

Chapitre 4

LES RÉGIMES CONVENTIONNELS EN COMMUNAUTÉ LES AVANTAGES MATRIMONIAUX

Yves-Henri Leleu
professeur ordinaire à l'U.Lg.
professeur à l'U.L.B.
avocat

Laure Sauveur
assistante à l'U.Lg.
collaboratrice notariale

59. Communauté universelle – Composition active – Exclusion de certains biens – Principe de cohérence – Interprétation. Parmi les régimes pouvant être adoptés par les futurs époux, le régime de la communauté universelle est celui par lequel les époux « font entrer dans le patrimoine commun tous leurs biens présents et futurs à l'exception de ceux qui ont un caractère personnel et des droits exclusivement attachés à la personne » (art. 1453, al. 1^{er}). L'autonomie des volontés (art. 1387 C. civ.) permet à ces époux d'exclure certains biens de ladite communauté, pour autant, seulement, qu'ils respectent les caractères essentiels dudit régime (art. 1453 C. civ.).

Cela fut affirmé par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 octobre 2012²³³, dans lequel elle a pris le soin de préciser qu'une telle stipulation d'exclusion de certains biens doit être certaine étant donné la présomption de communauté (art. 1405, 4^o, C. civ.) applicable au régime de communauté universelle (art. 1451, al. 3, C. civ.).

Il était, en l'espèce, question d'une demande d'annulation par une épouse mariée sous le régime de la communauté universelle de la vente d'un bien immobilier par son époux (art. 1422 C. civ.). Selon la demanderesse, le bien vendu faisait partie de la communauté universelle et la vente devait respecter l'article 1418 du Code civil ce qui n'était, en l'espèce, pas le cas.

233. Cass., 11 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1891, concl. J. GENICOT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 966 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, p. 1266 (somm.), *T. Not.*, 2013, p. 419.

Faisant application de ces principes, la Cour de cassation a validé l'arrêt contesté de la cour d'appel de Mons du 13 septembre 2011²³⁴, aux termes duquel ladite cour s'était fondée sur la volonté des parties au contrat pour considérer que le bien immobilier litigieux de l'époux, non expressément apporté à la communauté, au contraire de ses autres biens immobiliers, était exclu de la communauté universelle choisie par les parties. La cour avait validé cette unique exclusion, celle-ci ne privant pas, selon elle, le régime choisi de « ses principes structurels essentiels », et avait, sur cette base, rejeté la demande de l'épouse d'annulation de la vente dudit bien par son conjoint pour contravention à l'article 1418 du Code civil (art. 1422 C. civ.).

L.S.

60. (suite) Communauté universelle – Composition passive. La communauté universelle supporte « toutes les dettes » (art. 1453, al. 2)²³⁵. Ces dettes sont communes tant sur le plan de la contribution que de celui de l'obligation. Cette disposition vise toute dette propre, quelle qu'en soit la cause, exigible au début de la communauté universelle. Ainsi, une charge liée à une donation reçue en cours de mariage (art. 1406) deviendra-t-elle commune si la communauté universelle est stipulée par modification du contrat.

Sont néanmoins exclues les dettes afférentes aux biens propres par nature et toutes celles qualifiées propres par l'article 1407 du Code civil. Cela a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt très bref du 6 octobre 2011²³⁶.

Y a-t-il rupture de cohérence à maintenir aussi séparés les passifs en communauté universelle? Nous ne le pensons pas²³⁷ car la raison de la qualification propre des dettes en régime légal est principalement liée à l'exercice de pouvoirs de gestion, dont le régime est impératif (art. 1451, al. 1^{er})²³⁸. Ces créanciers propres auront comme gage les biens exclus de

234. Mons, 13 septembre 2011, inédit (cité par Cass., 11 octobre 2012, précité).

235. Civ. Gand, 8 avril 2004, *T. Not.*, 2006, p. 200; B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », in *Les régimes matrimoniaux. 4. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire* (Y.-H. LELEU et L. RAUCENT éd.), *Rép. not.*, VIII, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 160, n° 1232.

236. Cass., 6 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2146, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 965 (somm.), note J.L.R.

237. *Contra*: J.-L. RENCHON, note sous Cass., 6 octobre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 965. L'auteur s'étonne de la décision prise par la Cour. Selon lui, le principe de corrélation qui doit exister entre l'actif et le passif en régime de communauté justifie que si tous les biens présents et futurs des époux entrent dans la communauté universelle (art. 1453, al. 1^{er}, C. civ.), tel soit également le cas de toutes leurs dettes (art. 1453, al. 2, C. civ.).

238. Civ. Turnhout, 28 novembre 1996, *R.G.D.C.*, 1998, p. 594; J. VERSTRAETE, « Inbreng van tegenwoordige en/of toekomstige goederen in het gemeenschappelijke vermogen-gevolgen voor het definitief passief (C. civ., art. 1452, al. 2) », in *Liber amicorum R. Dillemans* (W. PINTENS éd.), Malines, Kluwer, 1997, p. 481, n° 29.

la communauté, les revenus du débiteur, et d'autres biens communs en fonction des possibilités d'extension de l'obligation à la dette (art. 1409 et s.). Ils ne seront pas en concours avec les créanciers propres de l'autre époux après la dissolution de la communauté universelle²³⁹.

L.S.

61. Séparation de biens avec clause de participation finale aux acquêts – Aspects fiscaux. La validité des clauses de participation aux acquêts adjointes à un régime de séparation de biens a été examinée ci-dessus; elles le sont sans le moindre doute possible. En cas de décès, leurs incidences successorales et fiscales retiennent l'attention: 1. sont-elles des avantages matrimoniaux ou des donations réductibles? 2. engendrent-elles des dettes déductibles de la masse taxable? Tant la cour d'appel de Gand que celle d'Anvers, saisies en matière fiscale uniquement, qualifient implicitement la créance de participation d'avantage matrimonial, à titre onéreux sous réserve de la protection des enfants et admettent la déductibilité fiscale de la dette de participation.

1. La clause déferée à la cour d'appel d'Anvers était une *participation aux acquêts 0/100* optionnelle au profit du conjoint survivant, les époux ayant précisé que la clause portait exclusivement sur des acquêts et non sur des biens propres au sens des articles 1399 à 1404 du Code civil. Économiquement, cette clause a le même effet qu'une attribution intégrale de communauté composée d'acquêts, sans apports de biens propres²⁴⁰.

La qualification civile de la clause en *avantage matrimonial* est, à lire l'arrêt, implicite mais certaine: la cour signale en *obiter dictum* que les époux n'ont pas d'enfants communs ni d'une autre union et que la dette de participation ne dépasse pas la totalité des acquêts. Ces constats sont pertinents pour la protection réservataire des articles 1464, alinéa 2, et 1465 du Code civil, et confirment par ailleurs la possibilité d'appliquer par analogie la théorie des avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens: si les époux ont des enfants communs, la moitié des apports est qualifiée de donation à fins de réduction; si les époux ont des enfants d'une première union, tout ce qui excède la moitié de la valeur des acquêts est qualifié de donation à fins de réduction. La cour ne devait pas aller plus loin sur ce plan faute d'enfants et de demande de réduction (l'action en réduction ne peut pas être exercée par l'administration fiscale).

239. Pour plus de précisions: H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht. Deel IV. Huwelijksstelsels, erfrecht, giften*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 191-192, n^{os} 297 et 299.

240. Anvers, 24 avril 2012, *Not. Fisc. Maand.*, 2012, p. 216, note Ch. DECLERCK et S. MOSSELMANS, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 332, note R. BARBAIX et A. VERBEKE, *Rev. not. belge*, 2012, p. 873, note Ph. DE PAGE et N. GEELHAND DE MERXEM, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 347 (somm.); *infra*, n^o 67.

Quant au *traitement fiscal* de la clause, l'administration entendait d'abord *diminuer la créance de participation* en soutenant qu'elle ne portait que sur une partie des acquêts, ceux à dater de la modification du régime matrimonial, et non sur tous les acquêts constitués depuis le mariage comme les époux le précisaient dans l'acte modificatif, et aussi que les époux avaient stipulé lors de la modification « ne plus rien se devoir ». La cour considère que la créance de participation sur les acquêts constitués depuis le mariage n'est pas éteinte par la modification de régime car elle naît lors de la levée de l'option par le conjoint survivant. Elle porte donc « sans aucun doute possible » sur les acquêts constitués pendant tout le mariage.

S'agissant ensuite de *l'admission de la créance au passif successoral fiscal* (art. 33 C. succ.), la cour n'entre pas dans le débat, à juste titre car la dette de participation est issue de la liquidation du régime matrimonial qui détermine ensuite la composition de la succession.

2. La clause soumise à la cour d'appel de Gand était une *participation aux acquêts 50/50* en cas de dissolution par décès. Les époux sont passés du régime de droit néerlandais de la communauté universelle au régime de droit néerlandais de la séparation de biens corrigée par une clause de participation portant sur tous leurs biens (propres et acquêts) et octroyant au survivant la moitié de la valeur de ceux-ci (« clause *alsof 50/50* », « comme si » les époux étaient mariés en communauté universelle)²⁴¹. Au décès de l'époux, des discussions surviennent quant à l'existence et au montant du passif admissible au sens de l'article 27 du Code des droits de succession. Les héritiers souhaitent, notamment²⁴², faire valoir une dette de participation, ce que refuse l'administration.

Sur le plan *civil*, la cour reconnaît implicitement mais certainement la validité de la clause, alors que certains auteurs soutiennent qu'elle est un pacte sur succession non ouverte. Elle ne se prononce pas sur sa nature d'avantage matrimonial, alors qu'en l'espèce la masse des biens n'est pas composée uniquement d'acquêts comme devant la cour d'Anvers (communauté universelle). Dès lors, s'il y avait eu des enfants non communs revendiquant leur réserve, une partie de la créance aurait été libérale (à concurrence de la moitié de la valeur des propres du défunt); en présence d'enfants communs, l'attribution égalitaire (50/50), même des apports, n'aurait engendré aucune libéralité.

Sur le plan *fiscal*, le lecteur demeure frustré. L'arrêt admet la *déduction fiscale* de la créance, sans répondre aux arguments de l'administration fiscale. Celle-ci s'est d'ailleurs pourvue en cassation. La cour d'appel

241. Gand, 4 octobre 2011, *T.E.P.*, 2012, p. 36, note N. GEELHAND.

242. Il y a également des discussions sur la prise ou non en compte d'une dette résultant de la liquidation du régime matrimonial opéré en 1987.

précise tout d'abord que l'article 27 permet notamment au contribuable de n'être imposé que sur l'avantage qu'il retire réellement de la succession. Cette disposition n'opère en outre pas de distinction selon la nature de la dette. Quant à la preuve, la cour rappelle l'article 29 selon lequel l'existence des dettes doit être établie par les modes de preuve admissibles en justice dans un débat entre créancier et débiteur.

La cour constate que la clause de participation périodique n'a jamais été mise en œuvre et applique la clause de participation finale. Rien n'indiquait que les époux ne souhaitaient plus appliquer la clause ou que celle-ci était caduque ou que l'époux survivant y avait renoncé.

Quant au montant de la dette de participation, elle remarque que la manière de calculer l'actif du patrimoine de l'époux décédé est la même que pour calculer l'actif de sa succession, ce qui a été admis par l'administration fiscale sur la base de la déclaration de succession. Le montant avancé par les héritiers, d'après les évaluations d'un conseiller fiscal, validées par le notaire, offre des garanties de justesse suffisantes. Il est en effet très important pour les époux qui recourent à la clause de participation de se ménager une preuve crédible de l'état de leurs patrimoines respectifs. La cour confirme donc que la dette de participation avancée par les héritiers doit figurer dans le passif de l'article 27. Comme précisé ci-dessus, il ne saurait être question d'une application de l'article 33 du Code des droits de succession dans une liquidation (préalable) de régime matrimonial.

Cette jurisprudence érige les clauses de participation greffées sur une séparation de biens en instruments performants²⁴³ de programmation civile et fiscale du patrimoine conjugal : la séparation de biens est corrigée pour plus d'équité ; le survivant – si tel est le choix opportun d'un point de vue familial²⁴⁴ – est seul propriétaire du patrimoine d'acquêts ; la transmission est exonérée fiscalement au premier décès et allégée au second si le conjoint survivant optimise le transfert de ses biens aux enfants (donations à taux réduits par exemple).

Conservent-elles un avenir depuis l'avènement de l'*abus fiscal* (art. 106 C. succ.) ? Les listes d'opérations considérées par l'administration fiscale comme certainement constitutives d'abus ne les reprennent pas (circulaire du 19 juillet 2012), pas plus que les listes d'opérations exonérées de

243. A. VERBEKE et R. BARBAIX, « La clause de participation finale est considérée comme performante sur les plans civil et fiscal ! », note précitée.

244. Il n'est pas toujours judicieux d'avantager le conjoint survivant : J.-L. RENÇON, « "Pirates en vue"... Pirates, les enfants à la succession de leur père ou de leur mère ? », in *Confronting the frontiers of family and succession law, Liber amicorum W. Pintens* (A. VERBEKE, J.-M. SCHERPE, Ch. DECLERCK, T. HELMS et P. SENAËVE éd.), Cambridge/Anvers, Portland/Intersentia, 2012, pp. 1169 et s. ; J.-F. TAYMANS, « La programmation successorale selon Montaigne », *Rev. not. belge*, 2014, p. 641.

doutes à ce sujet, ce qui revient, selon l'administration, à les laisser dans un « *no man's land* » où règne cette nouvelle forme de normativité fiscale « par la crainte », celle de se voir taxé, même illégalement, et contraint de récupérer les impôts indus par la voie onéreuse de la justice. N. Geelhand de Merxem conclut sans équivoque au caractère non abusif de la clause en raison de ses objectifs civils, la protection du patrimoine et de la sécurité du conjoint survivant²⁴⁵. Il relève que la pratique *contra legem* de l'administration qui consiste à rejeter la créance et imposer l'actif brut recueilli oblige, comme pour les clauses dites « de la mortuaire » (voy. ci-dessous), le conjoint survivant à avancer les droits, à intenter un procès à l'administration, à le gagner très probablement, et ensuite à récupérer droits, intérêts et indemnités de procédure. Cette pratique est gravement anti-sociale, car elle réserve l'exonération aux contribuables capables de supporter le procès, ceux qui soustraient le plus de droits au budget collectif, et les défraie sur les moyens régionaux alimentés notamment par ceux qu'elle a découragés de stipuler la clause dans un contexte juridique en tous points comparable (voy. ci-après). Nous pensons enfin qu'il y a abus fiscal dans l'hypothèse où les époux sont déjà mariés en communauté avec attribution intégrale de la communauté au survivant, et passent en séparation pure et simple pour constituer une communauté comptable attribuée 0/100 au survivant²⁴⁶.

Y.-H.L.

62. Clause dite « de la mortuaire » – Aspects fiscaux. Une autre clause de partage fiscalement exonérée est la clause dite « de la mortuaire », une attribution intégrale du patrimoine commun en propriété ou en usufruit à tel époux nommément désigné ou à ses ayants-droit en cas de dissolution du mariage par décès ou pour quelque cause que ce soit (divorce ou décès). L'objectif civil est, comme pour toute clause de partage inégal, de protéger économiquement le conjoint survivant. L'objectif fiscal est l'exonération de la transmission du patrimoine commun, car une condition de l'article 5 du Code des droits de succession n'est pas remplie : la condition de survie²⁴⁷. Le danger civil de la clause qui mérite l'attention particulière

245. N. GEELHAND DE MERXEM, note précitée sous Anvers, 24 avril 2012 et « De "interpretatie-uitspraak" van de fiscale administratie inzake het successierecht », *T.E.P.*, 2014, p. 102.

246. Dans le même sens, à propos de la clause « de la mortuaire » : Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », in *Liber amicorum J.-F. Taymans* (E. BEGUIN et J.-L. RENCHON éd.), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 82.

247. Pour plus de détails, voy. not. : V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 726 et s., n^{os} 27 et s. ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding. Fiscale aspecten », in *Huwelijksvoordelen. Handboek Estate Planning – Bijzonder Deel 4* (R. BARBAIX, N. GEELHAND et A. VERBEKE éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 123 et s. ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès* (A.-Ch. VAN GYSEL éd.), Limal, Anthemis, 2011, p. 35.

du notaire-conseil est que le conjoint bénéficiaire meure *avant* l'autre et que ce dernier perde ses droits dans le patrimoine commun. Aussi la clause ne peut-elle être stipulée qu'*in extremis*, d'où sa dénomination morbide.

Sur le plan civil, la clause de la mortuaire est valable car il n'est pas requis qu'un avantage matrimonial *mortis causa* soit stipulé sous condition de survie; il peut l'être sous simple condition de décès²⁴⁸. La clause ne véhicule pas une donation mais un *avantage matrimonial*. Si elle porte en tout ou partie sur des biens apportés dans le patrimoine commun par le prémourant, l'«excédent» de l'avantage matrimonial au sens de l'article 1464, alinéa 2, du Code civil – la moitié de la valeur des apports – demeure un avantage matrimonial²⁴⁹, mais est imputable sur la quotité disponible et, le cas échéant, réductible à la demande d'enfants communs. S'il y a des enfants non communs, en toute hypothèse la clause véhicule une libéralité réductible car elle transmet plus de la moitié des acquêts (art. 1465 C.civ.).

Sur le plan fiscal, où se déploie la controverse, la Cour de cassation a validé l'exonération de la clause dite «de la mortuaire» dans son arrêt du 10 décembre 2010²⁵⁰, commenté dans la précédente formation de la CUP. L'arrêt décide que l'article 2 du Code des droits de succession ne s'applique pas car cette disposition ne vise qu'un transfert de biens successoraux, alors que la clause de la mortuaire véhicule des biens communs par contrat de mariage. L'administration ne contestait pas en cassation l'inapplicabilité de l'article 5 du Code des droits de succession, à défaut de condition de survie. Reste l'article 7 du Code des droits de succession, qui n'est pas plus applicable car un avantage matrimonial est une disposition à titre onéreux et jamais une donation. La Cour énonce que l'article 1464, alinéa 2, ne permet pas de qualifier de «donation» la moitié de la valeur

248. Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux* (N. BAUGNIET, J.-F. TAYMANS éd.), Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2007, p. 86; *contra*: Ch. DE WULF, « Het recente cassatiearrest in verband met de sterfhuisclausule. Duidelijkheid op fiscaal gebied – cruciale vragen van burgerlijk recht blijuven buiten beschouwing », *T. Not.*, 2011, p. 3.

249. H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *Not. Fisc. Maand.*, 2005, pp. 292-297; A. VERBEKE, « Het algemeen kader der huwelijksvoordelen », in *Huwelijksvoordelen. Handboek Estate Planning – Bijzonder Deel 4* (R. BARBAIX, N. GEELHAND et A. VERBEKE éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 1.

250. Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, 92, *Rev. gén. enr. not.*, p. 121, n° 26263, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 2011, p. 427, note S. LOUIS, *Act. dr. Fam.*, 2011, p. 138, note V. DEHALLEUX, *T.F.R.*, 2011, p. 170, note G. DEKNUDT, *T. Fam.*, 2011, p. 117, note F. BUYSSENS, *T. Not.*, 2011, p. 11, *R.W.*, 2010-2011, 1436, note A. VERBEKE et R. BARBAIX. Pour des commentaires de cet arrêt: Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », in *Liber amicorum J.-F. Taymans, op. cit.*, pp. 78-82.

de l'apport, mais seulement d'opérer la réduction de ce qui demeure un avantage matrimonial²⁵¹.

L'administration fiscale a extrêmement mal réagi et a, pendant plusieurs mois, plus qu'il n'en fallait pour décourager les praticiens de recourir à la clause « de la mortuaire », contesté *contra legem* que l'article 5 impose une condition de survie (décision du 15 juillet 2011²⁵²; circulaire du 31 août 2011²⁵³). Elle a aussi décrété par circulaire que la clause était constitutive d'abus fiscal (art. 106 C. succ.; circulaire du 19 juillet 2012), ce que conteste une partie de la doctrine²⁵⁴. L'administration estimait possible d'appliquer l'article 7 qui ramène dans la masse les donations faites dans les 3 ans du décès²⁵⁵. Elle a enfin prétendu taxer rétroactivement toute succession ouverte après le 31 août 2009, mais s'est ravisée un jour de septembre 2011, sans le communiquer²⁵⁶.

Fatalement, tous les procès intentés en récupération des droits avancés par les survivants ont été victorieux à notre connaissance, même si des appels de l'administration sont encore pendants.

- À Nivelles, un impôt de 17.372,83 euros a été annulé: l'article 2 n'est pas applicable à une clause de partage de communauté; l'article 5 n'est pas applicable vu l'absence de condition de survie; l'article 7 n'est pas applicable car le défunt n'a pas disposé à titre gratuit mais a souscrit à une convention de mariage; il n'y a pas eu de simulation, mais choix de la voie la moins imposée et acceptation des conséquences civiles de l'inégalité d'attribution. L'indemnité de procédure de base (1.210 euros) est accordée²⁵⁷.

251. La Cour utilise le terme « voordeel » dans la version néerlandaise: « een oneigenlijk huwelijksvoordeel » selon A. VERBEKE: « Algemeen kader der huwelijksvoordelen », in *Huwelijksvoordelen*, n° 62, p. 29, et « Les avantages matrimoniaux: aspects civils », *op. cit.*, pp. 154-155.

252. Publiée sous: A. CULOT, « Clause dite de la chambre mortuaire », *Rec. gén. enr. not.*, 2011, n° 26.308, p. 293.

253. *Rép. RJ*, S 5/04-05, *T.E.P.*, 2011, p. 242. Pour plus de détails: Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage: entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire. Entre liberté et contraintes normatives*, Fédération Royale du Notariat (éd.), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 79-129, spéc. pp. 113 et s., n°s 36 et s.

254. Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », in *Liber amicorum J.-F. Taymans*, *op. cit.*, pp. 78-82; N. GEELHAND DE MERXEM, « De wijzigende circulaire inzake antimisbruik in de registratie- en successierechten », *T.E.P.*, 2013, liv. 1, pp. 33-48 et « De "interpretatie-putsch" van de fiscale administratie inzake het successierecht », *T.E.P.*, 2014, pp. 104-105.

255. Circulaire précitée.

256. Ne seront donc taxées que les successions ouvertes après le 28 juillet 2011, date de publication de la décision du 15 juillet 2011 (N. GEELHAND DE MERXEM, *De 'sterfhuisclausule', het Hof van Cassatie, de commentaren in de rechtsleer en de fiscale administratie*, p. 237, n° 351).

257. Civ. Nivelles, 6 janvier 2012, *Cour. fisc.*, 2012, liv. 6, p. 350, note H. COUBEAU et P. SOETE, *Fiscologue*, 2012, liv. 1288, p. 12, reflet CB, *J.T.*, 2012, liv. 6471, p. 219, note Y.-H. LELEU,

- À Nivelles, un impôt entre 100.000 et 250.000 euros a été annulé pour les mêmes motifs, à l'exception de celui fondé sur l'article 2. L'indemnité de procédure a été calculée à 3.300 euros²⁵⁸.
- À Gand un impôt de 193.088,39 euros a été annulé et une demande de condamnation à une amende de 58.818,79 euros rejetée au motif que l'article 5 ne s'applique pas à une clause d'attribution intégrale de communauté sans condition de survie, pas plus que l'article 7 puisque la clause véhicule un avantage matrimonial valable consenti à titre onéreux. L'accusation de «simulation» est également rencontrée: aucun accord secret n'est dissimulé par le transfert intégral de communauté à l'épouse. Une indemnité de procédure de 5.000 euros est accordée, s'ajoutant à celle, non précisée, pour la première instance²⁵⁹.
- À Gand encore, un impôt de 573.121,85 euros a été annulé et une demande de condamnation à une amende de 58.818,79 euros rejetée au motif que l'article 5 ne s'applique pas à une clause d'attribution intégrale de communauté sans condition de survie, pas plus que l'article 7 puisque la clause véhicule un avantage matrimonial valable consenti à titre onéreux. L'administration demandait aussi la nullité du contrat de mariage modificatif au motif que l'acte notarié ne contenait pas la reprise intégrale de l'article 9 de la loi de ventôse relatif aux obligations du notaire en présence de clauses déséquilibrées ou d'intérêts contradictoires, sans succès vu l'absence de prescription de nullité en cas de pareille omission. L'accusation de «simulation» est également rencontrée: aucun accord secret n'est dissimulé par le transfert intégral de communauté à l'épouse. L'administration échoue enfin à faire poser par la cour une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur une différence de traitement prétendue entre époux qui stipuleraient une attribution intégrale de communauté avec ou sans condition de survie au motif que les catégories ainsi comparées sont différentes. Une indemnité de procédure de 11.000 euros est accordée pour l'instance d'appel, s'ajoutant à celle, non précisée, pour la première instance²⁶⁰.
- À Anvers, un impôt entre 100.000 et 250.000 euros a été annulé pour les mêmes motifs et absence de simulation. L'indemnité de procédure a été calculée à 3.300 euros²⁶¹.

Rec. gén. enr. not., 2012, p. 134, note N. GEELHAND, *T.E.P.*, 2012, p. 30, note R. BARBAIX et A. VERBEKE, et 2013, p. 71, note H. CASIER, *T.F.R.*, 2012, p. 606, note T. DUMONT.

258. Civ. Nivelles, 18 mars 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 344.

259. Gand, 4 février 2014, *T.F.R.*, 2014, n° 470.

260. Gand, 17 juin 2014, *T.F.R.*, 2014, p. 903.

261. Civ. Anvers, 13 novembre 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 104.

- À Mons, un impôt de 67.218,77 euros a été annulé pour les mêmes motifs, avec la précision qu'il n'y a pas eu de simulation mais acceptation des conséquences civiles de l'inégalité d'attribution parce que le futur défunt, certes malade au point de ne pouvoir signer l'acte, est décédé seulement 6 mois plus tard, ce qui laissait à son épouse la possibilité technique de décéder la première. L'indemnité de procédure s'élève à 1.200 euros²⁶².
- À Liège, un impôt de 67.418,61 euros est annulé pour les mêmes motifs, le tribunal objectivant le constat de non simulation par les deux mois entre la modification du régime matrimonial et le décès. L'indemnité de procédure s'élève à 3.300 euros²⁶³.
- À Namur, un impôt de 66.811,99 euros est annulé pour inapplicabilité de l'article 5, comme seul motif de contestation. Le décès est intervenu 1 jour seulement après la rédaction de la clause, ce qui pour le tribunal est sans incidence vu le droit de modifier le régime matrimonial pendant toute la durée du mariage. L'administration doit verser une indemnité de procédure de 3.300 euros, montant calculé en fonction de l'enjeu du litige²⁶⁴.
- À Bruges, un impôt de 83.550,54 euros est annulé pour violation par l'administration du principe de la confiance légitime que peut nourrir le citoyen en un service public, étant son retrait de décisions antérieures de non-taxation de la clause. L'administration a osé soutenir qu'il ne fallait pas appliquer ce principe *contra legem* à son attitude qui aurait été illégale. Le tribunal lui répond que sa position antérieure était légale, mais non celle modifiée. Le tribunal ajoute que l'état mental de la première défunte était dégradé depuis la modification du régime matrimonial au point de l'empêcher de décider s'il y avait lieu de revenir à l'état antérieur à la décision administrative litigieuse. En l'espèce le décès est intervenu 1,5 ans après la clause, ce qui faisait courir aux parties un très grand risque civil et fiscal. L'indemnité de procédure est barémisée à 3.300 euros et non octroyée à hauteur de 6.800 euros comme demandé en raison du caractère manifestement déraisonnable de la situation au sens de l'article 1022 du Code judiciaire²⁶⁵.
- À Bruxelles, un impôt de 117.221,66 euros est annulé pour inapplicabilité de l'article 5, les autres moyens ne devant plus être exami-

262. Civ. Mons, 6 septembre 2012, *F.J.F.*, 2013, p. 1050.

263. Civ. Liège, 10 janvier 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 112, *T.E.P.*, 2013, p. 84, note H. CASIER.

264. Civ. Namur, 21 février 2013, *F.J.F.*, 2013, p. 699, *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 103, *T.E.P.*, 2013, p. 94, note H. CASIER.

265. Civ. Bruges, 16 janvier 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 222 (somm.), *R.W.*, 2013-2014, liv. 6, p. 231, *T.E.P.*, 2013, p. 89, note H. CASIER, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 286.

nés. Le tribunal reproche également une violation du principe de la confiance légitime ainsi qu'une faute de l'administration consistant à avoir suscité la croyance en l'exonération des clauses « de la mortuaire », et qui l'impose d'indemniser le dommage moral de l'époux survivant, à hauteur de 500 euros. À cela s'ajoute une indemnité de procédure maximale (11.000 euros) sur laquelle les parties se sont mises d'accord ! Ainsi l'administration se résigne à indemniser les frais de procédure du contribuable sans même se défendre comme dans d'autres affaires²⁶⁶, aux frais de la collectivité et notamment des contribuables qui n'ont pas eu le conseil ou les ressources pour procéder dans le même contexte juridique²⁶⁷.

- À Bruges, un impôt entre 100.000 et 250.000 euros est annulé pour inapplicabilité des articles 5 et 7 et absence de simulation. La présence d'enfants du premier mariage a été soulevée par l'administration pour soutenir que la portion réductible de l'avantage matrimonial devait être taxée à titre de libéralité. Le tribunal le conteste, sur la base de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2012. L'indemnité de procédure est portée à 5.500 euros, et non au montant maximal demandé par le survivant, au motif que les parties s'étaient échangées des pièces documentées indiquant le caractère non déraisonnable de la demande de l'administration²⁶⁸.
- À Bruges, un montant non précisé d'impôts a été annulé pour les mêmes raisons d'inapplicabilité des articles 5 et 7 et d'absence de simulation. La communauté se composait notamment d'apports, et étaient présents des enfants d'un premier lit du défunt. L'Administration a vainement tenté de soutenir que la portion réductible de l'avantage matrimonial, si une réduction avait été demandée par les enfants *quod non*, eût été taxable par application de l'article 7. La Cour de cassation répond que l'article 1464, alinéa 2, (*a fortiori* l'article 1465) permet seulement d'opérer la réduction de ce qui demeure un avantage matrimonial²⁶⁹.

À titre indicatif et compte tenu des décisions ne précisant qu'une fourchette de droits, environ 1.800.000 euros ont été rétrocédés par ces décisions publiées, sans compter près de 60.000 euros de frais de procédure relativement simples. La fronde de l'administration avait un objectif économique louable dans le contexte budgétaire régional, face à l'inertie du législateur fiscal: endiguer *de facto* le flot d'exonérations. Elle eut cependant un effet pervers profondément inégalitaire: ou bien l'on a déconseillé la clause en raison de son faible enjeu fiscal, ou bien l'on

266. Civ. Bruges, 21 novembre 2012, voy. ci-dessous.

267. Civ. Bruxelles, 5 mars 2013, *T.E.P.*, 2013, p. 97, note H. CASIER.

268. Civ. Bruges, 21 novembre 2012, *T.E.P.*, 2013, p. 80, note H. CASIER.

269. Civ. Bruges, 19 juin 2013, *Fiscologue*, 2014, liv. 1374, p. 12, note.

a conclu à l'avantage financier de se faire taxer pour ensuite récupérer l'indu. Sachant que l'administration a été condamnée à rembourser les frais de justice via des indemnités de procédure majorées ou proportionnelles à l'enjeu, et verser un intérêt généreux aux demandeurs, on peut à présent affirmer que l'intentement d'un procès aurait été justifié pour presque tout montant de droits. Jouant la crainte, qui ne peut être une méthode de légiférer, l'administration a une nouvelle fois trompé la confiance légitime de citoyens, en décourageant certains de procéder, et remboursant à d'autres leurs frais. Gageons à tout le moins que l'effet retour de cette attitude a été chiffré et que l'impact budgétaire positif de la taxation *contra legem* dépasse les pertes et dépenses consenties pour ceux qui la contestent.

La législation anti-abus ne devrait pas fondamentalement modifier la pratique de la clause «de la mortuaire», selon nous. Certes, la clause figure sur la «liste noire», mais il est très contestable qu'elle soit abusive, sauf dans le cas où les époux transforment *in extremis* une attribution intégrale de communauté sous condition de survie en clause «de la mortuaire», ou combinent plusieurs modifications de régime matrimonial qui ne se justifient pas civilement dans un contexte de mort proche²⁷⁰. Dans ces cas, ils ne poursuivent qu'un objectif fiscal frustrant l'article 5 du Code des droits de succession.

Y.-H.L.

62-1. Avantages matrimoniaux – Clause d'attribution intégrale de communauté à charge (clause «Casman») – Abus fiscal. Pour alléger la facture fiscale d'une attribution intégrale de communauté au survivant (art. 5 C. succ.), la clause d'attribution totale peut être assortie d'une charge au profit des héritiers du prémourant, exigible seulement au décès du conjoint (ou en cas de faillite ou déconfiture) pour ne pas réduire sa protection civile de son vivant²⁷¹. Cette charge est en principe égale à la

270. Ph. DE PAGE, «Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial», in *Liber amicorum J.-F. Taymans*, op. cit., pp. 67 et s., spéc. p. 82.

271. Pour plus de détails sur cette clause, notamment sur la taxation précise: voy. not. H. CASMAN, «Régimes matrimoniaux et droits de succession», in *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique* (H. CASMAN, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE éd.), Malines, Kluwer, 2002, p. 20, H. CASMAN et R. DEKERS, *Handboek burgerlijk recht. Deel IV. Huwelijksstelsels, erfrecht, giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 205, n° 320; V. DEHALLEUX, «Avantages matrimoniaux et droits de succession», *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 721-725, n°s 22-26; W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 345-346, n°s 630 et 632; A. VAN GEEL et Ch. DECLERCK, «Actuelle planningstechnieken in vraag gesteld», *Not. Fisc. Maand.*, 2011, pp. 180 et s.; J. VERSTRAETE, «Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbeding onder last. Keuzebedingen onder last», in *Liber Amicorum P. Delnoy* (Ch. BIQUET-MATHIEU e.a. éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 549 et s.

contre-valeur de la part du prémourant dans le patrimoine commun, soit la moitié de celui-ci.

Ce procédé d'usage très courant réduit significativement la taxation en diminuant lors du *premier décès* la masse taxable au titre de l'article 5 du Code des droits de succession. Attributaire de la part du prémourant dans le patrimoine commun (1/2), le survivant déduit une dette équivalente à cet actif (1/2). La succession du prémourant comprend une créance non exigible contre le conjoint survivant (d'une valeur de 1/2) dévolue au conjoint survivant en usufruit et aux enfants en nue propriété. L'avantage actuariel de l'inexigibilité du paiement est, cependant, un avantage supérieur à la moitié de la communauté, taxable au titre de l'article 5 du Code des droits de succession. Au *second décès*, le survivant laisse tous les biens communs (1/1) mais aussi une dette devenue exigible si elle n'a pas déjà été payée (1/2), si bien que la masse taxable est là aussi réduite, à concurrence de la moitié. Cette dette souscrite entre les époux est déductible, non visée par l'article 33 du Code des droits de succession qui concerne les dettes contractées entre le survivant et les enfants. D'un point de vue civil, il est possible de transmettre aux héritiers de l'époux prémourant une partie du patrimoine accumulé durant le mariage en prescrivant que la charge est exigible en tout ou partie *avant* le décès du survivant. Une sûreté peut être exigée pour le paiement.

L'administration fiscale ne se résigne pas à admettre la licéité de cette construction et vient de publier une décision anticipée tendant à qualifier celle-ci d'abus fiscal au sens de l'article 106 du Code des droits de succession²⁷². Cette décision provoquera assurément des remous au nord du pays où la clause est pratiquée depuis longue date. Les bases de cette décision sont contestables et contestées²⁷³, au point qu'il faille à nouveau s'interroger sur cette véritable stratégie de « *lawfixing by fear* », consistant à menacer de taxation *contra legem* ceux qui stipulent certaines clauses pour décourager un certain nombre d'y souscrire, généralement ceux qui n'ont pas les ressources pour contester ultérieurement la taxation.

À nouveau, et sauf ajout *in extremis* ou sur un contrat qui contient déjà une attribution intégrale de communauté sans charge, nous considérons que les objectifs civils de la clause et les taxations applicables au montage justifient suffisamment la démarche d'optimisation fiscale. L'administration juge notamment la dette « non-sincère » alors qu'il s'agit d'une dette visée par l'article 33. Elle nie à tort que la créance soit transmise aux héritiers du prémourant par voie de succession. Surtout elle estime absents tous autres motifs qu'une frustration des objectifs de l'article 5 du Code

272. D.A. n° 2013.040 du 4 février 2013, *Rev. not. belge*, 2014, p. 376, note N. GEELHAND DE MERXEM.

273. N. GEELHAND DE MERXEM, « L'attribution de la communauté moyennant charge: abus fiscal? », *Rev. not. belge*, 2014, p. 381.

des droits de succession, alors que, d'une part, les enfants du couple qui sont taxés n'ont pas pris part à la clause et que, d'autre part, l'article 5 ne saurait s'appliquer à une clause qui ne véhicule économiquement pas plus que la moitié de la communauté²⁷⁴.

63. Avantages matrimoniaux – Attribution intégrale de communauté – Interprétation – Responsabilité notariale. Dans un jugement déjà commenté du tribunal de Namur²⁷⁵, le juge a interprété une clause intitulée « donation entre vifs (...) de l'universalité des biens (communs) » en clause d'attribution intégrale du patrimoine commun, faisant primer la volonté réelle des parties, et condamnant aux dépens le notaire ayant si mal rédigé la clause. Ce faisant, il transforme une donation en avantage matrimonial, mettant au jour la différence profonde de nature entre les deux formes de gratification économique du conjoint survivant, et faisant resurgir, via l'annotatrice, la problématique de l'opportunité de conserver le régime actuel des avantages matrimoniaux si favorable au conjoint survivant et de l'étendre aux régimes séparatistes comme le prévoyait un projet de réforme récent du droit des régimes matrimoniaux. En l'espèce, la fille du couple aurait pu agir en réduction contre la clause qualifiée d'institution contractuelle, mais pas contre la clause qualifiée d'attribution intégrale de communauté, le patrimoine commun ne comportant pas d'apports (art. 1464, al. 2, C. civ.). La mère cumule donc usufruit successoral et propriété de la communauté, sa fille attendra.

Des voix s'élèvent pour renforcer cette situation et supprimer la protection des enfants d'un premier lit qui est plus généreuse et vise tout dépassement de la moitié des acquêts²⁷⁶; le même courant doctrinal suggère d'étendre cette protection aux régimes patrimoniaux séparatistes, cohabitation légale compris, mais dissimule mal des visées fiscales : exonérer les transferts d'acquêts de la taxation sur la base de l'article 5 du Code des droits de succession, qui est applicable seulement en communauté²⁷⁷.

Nous pensons aussi que les acquêts ont vocation à être disponibles pour les deux époux et à pouvoir être attribués à titre onéreux au survivant quel que soit le régime, mais soutenons, contrairement à ce courant, que l'association génératrice d'acquêts doit produire des effets cohérents en cas de dissolution par décès ou par divorce et même par séparation (cohabitation légale, voire concubinage), et qu'elle doit recevoir le même traitement fiscal quel que soit le régime (taxation de l'attribution en propriété des acquêts au survivant – art. 5 C. succ). Cette thèse est contestée

274. N. GEELHAND DE MERXEM, *op. cit.*, pp. 383-384.

275. Civ. Namur, 15 novembre 2013, *Rev. not. belge*, 2014, 248, note F. TAINMONT.

276. H. CASMAN, « Voordelen voor de langstlevende stiefouder? », in *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 480.

277. A. VERBEKE, « Langstlevende echtgenoot versus kinderen. Een nieuwe communautaire twist in België? », *T.P.R.*, 2013, pp. 2471-2485.

parce qu'économiquement « absolument rien » ne justifie que la part du prémourant dans une communauté (à plus forte raison dans des biens indivis) soit attribuée au survivant « hors succession »²⁷⁸. Nous croyons au contraire qu'outre la collaboration économique génératrice des acquêts, au moins la volonté des époux de se protéger le justifie. Cette volonté est commune et irréversible, donc *a priori* plus concertée qu'une volonté testamentaire. L'erreur législative fut finalement, à notre avis, d'accroître les droits successoraux du conjoint en usufruit à un degré non compatible avec des évolutions somme toutes prévisibles en 1981 : allongement de la vie et recompositions familiales. Dans un système réformé, un respect de la volonté des époux quant à la destination des acquêts en cas de décès, et des possibilités d'intervention du juge correctrices d'une absence de volonté d'affectation commune des acquêts en cas de séparation, devraient être conciliés avec une réduction ou des possibilités d'aménagement conventionnel ou testamentaire de la vocation successorale du conjoint survivant en usufruit, comme dans le système successoral Français, par exemple.

Y.-H.L.

278. F. TAINMONT, note précitée, p. 265, n° 27. *Adde*: J.-L. RENCHON, « L'avantage matrimonial : une technique de détournement de la dévolution successorale », *Ann. dr. Louvain*, 2014, pp. 123 et s.