

# Impacts de la réforme du droit des biens : organisation et gestion de la copropriété mobilière

LUC HERVE

*Avocat au barreau de Liège, cabinet d'avocats Herve,  
Professeur à la Faculté de Droit de l'ULiège (Tax Institute)*

*Maître de conférences à HEC Liège,*

*Professeur à l'ICHEC – ESSF*

*Professeur à la CBCEC Liège*

*Assesseur juridique effectif près la Commission de discipline de l'ITAA*

## TABLE DES MATIÈRES

Préambule.....	43
I. L'indivision – Principes .....	44
A. Typologie.....	44
B. Copropriété mobilière.....	44
C. Caractéristiques de la copropriété volontaire.....	45
D. Fin de la copropriété – cas particulier de la copropriété volontaire .....	46
E. Tontine et accroissement.....	48
F. Illustrations de clauses relatives à la durée.....	48
II. Le mandat de gestion .....	49
A. Généralités .....	49
B. Obligations du mandataire.....	49
C. Obligations du mandant .....	49
D. Fin du mandat .....	50
1. La révocation du mandataire.....	50
2. La renonciation du mandataire.....	50
3. La mort du mandant ou du mandataire .....	51
E. Illustration d'un mandat spécial de gestion portant sur un compte-titres .....	52
III. La clause de gestion .....	52
A. Généralités. Définition .....	52
B. Conditions de validité : durée et objet.....	53
C. Nécessité d'assortir la clause de gestion d'un mandat de gestion ?... 54	
D. Controverses relatives à la licéité de la clause de gestion.....	54
E. Illustration d'une clause de gestion dans le cadre d'une donation... 55	
IV. La société simple .....	55
A. Définition et caractéristiques .....	55
B. Constitution de la société et de son « patrimoine » social.....	56
1. Forme .....	56
2. Associés.....	56
3. Apports et patrimoine social de la société simple .....	57
4. Contrepartie de l'apport .....	57
5. Prélèvements .....	57
C. Gestion de la société simple .....	57
D. Responsabilité.....	58

E. Durée .....	58
F. Illustrations de clauses statutaires .....	59
1. Durée .....	59
2. Apports et répartition des bénéfices .....	59
3. Assemblée générale des associés (à comparer avec la clause relative à la gérance).....	59
4. Gérance .....	59
5. Comptes .....	60
V. Le pacte d'indivision.....	60
A. Constat à l'origine de l'intérêt pour le pacte d'indivision : la société simple est devenue une « entreprise » .....	60
1. Notion d'« entreprise » .....	60
2. Conséquences de ce que la société simple est devenue une « entreprise » .....	60
B. Solution : recours au pacte d'indivision .....	61
C. Illustrations de quelques clauses d'un pacte d'indivision .....	62
1. Objet et nature de l'indivision .....	62
2. Quotes-parts des indivisaires .....	62
3. Gestion des biens indivis .....	62
4. Revenus .....	63
5. Frais .....	63
6. Impôts et taxes .....	63
7. Aliénation entre vifs des biens indivis.....	63
8. Décès d'un indivisaire.....	63
9. Sûretés réelles relatives aux biens indivis.....	63
10. Durée.....	63
VI. Conclusion .....	63

## Préambule

La loi du 4 février 2020 réformant notamment le livre 3 du Code civil relatif au droit des biens<sup>1-2</sup>, a apporté quelques clarifications, mais également certaines adaptations des règles applicables en matière de copropriété.

L'objet de notre propos est plus particulièrement d'analyser la copropriété mobilière sous l'angle de son organisation et de sa gestion, dans le contexte particulier d'une planification successorale.

Nous n'examinerons pas les modalités de la transmission à titre gratuit de ladite copropriété, entre vifs (au moyen d'une donation) ou à cause de mort (avec ou sans testament).

Bien qu'elles posent de nombreuses questions dans la pratique, nous n'étudierons pas davantage les clauses d'accroissement et les clauses de tontine.

Nonobstant l'intérêt de la question, nous ferons délibérément l'impasse sur les aménagements contractuels de la gestion du bien démembré, dès lors que ceux-ci excèdent les limites du sujet qui nous a été attribué<sup>3</sup>.

Après avoir délimité les contours de l'indivision et de la copropriété suite à la réforme du droit des biens, nous concentrerons notre attention sur quelques techniques permettant d'organiser et de gérer la copropriété :

1. Le mandat de gestion.
2. La clause de gestion.
3. La société simple.
4. Le pacte d'indivision.

Pour chaque thématique abordée, nous nous sommes efforcés de fournir une illustration de clause(s), laquelle n'a certes par la prétention d'être un modèle, mais plutôt d'éclairer le lecteur. Les illustrations sont délibérément générales, souvent abstraites et toujours incomplètes<sup>4</sup>.

1. Publiée au *Moniteur belge* du 17 mars 2020 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2021.

2. Cfr P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens », in *De hervorming van het Burgelijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Bruges, la Charte 2019, p. 114 ; P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-Fr. ROMAIN, V. SAGAERT (éds), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, 446 p. ; N. BERNARD et V. DEFRAITEUR (coord.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Collection Les dossiers du *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2021, 418 p.

3. Sur cette question, cfr notamment la contribution récente de F. DEREME, « Les aménagements contractuels de la gestion du bien démembré, aspects civils (avec modèles de clauses) », *Rev. not. b.*, 2021, pp. 437 et s.

4. L'auteur entend attirer l'attention du lecteur sur la circonstance que les illustrations proposées ne peuvent être utilisées, en tout ou en partie, par lui qu'à ses entiers risques et périls, sans que la responsabilité de l'auteur ne puisse être engagée de quelque manière que ce soit.

## I. L'indivision – Principes

### A. Typologie

1. Sous le titre 4 consacré à la « Copropriété », l'article 3.68 du Code civil énonce qu'il y a « *copropriété lorsque différentes personnes sont titulaires sur un même bien ou ensemble de biens d'un droit de propriété, sans que l'une d'elles puisse faire valoir un droit exclusif sur une partie déterminée de ceux-ci* ».

La copropriété implique donc exclusivement l'existence de droits de propriété sur la chose commune. Dans la nouvelle disposition<sup>5</sup>, elle est ainsi clairement distinguée de l'indivision qui est un concept plus large. Cette dernière naît lors que coexistent sur une chose ou un ensemble de choses des droits de même nature<sup>6</sup>.

Une indivision peut ainsi exister entre usufruitiers ou nus-propriétaires, entre superficiaires ou tréfonciers, entre emphytéotes et propriétaires...

Comme le souligne Madame Jadoul<sup>7</sup> dans *cette Revue*, il y a indivision « *lorsqu'un droit réel sur un bien est divisé entre différentes personnes (les indivisaires)* » et il y a copropriété « *lorsque le droit qui est divisé entre plusieurs personnes est celui de propriété* ».

Nonobstant ce qui précède, force est de constater que doctrine et jurisprudence utilisent indifféremment les termes de « *copropriété* » et d'« *indivision* ».

Les situations qui retiendront notre attention dans les développements qui suivent sont celles où est concernée la copropriété au sens strict, à l'exclusion des démembrements de propriété ou de tous autres droits réels.

2. L'article 3.68, alinéa 3, du Code civil précise que « *la copropriété peut naître de manière fortuite, par la volonté des parties ou de manière forcée* ».

Nous n'évoquerons pas ici les controverses ayant existé au regard de ces notions ainsi que de celle, non univoque, de « *copropriété ordinaire* », laquelle était distincte de la copropriété forcée et se subdivisait en principe entre copropriété volontaire et copropriété fortuite<sup>8</sup>.

5. L'article 577-2 de l'ancien Code civil contenait une définition de la copropriété qui faisait référence au concept d'indivision, ce qui était de nature à engendrer la confusion entre ces deux concepts.

6. Cfr Cass., 7 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 637, *Rev. not. b.*, 2015, p. 471 et note D.S.; Cass., 19 février 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 473 qui définit l'indivision comme étant « *la situation juridique (...) qui se caractérise par la concurrence de droits de même nature exercés sur un même bien ou sur une même masse de biens par des personnes différentes (les co-indivisaires) sans qu'il y ait division matérielle de leurs parts* ».

7. Cfr E. JADOU, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », *cette revue*, p. 18, n° 3 et note subpaginale.

8. Sur ces controverses, cfr E. JADOU, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », *op. cit.*, n° 4 et sources citées.

Le législateur distingue chaque type de copropriété et organise son mode de fonctionnement.

La copropriété fortuite est, par exemple, la conséquence d'une succession légale ou testamentaire (voire d'une institution contractuelle) ou, encore, de la dissolution d'un régime matrimonial de communauté.

La copropriété forcée est « *toute forme de copropriété où le bien indivis doit être en copropriété en raison de sa fonction ou de sa destination. C'est notamment le cas si le bien est l'accessoire d'un bien privatif de chacun des copropriétaires* » (article 3.78, alinéa 1, du Code civil).

C'est la copropriété volontaire, par exemple celle qui est le résultat d'une donation ou d'une vente en indivision, qui retiendra ici particulièrement notre attention.

Une dernière observation. Si la copropriété porte sur un ensemble juridique de biens (par exemple, une indivision successorale ou une indivision post-communautaire), les droits des copropriétaires n'ont pour objet que cet ensemble et non les différents biens (article 3.68, alinéa 2, du Code civil). Consécration d'un arrêt du 22 décembre 2006 de la Cour de cassation<sup>9</sup>, cette disposition implique qu'en cas de cession de sa part indivise dans un bien spécifique dépendant d'une universalité, le co-indivisaire ne peut subroger l'acquéreur dans ses droits. Ce dernier devient créancier de l'héritier cocontractant et non déjà copropriétaire.

### B. Copropriété mobilière

3. Quant à l'indivision immobilière et à son organisation, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la contribution de Madame Jadoul dans *cette Revue*.

Notre propos sera exclusivement limité à la copropriété en tant qu'elle a pour objet des meubles.

Pour rappel, en vertu de l'article 3.46 du Code civil qui consacre le caractère résiduel de la catégorie de meubles, tout ce qui n'est pas immeuble en application des dispositions du Code civil est meuble.

À cet égard, les articles 3.47 et 3.49 du Code civil répertorient :

- les immeubles par nature : les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions ;
- les immeubles par incorporation : tous ouvrages et plantations qui, s'incorporant aux immeubles par nature, en constituent une composante inhérente, ainsi que les composantes inhérentes de ces

9. Cfr Cass., 22 décembre 2006, R.G. n° C050536N, *R.W.*, 2006-2007, p. 1.411, et note S. MOSSLMANS, *R.C.J.B.*, 2011, p. 266, et note A.-Ch. VAN GYSEL.

ouvrages et plantations, qu'elles soient incorporées ou non ;

- les immeubles par destination : tous les accessoires d'un immeuble ;
- les immeubles par leur objet : les droits et actions réels dont l'objet est immeuble, les droits et actions personnels permettant d'acquérir ou de réacquérir un immeuble ainsi que les actions possessoires.

Pour être complet, on signalera encore que l'élément qui est temporairement détaché de l'immeuble et destiné à y être rattaché reste immeuble (article 3.48, alinéa 2, du Code civil).

En l'espèce, notre attention sera plus particulièrement portée sur les biens meubles suivants : le numéraire, les actifs mobiliers corporels, les actions et autres titres, nominatifs ou dématérialisés, les portefeuille-titres, les droits résultant d'une police d'assurance de type branche 21 ou branche 23, etc.

### C. Caractéristiques de la copropriété volontaire

4. En vertu de l'article 3.76 du Code civil, « chaque forme de copropriété qui est créée volontairement est régie par un contrat ». Sauf clause contraire et sous réserve de ce que prévoit l'article 3.77 du Code civil (qui est relatif à son extinction), le régime de la copropriété fortuite est applicable.

Les principales caractéristiques du régime de la copropriété fortuite, et donc de la copropriété volontaire, sont les suivantes<sup>10</sup> :

- a) Les parts indivises des copropriétaires sont présumées égales, sauf preuve contraire conformément au droit commun (article 3.69 du Code civil).
- b) Prerogatives relatives à la part : sous réserve d'autres dispositions du livre 3, chaque copropriétaire peut administrer sa part, l'aliéner et la grever de droits réels pour autant que la nature incorporelle de la part ne s'y oppose pas<sup>11</sup> (article 3.70 du Code civil). Il s'ensuit qu'au regard de la part, chaque copropriétaire dispose de toutes les prerogatives (usage, administration, disposition) dont est titulaire un propriétaire sur son bien.
- c) Chaque copropriétaire a droit à l'usage matériel et à la jouissance du bien indivis, conformément à sa destination et sans que cet usage et cette jouissance n'excèdent sa part proportionnelle, c'est-à-dire

qu'ils doivent respecter les droits concurrents des autres copropriétaires<sup>12</sup> (article 3.71 du Code civil). En matière immobilière essentiellement, se pose la question de l'indemnité due par le copropriétaire qui, seul, use et jouit du bien indivis en proportion de la part respective des autres copropriétaires dans la valeur de rendement du bien<sup>13</sup>.

- d) Un copropriétaire peut accomplir des actes conservatoires et des actes d'administration provisoire sans avoir besoin de l'accord des autres copropriétaires (article 3.72, alinéa 1, du Code civil). Il peut même accomplir des actes de disposition, en cas de nécessité, s'il s'agit de biens qui sont périssables ou sujets à une dépréciation rapide, mais il doit notifier ces actes sans délai aux autres (article 3.72, alinéa 2, du Code civil).

Suivant l'exposé des motifs<sup>14</sup> :

- L'acte conservatoire est celui qui a « pour but de préserver l'existence ou le contenu essentiel d'un droit ou d'un bien ou de prévenir une perte imminente » (par exemple, l'interruption d'une prescription).
- L'acte d'administration provisoire est celui qui a pour objectif de « protéger le bien ou ses fruits contre des inconvénients ou des événements soudains et passagers, ou qui vise à permettre de profiter d'avantages soudains et passagers » : cet acte doit présenter un caractère urgent et ne peut être qu'avantageux pour la chose indivise.

- e) Les autres actes d'administration et les actes de disposition (autres que ceux relatifs au point d) relatifs au bien indivis doivent être accomplis avec l'accord de tous les copropriétaires (article 3.73 du Code civil). Le législateur a toutefois placé un garde-fou en donnant au juge le pouvoir de s'opposer à un refus s'il estime que ce refus constituerait un abus de droit.

Le rattachement d'un acte juridique à l'une ou l'autre catégorie relève de l'appréciation du juge du fond<sup>15</sup>, sous le contrôle marginal de la Cour de cassation<sup>16</sup>.

10. Cfr E. JADOUL et N. GOFFLOT, « Copropriété fortuite et volontaire : définitions, pouvoirs et extinction – la réforme en deux temps, trois mouvements », in *Le nouveau droit des biens*, op. cit., spéc. pp. 153 à 162.

11. Ainsi, un droit de servitude ne pourrait porter sur une quote-part.

12. Cfr J.P. Wavre, 24 novembre 2015, *J.J.P.*, 2017/3-4, p. 89.

13. Cfr Cass., 15 novembre 2019, R.G. n° C.180263.F ; Cass., 24 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 351. Voy. également les développements que E. JADOUL (« L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », op. cit., n° 9) consacre à cette question.

14. Cfr P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens », op. cit., p. 238 ; Projet de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-3348/001, p. 173.

15. Il s'agit en principe du juge de paix en vertu de l'article 591, 2°, du Code judiciaire.

16. Pour quelques illustrations d'actes juridiques posés en matière immobilière, cfr E. JADOUL, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », op. cit., n° 10.

Un acte d'administration ou de disposition accompli en violation de l'article 3.73 du Code civil est inopposable aux autres copropriétaires<sup>17</sup>. Il ne s'agit donc pas de nullité<sup>18,19</sup>.

f) Chaque copropriétaire contribue aux charges de la copropriété proportionnellement à sa part. Ces charges sont les dépenses utiles de conservation et d'entretien, ainsi que les frais d'administration, les impositions et autres charges concernant les biens indivis (article 3.74 du Code civil). Il y a lieu de se référer à l'acceptation que recevaient ces différents concepts sous l'empire de l'ancien régime<sup>20</sup>.

5. Les limitations apportées par le Code civil aux pouvoirs des copropriétaires lorsqu'il s'agit d'accomplir des actes d'administration et de disposition – sous la réserve de l'abus de droit – justifient de la nécessité de recourir à certains mécanismes permettant de concentrer la gestion, au regard de ces actes dans certaines mains seulement.

Dans les développements qui suivent, nous examinerons plus particulièrement les techniques suivantes qui permettent d'atteindre cet objectif :

- a) le mandat de gestion ;
- b) la clause de gestion ;
- c) la société simple ;
- d) le pacte d'indivision.

Néanmoins, au préalable, il convient de s'interroger sur la question délicate de la fin de la copropriété.

## D. Fin de la copropriété – cas particulier de la copropriété volontaire

6. L'article 815 de l'ancien Code civil stipule que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibition et conventions contraires », sauf pacte d'indivision limité dans le temps à cinq ans, lequel peut être renouvelé.

17. Cfr P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens », *op. cit.*, p. 239 et la jurisprudence de la Cour de cassation citée par ces auteurs. Voy. également, Cass., 18 janvier 2019, R.G. n° C.18.0140.N ; Cass., 28 juin 2013, R.G. n° C.12.0439.N, *Pas.*, 2013, n° 404 et concl. av. gén. M. Van Ingelgem.

18. Cfr H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 1031, n° 1160a.

19. Sur la possibilité pour l'acquéreur de se prévaloir de l'article 1599 de l'ancien Code civil (nullité de la vente de la chose d'autrui), cfr E. JADOU, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », *op. cit.*, n° 11 et réf. citées en note subpaginale.

20. Cfr P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens », *op. cit.*, p. 239. Voy. également, J. HANSENNE, *Précis, Les biens*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Liège, 1996, pp. 867 et 868, n° 865.

La question s'est posée de savoir à quel type de copropriété, fortuite et/ou volontaire, cette disposition est applicable.

Sur cette question, nous renvoyons à la contribution de Madame Jadoul<sup>21</sup>.

Nous ne pouvons toutefois faire l'économie d'une brève évocation des deux arrêts rendus par la Cour de cassation, lesquels ont nettement circonscrit l'étendue de l'article 815 de l'ancien Code civil.

a) Dans un premier arrêt du 20 septembre 2013<sup>22</sup>, cassant un arrêt rendu par la cour d'appel de Mons, la Cour de cassation déclare que l'article 815 ancien du Code civil « ne s'applique pas à l'indivision volontaire à titre principal », l'indivision étant relative à un appareil d'ophtalmologie acquis ensemble par les parties et dont elles faisaient usage dans le cadre de l'exercice de leur profession.

En d'autres termes, l'article 815 de l'ancien Code civil ne s'applique pas à la copropriété conventionnelle : les parties demeurent liées, sauf clause contraire et sous réserve de l'abus de droit<sup>23</sup>.

b) Dans un second arrêt du 6 mars 2014<sup>24</sup>, confirmant un arrêt rendu par la cour d'appel d'Anvers, la Cour de cassation tempère ou, à tout le moins, aménage la jurisprudence précitée en décidant que, au sujet d'une clause de tontine insérée par deux concubins non mariés dans l'acte d'acquisition d'un bien immobilier, « en considérant que, dès lors que la cause de la convention qui se situe dans les liens affectifs existant entre les copartageants et qui a pour but la gestion commune du bien et la garantie des droits de chacun après le décès de l'un d'entre eux perd sa raison d'être lorsque ces liens sont rompus, de sorte que la clause de tontine est sans effet et qu'une indivision ordinaire naît ainsi entre les parties,

21. Cfr E. JADOU, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », *op. cit.*, n°s 13 à 22. Voy. notamment la doctrine ayant commenté les deux arrêts qui suivent de la Cour de cassation, citée par l'auteur en note subpaginale n° 60.

22. Cfr Cass., 20 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1733 et concl. A. Henkes, ce dernier affirmant que : « l'article 815 du Code civil, dont l'objet est de mettre un terme à des situations d'indivision involontaire, fortuites et contraires aux décisions librement consenties des copropriétaires, doit rester étranger au cas où l'indivision est volontaire, résulte d'une décision libre des indivisaires et a été voulue par eux ». Voy. en ce sens, J.-Fr. ROMAIN, « Copropriété et autonomie de la volonté : de la copropriété ordinaire à titre principal et de l'application de l'article 815 du Code civil », in *Les copropriétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 51.

23. Cfr G. DEGEEST, « Naar een algemene toepassing van de leer van rechtsmisbruik als autonome rechtsgrond tot beëindiging van conventionele onverdeelheden », note sous Anvers, 23 mars 2016, *T. Not.*, 2017/6, pp. 549 et s.

24. Cfr Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, p. 612 et concl. A. Van Ingelgem (dont la Cour s'écarte), *J.T.*, 2015, p. 617 et note V. WYART, *R.C.J.B.*, 2015/4, p. 383 et note D. STERCKX.

*l'arrêt justifie légalement sa décision que le défendeur peut réclamer le partage en vertu de l'article 815 du Code civil* ».

Aussi, s'interrogeant sur la caducité de la cause dans le cas d'une clause de tontine, la Cour de cassation considère qu'une indivision de nature volontaire est susceptible de muter en une indivision fortuite à laquelle l'article 815 de l'ancien Code civil est applicable.

Suite à ces arrêts, les juridictions de fond recherchent si subsiste l'intention sous-jacente de l'indivision de nature volontaire créée initialement par les parties. Et, dès lors que les demandes de sortie d'indivision sont débattues dans les prétoires, cela implique une mésentente des parties dont pourrait être induite la disparition de l'intention initiale évoquée ci-avant<sup>25</sup>.

Face à ces incertitudes, la doctrine a préconisé divers remèdes : insérer des délais de renon motivés tenant compte de la réalité des engagements pris par les co-indivisaires ; mentionner le motif sous-tendant l'indivision volontairement créée, stipuler une durée maximale (au moyen d'un terme) et une durée minimale afin d'avoir la certitude de demeurer liés pendant un certain délai<sup>26</sup>...

**7.** Suite à la refonte du Code civil, il convient de distinguer désormais la copropriété fortuite et la copropriété volontaire.

a) En ce qui concerne la copropriété fortuite, l'article 3.75 du Code civil stipule que chaque copropriétaire peut exiger à tout moment le partage des biens. Conformément à l'article 1561 du Code judiciaire, le même droit appartient à leurs créanciers.

Les copropriétaires peuvent toutefois convenir de suspendre le partage pour une durée qui ne peut excéder cinq ans. Ce contrat peut être renouvelé et est opposable aux tiers moyennant transcription dans les registres du bureau compétent de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale si des immeubles sont concernés.

Cette nouvelle disposition n'apporte pas de modification à l'article 815 de l'ancien Code civil qui subsiste par ailleurs.

L'article 3.75 du Code civil a un caractère général : il s'applique à toutes les formes de copropriété fortuite

que celle-ci soit relative à des biens immeubles ou à des biens meubles. Selon les travaux préparatoires, en application de dispositions spéciales, le partage demeure exclu nonobstant l'absence de dispositions contractuelles<sup>27</sup>.

b) En ce qui concerne la copropriété volontaire, l'article 3.77 du Code civil stipule expressément que l'article 3.75 du Code civil ne lui est pas applicable.

Une nouvelle distinction est opérée entre copropriété volontaire à durée déterminée et copropriété volontaire à durée indéterminée.

b.1) Si elle a une durée déterminée, la copropriété volontaire a un caractère contraignant de principe pendant toute sa durée, mais uniquement entre parties. La question se pose de savoir si les juridictions de fond continueront à appliquer les enseignements déduits des arrêts de la Cour de cassation des 20 septembre 2013 et 6 mars 2014.

On ne perdra pas de vue le nouvel article 3.53 du Code civil qui définit les conditions de l'inaliénabilité et prévoit que « *le propriétaire peut accepter une limitation de son pouvoir de disposition d'un bien, sous les conditions impératives qu'elle soit limitée dans le temps et qu'elle réponde à un intérêt légitime* ».

On recommandera au rédacteur de la clause de :

- préciser les motifs sous-tendant la copropriété ;
- souligner l'intérêt légitime poursuivi ;
- fixer un terme maximal ;
- aménager le régime applicable à l'échéance du terme.

Vis-à-vis des tiers, la copropriété volontaire à durée déterminée est seulement opposable pour le restant de sa durée et, au maximum, pendant cinq ans, et, si des immeubles sont concernés, moyennant transcription du contrat dans les registres du bureau compétent de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale (article 3.77, alinéa 2, du Code civil). L'objectif poursuivi par cette disposition est d'empêcher que soit réalisée l'acquisition, en copropriété volontaire, d'un ou de plusieurs biens, en vue d'éviter que les créanciers personnels puissent saisir ceux-ci<sup>28-29</sup>.

25. Pour quelques illustrations de la jurisprudence des juridictions de fond, *cfr* E. JADOUL, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 17 à 21, et références citées.

26. Sur ces divers aménagements contractuels antérieurs à la modification du Code civil, *cfr* E. JADOUL, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 22 et références citées ; E. JADOUL et N. GOFFLOT, « Copropriété fortuite et volontaire : définitions, pouvoirs et extinction – la réforme en deux temps, trois mouvements », *op. cit.*, pp. 168 à 171.

27. *Cfr* pour quelques exemples, P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens », *op. cit.*, p. 240 ; Projet de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le Code civil, Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 175-176.

28. *Cfr* P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens », *op. cit.*, p. 242.

29. Si les parties ont prévu, outre un délai maximal, qu'elles peuvent sortir d'indivision à tout moment, les créanciers peuvent-ils exercer le droit de leurs débiteurs au moyen de l'action oblique prévue par l'article 1166 du Code civil ? Voy. pour l'affirmative, C. ROUSSEAU, « Mieux vaut prévenir que guérir : quelques suggestions et clauses

b.2) Si la copropriété volontaire est créée pour une durée indéterminée, chaque copropriétaire peut, nonobstant clause contraire, résilier le contrat, moyennant un délai raisonnable. Un créancier des indivisaires peut demander en justice qu'il soit mis fin à la copropriété volontaire à durée indéterminée aux mêmes conditions (article 3.77, alinéa 3, du Code civil).

Nous sommes d'avis qu'une clause modalisant le préavis pourra toujours être insérée dans la convention, la durée de ce préavis pouvant être réduite à sa plus simple expression<sup>30</sup>.

Il est ainsi possible de mettre fin à la copropriété moyennant un préavis « raisonnable » dont la durée est, à défaut d'accord entre les copropriétaires – lesquels pourraient l'avoir consigné dans la convention –, fixée par le juge. Dans son appréciation, le juge doit notamment tenir compte (article 3.77, alinéa 4, du Code civil) :

- des frais déjà exposés par les parties ;
- de la persistance du motif déterminant qui a incité les parties à créer la copropriété volontaire ;
- de l'inconvénient qui résulte de la résiliation pour l'autre copropriétaire.

En tout état de cause, le délai de résiliation ne peut excéder cinq ans (article 3.77 *in fine* du Code civil). Ce délai s'impose également aux créanciers qui ne doivent pas subir plus longtemps une copropriété conventionnelle à durée indéterminée qu'une copropriété conventionnelle à durée déterminée<sup>31</sup>.

L'exposé des motifs révèle que le juge pourra s'appuyer sur des motifs de nature économique et tenir compte des circonstances suivantes<sup>32</sup> :

- si la résiliation de la copropriété est sollicitée peu de temps après sa création et que de gros travaux d'investissement ont été supportés, le préavis sera plus long ;
- en revanche, si la copropriété existe depuis longtemps et que les investissements ont déjà fait l'objet d'un possible amortissement, le préavis sera plus court ;

.....  
en vue d'anticiper la fin de l'indivision volontaire », *Rev. not. b.*, 2021, p. 378, n° 7.

30. Sur ce point, nous partageons l'analyse de E. JADOU, « L'indivision immobilière, son organisation et l'anticipation de son partage », *op. cit.*, n° 30 et références citées. Voy. également V. SAGAERT, *Goederrecht*, Kluwer, Malines, 2021, p. 471, n° 483.

31. Si les parties ont prévu qu'elles peuvent résilier l'indivision à tout moment, les créanciers peuvent de nouveau *a priori* exercer le droit de leurs débiteurs au moyen de l'action oblique prévue par l'article 1166 du Code civil. *Cfr* C. ROUSSIEU, « Mieux vaut prévenir que guérir : quelques suggestions et clauses en vue d'anticiper la fin de l'indivision volontaire », *op. cit.*, p. 377, n° 6.

32. *Cfr* Projet de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le Code civil, Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 178-179.

- si la copropriété a pour objet un logement, il y a lieu de protéger celui-ci et de tenir compte des difficultés à retrouver une habitation, ce qui justifie un préavis plus long.

## E. Tontine et accroissement

8. L'article 3.77, dernier alinéa, du Code civil prévoit qu'il est également d'application aux biens en tontine ou en accroissement<sup>33</sup>. Le délai de ces clauses, fréquentes dans la pratique, se trouve ainsi garanti à cinq ans, reconductible.

Il conviendra de coordonner le régime de ces clauses insérées conventionnellement avec celui de la fin de la copropriété.

Comme signalé en termes de préambule, nous n'examinerons pas cette problématique dans le cadre de la présente contribution.

## F. Illustrations de clauses relatives à la durée

9. La convention constitutive de la copropriété volontaire pourrait prévoir ce qui suit en ce qui concerne une durée déterminée :

« Les parties conviennent de conclure une convention de copropriété portant sur les valeurs mobilières décrites ci-après, pour une durée de cinq ans, renouvelable par tacite reconduction à défaut pour un ou plusieurs des copropriétaires d'avoir notifié, sous pli recommandé à la poste, aux autres copropriétaires sa volonté de mettre fin à l'indivision six mois au moins avant l'expiration du terme ainsi convenu.

Pendant cette période, les copropriétaires s'engagent à demeurer en indivision à l'égard des valeurs mobilières indivises et renoncent irrévocablement à solliciter le partage de ces dernières ».

Et, si la copropriété a une durée indéterminée, la clause pourrait être formulée comme suit (avec une durée minimale incompressible) :

« Les parties conviennent que la copropriété qu'elles constituent a une durée indéterminée. Il pourra y être mis après une durée minimale de deux ans, dans ce cas à tout moment, moyennant un préavis d'un an notifié, sous pli recommandé à la poste, aux autres copropriétaires.

Pendant cette période, les copropriétaires s'engagent à demeurer en indivision à l'égard des biens indivis et renoncent irrévocablement à solliciter le partage de ces derniers ».

33. L'admission d'une tontine ou d'un accroissement au rang de la copropriété volontaire continue à faire débat. *Cfr* D. MICHIELS, *Tontine en aanwas*, Malines, Kluwer, 2008.

## II. Le mandat de gestion<sup>34</sup>

### A. Généralités

**10.** Lorsque la donation porte sur la pleine propriété des biens donnés, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'un portefeuille-titres, le donateur peut souhaiter conserver le pouvoir de procéder à des arbitrages et réinvestissements et d'adapter la stratégie de gestion (par exemple, de défensif à neutre). Un mandat de gestion, éventuellement combiné à une clause de rente, lui permet d'atteindre cet objectif.

Pour rappel, le mandat est le pouvoir donné au mandataire de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Il ne se forme que par l'acceptation du mandataire (article 1984 de l'ancien Code civil).

Il importe d'observer que le mandant est autorisé à continuer de gérer, nonobstant le pouvoir conféré au mandataire.

Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire (article 1986 de l'ancien Code civil). Si la gratuité est de la nature du mandat, elle n'est pas de son essence. Le mandat salarié est ainsi devenu l'hypothèse la plus fréquente en pratique, sauf dans la matière de la planification successorale qui nous occupe ici.

Le mandat est tantôt spécial, c'est-à-dire pour une affaire ou certaines affaires seulement, tantôt général et pour toutes les affaires du mandant (article 1987 de l'ancien Code civil). On constate que les banques requièrent presque systématiquement un mandat général, du moins dans le cadre de la relation entretenue par les banques et le mandataire. Entre parties, certaines limitations pourraient être apportées qui ne seraient alors pas opposables aux banques.

On déconseillera néanmoins de rédiger le mandat en des termes trop généraux. Il doit exclure tout pouvoir de disposer à sa guise des biens donnés, à peine de mettre en péril le caractère nécessairement irrévocable de la donation.

Si le mandat est général, il vise uniquement les actes d'administration. Il doit nécessairement être exprès si le mandataire doit aliéner ou hypothéquer ou poser quelque autre acte de propriété que ce soit (article 1988 de l'ancien Code civil).

Enfin, si le mandat est en principe conclu dans l'intérêt du mandant, il peut également l'être dans l'intérêt du mandant et du mandataire : il s'agit alors du mandat

d'intérêt commun<sup>35</sup>, ce qui a des conséquences au regard de la résiliation du mandat. Le mandat peut bien entendu être consenti par une pluralité de mandants, les donataires, qui partagent un même intérêt.

### B. Obligations du mandataire

**11.** Le mandataire doit exécuter le mandat tant qu'il en demeure chargé, et il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution, au cas où il commet une faute.

Il est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure (article 1991, alinéa 2, de l'ancien Code civil). Si l'instrumentum constatant la donation stipule un droit de retour, la chose donnée reviendra dans le patrimoine du donateur/mandataire qui disposera, en toutes hypothèses, de toutes les prérogatives requises pour terminer la chose entamée.

Le mandataire répond de son dol, mais également des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, cette responsabilité est appliquée de manière moins rigoureuse à celui dont le mandat est à titre gratuit (article 1992 de l'ancien Code civil), ce qui sera en règle le cas, comme évoqué ci-avant, dans un contexte de planification successorale.

Le mandataire doit rendre compte de sa gestion (article 1993 de l'ancien Code civil). Ceci implique que le mandataire<sup>36</sup> :

- doit informer le mandant du déroulement et du résultat de sa mission : cette information peut être périodique ;
- doit établir un état détaillé des recettes et dépenses, au terme de sa mission : cet état doit être arrêté par le mandant ;
- s'il subsiste un reliquat à sa charge, doit en verser le montant au mandant.

Enfin, quand il y a plusieurs mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux que si elle est exprimée (article 1995 de l'ancien Code civil), à défaut de quoi le mandant qui se plaint des fautes commises par les mandataires, devra diviser son recours contre ceux-ci.

### C. Obligations du mandant

**12.** Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, qui a agi conformément

34. Sur le mandat en général, *cf.* P. WERY, « Le mandat », *Rép. Not.*, T. IX, liv. 7.

35. *Cfr.* P. WERY, « Le mandat », *op. cit.*, spéc. p. 74, n° 17 et réf. citées à la note 102.

36. *Cfr.* P. WERY, « Le mandat », *op. cit.*, spéc. p. 173, n° 110 et réf. citées à la note 190.



au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au-delà, sauf s'il l'a ratifié expressément ou tacitement (article 1998 de l'ancien Code civil).

En vertu du principe de l'exécution de bonne foi, le mandant est tenu de mettre le mandataire en mesure d'accomplir sa mission et de lui donner décharge au terme de celle-ci.

Le mandant doit indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, pour autant que celles-ci ne soient pas imputables à une imprudence de sa part (article 2000 de l'ancien Code civil).

Lorsque plusieurs personnes constituent le mandataire pour une affaire commune, chacun des mandants est tenu solidairement envers lui de tous les effets du mandat (article 2002 de l'ancien Code civil).

## D. Fin du mandat

**13.** L'article 2003 de l'ancien Code civil stipule que le mandat finit :

- par la révocation du mandataire ;
- par la renonciation du mandataire au mandat ;
- par la mort ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

### 1. La révocation du mandataire

**14.** Le principe est que le mandat est révocable (article 2004 de l'ancien Code civil). Les clauses contraires sont cependant licites, dès lors qu'elles permettent aux parties de conférer une certaine stabilité à leurs relations. Le contrat de mandat pourra ainsi contenir une clause expresse d'irrévocabilité.

Au regard de l'irrévocabilité, il peut être utile de prévoir un mandat donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, dont la notion a été, pour la première fois, consacrée par un arrêt du 28 juin 1993 de la Cour de cassation<sup>37</sup> : « *Le mandat est d'intérêt commun notamment lorsque la mission du mandataire est de réaliser une œuvre qui postule nécessairement la collaboration et la participation des deux parties à son accomplissement* ».

Autrement dit encore, « *le mandat d'intérêt commun est celui où le mandant et le mandataire sont tous deux intéressés à l'acte juridique qui fait l'objet du mandat : l'intérêt au mandat est lui-même indifférent* »<sup>38</sup>. Tel est notam-

ment le cas lorsque des indivisaires ou copropriétaires donnent à l'un d'eux le mandat de gérer l'indivision ou la copropriété<sup>39</sup>.

Le mandat d'intérêt commun est en principe irrévocable, sauf dans les quatre hypothèses suivantes :

1. révocation du consentement mutuel des parties ;
2. révocation en application des clauses et conditions spéciales du contrat : modalisation de la faculté de mettre fin unilatéralement au mandat, avec ou sans délai de préavis, avec ou sans indemnité ;
3. révocation pour motif légitime reconnu en justice : en pratique le motif légitime consiste généralement en une faute du mandataire, mais pas nécessairement<sup>40-41</sup> ;
4. révocation unilatérale d'un mandat conclu pour une durée indéterminée, conformément au principe de la liberté individuelle.

En cas de révocation irrégulière, celle-ci nous paraît devoir être privée de tout effet, la règle étant la primauté de l'exécution en nature sur l'exécution par équivalent : le mandataire peut donc postuler la restitution de son pouvoir de représentation pour l'avenir, le cas échéant sous astreinte<sup>42</sup>.

En tout état de cause, comme évoqué ci-avant, le mandat devra idéalement être consenti pour une durée déterminée, par exemple égale à la durée de vie du mandataire ou du mandataire substitué à son décès, et ce afin d'éviter une révocation fondée sur le principe suivant lequel nul ne peut se trouver engagé de manière illimitée dans le temps et peut donc mettre fin à son engagement moyennant préavis raisonnable.

### 2. La renonciation du mandataire

**15.** Le mandataire dispose d'un droit de résiliation unilatérale, dès lors qu'il peut renoncer au mandat *ad nutum*<sup>43</sup>, en notifiant au mandant sa renonciation (article 2007, alinéa 1, de l'ancien Code civil).

Le législateur a toutefois prévu que si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve

37. Cfr Cass., 28 juin 1993, *Pas.*, I, p. 628, *R.W.*, 1993-1994, p. 1425, et note A. VAN OEVELEN. Sur cette notion, voy. également A. PIMBERT, « Le mandat d'intérêt commun », in *Le mandat en question* (B. REMY dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 189 et s.

38. Cfr D. ALEXANDRE, « Mandat – fin du mandat », *Jurisque civil*, 1984, p. 10, n° 38.

39. Sur cette notion, Cfr encore P. WERY, « Le mandat », *op. cit.*, spéc. pp. 313 à 315, n° 254.

40. Cfr D. ALEXANDRE, « Mandat – fin du mandat », *op. cit.*, p. 14.

41. La dissolution du mandat pour justes motifs est *a priori* subordonnée à un contrôle judiciaire préalable, le mandant qui révoque unilatéralement agissant à ses risques et périls. Cfr P. WERY, « Le mandat », *op. cit.*, spéc. pp. 315-316, n° 255.

42. Cfr en ce sens P. WERY, « Le mandat », *op. cit.*, spéc. pp. 317 et 318, n° 256 et les opinions contraires (fondées sur la réparation par équivalent) dont fait également état cet auteur.

43. Cfr B. TILLEMANS, v° « Lastgeving », *A.P.R.*, éd. 1997, p. 328.

dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable, ce qui semble viser l'état de nécessité en matière contractuelle<sup>44</sup> (article 2007, alinéa 2, de l'ancien Code civil).

On pourrait ainsi imaginer la situation d'un gratifiant dont l'état de santé est gravement altéré et qui éprouve d'importantes difficultés à poursuivre sa gestion.

À nouveau, la sanction d'une renonciation irrégulière au mandat nous semble devoir résider dans l'exécution en nature de son obligation à laquelle le juge pourrait contraindre le mandataire, le cas échéant sous astreinte. Il reste que dès lors que le mandataire ne veut plus de la confiance qui lui avait été donnée, sans doute serait-il préférable de ne lui réclamer que des dommages et intérêts.

### 3. La mort du mandant ou du mandataire

**16.** En raison de son caractère *intuitu personae*, le mandat prend en principe fin au décès du mandataire. Le principe de la dissolution de plein droit du mandat repose sur l'intention présumée des parties contractantes.

Les parties peuvent y déroger et prévoir la continuation du mandat, nonobstant le décès du mandataire<sup>45</sup>. Une clause peut ainsi désigner un mandataire suppléant qui poursuivra le mandat, cette situation devant être distinguée de celle où le mandat est renouvelé avec les héritiers du mandataire.

En cas de décès du mandataire, on notera que ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (article 2010 de l'ancien Code civil). Il s'agit essentiellement d'exécuter les actes urgents et nécessaires que commandent les circonstances<sup>46</sup>.

**17.** La dissolution de plein droit du mandat par le décès du mandant se fonde, à nouveau, sur l'intention présumée des parties. Ces dernières peuvent donc y déroger, étant entendu que certaines missions ne peuvent être confiées au mandataire après le décès de son mandant.

Au préalable, on relèvera qu'en cas de décès du mandant, si le mandataire l'a ignorée en entamant ou poursuivant sa mission, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide (article 2008 de l'ancien Code civil).

44. Cfr en ce sens P. WERY, « Le mandat », *op. cit.*, spéc. pp. 320, n° 259.

45. En cas de mandat d'intérêt commun au mandant et au mandataire, il y a lieu de conclure au maintien du mandat, dès lors que le mandataire a un « droit au mandat » qui est assimilé à un actif dans son patrimoine. Cfr R.P.D.B., v° « Mandat », t. VII, p. 810, n° 1009.

46. Cfr DE PAGE, t. V, éd. 1975, p. 454.

a) Lorsque l'exécution du mandat a été entamée ou pouvait l'être avant la mort du mandant, les parties peuvent décider, de manière expresse ou tacite, que le mandat sera poursuivi. Lorsque le mandat a pour objet un acte juridique à accomplir par le mandataire avant le décès du mandant et un autre à réaliser après son décès et que ces actes sont indissociables dans l'intention des parties au mandat, celui-ci ne prend pas fin avec le décès du mandant<sup>47</sup>.

Dans ce dernier cas, une dérogation n'est donc envisageable que pour autant que, après le décès du mandant, l'acte qui fait l'objet du mandat puisse encore être légalement accompli<sup>48</sup>. Le mandat ne pourrait ainsi être exécuté s'il a pour objet de donner un bien à autrui après le décès du mandant<sup>49</sup>.

b) Lorsque le mandat ne doit, par nature, recevoir exécution qu'après le décès du mandant, il s'agit d'un mandat posthume ou *propter mortem*.

La validité de ce dernier demeure contestée en droit belge<sup>50</sup>. En effet, il s'agit pour le « mandant » de faire naître des obligations *ad futurum* dans le chef de ses héritiers, sans s'obliger lui-même. Cela aboutit à priver les héritiers du droit de disposer librement des biens qu'ils recueilleront dans sa succession par un « mandat » – qui n'en est pas véritablement un – dont l'exécution ne débiterait qu'après son décès.

On observera que la nullité qui frappe le mandat *post mortem sensu stricto* n'est cependant que relative, de sorte que les héritiers du mandant peuvent valablement y renoncer<sup>51</sup>.

Nonobstant ce qui précède, on constate une certaine pratique bancaire qui plaide en faveur de la poursuite de la gestion après le décès du mandant, ce qui autoriserait, par exemple, un gestionnaire de fortune ou de portefeuille à poser certains actes de simple administration au regard des héritiers du mandant dans le cadre d'un contrat-cadre de gestion discrétionnaire, voire en application de la gestion d'affaires visée aux articles 1372 à 1375 de l'ancien Code civil.

47. Cfr Cass., 17 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1234.

48. Cfr DE PAGE, t. V, éd. 1975, p. 457 ; Cass., 15 juin 1911, *Pas.*, 1911, I, p. 353.

49. Cfr Cass., 2 juillet 2014, *Pas.*, 1915-1916, I, p. 36.

50. Cfr DE PAGE, t. V, éd. 1975, p. 458 ; C. PAULUS et R. BOES, v° « Lastgeving », *A.P.R.*, éd. 1978, n° 273 ; I. DE STEFANI, « La gestion *post mortem* des biens successoraux », in M. VAN MOLLE (coord.), *La famille et son patrimoine en questions*, Limal, Anthemis, 2015, p. 292, n° 8 et p. 294, n° 11. Comme le souligne ce dernier auteur, le mandat à effet posthume est admis en droit français (cfr les développements qu'elle y consacre, pp. 294 et s., n°s 12 et s.). En faveur de la validité d'un tel mandat, cfr B. TILLEMANS, *Le mandat*, Kluwer, 1999, p. 408.

51. Cfr DE PAGE, t. V, éd. 1975, p. 458, note 2 ; P. WERY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 331, n° 274.

## E. Illustration d'un mandat spécial de gestion portant sur un compte-titres

18. Un mandat spécial de gestion portant sur un compte/dossier-titres pourrait être formulé comme suit<sup>52</sup> :

« En ce qui concerne le compte/dossier-titres n° ... existant auprès de l'institution financière X, le(s) mandant(s) donne(nt), par la présente, procuration à Monsieur/Madame Y (N.N.), ci-après dénommé(e), le mandataire, qui accepte, de procéder à ce qui suit au nom et pour le compte du(des) mandant(s) :

- conclure la convention de base et la convention-cadre relatives au service "Vente à distance" offert par l'institution financière X ;
- ET conclure une convention de gestion de patrimoine du type gestion discrétionnaire et ses annexes avec l'institution financière X et déterminer le "profil d'investissement" applicable et les éventuelles modalités et restrictions applicables pour la convention visée ;
- OU conclure une convention de conseil en investissement et ses annexes avec l'institution financière X et déterminer le "profil d'investissement" applicable et les éventuelles modalités et restrictions applicables pour la convention visée. Ce mandat spécial contient également la compétence pour recevoir lesdits conseils et éventuellement transmettre des ordres dans des instruments financiers sur lesquels des conseils ont été donnés.

Le mandataire est désigné par le(s) mandant(s) pour la durée des conventions précitées. Son mandat étant irrévocable, sous réserve des modalités prévues dans le Règlement général des opérations de l'institution financière X dont le(s) mandant(s) et le mandataire ont pris connaissance et pour lequel ils ont donné leur accord.

Plus particulièrement, le mandataire déclare être informé des pouvoirs qui lui sont confiés par le présent mandat et confirme qu'il les respectera.

Le mandataire déclare qu'il informera le(s) mandant(s) du "profil d'investissement" qui sera d'application pour la convention choisie, conformément au présent mandat spécial.

Le mandataire déclare que l'exercice du présent mandat constitue, dans son chef, une activité occasionnelle, qui ne nécessite aucun enregistrement auprès des autorités de contrôle. »

52. Cette illustration est librement inspirée d'un mandat spécial utilisé par ING Private banking.

## III. La clause de gestion<sup>53-54</sup>

### A. Généralités. Définition

19. Selon la définition qu'en donnent J. Fonteyn et M. Van Molle<sup>55</sup>, la clause de gestion, ou « *bewindsclausule* » en néerlandais, est « une charge imposée au bénéficiaire d'une libéralité consistant à abandonner temporairement le pouvoir de gestion de tout ou partie des biens reçus au profit d'un tiers gestionnaire, ce dernier étant tenu de gérer ces biens au nom, pour le compte et dans l'intérêt du bénéficiaire, et selon des règles déterminées a priori par le disposant ».

La clause de gestion permet de dissocier utilement la valeur de la gestion<sup>56</sup>. Si la clause de gestion est consacrée légalement par le droit néerlandais<sup>57</sup>, il n'en va toujours pas de même en Belgique où ses contours et les modalités de son application demeurent discutés<sup>58</sup>.

53. Sur le sujet, cfr J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », in L. BARNICH, A. CULOT, Ph. DE PAGE, I. DE STEFANI, J. FONTEYN, P. MOREAU et M. VAN MOLLE, *Les écritures testamentaires – Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2016, spéc. pp. 132 à 143 ; I. DE STEFANI, « La gestion *post mortem* des biens successoraux », *op. cit.*, spéc. pp. 288 à 293 ; J. FONTEYN et M. SPITAELS, « Clause de gestion / Bewindsclausule », *R.P.P.*, 2020/3, pp. 189 et s. Voy. encore l'étude de droit comparé de W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid – Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Bruxelles, Bruylant, 1962.

54. Pour une étude de la clause de gestion envisagée dans le contexte d'une construction contractuelle d'indivision, en dehors de tout aspect successoral, cfr F. LALIERE et M. VALISSANT, « Gestion du bien ou de la masse indivise : de la gestion prophylactique à la gestion curative », *Rev. not. b.*, 2021, pp. 337 et s., spéc. pp. 340 à 360 avec une illustration détaillée de clause de gestion.

55. Cfr J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, p. 132. Voy. également N. GEELHAND DE MERXEM et A. VERBEKE « Bewindsclausule », in Ch. CASTELEIN, A. VERBEKE et L. WEYTS (éds), *Notariële clausules – Liber amicorum professor Johan Verstraete*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 207.

56. Cfr J. FONTEYN et M. SPITAELS, « Clause de gestion / Bewindsclausule », *op. cit.*, p. 196. La formule utilisée par ces auteurs nous semble particulièrement appropriée. Nous la préférons à celle utilisée par N. GEELHAND DE MERXEM et A. VERBEKE, « Bewindsclausule », *op. cit.*, évoquant « un découplage du droit de propriété et du pouvoir de gestion ».

57. Cfr article 7-182 du Code civil néerlandais en matière de donations et articles 4-153 à 4-181 du même Code en matière de testaments.

58. Bien qu'il y ait très peu de jurisprudence publiée sur le sujet, on relève notamment J.P. Mons (1<sup>er</sup> canton), 21 août 2018, *R.P.P.*, 2020/3, p. 229. En l'espèce, la clause de gestion assortissant la donation « doit être considérée comme licite et doit sortir ses effets sans qu'aucune autorisation préalable soit requise à cet égard ». *Contra*, Anvers, 29 novembre 2017, *T. Not.*, 2018, p. 157 qui invalide une clause de gestion testamentaire. Dans cette affaire, la cour d'appel était confrontée à une charge grevant la totalité des biens légués et, dans les faits, à la privation du droit d'administration de la mère, représentant légal de l'enfant légitime. Le motif de la clause pouvait ainsi paraître non légitime,

La clause de gestion n'a aucune incidence sur le droit de propriété du bénéficiaire de la libéralité, qu'il s'agisse d'une donation ou d'un legs. Les biens donnés ou légués sont inclus dans son patrimoine et font partie du gage de ses créanciers, et il est le seul attributaire des fruits et produits des biens en question. La clause de gestion n'a donc qu'un effet interne et elle est inopposable aux tiers de bonne foi. En soi, elle s'accompagne donc d'une neutralité fiscale<sup>59</sup>.

Le bénéficiaire de la libéralité a l'obligation, qui est constitutive d'une charge, d'abandonner tout pouvoir de gestion à un tiers gestionnaire. Il ne s'agit nullement d'un droit réel. Le pouvoir de gestion consenti est cependant étendu, dès lors qu'il vise à la fois les actes d'administration et les actes de disposition<sup>60</sup>. Plusieurs tiers gestionnaires peuvent être institués, agissant collectivement ou de manière concurrente<sup>61</sup>.

La clause de gestion doit être distinguée du mandat en ce que, d'une part, le mandant conserve son pouvoir de gestion des biens et que, d'autre part, comme nous l'avons déjà souligné, la licéité du mandat *propter mortem*<sup>62</sup> est controversée en droit positif belge<sup>63</sup>. En outre, il n'y a pas de convention entre le disposant et le tiers gestionnaire. Il reste que la clause de gestion peut impliquer l'obligation de conférer un mandat de gestion<sup>64</sup>.

Ainsi que nous l'avons évoqué, dans le contexte des libéralités, la clause de gestion est, par nature, une charge<sup>65-66</sup>. Elle suppose une obligation de *facere*, à

.....  
outre que les biens visés par la charge n'étaient pas déterminés (cfr *infra*, n° 20).

59. Cfr J. FONTEYN et M. SPITAEALS, « Clause de gestion / Bewindsclausule », *op. cit.*, p. 191.

60. Ce faisant, J. FONTEYN et M. VAN MOLLE (« Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, p. 132) estiment que le vocable « *clause de gestion* » est plus approprié que celui de « *clause d'administration* ».

61. Cfr J. FONTEYN et M. SPITAEALS, « Clause de gestion / Bewindsclausule », *op. cit.*, p. 191.

62. Le mandat *propter mortem* doit être distingué du mandat *post mortem*. Le premier sort ses effets au décès du mandant. Le second est celui dont les effets se prolongent après le décès.

63. Cfr *supra*, n° 17.

64. Cfr *infra*, n° 21.

65. Cfr I. DE STEFANI, « La gestion *post mortem* des biens successoraux », *op. cit.*, p. 288 qui conçoit donc la charge comme étant double ; J. FONTEYN et M. SPITAEALS, « Clause de gestion / Bewindsclausule », *op. cit.*, p. 191. On notera que, dans un premier temps, J. Fonteyn avait considéré que la charge était unique (cfr J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, p. 133 et note 40).

66. Dans le contexte spécifique d'une convention d'indivision, F. LALIERE et M. VALISSANT (« Gestion du bien ou de la masse indivise : de la gestion prophylactique à la gestion curative », *op. cit.*, p. 341, n°s 8 et 9) estiment, « *qu'il ne peut être question d'analyser une clause de gestion insérée dans une convention d'indivision comme une charge (notion propre aux libéralités)* ». Ils définissent ainsi la clause de gestion

savoir l'obligation d'abandonner le pouvoir de gestion à un tiers, et une obligation de *non facere*, à savoir l'interdiction de gérer les biens aliénés à titre gratuit dans le chef du donataire ou du légataire. Cette charge ne peut être révoquée par le bénéficiaire de la libéralité<sup>67</sup>. En cas de non-respect de la charge, le disposant peut agir en révocation ou en résolution de la libéralité.

Le caractère de charge de la clause de gestion implique que le tiers gestionnaire doit nécessairement respecter ses termes : c'est la clause elle-même qui définit l'étendue de ses pouvoirs. Ainsi, le tiers gestionnaire agit au nom et pour le compte du bénéficiaire de la libéralité mais également, et davantage encore, dans l'intérêt de ce dernier. Son pouvoir peut bien entendu être modalisé au moyen de clauses diverses<sup>68</sup> telles que :

- interdiction d'effectuer certains placements ou investissements ;
- interdiction d'aliéner, ce qui paraît aller de soi, dès lors que la propriété n'est pas transférée ;
- obligation de payer une charge financière ou rente au bénéficiaire ;
- obligation de payer des dépenses spécifiques au bénéficiaire (tels les frais d'éducation ou les soins médicaux) ;
- faculté de résilier anticipativement la clause de gestion en cas d'aptitude du bénéficiaire,...

Enfin, en externalisant la gestion (et la responsabilité) de l'indivision et en la confiant à un(des) tiers neutre(s) et impartial(aux), il s'agit de prévenir le risque d'un conflit entre les indivisaires et de restaurer un climat de confiance entre eux<sup>69</sup>.

## B. Conditions de validité : durée et objet

**20.** En vertu de la disposition générique contenue à l'article 3.53 du Code civil, « *le propriétaire peut accepter une limitation de son pouvoir de disposition d'un bien,*

.....  
comme « *une construction contractuelle, insérée par les co-indivisaires dans leur convention d'indivision, consistant à confier temporairement le pouvoir de gestion de tout ou partie du/des bien(s) indivis au profit d'un (tiers) gestionnaire qu'ils ont eux-mêmes désigné, ce dernier étant tenu de gérer ce/ces bien(s) au nom, pour le compte et dans l'intérêt de l'indivision et selon les règles déterminées au préalable par les co-indivisaires* ».

67. *Contra*, à tort selon nous, cfr I. DE STEFANI, « La gestion *post mortem* des biens successoraux », *op. cit.*, p. 288 qui soutient que « *si l'héritier est majeur et capable, il peut évidemment, à tout moment, révoquer le gestionnaire désigné par le testateur* ». Or, si la libéralité est acceptée, il en va de même de la charge dans son ensemble.

68. Cfr J. FONTEYN et M. SPITAEALS, « Clause de gestion / Bewindsclausule », *op. cit.*, p. 192.

69. Cfr F. LALIERE et M. VALISSANT, « Gestion du bien ou de la masse indivise : de la gestion prophylactique à la gestion curative », *op. cit.*, pp. 342-343, n° 14.

sous les conditions impératives qu'elle soit limitée dans le temps et qu'elle réponde à un intérêt légitime »<sup>70</sup>.

En soi, la clause de gestion limite les pouvoirs du propriétaire qui ne peut plus exercer la prérogative de gérer. Par conséquent, elle doit donc avoir un caractère temporaire (souvent, jusqu'à ce que le bénéficiaire de la libéralité ait atteint un âge déterminé ou soit devenu apte à la gestion, ce dernier critère étant beaucoup plus compliqué à objectiver). En outre, elle doit être sous-tendue par un but légitime qu'il sera opportun de mentionner dans la clause (par exemple, gérer les biens avec toute la prudence requise lorsque le bénéficiaire est mineur<sup>71</sup> ou qu'il n'a pas encore acquis toute la compétence nécessaire en matière de gestion).

La clause de gestion doit avoir pour objet des biens déterminés, à peine de méconnaître le principe de libre disposition dans le chef des successeurs ou encore le principe d'administration des biens de l'incapable par son représentant légal<sup>72</sup>. On assortira cependant utilement la clause d'une clause subrogatoire afin de garantir la traçabilité, ou de l'institution de l'universalité de fait qui est indépendante des variations des éléments la composant (par exemple, le recours conventionnel à la notion de « portefeuille-titres »).

### C. Nécessité d'assortir la clause de gestion d'un mandat de gestion ?

**21.** La clause de gestion, au sens où nous l'entendons ici en droit successoral, ne constitue pas un mandat de gestion qui aurait été conféré au tiers gestionnaire<sup>73</sup>.

La question de savoir si le bénéficiaire de la libéralité est alors tenu de conférer un mandat de gestion au tiers gestionnaire reçoit une réponse variable, selon le titre qui fonde les pouvoirs de ce dernier<sup>74</sup>.

Si un testament contient un legs avec clause de gestion, la seule existence du testament ne prouve ni l'acceptation du legs, ni l'acceptation de la charge (la clause de

gestion) grevant celui-ci. En cas d'acceptation du legs et de la charge y liée, il est préférable que le légataire consente un mandat, irrévocable, au tiers gestionnaire dont les modalités (principalement au regard de la gestion) seraient calquées sur celles contenues dans la clause de gestion. Un tel mandat sera opposable aux cocontractants du tiers gestionnaire.

Si la libéralité consiste dans une donation couplée avec une clause de gestion, l'acceptation du donataire est en principe expresse, même si ce dernier est alors représenté. L'acte de donation (en pratique, une expédition de celui-ci) contient tous les éléments nécessaires pour fonder le pouvoir de gestion du tiers gestionnaire. Un mandat supplémentaire n'est donc ici pas requis et pourrait par ailleurs être source de confusion.

### D. Controverses relatives à la licéité de la clause de gestion

**22.** Nous sommes d'avis que la clause de gestion est licite en droit positif belge. À cet égard, nous partageons totalement l'analyse de J. Fonteyn et M. Spitaels<sup>75</sup> rencontrant les objections soulevées par une partie de la doctrine<sup>76</sup>.

- a) La clause de gestion étant une charge qui présente une nature obligataire, et n'impliquant pas la création d'un droit réel, le *numerus clausus* des droits réels est respecté.
- b) Il n'y a pas d'entrave aux principes de libre disposition et de libre circulation qui ne sont, en tout état de cause, pas absolus (ainsi, la clause d'inaliénabilité temporaire est licite si elle a un caractère légitime). Les biens aliénés ne deviennent pas hors commerce.
- c) Si la clause de gestion est susceptible de porter atteinte à la réserve héréditaire<sup>77</sup>, il reste que son champ d'application se trouvera alors limité, le cas échéant, à la seule quotité disponible<sup>78</sup>.
- d) La clause de gestion se distingue du mandat, aucune convention n'existant entre le disposant et le tiers gestionnaire. Elle ne peut donc être critiquée au regard de la notion de mandat *propter mortem* ou posthume.

70. Sur les deux conditions requises pour qu'une clause d'indisponibilité/d'inaliénabilité soit valide, *cf.* notamment, C. ROUSSEAU, « La vente de droits indivis : questions choisies », in *Tapas de droit notarial 2019*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 55.

71. Dans le cas du mineur, la clause de gestion ne déroge pas au pouvoir d'administration du parent survivant, mais elle y soustrait certains biens déterminés dans la poursuite du motif de la protection de l'enfant (*cf.* J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, p. 136).

72. *Cf.* J. FONTEYN et M. SPITAEELS, « Clause de gestion / Bewindsclause », *op. cit.*, p. 193.

73. *Cf.* J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, p. 134 : selon ces auteurs, cette assimilation serait à la fois « *inexacte* » et « *incongrue* ».

74. *Cf.* J. FONTEYN et M. SPITAEELS, « Clause de gestion / Bewindsclause », *op. cit.*, pp. 193 et 194.

75. *Cf.* J. FONTEYN et M. SPITAEELS, « Clause de gestion / Bewindsclause », *op. cit.*, pp. 194 et 195. Voy. également J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, pp. 138 à 140.

76. *Cf.* I. DE STEFANI, « La gestion *post mortem* des biens successoraux », *op. cit.*, pp. 288 et s.

77. *Cf.* I. DE STEFANI, « La gestion *post mortem* des biens successoraux », *op. cit.*, p. 291.

78. On ne perdra pas de vue que la réserve héréditaire est impérative, et non d'ordre public, en ce sens qu'elle ne protège que des intérêts privés. Les héritiers peuvent toujours valablement y renoncer une fois la succession ouverte.

e) La clause de gestion ne porte pas atteinte au statut de capacité ou d'incapacité du bénéficiaire de la libéralité<sup>79</sup>, elle ne vise que des biens déterminés et, le cas échéant, une universalité de fait. Il s'agit d'exclure temporairement certaines prérogatives du droit de propriété<sup>80</sup>. En cas d'acceptation de la libéralité par le bénéficiaire, celle-ci s'étend également à la charge dont elle est assortie, laquelle limite le droit de propriété.

Lors d'une enquête à laquelle nous avons pu nous livrer auprès des départements de banques privées, nous avons pu constater que le mandat de gestion ne rencontre plus guère de succès, la réserve d'usufruit, voire la société simple, lui volant généralement la vedette. Sans doute la clause de gestion, telle qu'éclairée au regard des développements qui précèdent, pourrait-elle attirer davantage leur attention, bien que l'on imagine qu'ils s'en remettront sans doute à des notaires ou avocats pour sa rédaction.

## E. Illustration d'une clause de gestion dans le cadre d'une donation<sup>81</sup>

**23.** Dans le cadre d'une donation constatée par acte authentique ou au moyen d'un pacte adjoint, la clause de gestion pourrait être formulée comme suit :

« Dans un souci de protection du donataire, la présente donation est consentie avec la charge pour ce dernier d'abandonner la gestion des biens donnés au profit de Monsieur X et, en cas de décès de ce dernier, au profit de Madame Y, et ce, jusqu'à ce que le donataire ait atteint l'âge de 26 ans au minimum et ait été actif pendant trois ans, en qualité d'indépendant ou de salarié, à l'exclusion du chômage.

La présente charge porte sur tous les biens donnés, en principal et accessoires, ainsi que sur tous les biens qui y seraient subrogés. Seront de plein droit subrogés aux biens donnés les biens acquis au moyen du produit de l'aliénation des biens donnés, ou en échange ou en remplacement de ceux-ci.

79. Nous sommes d'avis qu'ainsi limitée, est également parfaitement valide une clause de gestion assortissant une libéralité consentie à une personne incapable ayant un représentant légal (cfr J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, p. 137 et les trois raisons invoquées par ces auteurs).

80. Cfr J. FONTEYN et M. SPITAELS, « Clause de gestion / Bewindsclausule », *op. cit.*, p. 195 et note 26. À juste titre, selon nous, ces deux auteurs citent, à titre d'exemples, la donation avec réserve d'usufruit, la clause d'inaliénabilité temporaire, la clause de maintien du caractère propre d'un bien et encore la clause d'affectation.

81. Pour une illustration de clause de gestion dans le cadre d'un testament, cfr J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration des biens *post mortem* », *op. cit.*, pp. 142-143. Pour une illustration d'une clause de gestion ayant vocation à s'inscrire dans une convention d'indivision construite contractuellement, cfr F. LALIERE et M. VALISSANT, « Gestion du bien ou de la masse indivise : de la gestion prophylactique à la gestion curative », *op. cit.*, pp. 354 à 360.

*La gestion des biens sera assurée par Monsieur X ou, en cas de décès de ce dernier, par Madame Y, qui sera tenu d'agir dans l'intérêt exclusif du donataire. Si ce dernier, ou son représentant légal, estime que Monsieur X ou Madame Y n'agit pas dans l'intérêt du donataire, il pourra saisir la juridiction compétente dans l'arrondissement judiciaire de..., division de...*

*Monsieur X ou, en cas de décès de ce dernier, Madame Y, devra gérer les biens en bon père de famille et s'interdira tout acte ou placement spéculatif ou à risque. Pendant la durée de sa mission, il pourra poser tous les actes d'administration et de disposition qu'il estimera nécessaires ou utiles, à la condition que ceux-ci soient à titre onéreux, toute aliénation à titre gratuit étant prohibée.*

*Dans les deux mois au plus tard suivant la date anniversaire de la donation, Monsieur X ou, en cas de décès de ce dernier, Madame Y, devra adresser au donataire ou à son représentant légal un rapport de gestion détaillant, à la date anniversaire de la donation, les biens soumis à sa gestion ainsi que les actes de disposition qu'il (elle) a posés durant l'année écoulée.*

*Sans préjudice des frais d'éducation et des frais médicaux du donataire, pour autant qu'ils soient dûment justifiés par des documents probants, Monsieur X ou Madame Y sera tenu de payer en faveur du donataire ou de son représentant une rente trimestrielle égale à X % de la valeur globale des biens donnés, arrêtée à la date anniversaire de la donation, telle qu'elle résulte notamment du rapport de gestion. »*

## IV.

### La société simple

#### A. Définition et caractéristiques

**24.** La société simple a été traditionnellement utilisée comme un outil de planification successorale en raison des nombreux avantages qu'elle procure : transmission du patrimoine, en conservant tout ou partie des revenus des biens transmis, gestion du patrimoine aliéné demeurant dans les mains du donateur, faible coût de fonctionnement, simplicité et discrétion.

Ces deux derniers avantages doivent désormais être nuancés en raison des nouvelles obligations comparables pesant sur la société simple ainsi que de celles qui lui sont imposées auprès de la Banque Carrefour des Entreprises et du registre UBO, dès lors qu'elle est devenue une « entreprise » au sens de l'article I.1.1° du Code de droit économique (en abrégé « CDE »)<sup>82</sup>.

82. L'entreprise est notamment « toute organisation sans personnalité juridique » (article I.1.1°, c) du CDE).

Seule la société simple dont le patrimoine indivis est exclusivement composé d'avoirs mobiliers retiendra ici notre attention.

La société simple peut être définie comme « *une indivision constituée par des personnes souhaitant mettre en commun leur patrimoine et leurs connaissances en vue d'atteindre un objectif commun, qui est de conserver et de faire fructifier un patrimoine familial* »<sup>83</sup>.

En vertu de l'article 4:1, alinéa 1, du CSA, la société simple est « *le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre leurs apports en commun en vue de partager le bénéfice patrimonial direct ou indirect qui pourra en résulter. Elle est conclue pour l'intérêt commun des parties* ».

La société simple peut être momentanée ou interne. Elle est « *interne* » lorsqu'il est convenu qu'elle est gérée par un ou plusieurs gérants, associés ou non, agissant en leur nom propre (article 4:1, alinéa 2, du CSA). Dans ce dernier cas, l'existence même de la société simple n'est pas dévoilée aux tiers, de sorte qu'elle a un caractère « *oculte* ».

La société simple est avant tout un contrat qui doit respecter les conditions de formation auxquelles tout contrat est soumis, à savoir : l'existence d'un consentement valable de toutes les parties ; la capacité des parties ; un objet déterminé et licite (article 4:2 du CSA) ; une cause licite.

Elle doit également se conformer aux conditions de validité spécifiques au contrat de société, ce qui implique que :

- a) la société doit être constituée par au moins deux personnes (les associés) ;
- b) les associés doivent mettre des biens en commun au moyen d'apports ;
- c) les associés doivent avoir un objet qui sera la gestion d'un patrimoine lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'un planning successoral ;
- d) les associés doivent avoir comme but de se procurer un avantage patrimonial direct ou indirect.

La société simple est un exemple type de société de personnes. En vertu de l'article 4:1, alinéa 3, du CSA, « *à moins qu'il n'en soit convenu autrement, elle est conclue en considération de la personne des associés* ». Il s'ensuit que le décès d'un des associés emporte en principe la dissolution de la société, sauf clause contraire des statuts.

La société simple est une société qui est dépourvue de la personnalité juridique (article 1:5, § 1, du CSA). Elle n'a donc pas d'existence propre indépendamment de celle

de ses associés. En l'absence de personnalité juridique, la société simple n'est pas tenue d'avoir une dénomination spécifique. Toutefois, en pratique, il est conseillé de lui en donner une de manière à identifier aisément les comptes bancaires constituant le patrimoine indivis.

Jusqu'à l'introduction du CSA, l'absence de personnalité juridique de la société simple impliquait qu'elle n'avait pas de patrimoine propre. Cette idée doit aujourd'hui être nuancée dès lors que le CSA consacre l'idée que toutes les sociétés, même en l'absence de personnalité juridique, disposent d'un patrimoine social (article 1:1 du CSA)<sup>84</sup>.

## B. Constitution de la société et de son « *patrimoine* » social

### 1. *Forme*

**25.** La constitution de la société simple implique la conclusion d'un contrat qui n'est soumis à aucune forme particulière. La société simple peut être établie par un acte authentique ou par un acte sous seing privé qui permet une modification plus aisée des statuts. Un acte authentique n'est requis que si les biens apportés sont des immeubles, ce qui n'est pas l'hypothèse qui nous occupe ici.

### 2. *Associés*

**26.** La constitution d'une société simple implique au minimum deux personnes (article 4:1 du CSA). Les associés peuvent être des personnes physiques ou morales. À cet égard, la Commission des normes comptables a rendu un avis sur le traitement comptable des apports réalisés par une personne morale à une société simple<sup>85</sup>. Lorsque les seuls associés sont des époux, il convient d'être attentif à leur régime matrimonial ainsi qu'à la nature des biens qu'ils comptent apporter. Si les époux sont mariés sous le régime légal, les biens apportés doivent avoir le caractère de biens propres. À défaut, s'il s'agit de biens communs, la société est censée n'avoir qu'un seul associé et elle n'est pas valablement constituée<sup>86</sup>.

84. Cfr X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *J.T.*, 2019, nos 6779-6780, pp. 505 et 506, nos 22 à 26 ; P. A. FORIERS, « Principes généraux et dispositions communes », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX (coord.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations – Le CSA à la loupe*, Limal, Anthemios, 2019, p. 32 ; E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations – Présentation et premiers commentaires*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 257-258, nos 695 à 699.

85. Cfr C.N.C., avis du 6 juin 2012, n° 2012/8.

86. Cfr B. HUTS, « La société civile », *op. cit.*, n° 25.113, p. 100 ; L. STAS, « Des époux mariés sous le régime de la communauté des biens

83. Cfr B. HUTS, « La société civile », *Rec. gén. enr. not.*, 2001, n° 25.113, p. 100.

### 3. *Apports et patrimoine social de la société simple*

**27.** La société simple implique que les associés mettent des biens en commun au moyen d'apports. Le CSA n'impose pas de patrimoine social minimum. La seule exigence est que chaque associé apporte des biens, les apports pouvant être réalisés dans des proportions différentes.

Suite à l'apport, l'associé perd la propriété privative des biens qu'il apporte au profit du patrimoine social. Ainsi, l'associé qui s'est engagé à apporter des biens à la société en devient débiteur et est, le cas échéant, tenu au paiement d'intérêts de retard (article 1:9 du CSA).

À cet égard, l'article 4:13 du CSA précise que les biens apportés à la société simple ainsi que ceux qui résultent de l'activité sociale forment un « *patrimoine indivis entre les associés* ». Les biens composant le patrimoine social sont affectés à l'activité de la société. Les associés ne peuvent prétendre exercer sur ceux-ci des droits qui soient contraires à leur affectation.

Le CSA consacre le fait que la société simple dispose d'un patrimoine social alors que l'existence d'un patrimoine propre relève généralement des sociétés ayant la personnalité juridique (article 1:1 du CSA).

En l'espèce, dès lors que les biens mis en indivision dans le cadre de la société simple le sont dans un but particulier, on reconnaît à la société simple un patrimoine d'affectation. Cette idée est notamment fondée sur le caractère conventionnel du contrat de société et sur le principe, tiré du droit des obligations, des effets externes du contrat à l'égard des tiers<sup>87</sup>.

### 4. *Contrepartie de l'apport*

**28.** En contrepartie de son apport, chaque associé se voit attribuer une part dans les bénéfices et les pertes ainsi que dans le patrimoine social en cas de dissolution, laquelle vient remplacer, dans le patrimoine propre de l'associé, le bien qu'il a apporté dans le cadre de la constitution de la société simple.

En principe, la part de chaque associé est déterminée par les statuts (article 4:4, alinéa 1, du CSA). À défaut, la part de chacun est en proportion de son apport dans la société (article 4:4, alinéa 2, du CSA).

Sauf disposition contraire dans les statuts, les parts de la société simple sont incessibles (article 4:6, ali-

.....  
peuvent-ils constituer seuls une société de droit commun ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2011, n° 26.237, p. 2, n° 5 ; F. MAGNUS, « La société de droit commun », *Rép. Not.*, T. XII, Livre 5/1, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 103.

87. Cfr F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018/9, p. 948, n°s 13 et 14 ; X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations) : *Capita Selecta* », *op. cit.*, p. 505, n° 23.

née 1, du CSA). Toutefois, chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société (article 4:6, alinéa 2, du CSA).

### 5. *Prélèvements*

**29.** Les avoirs apportés peuvent être restitués ou remboursés sous la forme d'un « *prélèvement* ». Dans le silence du CSA, les statuts pourraient contenir une clause modalisant les conditions de réalisation d'un tel prélèvement. Ainsi, il pourrait être subordonné à l'accord des associés ou être limité à un pourcentage maximal des biens apportés par l'associé. Le prélèvement implique la réduction des parts de l'associé bénéficiaire du prélèvement.

À l'inverse, les associés pourraient émettre le souhait d'apporter à la société simple d'autres biens. Il est alors conseillé de prévoir dans les statuts une clause autorisant explicitement la réalisation de nouveaux apports ainsi que les modalités d'une telle opération. La réalisation de nouveaux apports aura pour conséquence l'attribution de nouvelles parts à l'apporteur.

### C. *Gestion de la société simple*

**30.** Les gérants et le mode de gestion de la société simple sont généralement prévus dans les statuts ou dans un acte ultérieur (article 4:8, alinéa 1, du CSA).

Habituellement, les statuts désignent les gérants. Ces derniers disposent de pouvoirs concurrents, sauf si les statuts prévoient une gestion conjointe (article 4:8, alinéa 2, du CSA). Si le mode d'administration de la société n'est pas réglé par les statuts, c'est le régime supplétif de l'article 4:10 du CSA qui s'applique, lequel prévoit que les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre.

Aussi, chaque associé dispose de la possibilité de poser tous les actes d'administration relatifs à la société. La question est plus délicate en ce qui concerne les actes de disposition eu égard à l'article 1988 du Code civil qui exige un mandat exprès<sup>88</sup>. Afin de contourner cette difficulté, il est recommandé de prévoir dans les statuts une clause organisant l'administration de la société simple.

En pratique, la gestion est attribuée par les statuts aux donateurs, soit conjointement, soit de manière concurrente ou de manière alternative, en stipulant que l'un des donateurs sera chargé de la gestion jusqu'à son décès, l'autre jouant le rôle de gérant suppléant. Ce

88. Cfr F. MAGNUS, « La société de droit commun », *op. cit.*, n° 125 et note 2. Ce dernier cite cependant certains auteurs qui admettent que tous les associés puissent poser des actes de disposition (voy. note 3).



pouvoir peut également être dévolu à un tiers de confiance, si les donateurs craignent que les donataires ne soient pas en mesure de gérer le patrimoine indivis après leur décès, et pour autant que la société civile continue d'exister après leur décès.

**31.** La durée du mandat est souvent stipulée pour la durée de vie du gérant et/ou du gérant suppléant. Lorsqu'il a été désigné dans les statuts, le gérant est en principe irrévocable sauf (article 4:9 du CSA) :

- a) accord unanime des associés ; toutefois, le gérant, qui est également associé, bénéficie d'une irrévocabilité de fait dans la mesure où il ne consentira jamais à sa propre révocation ;
- b) à la majorité des associés, si les statuts le prévoient ;
- c) pour de justes motifs laissés à l'appréciation du juge.

Le gérant qui n'est pas nommé dans les statuts est fragilisé dès lors qu'il est révocable comme un simple mandataire conformément à l'article 2004 de l'ancien Code civil (article 4:9, alinéa 2, du CSA). On pourrait toutefois tenter de faire échec au caractère révocable du mandat en invoquant l'existence d'un mandat d'intérêt commun<sup>89</sup>.

**32.** L'étendue des pouvoirs du ou des gérants doit être décrite avec précision dans les statuts. Ainsi, ces derniers peuvent prévoir que certaines opérations nécessiteront l'accord de tous les associés, voire interdire que le ou les gérants posent certains actes.

Dans le cadre de son mandat, le gérant doit notamment tenir et arrêter les comptes de la société ainsi que proposer l'affectation des revenus générés par le patrimoine social.

Le gérant est notamment compétent pour poser les actes de gestion et de disposition suivants :

- l'encaissement des revenus produits par le patrimoine indivis ;
- l'investissement et/ou la vente en vue du réinvestissement en valeurs mobilières ;
- le paiement aux associés des distributions dont l'attribution est décidée par l'assemblée générale ;
- la gestion d'un compte de la société dans une banque ou tout établissement de crédit généralement quelconque, ce compte devant être ouvert aux noms des associés avec, en rubrique, le nom de la société ;
- le remploi des éléments du patrimoine de la société ;
- l'exercice exclusif du droit de vote lié aux titres appartenant au patrimoine de la société ;
- l'achat, la vente, la location ou la cession à des tiers de l'usage des biens mobiliers appartenant à la société ;

- l'octroi d'un prêt, à titre onéreux ou à titre gratuit, à l'un des associés, son conjoint ou ses enfants ;
- etc.

## D. Responsabilité

**33.** Lorsque le gérant a agi en respectant les limites de son mandat, tous les associés sont responsables de manière illimitée, y compris sur leur propre patrimoine, des engagements pris par le gérant, dans la mesure où l'engagement du gérant rentre dans le cadre de l'objet de la société et où il s'est présenté auprès des tiers (expressément ou tacitement) en qualité de représentant des associés (article 4:11 du CSA).

Avant l'introduction du CSA, le régime de responsabilité des associés était variable selon que la société avait un objet civil ou un objet commercial. Dans le premier cas, les associés étaient tenus par parts viriles, alors que dans le second, le créancier bénéficiait d'une responsabilité solidaire de tous les associés.

Le CSA a modifié le régime de responsabilité à l'égard des tiers.

En ce qui concerne les créances qui trouvent leur source dans l'activité de la société, le CSA instaure un régime de responsabilité solidaire des associés. Aussi, les tiers peuvent exercer leur recours contre le patrimoine social et contre les associés qui sont tenus personnellement et solidairement (article 4:14, alinéa 1, du CSA).

Cette responsabilité solidaire est inapplicable lorsque la société est interne. Dans ce cas, les tiers n'ont de recours qu'à l'égard de l'associé ou du gérant qui a traité avec eux en nom personnel. Ils n'ont pas d'action directe contre les autres associés (article 4:14, alinéa 2, du CSA).

Sans préjudice de l'article 1166 de l'ancien Code civil, les créanciers personnels des associés, dont la créance est étrangère à l'activité sociale, et ceux qui ont traité avec un associé qui n'avait pas le pouvoir de représenter les autres n'ont de recours que sur la part de cet associé et les bénéficiaires qui lui sont distribués. Ils ne peuvent saisir les biens qui composent le patrimoine social ni exercer aucun droit sur ceux-ci (article 4:15 du CSA). Comme nous l'avons déjà souligné, il s'agit d'un patrimoine « affecté ».

## E. Durée

**34.** La société simple est constituée pour une durée indéterminée, sauf dans les cas suivants :

- a) les statuts prévoient une clause stipulant un terme (article 4:3, alinéa 1, du CSA) ;
- b) lorsque la société simple a pour objet une opération déterminée, elle est réputée conclue pour le temps

89. Sur cette notion, *cfr supra*, n° 14 ; P. WERY, « Mandat », *op. cit.*, n° 254.

que doit durer cette opération (article 4:3, alinéa 2, du CSA).

La société simple doit idéalement être constituée pour une durée limitée (ainsi, la durée de vie des donateurs avec possibilité de la poursuivre, de l'accord des associés), à défaut de quoi il peut y être mis fin à tout moment par les associés, moyennant un préavis raisonnable (article 4:17, § 1, du CSA).

## F. Illustrations de clauses statutaires

**35.** Nous faisons état ci-après de quelques clauses illustrant les développements qui précèdent.

### 1. Durée

« La Société est constituée à dater de la signature des statuts, pour la durée de vie du(des) gérant(s).

Il peut toutefois y être mis un terme anticipativement, à l'unanimité, conformément à l'article ... des statuts.

Le premier exercice débute à la date de la signature des statuts et se clôture le... Les exercices suivants ont une durée égale à une année civile et se clôtureront le... de chaque année. »

### 2. Apports et répartition des bénéfiques

« (Description des apports en numéraire, nature ou industrie)

Des apports supplémentaires ne pourront être réalisés par un ou plusieurs Associés ou par des tiers que moyennant une décision favorable de l'assemblée générale des Associés, adoptée à l'unanimité.

Tout apport supplémentaire fera l'objet d'un avenant aux statuts, signé par tous les Associés.

Chaque Associé a droit à une part des bénéfiques proportionnelle aux prestations effectuées au profit de la Société. Il en ira de même en cas de dissolution. »

### 3. Assemblée générale des associés (à comparer avec la clause relative à la gérance)

« L'assemblée générale prend à l'unanimité toutes les décisions qui intéressent la Société ou impliquent une modification des Statuts.

Elle se réunit au moins une fois par an le... du mois de... de chaque année, et pour la première fois le... Lors de cette assemblée, il est notamment débattu de la gestion de l'exercice précédent, de la politique d'investissement et des résultats de celle-ci.

Le Gérant, ou en cas d'absence, l'Associé le plus âgé, convoque l'assemblée générale des Associés. Cette dernière peut, en outre, être convoquée à tout moment, pour

un motif légitime, à la requête d'un Associé adressée au Gérant.

(...)

L'assemblée générale est compétente pour tout ce qui ne ressort pas de la compétence du Gérant.

Elle débat notamment de la gestion durant l'exercice précédent, de la politique d'investissement et des résultats (revenus et plus-values) de celle-ci. Elle constate l'existence ou non de revenus et/ou de plus-values et décide, à l'unanimité, de les distribuer aux Associés proportionnellement à leur part dans l'indivision et conformément à la proposition du Gérant. À défaut, ces revenus et/ou plus-values font partie du fonds social incorporé au capital.

(...)

Sauf dans les cas où les présents Statuts y dérogent explicitement, les décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité simple des voix exprimées, quel que soit le nombre de voix représentées à l'assemblée. L'unanimité est toutefois requise notamment dans les cas suivants :

- pour des apports supplémentaires ;
- pour la nomination, la révocation et les émoluments du Gérant ;
- pour le refus de distribution des revenus ;
- pour l'admission d'un nouvel Associé ;
- pour la sortie d'un Associé de la Société ;
- pour décider la dissolution de la Société ;
- pour toute modification et/ou ajout aux présents Statuts. »

### 4. Gérance

« La Société est gérée par un seul Gérant,...

Le mandat du Gérant n'est pas rémunéré, sauf décision contraire de l'assemblée générale, qui fixe alors le montant des émoluments.

En cas d'indisponibilité durable, d'incapacité, de démission volontaire ou de décès du Gérant, les Associés conviennent dès à présent que la fonction de Gérant sera exercée exclusivement par...

Le Gérant doit gérer le patrimoine de la Société en bon père de famille, sous réserve des limitations décrites dans les présents Statuts. Il est autorisé à contracter des emprunts ou des dettes au nom et pour le compte de la Société.

La Société est valablement représentée par son Gérant dans tous ses actes et transactions, y compris pour les actes judiciaires.

Chaque fois que le Gérant contracte avec un tiers, il est tenu d'informer expressément ce tiers de sa qualité de mandataire des Associés.

Le Gérant est compétent pour poser tous les actes de gestion et de disposition relativement au patrimoine apporté et à apporter ainsi que des actes relatifs aux éléments du patrimoine qui feront l'objet d'un réinvestissement, qui sont nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la Société.

Le Gérant est notamment compétent pour poser les actes de gestion et de disposition suivants :

- l'encaissement des revenus produits par le patrimoine indivis ;
- l'investissement et/ou la vente en vue du réinvestissement en valeurs mobilières ;
- le paiement aux Associés des revenus ou ressources dont l'attribution est décidée par l'assemblée générale ;
- la gestion d'un compte de la Société dans une banque ou tout établissement de crédit généralement quelconque, ce compte devant être ouvert aux noms des Associés avec, en rubrique, le nom de la Société ;
- le emploi des éléments du patrimoine de la Société ;
- l'exercice exclusif du droit de vote lié aux titres appartenant au patrimoine de la Société ;
- l'achat, la vente, la location ou la cession à des tiers de l'usage des biens mobiliers appartenant à la Société ;
- l'octroi d'un prêt, à titre onéreux ou à titre gratuit, à l'un des Associés, son conjoint ou ses enfants.

Le Gérant est tenu de conserver soigneusement tous les documents et registres relatifs à la Société, ses activités et frais, ses dépenses et revenus.

Chaque Associé a le droit de consulter ces registres et documents, moyennant demande écrite préalable adressée au Gérant, au moins quinze jours calendrier avant la consultation. »

## 5. Comptes

« Le Gérant établit tous les ans, pour le... au plus tard, et pour la première fois en..., un décompte détaillé des revenus et plus-values et des dépenses de la Société pour l'exercice écoulé. Le Gérant communique aux autres Associés le décompte de la situation patrimoniale de la Société, et ce au plus tard huit jours calendrier avant l'assemblée annuelle.

Le Gérant fait une proposition à l'assemblée générale annuelle des Associés relativement à la partie des revenus acquis et/ou des plus-values générées par la Société à éventuellement distribuer, après déduction de ses frais de fonctionnement et des dépenses.

Une telle distribution doit être faite aux Associés proportionnellement à leur part dans la Société. L'assemblée générale ne peut rejeter la proposition du Gérant qu'à l'unanimité des voix.

Tous les revenus, quelle que soit leur dénomination, qui sont produits par l'indivision et ne sont pas distribués aux Associés, font partie du fonds social.

Le Gérant peut, à tout moment, décider de procéder à une distribution des revenus en tant qu'acompte sur la distribution annuelle définitive. Le montant de cet acompte ne peut jamais excéder le montant annuel qui sera définitivement distribué avec l'approbation de l'assemblée générale. »

## V.

### Le pacte d'indivision

#### A. Constat à l'origine de l'intérêt pour le pacte d'indivision : la société simple est devenue une « entreprise »<sup>90</sup>

##### 1. Notion d'« entreprise »

**36.** La notion d'« entreprise » a été profondément remaniée par la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises.

En vertu de la nouvelle définition de l'entreprise qui figure à l'article I.1.1° du Code de droit économique (en abrégé « CDE »), l'entreprise est notamment « toute organisation sans personnalité juridique » (article I.1.1°, c), du CDE.

Sont ainsi visées par cette définition les sociétés simples qui sont des sociétés dépourvues de la personnalité juridique.

Cette nouvelle qualification n'est pas sans conséquences diverses. Les obligations désormais imposées à la société simple sont à l'origine d'une réflexion de quelques praticiens consistant à lui substituer un pacte d'indivision assorti d'un mandat de gestion.

##### 2. Conséquences de ce que la société simple est devenue une « entreprise »

**37.** Les principales conséquences de ce que la société simple est devenue une « entreprise » sont les suivantes :

1) La société simple doit être immatriculée à la Banque-Carrefour des Entreprises (article III.49, § 1, 1°, du CDE). En pratique, l'inscription doit être réalisée par le gérant de la société simple par l'intermédiaire d'un guichet d'entreprises (article III.53 du CDE).

90. Cfr F. MAGNUS et G. DE PIERPONT, « La société simple et ses variantes », *op. cit.*, p. 946, n°s 5 et 6 ; F. COLLON et B. DE HEMPTINNE, « La société de droit commun après la loi du 15 avril 2018 », *Rev. not. b.*, 2019, pp. 195 à 202 ; P. BOSSARD, « Le bouleversement de la société de droit commun par la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises », *R.P.P.*, 2018/2, pp. 147 à 154.

Les informations communiquées lors de l'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises seront accessibles au public.

Si cette nouvelle obligation supprime l'opacité complète que connaissaient les sociétés simples jusqu'alors, le voile n'est pas complètement levé. En effet, la discrétion demeure en ce qui concerne les statuts, les apports et l'étendue de leur patrimoine.

2) En qualité d'entreprise, la société simple est soumise aux obligations d'information, de transparence et de non-discrimination imposées par les articles III.73 à III.81 du CDE à l'égard des tiers (clients, fournisseurs et toutes autres personnes intéressées).

En pratique, en ce qui concerne les sociétés simples purement patrimoniales, cette obligation devrait néanmoins rester très théorique.

3) Les sociétés simples sont, en principe, tenues aux obligations comptables qui sont définies aux articles III.83 et III.84 du CDE (article III.82, § 1, 2°, du CDE).

Toutefois, la société simple dont le chiffre d'affaires du dernier exercice n'excède pas 500.000,00 EUR, voit ses obligations comptables assouplies, dès lors qu'elle est seulement obligée à une comptabilité simplifiée impliquant la tenue d'un journal financier, d'un journal des achats et d'un journal des ventes. Dans les faits, les sociétés simples purement patrimoniales sont uniquement concernées par le journal financier.

4) Les sociétés simples sont désormais soumises au livre XX du CDE relatif à l'insolvabilité des entreprises (article I.22, 7°/1, du CDE). En pratique, les sociétés simples sont notamment soumises à la réglementation en matière de réorganisation judiciaire et en matière de faillite.

5) Le tribunal matériellement compétent pour trancher un litige auquel est partie une société simple est désormais le « tribunal de l'entreprise » qui est compétent pour les litiges opposant une société simple à une autre entreprise, pour les litiges opposant une société simple à un demandeur qui n'est pas une entreprise, le choix étant laissé à ce dernier dans ce cas, (article 573 du Code judiciaire) ainsi que pour les litiges opposant les associés de la société simple.

6) En raison de leur statut d'« entreprise », les sociétés simples sont tenues de déclarer dans le registre UBO leurs bénéficiaires effectifs, ce qui met partiellement fin à leur caractère occulte.

La loi du 18 septembre 2017 « relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces » a mis en place le registre UBO lequel désigne un registre représentant les « *Ultimate Beneficial Owners* » (= registre des

bénéficiaires effectifs). Ce registre est destiné à compiler des informations sur les bénéficiaires effectifs d'entités telles que les sociétés, les ASBL, les fondations, etc.

Les bénéficiaires effectifs sont, d'une part, la ou les personne(s) physique(s) qui possède(nt) 25% des droits de vote ou 25% des actions ou du capital de la société, d'autre part, la ou les personne(s) physique(s) qui exerce(nt) le contrôle de la société simple par d'autres moyens. Ces deux catégories de bénéficiaires effectifs doivent être identifiées cumulativement.

Toutefois, si aucun bénéficiaire effectif ne peut être identifié dans les catégories précitées ou s'il n'est pas certain que la ou les personnes identifiées soient les bénéficiaires effectifs, il convient de déclarer comme bénéficiaires effectifs la ou les personnes physiques qui occupent la position de dirigeant principal.

En pratique, dans les sociétés simples, les bénéficiaires effectifs à déclarer sont les associés qui détiennent plus de 25% des parts. Le gérant ne devrait, en principe, pas être identifié comme bénéficiaire effectif, sauf si cette condition n'est pas satisfaite.

Il résulte de ce qui précède que principalement en raison de son immatriculation à la BCE, aux obligations comptables qui lui incombent ainsi qu'à la déclaration des bénéficiaires effectifs dans le registre UBO, la société simple a perdu son caractère discret et feutré, ce qui est de nature à ne pas plaire à tous, et a conduit quelques praticiens à rechercher une alternative à celle-ci.

## B. Solution : recours au pacte d'indivision

**38.** Certains praticiens ont envisagé de substituer à la société simple une indivision mobilière réglementée par un pacte d'indivision auquel serait couplé un mandat de gestion.

L'intérêt principal du pacte d'indivision est d'échapper à la publicité que connaissent aujourd'hui les sociétés simples ainsi qu'aux obligations en matière de comptabilité. En outre, le mécanisme est relativement simple et peu onéreux.

L'indivision naîtra du transfert par les futurs indivisaires de biens mobiliers (numéraire, portefeuille-titres, etc.) sur un compte bancaire indivis. Pour les sociétés simples existantes, la conclusion d'un pacte d'indivision devra nécessairement être précédée de la dissolution et de la liquidation de la société simple.

Cette dissolution n'est pas sans conséquence pour le donateur qui a donné à ses héritiers les parts de la société simple, en s'en réservant l'usufruit.

Dans ce dernier cas, il sera nécessaire de valoriser cet usufruit, le cas échéant, en recourant aux tables de conversion de l'usufruit visées à l'article 745sexies, § 3,

de l'ancien Code civil. Ensuite, il conviendra de convertir l'usufruit du(des) donateur(s) ainsi que la nue-propriété du(des) donataire(s) en pleine propriété qui sera attribuée aux associés lors de la liquidation de la société simple.

Les quotités ainsi recueillies par les associés seront mises en indivision, dans le cadre contractuel et volontariste d'un pacte dit « *d'indivision* » qui constitue une copropriété volontaire. Nous renvoyons aux développements qui ont été consacrés à cette dernière<sup>91</sup>.

Cette indivision volontaire se distingue de l'indivision sociale qui découle de la constitution d'une société simple. Cette indivision sociale présuppose la volonté des parties d'affecter contractuellement des biens à la réalisation d'un objectif commun<sup>92</sup>.

**39.** Il conviendra de déterminer avec soin les contours du pacte d'indivision, afin d'atteindre le but escompté. Nous sommes d'avis que ce pacte devrait contenir à tout le moins les éléments suivants :

- a) l'identification des indivisaires ;
- b) la description précise des biens indivis et la nature de l'indivision ;
- c) les quotes-parts des indivisaires ;
- d) le mode de gestion des biens indivis ; nous avons évoqué la lourdeur qui s'attache à la gestion des biens indivis dans le cadre d'une indivision volontaire : celle-ci peut être notablement atténuée en conférant un mandat de gestion irrévocable (avec durée déterminée) en faveur d'un seul indivisaire, voire d'un indivisaire appelé à suppléer celui-ci en cas de prédécès, d'infirmité ou de maladie, sans préjudice du recours éventuel à un mandat d'intérêt commun<sup>93</sup> ;
- e) les revenus ;
- f) les frais, impôts et taxes ;
- g) l'aliénation entre vif des biens indivis ; un indivisaire peut accepter une limitation de son pouvoir de disposition d'un bien sous les conditions qu'elle soit limitée dans le temps et qu'elle réponde à un intérêt légitime (article 3.53 du Code civil) ; à tout le moins pourrait-on prévoir un droit de préemption ou un droit de préférence ;
- h) le décès d'un indivisaire et ses conséquences au regard de l'indivision ;
- i) les sûretés réelles relatives aux biens indivis ; pour mémoire, chaque indivisaire peut grever sa part de droits réels pour autant que la nature incorporelle de la part ne s'y oppose pas (article 3.70 du Code

civil) : *a priori*, rien n'empêche cependant de stipuler une clause dérogoratoire ;

- j) la durée de l'indivision : il convient de se référer à l'article 3.77 du Code civil que nous avons déjà examiné<sup>94</sup>. On recommandera de stipuler à tout le moins une durée déterminée, afin d'éviter qu'une partie puisse se prévaloir du principe général de droit de l'interdiction des engagements perpétuels en vue de solliciter la résiliation du pacte d'indivision, quand bien même cette même partie ne pourrait le faire que moyennant le respect d'un délai de préavis raisonnable.

## C. Illustrations de quelques clauses d'un pacte d'indivision

**40.** Nous suggérons ci-après quelques clauses qui pourraient être insérées dans un pacte d'indivision.

### 1. Objet et nature de l'indivision

« *L'indivision porte sur les biens mobiliers suivants : ... (ci-après désignés, les « Biens indivis »). Les Biens indivis constituent une indivision volontaire qui n'est de droit pas soumise à l'article 3.75 du Code civil.* »

### 2. Quotes-parts des indivisaires

« *Les quotes-parts de chacun des indivisaires dans les Biens indivis sont les suivantes :*

- ... (nom de l'indivisaire) : ... % ;
- ... (nom de l'indivisaire) : ... % ;
- ... (nom de l'indivisaire) : ... %.

*Toute modification en ce qui concerne la répartition des quotes-parts indivises devra être consacrée dans un avenant signé par tous les indivisaires existants après cette modification.* »

### 3. Gestion des biens indivis

« *Tout acte de gestion ou d'administration des Biens indivis nécessite l'accord de tous les indivisaires sans préjudice de la possibilité offerte aux indivisaires de désigner, à l'unanimité, un ou plusieurs indivisaire(s) chargé(s) de gérer les Biens indivis au nom et pour le compte des autres indivisaires.*

*Le mandat de gestion conféré à un ou plusieurs indivisaire(s) fera l'objet d'un mandat de gestion distinct, à caractère irrévocable, signé par tous les indivisaires, lequel précèdera notamment les pouvoirs du ou des mandataires ainsi que les modalités d'exercice de leur mandat. Ce faisant, les indivisaires signataires se portent fort que leurs ayants droit respecteront toutes les clauses du dit mandat.* »

91. Cfr *supra*, n° 4.

92. Cfr F. MAGNUS, « La société de droit commun », *op. cit.*, n°s 80 à 83.

93. Cfr *supra*, n° 14.

94. Cfr *supra*, n° 7.

#### 4. Revenus

« Les revenus générés par les Biens indivis ont également la nature de Biens indivis et viennent accroître les Biens indivis, sauf dans les cas suivants :

- 1° si les indivisaires décident à l'unanimité de se répartir les revenus en proportion de leurs parts dans les Biens indivis ;
- 2° en cas d'usufruit successoral, si l'usufruitier fait application de la faculté qui lui est offerte par le Pacte d'indivision. »

#### 5. Frais

« Les frais liés aux Biens indivis seront supportés par les indivisaires en proportion de leurs parts dans les Biens indivis, sauf accord unanime contraire des indivisaires.

Les indivisaires ou leur(s) mandataire(s) peuvent autoriser l'institution financière dépositaire des Biens indivis à prélever les frais liés au Biens indivis directement sur les Biens indivis liquides. »

#### 6. Impôts et taxes

« Les impôts et taxes quelconques liés aux Biens indivis seront supportés par les indivisaires en proportion de leur quote-part dans les Biens indivis, sauf accord unanime contraire des indivisaires. »

#### 7. Aliénation entre vifs des biens indivis

« Un indivisaire peut aliéner entre vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit, sa quote-part indivise dans les Biens indivis à un autre indivisaire.

Un indivisaire ne peut aliéner entre vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit, sa quote-part indivise à un tiers, sans obtenir au préalable l'accord unanime exprès de tous les indivisaires et à condition que ce tiers approuve, de manière expresse, toutes les clauses du Pacte d'indivision. »

#### 8. Décès d'un indivisaire

« 8.1. Si le ou les héritiers et/ou légataires ont la qualité d'indivisaires, les droits de l'indivisaire décédé dans les Biens indivis sont exercés, conformément au droit commun, par ses héritiers et/ou légataires.

8.2. Si le ou les héritiers et/ou légataires n'ont pas la qualité d'indivisaires, les indivisaires peuvent décider d'ouvrir un compte distinct au nom du ou des héritiers et/ou légataires et y transférer la quote-part indivise de l'indivisaire décédé de sorte que l'indivision prend fin à l'égard de la succession de l'indivisaire décédé, sauf accord unanime contraire des indivisaires.

8.3. L'usufruitier qui détient son usufruit à la suite du décès d'un indivisaire peut exiger des autres indivisaires qu'ils ouvrent un compte distinct sur lequel les revenus afférents

à la quote-part indivise de l'indivisaire décédé seront versés à compter du décès. »

#### 9. Sûretés réelles relatives aux biens indivis

« Un indivisaire ne peut grever sa quote-part indivise d'un nantissement, gage ou autre sûreté réelle quelconque sans obtenir au préalable l'accord unanime exprès de tous les indivisaires. »

#### 10. Durée

« 10.1. Le Pacte d'indivision est conclu pour une durée de... ans, renouvelable par tacite reconduction pour une durée identique, à défaut pour un ou plusieurs des indivisaires d'avoir notifié, sous pli recommandé à la poste, aux autres indivisaires sa volonté de mettre fin à l'indivision six mois au moins avant l'expiration du terme ainsi convenu.

10.2. Sans préjudice de l'application de l'article... du Pacte d'indivision, pendant la durée du Pacte d'indivision, les indivisaires s'engagent à demeurer en indivision à l'égard des Biens indivis et renoncent irrévocablement à solliciter le partage de ces derniers, et ce afin de sauvegarder les intérêts patrimoniaux des indivisaires. »

## VI.

## Conclusion

41. Les quelques mécanismes juridiques que nous venons d'examiner permettent de dissocier opportunément la « valeur » de la « gestion » d'une indivision mobilière envisagée dans le cadre d'une planification successorale.

En les adoptant, le disposant obtient des garanties quant à sa situation personnelle et se trouve rassuré face à l'inaptitude éventuelle du(des) bénéficiaire(s) au regard de la gestion. Cette approche est ainsi de nature à favoriser l'organisation d'un planning successoral en temps utile, et non *in extremis*.

En définitive, la mise en place d'une gestion structurée de l'indivision mobilière permet de garantir le disposant tout en réalisant une optimalisation fiscale qu'il appelle généralement de ses vœux. Elle rencontre donc les aspirations des praticiens, confrontés à des demandes concrètes en ce sens.

Pour paraphraser le grand peintre cubiste Georges Braque pour qui, si « l'art est fait pour troubler, la science rassure »<sup>95</sup>, force est d'admettre qu'il en est de même de la planification successorale, laquelle nous semble impliquer, si elle se veut tranquillisante pour le disposant, à la fois une rigueur et une précision toutes scientifiques.

95. G. BRAQUE, *Le jour et la nuit*, Gallimard, 1952.