

Les partisans du jury d'assises se réjouiront sans aucun doute de la motivation de cet arrêt, ses détracteurs s'en désolent. Les défenseurs de la motivation des décisions pénales, pour leur part, ne pourront que regretter que la Cour semble considérer comme étant irréconciliables le maintien des jurys et l'exigence de motivation de leurs décisions. S'il n'est pas illégitime, dans son chef, de vouloir respecter les spécificités des procédures nationales, il ne l'est pas non plus de s'interroger sur une exigence de motivation à deux vitesses<sup>11</sup>. En effet, alors que les magistrats professionnels doivent donner les raisons de leur décision, seules des garanties procédurales sont requises pour les procédures impliquant un jury populaire. Les accusés ne sont pourtant pas différents selon les procédures. Au contraire, à tout le moins en Belgique, ils sont poursuivis pour des faits généralement beaucoup plus graves et donc exposés à des peines plus importantes. L'approche binaire de la Cour, combinée à l'importance de l'institution du jury dans plusieurs pays, ont conduit celle-ci à refuser de consacrer la troisième voie empruntée par la seconde section de la Cour.

Un coup dans l'eau, l'arrêt du 13 janvier 2009? Pas tout à fait dès lors qu'il a entraîné, à tout le moins précipitamment, la réforme de notre législation relative aux cours d'assises, qui va nettement plus loin que les exigences formulées dans l'arrêt annoté. Il y aurait tout lieu de s'en réjouir si la réforme ne prêtait pas également le flanc aux critiques, que ces quelques lignes n'ont pas l'ambition de reprendre<sup>12</sup>.

Jérémie VAN MEERBEECK  
Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis  
Stagiaire judiciaire

**I. LIBÉRALITÉS. — AVANTAGES MATRIMONIAUX. — Partie imputable et réductible (article 1464, alinéa 2, C. civ.). — Donation (non). — Institution contractuelle (non). — II. DROITS DE SUCCESSION. — Article 2 du Code des droits de succession. — Avantages matrimoniaux. — Partie imputable et réductible (article 1464, alinéa 2, C. civ.). — Institution contractuelle (non). — Imposition (non). — III. RÉGIMES MATRIMONIAUX. — CLAUSE DE PARTAGE INÉGAL DU PATRIMOINE COMMUN. — Convention de mariage. — Exigence d'une condition de survie (non).**

Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 décembre 2010

Sieg. : E. Forrier (prés. sect. et rapp.), E. Dirix, E. Stassijns, A. Smetryns et G. Jocqué.

Min. publ. : D. Thijs (av. gén.).

Plaid. : MM<sup>es</sup> A. De Bruyn et H. Geinger.

(État belge (min. fin.) c. Y. V.).

L'« excédent » réductible au sens de l'article 1464, second alinéa, du Code civil en cas d'apports au patrimoine commun par le conjoint pré mourant n'est pas imposable sur la base de l'article 2 du Code des droits de succession.

III. Les stipulations de parts inégales et la clause d'attribution de tout le patrimoine commun ne sont pas considérées comme des conventions de mariage à titre onéreux dans le seul cas où elles sont dépendantes d'une condition de survie.

(Traduction libre)

**I. La procédure devant la Cour.**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 24 juin 2008.

Le président de section Edward Forrier a fait rapport.

L'avocat général Dirk Thijs a conclu.

**II. Faits.**

Les faits peuvent, sur la base de l'arrêt attaqué, être résumés comme suit.

J. V. est décédé le 23 janvier 2004 à Lommel. Son épouse (la défenderesse) et ses deux enfants sont les héritiers. Les époux étaient mariés sous le régime légal.

Par acte de « modification du contrat de mariage » passé devant le notaire Bruno Indekeu à Lommel le 1<sup>er</sup> juillet 2003, J. V. a apporté deux immeubles au patrimoine commun. L'article 2 de l'acte notarié stipule que la communauté de biens est attribuée à la défenderesse en pleine propriété en cas de décès de J. V.

L'acte de « modification du contrat de mariage » passé devant le notaire Bruno Indekeu à Lommel le 20 octobre 2003, modifie l'article 2 précité. Cet acte stipule que le patrimoine commun est attribué à la défenderesse en cas de dissolution de la communauté de biens, quelle qu'en soit la cause.

**III. Moyen de cassation.**

Le demandeur présente un moyen dans sa requête annexée au présent arrêt.

**IV. Décision de la Cour.**

**Appréciation.**

**Première branche.**

1. En sa première branche le moyen fait valoir une contradiction dans la motivation de l'arrêt attaqué. La branche du moyen fait valoir que les motifs de l'arrêt attaqué ne permettent pas à la Cour d'exercer son contrôle de légalité dans la mesure où il n'est pas permis de déterminer la nature juridique de l'« excédent ». L'absence de qualification juridique de l'« excédent » a également pour conséquence que la décision n'est pas motivée en droit.

2. La contradiction invoquée est une contradiction purement juridique qui n'est pas visée par l'article 149 de la Constitution.

d, de la Convention dès lors qu'en l'absence de motivation du verdict, elle estime impossible de savoir si la condamnation du requérant s'est fondée ou non sur les informations fournies par le témoin anonyme (§ 101).

(11) La jurisprudence *Salduz* montre par ailleurs que la Cour ne s'est pas toujours sentie tenue de « s'accommoder des particularités de la procédure » nationale.

(12) Voy. notamment, à cet égard, A. MASSET et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises : première lecture critique », *J.T.*, 2010, pp. 231 et s.; D. DILLENBOURG, « La réforme de la cour d'assises et ses incidences sur les juridictions correctionnelles », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 396 et s.

*Une institution contractuelle est un contrat à titre gratuit par lequel une personne dispose au profit d'une autre personne des biens qui composeront sa succession.*

*L'attribution totale du patrimoine commun stipulée par contrat de mariage qui attribue la totalité du patrimoine commun à la dissolution du régime matrimonial « pour quelque cause que ce soit » à l'autre époux est un contrat portant sur le patrimoine commun.*

3. Pour le surplus, l'arrêt contient les motifs pour lesquels les juges d'appel appliquent ou non certaines dispositions légales à l'« excédent » et pourquoi celui-ci n'est ni un avantage matrimonial, ni une donation, ni une institution contractuelle. Les juges d'appel ne devaient pas qualifier cet « excédent » pour motiver en droit leur décision selon laquelle cet « excédent » n'est pas imposable. Les motifs de l'arrêt attaqué permettent à la Cour d'exercer son contrôle de légalité.

Le moyen en sa première branche ne peut être accueilli.

#### Deuxième branche.

4. Le litige entre les parties concerne la question de savoir si le demandeur peut prélever des droits de succession sur la base de l'article 2 du Code des droits de succession sur la valeur de la moitié des biens immeubles que J. V. a apportés au patrimoine commun.

En sa deuxième branche le moyen fait valoir que les juges d'appel auraient dû qualifier la clause litigieuse d'institution contractuelle.

5. En vertu de l'article 2 du Code des droits de succession, les droits sont dus sur les biens successoraux, sans distinguer selon qu'ils sont transmis ensuite de dévolution légale, de disposition testamentaire ou d'institution contractuelle.

6. Une institution contractuelle est une institution d'héritier qui est établie par contrat. Elle est un contrat à titre gratuit par lequel une personne dispose au profit d'une autre personne des biens qui composeront sa succession. Une institution contractuelle ne porte que sur les biens de la succession du disposant.

7. La clause d'attribution totale du patrimoine commun stipulée par contrat de mariage qui attribue la totalité du patrimoine commun à la dissolution du régime matrimonial « pour quelque cause que ce soit » à l'autre époux, n'est pas un contrat portant sur les biens de la succession de cet autre époux, mais un contrat portant sur le patrimoine commun.

8. Les dispositions spécifiques du Code civil relatives au droit des régimes matrimoniaux ne prescrivent pas une qualification de donation ou d'institution contractuelle.

9. En vertu de l'article 1464, premier alinéa, du Code civil, la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution de tout le patrimoine commun ne sont pas regardées comme des donations, mais comme des conventions de mariage.

En vertu de l'article 1464, second alinéa, du Code civil, la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution de tout le patrimoine commun sont considérées comme des donations pour la part dépassant la moitié qu'elles attribuent au conjoint survivant dans la valeur, au jour du partage, des biens présents ou futurs que l'époux prédece dé a fait entrer dans le patrimoine commun par une stipulation expresse du contrat de mariage.

Cette disposition légale vise en particulier à protéger tous les ayants droit réservataires et considère, en vue de la protection de leurs droits, les clauses d'attribution de tout le patrimoine commun, pour ce qui concerne les biens

que l'époux prédece dé a apporté au patrimoine commun, comme des donations pour l'« excédent », à savoir la part supérieure à leur moitié.

La protection que confère l'article 1464, second alinéa, du Code civil, aux héritiers réservataires est d'application analogue si le contrat de mariage contient une clause d'attribution de tout le patrimoine commun qui produit ses effets quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial, et qui a été combinée avec l'apport au patrimoine commun de biens propres par l'époux prédece dé.

Cette disposition légale n'implique pas que l'« excédent » est une donation, mais a pour seule conséquence que cet avantage, lors du décès de l'époux qui a apporté des biens propres au patrimoine commun, peut être soumis à réduction.

10. Il résulte de ce qui précède que l'arrêt attaqué a légalement jugé que la clause visée d'attribution de tout le patrimoine commun et l'« excédent » ne sont pas une institution contractuelle et que l'« excédent » n'est pas imposable sur la base de l'article 2 du Code des droits de succession.

Le moyen en sa deuxième branche ne peut être accueilli.

#### Troisième branche.

11. Le moyen en sa troisième branche fait valoir que les stipulations de parts inégales et la clause d'attribution de tout le patrimoine commun ne peuvent être considérées comme des conventions de mariage que si elles sont dépendantes d'une condition de survie.

12. Le moyen en cette troisième branche repose également sur la supposition erronée que, par la clause litigieuse, il a été disposé de biens de la succession future de J.V.

De la réponse à la deuxième branche du moyen il ressort que cette thèse ne peut être suivie.

#### Par ces motifs :

La Cour,

Rejette le pourvoi en cassation.

Condamne le demandeur aux dépens.

## OBSERVATIONS

### La clause dite de la « mortuaire » plus vivante que jamais

1. L'arrêt de la Cour de cassation, dont nous commentons brièvement une traduction libre<sup>1</sup>, est décisif sur plusieurs aspects jusqu'ici controversés de la clause de partage inégal d'un patrimoine commun dans sa variante dite de la « mortuaire » (*sterfhuisclausule*)<sup>2</sup>.

(1) Version en néerlandais, non encore traduite par la Cour de cassation : [www.cass.be](http://www.cass.be).

L'arrêt est de nature à conforter cette technique d'optimisation fiscale de la transmission patrimoniale par contrat de mariage, alors qu'elle était quelque peu déstabilisée par des velléités de taxation *contra legem* de l'administration fiscale et par quelques dissensions au sein de la doctrine. Ces initiatives ont été clairement défavouées par le présent arrêt.

#### I. Une clause de planification patrimoniale par contrat de mariage in extremis

2. La clause de la « mortuaire » est une stipulation de partage inégal d'un patrimoine commun<sup>3</sup> au profit d'un conjoint déterminé et sans condition de survie.

Plusieurs clauses sont rencontrées dans la pratique, la plus répandue étant celle soumise à l'appréciation de la Cour de cassation : « Le patrimoine commun est attribué à l'épouse, quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial »<sup>4</sup>. Une version plus épurée quant au facteur de déclenchement est proposée : « Le patrimoine commun est attribué à l'épouse en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès »<sup>5</sup>.

Son objectif principal est civil et identique à celui de toute clause de partage inégal : assurer la protection économique du conjoint survivant.

Accessoirement ou également, la clause vise à transmettre une part de ce patrimoine supérieure à la moitié en franchise de droits de succession. L'article 5 du Code des droits de succession impose en effet toute attribution de part de communauté supérieure à la moitié, mais à la condition expresse que la clause de partage inégal soit stipulée sous condition de survie.

Cette modalité de partage est généralement stipulée par voie de modification de régime matrimonial, sans formalités ni publicité (article 1394, § 2, alinéa 2, jo. 1396, § 1<sup>er</sup>)<sup>6</sup>, et peut prendre la forme soit d'une stipulation de parts inégales (article 1461, C. civ.) soit (moins fréquemment) d'un préceptu (article 1457, C.

(2) Pour une analyse approfondie, sur ces différents aspects, voy. les articles suivants repris in *Huwelijksvoordelen - Handboek Estate Planning*, spécialement partie 4, Bruxelles, Larcier, 2010 : A. VERBEKE, « Het algemeen kader der huwelijksvoordelen », p. 1; R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding - Civielrechtelijke aspecten », p. 19; N. GEELHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding - Fiscale aspecten », pp. 123 et s. Adde : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 35.

(3) Au sens strict ou interne adjoint à une séparation de biens (ex. société d'accueils).

(4) On y ajoute souvent « (à l'épouse) ou à ses ayants droit », semble-t-il pour accentuer son unilatéralité; cela n'est pas nécessaire car les ayants droit de l'époux prévu survivant qui décéderait avant l'époux prévu prémourant (*infra*) sont attributaires légaux de sa part dans le patrimoine commun. Comp. : V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », Rev. trim. dr. fam., 2006, p. 728, n° 31.

(5) R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding - Civielrechtelijke aspecten », p. 46, n° 11-12; voy. déjà à ce sujet, Ch. DECKERS, J. DE HERDT et N. GEELHAND, « (Fiscale) successieplanning in extremis in Vlaanderen », in *Handboek Estate Planning*, spécialement partie 1, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 256 et s., n° 335 et s.

(6) On pourrait relever que la clause de la « mortuaire » n'est pas visée par les articles 1457 à 1464 du Code civil. Quoi qu'il en soit, la réalisation de la publicité avant le décès n'est pas décisive pour l'obtention de l'avantage fiscal (Ch. DECKERS, J. DE HERDT et N. GEELHAND, op. cit., pp. 317 et s., n° 392 et s.).

civ.). L'essentiel pour bénéficier de l'exemption fiscale est d'exclure la condition de survie.

Comme en l'espèce, la stipulation de la clause peut être précédée d'un apport en communauté de biens propres de l'époux appelé normalement à décéder en premier lieu, également par voie de modification de régime matrimonial. Ainsi le survivant peut devenir propriétaire de tout le patrimoine conjugal.

En pratique, la clause s'insère dans le cadre d'une programmation patrimoniale « à l'hiver de la vie » et doit son nom au fait qu'elle requiert une probabilité très élevée que le conjoint désigné bénéficiaire sera le survivant.

Elle n'intéresse pas seulement les personnes en situation de « dernière maladie », mais également celles qui envisagent un traitement médical risqué<sup>7</sup>. La stipulation *in extremis* est licite tant que le consentement peut être valablement formé et que les parties sont clairement informées. Il n'est cependant pas exclu que l'un des époux se fasse représenter à l'acte de modification par un tiers<sup>8</sup>.

3. Si, contre toute probabilité, l'ordre des décès est inversé, la clause produit des effets franchement inopportun.

Si le conjoint en bonne santé « prévu survivant » décède avant le conjoint malade « prévu prémourant », le « rescapé » perdra tout ou partie de sa part dans les biens communs qui seront attribués en pleine propriété aux héritiers du conjoint prévu survivant<sup>9</sup>. Et ce dernier a peut-être d'autres enfants que ceux issus du couple...

Une telle situation est à éviter et la clause ne peut être conseillée si l'ordre des décès n'est pas prévisible avec une quasi-certitude.

Ce risque civil lié à l'inversion de l'ordre probable des décès se double d'un risque fiscal majeur. En effet, comme l'époux « prévu survivant » se voit attribuer tout le patrimoine commun, s'il décède le premier contre toute attente, sa succession comprendra tous les biens de la communauté et la perception des droits de succession à charge de ses héritiers (les enfants du couple en principe) sera dès lors maximale (progressivité de l'impôt).

En toute hypothèse il est conseillé de stipuler la clause optionnelle<sup>10</sup>. Si les enfants constatent l'inversion de l'ordre des décès, ils opteront en qualité d'ayants droit du conjoint prémourant pour le partage égal de la communauté.

Il est également conseillé, si l'ordre des décès n'est pas inversé, que le conjoint survivant attributaire du patrimoine commun planifie sa propre succession par des donations (mobilières) à tarif fiscal réduit.

(7) Il est alors opportun de modifier à nouveau le régime matrimonial après l'intervention médicale, ou de stipuler la clause sous condition résolatoire de la bonne santé des deux époux un temps après celle-ci (N. GEELHAND DE MERXEM, *Het sterfhuisbeding : fiscale aspecten*, p. 142, n° 64, note 155).

(8) Procuration notariée spéciale, voire impérative.

(9) Le rescapé pourra néanmoins faire valoir son usufruit légal sur cette succession.

(10) H. CASMAN, « Clause d'attribution optionnelle - Clause d'attribution optionnelle moyennant soulté », in *Manuel de planification patrimoniale*, livre 4, *Le couple - Décès*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 143; D. MICHELS, « Fiscale aspecten van huwelijkscontracten », *T. not.*, 2007, pp. 431 à 491, spécialement pp. 460 et s.

## II. La controverse et ses conséquences

4. Depuis quelques années, certaine doctrine contestait la validité ou la défiscalisation de la clause<sup>11</sup>, surtout après que deux arrêts de la cour d'appel d'Anvers eurent exclu l'application de l'article 5 du Code des droits de succession à deux clauses qu'ils ont qualifiées d'avantage matrimonial :

- d'une part, la clause ici commentée de la « mortuaire » (*sterfhuisbeding*)<sup>12</sup>,
- d'autre part, la clause de participation égale à tous les biens des époux greffée sur un régime de séparation de biens (*alsot-beding*)<sup>13</sup>.

Des décisions administratives avaient au préalable admis l'inapplicabilité de l'article 5 à la clause de la « mortuaire »<sup>14</sup>, et aussi à la clause de participation à tous les biens des époux séparés de biens<sup>15</sup>. Mais l'administration n'avait pas renoncé à la possibilité de taxer celles-ci à concurrence de la partie de l'avantage matrimonial considéré comme une donation (l'*« excédent »*), et cela sur une autre base légale, l'article 2 du Code des droits de succession imposant notamment les institutions contractuelles.

Le comité d'études et de législation de la Fédération du notariat belge avait critiqué cette base de taxation<sup>16</sup> et la cour d'appel d'Anvers l'avait également rejetée dans son arrêt du 24 juin 2008.

S'en sont suivies une période de flottement dans la pratique de la planification patrimoniale, et une réticence de certains praticiens à conseiller la clause dans les situations idoines, au motif invoqué de la sécurité juridique<sup>17</sup>. Certaines personnes n'ont donc pu bénéficier de ses indéniables avantages civils et fiscaux<sup>18</sup>.

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

(12) Anvers, 24 juin 2008 (arrêt confirmé par la Cour de cassation), *A.F.T.*, 2009, 30 (somm.), note B. INDEKEU, *F.J.F.*, 2010, 217, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 953 (somm.), R.W., 2008-2009, 876, *T.E.P.*, 2008, 356, note A. VERBEKE, *T. not.*, 2008, 486 (cet arrêt réforme Civ. Hasselt, 18 octobre 2006, *R.A.B.G.*, 2007, 558, note D. NORE, *Rec. gén. enr. not.*, 2007, 181, *T. not.*, 2007, 518, note C. DE WULF, *T.F.R.*, 2007, 506, note I. VERHULST).

(13) Anvers, 5 octobre 2004 (arrêt non frappé de pourvoi en cassation), *F.J.F.*, 2006, 185, *Not. Fisc. M.*, 2004, 268, note A. VERBEKE, *Rec. gén. enr. not.*, 2005, 301, note, *Rev. not. b.*, 2005, 706, note L. VOISIN, *T. not.*, 2007, 510, *T.F.R.*, 2005, 374, note G. DEKNUDT et M. DELBOO (cet arrêt réforme Civ. Anvers, 2 mai 2003, *Not. Fisc. M.*, 2003, 209, *Rec. gén. enr. not.*, 2004, 157).

(14) Décision du 22 octobre 2003, *Rép. R.J.*, S 5/04-03; voy. égal. : décision du 6 décembre 2004, *Rép. R.J.*, S 5/04-02, *Rec. gén. enr. not.*, 2005, 325; décision du 30 août 2005, *Rép. R.J.*, S 5/04-03; décision du 29 juin 2007, *Rép. R.J.*, S 5/04-04.

(15) Décision n° EE/98470, *Rép. R.J.*, S 5/05-01 reproduite in A. VERBEKE, « Séparation de biens avec clause de participation : analyse fiscale », in *Manuel de planification patrimoniale*, livre 4, *Le couple - Décès*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 215.

(16) Dossier n° 4374bis, « Régimes matrimoniaux – Conséquences civiles et fiscales dans les cas visés aux articles 1464, alinéa 2 et 1465 du Code civil de la clause » : « Le patrimoine commun est attribué à l'épouse quelle que soit la cause de la dissolution du régime matrimonial », in *Travaux du comité d'études et de législation - Année 2006-2007*, Bruxelles, Bruylants, 2008, pp. 87 à 126, spécialement pp. 122 à 126.

(17) Voy. à ce sujet, outre les auteurs cités dans la note 11 : G. DEKNUDT, « De sterfhuisclausule en het (finaal) verrekeningsbeding : (nog) adviseerbaar? », *T. not.*, 2010, pp. 249 et s.

La Cour de cassation vient de confirmer l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 24 juin 2008 et ses motifs.

Elle revivifie ainsi à maints égards une clause qui n'était pas condamnée à mourir.

## III. Le renforcement des certitudes sur le plan civil

5. En premier lieu, la Cour de cassation consacre la théorie de M. Verbeke, suivie par de nombreux auteurs, selon laquelle l'*« excédent »* de l'avantage matrimonial au sens de l'article 1464, alinéa 2, du Code civil, n'est jamais une donation, mais toujours un avantage matrimonial<sup>19</sup>.

On sait que, en règle, les avantages matrimoniaux sont des « conventions de mariage » (article 1458, alinéa 1<sup>er</sup> et article 1464, alinéa 1<sup>er</sup>, C. civ.) soustraites au régime des libéralités même si, économiquement, ils procurent à leur bénéficiaire un avantage patrimonial. En conséquence, les enfants communs ne pourront pas agir en réduction contre un avantage matrimonial même si celui-ci réduit leurs droits dans la succession du conjoint décédé.

On connaît aussi l'exception à cette règle en ce qui concerne les enfants communs, et qui était en litige dans l'affaire commentée, à savoir que si une clause de préciptu ou de partage inégal comprend, outre des acquets, également des biens apportés en communauté par le prémourant, c'est-à-dire des anciens biens personnels de celui-ci, la clause sera « considérée comme une donation » à concurrence de la moitié de ces apports en communauté, pour être imputée sur la quotité disponible et éventuellement réduite (articles 1458, alinéa 2 et 1464, alinéa 2, C. civ.)<sup>20</sup>.

La particularité de l'application de l'article 1464, alinéa 2, est de prescrire qu'une partie de cet avantage matrimonial (que la Cour qualifie d'*« excédent »* — en néerlandais : *het surplus*) sera imputable sur la quotité disponible et, le cas échéant, réductible, sans conférer à cet *« excédent »* une autre qualification juridique, donc sans transformer sa nature juridique en donation au sens strict.

Il ne fait selon nous aucun doute, compte tenu des termes généraux de l'arrêt commenté, que cette solution est également applicable dans le cas visé par l'article 1458, alinéa 2 (préciptu portant sur des apports en communauté), et (*a fortiori*) dans le cas visé par l'article 1465 du Code civil (protection des enfants non communs contre toute attribution de part supérieure à la moitié des acquets).

Pour le même motif de généralité de l'arrêt commenté, cette solution peut également être

(18) Voy. à ce sujet : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 53, pp. 70-71.

(19) A. VERBEKE, « Huwelijksvoordelen - Een tweede Antwerpse mijlpaalarrest », *T.E.P.*, 2008, pp. 285-286. Voy. déjà : H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *N.F.M.*, 2005, pp. 292-297.

(20) 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, Bruylants, 2008, pp. 283-294, n° 230. Sur l'exception applicable en présence d'enfants non communs (article 1465), voy. notamment Ph. DE PAGE, « Le régime matrimonial », p. 283, n° 230; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 12, p. 40 et les références citées.

étendue aux régimes matrimoniaux à base séparatiste qui contiennent des avantages matrimoniaux (clause « comme si », en néerlandais *alsof-beding* ou toute autre clause de participation inégale)<sup>21</sup>.

6. En second lieu, la Cour de cassation consacre la thèse, soutenue notamment par Mme Barbaix, selon laquelle un avantage matrimonial ne doit pas nécessairement être conditionné par la survie de l'époux bénéficiaire<sup>22</sup>.

En effet, la Cour énonce (n° 9, alinéa 4) que l'alinéa 2 de l'article 1464 du Code civil, qui ne peut être dissocié du premier alinéa du même article, est applicable *mutatis mutandis* (en néerlandais *van overeenkomstige toepassing*) à une clause de la « mortuaire », qui ne contient pas de condition de survie. Bien plus, elle qualifie (n° 7) la clause litigieuse d'attribution totale de communauté (en néerlandais *verblijvingsbeding*) et de convention portant sur le patrimoine commun, bien qu'elle soit unilatérale. Cela implique nécessairement que cette clause est un avantage matrimonial au sens de ces dispositions, qui ne distinguent pas selon la présence ou l'absence de condition de survie.

La Cour le confirme plus loin (n°s 11-12 de l'arrêt) en rejetant le moyen pris de la prétendue exigence d'une condition de survie pour qu'une clause de partage inégal soit qualifiée d'avantage matrimonial.

#### IV. La fin des incertitudes sur le plan fiscal

7. *Last but not least*, la Cour de cassation confirme (n°s 7 et s. de l'arrêt) ce que la plupart des commentateurs avaient prévu, à savoir que l'article 2 du Code des droits de succession, qui n'impose que les institutions contractuelles (et d'autres voies dévolutives), n'est pas applicable aux avantages matrimoniaux, pas même quand ceux-ci sont imputables sur la quotité disponible et, le cas échéant, réductibles.

Il y a en effet, en droit, une différence fondamentale entre une disposition contractuelle portant sur les biens de la succession du *de cujus* et un avantage matrimonial qui ne concerne que le partage de la communauté de biens entre époux<sup>23</sup>. Le partage du patrimoine commun précède en outre toujours celui de la succession.

Soit dit en passant, même dans le cas où il y aurait effectivement réduction de l'avantage matrimonial, en fonction de l'ampleur respective de la masse fictive (article 922, C. civ.) et de l'« excédent », la part réduite ne serait pas — à notre avis — assujettie à la perception du droit de succession. En effet, les articles 1<sup>er</sup> et 2 du

(21) En ce sens et sur les différentes formes d'avantages matrimoniaux et leur régime en séparation de biens, voy. notamment N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding : weerlegging van een ontrecte kritiek », *N.F.M.*, 2009, pp. 117-118, n° 47; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n°s 34-35, pp. 56-57.

(22) R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding - Civielrechtelijke aspecten », pp. 53-61 et *passim*; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale - Aspects civils et fiscaux*, J.-F. TAYMANS et N. BAUGNIET (éd.), Bruxelles, Bruylants, 2008, pp. 86-87. Voy. déjà en ce sens : H. CASMAN et A. VERBEKE, « Belastbaarheid van huwelijksvermogensrechtelijke verkrijgingen », *N.F.M.*, 2007, pp. 32-35.

(23) En ce sens notamment : N. GEELHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding : fiscale aspecten », p. 150, n° 98; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 30, pp. 52-53.

Code des droits de succession ne visent pas explicitement ce cas, puisqu'ils ne concernent que la succession, comme le rappelle à juste titre la Cour de cassation pour l'article 2<sup>24</sup>.

8. Plus généralement, la Cour applique quatre principes de base en matière d'impôts en général, et de droits de succession en particulier :

- il n'est pas possible de percevoir des droits de succession sans disposition légale explicite (art. 170 Const.);
- quand il s'agit d'interpréter des termes issus du droit civil en général et du droit patrimonial de la famille en particulier, il convient de se référer au droit civil, sauf si le droit fiscal (ici le Code des droits de succession) prescrit explicitement une interprétation propre de la notion en question;
- le contribuable a le choix de la voie la moins imposée;
- les articles 10 et 11 de la Constitution doivent être respectés<sup>25</sup>.

Nicolas GEELHAND DE MERXEM

Avocat au barreau de Bruxelles

Professeur à l'UGent et dans le postgraduat en planification patrimoniale U.L.B./V.U.B.

Yves-Henri LELEU

Professeur à l'ULg. et à l'U.L.B.

Avocat au barreau de Bruxelles

Vu l'arrêt rendu céans le 8 octobre 2007.

À l'audience du 7 janvier 2008, M<sup>e</sup> Koenrad Tanghe était présent en sa qualité de liquidateur de l'a.s.b.l. Paix tolérance union. Il n'a cependant toujours pas été mis à la cause par les appelants.

Certains tribunaux et certains auteurs ont considéré que les administrateurs ou gérants n'avaient plus qualité, au sens de l'article 17 du Code judiciaire, pour représenter la société dissoute et que par conséquent, leur opposition ou leur appel était irrecevable.

Cette position nous paraît tout d'abord inconciliable avec la finalité même du recours judiciaire. En effet, « l'on doit replacer les parties dans la position qu'elles avaient avant la décision contre laquelle le recours est exercé ». Dès lors, « soulever contre le requérant un moyen d'irrecevabilité qui s'appuie sur la première décision revient à invoquer l'autorité de chose jugée que précisément le recours met en question. Si on devait suivre ce raisonnement, plus aucun recours ne serait possible contre un jugement qui affecte la capacité ou les pouvoirs de celui qui exerce le recours » (J.-P. RENARD, note sous Bruxelles, 15 juin 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 282).

Ensuite, dans la mesure où la législation sur les faillites prévoit expressément la possibilité pour le failli d'attaquer le jugement déclaratif de faillite alors qu'à partir de ce moment le curateur se substitue à lui, pourquoi réserveraient-on un sort différent aux administrateurs ou gérants d'une société dissoute?

Nous considérons dès lors que les administrateurs ou les gérants sont recevables à former opposition ou à interjeter appel contre la décision qui prononce la dissolution (P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, n° 140, p. 95).

« S'agissant d'un litige indivisible au sens de l'article 31 du Code judiciaire, toutes les parties de la première instance devront être mis à la cause.

» La société, représentée par ses administrateurs ou gérants, dirigera dès lors son opposition ou son appel contre le liquidateur et contre la partie demanderesse en dissolution, à peine d'irrecevabilité » (P. JEHASSE, *op. cit.*, n° 141, p. 96; dans le même sens, O. CAPRASSE et F. GEORGES, « Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute : deux opportunités de réflexion sur l'office du juge », sous Comm. Bruxelles, 30 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, n° 21, p. 719).

La cour partage l'avis de ces trois éminents auteurs. À défaut pour les appellants d'avoir mis les liquidateurs à la cause avant la clôture des débats, l'appel qu'ils ont interjeté le 10 mai 2006 doit être déclaré irrecevable (Cass., 26 janvier 2004, *J.T.*, 2004, p. 404).

#### Décision.

La cour,

Statuant contradictoirement,

Dit l'appel irrecevable.

*L'appel d'un jugement, prononçant la dissolution d'une a.s.b.l., formalisé par ses administrateurs sans mise à la cause du liquidateur est irrecevable en raison du caractère indivisible du litige.*

(24) Pour plus de détails : N. GEELHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding : fiscale aspecten », pp. 163-166, n°s 147-156.

(25) La Cour refuse d'opérer une distinction et applique l'article 1464, alinéa 2, du Code civil à toutes les clauses de partage inégal, avec ou sans condition de survie.

NOTE. — Voy. ci-dessus, J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « L'appel du jugement en matière d'indivisibilité » (p. 85).