

CONJUGALITÉ ET DÉCÈS

Sous la direction
d'Alain-Charles Van Gysel

Charlotte Aughuet
Laurent Barnich

Jean-Emmanuel Beernaert
Emmanuel de Wilde d'Estmael

Quentin Fischer

Nicole Gallus

Guy Hiermaux

Frédéric Lallière

Yves-Henri Létou

Simone Nudetholz

Alain-Charles Van Gysel

Vincent Wyart



Selon Monsieur Verbeke, la clause Valkeniers est un contrat qui prive le conjoint survivant de ses droits successoraux, mais qui n'empêche pas le futur défunt de lui conférer néanmoins ces droits, notamment par une autre voie, comme le testament.

L'alinéa 2 de l'article 1388 du Code civil ne porte pas préjudice au droit de chaque époux de disposer par testament ou par donation, au profit de l'autre époux⁶⁹.

Monsieur Delnoy ne partage pas ce point de vue et considère que le futur défunt ne peut pas, par un testament, anéantir totalement ou partiellement la clause Valkeniers.

En effet, l'exhérédation totale ou partielle du conjoint survivant s'est faite de commun accord par un acte notarié, à savoir le contrat de mariage ou un acte modificatif du régime matrimonial; de la même manière, la révocation totale ou partielle de la clause doit se faire de la même manière, c'est à dire par un nouvel acte notarié modificatif du régime matrimonial⁷⁰.

Un acte unilatéral comme un testament ne suffit pas.

Bien entendu, le futur défunt pourra, s'il le souhaite, corriger la clause signée par lui et son conjoint, en faisant un legs à ce dernier.

Conclusion

Comme on le voit, les conjoints et les futurs conjoints ont la possibilité d'élargir ou de restreindre la part des biens qui reviendra au survivant d'entre eux. Ne serait-il pas souhaitable d'associer les enfants qu'ils ont retenus d'une précédente union à cette démarche ?

Certes, cette solution est juridiquement difficile à mettre en œuvre, mais cela éviterait bien des conflits.

⁶⁹ A. VERBEKE, *Knaelpunten Familiaal Vermogensrecht* 2003, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 55.

⁷⁰ P. DELNOY, « Le pacte Valkeniers », *op. cit.*, p. 363.

Avantages matrimoniaux

Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal

Yves-Henri LELEU

Professeur ordinaire à l'ULg

Chargé de cours à l'ULB

Avocat (GREENILLE-Bruxelles)

1. La présente contribution ajoute une pierre à l'édifice doctrinal construit récemment pour fortifier une première conviction, celle que les avantages matrimoniaux sont des conventions de mariage à titre onéreux qui échappent à la qualification de libéralité et permettent aux époux de s'avantager mutuellement ou unilatéralement au départ des acquêts, donc aussi dans des régimes matrimoniaux qui ne sont pas à base communautaire; pour en consolider une seconde, celle que certains avantages matrimoniaux qui ne rencontrent pas les conditions d'application de l'article 5 du Code des droits de succession permettent de transmettre à un conjoint survivant une part substantielle du patrimoine du défunt en franchise fiscale.

Comme toutes celles d'une construction stable, cette pierre a son utilité. Elle est double: d'abord conforter l'opinion majoritaire en doctrine qui soutient ces thèses, ensuite contribuer à la diffusion large d'un débat dont une partie des arguments sont (très vivement) échangés principalement entre juristes du nord du pays¹.

2. Depuis quelques années, en effet, une doctrine minoritaire nourrit la contradiction de ces thèses, surtout après que deux arrêts de la cour d'appel d'Anvers ont exclu l'application de l'article 5 du Code des droits de succession

¹ Une monographie récente propose une étude exhaustive de la problématique: R. BARBAIX, N. GELHAND DE MERXEM et A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010. Voy. aussi: H. CASMAN et A. VERBEKE, « Un cas particulier: la 'clause mortuaire' », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *Manuel de planification patrimoniale*, 4. Le couple, Décès, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 179; V. DEHALLEUX, « Fiscalité et avantages matrimoniaux », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 157; A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux: aspects civils », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 145; A. VERBEKE, « Séparation de biens avec clause de participation aux acquêts: avantage matrimonial ou avantage réductible », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 201 (et les thèmes suivants jusqu'à la p. 219).

à des clauses dont ils ont reconnu la qualification d'avantage matrimonial : d'une part, une clause de partage inégal unilatérale sans condition de survie (*steyfhuysbeding*, ci-après clause de la « mortuaire »)² et, d'autre part, une clause de participation aux acquêts corrigeant un régime de séparation de biens (*alsof-beding*)³.

Des décisions administratives avaient au préalable reconnu l'inapplicabilité de l'article 5 à la clause de la « mortuaire »⁴ et à la clause de participation aux acquêts⁵, sans pour autant renoncer à la taxation éventuelle de celles-ci à concurrence de la partie de l'avantage matrimonial considéré comme une donation, et cela en vertu de l'article 2 du Code des droits de succession imposant notamment les institutions contractuelles (*ijfira*, n° 30). La cour d'appel d'Anvers a toutefois rejeté la taxation sur cette base dans un arrêt du 24 juin 2008 qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation.

Le Comité d'Études et de Législation de la Fédération du Notariat belge s'est prononcé après un long débat dans le même sens à l'unanimité de ses membres (exception faite d'une des voix ayant nourri le courant minoritaire), et a formulé des conclusions exemptes d'ambiguïté⁶.

3. Les enjeux de la controverse sont donc civils et fiscaux : ces clauses sont-elles des avantages matrimoniaux malgré l'absence de condition de survie ou leur adjonction à un régime non communautaire ? La partie imputable et éventuellement réductible de ces avantages matrimoniaux est-elle une institution contractuelle pour les besoins de l'application de l'article 2 du Code des droits de succession si l'article 5 de ce Code n'est pas applicable ?

² Anvers, 24 juin 2008, A.F.T., 2009, 30 (somm.), note B. INDEBEKEU, 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 et T. Not., 2008, 486 (cet arrêt réforme Civ. Hasselt, 18 octobre 2006, R.A.B.G., 2007, 558, note D. NORÉ, *Rec. gén. enr. not.*, 2007, 181, T. Not., 2007, 518, note C. DE WUUF et T.F.R., 2007, 506, note I. VERHULST).

³ Anvers, 5 octobre 2004, 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 et T.F.R., 2005, 374, note C. DEKNUDT et M. DELVOO (cet arrêt réforme Civ. Anvers, 2 mai 2003, *Not. Fisc. M.*, 2003, 209 et *Rec. gén. enr. not.*, 2004, 157).

⁴ Décision du 22 octobre 2003, *Rép. R.J.*, S 5/04-03; Décision du 6 décembre 2004, *Rép. R.J.*, S 5/04-02, R.G.E.N., 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.

⁵ Décision n° EE/98470, *Rép. R.J.*, S2/08-01 reproduite in A. VERBEKE, « Séparation de biens avec clause de participation : analyse fiscale », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 215.

⁶ Dossier n° 43746bis, 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 2005-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 87-126, spéc. pp. 122-126.

Nous exposerons brièvement la notion et le régime des avantages matrimoniaux (A) pour nous concentrer sur le débat *civil* quant à la validité et à la qualification d'une clause dissymétrique bien connue de la pratique, la clause de la « mortuaire » (*steyfhuysbeding*) (B). Cette clause contraire sur le plan *fisca* l'Administration qui cherche d'autres bases que l'article 5 du Code des droits de succession pour tenter d'en imposer une partie, mais sans possibilité *de lege lata* (C). Dans nos propos conclusifs, nous réfléchirons aux implications pratiques de telles controverses doctrinales (D).

4. Nous évoquerons aussi la *clause de participation (in)égale aux acquêts cor- rigeant un régime de séparation de biens*, mais sans en approfondir l'analyse, car elle n'est généralement pas stipulée « dissymétrique »⁷. Elle présente le même intérêt d'assurer la protection économique du conjoint survivant au moindre coût fiscal, et fait l'objet d'une critique de la doctrine minoritaire au moyen d'arguments globalement similaires.

5. Si la paix fiscale est assurée *hic et nunc*, une réaction du législateur n'est pas à exclure. C'est toutefois le lot de toute programmation successorale à long terme, mais déjà moins de celle *in extremis*⁸. Il apparaîtra néanmoins que les arguments de la doctrine minoritaire, bien qu'ils soient réfutables, pourraient inciter les praticiens à une trop grande prudence, laquelle n'est pas en toute hypothèse la meilleure conseilère (*ijfira*, n° 53)⁹.

Chapitre I Les avantages matrimoniaux

Section 1 Notion. Clauses unilatérales

6. La loi ne définit pas la notion d'avantage matrimonial. Selon la doctrine et la jurisprudence, les avantages matrimoniaux sont tout avantage résultant

⁷ Nous recourrons au terme « unilatérale » par la suite.

⁸ Pour une formalisation de ce concept, regroupant toutes les opérations de planification successorale à l'approche plus ou moins rapide du décès, et un recensement des techniques avec une appréciation de leurs validités et opportunités : N. GEELHAND DE MERXEM, « (Fiscale) Successieplanning "in extremis" in Vlaanderen. Naar een nieuw concept inzake fiscale successieplanning », T.E.P., 2007, p. 6; Ch. DECKERS, J. DE HERDT et N. GEELHAND DE MERXEM, *(Fiscale) successieplanning « in extremis » in Vlaanderen*, Bruxelles, Larcier, 2008.

⁹ Dans le même sens à propos de la prohibition des pactes successoraux en matière de clauses d'accroissement : Y.-H. LELEU, « Des clauses d'accroissement et de conticite plus solides que le couple », in *Famille sur mesure*, Fédération Royale du Notariat Belge (éd.), Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 297, n° 4.

de la composition, du fonctionnement, de la liquidation ou du partage d'un régime matrimonial¹⁰.

Dans une acception plus stricte, aux fins de déterminer quels avantages matrimoniaux bénéficient de la qualification en acte à titre onéreux ou partiellement imputable et réductible, les avantages matrimoniaux sont ceux véhiculés par des clauses de *partage* du patrimoine commun (préciput – art. 1457, C. civ., attribution inégale – art. 1461, C. civ.). Les dispositions légales qui déterminent leur régime, notamment leur imputation partielle sur la quotité disponible, ne concernent que ces clauses (art. 1458, al. 2, C. civ.; art. 1464, al. 2, C. civ.; art. 1465, C. civ.).

Selon la Cour de cassation, l'*apport* en communauté (art. 1452, C. civ.) n'est pas un avantage matrimonial aux fins d'application de l'article 299 du Code civil (déchéance en cas de divorce – *ijfya*, n° 23)¹¹. Économiquement avantageux pour le conjoint de l'époux apporteur, au sens de la définition large précitée, il est compris dans la théorie des avantages matrimoniaux en ce qu'il peut partiellement être considéré comme une donation en cas de partage inégal de la communauté (*ijfya*, n° 13).

Il se déduit également de la loi que l'*approvisionnement inégal* de la communauté en cas de partage égal de celle-ci – un avantage matrimonial résultant du fonctionnement du régime – n'est jamais susceptible d'être considéré comme une donation (arg. tiré de l'art. 1465, C. civ.).

7. Au regard de cette définition, la clause de la « mortuaire » est très certainement un avantage matrimonial *valable*. Cet avantage matrimonial est aussi soumis au régime des avantages matrimoniaux, bien que cela soit contesté par certains. Il en va de même de la clause de participation égale ou inégale aux acquêts en régime de séparation de biens (*ijfya*, n° 19 et s.).

¹⁰ Définition empruntée à M^{me} CASMAN (Het begrip huwelijksvoordelen, Anvers, Maldu, 1976, p. 264, n° 218 et R. DEKKERS et H. CASMAN, Handboek Burgerlijk Recht, IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 207, n° 324). Pour une illustration séparée de chacun de ces modes de constitution d'avantage matrimonial: H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Afsnede in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », in *Libri amicorum Micken Puffinckx-Coens, Malines, Kluwer, 2006*, pp. 86-88. Voy. not.: C.A., 23 novembre 2005, N.F.M., 2006, 186; note C. CASTELEIN et M. MUYLLE et R.W., 2006-2007, 397, note M. MUYLLE.

¹¹ Cass., 23 novembre 2001, E.J., 2002, 27; note K. VANWINKLELEN, *Rev. not. belge*, 2002, 318; note C. GIMENEZ, *T. not.*, 2002, 86; R.W., 2001-2002, 1608; note J.L.M.B., 2003, 7 (rapport d'activité), R.G.D.C., 2003, 241; note W. PINTENS et *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, 634; note.

Section 2

Principe : conventions de mariage, à titre onéreux

8. La loi qualifie objectivement les avantages matrimoniaux de « conventions de mariage » (art. 1458, al. 1^{er}, C. civ.; art. 1464, al. 1^{er}, C. civ.), pour le soustraire au régime des libéralités même si, économiquement, ils procurent à leur bénéficiaire un avantage patrimonial.

Il en résulte qu'en règle – les exceptions sont examinées ci-après – les enfants ne pourront pas agir en réduction contre un avantage matrimonial même s celui-ci réduit leurs droits dans la succession du conjoint décédé. Quant aux autres réservataires, les ascendants, la loi leur interdit de critiquer même les libéralités faites au conjoint survivant (art. 915, al. 2, C. civ.).

De *lege lata*, la *ratio legis* de ce régime dérogoire au droit des libéralités et de la réserve héréditaire est double.

9. Une première raison est que l'expectative successorale des enfants communs est différée dans le temps. Dans l'équilibre que le législateur a recherché entre les droits du conjoint et ceux des enfants, ces derniers ont vu leur intérêts subordonnés à ceux du conjoint.

Cet équilibre fait toutefois l'objet d'une contestation doctrinale récente et fondée, au regard des modifications de la physiologie des familles et de l'accroissement postérieur à 1976 des droits successoraux du conjoint survivant (*ijfya*, n° 14 et s.).

10. Une seconde raison, plus fondamentale, est que ce régime dérogoire est accordé en raison de la nature particulière des biens sur lesquels porte l'avantage matrimonial, à savoir des *acquêts*.

Les acquêts sont les biens constitués pendant le mariage par les efforts conjugués du couple, qui est aussi une association économique¹². Ces efforts créateurs de richesse peuvent être, comme dans tout partenariat de ce type, de nature ou quantité différente. La destination des acquêts, leur partage ou leur attribution à un des conjoints et les modalités de ceux-ci relèvent du choix exclusif des membres du couple¹³. Les acquêts ont une vocation naturelle à être alloués aux membres du couple par préférence aux enfants et encore

¹² Une sorte de « joint venture » : A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maldu, 1995, p. 523.

¹³ R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350 et p. 212, n° 329; A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux: aspects civils », in Y.-H. LEBU, A. VERBEKE J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 147.

plus à la famille plus large. Le survivant du couple peut donc en bénéficier en totalité sans devoir rendre compte à personne, pas même aux enfants.

Cette raison, mise en évidence par les travaux de M^{me} Casman¹⁴, fonde la qualification objective d'acte à titre onéreux de toute clause de liquidation portant seulement sur des acquêts. Elle justifie aussi d'étendre la théorie des avantages matrimoniaux à d'autres régimes qu'à base communautaire (ex. : clause de participation aux acquêts), voire à d'autres couples, car dans tout couple la distinction « propres – acquêts » est dotée de pertinence économique¹⁵.

Section 3

Exceptions : imputation sur la quotité disponible

11. Dans la balance d'intérêts réalisée par le législateur de 1976 les enfants communs et les enfants non communs du couple exercent leurs droits réservés sur une partie de certains avantages matrimoniaux. Leurs positions respectives sont différentes pour les raisons suivantes.

12. Les enfants *non communs* bénéficient de la plus large protection, motif pris de leur absence de droit successoral différé¹⁶.

Par enfants non communs, il faut entendre tout enfant qui ne serait pas issu du mariage, qu'il soit né avant ou pendant le mariage, donc aussi les enfants adultérins (art. 1465, C. civ.¹⁷). Mais pour ces derniers, s'ils sont issus du conjoint survivant, le motif lié au droit successoral différé fait défaut (*infra*, n° 15).

L'article 1465 du Code civil ne qualifie pas l'avantage matrimonial de « donation », mais prescrit seulement l'imputation sur la quotité disponible de la valeur des biens que recueillerait le conjoint survivant en plus de la moitié de la communauté¹⁸. Seulement dans ce cas, un apport en communauté se rapprocherait, quant à son régime, des avantages matrimoniaux, car comme un

¹⁴ H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Anvers, Kluwer, 1978 et « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn ? », *op. cit.*, pp. 91-92, n° 21.

¹⁵ R. DEKERS et H. CASMAN, *l.c.*; Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, p. 310, n° 3 et « La loi ne considère le mariage que dans ses aspects civils », in P. WAUTELET (éd.), *Venir de la recherche. Réflexions à l'occasion des leçons inaugurales 2010*, Liège, Faculté de droit de l'Ulg, 2010, p. 34.

¹⁶ P. STÉNON, *Libéralités entre époux, gains de survie et avantages matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 256 et 412.

¹⁷ Modification apportée par l'article 3 de la loi du 10 mai 2007, M. B., 3 août 2007.

¹⁸ En ce sens, voy. not. : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 283, n° 230 : « un effet de donation ».

préciput, il avantagerait le conjoint survivant au-delà de la moitié des acquêts. La loi précise que ne sera jamais imputé sur la quotité disponible le profit économique résultant pour le conjoint survivant du partage *égal* des économies *inégalement* constituées, par hypothèse principalement par le conjoint prémourant (art. 1465, al. 2, C. civ.). Cela confirme que l'objet constitué d'*acquêts*, bien plus que le régime matrimonial de base, fonde la notion d'avantage matrimonial non imputable ni réductible.

L'application de l'article 1465 du Code civil peut être demandée par tous les enfants non communs. Elle ne profite pas aux enfants communs en concours avec des enfants non communs¹⁹ et ne peut être introduite par les premiers²⁰.

13. Les enfants *communs* bénéficient d'une protection moins large, motif pris de leur droit successoral différé.

Les articles 1458, alinéa 2 et 1464, alinéa 2 prescrivent que si une clause de préciput ou de partage inégal comprend, outre des acquêts, également des biens *apportés en communauté par le prémourant*, c'est-à-dire des anciens biens personnels de celui-ci, alors la clause sera « considérée comme une donation » à concurrence de la moitié de ces biens apportés en communauté, pour être imputée sur la quotité disponible et éventuellement réduite²¹. La raison fondamentale de cette imputation est à nouveau la nature des biens transférés au conjoint survivant : sur les *acquêts* uniquement, ce dernier a un droit d'attribution qui n'est jamais libéral car il a participé à leur constitution ; il n'a par contre pas contribué à la constitution de l'ancien patrimoine propre de son conjoint, et s'il le recueille, c'est à titre de libéralité.

Il y a toutefois une incohérence, qui résulte d'un choix politique inhérent à toute pondération législative d'intérêts : l'imputation sur la quotité disponible n'est requise que pour la *moitié* de la valeur de l'apport. Le conjoint survivant reçoit donc à titre onéreux l'autre moitié des biens apportés malgré qu'ils ne soient pas des acquêts. Le lien consubstantiel entre la notion d'avantage

¹⁹ En ce sens, pour des motifs différents et pour plus de détails : R. BARBAIX, « Koeloekskinderen in het familiaal vermogensrecht », in R. BARBAIX (é.a.) (éd.), *Koeloekskinderen*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 55-56, n° 83 (relevant notamment une différence de traitement du conjoint survivant qui subit une réduction plus ou moins large selon que les enfants communs sont ou non en présence ou non d'enfants non communs – *addé infra*, n° 15); Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 283, n° 230 (nature individuelle de la réserve); R. DEKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 212, n° 329.

²⁰ R. BARBAIX, « Koeloekskinderen in het familiaal vermogensrecht », *op. cit.*, p. 56, n° 84.

²¹ B. CARUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », in L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), *Les régimes matrimoniaux*, 4, *Les régimes conventionnels – Le droit transitoire*, Rép. not., t. V, I, II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 185, n° 1061; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, pp. 283-294, n° 230.

matrimonial et la notion d'acquêts est rompu par la loi²². On peut l'expliquer par un souhait d'accroître la protection du conjoint survivant à une époque antérieure à la réforme de 1981 où ses droits successoraux étaient encore réduits. Mais ce choix, comme d'autres en cette matière, pose question, ainsi qu'il apparaîtra ci-dessous.

Section 4

Critique de la pondération des intérêts respectifs du conjoint survivant et des enfants réservataires

14. Depuis longtemps la pondération législative entre les droits du conjoint survivant et ceux des héritiers réservataires, surtout les enfants non communs, est critiquée²³. Récemment cette critique a été formalisée en termes d'inégalité constitutionnelle par M^{me} Barbaix²⁴. L'auteur suggère, *de lege ferenda*, d'uniformiser la protection réservataire sans distinction entre les enfants et d'adapter cette protection au principe de libre disposition des acquêts par les membres du couple.

Avant d'exposer et de nous rallier à cette double remise en cause, il faut se remémorer que l'article 1465 dans sa version initiale n'ouvrait le droit d'imputation et de réduction qu'aux enfants issus d'un précédent mariage. Inconstitutionnel sur ce point²⁵ et ouvert en conséquence aux enfants issus d'une précédente union, l'article a été modifié par la loi du 10 mai 2007 pour donner

²² Pour une critique et une suggestion de restreindre l'avantage matrimonial non imputable aux seuls acquêts (donc de considérer comme une donation la totalité de la valeur de l'apport par le prédecedant): H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », *op. cit.*, pp. 94-95, n° 31.

²³ Voy. not. H. CASMAN, « Voordelen voor de langstlevende stiefouder », in *Liber amicorum E. Krings*, Gand, E. Story-Scientia, 1997, pp. 479 et s. et « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », *op. cit.*, pp. 95 et s., n° 32 et s.; P. DELNOY, « L'article 1465 du Code civil en question », in *Liber amicorum E. Boutilliau et J. Demblon*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 67 et s.

²⁴ R. BARBAIX, « Koelkeelskinderen in het familiaal vermogensrecht », in R. BARBAIX (ed.), *Koelkeelskinderen*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 59 et s. et pp. 81 et s. Pour une étude fondamentale sur l'impact croissant des principes d'égalité et de non discrimination en droit successoral: M. PUELINCKX-COENE, « De constitutionnaliseren van het erfrecht of over het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod in het erfrecht », *N.F.M.*, 2010, pp. 160 et s.

²⁵ C.A., 22 juillet 2004, T. Not., 2004, p. 639, note R. EEMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1055, note, *N.J.W.*, 2005, p. 126, note G.V. La Cour omet toutefois de préciser si la protection de l'article 1465 du Code civil est accordée aux enfants adoptés pendant le mariage par le défunt, et aux enfants adultérins (voy. à ce sujet P. DELNOY, « Sur les arrêts 54/2004 et 140/2004 de la Cour d'arbitrage », *Chron. Not.*, 2004, pp. 385-386, n° 3; Ch. AUCHET, « Droit de la famille. Adoption simple des enfants du précédent mariage par le nouvel époux. Conséquences quant à l'application de l'article 1465 du Code civil », *Notarius*, 2005, n° 1, p. 8; F. SWENNEN, « Is een gewoon geadopteerd kind van een echgenoot een stiefkind? Pleidooi tegen de juridische dissociatieve identiteitsnormis », *R.C.D.C.*, 2008, p. 151).

l'action à tous les enfants non communs, incluant ainsi non seulement ceux nés avant le mariage, mais aussi ceux, adultérins, nés pendant le mariage²⁶, comme en France (art. 1527, al. 2, C. civ.).

Il faut aussi garder présent à l'esprit, pour relativiser les enjeux pratiques, que le conjoint survivant recueille l'usufruit de la succession du prémourant et que, par conséquent, la protection des enfants, communs ou non communs, ne s'exerce par réduction qu'en nue propriété (art. 1094, al. 1^{er}, C. civ.).

15. La première critique concerne la protection nettement supérieure des enfants non communs (art. 1465, C. civ.) comparée à celle des enfants communs (art. 1458, al. 2, C. civ.; art. 1464, al. 2, C. civ.).

La raison d'être d'une telle différence de traitement n'est plus objectivement justifiable. En effet, l'argument du droit successoral différé dont profiteraient seulement les enfants communs apparaît abstrait et obsolète. Il ne tient pas compte du fait que le conjoint survivant peut consommer (totalemen) le patrimoine transmis par avantage matrimonial, ou recomposer un couple et engendrer de nouveaux héritiers qui seront en concours avec les enfants communs²⁷. Ces phénomènes sont plus présents aujourd'hui qu'en 1976, allongement de la vie et recompositions familiales aidant. En outre, cet argument n'est pas pertinent à l'égard d'un enfant adultérin conçu par le conjoint survivant, qui est titulaire d'une action en réduction plus ample que celle des enfants issus du couple (art. 1465, C. civ.). Enfin, la restriction des droits des enfants communs était également considérée comme une compensation de la position successorale du conjoint moins favorable en 1976 qu'en 1981.

Actuellement, rien ne justifie que les enfants non communs, très largement compris aux termes de l'article 1465 dans sa rédaction actuelle, bénéficient de droits d'imputation et de réduction plus larges que les enfants communs²⁸. Encore faut-il se demander comment supprimer la discrimination, et donc s'interroger sur le degré de protection uniforme à accorder aux enfants.

16. La seconde critique porte ainsi sur la mesure du droit des enfants de restreindre la liberté de disposer entre époux par avantage matrimonial.

²⁶ Pour un commentaire (et une critique quant à l'extension aux enfants adultérins pouvant agir contre l'époux trompé): A. SIAET, « Eerste renovatieverken aan artikel 1465 van het Burgerlijk Wetboek uitgevoerd », *N.F.M.*, 2007, 295.

²⁷ R. BARBAIX, « Koelkeelskinderen in het familiaal vermogensrecht », *op. cit.*, p. 81, n° 118.

²⁸ Dans le même sens: H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », *op. cit.*, p. 96, n° 36; *addé* R. DEKRIENS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht, IV*, Antvers, Intersentia, 2010, p. 212, note 365, n° 329.

Plusieurs auteurs conseillent de revoir l'équilibre actuel et d'accentuer, en toute hypothèse, la protection des conjoints sur leur patrimoine d'acquêts.²⁹ M^{me} Casman pose en hypothèse que les enfants non communs seraient moins revendicatifs quant à l'affectation du patrimoine d'acquêts constitué par leur parent avec son nouveau conjoint, que quant à l'affectation des biens familiaux de leur parent.³⁰ L'auteur ajoute que le législateur en a eu conscience lorsqu'il a permis au nouveau conjoint de renoncer en tout ou partie à ses droits successoraux (art. 1388, al. 2, C. civ.³¹). Ils conseillent en conséquence de permettre aux époux de s'attribuer tout ou partie de ce patrimoine (et rien d'autre que ce patrimoine) à titre de convention de mariage sans possibilité de requalification partielle en libéralité par quelqu'enfant que ce soit.³²

Ainsi rééquilibré, le degré de protection accordé à tous les enfants ne serait pas exactement celui actuellement accordé aux enfants communs, car ceux-ci, de lege lata, doivent tolérer la qualification non libérale de la moitié de la valeur des apports du prémourant, ce qui est incohérent (*supra*, n° 13). Les enfants non communs seraient moins protégés, car ils peuvent actuellement considérer comme une donation toute dérogation au partage inégal ; les enfants communs seraient mieux protégés, car ils pourraient considérer comme une donation la totalité de la valeur d'un apport attribué au conjoint survivant.³³

17. Nous partageons les analyses qui précèdent, en relativisant l'impression pouvant être ressentie d'un futur retrait supplémentaire de la position successorale des enfants (en nue-propiété). Ceux-ci en trouveront une compensation théorique dans l'égalité de traitement de tous, y compris surtout les enfants adultérins nés pendant le mariage. Telle est la tendance actuelle en droit comparé, notamment aux Pays-Bas. Elle s'explique par les évolutions socio-démographiques qui font reculer l'âge et régresser l'utilité de l'héritage.

Les parents sont censés avoir fait œuvre utile en transmettant une formation et une éducation à leurs enfants, un bien immatériel de grande valeur potentielle (art. 203, C. civ.), à tel point que la loi impute cette charge à la succes-

²⁹ NOT. A. VERBEKE, Les avantages matrimoniaux: aspects civils, in Y.-H. LIELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), op. cit., p. 151.

³⁰ H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », op. cit., p. 96, n° 37.

³¹ Modification apportée par l'article 5 de la loi du 22 avril 2003.

³² R. BARBAIX, « Koetkoelkinderen in het familiaal vermogensrecht », op. cit., p. 81, n° 118; H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », op. cit., p. 95, n° 33; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht, IV*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 211-212, n° 329.

³³ Impl. R. BARBAIX, « Koetkoelkinderen in het familiaal vermogensrecht », op. cit., p. 61, n° 87.

sion du conjoint gratifié si le prémourant laisse des enfants non communs (art. 203, § 2, C. civ.).

Et pour revenir à la notion d'acquêts, devenue centrale, elle limite naturellement et raisonnablement la liberté des époux. En règle: à bref mariage, peu d'acquêts; à long et fructueux mariage, plus d'acquêts, mais association étroite des époux à la création de ceux-ci (et normalement à l'investissement dans la formation des enfants).

18. Précisons enfin que les époux demeurent libres de déroger largement à ces règles souhaitées uniformes en présence d'enfants d'une précédente union (art. 1388, al. 2, C. civ.).

Chapitre II

Réfutation de la contestation doctrinale de la validité et/ou de la qualification de certaines clauses unilatérales

19. Quelques auteurs développent un argumentaire tendant à critiquer la validité et/ou le régime de certaines clauses unilatérales (C. Declercq, C. De Wulf, J. Du Mongh, W. Pintens)³⁴. D'autres, plus nuancés, ne les questionnent pas aussi fondamentalement ou sous les mêmes angles (Ph. De Page, L. Voisin)³⁵.

Ces auteurs sont minoritaires – ce qui n'est pas sans importance pour une source de droit appelée à indiquer comment combler des lacunes législatives³⁶ – mais surtout leurs arguments manquent en droit, en ce qui concerne le régime des clauses et *a fortiori* en ce qui concerne leur validité.

³⁴ C. DECLERCQ, « Secundair huwelijksvormingsstelsel », in W. PINTENS (éa) (éd.), *Patrimonium* 2006, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 105-106, n° 179; J. DU MONGH, « Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtigheid blijft geboden », *T. Not.*, 2007, p. 492; C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, 467; W. PINTENS, C. DECLERCQ, J. DU MONGH, K. VANWINKLELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 349, n° 640.

³⁵ Ph. DE PAGÉ, « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits de succession », *J.D.F.*, 2008, p. 114, n° 28 (reconnaissance implicite de l'application de l'article 2 à l'excédent de la clause de la mortuaire – *infra*); L. VOISIN, « Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de biens », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 339 et « Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux », *Rev. Not. belge*, 2006, p. 678.

³⁶ À compter parmi la doctrine majoritaire (contributions les plus récentes des auteurs en ayant publié plusieurs sur le sujet): R. BARBAIX, N. GELHAND DE MERXEN et A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen*, op. cit.; H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *N.E.M.*, 2005, p. 293; V. DEVALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2006, p. 707; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht, IV*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 205, n° 319 et p. 222-228, n° 350; G. DEKNUDT et S. SEYNS, « Fiscale behandeling van voordelen tussen echtgenoten bij huwelijkskon-

Nous résumerons leurs arguments principaux³⁷ pour aboutir à un double constat : d'une part la validité des clauses unilatérales et de participation aux acquêts adjointes à un régime à base séparatiste ; d'autre part l'uniformité de principe de leur régime en droit civil et en droit fiscal.

Section 1

Les clauses de partage devraient être stipulées sous condition de survie pour bénéficier du régime des avantages matrimoniaux

20. Un argument purement lexical autorise certains auteurs à contester que le régime des avantages matrimoniaux soit applicable à une clause de partage unilatérale sans condition de survie (notamment la clause de la « mortuaire »). La loi érigerait la condition de survie en condition d'application du régime des avantages matrimoniaux³⁸. Plusieurs dispositions contiennent effectivement une référence à la condition de survie, à l'ordre des décès des époux (art. 1457, C. civ., art. 1461, C. civ. : « celui qui surviva ou l'un d'eux s'il survit » ; art. 1429, C. civ. : « la dissolution du régime légal (...) ne donne pas ouverture aux droits de survie » ; art. 1459, al. 2, C. civ. : « conservent leurs droits pour le cas de survie »). Selon ces auteurs, les articles 1458 et 1464, contenant le régime des avantages matrimoniaux par clause de partage inégal, doivent être lus en conjonction avec ceux qui les précèdent. L'on ajoute que l'ancien article 1525 du Code civil, qui validait les clauses de partage inégal, ne contenait pas de condition de survie.

Cet argument ne convainc pas.

tract. Analyse van de artikelen 2 en 5 W.succ. », in W. PINTENS (éd.), *Patrimonium* 2009, Anvers, Intersentia, 2009, p. 221 ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verkenbeding: weerlegging van een onterechte kritiek », *N.F.M.*, 2009, p. 103 ; Y.-H. LELU, « Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in J.-F. TAYMANS et N. BAUGNIET (éd.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 79-94 ; L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux comme éléments de planification successorale », *Comptabilité et fiscalité pratiques*, 2006, p. 179 et « Planification successorale par le biais des contrats de mariage », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, op. cit., pp. 61-78 ; A. VERBEKE, « Huwelijksvaordelen. Een tweede Antwerpse Mijpaalarrest », *I.E.P.*, 2008, liv. 4, p. 279 ; L. WEYTS, « Een toebedeling van gemeenschap aan slechts een echtgenoot: is dit een ontsnappingsroute aan artikel 5 W. Succ. met een boobytrap of is het een veilig pad ? », *T. not.*, 2005, p. 4.

³⁷ La totalité de ceux-ci ayant été par MM. BARBAIX, GEELHAND DE MERXEM et VERBEKE, notamment in *Huwelijksvaordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010.

³⁸ Not. : C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisslaule », op. cit., pp. 477-478 ; W. PINTENS, C. DECLERCQ, J. DU MONGH, K. VANWINGELEN, *Familiaal vermogensrecht*, op. cit., p. 349, n° 640.

21. Il est vrai que les travaux préparatoires de la loi de 1976 ne laissent pas de doute sur la volonté du législateur d'avoir inséré ces précisions, absentes de l'équivalent ancien de ces dispositions, en faisant référence à la validité de la clause³⁹. Il ne s'agit donc pas d'une inadvertance⁴⁰.

Cependant, cette précision peut s'expliquer comme une réaction à une controverse ancienne et persistante au sujet de la validité des clauses de partage inégal au profit d'un époux prédéterminé et sans condition de survie, validité majoritairement soutenue par la doctrine et la jurisprudence anciennes, mais qui était questionnable en opportunité à une époque où le régime matrimonial était immuable⁴¹.

22. L'essentiel est que la loi érige en règle l'autonomie de la volonté (art. 1387, C. civ.) et qu'une autre disposition concrétisant de manière exemplative cette liberté contractuelle en régime légal, issue de la réforme de 1976, ne porte pas de condition de survie (art. 1451, al. 2, 3° et 4° phrase, C. civ.). Cette condition n'est donc pas prescrite par la loi, ni à peine de nullité de l'avantage matrimonial, ni à peine pour celui-ci d'être privé du régime des avantages matrimoniaux.

On soulignera que le législateur français a expressément interdit les (seules) clauses d'attribution intégrale sans condition de survie (art. 1524 C. civ., C. civ.), et que par conséquent, en France, toute clause d'attribution sans condition de survie inégale, mais non intégrale est licite et bénéficie du régime des avantages matrimoniaux.

23. S'il devait encore y avoir doute, il faudrait interpréter la loi et déterminer la portée des termes « celui qui surviva ou l'un d'eux s'il survit » des articles 1457 et 1461 du Code civil. Limitent-ils cette autonomie contractuelle ?

Rien ne permet de l'affirmer. Après l'entrée en vigueur de la loi de 1976, les auteurs se sont divisés et une majorité a soutenu la validité des clauses unilatérales sans condition de survie⁴². À juste titre : les articles 1457 et 1461

³⁹ Rapport Baert, *Doc. Parl. Sénat*, 1974, n° 683/2, p. 264 ; Avis du conseil d'état sous la Proposition de loi initiale, *Doc. Parl. Sénat*, 1964-65, n° 138, p. 216.

⁴⁰ *Contra* à tort : L. WEYTS, « Een toebedeling van gemeenschap aan slechts een echtgenoot: is dit een ontsnappingsroute aan artikel 5 W. Succ. met een boobytrap of is het een veilig pad ? », op. cit., p. 5, n° 7.

⁴¹ Not. et avec une synthèse et les opinions minoritaires : A. VANISTENBÉEC, « Interprétation de contrat de mariage. Attribution de toute la communauté à l'un des époux ou à ses héritiers. Validité. Droit civil. Droit fiscal (successions) », *Revue pratique du notariat*, 1911, p. 212. Pour plus de détails : R. BARBAIX, « Het sterfhuissbeding. Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvaordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 52, n° 24.

⁴² Not. et avec d'autres références : L. ROUSSEAU, « Les régimes en communauté. Les clauses de liquidation », in M. GRÉCOIRE (éd.), *Les contrats de mariage*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 309. R. BARBAIX

ne sont pas impératifs, encore moins d'ordre public, tandis que l'article 1429 supporte des dérogations⁴³. Ces dispositions ne limitent donc pas l'autonomie de la volonté, par opposition à l'article 1524, alinéa 1^{er} du Code civil français, précité. L'article 1451 non plus, même s'il évoque le décès. Il ne porte pas l'exigence d'une condition de survie, qui concerne l'ordre des décès, et établit une liste exemplative des modifications possibles d'un régime en communauté. Il permet notamment des attributions « à l'un des époux » en cas de dissolution du mariage « par le décès d'un des époux ». La mention du décès signale que celui-ci déclenche l'application de la clause, mais non que l'époux attributaire doive nécessairement être le « survivant ». L'attributaire peut être nommément désigné et ne doit même pas être « en vie » (clause de la « mortuaire » – *in fine*, n° 40).

Enfin, l'article 334ter du Code civil qui prescrit la déchéance d'avantages matrimoniaux en cas de conception d'un enfant adultérin n'évoque pas la condition de survie et l'article 1459, qui prescrit le maintien des avantages matrimoniaux « pour le cas de survie » en cas de dissolution du régime par une séparation de biens, n'implique évidemment pas que cette condition soit prescrite à peine de nullité de ceux-ci.

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2001⁴⁴ qui exclut l'apport en communauté du champ d'application de l'article 299 (ancien) du Code civil frappant de déchéance en cas de divorce les « avantages » consentis entre époux, il est invoqué par certains auteurs⁴⁵ à l'appui de la nécessité d'une condition de survie parce que la Cour y énonce qu'« il y a lieu d'entendre par avantages au sens de cette disposition, d'une part, toutes les donations entre époux et, d'autre part, les avantages *constituant simultanément des droits de survie* (nous soulignons), à savoir les dispositions faites par préciput et les dispositions de partage inégal de la communauté ». Ce disant, la Cour précise seulement le domaine d'une déchéance qui concerne aussi des libéralités au sens strict. Elle désigne, pour les opposer à l'apport et aux donations

signale une modification de position en ce sens chez L. RAUCENT, entre la seconde et la troisième édition de son traité (*Les régimes matrimoniaux*, Cabsy, Louvain-la-Neuve, 1986, p. 288, n° 350). Dans le même sens: H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *op. cit.*, p. 292; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, pp. 86-87.

⁴³ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 278, n° 226.

⁴⁴ Cass., 23 novembre 2001, E.J. 2002, 27, note K. VANWINCKELEN, *Rev. not. b.*, 2002, 318, note Cl. GIMÉNEZ et R.G.D.C. 2003, 242, note W. PINTENS.

⁴⁵ J. DU MONGH, « Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtigheid blijft geboden », *op. cit.*, p. 500, n° 12; C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *op. cit.*, p. 481 (citant J. DU MONGH); W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, *op. cit.*, pp. 349-350, n° 640.

entre époux, des clauses de partage inégal qui généralement sont stipulées sous conditions de survie. Elle aurait pu améliorer sa formulation, car ces clauses ne sont pas toujours stipulées sous cette condition. Quoi qu'il en soit, la Cour n'était pas saisie d'un moyen relatif à la portée de la condition de survie et l'on ne peut inférer de cet arrêt aucune conséquence quant à celle-ci⁴⁶. Au contraire, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 23 novembre 2005, portant également sur l'article 299 (ancien), lie la notion d'avantage matrimonial au fonctionnement ou à la composition du régime matrimonial, sans référence à la condition de survie, faisant même expressément la différence entre les avantages matrimoniaux sous et sans condition de survie⁴⁷. Les clauses unilatérales et/ou sans condition de survie sont donc valables et empruntent le régime général des avantages matrimoniaux.

24. Au surplus et en logique, comme l'a démontré M^{me} Barbaix, l'argument emprunté au texte des articles 1457, 1461 et 1429 et à l'ancien droit (art. 1524, al. 1^{er}, C. civ.) ne concerne que la *validité* de la clause et n'est donc pas pertinent quant à son régime, la qualification d'acte à titre onéreux ou gratuit (art. 1458, 1464 et 1465, C. civ.)⁴⁸. On ne peut, en d'autres termes, logiquement soutenir que, si la condition de survie est essentielle, la clause serait *valable*, mais sa qualification différente de celle des avantages matrimoniaux sous condition de survie⁴⁹.

Section 2

La partie de l'avantage matrimonial imputée sur la quotité disponible serait une donation au sens strict

25. Tant à propos des clauses unilatérales sans condition de survie qu'à propos des clauses de participation aux acquêts greffées sur un régime séparatiste, la doctrine minoritaire soutient que la partie de l'avantage matrimonial que la loi « considère comme une donation » est une donation sur le plan civil,

⁴⁶ Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, p. 86. Dans le même sens: R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 77, n° 71. Sur la spécificité de l'article 299 par rapport à la théorie des avantages matrimoniaux: H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », *op. cit.*, p. 85.

⁴⁷ C.A., 23 novembre 2005, N.E.M., 2006, 186, note C. CASTELEIN et M. MUYLLE et R.W., 2006-2007, 397, note M. MUYLLE. Voy. en particulier l'arrêt rendu B.4.2.

⁴⁸ R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, pp. 55-56, n° 30.

⁴⁹ Plusieurs auteurs reconnaissent pourtant la validité des clauses sans condition de survie, mais contestent seulement leur qualification: C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *op. cit.*, p. 482; C. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensrebel », in *Patrimonium 2007*, Antvers, Intersenda, 2007, p. 58, n° 98.

plus précisément une donation indirecte⁵⁰. Une partie de la doctrine minoritaire⁵¹ en déduit notamment, sur le plan fiscal, la possibilité d'une taxation de cette partie de l'avantage matrimonial sur la base de l'article 2 du Code des droits de succession.

Ni la thèse ni la déduction faite en droit fiscal ne sont conformes au droit.

§ 1. Un avantage matrimonial n'est jamais une donation

26. Quant à la thèse principale, au plan civil, la loi pourrait ne pas être claire et devrait être interprétée si l'on estimait qu'il y a peu de différence entre les mots « considérer » et « être ».⁵²

Ce n'est pas notre avis. La loi ne manque pas de clarté : aucune disposition légale ne qualifie de donation un avantage matrimonial et lui applique le droit commun des libéralités. Les termes « considéré comme une donation » (art. 1458, al. 2 et art. 1464, al. 2, C. civ.) impliquent que l'objet « considéré » tel ne l'est pas. Et l'article 1465 ne contient pas le terme « donation », tout en prescrivant les mêmes effets que les articles 1458, alinéa 2 et 1464, alinéa 2.

27. L'interprétation du texte prétendu peu clair appelle une recherche de la volonté du législateur. Or celui-ci n'a certainement pas voulu qualifier une partie de l'avantage en donation au sens strict, mais seulement protéger les enfants en leur qualité d'héritiers réservataires.

Les travaux préparatoires contiennent des indications en ce sens⁵³. Surtout la jurisprudence⁵⁴ et la doctrine postérieures à l'entrée en vigueur de la loi de 1976, donc avant les controverses récentes, lorsqu'elles ont interprété les termes « considéré comme une donation », ont retenu une qualification légale objective subordonnée à deux conditions, ne requérant jamais la preuve d'un *animus donandi*⁵⁵, et n'emportant que certains effets d'une libéralité⁵⁶.

⁵⁰ Not. C. De Wulp, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *op. cit.*, pp. 473-477.

⁵¹ Not. J. Du MONGH et C. DECLERCQ, « Secundair huwelijkvermogensreel », in W. PIJNENS (ed.), *Patrimonium* 2009, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 44 et 5, n° 77. Implicitement: Ph. DE PAGE, « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits de succession », *J.D.F.* 2008, p. 114, n° 28.

⁵² N. GEEHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding. Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoor- delen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 274, n° 174.

⁵³ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, op. cit., p. 275, n° 225 (art. 1464, al. 2: « donation » - mis entre guillemets par l'auteur) et p. 283, n° 230 (art. 1465: « un effet de donation (...) un effet de donation, et non une forme de libéralité testamentaire » - italiques et guillemets par l'auteur).

⁵⁴ Not. L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 3^e éd., 1988, p. 300, n° 364.

⁵⁵ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, op. cit., p. 275, n° 225 (art. 1464, al. 2: « donation » - mis entre guillemets par l'auteur) et p. 283, n° 230 (art. 1465: « un effet de donation (...) un effet de donation, et non une forme de libéralité testamentaire » - italiques et guillemets par l'auteur).

La Cour de cassation française s'est prononcée en ce sens sur la qualification donnée, en termes similaires, par l'article 1527, alinéa 2 du Code civil⁵⁷. La cour d'appel d'Anvers confirme cette interprétation dans son arrêt du 24 juin 2008.

Il serait, accessoirement, difficilement conciliable avec le droit commun des contrats: qu'une convention à titre onéreux, l'avantage matrimonial, change pour partie de qualification à la dissolution du régime⁵⁸, de surcroît en raison de circonstances non entièrement dépendantes de la volonté des parties (présence ou absence d'enfants, naissance d'un enfant adultérin après le mariage⁵⁹). Une disposition expresse est à tout le moins nécessaire à cet effet. Il serait également absurde, voire inconstitutionnel, de devoir appliquer à une partie de l'avantage matrimonial seulement, dans les cas visés aux articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2 et 1465 du Code civil, d'autres règles du droit des libéralités que l'imputation sur la quotité disponible et la réduction, par exemple la révocation pour ingratitude (art. 955, C. civ.)⁶⁰.

28. La qualification légale objective emporte que, à concurrence de certaines valeurs, certains avantages matrimoniaux sont soumis à certaines règles applicables aux donations: 1. l'imputation sur la quotité disponible; 2. la réduction éventuelle.

Objective, cette qualification implique qu'il en sera ainsi même si *in specie* aucun *animus donandi* entre époux n'est prouvé, par exemple si les clauses ont pour but unique une protection économiquement justifiée du conjoint survivant. Réciproquement, la partie de l'avantage matrimonial non « considérée comme une donation » demeure une convention de mariage à titre onéreux même si *in specie* un *animus donandi* pourrait être prouvé.

Dans les deux cas cette qualification est donnée à la seule fin de ménager un équilibre entre les droits du conjoint survivant et ceux des enfants communs ou non (*supra*, n° 11).

Il faut par conséquent qualifier toute clause de partage inégal d'avantage matrimonial *pour le tout*, et maintenir cette qualification même si une partie de son objet est soumise à certaines règles du droit des libéralités. Il y a donc

⁵⁷ Cass. Fr. 6 mai 1997, *Defr.*, 1997, art. 36640, p. 1086, note G. CHAMPENOIS et Bull., 1997, I, p. 98, n° 146.

⁵⁸ Sur la nécessité de qualifier un contrat au jour de sa conclusion: R. BARBAIX, « Koekoelkinderen in het familiaal vermogensrecht », *op. cit.*, pp. 50-51, n° 74. Sur le principe d'unité de qualification: N. GEEHAND-DE-MERXEM, « Het sterfhuiscbeding: fiscale aspecten », *op. cit.*, p. 155, n° 118.

⁵⁹ L'article 1465, modifié par la loi du 10 mai 2007, permet à un enfant adultérin né pendant le mariage de se prévaloir de la qualification objective (*supra*, n° 12). La présence de biens apportés au patrimoine commun (art. 1458, al. 2; art. 1464, al. 2) est dépendante de la volonté des parties.

⁶⁰ R. BARBAIX, « Het sterfhuiscbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, n° 51, p. 68.

des avantages matrimoniaux qui conservent en toute hypothèse cette qualification, mais dont une partie est imputable et éventuellement réductible⁶¹. Cette partie, ci-après dénommée « l'excédent », équivaut à la moitié de la valeur de l'apport (art. 1458, al. 2 et art. 1464, al. 2, C. civ.) ou à la totalité de la part supérieure à la moitié du patrimoine commun (art. 1465, C. civ.) (*supra*, nos 11 et s.).

§ 2. Un avantage matrimonial n'est pas imposable sur la base de l'article 2 du Code des droits de succession

29. Quant à la déduction inférée de cette thèse sur le plan fiscal, elle manque aussi en droit : l'excédent n'est pas imposable sur la base de l'article 2 du Code des droits de succession contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine, et certaine jurisprudence en matière fiscale⁶², ni sur la base de l'article 7 du même code (*infra*, n° 48).

30. L'article 2 du Code des droits de succession, d'interprétation restrictive comme toute disposition fiscale⁶³, n'impose que les biens transmis en vertu des règles de la dévolution légale, d'une disposition de dernière volonté ou par institution contractuelle⁶⁴. Or l'excédent n'est pas une donation. Il est encore moins une institution contractuelle.

Une institution contractuelle entre époux est une libéralité par laquelle un époux dispose sur ses biens propres ou sa part dans la communauté, c'est-à-

⁶¹ Pour une précision terminologique marquant le maintien de la qualification d'avantage matrimonial à la totalité de la clause : « *aanrekenbaar of niet-aanrekenbaar huwelijksoverdeel* » (R. BARBAIX, « Het sterfhuisbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 68, n° 50) ; « *avantage matrimonial partiel et imparfait – onvolkomen of volkomen huwelijksoverdeel* » (A. VERBEKE, « *Huwelijksoverdelen. Een tweede miljoenarrest* », *op. cit.*, pp. 285-286 et « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 155 ; dans le même sens : R. DEKERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht, IV, Anvers, Intersentia*, 2010, p. 227, n° 350).

⁶² Outre la doctrine minoritaire précitée, voy. not. en ce sens : Civ. Hasselt, 18 octobre 2006, précité, réformé par Anvers, 24 juin 2008, précité ; Décision administrative du 6 décembre 2004, précitée ; A. MAYEUR, Régime matrimonial de la communauté – apport de biens propres à l'un des époux – clause d'attribution inconditionnelle du patrimoine commun à l'autre époux – donation à l'attributaire de la moitié des biens propres apportés – article 5, C. succ. inapplicable – mais, lors du décès de l'époux qui en a fait l'apport, imposition de la moitié des biens apports au titre d'institution contractuelle par le défunt à son conjoint survivant (art. 2, C. succ.), *Droits de succession*, 2005, pp. 4-5 (et le titre de la contribution) ; implicitement : Ph. DE PAËE, « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits de succession », *J.D.F.*, 2008, p. 114, n° 28.

⁶³ Voy. à ce sujet : A. CULOT, « Droits de succession et de mutation par décès. Taxe compensatoire des droits de succession », in *Répertoire notarial*, XV/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 219, n° 6. Sur le fait que ce principe s'applique *a fortiori* aux dispositions contenant des fictions (art. 4-14) : N. GEELEHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding: fiscale aspecten », *op. cit.*, pp. 127-128, n° 8-11.

⁶⁴ Pour plus de détails, A. CULOT, « Droits de succession et de mutation par décès. Taxe compensatoire des droits de succession », *op. cit.*, pp. 232-235, n° 4-156.

dire des biens faisant partie de sa succession⁶⁵. Ne font pas partie de cette succession les biens transmis au conjoint par la liquidation du régime matrimonial, toujours préalable à celle de la succession. Et nul ne conteste que les règles de partage égal du régime légal ou de participation aux acquêts sur régime séparatiste sont appliquées dans cette première phase⁶⁶. En outre, l'existence d'une institution contractuelle suppose la preuve d'une intention libérale, alors que la qualification de l'excédent en donation est objective, sans nécessité d'une telle preuve, quels que soient les motifs qui ont animé les époux.

31. Faut-il distinguer quant à la possible application de l'article 2 selon que l'excédent imputable est réduit ou non ? Pas de l'avis d'une doctrine autorisée à laquelle nous nous rallions.

- Si l'excédent est imputable, *mais non réduit* (en raison de l'ampleur de la quotité disponible) il n'a certainement jamais fait partie de la succession de l'époux prémourant. Il ne saurait en outre être taxé isolément sur la base de l'article 5, car, outre l'absence de condition de survie, une autre condition prescrite par cet article n'est pas remplie : la clause ne peut être « sujette aux règles relatives aux donations »⁶⁷. Or tel est bien le cas de l'excédent : il est régi par certaines règles du droit des libéralités.

- Si par contre l'excédent *est réduit*, contrairement à une opinion répandue, contredite par M. Geelhand de Merxem, la même conclusion s'impose. Ni la partie réductible ni la partie imputable ne sont taxables parce qu'elles ne proviennent ni de la succession (civile) du prémourant (art. 1, C. succ.) ni d'une dévolution par institution contractuelle (art. 2, C. succ.)⁶⁸.

⁶⁵ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions – Précis de droit civil*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 66, n° 37.

⁶⁶ N. GEELEHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding: fiscale aspecten », *op. cit.*, p. 150, n° 98 et les nombreuses références citées ; comp. : Ph. DE PAËE, « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits de succession », *J.D.F.*, 2008, p. 114, n° 28 (« Et cette donation se trouve bien dans un contrat de mariage... »).

⁶⁷ En ce sens : H. CASMAN et A. VERBEKE, « Belastbaarheids van huwelijksoverdeelsrechtelijke verkrijgingen », *N.F.M.*, 2007, p. 3-4.

⁶⁸ Pour une démonstration convaincante, motif pris notamment de ce que ces concepts (succession, donation...) doivent être interprétés au sens civil *in fiscalibus* et ne peuvent viser que la succession « réelle » et non la succession « fictive » telle que constituée par les fictions des articles 4 à 14 du Code des droits de succession : N. GEELEHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding: fiscale aspecten », *op. cit.*, pp. 163-166, n° 147-156 (révisant une opinion antérieure). Un argument en ce sens est le fait que l'article 2, al. 2 dispose explicitement que des droits de succession sont dus sur les masses successorales « fictives » – c'est donc qu'elles ne peuvent l'être sur la base de l'article 1^{er} à défaut de constituer des masses successorales « civiles ». Le Comité d'études et de législation s'est prononcé en sens contraire (Dossier n° 4374bis, précité, p. 124) avec une large doctrine (not. : Ph. DE PAËE et I. DE STÉFANI, « Les

32. La tendance actuelle de l'Administration fiscale à appliquer l'article 2 à défaut de pouvoir appliquer l'article 5 procède d'abord d'une volonté de tenter de « récupérer » ce qui échappe à l'impôt en raison de la formulation de cette dernière disposition certainement applicable aux avantages matrimoniaux.

Elle s'inscrit aussi, sans s'en démarquer suffisamment, dans une ancienne pratique et une jurisprudence antérieure à la réforme du droit des régimes matrimoniaux, qui qualifiaient de donation ou d'institution contractuelle le produit de l'ancienne action en retranchement (art. 1525, al. 2 anc., C. civ.)⁶⁹. De fait, les biens faisant l'objet de cette action pouvaient être considérés comme faisant partie de la succession du prémourant et non de la communauté à liquider préalablement. Actuellement, au contraire, l'excédent ne fait pas l'objet d'une reprise analogue au « retranchement », mais d'une réduction. En outre et surtout, il est véhiculé par une clause de liquidation d'un régime matrimonial.

L'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 24 juin 2008 qui consacre la thèse majoritaire a fait l'objet d'un pourvoi en cassation à l'initiative de l'Administration. Joint à la critique doctrinale minoritaire, celui-ci accroît l'impression d'insécurité juridique, un ressenti exagéré (*infra*, n^{os} 52-53).

Section 3

Les avantages matrimoniaux ne pourraient être stipulés qu'en régime à base communautaire et la théorie des avantages matrimoniaux ne pourrait être étendue par analogie

33. Selon une minorité de la doctrine, la théorie des avantages matrimoniaux n'est applicable qu'en régime à base communautaire, voire qu'à un « bien commun »⁷⁰. Certains auteurs en déduisent, non sans paradoxe, que les articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2 et 1465 ne pourraient être appliqués

par analogie à une clause de participation aux acquêts inégale ou portant sur des biens propres corrigeant un régime à base séparatiste. Par cet argument de nature à exclure toute possibilité de corriger de cette manière un régime séparatiste, ils ne remettent cependant en doute que leur *qualification objective* d'acte à titre onéreux⁷¹. Ils reconnaissent en effet leur *validité*, avec une doctrine unanime⁷². Très récemment toutefois, des auteurs estiment pouvoir y découvrir un pacte successoral prohibé, à tort⁷³.

L'argument principal de la doctrine minoritaire est à nouveau lexical et méthodologique: l'application de la théorie des avantages matrimoniaux ne serait prescrite par aucune disposition expresse du Chapitre IV consacré à la séparation de biens⁷⁴, tandis que l'application par analogie de la théorie des avantages matrimoniaux serait interdite parce que les dispositions des

⁷¹ Not. C. DECLERCK, « Secundair huwelijkvermogensstelsel », in W. PINTENS (éd.), *Patrimonium* 2006, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 127-128, n^o 213.

⁷² Validité qui ne fait aucun doute. Voy. not.: Ph. DE PACE et I. DE STEFANI, « La participation aux acquêts », in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 222 et s.; R. DEKENS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 227, n^o 349; C. DE WULF, J. BAELE, S. DEVOS et H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, vol. 1, Malines, Kluwer, 2003, p. 709, n^o 823; Cl. RENAARD, « Les dispositions générales relatives aux régimes matrimoniaux », in *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux (loi du 14 juillet 1976)*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1976, pp. 199 etc.; A. VENEKE, « La séparation de biens avec conventionnels. Le droit transitoire », *Rép. not.*, t. V, II, Bruxelles, Larcier, p. 129, n^o 1193. Les travaux préparatoires révèlent une très forte et longue hésitation du législateur à réglementer *in extenso* ce régime comme régime conventionnel type, et de nombreux passages explicites dans le sens de sa validité (pour une analyse détaillée: N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verkleenbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, pp. 214-216, n^o 16-17. La clause était considérée valable avant la réforme du droit des régimes matrimoniaux. Voy. not. J. RENAULD, *Droit patrimonial de la famille*, 1. Régimes matrimoniaux, Bruxelles, Larcier, 1971, n^o 1698, p. 947).

⁷³ E. TURRYN, « Het finaal verkleenbeding: een verboden erfvereenkomst », *T. not.*, 2010, 59; plus prudemment, mais dans le même sens: C. DE WULF, « De nieuwe theorie van de huwelijksoordelen – recht of *wifful thinking?* », *T. Not.*, 2009, p. 525, n^o 7; contra not. I. DE STEFANI, « La séparation de biens avec création de participation aux acquêts », in M. GRIÉGOIRE (éd.), *Les contrats de mariage, op. cit.*, pp. 85-87. A tort parce que si le quantum de la créance n'est pas déterminé et peut, si le contrat de mariage ne contient pas de clauses y palliant, être influencé par le comportement et la gestion de chaque époux (alléguons, donations...), ce quantum est irrévocablement déterminable, de sorte que chaque époux s'est définitivement engagé à propos de biens de son patrimoine. Subséquentement chaque époux s'est engagé non sur des biens devant composer sa succession, mais sur sa part en valeur dans les acquêts, c'est-à-dire des biens actuels, constituant une communauté comprable dont la liquidation précède celle de la succession, comme en régime à base communautaire. Pour une réfutation complète: N. GEELHAND DE MERXEM, « Waarom het finaal verkleenbeding geen verboden erfvereenkomst (met nadere effecten) is », à paraître in *Handboek voor estate planning. Bijzonder deel*, Bruxelles, Larcier, 2010.

⁷⁴ Not. C. DE WULF, « Een kritische doorkijk van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *op. cit.*, p. 471; L. VOISIN, « Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de biens », *op. cit.*, p. 343, note 15.

avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *Rev. Not. belge*, 2002, p. 283, n^o 19; A. VENEKE, « Huwelijksoordelen », *T.E.P.*, 2008, p. 101).

⁶⁹ V. DESHALLIEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 729, note 99; G. DEKNUDT et S. SEVENS, « Fiscale behandeling van voordelen tussen echtgenoten bij huwelijkcontract. Analyse van de artikelen 2 en 5 W.succ. », *op. cit.*, pp. 221-226, spéc. pp. 226 et s., n^o 6 et s.; N. GEELHAND DE MERXEM, « Het sterfhuisbeding: fiscale aspecten », *op. cit.*, pp. 148-149, n^o 87-89 et les références citées.

⁷⁰ Voy. not. C. DE WULF, « Een kritische doorkijk van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *op. cit.*, p. 471; W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, « Huwelijksoordelen in scheidings – en participatiestelsels. Tussen droom en daad », in *Patrimonium* 2009, p. 395, n^o 2 et p. 396, n^o 3.

articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2 et 1465 seraient d'interprétation restrictive, dérogeant au droit commun des libéralités⁷⁵.

Cet argument manque en droit.

34. Les articles 1466 à 1469 réglementent la séparation de biens *pure et simple* et constituent un (non) régime matrimonial supplétif et/ou à corriger. L'absence de réglementation exprime des avantages matrimoniaux au sein ou autour des articles 1466 à 1469 du Code civil n'est pas décisive pour interdire leur stipulation conventionnelle (art. 1387, C. civ.). Ceci étant déjà avec certitude leur *validité*, pas encore leur *régime*.

Un consensus existe en doctrine à propos de trois questions pouvant se poser à propos des avantages matrimoniaux en régime séparatiste :

- Des avantages matrimoniaux peuvent-ils *exister* en régime séparatiste *pur et simple*? La réponse est affirmative, compte tenu de la définition de ceux-ci (*supra*, n° 6). Certains transferts de patrimoine dans un tel régime sont des avantages matrimoniaux générés par le fonctionnement du régime matrimonial ou par le jeu de certaines clauses (ex. transferts de propriété par l'effet de présomptions de propriété)⁷⁶. Ces transferts ne sauraient cependant être qualifiés objectivement d'actes à titre onéreux, mais pourraient l'être, ou non, au gré des circonstances et de *l'animus donandi* à prouver⁷⁷. Cette thèse est toutefois contestée par M^{me} Casman⁷⁸, à juste titre si l'on qualifie l'avantage matrimonial au regard de son objet (*acquêts*) et non au regard du régime sur lequel il opère. La jurisprudence récente distingue d'ailleurs entre propres et acquêts lorsqu'elle arbitre des demandes de restitution entre époux à l'occasion d'investissements disproportionnés : elle accueille celles-ci

moins favorablement lorsque le financement provient d'acquêts (revenus, économiques) que lorsqu'il provient de biens personnels (capitaux antérieurs au mariage ou issus de libéralités)⁷⁹.

- La théorie des avantages matrimoniaux s'applique-t-elle (nécessairement par analogie...) aux clauses de partage inégal d'une société ou d'une communauté d'acquêts, bref de tout *patrimoine commun interne ajouté* à une séparation de biens? La réponse est affirmative, depuis longue date⁸⁰.

- Le régime de séparation de biens pure et simple peut-il être *valablement* corrigé par un mécanisme interne, la participation aux acquêts? La réponse affirmative a déjà été donnée.

35. La doctrine n'est donc divisée qu'à propos du *régime* de ce dernier correctif interne en valeur d'une séparation de biens pure et simple : peut-on y étendre, par analogie, la théorie des avantages matrimoniaux?

Aucun texte légal ne le prohibe, pas plus qu'il n'est interdit d'appliquer par analogie une disposition légale de nature exceptionnelle pour autant que ce soit dans la mesure de sa raison d'être⁸¹.

La raison d'être de la théorie des avantages matrimoniaux – une protection pondérée des intérêts du conjoint survivant et des héritiers réservataires – doit être rencontrée pour tout partage, en nature ou en valeur, d'une masse de biens, réelle ou comptable, communautarisant un régime matrimonial. Tout comme un patrimoine commun au sens strict ou adjoint à une séparation de biens, une masse commune comptable peut contenir (plus exactement valoriser) des acquêts et d'anciens biens propres. Si un juge doit qualifier la nature onéreuse ou libérale d'un partage inégal d'une telle masse, en présence par exemple d'enfants non communs qui invoquent leur réserve héréditaire,

⁷⁵ Ph. DE PAGE et I. DE STÉFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *op. cit.*, p. 279, note 43; Ph. DE PAGE, « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession », *J.D.F.*, 2007, p. 51, n° 22; L. VOISIN, « Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de biens », *ibidem*.

⁷⁶ Ph. DE PAGE, « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession », *J.D.F.*, 2007, p. 49, n° 22. Il n'en va pas de même de ceux opérés indirectement par l'effet de présomptions de compte, dont la doctrine récente s'accorde pour considérer qu'elles ne peuvent priver un époux du droit d'établir des comptes (voy. not. Ph. DE PAGE, « Le compte de récompenses et son alléatoire réglement conventionnel », in W. PHRITS (éd.), *Patrimoine 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 216 et 217, n° 12 et 13; A. NOTTET, « Le droit patrimonial des couples », *Chron. Not.*, 2008, vol. 48, p. 232, n° 74.

⁷⁷ Not. Ph. DE PAGE et I. DE STÉFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *op. cit.*, p. 279, n° 13.

⁷⁸ H. CASMAN, « Op zoek naar de draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen – of zouden het aanwinstenvoordelen moeten zijn? », *op. cit.*, p. 97, n° 38; R. DEKORERS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350 et la note 421.

⁷⁹ Gand, 27 mai 2004, R.G.D.C., 2006, 372 et *Rev. trim. fam.*, 2007, 319, somm.; A. NOTTET, « Le droit patrimonial des couples », *op. cit.*, p. 257, n° 91 et p. 263, n° 96; Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE (éds.), *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés*, Malines, Kluwer, 2002, pp. 49-50, n° 10.

⁸⁰ Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, 504, note Ph. PIRON; Ph. DE PAGE et I. DE STÉFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *op. cit.*, p. 277, n° 9, note 20; Ph. DE PAGE, « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession », *J.D.F.*, 2008, p. 110, n° 22; L. ROUSSEAU, « Planification successorale par le biais des contrats de mariage », in N. BAUGNIET et J.-F. TAYMANS (éds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 78; Ph. PIRON, « La séparation de biens avec société d'acquêts », in *Répertoire Notarial*, VIII, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 1116 et 1170; A. VERBEKE, *La séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équilibrée*, Malines, Kluwer, 1997, n° 75, p. 56.

⁸¹ Pour plus de détails : N. GRELHARD DE MERXEM, « Le juge aux prises avec la lettre et l'esprit de l'article 909 du Code civil », note sous Liège, 3 mai 1988, R.C.J.B. 1991, pp. 118 et s. et les références citées.

il est tenu de se prononcer⁸² et doit combler la lacune du régime séparatiste (art. 1466 à 1469, C. civ.). Il doit alors appliquer la théorie des avantages matrimoniaux telle que réglementée en régime communautaire aux biens communautarisés par stipulation contractuelle des époux.

Il y a en effet une analogie bien plus forte entre une masse commune en valeur et un patrimoine commun au sens strict, qu'entre un régime séparatiste communautarisé et une séparation de biens pure et simple⁸³. À cela s'ajoute une parfaite analogie économique : que la masse commune soit comptable ou réelle, elle est affectée à concurrence des acquêts à la protection des époux et du conjoint survivant, en ménageant les intérêts des héritiers réservataires si autre chose ou plus que la moitié des acquêts est transmise⁸⁴. Seule la séparation de biens pure et simple pourrait en théorie ne pas bénéficier de la position du régime des avantages matrimoniaux, parce que les époux n'ont pas exprimé de volonté contractuelle d'association économique.

La jurisprudence⁸⁵ et la doctrine⁸⁶ belge acceptent cette application par analogie en régime séparatiste corrigé.

Telle est aussi la position de la doctrine française largement majoritaire⁸⁷. Celle-ci est particulièrement pertinente pour valider l'interprétation par analogie, car, en France, le Code civil réglemente la participation aux acquêts (art. 1569 à 1581, C. civ.), mais ne contient au sein de ce régime aucune disposition ni référence expresse à la théorie des avantages matrimoniaux (art. 1525 à 1527, C. civ.).

⁸² À peine de déni de justice: N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 246, n° 106 et p. 249, n° 112.

⁸³ En ce sens: N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding: weerlegging van een onterechte kritiek », *op. cit.*, p. 117, n° 44.

⁸⁴ A. VERBEKE, « Algemeen kader der huwelijksvoordelen », in R. BARBAIX, N. GEELHAND DE MERXEM et A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 11, n° 20.

⁸⁵ Anvers, 5 octobre 2004, précité.

⁸⁶ En ce sens, not.: A. CULOOT, « Séparation de biens avec société d'acquêts et séparation de biens avec participation aux acquêts. - Incidences en matière de droits de succession », *Rec. gén. entr. not.*, 1997, 54; Ph. DE PACÉ, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, pp. 342-343, n° 265 et « Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession », *J.D.F.*, 2007, p. 51, n° 22; non sans contradiction: L. VOISIN, « Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de biens », *op. cit.*, p. 349. Et même en régime de séparation de biens pure et simple: R. DEKIEUS et H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350.

⁸⁷ Not.: J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, A. Colin, 2001, p. 668, n° 718; F. TENRE et Ph. SIMLEN, *Les régimes matrimoniaux*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 709, n° 860.

36. Par l'absurde, l'exclusion de l'analogie aurait pour conséquence, admise par certains auteurs, de renvoyer la qualification des avantages matrimoniaux au droit commun des obligations⁸⁸.

À tort parce que le droit commun des régimes matrimoniaux est le régime légal (art. 1390, C. civ.⁸⁹) et tout régime communautaire lacunaire ou incomplet est pallié par celui-ci (art. 1451, al. 3, C. civ.).

En outre, l'application du droit commun obligerait à qualifier « au cas par cas » chaque clause de participation négative aux acquêts pour en déterminer la nature libérale ou onéreuse, selon la preuve d'un *animus donandi* ou d'un aléa⁹⁰. Une telle thèse « institutionnalise » l'insécurité juridique⁹¹, et paradoxalement découle de l'argumentaire déployé par une doctrine minoritaire contestant, au nom de cette sécurité juridique, la validité ou le régime des clauses unilatérales ou de participation⁹².

37. Non seulement l'extension par analogie des articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2 et 1465 est permise et imposée, elle est en outre conforme à la volonté du législateur. Selon certains auteurs⁹³, le législateur aurait voulu maintenir le lien entre la notion d'avantage matrimonial et celle de bien commun, et non lui préférer celle d'acquêt.

Mais les travaux préparatoires ne révèlent aucune volonté en ce sens. Le législateur n'a ni voulu proscrire ni voulu proscrire l'application de la théorie des

⁸⁸ En ce sens, not. C. DECLERCK, « Secundair huwelijksvermogensstelsel », in W. PINTENS (é.d.), *Patrimonium 2006*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 127, n° 213.

⁸⁹ R. DEKKERS et H. CASMAN, *Le* et la note 419. Certes l'article 1390 ne renvoie qu'au chapitre II, alors que la théorie des avantages matrimoniaux figure au chapitre III. Il n'est cependant pas nécessaire de fonder l'interprétation par analogie sur une disposition expresse. En outre, l'article 1390 n'est certainement pas de nature à interdire l'application par analogie de dispositions du chapitre III (A. VERBEKE, « Algemeen kader der huwelijksvoordelen », *op. cit.*, p. 12, n° 21). Contra dans une autre controverse: D. PIGNOLET, « De waardering van vergoedingsrechten en schuldvoordelingen », in W. PINTENS (é.d.), *Patrimonium*, 2010, Anvers, Intersentia, 2010, p. 192, n° 25. Comp. également C. DECLERCK « Secundair huwelijksvermogensstelsel », *Patrimonium*, 2010, p. 37, n° 58.

⁹⁰ L. VOISIN, « Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de biens », *op. cit.*, p. 344. La référence au caractère aléatoire de la clause par la cour d'Anvers du 5 octobre 2004 est un *obiter dictum* dans un motif qui traite de l'assimilation économique entre la clause « comme si » et une communauté universelle, toujours à titre onéreux à l'intérieur des plafonds précités (dans le même sens: M. DELOO et G. DEKRUOT, *op. cit.*, p. 387). Ce n'est certainement pas l'aléa qui fonde la gratuité des avantages matrimoniaux, car le caractère onéreux d'un préciput nominatif, par exemple, n'est pas contestable (art. 1458, al. 1^{er}).

⁹¹ A. VERBEKE, « Algemeen kader der huwelijksvoordelen », *op. cit.*, pp. 13-14, n° 25.

⁹² C. DE WULF, « De nieuwe theorie van de huwelijksvoordelen - recht of *wisful thinking* », *op. cit.*, p. 525, n° 6; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELLEN, *Familiaal vermogensrecht*, *op. cit.*, p. 349, n° 640.

⁹³ C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *op. cit.*, p. 471, note 15.

avantages matrimoniaux quand il s'apprêtait à régler expressément le régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts. Son projet contenait la possibilité d'un partage inégal, qui n'aurait eu aucun sens s'il n'avait pas été qualifié objectivement à titre onéreux⁹⁴.

38. Enfin, ne pas pallier la lacune législative par voie jurisprudentielle serait discriminatoire⁹⁵. Une doctrine minoritaire le conteste à propos de la clause de participation aux acquêts au motif du choix contractuel⁹⁶, dont la pertinence faiblit en droit patrimonial des couples pour des raisons antérieurement analysées⁹⁷.

Il y a discrimination, car la différence de traitement entre les époux mariés sous des régimes de base différents repose sur un critère – le choix du *mode* de partage *en valeur* d'une masse comptable d'acquêts – sans pertinence avec le but poursuivi par la clause de partage, à savoir la protection du conjoint survivant. Une parfaite identité fonctionnelle existe sur ce plan entre, d'une part, un partage inégal d'un patrimoine commun au sens strict et, d'autre part, un partage inégal d'une communauté comptable. L'un et l'autre appellent une pondération des intérêts respectifs du conjoint survivant et des enfants héritiers réservataires, pour des motifs identiques, qui sont sans lien avec le *mode* de partage. La jurisprudence et la doctrine ne s'y sont pas trompées à propos des séparations de biens communautarisés par adjonction d'un patrimoine

⁹⁴ Amendements de Steehle, *Doc. pari.*, 1974-1975, 683/7, p. 4; Rapport Baert de la sous-commission de la justice, n° 683/2 (annexe), pp. 297 et s. Pour plus de détails: N. GELHAND DE MERXEM, « Het final verkiebening. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 235, n° 77-78. Cet auteur ajoute que le législateur a par contre expressément prescrit cette extension dans le régime des « biens matrimoniaux » proposé un temps comme régime légal, et qui contenait une participation aux acquêts à la dissolution du régime. Il en déduit à juste titre l'absence certaine d'une volonté d'exclure l'analogie.

⁹⁵ Y.-H. LEUW, « Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, p. 92, note 47. Dans le même sens: A. VERBEKE, « Algemeen kader der huwelijksvoordelen », *op. cit.*, p. 12, n° 21. Pour plus de détails: Ch. DECKERS, J. DE HERDT et N. GELHAND DE MERXEM, (Fiscale) *successieplanning "in extremis" in Vlaanderen*, *op. cit.*, n° 369, p. 269.

⁹⁶ Très ferme en ce sens: C. DECLERCK, « Secundair huwelijksvormogensstelsel », in W. PINTENS (é.d.), *Patrimonium* 2006, Anvers, Intersentia, 2006, p. 128, n° 213 et in W. PINTENS (é.d.), *Patrimonium* 2010, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 31-32, n° 56. La doctrine minoritaire s'appuie accessoirement sur la prétendue impossibilité d'appliquer par analogie d'autres institutions communautaires au régime de la séparation de biens, tels l'attribution préférentielle ou le mécanisme des récompenses (art. 1446-1447, art. 1432 et s.). À tort, car ces institutions sont applicables aux régimes séparatistes modalisés par un correctif à finalité communautaire, les seuls en discussion dans la présente problématique (*supra*, n° 34-35).

⁹⁷ C. FONDER et A. VERBEKE, « Een woorden maar daden, in *Gehuwd of niet. Maak het liets uit!* », Anvers, Intersentia, 2005, pp. 507 et s.; Y.-H. LEUW, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, pp. 310-311; B. MOONE, « Variations chromatiques: l'union de fait en noir et blanc », in *Mélanges Adrien Popovici: les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, p. 110-113; A. VERBEKE, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen én onderhandelde aanpak », *T.E.P.*, 2010, p. 98.

commun interne adjoint conférant des droits réels (*supra*, n° 34); la doctrine française non plus à propos des clauses réglementées de participation aux acquêts (*supra*, n° 35). Tout au plus, le choix contractuel (éclairé!) d'une séparation de biens *pure et simple* manifesterait une intention (claire?) de ne pas affecter les acquêts à l'intérêt prioritaire du couple. Ce choix pourrait justifier une différence de traitement quant au régime des avantages matrimoniaux, mais cela aussi est critiquable⁹⁸. En résumé, tout couple qui a fait le choix de communautariser son régime matrimonial, soit en adoptant le régime légal, soit en corrigeant son régime séparatiste, doit être traité de manière identique à un couple d'époux communs en biens quant à l'application de la théorie des avantages matrimoniaux.

Une rupture d'égalité est également dénoncée par les auteurs qui apprécient la portée de la théorie des avantages matrimoniaux en régime *communautaire* au regard du principe constitutionnel d'égalité (*supra*, n° 14 et s.)⁹⁹. Le choix d'assortir ou non une clause de partage inégal d'une condition de survie est effectué par les époux. Or ce choix n'est pas un critère pertinent quant à la détermination du degré de protection accordée aux héritiers réservataires. En effet, si la théorie des avantages matrimoniaux ne s'appliquait pas aux clauses unilatérales, ces héritiers réservataires pourraient « au cas par cas » qualifier de libéralité la *totalité* de l'avantage matrimonial moyennant la preuve d'un *animus donandi*. Or la clause d'attribution unilatérale *sans* condition de survie vise une protection économique du conjoint survivant similaire à celle que poursuit la clause d'attribution *sous* condition de survie, et elle appelle les mêmes correctifs protecteurs des intérêts des héritiers réservataires. Certes ces correctifs sont critiquables *de lege ferenda* et eux-mêmes discriminatoires, mais en aucun cas la balance d'intérêts préconisée *de lege lata* ne saurait varier en fonction d'une modalité contractuelle qui n'est pertinente que dans les rapports entre époux, et qui est objectivement justifiée dans ces mêmes relations.

39. Plus fondamentalement, la prise de conscience de la nécessité d'un traitement égalitaire de tous les couples ayant convenu un mécanisme de communautarisation de leurs acquêts, quel que soit leur régime matrimonial de base, démontre que l'approche restrictive de la notion d'avantage matrimonial, qui le lie au seul régime communautaire, éclipse son véritable fondement, qui tient à son objet plus qu'à ses modalités ou à son régime de base, à savoir la notion d'*acquêt*.

⁹⁸ L'existence d'avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens n'est pas contestée (*supra*, n° 34).

⁹⁹ R. BARBAIX, « Het sterfhuwelijk aspecten », *op. cit.*, pp. 81-84, n° 81-85.

On ne comprendrait guère, en effet, que la qualification à titre onéreux ou la soustraction au régime des donations serait plus liée à la condition de survie ou à l'aliéna qu'à l'objet de la clause, à savoir les fruits de l'association économique conjugale. Les acquêts ont servi du vivant des époux à couvrir les charges du ménage, à dégrever le passif commun, à constituer l'épargne du couple, et ils reviennent « de droit », c'est-à-dire sans intention de donner ni comptes à rendre, à l'un des époux en cas de décès, et en tout cas plus naturellement à lui qu'aux enfants. Le patrimoine commun (après 1976), tout comme une masse comptable d'acquêts, est une copropriété particulière non vouée à être partagée (avec les héritiers du survivant des époux), mais à accroître la part du survivant du couple pour ses besoins personnels primant ceux des enfants.

Chapitre III

Avantages matrimoniaux unilatéraux sans condition de survie (clause de la « mortuaire ») : traitement fiscal de l'excédent en cas de requalification civile d'une partie de l'avantage matrimonial

Section 1

Notion, intérêt et validité

40. La clause dite de la « mortuaire » est une stipulation de partage inégal d'un patrimoine commun¹⁰⁰ au profit d'un conjoint déterminé et sans condition de survie.

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 - il ne faut ni s'en cacher ni le critiquer - elle 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 exigeant la condition de survie.

Cette modalité de partage est stipulée généralement par voie de modification de régime matrimonial sans formalités ni publicité (art. 1394, § 2, al. 2^o jo. et 1396, § 1^{er}, C. civ.) et peut revêtir la forme d'un partage inégal ou (moins fréquemment) d'un préciput. L'important pour bénéficier de l'avantage fiscal est d'exclure la condition de survie.

¹⁰⁰ Au sens strict ou interne adjoind à une séparation de biens (*supra*).

Plusieurs formulations sont rencontrées, la principale étant : « Le patrimoine commun est attribué à l'épouse qu'elle que soit la cause de dissolution du mariage »¹⁰¹. En pratique, elle s'insère dans une programmation patrimoniale « à l'hiver de la vie » et doit son nom macabre au fait qu'elle requiert une probabilité très élevée que le conjoint désigné bénéficiaire sera effectivement le survivant. Elle n'intéresse pas seulement les personnes en situation de « dernière maladie », mais également celles qui envisagent un traitement médical à risques¹⁰². La stipulation *in extremis* est licite tant que le consentement peut être valablement formé et les parties clairement informées.

41. Si l'ordre des décès est inversé, la clause produit des effets totalement inopportuns : si le conjoint « prévu survivant » décède avant le conjoint « prévu prémourant », la sécurité patrimoniale de ce dernier pourra être compromise, car il perdra tout ou partie de sa part dans les biens communs qui seront attribués en pleine propriété aux héritiers du conjoint prévu survivant. Et ce dernier avait peut-être d'autres enfants que ceux issus du couple... Certes le conjoint « prévu prémourant » en conservera l'usufruit, mais devra composer avec les nus-propriétaires.

Une telle situation est à éviter et la clause ne peut donc être conseillée si ladite probabilité n'est pas très forte. D'un point de vue théorique, l'on se trouverait dans une situation de négation totale de la vocation des acquêts à revenir prioritairement au survivant des époux et non aux enfants du couple (ou, pire, aux héritiers du prémourant non issus du couple).

Ce risque civil se double d'un risque fiscal majeur (*infra*, n° 46).

En toute hypothèse il est conseillé de stipuler la clause *optionnelle*, comme toute clause de partage inégal¹⁰³. Si les enfants constatent l'inversion de l'ordre des décès, ils opteront en qualité d'ayants-droits du conjoint prémourant pour le partage égal de la communauté.

¹⁰¹ On y ajoute souvent « (à l'épouse) ou à ses ayants droits », semble-t-il pour accentuer son unilatéralité ; ce n'est pas nécessaire car les ayants droits de l'époux prévu survivant qui décéderait avant l'époux prévu prémourant (*infra*) sont de droit attributaires de sa part dans le patrimoine commun. Comp. : V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 728, n° 31.

¹⁰² On propose de modifier à nouveau le régime matrimonial après l'intervention médicale, ou de stipuler la clause sous condition résolutoire de la bonne santé des deux époux un certain temps après (N. GEHAND DE MIERXEM, « Het sterfhuilbeding: fiscale aspecten », *op. cit.*, p. 142, n° 64, note 155).

¹⁰³ H. CASMAN, « Clause d'attribution optionnelle/clause d'attribution optionnelle moyennant soule », in Y.-H. LELU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 143; D. MICHELS, « Fiscale aspecten van huwelijkscontracten », *Tijds.*, 2007, pp. 431-491, spéc. pp. 460 et s.

42. On ne peut pas non plus exclure en théorie le cas d'un divorce ou d'une séparation de biens judiciaire, encore que dans la majorité des situations où la clause est préconisée, ces hypothèses ne sont guère envisageables.

Mais comme la condition de survie est essentielle, les époux doivent être avertis de ce risque et peuvent ainsi l'accepter en connaissance de cause. La clause libellée « *qu'elle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial* » n'est pas caduque par l'effet du divorce, car les dispositions légales qui prescrivent cette caducité réservent des conventions contraires (art. 299, C. civ.).

43. Comment affiner la rédaction de la clause pour atteindre le double objectif d'exclusion de la condition de survie et d'octroi dans une seule hypothèse, le décès du conjoint prévu prémourant ?

En le stipulant comme tel : « *Le patrimoine commun est attribué à l'épouse en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès* », et en précisant aussi que l'attribution n'interviendra que si le décès se produit à échéance déterminée, raisonnablement courte.

M^{me} Barbaix soutient cette formulation et critique d'autres, plus complexes, où l'on ajouterait notamment que l'avantage est octroyé tant en cas de décès que de divorce, et *n'est pas* octroyé en cas de précédés de l'époux prévu survivant. Ce surcroît de précision pourrait, en cas d'interprétation, faire resurgir une condition de survie qu'il faut éviter¹⁰⁴. Cet auteur démontre de manière convaincante qu'une confusion existe à propos de la notion de « condition de survie », non suffisamment distinguée de la « condition de décès ». La condition de survie concerne l'ordre des décès et n'est pas présente s'il est stipulé que le décès est la seule cause de dissolution du régime qui provoque le partage inégal unilatéral. Le bénéficiaire de ce partage est déterminé qu'il survive (ce sera lui-même) ou non (ce seront ses héritiers). Si le mariage est dissout pour une autre cause, le partage sera égal conformément à la loi. L'Administration fiscale a exempté de taxation une clause activée seulement en cas de décès¹⁰⁵.

44. La clause n'est fiscalement avantageuse qu'au prix de certaines précautions et de conseils professionnels aux époux.

Le bénéfice fiscal est évident lors du premier décès selon les prévisions (pas de taxation dans le chef du conjoint survivant). Mais si le conjoint survivant conserve à peu près intact le patrimoine commun transmis, la taxation lors du second décès sera plus importante pour les enfants du couple qu'à défaut de partage inégal en raison de la progressivité de l'impôt.

¹⁰⁴ R. BARBAIX, « Het sterfhuysbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 46, n° 11-12. Dans le même sens, impl. : D. MICHELIS, « Fiscale aspecten van huwelijkscontracten », *op. cit.*, p. 473, n° 57.

¹⁰⁵ Décision du 22 octobre 2003, précitée ; Décision du 30 aout 2005, précitée.

Aussi le conseil aux époux de stipuler une clause d'attribution unilatérale doit-il s'accompagner d'un conseil au conjoint survivant désigné bénéficiaire de planifier de sa propre succession, par exemple par des donations entre vifs à intervalles réguliers, celles de biens mobiliers pouvant bénéficier de droits d'enregistrement réduits ou nuls.

Ce conseil devra intégrer l'objectif de protection de la sécurité matérielle du conjoint survivant en fonction de son âge et de ses besoins prévisibles, sans faire chanter les sirènes des tarifs avantageux ou céder aux attentes des enfants¹⁰⁶.

L'on sera également attentif à ce que le conjoint survivant ait la capacité de donner et la conserve en fonction du phasage optimal des donations. S'il est pourvu d'un administrateur provisoire ou risque de l'être, il devra encore pouvoir exprimer une volonté de donner (art. 488bis-H, § 2, C. civ.)¹⁰⁷. Des donations « *in extremis* » sont possibles, par le conjoint survivant en personne ou par procuration¹⁰⁸.

45. Il résulte des développements qui précèdent que la clause est valable et que la critique récente, réfutable, ne devrait pas conduire à douter de sa qualification d'avantage matrimonial¹⁰⁹. Les articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2 et 1465 sont applicables quand leurs conditions sont remplies.

Sa validité était certes plus discutée dans l'ancien droit où, pour certains, elle était « léonine » ou « contraire à l'essence d'un régime communautaire »¹¹⁰. Mais il faut relativiser ces anciennes critiques : le régime matrimonial était immuable et s'il était d'emblée stipulé que tous les acquêts reviendraient à un seul, il était difficile de trouver cette clause en harmonie avec l'association économique des époux. C'est la reprise actuelle de ces anciens arguments qui interpelle, sachant que la clause est le plus souvent conseillée dans les situations *in extremis*, à un moment où les acquêts sont déjà constitués et où les époux ont toute légitimité pour déterminer leur affectation, cela en outre de commun accord par modification du régime matrimonial¹¹¹.

¹⁰⁶ Sur cette problématique en général : A. VERBEKE, « Weg met estate planning! », *T.E.P.*, 2008, pp. 369 et s.

¹⁰⁷ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 238, n° 199.

¹⁰⁸ E. DE WILDE D'ESTRAEL, « Les successions, donations et testaments », *Rep. not.*, III(VII), éd. 1995, p. 179, n° 154; Ch. DECKERS, J. DE HERDT et N. GEELHAND DE MERKEM, (*Fiscale succesplanning "in extremis" in Vlaanderen*, *op. cit.*, pp. 172-173, pp. 136-137).

¹⁰⁹ Dans le même sens, voy. H. CASMAN et A. VERBEKE, « Un cas particulier : la « clause mortuaire » », *in* Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, pp. 180-181, n° 153-155.

¹¹⁰ A. SCHICKS, « De l'attribution de la totalité de la communauté à l'un des époux par convention de mariage ou entre associés », *Rev. Prat. Not.*, 1900, p. 1.

¹¹¹ R. BARBAIX, « Het sterfhuysbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 60, n° 36. L'on rappellera que d'un point de vue théorique, il y a une incohérence à soutenir un argumentaire dirigé contre la validité

Enfin, rappelons qu'en droit français l'attribution *intégrale* du patrimoine commun sans condition de survie est interdite par la loi (art. 1524, al. 1^{er}, C. civ.), ce qui valide *a contrario* les clauses de partage moins inégal. Ce constat de droit comparé renforce l'argument de la nécessité d'une disposition légale expresse pour toute *restriction* de l'autonomie contractuelle des époux.

Section 2

Traitement fiscal

46. Sur le plan *fiscal*, l'objectif de la clause est d'éviter la taxation sur la base de l'article 5 du code des droits de succession, argument pris de l'absence de condition de survie, condition prescrite par la disposition légale.

Les dangers soulignés sur le plan civil se répercutent *in fiscalibus*. Si le conjoint « prévu survivant » décède avant le conjoint « prévu prémourant », l'ensemble du patrimoine commun qui sera attribué à ses héritiers sera imposé (art. 5, C. succ.), et aussi l'usufruit que conserve le « rescapé » sur ces biens, à savoir ses acquêts et peut-être même des anciens propres apportés en communauté !¹¹²

47. L'Administration se résout jusqu'à présent à accepter cette interprétation stricte et correcte de l'article 5¹¹³ du moins tant que la clause n'est pas exposée à une requalification *civile* en donation (art. 1458, al. 2 ; art. 1464, al. 2 et art. 1465, C. civ.).

Dans ce cas, elle s'autorise à imposer le seul excédent sur la base de l'article 2, qui vise notamment les transmissions par voie d'institution contractuelle.

Ainsi dans sa décision du 6 décembre 2004, elle considère que « de telles clauses de partage inégal du patrimoine commun peuvent cependant donner lieu à la perception d'un impôt successoral dans les cas où l'époux avantagé reçoit les biens qui ont été apportés dans le patrimoine commun par l'autre époux ou que ce dernier possédait des biens propres lors de l'adoption d'un régime de communauté universelle. La clause de partage inégal, dans cette hypothèse, ne doit plus être considérée comme étant conclue à titre de convention de mariage, mais comme une donation sur base de l'article 1464, al. 2 du Code civil. La clause doit par conséquent être qualifiée d'institution contractuelle dans la mesure où le conjoint avantagé reçoit plus que la moitié des biens apportés par l'autre époux. Cette institution contractuelle tombe sous l'application de l'article 2 du Code des droits de succession ».

de la clause (ex. nature léonine) pour en déduire seulement son impossible qualification en avantage matrimonial.

¹¹² H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 17.

¹¹³ Décision du 22 octobre 2003, précitée ; décision du 6 décembre 2004, précitée.

Outre le paradoxe à fonder sa décision sur une disposition légale qui ne fait pas référence à la condition de survie, mais à l'objet de l'avantage matrimonial, les acquêts ou un mixte de biens familiaux et d'acquêts (art. 1464, C. civ.)¹¹⁴, l'Administration applique l'article 2 à une clause qui n'est pas une donation et encore moins une institution contractuelle. Il y a dans la décision même un saut de raisonnement critiquable en droit des régimes matrimoniaux qui nie l'effet translatif de propriété d'un apport en communauté : le conjoint avantagé « reçoit plus que la moitié des biens apportés par l'autre époux » en vertu de la clause d'attribution inégale de biens communs, et non en vertu d'une institution contractuelle portant sur des biens propres. La même conclusion s'impose si l'excédent imputable est réductible. Tous deux d'interprétation restrictive, ni l'article 5 ni l'article 2 ne sont applicables¹¹⁵.

48. Il en va de même de l'article 7, qui impose des donations faites par le défunt dans les trois années précédant le décès, ce qui n'est à nouveau pas le cas lorsqu'il stipule un avantage matrimonial qui ne s'applique qu'au décès et ne peut produire d'effets avant celui-ci¹¹⁶.

49. Tel est donc le point de vue de la jurisprudence¹¹⁷ et de la doctrine majoritaire, que ne devraient pas ébranler les arguments de la doctrine minoritaire, réfutés ci-dessus et par d'autres avant nous.

Qu'un pourvoi devant la Cour de cassation soit pendant ne modifie en rien ces constats, et nous sommes sceptiques quant à la possibilité d'étendre le champ d'application de l'article 2 du Code des droits de succession à l'excédent de l'avantage matrimonial, au regard de la notion d'institution contractuelle.

50. *De lege ferenda*, le législateur fiscal pourrait modifier soit l'article 5 soit l'article 2 de manière à imposer l'excédent requalifié en donation sur le plan

¹¹⁴ Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁵ Dans le même sens, voy. H. CASMAN et A. VERBEKE, « Un cas particulier : la « clause mortuaire » », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, pp. 182-183, n° 156.

¹¹⁶ Conclusions du Comité d'études et de législation, Dossier 4374bis, p. 124. Déjà en ce sens : Réponse du Ministère des Finances du 18 janvier 1977 (Questions et réponses, Sénat, p. 593, n° 49, citée in L. WEYTS, « Een toebedeling van gemeenschap aan slechts een echtgenoot: is dit een ontsappingsroute aan artikel 5 W. Succ. met een doobytrap of is het een veilig pad? », *op. cit.*, p. 6, n° 10 ; H. CASMAN et A. VERBEKE, « Un cas particulier : la « clause mortuaire » », in Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 183, n° 156.

¹¹⁷ Anvers, 24 juin 2008, précité.

civil¹¹⁸, de même que les époux, correctement informés, pourraient modifier leur contrat de mariage et l'adapter à la nouvelle législation.

Les époux pourraient aussi opter pour un régime séparatiste et stipuler une clause de participation inégale aux acquêts — ce serait un comble pour des époux communautaires qui veulent assurer leur sécurité *morris causa* —, sauf bien sûr si la modification législative saisit les deux clauses.

Ils pourraient encore recourir à des expédients regrettables telles des clauses d'accroissement, pour lesquelles l'aléa serait requis et douteux si les chances de survie ne sont pas équivalentes, comme dans les situations *in extremis*.

En opportunité, une modification législative taxatoire ne serait certainement pas le meilleur choix, car une telle politique accroîtrait la différence de traitement entre couples mariés et non mariés¹¹⁹, regrettable dans une perspective d'égalité fonctionnelle, et qui ne constitue à notre avis certainement pas une voie d'avenir jurisprudentielle, encore moins législative.

Une telle attitude irait en outre au rebours d'une évolution très marquée, du moins en région flamande, vers la défiscalisation des transmissions successorales entre conjoints. Le logement familial, qui constitue le bien principal du patrimoine d'une majorité de couples, peut y être recueilli en franchise fiscale (art. 56, C. fl. succ.)¹²⁰. Et une doctrine plaide, à juste titre selon nous, pour la suppression totale de l'article 5 qui impose les partages inégaux d'acquêts¹²¹. D'où il ressort, comme au fil de cette contribution, que la notion d'acquêts est la clé du régime des avantages matrimoniaux, que leur libre disposition entre conjoints est primordiale et qu'ils transcendent les différents régimes matrimoniaux.

Chapitre IV

Épilogue? Le notaire, l'avocat, le juge et l'auteur

51. Le débat doctrinal sur la question traitée, on l'a montré en y participant, est vif et déborde sur les missions respectives du juge, du notaire et de

¹¹⁸ Sur les conséquences pour la pratique d'une telle modification, en principe non rétroactive, mais qui pourrait l'être (dans une perspective maximaliste): N. GIELEHAND DE MENXEM, « Het sterfhuiscausule. Fiscale aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 172-174, n° 181-187.

¹¹⁹ Notamment grâce aux clauses d'accroissement, contrats aléatoires à titre onéreux, qui (re)déviendraient fiscalement plus avantageux.

¹²⁰ Pour plus de détails: N. GIELEHAND DE MENXEM, « Successieerchten: fiscaal plannen met de gezinsvoering », in *Rechtspraak voor het notariat*, Deel 13, Brugge, Die Keure, 2008, pp. 1-53.

¹²¹ A. VERBAKE, « Les avantages matrimoniaux: aspects civils », in Y.-H. LELU, A. VERBAKE, J.-F. TANYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), *op. cit.*, p. 151 et « *Huwelijksvoordelen* », *op. cit.*, pp. 102-104.

l'avocat ou d'autres praticiens de la programmation patrimoniale, sur fond de droit lacunaire.

Il y a des lacunes dans la loi et elles portent le germe de discriminations: le régime de la séparation de biens est lacunaire parce qu'il ne contient pas de disposition expresse qui applique le régime des avantages matrimoniaux aux clauses qui en véhiculent; le régime légal est lacunaire parce qu'il ne contient pas de disposition expresse qui *interdit* l'application de la théorie des avantages matrimoniaux aux clauses de partage unilatérales sans condition de survie. La manière de combler ces lacunes, dans l'attente d'une intervention législative, demeure controversée.

52. À notre avis, et comme démontré plus haut, un juge n'a guère d'autre possibilité de *lege lata* qu'appliquer par analogie le régime des avantages matrimoniaux aux clauses qui en constituent intrinsèquement. La jurisprudence qui y fait droit mérite donc l'approbation et n'est pas audacieuse. Elle est une source de droit et définit l'orientation actuelle de celui-ci.

La doctrine qui soutient cette jurisprudence s'arrogerait-elle indûment ce statut dans la hiérarchie des normes? Certains auteurs ralliés à l'opinion minoritaire réfutée ci-avant le pensent, mais à tort. Quand la loi n'offre pas de solution et que la jurisprudence qui donne des solutions est critiquée, le rôle de la doctrine s'accroît en qualité de conseil privilégié du juge chargé de dire le droit.

La doctrine est aussi un relais des demandes de protection ou de régulation émises par les individus et les couples. Elle apprécie leur légitimité et explore les manières de les rencontrer, afin que, par voie jurisprudentielle ou législative, le droit réponde à ces besoins¹²². Le droit positif n'est pas en soi une donnée figée à conserver, il doit évoluer avec la société pour rencontrer ses besoins, et il le fait notamment par les « incidents marginaux » que constituent les appréciations par la jurisprudence de clauses conseillées par des praticiens encouragés par des théories doctrinales fondées en droit.

Une clause originale, mais jamais conseillée ni pratiquée ne servira ni l'intérêt de ceux à qui on l'a refusée, ni l'intérêt de ceux qui pourraient en bénéficier si elle était validée par une jurisprudence ou, mieux encore, une loi.

Dans les périodes, transitoires, de controverses sur fond de droit lacunaire et de demande sociale forte de solutions performantes et/ou nouvelles, la doc-

¹²² Sur cette nécessité en droit des familles: Y.-H. LELU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 29 et s., n° 7.

trine joue un rôle fondamental : elle est la meilleure source, pour le juge, de motivation d'une décision conforme au droit¹²³.

53. Néanmoins, les praticiens de la programmation patrimoniale, en particulier les notaires et avocats, sont en première ligne dans la conception de stipulations contractuelles destinées à rencontrer les demandes de leurs clients, ici par exemple la protection du conjoint survivant au moindre coût fiscal et avec une protection optimale contre les droits des héritiers réservataires.

On comprend leur trouble quand les auteurs se disputent et que la jurisprudence attend sa consécration ou son infirmation au plus haut niveau.

Les réactions de ces praticiens, en termes de conseil et de rédaction des clauses discutées (et de bien d'autres), devraient être globalement convergentes, n'en déplaise à certains auteurs qui accentuent les différences prétendues structurelles entre leurs missions respectives. Les uns (notaires?) ne sont pas uniquement garants de sécurité juridique, les autres (avocats?) sont pas constamment en recherche de constructions audacieuses sans sécurité juridique.

Tout professionnel de la planification patrimoniale *doit* en effet conseiller des clauses qui répondent aux souhaits de ses clients, souhaits qui, on le constate de plus en plus, conjuguent des préoccupations civiles et fiscales toujours plus affînées. Dans ce contexte (certains évoquent une « pression »), le choix de la voie la moins imposée, licite, est un devoir du professionnel qui doit répondre à une attente forte, et légitime, de son client. Au professionnel de proposer la formule la plus optimisée, au client d'accepter en connaissance de cause de prendre l'éventuel risque fiscal et civil. On ne saurait trop insister sur le risque de responsabilité à priver un client d'un avantage au profit de la seule sécurité juridique. Celle-ci, même si l'expression a pu choquer¹²⁴, n'est pas une valeur absolue en droit¹²⁵, car elle peut pénaliser le développement du droit et priver le(s) client(s) d'avantages. La privilégier à tout prix peut même conduire à l'application d'un « mauvais droit »¹²⁶, à savoir dans la présente problématique celui qui perpétuerait des traitements inégaux en fonction du régime choisi ou en fonction du mode de partage des acquêts, des critères sans pertinence avec les attentes et les demandes des époux.

¹²³ N. GEELEHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 258, n° 137.

¹²⁴ C. DE WULF, « De nieuwe theorie van de huwelijksvoordelen - recht of *wishful thinking* », *op. cit.*, p. 526, n° 8.

¹²⁵ N. GEELEHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding. Civielrechtelijke aspecten », *op. cit.*, p. 255, n° 129.

¹²⁶ Encore une expression qui a choqué (issue de : N. GEELEHAND DE MERXEM, *ibidem*, p. 256, n° 131). Pour une réaction vive : C. DE WULF, « De nieuwe theorie van de huwelijksvoordelen - recht of *wishful thinking* », *op. cit.*, p. 526, n° 9.

Le notariat en particulier a fait progresser le droit par son initiative dans de nombreux domaines¹²⁷, notamment en droit des régimes matrimoniaux¹²⁸. Il a toujours fait preuve d'innovation contrôlée, fondée notamment sur les plus récents acquis de toutes les sources de droit, y compris la doctrine. À présent, selon certains auteurs et dans la présente problématique, ce rôle lui serait dénié et, avec une connotation négative, assigné à d'autres professionnels de la programmation patrimoniale. On peut s'interroger sur les motivations profondes de cette attitude, mais elles importent peu. Leur résultat peut être plus négatif que positif pour le notariat, qui n'a jamais fait le choix de n'intervenir que dans les domaines absolument vierges de controverses.

¹²⁷ J.-L. SOURIOUX, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Thèse, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1967.

¹²⁸ Parmi d'innombrables exemples, celui proche de la présente problématique, et qui a entraîné l'application par analogie du régime des avantages matrimoniaux : l'adjonction d'une communauté réduite aux acquêts au régime de la séparation de biens en vue de pallier l'incapacité de la femme commune en biens.