce régime. Le régime matrimonial est en effet extérieur à l'interdiction d'ameublement. C'est en réalité au statut des biens donnés que l'on touche, les prérogatives du donataire sur le bien donné étant réduites. S'il faut consulter une autre loi que celle qui régit la donation comme

⁴⁶ La loi réelle en particulier ne semble pas avoir vocation à intervenir. Les droits des parties en présence ne sont en effet pas de nature réelle. Lorsque la donation est assortie d'une charge, le donateur ne dispose à l'égard du donataire grevé que d'un droit de créance et non d'un droit réel (comme l'explique E. BEGUIN, « Quasi-usufruit. La donation de valeurs mobilières avec réserve d'usufruit – la protection du donateur », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, N. BAUGNIET et J.-F. TAYMANS (éd.), Bruxelles, Bruylant-Academia, 2008, (p. 195), p. 205).

⁴⁷ Voy. R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, op. cit., pp. 691-692, n° 823 – qui appréhende cette question sous l'angle du principe de la convention-loi.

contrat pour vérifier si une telle clause est permise, la loi du lieu de situation du bien donné possède un meilleur titre que la loi du régime matrimonial. Quant à l'indisponibilité, elle peut s'expliquer par le souhait du donateur de garantir l'efficacité d'une clause de retour conventionnel. Elle n'en reste pas moins fort éloignée du décès des parties. Il nous semble donc inopportun d'interroger la loi successorale pour apprécier si une donation peut être assortie d'une telle clause d'indisponibilité. Dans la mesure où ce sont les pouvoirs du donataire en tant que propriétaire qui sont visés, il convient de préférence de s'en remettre à la loi réelle. Celle-ci pourra le cas échéant valider les restrictions que le donateur souhaite imposer aux pouvoirs du donataire.

Sous-section 2.

La donation avec réserve d'usufruit

Bien souvent, le donateur souhaitera conserver un certain contrôle sur les biens faisant l'objet de la donation. Il peut aussi souhaiter continuer à profiter de ces biens. Parmi les techniques utilisées pour rencontrer ces souhaits, il en est une qui connaît un succès certain en pratique : il s'agit de la donation avec réserve d'usufruit. Prévue par la loi⁴⁸, elle fait l'objet de multiples aménagements en pratique, notamment lorsque la donation porte sur des effets mobiliers. Cette technique appelle-t-elle un traitement privilégié lorsque la donation présente une dimension internationale ?

La clause de réserve d'usufruit est l'une des modalités les plus classiques des donations dans la pratique contemporaine. Lorsqu'il accompagne une donation, l'usufruit est dit conventionnel. La pratique a développé un arsenal de clauses qui tendent à aménager les pouvoirs respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire. On peut citer à titre d'exemple la clause selon laquelle l'usufruit peut être remplacé par une rente viagère ou encore le quasi-usufruit⁴⁹. Tout ceci montre bien que la réserve d'usufruit dont peut être affectée une donation n'est rien d'autre qu'une modalité conventionnelle. À ce titre, il n'est pas justifié de s'écarter du rattachement classique de la donation à la loi du contrat. C'est cette loi qu'il faudra consulter pour déterminer si le donateur peut se réserver l'usufruit et si, et dans quelle mesure, les parties peuvent aménager conventionnellement leurs pouvoirs respectifs.

C'est également la loi de la donation en tant que contrat qu'il convient d'interroger pour déterminer si la réserve d'usufruit par le donateur n'enfreint pas

⁴⁸ Article 949 du Code civil.

⁴⁹ Ph. DE PAGE, « Le quasi-usufruit », in *La fiscalité des donations et ses incidences civiles*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2005, pp. 157-164.

le principe «donner et retenir ne vaut»⁵⁰. Nous n'apercevons pas de raison valable d'adopter un raisonnement différent s'il y a donation de l'usufruit à une partie et de la nue-propriété à une autre. La loi successorale nous semble dénuée d'impact dans ce scénario. La réserve d'usufruit n'aura en effet pas d'impact après le décès du donataire.

Il faut cependant tenir compte de l'impact de la loi réelle (*lex rei sitae*)⁵¹. Dans la mesure où la réserve d'usufruit permet au donateur – dans le scénario le plus classique – de se ménager une position très forte puisque fondée sur un droit réel, la loi réelle possède vocation à s'appliquer. Elle devra par exemple déterminer si un bien peut être soumis à un démembrement entre nu-propriétaire et usufruitier. Il nous semble que cette même loi doit être consultée pour déterminer ce qu'il advient en cas de vente d'un bien grevé d'usufruit. Le sort du prix de vente, qui peut faire l'objet d'une répartition entre l'usufruitier et le nu-propriétaire ou au contraire être soumis à un nouvel usufruit est une question liée à la modification d'un droit réel. À ce titre, c'est à la loi réelle qu'il appartient de se prononcer⁵². L'appréciation est cependant délicate puisque cette question peut faire l'objet d'aménagements conventionnels⁵³.

La même analyse, qui allie loi du contrat et loi réelle, nous semble s'imposer lorsque le donateur entend se réserver un quasi-usufruit. Le quasi-usufruit trouve son origine dans la volonté des parties. C'est la dimension contractuelle qui doit l'emporter s'agissant de savoir si une telle modalité peut être ajoutée à la donation. La loi réelle s'imposera quant à elle pour déterminer si un tel démembrement est autorisé.

Sans doute la loi réelle doit-elle recevoir une emprise plus grande sur la donation lorsque l'on considère qu'elle porte sur une universalité de fait. Cette analyse a séduit par sa flexibilité s'agissant de la donation d'un portefeuille-titres⁵⁴.

Les modalités dont sont assorties les donations avec réserve d'usufruit – par exemple un mandat de gestion accordé au donateur sur le portefeuille-titres qui fait l'objet de la donation⁵⁵ – n'ajoutent guère au raisonnement. S'il s'agit

⁵⁰ Il faudra cependant être attentif à l'impact éventuel sur cette question d'une loi d'application immédiate (*supra* – question 3).

⁵¹ L'article 87 du Code retient, conformément à la tradition, la loi du lieu de situation du bien pour déterminer son statut réel.

⁵² Voy. l'article 94, § 1^{er}, al. 5 du Code.

⁵³ Comme l'explique par exemple E. BEGUIN, «Quasi-usufruit. La donation de valeurs mobilières avec réserve d'usufruit – la protection du donateur», *op. cit.*, (p. 195), p. 201.

⁵⁴ E. BEGUIN, «Quasi-usufruit. La donation de valeurs mobilières avec réserve d'usufruit – la protection du donateur», *op. cit.*, (p. 195), pp. 202-204.

⁵⁵ Voy. les réflexions de E. BEGUIN, «Quasi-usufruit. La donation de valeurs mobilières avec réserve d'usufruit – la protection du donateur», *op. cit.*, (p. 195), pp. 199-202.

pour le donateur de se réserver par mandat un pouvoir de gestion des biens donnés, l'analyse contractuelle l'emporte naturellement. Le mandat est un contrat. Il est appréhendé comme tel par le raisonnement de droit international privé. La loi du contrat sera déterminante par exemple pour déterminer si le mandat donne lieu à rétribution du mandataire ou encore quelle responsabilité le mandataire est susceptible d'encourir. La question de savoir si les pouvoirs que se réserve par le biais du mandat le donateur ne sont pas trop étendus, et s'ils ne mettent pas en péril le principe de l'irrévocabilité de la donation, nous semble par contre devoir être appréciée à la lumière de la loi de la donation (en tant que contrat).

Sous-section 3.

La donation *de residuo*

La clause de fidéicommis *de residuo* est aujourd'hui largement connue de la pratique. Après une période d'incertitude, sa validité n'est plus remise en cause⁵⁶, même si sa rédaction appelle une attention soutenue⁵⁷. Une donation affectée d'une telle modalité appelle-t-elle un traitement particulier sous l'angle du droit international privé ?

Si un certain mystère continue à entourer cette construction, il semble qu'il faille voir dans la donation *de residuo* une double libéralité effectuée par un acte unique. Le trait spécifique de cette donation réside bien dans l'existence d'une double libéralité, les biens devant revenir, au décès du premier donataire, à un deuxième donataire.

Le traitement de la donation *de residuo* sous l'angle du droit international privé est délicat. D'une part, il est indéniable qu'une telle donation possède une « couleur » successorale prononcée. L'objectif visé est bien de permettre la transmission des biens au décès du donataire grevé, à un deuxième donataire. En outre, l'analyse civile d'une telle donation est sous l'emprise de l'interdiction des substitutions que pose l'article 896 du Code civil, les commentateurs s'ingéniant à proposer des pistes pour que la donation résiste à cette interdiction⁵⁸. Dans cette mesure, il semble logique d'interroger la loi successorale lorsque la dona-

⁵⁶ Voy. les observations sur la question de la validité de principe d'une telle donation de M. PUELINCKX-COENE, « Over schenkingen de residuo », *T.E.P.*, 2007, pp. 190-206, spéc. pp. 190-201.

⁵⁷ Voy. les explications de P. VAN DEN EYNDE, « Legs ou donation *de residuo* », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, *op. cit.*, (p. 195), pp. 49-463.

⁵⁸ P. ex. L. WEYTS, « Topic 108 – Last van erfstelling over de hand », in *Vermogensplanning met Effect bij Leven – Schenking*, *op. cit.*, p. 471, n° 708. Une autre interrogation importante relative aux donations *de residuo* intéresse également la matière successorale. Il s'agit de savoir si une donation peut être envisagée lorsque le premier bénéficiaire est également héritier réservataire du donateur. Sur cette question, cons. M. PUELINCKX-COENE, « Over schenkingen de residuo », *op. cit.*, (p. 190), pp. 202 et s., n°s 218 et s.

tion comporte un fidéicommiss. La dimension successorale est en effet évidente. Elle se déduit de l'objectif même de l'opération, qui est de permettre de faire « suivre » l'objet donné. On notera que M. van Boxstael propose d'adopter la même approche à propos de la donation intergénérationnelle de droit français : dans la mesure où cette donation constitue une technique successorale, M. van Boxstael indique qu'il faut soumettre la donation à la loi successorale⁵⁹.

Pour assurer la transmission du bien au deuxième bénéficiaire, la donation *de residuo* comprend d'autre part souvent des précisions sur les limites du pouvoir du grevé quant à l'objet de la donation. Ces limites sont difficiles à tracer, puisqu'elles doivent garantir qu'il restera bien un résidu à transmettre tout en évitant de heurter de plein fouet l'interdiction des substitutions. On peut dès lors être tenté de consulter, à propos de ces mêmes donations *de residuo*, la loi du lieu de situation du bien donné.

Comment réconcilier ces différentes approches ? Il n'est pas exclu de considérer que tant la loi successorale que la loi réelle ont un rôle à jouer à propos des donations *de residuo*. La clé réside dans un partage des rôles. L'on peut proposer la grille de répartition suivante – qui mérite certainement d'être affinée : à la loi successorale revient le privilège de déterminer si le mécanisme dans son principe est admissible. Si la réponse à cette question est positive, il reviendra à la loi réelle de déterminer l'étendue des limitations qui peuvent être imposées au grevé. Le tout sans oublier qu'une donation *de residuo* demeure une convention et doit dès lors, s'agissant des questions contractuelles, être soumise à la loi d'autonomie.

Sous-section 4.

La donation à cause de mort

Comme le rappelle M. van Boxstael, les donations à cause de mort sont soumises, en droit international privé, à un régime distinct qui se justifie par la nature même de l'institution⁶⁰. La donation à cause de mort est en effet une disposition de dernière volonté. À ce titre, elle ne peut bénéficier de la liberté de choix prévue par le Règlement Rome I, puisque ce Règlement exclut la matière des successions de son champ d'application⁶¹.

Au vrai, la donation à cause de mort est toute entière régie par la loi successorale. Sous réserve du choix par le donateur d'une loi pour régir sa succession, comme le permet l'article 79 du Code, c'est dès lors la loi de la résidence

⁵⁹ J.-L. VAN BOXSTAE, *Code DIP. Premiers commentaires, op. cit.*, p. 206, n° 102.

⁶⁰ J.-L. VAN BOXSTAE, *Code DIP. Premiers commentaires, op. cit.*, p. 206, n° 103.

⁶¹ Cette exclusion vaut tant pour les exigences substantielles auxquelles la donation doit répondre que pour les exigences formelles.

habituelle du donateur qu'il convient d'interroger – ou, le cas échéant, la loi du lieu de situation de l'immeuble si la donation porte sur un bien immeuble⁶².

Section 5.

Les donations entre époux sont-elles soumises à un régime particulier ?

De nombreuses donations sont effectuées entre époux. Le lien marital qui unit donataire et donateur est-il de nature à modifier le régime d'une donation qui présente une dimension internationale ?

L'on a déjà évoqué le régime à réserver aux donations entre époux lors de l'analyse du champ d'application revendiqué par le Règlement Rome I. Rappelons que ce Règlement n'est pas dénué de pertinence à l'égard des donations entre époux. Seules certaines questions, qui naissent précisément en raison du lien marital unissant les parties à la donation, échappent à l'emprise des règles européennes.

Il ne fait pas de doute que ces questions, qui naissent en raison de la qualité des parties au contrat de donation, relèvent de la loi applicable aux effets du mariage⁶³. En Belgique, cette solution trouve un appui décisif à l'article 48, § 2, 4° qui prévoit que cette loi régit notamment « l'admissibilité des contrats et libéralités entre époux, et la révocation de celles-ci ».

Le régime particulier des donations entre époux ne concerne que certains aspects bien délimités : la loi des effets du mariage n'a pas vocation à s'imposer à l'ensemble de la donation, à l'exclusion de toute autre loi. C'est au contraire de manière ponctuelle que la loi des effets du mariage intervient. Elle ne doit au vrai être consultée que si l'on s'interroge sur l'admissibilité et la révocabilité d'une donation compte tenu de la qualité des parties⁶⁴. Les autres questions demeurent soumises aux règles déjà évoquées⁶⁵.

L'article 48 du Code de droit international privé soumet les effets du mariage par priorité à la loi de la résidence habituelle des époux. Ce rattachement l'emporte sur la nationalité commune des époux. Celle-ci n'est appelée à intervenir

⁶² M. van Boxstael suggère cependant de retenir un régime en deux temps à l'endroit des donations à cause de mort : la loi successorale n'interviendrait qu'au décès du donateur. De son vivant, la donation devrait être régie par la loi du contrat (J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 207, n° 103).

⁶³ En France, voy. H. MUIR WATT et D. BUREAU, *Droit international privé*, op. cit., p. 253, n° 855.

⁶⁴ M. van Boxstael explique que le concept d'admissibilité retenu par le Code doit se comprendre comme visant la question de savoir si les époux peuvent avoir accès à la donation (J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 208, n° 104).

⁶⁵ La distinction est bien acceptée, voy. J. ERAUW, *Internationaal privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2009, pp. 688-689, n° 608.

que de manière subsidiaire, lorsqu'il apparaît que les époux ne possèdent pas, au moment pertinent, de résidence sur le territoire habituel d'un même État.

La confiance accordée par l'article 48 à la loi de la résidence habituelle permettra au praticien belge d'appliquer la loi belge à tous les couples qui résident en Belgique. Il reste que la résidence habituelle d'un couple est susceptible de changer. Quelle loi retenir lorsque des époux ont commencé leur vie commune au Ghana pour s'installer après quelques années en Belgique, avant de choisir la Suisse pour y jouir de leur retraite ? Le législateur était bien conscient de la difficulté. Dans un souci affirmé de sécurité juridique, il a retenu comme étant déterminant le moment de la réalisation de la donation⁶⁶. C'est à ce moment qu'il faudra se placer pour déterminer quelle était la résidence habituelle des époux. Il peut être de bonne pratique de recueillir, lors de la donation, l'avis des époux sur la localisation de leur résidence habituelle.

Une difficulté peut surgir lorsque les époux ont effectué une donation alors qu'ils résidaient à l'étranger. Si la question de la révocation de cette donation est soulevée alors que les époux sont installés en Belgique, faut-il considérer que le moment pertinent pour apprécier la résidence habituelle des époux, et donc la possibilité de révoquer la donation, est celui de la rencontre des volontés ayant permis la naissance de la donation ? Ou faut-il au contraire considérer que la révocation est un acte juridique distinct, qui doit faire l'objet d'une appréciation sur la base des circonstances existant au moment où la révocation est envisagée ? Le texte de l'article 48 ne permet pas de répondre avec fermeté à cette interrogation. Le souci de sécurité juridique qui a animé le législateur lors de la rédaction de l'article 48 nous conduit à privilégier l'application de la loi de l'État sur le territoire duquel les époux résidaient habituellement au moment où la donation a été effectuée⁶⁷. Cette loi doit également s'imposer lorsqu'il s'agit de déterminer si une donation peut être révoquée. Une autre lecture conduirait à dissocier la formation de la donation de sa révocation. En outre, faire dépendre la révocation de la loi de la résidence habituelle actuelle pourrait conduire à remettre en cause les attentes des parties à la donation⁶⁸.

⁶⁶ L'article 48 fait référence au moment où l'acte juridique est passé. S'agissant d'une donation, il faut comprendre avec cette expression le moment de la rencontre de volonté entre donateur et donataire. Si ces volontés ne sont pas exprimées simultanément, c'est bien entendu le moment de l'acceptation par le donataire qui est pertinent.

⁶⁷ C'est la solution que retient M. van Boxstael, pour qui « La fixation de la loi applicable à la libéralité, en ce compris à sa révocation, à l'époque de son accomplissement, est gage de sécurité juridique » (J.-L. VAN BOXSTAEEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 208, n° 104 – nous soulignons).

⁶⁸ M. van Boxstael signale une autre difficulté à laquelle peut conduire l'article 48 : si plusieurs donations sont conclues entre eux époux à des périodes différentes, alors que leur résidence habituelle a été modifiée, il est possible que ces donations ne soient pas toutes soumises à la même loi. M. van Boxstael estime que cette solution « ne paraît pas logique » (J.-L. VAN BOXSTAEEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 208, n° 104).

L'application de l'article 48 est-elle remise en question lorsque la donation que se consentent les époux est contenue dans un contrat de mariage ? L'on sait que le Code de droit international privé propose un ensemble de règles précises visant les relations patrimoniales entre époux. Ces règles sont fondées à titre principal sur la possibilité pour les époux de déterminer la loi qui sera applicable aux relations patrimoniales. À défaut de choix par les époux, l'article 51 du Code soumet ces relations à la loi de la résidence habituelle des époux. Contrairement à ce qui est retenu par l'article 48, cette loi n'est pas susceptible d'être modifiée au gré des déménagements du couple. L'article 51 retient en effet la première concrétisation de la résidence habituelle des époux. Des différences importantes peuvent donc séparer la loi du régime matrimonial de celle applicable de manière générale aux effets du mariage.

Le sort d'une donation consentie dans un contrat de mariage demeure incertain. Prenant appui sur le caractère général du rattachement par l'article 48 du Code de l'admissibilité des libéralités entre époux, M. van Boxstael suggère qu'une donation consentie dans un contrat de mariage demeure soumise aux mêmes règles que toute autre donation⁶⁹. Lors de la discussion du projet de Code au Parlement, la solution contraire avait cependant été évoquée⁷⁰. La systématique du Code impose à notre sens de retenir une approche autonome, qui conserve à l'endroit des donations le rattachement de l'article 48, quel que soit le contexte dans lequel une donation entre vifs est consentie. Cette lecture peut s'appuyer sur l'idée que la catégorie des régimes matrimoniaux n'est que secondaire ou dérivée, la règle générale en matière d'effets de mariage demeurant l'article 48. Si cette lecture conduit à adopter à l'égard d'un contrat de mariage une double approche, plus complexe, distinguant selon la nature des dispositions que les époux adoptent, elle n'est pas isolée. Les conventions préalables à un divorce par consentement mutuel sont également susceptibles de faire l'objet d'une lecture fragmentée⁷¹.

⁶⁹ J.-L. VAN BOXSTAELE, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 209, n° 104.

⁷⁰ Intervention de M. Johan Erauw, Commission Justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2003-2004, n°s 3-27/7, p. 110 : à la question de savoir quel est le régime des donations dans le cadre du contrat de mariage, le professeur Erauw a répondu que « Les donations que des personnes qui séjournent en Belgique mais qui choisissent de conclure un contrat de mariage de droit costaricain, auront faites dans le cadre de leur contrat de mariage tomberont également sous l'application du droit costaricain ».

⁷¹ Voy. nos observations in « Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten : tussen zekerheid en illusie », *T.E.P.*, 2010, pp. 177-204.

Section 6.

Est-il souhaitable ou nécessaire de recourir à la donation notariée ?

Pour l'observateur extérieur, la donation semble, en droit belge, faire l'objet d'une tension entre, d'une part, le souci de sécurité juridique, qui conduit à privilégier le recours à la donation notariée et, d'autre part, la flexibilité, la confidentialité et le coût fiscal, qui peuvent inciter les parties à privilégier d'autres formes de donation. Parmi celles-ci, le don manuel et la donation par virement occupent une place privilégiée.

Faut-il préférer, lorsque la donation s'inscrit dans un contexte international, le recours à la voie notariale, qui semble offrir plus de sécurité ? Pour répondre à cette question, il importe de s'interroger sur la nature des contraintes formelles qu'impose le droit international privé aux donations possédant une dimension internationale.

La première étape du raisonnement consiste à identifier la ou les règles de rattachement pertinentes. On l'a souligné, la donation ne peut être appréhendée dans une perspective unique. À côté de la dimension contractuelle, il s'impose de tenir compte d'autres règles de rattachement qui pourraient composer le régime international de la donation. S'agissant de déterminer les exigences formelles auxquelles la donation est soumise, cette approche nous semble devoir être nuancée. Si l'on examine le Règlement Rome I, pierre angulaire du statut contractuel de la donation, il apparaît de façon évidente que ce Règlement ne vise que les seuls aspects contractuels de la donation⁷². Il s'imposera dès lors de tenir compte des autres dimensions de la donation qui pourraient également s'avérer pertinentes dans la détermination des contraintes formelles auxquelles la donation est soumise. C'est l'approche retenue, en France, par M^{me} Muir Watt et M. Bureau. Ces auteurs évoquent en effet, au-delà des règles retenues par le Règlement Rome I, les aspects formels de la donation imposés par les autres dimensions de celle-ci⁷³.

Il nous semble que cette approche ne s'impose pas. Certes, comme déjà indiqué, le Règlement Rome I a une vocation limitée. Il ne prétend pas aller

⁷² Ceci se déduit du titre du Règlement mais aussi de son article 12.

⁷³ H. MUIR WATT et D. BUREAU, *Droit international privé*, op. cit., p. 253, n° 855 – qui évoquent la jurisprudence libérale de la Cour de cassation française pour ces questions de forme dans la mesure où la donation n'est pas un contrat. Comp. avec l'analyse proposée par M^{me} Peroz et M. Fongaro, qui suggèrent de ne retenir les règles de rattachement du droit commun français relatives à la forme des donations qu'à l'égard des seules donations consenties avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome I (et du texte qui l'a précédé, la Convention de Rome du 19 juin 1980) : H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 280, n° 726.

au-delà du statut contractuel. À ce titre, la règle de rattachement qu'il propose pour la validité formelle du contrat ne peut dépasser le champ d'application du Règlement. Il n'en reste pas moins que s'agissant des aspects formels, la donation est un contrat. L'ensemble des exigences formelles qui peuvent concerner une donation, nous semble ressortir à sa dimension contractuelle. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre en considération les autres dimensions de la donation : ni la dimension successorale, ni la dimension réelle, ni encore les liens maritaux existant entre donateur et donataire ne nous semblent imposer d'exigences formelles particulières. En d'autres termes, la seule règle pertinente est celle prévue par le Règlement. L'article 11 est d'ailleurs rédigé de la façon la plus générale puisqu'il évoque la validité formelle du contrat, sans aucune réserve.

Si l'on accepte que la règle de rattachement contractuelle suffit à déterminer les exigences formelles pertinentes pour les donations, force est de constater que la perspective qu'adopte le droit international privé sur cette question est pour le moins libérale. La règle de rattachement pertinente, s'agissant de déterminer quelles sont les exigences formelles qui s'imposent à une donation, laisse en effet une certaine marge de manœuvre aux parties intéressées. L'article 11.1 du Règlement Rome I prévoit qu'une donation est valable si elle répond aux exigences formelles soit de la loi de l'État sur le territoire duquel la donation a été reçue, soit encore de la loi de l'État qui est applicable à la donation en tant que telle. En d'autres termes, si les parties choisissent de soumettre leur donation à la loi française⁷⁴, elles pourront emprunter à cette loi les exigences formelles qui permettent de valider la donation. Même si la donation est réalisée en Belgique, il ne sera pas possible d'imposer le respect des exigences formelles prévues par la loi belge, et en particulier de l'authenticité imposée par l'article 931 du Code civil⁷⁵. Inversement, si une donation est reçue en Angleterre, les parties pourront choisir de se soumettre aux exigences posées par la loi anglaise alors même que la donation est régie par la loi belge, par exemple parce que les parties ont opté pour cette loi. De la même manière, une donation entre époux peut être effectuée au Danemark par conventions matrimoniales homologuées par le ministère de la Justice⁷⁶.

Ce régime libéral conduit à considérer qu'en réalité, ce ne sont pas les considérations de droit international privé qui seront décisives dans le choix de la forme de la donation. La règle de droit international privé n'imposant pas de

⁷⁴ *Supra*, question 3 sur la possibilité de choisir la loi applicable à la donation.

⁷⁵ En ce sens, J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires, op. cit.*, p. 203, n° 101 ; F. BOUCKAERT, *Notarieel internationaal privaatrecht, op. cit.*, p. 108, n° 3.52.

⁷⁶ G. DROZ et M. REVILLARD, « Libéralités – donations et trusts », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 558-30, 2002, p. 3, n° 3.

contrainte forte⁷⁷, il convient en pratique de se laisser guider par les exigences posées par d'autres disciplines – et notamment le droit fiscal. Ce sont principalement des considérations civiles et fiscales qui dicteront la marche à suivre. Le droit international privé permettra de valider le procédé choisi.

Prenons une donation portant sur un portefeuille-titres logé au sein d'une banque luxembourgeoise. Le donateur résident belge peut choisir d'effectuer une donation à son neveu, qui réside en France, par le biais d'un virement (donation indirecte) puisque ce procédé est autorisé en droit belge, applicable à la donation à défaut de choix. Si le donateur a soumis la donation au droit luxembourgeois, il pourra emprunter à ce droit les exigences formelles pertinentes.

La même approche nous semble devoir être acceptée lorsqu'est en jeu une donation indirecte, qui se réalise par l'intermédiaire d'un acte neutre et abstrait – par exemple le paiement d'une dette d'autrui ou la vente à un prix avantageux. En France, la doctrine majoritaire enseigne qu'il faut consulter la règle de rattachement applicable aux exigences formelles de la donation pour déterminer la loi applicable à l'admissibilité d'une telle donation⁷⁸. Cette approche nous semble devoir être suivie⁷⁹. Le libéralisme dont fait preuve l'article 11 du Règlement déteindra dès lors sur ces donations atypiques, du moins s'agissant de déterminer si l'emprunt d'un acte neutre est un procédé formellement valable.

Il faudra cependant être prudent lorsque la donation est exclusivement liée à un pays donné, le choix de loi par les parties constituant le seul élément susceptible de lui donner une dimension internationale. Comme on l'a vu, l'article 3, alinéa 3 du Règlement Rome I prévoit que dans ce cas, la loi choisie par les parties doit s'effacer devant les dispositions impératives du droit de l'État auquel la donation est naturellement liée. Ainsi, lorsque des résidents belges effectuent une donation d'un bien situé en Belgique, le choix par les parties de la loi française ne leur permet pas d'échapper aux dispositions impératives de la loi belge. Dans la mesure où le droit belge est caractérisé par une certaine souplesse, l'impact de cette réserve doit être nuancé⁸⁰.

⁷⁷ Sauf s'il s'avère que la donation est exclusivement liée à un seul pays, le choix de loi par les parties constituant le seul élément susceptible de lui donner une dimension internationale. *Supra et infra* sur cette hypothèse.

⁷⁸ H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 283, n° 736 et les nombreuses références citées, spéc. note 16.

⁷⁹ Voy. aussi J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 196, n° 98.

⁸⁰ M. van Boxstael recommande dans ce cas aux parties de respecter les « formes impératives du droit belge » (J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 204, n° 101). Il faut certainement tenir compte de l'article 931 du Code civil. Au-delà de cette disposition, le droit belge permet cependant d'éviter le recours à la donation authentique, sauf bien entendu pour les biens immeubles.

Au-delà de l'importante limitation qui concerne les donations proprement internes, il faut quelque peu nuancer le caractère libéral du raisonnement de droit international privé. Tout d'abord, la prudence est de mise lorsque l'objet de la donation est situé à l'étranger et *a fortiori* lorsqu'il est situé en dehors du territoire européen. Certes, la détermination du droit applicable n'est pas fonction du lieu de situation du bien donné. Il reste qu'il faudra s'interroger sur l'accueil que réservera à la donation le pays du lieu de situation des biens. Le donataire pourra-t-il se prévaloir sans difficulté d'une donation manuelle portant sur des avoirs inscrits en compte auprès d'un établissement bancaire étranger? Ce n'est plus tant la règle de forme en tant que telle que l'accueil de la donation qui est au centre des préoccupations. L'exportation d'une donation doit assurément être une préoccupation centrale lorsque la donation porte sur un bien immobilier⁸¹. Il est en effet vital que le donataire puisse sans difficulté revendiquer la propriété du bien donné. Le statut des donations immobilières appelle d'ailleurs une autre réserve, plus importante encore.

Un bémol important doit en effet être apporté lorsque la donation porte sur un bien immeuble. La règle retenue par le Règlement Rome I est singulièrement plus stricte à l'égard des donations immobilières. L'article 11.5 du Règlement retient l'application des dispositions impératives de la loi de l'État sur le territoire duquel l'immeuble est situé. Ces dispositions ne s'appliquent cependant qu'à l'égard des règles de cet État qui possèdent une impérativité propre. Selon la formule retenue par le Règlement, il s'agit des règles qui «s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et la loi le régissant au fond». Cette formule vise au minimum les législations qui confèrent à l'officier ministériel local un véritable monopole pour les actes concernant les immeubles. Il semble qu'il en soit ainsi dans certains cantons suisses qui imposent le recours à un notaire du canton pour conférer à l'acte l'authenticité requise⁸².

Parmi les règles de forme impératives visées par l'article 11 (5), il en est dont le respect est essentiel pour assurer l'opposabilité de l'acte. L'on pense au prescrit fondamental de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire qui vise la transcription des actes entre vifs translatifs de droits réels immobiliers, transcription qui n'est possible que si l'acte répond à l'exigence d'authenticité⁸³. Eu égard à son caractère fondateur, l'on peut difficilement prétendre que cette disposition n'est pas impérative. Puisqu'il s'impose dès lors que l'immeuble est situé

⁸¹ Sur la réception en France d'une donation étrangère portant sur un immeuble situé en France, voy. les explications de H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 285, n° 741.

⁸² Voy. les explications de H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 281, n° 730.

⁸³ On ajoutera à ces dispositions l'article 939 du Code civil.

en Belgique, le recours à une donation sous seing privé, même autorisé par la loi applicable à la donation, est à déconseiller⁸⁴. Il y va non seulement de la possibilité pour les parties à l'acte d'obtenir toutes les garanties nécessaires à l'efficacité de celui-ci, mais également de la possibilité d'opposer la donation de l'immeuble aux tiers⁸⁵.

Enfin, l'on sera attentif à certaines particularités nationales qui limitent ou empêchent la circulation des donations ou des actes qui y sont liés. Le formalisme requis par certaines législations s'accommode mal en effet de la flexibilité qui caractérise le raisonnement de droit international privé. Ainsi, la renonciation anticipée à l'action en réduction introduite récemment en droit français est-elle soumise à des exigences formelles contraignantes. Selon les commentateurs français, il ne serait pas possible d'effectuer une telle renonciation en dehors de la France. Il faudrait impérativement avoir recours aux services de notaires français⁸⁶.

Au total, si le régime de droit international privé est souple, il demeure opportun d'approcher la question avec prudence. Comme l'écrit M. Bouckaert, la forme authentique est recommandée lorsque la donation a lieu en Belgique, parce qu'elle offre un niveau de sécurité plus élevé⁸⁷.

Section 7.

Quel accueil la Belgique réservera-t-elle à une donation effectuée à l'étranger ?

Une donation réalisée à l'étranger peut avoir un impact en Belgique. Il en ira ainsi si les parties à la donation résident en Belgique ou encore lorsque l'objet donné est situé en Belgique.

Lorsque la donation a été réalisée par acte notarié, elle suivra le sort des actes notariés étrangers. Sans entrer dans le détail d'un régime complexe⁸⁸, on peut distinguer selon que la donation a été reçue dans un État membre de l'Union européenne ou non. Dans le premier cas, il faudra d'abord vérifier s'il est possible d'utiliser les règles favorisant la libre circulation des actes authen-

⁸⁴ Par exemple J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 204, n° 101.

⁸⁵ *Infra*, sur la question de savoir si un acte authentique étranger pourrait utilement remplacer un acte notarié belge lorsque la donation porte sur un immeuble situé en Belgique.

⁸⁶ H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 291, n° 761.

⁸⁷ F. BOUCKAERT, *Notarieel internationaal privaatrecht*, op. cit., p. 108, n° 3.52.

⁸⁸ L'on consultera à profit les explications données sur ce thème par exemple par J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., pp. 65-79, n° 26 à 31.

tiques que l'on trouve dans divers Règlements⁸⁹. Il faut cependant remarquer que ces règlements possèdent un champ d'application limité. Ils ne pourront pas accueillir en leur sein l'ensemble des donations. En outre, le Règlement Bruxelles I, qui, par son ampleur, est celui qui présente le plus d'intérêt pour la matière des donations, n'aborde les actes authentiques étrangers que sous le seul angle de leur force exécutoire. Il ne prévoit pas de mécanisme permettant d'assurer que soit accueillie en Belgique la force probante d'une donation réalisée à l'étranger ou encore sa force obligatoire⁹⁰. Sous l'angle de la force exécutoire, il faut encore mentionner le Règlement Titre exécutoire européen, qui poursuit la logique de libre circulation à l'intérieur de l'Union européenne en supprimant l'exigence de l'*exequatur* préalable.

À défaut de pouvoir s'appuyer sur une disposition européenne, il faudra en revenir à l'article 27 du Code de droit international privé⁹¹. Cette disposition soumet la reconnaissance des actes authentiques étrangers à un test conflictuel pour le moins contraignant. La mise à exécution de ces actes est subordonnée à l'obtention d'un *exequatur*, que le Code a heureusement rendue plus simple⁹². L'exigence de conformité aux règles de rattachement du Code qu'impose l'article 27 du Code peut soulever des difficultés lorsqu'est en jeu l'accueil en Belgique d'une donation inconnue du droit belge. L'on pense à une donation avec renonciation à la réserve, connue du droit français depuis la loi du 23 juin 2006⁹³, ou encore aux pactes successoraux que permettent les droits suisse et allemand.

Pour sortir leurs effets en Belgique, ces actes devront être confrontés à la loi qui leur aurait été appliquée s'ils avaient été reçus en Belgique. Ainsi, une donation avec renonciation anticipée à des droits réservataires doit-elle être appréciée tant sur la base de la loi choisie par les parties (pour la dimension contractuelle)⁹⁴ qu'en tenant compte de la dimension successorale indéniable de cette institution⁹⁵. Si le donataire réside habituellement en Belgique, c'est

⁸⁹ En particulier l'article 57 du Règlement Bruxelles I et l'article 46 du Règlement Bruxelles IIbis. À l'avenir, il faudra également tenir compte de l'article 48 du Règlement (CE) n° 4/2009 sur les obligations alimentaires (non encore en vigueur).

⁹⁰ Encore que le thème de la reconnaissance des actes notariés étrangers soulève bien des questions.

⁹¹ Sous réserve de l'application d'une disposition d'une convention internationale pertinente. L'on pense à l'article 16 des conventions franco-belge (1899) et belgo-néerlandaise (1925) qui permettent toutes deux d'obtenir l'*exequatur* d'un acte authentique émanant de l'autre État contractant.

⁹² Dans un premier temps, la procédure d'*exequatur* est en effet unilatérale puisque la demande doit être introduite selon l'article 23, § 3 conformément à la procédure visée aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire.

⁹³ Articles 929 à 930-1 du Code civil français, réformés par la loi du 23 juin 2006.

⁹⁴ Cette loi ne posera généralement pas de difficulté – l'on peut supposer que les parties auront pris soin de sélectionner une loi qui valide l'opération.

⁹⁵ Comme l'indique M. van Boxstael in *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 206, n° 102.

bien la loi belge qui s'appliquera à sa succession⁹⁶. Il est constant qu'en droit belge, une renonciation anticipée à des droits successoraux n'est pas admissible. La donation ne pourra dès lors être accueillie en Belgique.

En irait-il autrement s'il apparaissait que la succession future du donataire était régie par une loi étrangère, qui permet aux parties de renoncer anticipativement à des droits réservataires? L'hypothèse se vérifierait si le donataire résidait habituellement en France⁹⁷. Le droit français pourrait-il être écarté au motif pris de l'exception d'ordre public de droit international? La prohibition des pactes sur succession future est certes caractéristique des droits d'inspiration latine. Elle est d'ordre public à tel point que le pacte n'est susceptible d'aucune confirmation. Il est cependant tout aussi vrai que cette prohibition connaît un nombre de plus en plus important d'exceptions, notamment depuis la loi du 22 avril 2003 qui a autorisé de tels pactes entre époux mariés en secondes noces. Dans cette mesure, il ne nous semble pas que l'ordre public pourrait s'opposer à l'application de la loi française⁹⁸. Le jeu de l'exception d'ordre public est d'autant moins opportun que la reconnaissance par le législateur français du pacte successoral est d'une ampleur très modeste et que cette innovation est entourée de nombreuses précautions de forme qui permettront de prévenir les abus.

Cette brève présentation du cadre général ne suffit pas à épuiser la complexité de la matière. Deux exemples peuvent permettre de prolonger la réflexion. Le premier concerne la preuve de la date d'une donation effectuée à l'étranger. L'on connaît l'importance de la date de la donation en rapport avec l'application de l'article 7 du Code des droits de succession selon lequel doivent être considérés comme faisant partie du patrimoine du défunt «les biens dont l'administration établit que le défunt a disposé à titre gratuit dans les trois années

⁹⁶ Pour prendre l'exemple d'une donation portant sur des biens meubles. Si la donation porte sur un bien immobilier, il faudra, pour déterminer la loi successorale à laquelle la donation doit être confrontée, s'en remettre au lieu de situation du bien donné, sous réserve du renvoi.

⁹⁷ Ou s'il a effectué un choix, par voie testamentaire, au bénéfice de la loi française pour régir sa succession en vertu de l'article 79 du Code.

⁹⁸ Voy. également la bienveillance dont fait preuve la jurisprudence française à l'égard de pactes successoraux et de testaments conjonctifs, qui ne se heurtent pas à l'ordre public de droit international privé – par exemple Aix-en-Provence, 16 octobre 2003, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2004, p. 589, commentaires de P. LAGARDE (validité d'un pacte successoral reçu par un notaire allemand par lequel deux partenaires s'étaient mutuellement institués héritiers à titre exclusif et illimité; la cour d'appel refuse d'avoir recours à l'exception d'ordre public alors même que la question intéressait des biens meubles situés en France) et les indications fournies par F. BOULANGER, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, Economica, 2004, p. 98, n° 88. Les jurisprudences espagnole et italienne se montrent également peu enclines à opposer l'ordre public aux pactes successoraux régis par des droits étrangers, alors même que ces droits limitent fortement la possibilité de recourir à ces pactes, voy. les indications fournies par A. BONOMI, «Les pactes successoraux en droit international privé...», précité, pp. 23-24.

précédant son décès [...] si la libéralité n'a pas été assujettie au droit d'enregistrement établi pour les donations... »⁹⁹.

Pour éviter l'application de cette règle, il est nécessaire de pouvoir opposer à l'administration fiscale la date à laquelle la donation a été réalisée à l'étranger. Quel accueil la Belgique réserve-t-elle à la date d'une donation effectuée à l'étranger?

Lorsque la donation a fait l'objet d'un acte authentique reçu par une autorité étrangère¹⁰⁰, il convient, pour déterminer la force probante qui revient à l'acte authentique étranger, de se référer au régime mis en place par l'article 28 du Code de droit international privé. Cette disposition, qui définit les conditions d'accueil en Belgique de la force probante des actes authentiques étrangers, n'impose pas d'opérer un détour par le biais du droit applicable à la donation. Selon cette disposition, un acte authentique étranger fait foi en Belgique des faits constatés par l'autorité étrangère¹⁰¹ qui l'a établi à condition que, d'une part, les exigences posées par le droit étranger pour l'authenticité de l'acte aient été respectées et, d'autre part, que les conditions posées par le Code pour la forme de l'acte aient également été respectées¹⁰².

L'on peut présumer que le notaire étranger aura soin de veiller au respect des conditions posées par le droit étranger pour l'authenticité de l'acte. Pour ce qui est des conditions de forme posées par le Code, l'on doit d'abord constater que le Code ne prévoit pas de règles générales permettant de déterminer la loi applicable aux exigences formelles d'un acte¹⁰³. Il convient dès lors de se référer

⁹⁹ La question est d'une importance telle qu'il est possible de s'assurer contre le risque du décès du donateur pendant le délai de trois ans. Voy. L. WEYTS, « "Vlucht niet naar Nederland, vlucht naar uw notaris": over schenkingen van roerend goed », *T. not.*, 2006, (p. 366), pp. 367-368.

¹⁰⁰ Lorsque la donation ne peut bénéficier du régime particulier mis en place pour les actes authentiques, il faut en revenir à une autre approche, fondée sur une vérification conflictuelle. En règle, la détermination du mode de preuve d'un acte privé relève du droit applicable au rapport juridique (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 476-477, n° 11.15). En tant que contrat, la donation bénéficie d'un régime plus libéral puisque l'article 18, § 2 du Règlement Rome I précise que la preuve d'un contrat peut être rapportée par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois applicables aux exigences formelles de l'acte. Partant, un donateur qui a bénéficié d'une donation soumise expressément par les parties au droit espagnol et réalisée par tradition de l'objet donné en Angleterre, pourra rapporter la preuve de cette donation devant les juridictions belges en faisant appel aux ressources des lois belge, espagnole et anglaise. La seule réserve porte sur l'administration de modes de preuve qui doit passer le cap de la loi du for.

¹⁰¹ La date de l'acte fait nécessairement partie des constatations réalisées par l'autorité étrangère. L'article 40 (2)(e) de la loi organique du notariat néerlandais impose par exemple aux notaires de préciser dans les actes qu'ils reçoivent le lieu et le jour où l'acte est reçu.

¹⁰² L'article 28 réserve en outre l'application de l'exception d'ordre public lorsqu'il apparaît que les constatations faites par l'autorité étrangère contreviennent manifestement aux conceptions nationales. Cette réserve semble d'un intérêt marginal à l'endroit des donations reçues par un notaire étranger.

¹⁰³ Certaines dispositions prévoient des règles spécifiques visant des actes déterminés – par exemple le contrat de mariage (art. 52).

rer aux dispositions du Règlement Rome I, déjà étudiées, dont l'application est d'ailleurs généralisée par le Code. Ces dispositions permettent en tout état de cause aux parties de s'en tenir aux exigences de forme locales. Encore une fois, le notaire étranger sera le garant du respect de ces exigences formelles. En définitive, rien ne semble pouvoir s'opposer à l'accueil en Belgique de la force probante qui s'attache à la date de l'acte par lequel un notaire étranger a reçu une donation entre des ressortissants belges, même s'il apparaît que l'objet de la donation est situé sur le territoire belge¹⁰⁴.

En conclusion, si dans l'État étranger, la force probante d'un acte notarié est la même qu'en Belgique, la donation intervenue devant le notaire étranger aura la même valeur probante, du point de vue de l'acte et de sa date, que si elle était intervenue en Belgique¹⁰⁵.

La donation d'un immeuble situé en Belgique offre une deuxième illustration des difficultés liées à l'accueil en Belgique des donations réalisées à l'étranger. Peut-on recourir à un notaire étranger pour recevoir une donation d'un immeuble situé en Belgique? Le point de départ de l'analyse gît sans nul doute dans les dispositions du droit belge qui subordonnent l'efficacité d'une donation en tant qu'acte translatif d'un droit de propriété sur un bien immeuble au mécanisme de la publicité foncière. L'accès aux registres de la conservation des hypothèques est bien entendu réservé aux seuls actes qui répondent à l'exigence d'authenticité posée par la loi belge¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La force probante ainsi établie pourra toutefois être combattue par toutes voies de droit (art. 28, § 2 Code).

¹⁰⁵ Cette conclusion était déjà celle à laquelle aboutissaient les commentateurs avant la codification du droit international privé, sur la base d'un raisonnement fondé sur l'application de la règle de rattachement – voy. not. Ph. DE PAGE, « Successions et donations. Questions de fiscalité et moyen de preuve », *Rev. not. belge*, 1996, (p. 558), pp. 563-564, spéc. note 24; M. MUND, « L'incidence en matière de droits d'enregistrement et de droits de succession de donations intervenues par acte authentique à l'étranger », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, (p. 1103), pp. 1114-115, n° 9; C. LAMBERT, « Le don manuel en droit fiscal (droits d'enregistrement et droits de succession) », *Rec. gén. enr. not.*, 1998, (p. 389), pp. 418-420 et S. NUDELHOLC, « Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession », in *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Bruxelles, Bruylant, 2001, (p. 117), pp. 126-128. Si l'on écarte l'article 28 du Code, il est en effet permis de revenir à un raisonnement conflictuel. Or, comme déjà indiqué, pour démontrer la force probante de l'acte étranger, en ce compris la date de l'acte, il est permis de puiser (notamment) dans les ressources de la loi du lieu où l'acte a été reçu, comme le permet l'article 18 du Règlement Rome I. À propos d'une donation reçue par un notaire néerlandais par exemple, il ne fait que peu de doute que le droit néerlandais permet au notaire instrumentant de certifier la date de l'acte qu'il reçoit. Sans faire appel aux règles particulières visant les actes authentiques, l'on peut donc également garantir que la date certaine sera reçue en Belgique.

¹⁰⁶ Comme l'explique M. van Boxstael, l'application des dispositions belges qui subordonnent l'accès aux registres fonciers, à une exigence d'authenticité, est justifiée sur la base de l'adage *auctor regit actum* (J.-L. VAN BOXSTAELE, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 204, n° 101).

Ceci exclut d'emblée la possibilité de réaliser une donation portant sur un immeuble situé en Belgique, au moyen d'un acte sous seing privé – quand bien même la loi locale, applicable en vertu de l'article 11 du Règlement, aux exigences formelles, permettrait l'utilisation d'un tel acte. Peut-on cependant exclure qu'une telle donation soit reçue par un notaire étranger, dont l'acte jouirait du privilège de l'authenticité? La question est moins théorique que pour le contrat de vente, celui-ci étant soumis à d'importantes contraintes fiscales et administratives qui rendent difficile la dissociation entre le lieu de situation de l'immeuble et celui où l'acte est reçu¹⁰⁷.

En France, l'on enseigne qu'une donation portant sur un immeuble situé en France peut être reçue par un notaire étranger, qui pourra servir à remplir les exigences de publicité foncière s'il a été déposé, après, le cas échéant, avoir été traduit, au rang des minutes d'un notaire français¹⁰⁸. La situation en Belgique ne nous paraît guère différente : dès lors qu'un acte revêt, selon la loi qui gouverne l'activité de son auteur, un caractère authentique, il nous paraît que son accueil doit être assuré en Belgique en cette qualité¹⁰⁹. À ce titre, il n'est certainement pas exclu que, moyennant la traduction et le cas échéant la légalisation de l'acte, une donation reçue par un notaire étranger puisse assurer de façon efficace la transmission d'un bien situé en Belgique.

Ce panorama de l'accueil en Belgique des donations étrangères ne serait pas complet si nous n'évoquions pas une question qui a récemment retenu l'attention. Cette question est liée au coût fiscal des donations. Grâce aux interventions successives des législateurs régionaux, le climat fiscal à l'égard des donations s'est fort adouci au cours des dernières années – ce qui n'a d'ailleurs pas manqué de contribuer à l'essor considérable de cette technique de planification successorale. Il n'en reste pas moins que l'imposition à laquelle sont soumises les donations en Belgique continue à en rebuter certains. Il est vrai que dans certains pays limitrophes, il est possible de s'assurer le concours d'un notaire pour prendre acte d'une donation sans que ceci ne donne lieu à une quelconque imposition. La migration des donations continue dès lors à être une réalité.

¹⁰⁷ Voy. nos réflexions à ce sujet in « L'acquisition immobilière internationale », *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2010, (p. 114), pp. 127-132.

¹⁰⁸ Cons. les explications de H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 285, n° 741.

¹⁰⁹ L'on peut se demander si cet accueil constitue une « reconnaissance » de l'acte authentique étranger (concept dont les contours sont bien difficiles à cerner) ou si l'on se trouve dans ce que la doctrine la plus pointue désigne comme étant la « prise en considération » d'un acte étranger – sur ce mode d'accueil d'un acte étranger, cons. M. GORÉ, « L'acte authentique en droit international privé », *Travaux Comité fr. DIP*, 1998-1999, (p. 23), p. 28 et G.A.L. DROZ, « L'activité notariale internationale », *Rec. Cours*, 1999, t. 280, (p. 98), n° 97.

Le sort de ces donations réalisées à l'étranger a suscité une querelle parmi les commentateurs. Il revient au professeur Luc Weyts d'avoir attiré l'attention sur le risque que fait peser sur ces donations la technique de la fraude à la loi consacrée par l'article 18 du Code de droit international privé¹¹⁰. M. Weyts estime que dès lors que l'ensemble des éléments liés à la donation sont liés à la Belgique, le recours à un notaire néerlandais ou suisse pourrait constituer une fraude à la loi. Dans une contribution plus récente, M. Weyts évoque un « internationaal privaatrechtelijk rechtsmisbruik »¹¹¹.

C'est peu dire que l'analyse du professeur Weyts n'a pas fait l'unanimité¹¹². La question soulevée est celle de savoir si l'administration fiscale pourrait trouver dans le droit international privé des outils pour remettre en question la validité d'une donation réalisée à l'étranger dès lors que l'ensemble des parties résident en Belgique. Si le professeur Weyts a évoqué « l'abus de droit », il semble qu'il vise plus précisément la fraude à la loi. *Prima facie*, il est vrai que l'opération envisagée a tout d'une fraude : voilà des personnes qui résident en Belgique, qui se rendent en Suisse ou aux Pays-Bas uniquement pour y effectuer une donation qui n'a pas d'autres liens avec ce pays. Ce séjour de très brève durée n'a qu'un objectif, avoué : éviter l'imposition en Belgique. Comment ne pas s'interroger sur la validité d'une telle opération, notamment sous l'angle de la fraude ?

Pour bien apercevoir les limites de l'analyse du professeur Weyts, il faut se souvenir que le droit international privé répond à une logique qui lui est propre. L'approche du droit international privé n'est pas subordonnée à celle du droit fiscal.

La fraude à la loi est une technique dérogatoire du droit international privé, qui ne peut être mise en œuvre que si plusieurs conditions sont remplies. Parmi celles-ci, il faut d'abord que la question intéresse une matière qui n'est pas à la libre disposition des parties. L'on peut discuter sur la nature exacte des règles qui intéressent les donations. Il en est certainement qui ne souffrent pas de dérogation par les parties. Il demeure que l'acte même de donner une partie de son patrimoine est un geste de libre disposition. L'on ne peut objecter que l'imposition fiscale à laquelle les parties tentent d'échapper constitue un obs-

¹¹⁰ Voy. L. WEYTS, « "Vlucht niet naar Nederland, vlucht naar uw notaris": over schenkingen van roerend goed », *op. cit.*, pp. 366-376.

¹¹¹ Voy. L. WEYTS, « Grensoverschrijdende schenkingen. Standpunt: vlucht niet naar Nederland, loop naar uw notaris: een herbekijken van een roerende schenking, om fiscale redenen over de grens heen getild », *T. not.*, 2010, pp. 387-391.

¹¹² Voy., parmi les nombreuses réactions négatives, les observations de Ph. DE PAGE, « Le contrat de donation. Petit lexique à l'usage de ses parties », in *Droit des contrats*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 1-47, spéc. pp. 8-10, n^{os} 12 et s.

tacle qui condamne l'opération. Certes, les règles fiscales s'imposent aux parties. Il n'entre cependant pas dans l'objectif de la fraude à la loi, telle que prévue par le Code de droit international privé belge, de réprimer toute tentative d'évasion d'une disposition quelconque du droit belge. L'article 18 du Code de droit international privé ne laisse aucun doute sur la question. La fraude à la loi ne peut intervenir que si l'opération a pour objectif d'échapper à la loi qui serait applicable en vertu des règles du Code. Or celui-ci n'a pas vocation, loin s'en faut, de déterminer le régime fiscal d'une opération.

S'il devait être accepté que la fraude à la loi peut être prise en considération, encore faudrait-il démontrer que la donation effectuée à l'étranger a pour objectif et effet d'échapper à la loi qui serait applicable si les parties ne s'étaient pas déplacées. Il ne fait pas de doute que le déplacement des parties aux Pays-Bas ou en Suisse constitue un élément objectif susceptible de fonder l'application du mécanisme de la fraude. Encore faut-il apprécier si ce déplacement a pu permettre aux parties d'échapper à la loi qui aurait été applicable si la donation avait été reçue en Belgique.

Si l'on prend appui sur une donation d'effets mobiliers entre résidents belges, le déplacement des parties nous semble peu pertinent. En pratique, en effet, les parties auront soin de soumettre leur donation à la loi belge. Le plus souvent, l'opération sera d'ailleurs préparée et suivie par un conseil belge. Le déplacement en Suisse ou aux Pays-Bas n'a dès lors pas pour objectif et n'aura pas comme résultat de soumettre la donation à une autre loi que celle qui aurait été applicable si la donation avait été reçue en Belgique. Quant aux exigences formelles, nous avons déjà indiqué que le régime de droit international privé se caractérise par une grande souplesse. Rien n'interdit aux parties de soumettre une donation, même reçue en Belgique, à un droit étranger, pour puiser dans ce droit les exigences formelles auxquelles la donation est soumise. Certes, une telle donation ne pourrait échapper au mécanisme particulier mis en place par le Règlement Rome I à l'attention des contrats internes (*supra*). Il reste que dans la pratique, un déplacement à l'étranger n'est envisagé que vers des pays qui connaissent le notariat de tradition latine. Il y a donc équivalence entre la forme que revêt la donation reçue à l'étranger et celle que la donation aurait revêtue en Belgique.

En conclusion, il nous semble certain que l'article 18 du Code est inopérant pour remettre en question la validité, sous l'angle de l'imposition fiscale, d'une donation reçue par un notaire étranger, même lorsqu'il apparaît que cette donation s'inscrit dans un contexte entièrement belge.

Section 8.

Que faire si l'une des parties à la donation est un mineur ou un incapable ?

Comme outil de planification successorale, la donation peut dans certains cas être destinée à assurer le transfert d'une partie du patrimoine d'une personne à un mineur. L'on pense à une donation dont un grand-parent souhaite gratifier ses petits-enfants. Dans la pratique interne, des mécanismes ont été développés pour assurer la représentation des donataires mineurs ou qui souffrent d'une autre incapacité. Ces mécanismes peuvent-ils également être utilisés lorsque la donation présente une dimension internationale ?

Le raisonnement de droit international privé impose de distinguer deux questions¹¹³. Il importe en effet de déterminer dans un premier temps si l'une des parties à la donation est frappée d'une incapacité. Si la réponse à cette question s'avère positive, il faudra consulter d'autres règles pour déterminer quelle(s) mesure(s) adopter pour assurer la participation de l'incapable à l'opération.

La détermination de l'incapacité d'une personne est confiée par l'article 34 du Code à la loi nationale de l'intéressé. L'application de la loi nationale vise tout autant l'âge de la minorité/majorité que la détermination de l'éventuelle incapacité qui découle d'une déficience mentale. L'on sera attentif au fait que, par dérogation au principe général d'interdiction du renvoi retenu par l'article 16 du Code, l'article 34 impose de consulter la loi étrangère en ce compris ses règles de droit international privé.

S'il apparaît que l'une des parties à la donation est frappée d'une incapacité qui l'empêche de prendre part directement à la donation, il faut consulter une autre règle afin de déterminer quelle(s) mesure(s) s'impose(nt) pour assurer la participation de cette partie à l'opération envisagée. Contrairement à l'article 34, l'article 35 du Code retient à ce propos le droit de la résidence habituelle de l'incapable. Ceci permettra, dès lors que l'incapable réside en Belgique, de retenir l'application du droit belge. Inversement, si le mineur ou l'incapable réside à l'étranger, il s'impose de consulter le droit de sa résidence habituelle¹¹⁴.

Il n'est pas rare que le droit applicable prévoie, au rayon des mesures de protection, l'obligation de solliciter l'autorisation ou l'homologation d'une juridiction. Il faudra dans ce cas s'interroger sur la compétence internationale des

¹¹³ En général voy. nos explications in « Le patrimoine de l'incapable en droit international privé », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2010*, P. LECOCQ et Ch. ENGELS (éd.), Bruges, La Charte, 2010, pp. 3-41.

¹¹⁴ Le mécanisme du renvoi n'est pas autorisé lorsqu'est en jeu la détermination des mesures permettant d'assurer la participation de l'incapable à l'opération. D'autres mécanismes dérogatoires peuvent cependant intervenir, et notamment l'exception d'ordre public et la clause d'exception.

juridictions belges. Une distinction s'impose à ce titre selon la nature de l'incapacité qui frappe l'intéressé. Si cette incapacité dérive de l'âge de l'incapable, ce sont les dispositions du Règlement Bruxelles *Ibis* qui sont pertinentes¹¹⁵. Si l'incapable est par contre majeur, il revient au Code de droit international privé de déterminer les limites de la compétence des juridictions belges¹¹⁶.

S'agissant par exemple d'une donation d'instruments financiers déposés auprès d'une banque luxembourgeoise, au bénéfice d'un mineur ressortissant néerlandais qui réside en Belgique, le raisonnement à suivre peut être résumé comme suit : il importe dans un premier temps de consulter le droit néerlandais pour s'assurer que l'enfant est bien mineur et dès lors incapable¹¹⁷. Dès lors que le donataire est incapable de participer directement à la donation qui le concerne, l'article 35 du Code doit être consulté pour déterminer la loi applicable au mécanisme de représentation. En l'espèce, c'est au droit belge qu'il revient de se prononcer sur cette question puisque le mineur réside habituellement en Belgique. Dans la mesure où ce droit impose d'obtenir l'autorisation préalable d'un juge, l'article 8 du Règlement Bruxelles *Ibis* permet de saisir les juridictions belges puisque le mineur réside en Belgique.

Section 9.

Quelles conséquences le décès du donateur entraîne-t-il ?

La donation a pour but l'appauvrissement immédiat du donateur au profit du donataire. Elle n'est pas sans avoir de conséquences sur l'étendue du périmètre du patrimoine du premier. Il n'est dès lors pas surprenant que le droit des successions s'intéresse de près aux donations qu'a pu réaliser le donateur de son vivant. On sait qu'en droit interne, les donations entretiennent des rapports étroits avec la matière successorale. Ces rapports justifient-ils que le raisonnement de droit international privé tienne compte de la dimension successorale ? Le Code de droit international privé se montre fort précis sur la question. L'article 80, § 1^{er}, 10^o du Code précise en effet qu'il revient à la loi successorale de déterminer « le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires ». Selon la même disposition, il revient également à la loi successorale de déterminer la quotité disponible, la réserve ainsi que les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort.

¹¹⁵ En particulier son article 8, qui confère compétence aux juridictions de l'État où se situe la résidence habituelle du mineur. L'article 12 du Règlement permet également, sous certaines conditions, de saisir les juridictions belges alors même que le mineur ne réside pas en Belgique.

¹¹⁶ L'on consultera l'article 33 du Code.

¹¹⁷ En droit néerlandais, l'âge de la majorité est fixé à 18 ans (art. 1-233 NBW). Le renvoi n'est pas possible puisque le droit international privé néerlandais fait également confiance à la loi nationale de l'intéressé.

L'emprise de la loi successorale sur les donations est dès lors importante. Quel que soit le droit applicable à la donation, il faudra consulter la loi successorale pour déterminer l'obligation au rapport des donations et les conséquences du rapport¹¹⁸. Ainsi, si une personne qui réside en Belgique donne de son vivant à deux de ses trois enfants la propriété d'une maison qu'elle possède en France, il appartiendra à la loi française, applicable à la succession en tant qu'elle porte sur la maison située en France¹¹⁹, de déterminer si la donation doit être rapportée à la masse et, le cas échéant, s'il y a lieu à réduction pour respecter la réserve. La circonstance que le donateur ait pu choisir de soumettre la donation au droit belge n'y changera rien. La loi choisie par le donateur n'est pertinente qu'à l'égard des seules questions contractuelles. Elle ne peut servir à échapper à d'éventuelles limitations de la loi successorale.

Parmi les questions que suscite l'obligation de rapporter une donation, la pratique se heurte souvent à des difficultés liées à la méthode d'évaluation des actifs donnés. Si une donation est intervenue longtemps avant le décès, il s'impose de déterminer s'il convient d'évaluer la valeur du bien donné au jour de la donation ou en tenant compte de la valeur qu'il possède au jour du rapport, ceci afin d'examiner si la donation porte atteinte à la réserve¹²⁰. Puisque l'obligation et les conséquences du rapport sont soumises à la loi successorale, c'est cette loi qu'il faudra interroger pour sélectionner la méthode d'évaluation¹²¹. Ceci n'est pas sans susciter des difficultés. Il sera en effet difficile pour le donateur, et pour la personne qui le conseille, de sécuriser une donation dès lors que les règles pertinentes pour évaluer le rapport de la donation ne seront déterminées qu'au moment du décès du donateur.

L'impact important de la loi successorale sur les donations n'est pas sans rendre complexes les opérations de programmation successorale. La loi successorale ne sera en effet fixée de façon définitive qu'au jour du décès du donateur, puisque c'est à ce moment qu'il s'impose d'apprécier la résidence habituelle du défunt. L'incertitude est moindre pour les donations immobilières.

¹¹⁸ En France, H. MUIR WATT et D. BUREAU, *Droit international privé*, op. cit., p. 253, n° 855. Voy., dans la jurisprudence française, Cass. fr. (ch. civ.), 18 mai 2005, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2005, p. 639, note B. ANCEL. Voy. l'article 78, § 2 du Code. Le renvoi n'est pas possible dans les relations franco-belge.

¹²⁰ En droit belge, voy. les articles 922 et s. et 858 et s. du Code civil.

¹²¹ En ce sens en France, H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., pp. 290-291, n° 759. La question intéresse certes le statut des biens donnés. L'application de la *lex rei sitae* nous semble cependant peu opportune. La question de l'évaluation du bien donné est en effet directement liée à la sanction imposée en cas de dépassement par le donateur de la quotité disponible. Elle ne se pose qu'en raison de l'obligation du rapport des donations, qui est une institution proprement successorale. À notre estime, s'agissant du rapport des donations, il faut partir du principe que c'est la loi successorale qui est pertinente.

M. van Boxstael suggère, pour rencontrer cette difficulté, de faire utilisation du mécanisme de la *professio iuris* prévu par le Code. L'article 79 du Code de droit international privé permet en effet à chacun de déterminer le droit applicable à sa succession. La *professio iuris* peut constituer un instrument utile pour sécuriser une planification successorale. Elle possède l'indéniable avantage de fixer la loi qui sera applicable à la succession, sans qu'un éventuel déménagement ultérieur du futur défunt n'ait un impact. Les restrictions dont le Code entoure la *professio iuris* sont certes importantes. Elles ne privent pas cet instrument de son utilité, à condition de bien en mesurer les limites¹²².

Il faut cependant garder à l'esprit que la *professio iuris* est un instrument relativement récent du droit international privé, auquel il ne sera pas toujours réservé un accueil favorable. Ainsi, il demeure difficile de déterminer si le choix par le défunt de la loi applicable à sa succession sera accueilli favorablement en France et en Italie, dont les droits ne reconnaissent pas cette possibilité au défunt. Si la donation porte sur un immeuble situé dans l'un de ces pays, cette question ne manquera pas de faire peser une hypothèque sur la programmation successorale¹²³.

La *professio iuris* n'est pas le seul mécanisme qui vise à sécuriser la donation. En France, il est permis, depuis la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, de renoncer anticipativement à l'action en réduction. Selon l'article 922 du Code civil français, un héritier réservataire présomptif peut « renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte ». Cette technique, déjà évoquée, permet de conforter une donation.

On s'est déjà penché sur l'accueil que la Belgique pourrait réserver à une telle renonciation si elle a fait l'objet d'un acte notarié français¹²⁴. L'approche serait-elle différente si la renonciation devait être actée dans une donation reçue par un notaire belge ? Il faudrait, pour se prononcer, identifier la règle de rattachement pertinente. Il fait peu de doute que les regards devraient se tourner vers la loi successorale. Les commentateurs français considèrent qu'une telle renonciation doit être appréciée à la lumière de la loi successorale¹²⁵. C'est aussi l'avis de M. van Boxstael qui écrit que la loi successorale interviendra au décès du dona-

¹²² Et notamment l'interdiction de « panacher » le choix, celui-ci devant impérativement être effectué pour l'ensemble du patrimoine successoral, sans possibilité de soumettre l'un ou l'autre bien spécifique à une autre loi. L'on sera également attentif à la nécessité de sélectionner l'une des lois retenues par l'article 79, à savoir soit celle de l'État dont le testateur possède la nationalité, soit celle de l'État où il réside habituellement au moment où le choix est exprimé.

¹²³ Ceci dans l'attente de l'adoption d'un Règlement européen relatif aux successions qui permettra plus que probablement l'option de droit – voy. nos commentaires sur le projet initial de la Commission: « Europees IPR-erfrecht: wat zit er in voor de estate planner? », *T.E.P.*, 2009, pp. 318-325.

¹²⁴ *Supra*, question 7.

¹²⁵ H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, op. cit., p. 291, n° 760.

teur pour apprécier la renonciation anticipée à des droits réservataires¹²⁶. Rien ne semble pouvoir contredire cette analyse. Il est en effet difficile de contester qu'une renonciation à des droits réservataires, même du vivant du donateur, intéresse la matière successorale. Ce faisant, le recours à la technique de droit français peut être compromis ou, à tout le moins, fort difficile. D'une part, la référence à la loi successorale rend difficile tout exercice de prévision, comme déjà indiqué¹²⁷. D'autre part, s'il apparaît que la loi successorale est bien la loi belge, celle-ci invalidera la renonciation anticipée. Ce n'est que si la succession du donateur est régie par la loi française que la technique de la renonciation anticipée pourra être utilisée avec moins d'appréhension¹²⁸.

Section 10.

Que se passe-t-il au décès du donataire ?

Le décès du donataire constitue-t-il une étape importante de la donation ? À ce moment, le bien donné fait partie de son patrimoine. Il subira dès lors le sort de la succession. C'est à la loi successorale qu'il appartiendra de déterminer le sort des biens donnés.

Le donateur pourrait souhaiter qu'un sort particulier soit réservé aux biens donnés, notamment pour éviter qu'ils soient attribués au conjoint survivant du donataire. La pratique a depuis longtemps eu recours aux clauses de droit de retour pour permettre au donateur d'éviter que les biens donnés ne subissent le sort du patrimoine successoral du donataire décédé¹²⁹.

En droit civil, le droit de retour conduit à la résolution de la donation. Laurent écrivait déjà que la clause de retour était une « condition résolutoire, que, de commun accord, les parties ajoutent au contrat »¹³⁰. M. de Wilde d'Estmael ajoute que « le retour conventionnel est une véritable condition résolutoire expresse qui agit de plein droit et avec effet rétroactif »¹³¹.

¹²⁶ J.-L. VAN BOXSTAELE, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 206, n° 102.

¹²⁷ Sous la réserve d'une option de droit par le donateur au titre de l'article 79 du Code, *supra*.

¹²⁸ L'exception d'ordre public ne nous paraît pas devoir être opposée à l'application des dispositions de droit français permettant la renonciation anticipée (voy. *supra*).

¹²⁹ Voy. les explications de I. DE STEFANI, « Le droit de retour », in *La fiscalité des donations et ses incidences civiles*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2005, pp. 121-147.

¹³⁰ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, op. cit., p. 540, n° 449. Voy. aussi les observations de E. DE WILDE D'ESTMAEL *et al.*, « La donation », *Rép. not.*, 2009, p. 245, n° 218 : « Le donateur peut stipuler que les biens donnés lui seront rendus, soit en cas de prédécès du donataire seul, soit en cas de prédécès du donataire et de ses descendants. Cette condition résolutoire est licite puisqu'elle se base sur un événement incertain et casuel. »

¹³¹ E. DE WILDE D'ESTMAEL *et al.*, « La donation », *Rép. not.*, 2009, p. 247, n° 220. Selon ce même auteur, « Le droit commun concernant les conditions résolutoires est applicable ».

Il semble donc que tant la validité d'une clause de retour que l'analyse des effets qu'elle produit en cas de prédécès du donataire appartiennent au domaine contractuel. Il s'en déduit que c'est à la loi de la donation, en tant qu'elle constitue un contrat, qu'il faut se reporter pour appréhender ces questions. C'est l'analyse du professeur van Boxstael, qui estime que la clause de retour conventionnelle est régie par la loi d'autonomie¹³². La circonstance que la clause de retour est prévue pour agir en cas de décès du donataire ne nous semble pas justifier l'intervention de la loi successorale. Comme d'autres institutions, la clause de retour n'opère pas en raison de l'ouverture de la succession, mais bien à l'occasion de l'ouverture de la succession. C'est bien la volonté des parties à la donation qui constitue le moteur et la justification du retour du bien donné.

C'est donc la loi de la donation, en tant que contrat, qu'il faudra interroger pour déterminer si le donateur peut à un stade ultérieur renoncer au droit de retour qu'il avait stipulé en sa faveur – par exemple lorsque le bien immeuble donné est vendu par le ou les donataire(s) à un tiers, qui souhaite se prémunir contre l'exercice par le donateur du droit de retour. On peut supposer que si la loi de la donation permet au donateur de se réserver un droit de retour, elle l'autorise également à renoncer ultérieurement à ce droit.

¹³² J.-L. VAN BOXSTAEI, *Code DIP. Premiers commentaires*, op. cit., p. 204, n° 102.