

OBSERVATIONS

La clause dite « de la maison mortuaire » : une vaine imposition

1. Le jugement commenté* illustre la difficulté rencontrée par un receveur de l'enregistrement pour taxer l'attribution par contrat de mariage de toute la communauté au survivant dans le cas particulier où l'un des époux est certain de mourir à brève échéance.

Dans une telle hypothèse, il est possible d'obtenir une exonération totale de droits de succession sur la part du défunt en insérant dans le contrat de mariage une clause dite « de la maison mortuaire ». Cette technique bien connue a été amplement commentée dans ces colonnes¹ et ailleurs en raison des controverses qu'elle suscite².

La clause de la mortuaire (*sterfhuisbeding*) est une attribution intégrale du patrimoine commun (article 1461, C. civ.) sans condition de survie, au profit d'un seul des époux, nommé désigné, celui dont le conjoint va mourir avant lui avec une quasi-certitude, par exemple en phase terminale d'une maladie, comme probablement en l'espèce. La clause que la doctrine conseille est rédigée comme suit : « Le patrimoine commun est attribué à l'épouse en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès »³. Elle est déconseillée dans toute autre situation de fait, car si l'ordre des décès s'inverse, le conjoint initialement prévu prémourant perdra sa part de patrimoine commun (en nue propriété).

En l'espèce, la clause visait plus largement toute cause de dissolution du mariage et désignait le mari comme attributaire. Elle fut insérée par modification *in extremis*⁴ du contrat de mariage, cinq jours avant le décès de l'épouse. Le mari a ainsi recueilli la part de communauté de celle-ci, sans payer de droits de succession sur cette part, mais uniquement sur l'usufruit des propres de la défunte⁵. La raison de cette franchise fiscale est que l'article 5 du Code des

droits de succession, qui impose comme legs toute part supérieure à la moitié qu'un conjoint survivant recueille dans une communauté, ne s'applique qu'aux avantages matrimoniaux « sous condition de survie », condition absente de la clause de la mortuaire.

2. Depuis plusieurs années, une minorité de la doctrine contestait cette exonération⁶, contre une jurisprudence de fond et une doctrine majoritaire, finalement confirmées par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 décembre 2010⁷. La Cour y rejette la base de taxation invoquée par l'administration fiscale, à savoir l'article 2 du Code des droits de succession qui impose les institutions contractuelles, et non l'article 5 dont l'administration acceptait l'inapplicabilité faute de condition de survie⁸.

Déboutée par cet arrêt, l'administration fiscale, de manière très surprenante, a rapidement communiqué son intention de ne pas l'appliquer et de continuer à taxer les attributions par clauses de la mortuaire sur d'autres bases légales. Une décision du 15 juillet 2011⁹, courte mais complexe au point d'avoir dû être interprétée par une circulaire du 31 août 2011¹⁰, invitait les receveurs à taxer la moitié du patrimoine commun, cette fois sur la base de l'article 5¹¹. L'administration estimait aussi possible d'appliquer l'article 7 qui ramène dans la masse les donations faites dans les trois ans du décès¹². Elle a prétendu un temps taxer rétroactivement toute succession ouverte après 31 août 2009, mais s'est ravisée un jour de septembre 2011, sans le communiquer¹³.

3. L'espèce tranchée par le jugement commenté qui déboute (en première instance) l'État belge chevauchait les dates clé du roman de la mortuaire : décès avant l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010; paiement des droits initiaux le 8 juillet 2010; enrôlement rectificatif (supposé) antérieur à l'arrêt; citation le 5 janvier 2011, rapidement après l'arrêt; paiement des droits supplémentaires le 11 janvier

2011; décision administrative publiée avant le dépôt de conclusions de l'État belge le 22 août 2011.

Le jugement invoque l'arrêt de la Cour de cassation, mais les parties n'ont visiblement pas invoqué la décision administrative. Le jugement ne condamne donc pas expressément cette décision, mais très certainement son contenu¹⁴. En effet, après avoir rappelé à l'État belge qu'il ne peut taxer sans disposition légale explicite (article 170 de la Constitution)¹⁵, le juge estime inapplicables toutes les dispositions que l'administration a tenté d'appliquer dans l'histoire récente de la clause, et surtout dans sa décision du 15 juillet 2011.

4. L'article 2 du Code des droits de succession n'est pas applicable. C'était la décision principale de la Cour de cassation. Cette disposition ne vise qu'un transfert de biens successoraux, alors que la clause de la mortuaire véhicule des biens communs par contrat de mariage.

D'un point de vue civil, la Cour de cassation a reconnu de manière implicite mais certaine à la clause de la mortuaire la nature d'avantage matrimonial au sens des articles 1458, alinéa 1^{er}, et 1464, alinéa 1^{er}, du Code civil¹⁶. Par conséquent, elle a validé la stipulation d'avantages matrimoniaux sans condition de survie¹⁷. Le jugement commenté s'appuie sur l'arrêt pour rejeter cette première base de taxation. Curieusement l'administration n'a pas renoncé en cours d'instruction au moyen pris de l'article 2, car elle ne l'invoque pas dans sa décision du 15 juillet 2011.

5. L'article 5, jugé également inapplicable, est le cœur de la décision administrative de 2011 et la clé de l'argumentaire de l'État belge en l'espèce. Cette disposition aurait permis de taxer la moitié du patrimoine commun¹⁸.

À juste titre le juge constate l'absence de la condition de survie requise par l'article 5, qui doit s'interpréter restrictivement. Le juge relève que le facteur d'attribution est la « dissolution du régime matrimonial » et que d'autres causes de dissolution que le décès pouvaient intervenir, par exemple un divorce si l'épouse mourante se rétablissait, ce qui l'aurait rendue propriétaire de tout le patrimoine commun, l'article 299 du Code civil ne pouvant s'appliquer dans ce cas¹⁹.

(*) Nous n'avons pas connaissance d'un appel interjeté.

(1) N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU, note sous Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 93.

(2) Voy. notamment F. BUYSSENS, « De sterfhuisclausule na het arrest van het Hof van cassatie van 10 december 2010 », *T. fam.*, 2011, 139; V. DEHALLEUX, « La clause (dite) de la "mortuaire" a encore de beaux jours devant elle », *Act. dr. fam.*, 2011, 117; S. LOUIS, « La théorie des avantages matrimoniaux : le point après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010 », *Rev. not. belge*, 2011, 430; D. NORE, « Sterfhuisclausule » overleeft toets Hof van cassatie, *Fiscoloog*, 2011, n° 1238, pp. 8-9; A.-L. VERBEKE et R. BARBAIX, « De sterfhuisclausule springlevend », *T.E.P.*, 2011, 109, n° 139; R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding - Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen - Handboek Estate Planning - Bijzonder deel 4*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 19; N. GEELHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding - Fiscale aspecten », *op. cit.*, pp. 123 et s.

(3) R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding - Civielrechtelijke aspecten », p. 46, n°s 11-12.

(4) Sur la légalité et les opportunités dans un tel contexte, et la possibilité de la souscrire même par procuration : Ch. DECKERS, J. DE HERDT et N. GEELHAND, « (Fiscale) successieplanning in extremis in Vlaanderen », in *Handboek Estate Planning - Bijzonder deel 1*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 256 et s., n°s 335 et s.

(5) La fille de la défunte, demanderesse, en a recueilli la nue-propriété et payé des droits de succession à due concurrence.

(6) Principalement : C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, 467; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCHELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 349, n° 640; implicitement : Ph. DE PAGE, « Évolutions récentes en matière de d'enregistrement et de droits de succession », *J.D.F.*, 2008, p. 114.

(7) Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 92 et *R.G.E.N.*, 2011, n° 26263, p. 121, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU, *Rev. not. belge*, 2011, 428, note S. LOUIS, *Act. dr. fam.*, 2011, 115, note V. DEHALLEUX, *T.F.R.*, 2011, 170, note G. DEKNUDT, *T. Fam.*, 2011, p. 137, note F. BUYSSENS, *T. not.*, 2011, 11, *N.F.M.*, 2011, 186, note A. CULOT, *R.W.*, 2010-2011, 1436, note A.-L. VERBEKE et R. BARBAIX, *T.E.P.*, 2011, 112, note A.-L. VERBEKE et R. BARBAIX.

(8) Notamment : décision du 29 juin 2007, *R.P.R.J.*, S 5/04-04.

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

(10) *R.P.R.J.*, S 5/04-05, *T.E.P.*, 2011, p. 242.

(11) L'administration annule ses décisions antérieures, dont celle du 29 juin 2007, précitée. Pour une analyse approfondie et très critique : N. GEELHAND DE MERXEM, « De "sterfhuisclausule", het Hof van Cassatie, de commentaren in de rechtsleer en de fiscale administratie », *T.E.P.*, 2011, p. 210, spécialement pp. 218 et s.

(12) Circulaire précitée.

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

(14) Dans le même sens : R. BARBAIX et A.-L. VERBEKE, note sous Civ. Nivelles, 6 janvier 2012, *T.E.P.*, 2012, à paraître; N. GEELHAND DE MERXEM, sous Civ. Nivelles, 6 janvier 2012, *R.G.E.N.*, 2012, à paraître.

(15) Dans le même sens : N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU, note précitée, sous Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 95, n° 8.

(16) En ce sens et pour plus de détails : S. LOUIS, note précitée, p. 443, n°s 20 et 21.

(17) Voy. notamment les considérants 11 et 12 de l'arrêt. Un auteur le conteste : C. DE WULF, « Het recente cassatiearrest in verband met de sterfhuisclausule - Duidelijkheid op fiscal gebied - cruciale vragen van burgerlijk recht blijven buiten beschouwing », *T. not.*, 2011, p. 7.

(18) L'article 2 ne peut porter que sur la moitié de la valeur d'un apport en communauté par le prémourant, que la loi considère comme une donation (alinéa 2 des articles 1458 ou 1464, C. civ.; *infra*, n° 6).

(19) L'article 299 rend caduc tout avantage matrimonial en cas de divorce. Il ne s'applique pas à une clause rédigée telle qu'en l'espèce, car elle déroge implicitement mais certainement à l'article 299, supplétif depuis sa modification par la loi du 27 avril 2007 (Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 23, p. 100; dans le même sens : J. DU MONGH,

Le tribunal justifie l'absence de condition de survie en énonçant que « le risque de survenance d'autres causes de dissolution (...) était présent et susceptible d'entraîner des conséquences fiscales différentes ». Ces conséquences ne nous paraissent pas décisives. D'un point de vue civil, la condition de survie serait absente même si la clause de la mortuaire se déclençait « en cas de dissolution du mariage par le décès d'un des époux » (ce qui est conseillé pour parer le risque-divorce). Attribuer un patrimoine en cas de décès est autre chose que l'attribuer sous condition de prédécès. Dans une clause de la mortuaire ainsi libellée, l'attributaire ne doit pas être en vie pour que la clause produise ses effets²⁰.

Un auteur considère qu'une clause de la mortuaire stipulée « en cas de décès » comporte une condition de survie implicite²¹. Cette interprétation, qui méconnaît la notion de condition de survie, n'a pas été soumise à l'appréciation du juge, puisque la clause visait toute cause de dissolution.

6. L'article 7 n'est pas non plus applicable, car un avantage matrimonial est une disposition à titre onéreux et n'est jamais une donation (art. 1458 et 1464, C. civ.). Le juge aurait pu s'en tenir à ce constat, mais il ajoute que « le cas d'espèce ne rencontre pas les conditions de l'exception à ce principe évoquées à l'alinéa 2 de cet article ». Cette précision est surabondante, et même critiquable, car l'article 7 n'aurait pas non plus été applicable dans cas.

En effet, l'exception visée par les articles 1458 et 1464, alinéa 2, du Code civil vise à protéger la réserve héréditaire des enfants communs et s'applique quand le patrimoine commun contient des apports faits par le prémourant. Est alors « considérée » comme une donation la moitié de la valeur des apports attribués au survivant²². Mais il n'y aurait pas matière à imposition en vertu de l'article 7, car la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 décembre 2010 énonce (n° 9) que l'article 1464, alinéa 2, ne permet pas de qualifier de « donation » la moitié de la valeur de l'apport, mais seulement d'opérer la réduction de ce qui demeure un avantage matrimonial²³.

« Huwelijksvoordelen en successieplanning - Voorzichtigheid blijft geboden », *T. not.*, 2007, p. 504.

(20) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux - Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A.-C. VAN GYSEL (éd.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 47-48, n° 23. La mention « ou à ses héritiers », n'est pas utile. Le jugement en fait état; l'administration a dû se prévaloir d'un argument à ce sujet.

(21) L. WEYTS, « De sterfhuisclausule – Plechtig ten grave gedragen », *Notarius*, 2011/4, p. 16, n° 4.

(22) Voy. notamment B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, *Les régimes conventionnels - Le droit transitoire*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), *Rép. not.*, t. V., I. II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 185, n° 1061; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 283-294, n° 230; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux - Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 12, pp. 40-41 et les références citées; A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in *Manuel de planification patrimoniale - 4. Le couple - Décès*. Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 145 et s.

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

7. Enfin, les époux simulent-ils? Non. Le jugement commenté est formel. La clause donne une protection civile au survivant, comme le souhaite de nombreux époux, et ceux-ci acceptent les conséquences civiles et fiscales désastreuses de l'inversion des décès. Le droit fiscal suit les qualifications du droit civil²⁴. La présente situation est au contraire un cas d'école d'acceptation de toutes les conséquences d'un contrat!

Il est vrai que le décès était fort proche et ces conséquences fort improbables. Nous entendons, sans les relayer, les arguments émis contre l'opportunité de la clause d'un point de vue éthique, encore qu'il faille les concilier avec l'obligation notariale de prêt de ministère et avec l'absence de normativité de l'éthique individuelle d'un praticien. Certains estiment que la planification patrimoniale atteint ici ses limites, notamment compte tenu du potentiel de la clause : transférer des patrimoines entiers sans écot fiscal²⁵. D'autres estiment la clause injuste ou discriminatoire parce qu'elle ne peut être mise en œuvre qu'en présence d'un malade terminal. Il faut savoir cependant que pour les conjoints en bonne santé ou séparés de biens, d'autres échappatoires à l'article 5 existent²⁶.

À notre avis, les époux n'ont rien fait d'autre que choisir la voie la moins imposée dans les présentes circonstances, sans simuler ni frauder²⁷. L'impossibilité de l'administration à faire reconnaître une simulation révèle, à notre avis, son échec à canaliser dans les voies idoines ses reproches contre une loi qu'elle estime déficiente : soit un débat législatif sur sa réforme²⁸, soit une acceptation loyale de l'application correcte du droit fiscal²⁹.

8. Le jugement commenté, même s'il était frappé d'appel, ne devrait pas rester sans répercussions. La décision administrative, illégale pour tous les auteurs sauf un³⁰, avait largement at-

teint son objectif : tarir les clauses en escomptant que la plupart des praticiens décourageraient leurs clients par la perspective d'une taxation et d'un procès pour récupérer leurs droits. Ces praticiens ont pu priver de familles de la chance d'obtenir un avantage légitime.

Nous avons dénoncé un tel excès de prudence³¹. Dans l'espèce commentée, le conjoint survivant combat avec succès le nouvel enrôlement, récupère l'indu, augmenté d'un intérêt digne des meilleurs placements du moment, outre une indemnité de procédure (à charge de la collectivité...). Ceux qui procéderont et se verront peut-être opposer la décision illégale du 15 juillet 2011 ne devront pas tenir une argumentation fondamentalement différente. On pourra alors dénoncer une inégalité réelle : ceux pour qui l'économie fiscale potentielle est la plus importante auront en général les moyens de l'obtenir.

Si l'administration persiste jusqu'en cassation pour brimer *de facto* une technique que la loi tolère, le flottement dans la pratique de la planification patrimoniale qu'a voulu faire cesser la Cour de cassation en 2010 se prolongera.

Nous réitérerons donc nos appels aux praticiens à faire preuve de créativité responsable³². L'analyse de risques qui doit précéder la stipulation d'une clause controversée³³ est ici largement positive en faveur de l'exonération, à législation constante. Elle est expressément renforcée par le présent jugement qui énonce que le notaire a « régulièrement » acté la clause. Les clients qui sollicitent une clause de la mortuaire doivent être informés sur tous les paramètres actuels, donc pas seulement sur l'arrêt de la Cour de cassation, ni seulement sur la position de l'administration. En fonction de l'enjeu, il peut donc raisonnablement être conseillé de prendre le risque d'un procès pour obtenir la juste application de la loi fiscale. Mais quel paradoxe et quel dommage qu'une planification patrimoniale doive d'emblée inclure une procédure judiciaire!

Yves-Henri LELEU
Professeur à l'U.Lg. et à l'U.L.B.
Avocat

(24) Notamment, Cass., 9 juillet 1931, *Pas.*, 1931, I, 218; F. BUYSENS, note précitée, *T. fam.*, 2011, p. 143, n° 14; V. DEHALLEUX, note précitée, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 121, n° 9.

(25) F. BUYSENS, note précitée, p. 146; A. CULOT, « Clause dite de la chambre mortuaire », p. 294.

(26) Exemple : clause d'attribution intégrale à charge (H. CASMAN, in *Manuel de planification patrimoniale - 4. Le Couple - Décès*, pp. 137 et s.); clause de participation inégale aux acquêts et aux propres (*alsof-beding* 0-100) (A. VERBEKE, in *Manuel de planification patrimoniale - 4. Le couple - Décès*, pp. 195 et s.). Sur l'ensemble de la question : V. DEHALLEUX, « Fiscalité et avantages matrimoniaux », in *Manuel de planification patrimoniale - 4. Le couple - Décès*, pp. 157 et s.; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in N. BAUGNIET et J.-F. TAYMANS (éd.), *Planification successorale - Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2008, p. 85.

(27) *Contra* : J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple », *Rev. not. b.*, 2011, p. 707, n° 15.

(28) En acceptant alors que soit discutée l'opportunité de taxer les transmissions d'acquêts entre époux, comme dans un mouvement européen très large de défiscalisation des avantages concédés entre époux (V. DEHALLEUX, note précitée, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 124, n° 20), ce qui n'impliquera pas nécessairement une perte de moyens pour les Régions (voy. à ce sujet : N. GEELHAND DE MERXEM, « De "sterfhuisclausule", het Hof van Cassatie, de commentaren in de rechtsleer en de fiscale administratie », p. 240, n° 358).

(29) A. CULOT, « Clause dite de la chambre mortuaire », p. 293 (prérogative du législateur); N. GEELHAND DE MERXEM, *op. cit.*, p. 239, n° 354 (violation de la séparation des pouvoirs).

(30) Notamment : A. BIESMANS et R. DEBLAUWE, « Clause de la maison mortuaire : droits de succession dus? », *Fiscologie*, 2011/6, F. BUYSENS, « De sterfhuis-

clausule na het arrest van het Hof van Cassatie de dato 10 december 2010 en de aansprakelijkheid van de notaris », in *Leuvense Notariële Geschriften*, Bruxelles, Larcier, 2012, à paraître, n°s 21-27.; A. CULOT, « Clause dite de la chambre mortuaire », précité; N. GEELHAND DE MERXEM, « Une décision administrative conforme ni au droit, ni à la loi », *Rev. not. b.*, 2011, 599; Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage : entre conventions et controverses », p. 117, n° 40; *contra* : L. WEYTS, « De sterfhuisclausule – Plechtig ten grave gedragen », *Notarius*, 2011/4, p. 14.

(31) Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage : entre conventions et controverses », p. 117, n° 40.

(32) In « Le contrat de mariage : entre conventions et controverses », pp. 123 et s., n°s 45 et s.

(33) Sur la responsabilité du praticien professionnel en présence de controverses : F. BUYSENS, *op. cit.*, in *Leuvense Notariële Geschriften*, 2012, n°s 44 et s.; H. CASMAN, « Notariële creativiteit », in *Zekerheid voor de toekomst - Verslagboek Notarieel Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 97-98; Y.-H. LELEU, « Le contrat de mariage : entre conventions et controverses », pp. 126-127, n°s 48-49; N. GEELHAND DE MERXEM, « Huwelijksvoordelen : geen verboden overeenkomst en nog adviseerbaar », in *Handboek Estate Planning - Bijzonder deel 6*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 62-64; A. VERBEKE, « Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht », *R.W.*, 2011, pp. 1657 et s. et « De sterfhuisclausule in het licht van rechtszekerheid, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid », in *Leuvense Notariële Geschriften*, Bruxelles, Larcier, 2012, à paraître, n°s 5 et s.