

# LE DÉFI DU NOTAIRE DE UITDAGING VOOR DE NOTARIS

Au rang des paradoxes de notre Société, figure l'aspiration quasi-insatiable des citoyens à d'avantage de liberté et donc, de solutions individualisées, alors même que les normes juridiques explosent en ordre dispersé (diminution de la qualité législative des textes, inflation, bousculade dans la hiérarchie des normes ou des méta-normes, recul de l'éthique et de la morale...) et se répandent, telle des flammes sur un arbre croissant.

Dans le même contexte, le temps s'accélère. Le public, esclave de ses peurs et de ses envies, « consomme » du service juridique comme un autre produit, sans être en mesure de gérer ses frustrations et ses angoisses, et pour une frange de la population, sans être en mesure de poser une vraie réflexion.

Il s'ensuit inmanquablement des tensions entre différentes aspirations sociales (sécurité juridique, liberté, besoin de reconnaissance, protection du faible, protection de l'environnement, ...) que certains acteurs de la société, dont les notaires, doivent gérer à leur mesure.

C'est à partir de ce constat que le thème du Congrès des Notaires 2011 s'est révélé : « Entre liberté et contraintes normatives, le notaire face à un défi ».

Pour traiter ce thème, la commission scientifique a fait appel à une palette d'auteurs de tous horizons, rassemblés en quatre modules : « droit du couple », « droit successoral », « droit judiciaire notarial » et « droit immobilier ».

À l'intérieur de chacun de ces modules, il a été demandé aux auteurs de répondre à trois questions :

1. Quels sont les sujets d'actualité qui mettent en tension la liberté contractuelle et ses limites ?
2. Quelles sont les balises pour cerner la liberté d'action des parties ? (en rappelant non seulement l'état de la jurisprudence sur ces différents sujets mais en démontrant également en quoi le droit est parfois réactionnaire) ;
3. Quel est le rôle des notaires dans ce contexte, en fonction des différentes casquettes que les officiers publics sont susceptibles d'endosser ?

L'objectif de chaque module est de fournir à tous les praticiens des outils pour une meilleure compréhension du cadre social dans lequel ils évoluent, pour une approche des contrats et arrangements de famille davantage en phase avec la revendication de liberté et de personnalisation exprimée par la clientèle.

DEFINOT  
ISBN 978-2-8044-4734-2

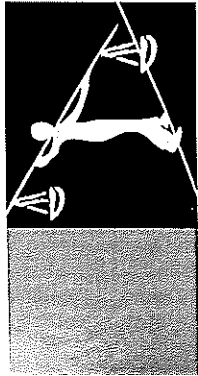


9 782804 447342



www.larcier.com • www.stradalex.com

TUSSEN VRIJHEID EN REGELEEVING,  
DE UITDAGING  
VOOR DE NOTARIS



ENTRE LIBERTÉ  
ET CONTRAINTES NORMATIVES,  
LE DÉFI DU NOTAIRE



CINEY 22-23/09/2011



BNP PARIBAS

AG

Corelio

Larcier



BRUYANT

strada  
not

## CHAPITRE 4

# CONTRATS DE MARIAGE : ENTRE CONVENTIONS ET CONTROVERSES

Yves-Henri LELEU  
*Professeur à l'ULg et à l'ULB  
Avocat au Barreau de Bruxelles*

## Introduction

1. Alors que chaque couple marié est unique et qu'un contrat de mariage doit régir sa vie patrimoniale et ses vicissitudes, rarement toutes prévues, les conventions matrimoniales apparaissent en majorité relativement standardisées, contiennent des clauses que l'on peut penser éprouvées par une longue pratique. Ils s'ouvrent aux clauses activement controversées en doctrine et en jurisprudence, mais trop peu en compagnie des avantages que ces clauses peuvent procurer aux couples bien informés. Autrement dit, la liberté contractuelle n'est pas suffisamment exploitée, et les contraintes normatives parfois exagérées.

Les controverses font vivre et progresser le droit, ici celui des régimes matrimoniaux. Elles mettent en doute des prétendues certitudes, démystifient la portée des normes qui fondaient des contraintes ou réagissent aux innovations qui répondent à un besoin émergent de la clientèle. Dans tous ces cas, le notaire, et tout autre professionnel appelé à conseiller le contenu d'un contrat de mariage, se trouvent face à une difficulté qui n'est pas un dilemme : prendre position dans la controverse pour donner un conseil au client qui choisira entre la stipulation ou l'écartement de la clause. Cela suppose une analyse approfondie des

thèses en présence dans les controverses, et une évaluation des risques de contestation de la clause en fonction non seulement de la qualité des arguments en sens divers, mais des avantages concrets de celle-ci pour le client. Ces avantages pourraient l'emporter sur le risque de contestation.

Cette attitude est préférable à l'abstention d'agir dès que manque un texte légal validant la demande du client, ou dès que cesse l'unanimité des auteurs ou de la jurisprudence.

Le respect des conventions, au sens de traditions, peut ainsi figer les contenus des contrats de mariage, s'il se traduit par le refus de la demande de certains couples d'implémenter les évolutions non stabilisées de la jurisprudence ou de la doctrine. Mais trop d'audace dans les matières controversées peut rendre l'acte moins sûr et ses effets imprévisibles.

Entre ces pôles, l'objectif à atteindre est la meilleure adaptation du contenu des contrats de mariage aux besoins du couple. Ceux-ci évoluent notamment au gré du perfectionnement de l'ingénierie patrimoniale, elle-même nourrie par la créativité de la pratique et de la doctrine. Elle atteint la clientèle par la diffusion des recherches scientifiques et la vulgarisation des pratiques dans la presse spécialisée. On ne peut évidemment réaliser cet objectif en se limitant à conseiller les clauses exemptes de toute contestation.

La présente contribution vise à illustrer ces propos, et confirmer le rôle crucial du notaire navigant entre sécurité juridique et créativité raisonnée. Ils seront développés en conclusion après avoir détaillé quelques controverses récentes. Nous voulons montrer que toute contestation doctrinale ou division jurisprudentielle, mise en balance avec les intérêts concrets des clients, ne doit pas être source de réticence.

Nous avons choisi quatre clauses en raison de la nature différente des controverses qui les concernent : jurisprudentielle, doctrinale, tranchée, active ou inextinguible.

La portée des clauses de *présomption de règlement de comptes entre époux* est remise en cause par une jurisprudence divisée (§1). Les clauses de *maintien ou d'octroi d'avantages matrimoniaux en cas de divorce* sont critiquées par une doctrine minoritaire (§2). Les clauses d'*accroissement entre époux et sur valeurs mobilières* affrontent la prohibition des pactes successoraux (§3). La clause « *dite de la mortuaire* », validée par la Cour de cassation, suscite des réactions négatives de l'Administration qui peuvent prolonger artificiellement la controverse (§4). Il en ressortira (§5) une invitation aux rédacteurs de conventions matrimoniales à ne pas s'intéresser de stipuler des

*clauses controversées*, le cas échéant après les avoir affinées, mais toujours après avoir donné au client un conseil nettement plus approfondi qu'en l'absence de controverse, et dont nous précisons la méthode.

L'idée que nous défendons est que la sécurité juridique, que tout praticien de la programmation patrimoniale doit poursuivre, n'est ni une fin en soi ni une valeur absolue, mais un des paramètres d'une pondération affinée où l'intérêt du client est central.

## §1 CLAUSE DE PRÉSOMPTION DE RÉGLEMENT AU JOUR LE JOUR DES COMPTES ENTRE ÉPOUX SÉPARÉS DE BIENS

De très nombreux contrats de mariage de séparation de biens contiennent une clause de présomption de règlement des comptes entre époux au jour le jour inspirée plus ou moins directement du formulaire du *Répertoire Notarial* et libellée comme suit :

« À défaut d'écrit, les époux seront présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir, y compris ceux relatifs à la contribution aux charges du mariage et ceux relatifs à la rémunération du travail familial, ménager ou social de chacun d'eux »<sup>(1)</sup>.

Cette présomption est généralement suivie d'une autre selon laquelle les acquisitions en indivision sont présumées faites en règlement de tels comptes préexistants.

Suivant la lettre du texte et dans l'intention du concepteur de la clause ainsi que dans celle de la plupart des rédacteurs des contrats de mariage de séparation de biens, l'objectif est de simplifier la liquidation en évitant l'établissement d'un compte entre époux. Par « compte entre époux », l'on entend une créance que l'un peut faire valoir à l'encontre de l'autre en raison d'un déplacement de richesses intervenu pendant le mariage sans que celui-ci soit justifié en droit. L'établissement « des comptes entre époux » dégage un solde final du « compte » (au sens large ou comptable), au profit de l'un ou l'autre époux.

Par le jeu de la présomption, si les époux ne se sont pas réservé une preuve écrite de l'*existence* d'un compte entre eux, ils ne pourront pas l'établir par d'autres moyens (notamment par le déplacement de richesses et

(1) M. GREGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *Rép. Not.*, t. V, I. 3, p. 107, n° 125, formule 64.

l'absence de justification de celui-ci), car ils sont présumés avoir « réglé » au jour le jour tous les éventuels comptes qu'ils peuvent se devoir. En ce sens, le *règlement* du compte doit être distingué de son établissement ; il s'agit du paiement de la créance en compte.

Si l'objectif de simplification de la liquidation est louable, il ne saurait légitimer des dépossessions ou des appauvrissements non expressément consentis. Cela reviendrait à permettre des expropriations sans juste compensation, ce que le mariage ni la vie en couple n'imposent.

Cette clause est l'exemple-type d'une clause reprise par habitude et souvent sans que l'attention des clients ait été attirée sur ses effets potentiellement délétères<sup>(2)</sup>. Or le temps est venu de sa confrontation à la reconnaissance, légitime, par la jurisprudence d'un besoin juridique fondamental d'une meilleure équité dans les régimes séparatistes, notamment. En particulier, il apparaît important de pouvoir rétablir tout déséquilibre patrimonial intervenu par transfert ou confusion de richesses sans que ce transfert soit justifié par une obligation légale ou contractuelle. Pour cette raison, la présomption de la clause est critique si elle est irréfragable et ne peut donc avoir cette nature (A). Elle ne saurait certainement pas être la cause juridique d'un enrichissement d'un époux au détriment de l'autre (B). Elle ne peut plus être conseillée et doit être remplacée par une clause permettant toujours l'établissement de comptes, sauf convention contraire expresse (C).

### A. L'interdiction de stipuler irréfragable la clause de présomption de comptes

4. La clause porte une présomption (« présumés », « censés », « considérés... »). Si cette présomption de comptes est irréfragable, les époux sont privés du droit d'établir un compte malgré l'existence de déplacements de richesses.

La jurisprudence des juges du fond était partagée quant à la licéité d'une présomption irréfragable de comptes patrimoniaux<sup>(3)</sup>. Par contre, celle concernant les comptes relatifs aux charges du mariage (art. 221 C.civ.), également fréquente, est nécessairement toujours réfragable<sup>(4)</sup>.

(2) Sur l'usage « passif » de modèles : H. CASMAN, Notariële creativiteit, in *Zekerheid voor de toekomst. Verslagboek Notariael Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 64.

(3) La cour d'appel d'Anvers reconnaissait implicitement le caractère irréfragable de la clause (Arvers, 10 novembre 2003, R.A.B.G., 2005, p. 726). La cour d'appel de Liège admettait la preuve contraire de la présomption (Liège, 16 janvier 2002, R.G.D.C., 2004, p. 325, note N. TORFS, J.L.M.B., 2003, p. 1744).

La Cour de cassation nous semble avoir tranché la controverse sur la présomption de comptes patrimoniaux, par un arrêt du 17 septembre 2007, bien que rendu à propos d'un régime en *communauté*.

La Cour considère qu'une clause d'un contrat de mariage contenant une présomption de règlement au jour le jour des *récompenses* entre le patrimoine commun et les patrimoines propres ne pouvait pas rendre cette présomption irréfragable<sup>(5)</sup>, sous peine de violer le principe de cohérence du régime matrimonial (communautaire). Selon la Cour, le rétablissement des équilibres entre les trois patrimoines est une caractéristique essentielle de ce régime.

Ainsi, en régime communautaire, les époux peuvent modaliser la preuve des récompenses, c'est-à-dire l'établissement du compte, et même présumer le règlement de celles-ci au jour le jour, ce qui demeure douteux à notre avis<sup>(6)</sup>. Mais ils ne peuvent pas rendre irréfragable cette présomption, de sorte que la preuve du *non-règlement* d'une récompense doit toujours demeurer possible. La Cour motive cette décision – au

(4) H. CASMAN, « Notariële creativiteit », in *Zekerheid voor de toekomst. Verslagboek Notariael Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 66; Y.-H. LELEU, « Les régimes séparatistes », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), Vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 260, n° 94 ; J.-L. RENCHON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparations de biens*, Liège, Ed. du jeune barreau, 2000, pp. 82 et s.

(5) Cass., 17 septembre 2007, Pas., 2007, p. 1523, *Juristenbrant*, 2007, p. 1, *NyW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562, somm., note et p. 1300, *R.W.*, 2007-08, p. 534, note J. DU MONGH et C. DECLERCK, *T. fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE. Cet arrêt a été rendu après que l'affaire ait été remise après un premier arrêt du 19 mars 2007, *Cass.*, 19 mars 2007, *Juristenbrant*, 2007, p. 1, *Pas.*, 2007, p. 555, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1256, somm. et 2008, p. 1307, abrégé, *R.W.*, 2007-08, p. 533, note J. DU MONGH et C. DECLERCK, *T. not.*, 2009, p. 47.

(6) Cela ne pourrait en effet impliquer que les récompenses sont exigibles pendant le régime matrimonial. Nous ne pensons donc pas, avec d'autres, qu'il soit possible de présumer le règlement au jour le jour de récompenses, inexigibles avant la dissolution du régime matrimonial (not. H. CASMAN, Notariële creativiteit, in *Zekerheid voor de toekomst. Verslagboek Notariael Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 66; contra : J. DU MONGH et C. DECLERCK, « Het beding waarbij de vergoedingsrekeningen worden geacht van dag tot dag te zijn opgesteld », in *Patrimonium 2007*, W. PINTENS et J. DU MONGH (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 236). Si une telle présomption devait être considérée valable, comme l'indique l'arrêt de la Cour de cassation, elle aurait seulement pour effet qu'au jour de la liquidation, la charge de la preuve du compte de récompenses serait intacte et que toutes les récompenses pourraient être prouvées (A. NOTTET, « Les conventions matrimoniales », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), Vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 232, n° 74 ; K. BOONE, note sous l'arrêt commenté ; H. CASMAN, « Hoe en wanneer wordt over vergoedingen afgetekend », note sous Gand, 24 avril 2003, *N.F.M.*, 2006, p. 143, n° 18).

demeurant proche de l'évidence - de manière très générale, énonçant que les époux ne sont pas autorisés à exclure l'établissement de « compensatoires » (« verrekening » dans la version néerlandaise de l'arrêt) à la dissolution du régime. Elle précise qu'une telle clause serait contraire au droit impératif des époux de requérir l'établissement de ces comptes, auquel ils ne peuvent renoncer par contrat (modificatif) de mariage.

Avec d'autres commentateurs de l'arrêt<sup>(7)</sup>, nous en étendons la portée aux régimes séparatistes, tant en raison de ces termes généraux - « verrekening » et non « vergoeding » -, que du visa de l'article 1390 du Code civil aux termes duquel le régime légal est le droit commun des régimes matrimoniaux à défaut de convention particulière du contrat de mariage (*infra*, n° 10). Si la Cour de cassation était saisie d'une contestation de la clause étudiée, en régime séparatiste, par un époux privé du droit d'établir un compte en raison de son caractère irréfragable, explicite ou implicite, nous pensons qu'elle se prononcerait dans le même sens, et ce par identité de motifs : la protection du droit, liée à la propriété, de rétablir les déséquilibres patrimoniaux non justifiés. Imposer des limites disproportionnées à la preuve des comptes revient à nier le droit - *idem est non esse aut non probari*<sup>(8)</sup>.

Les juridictions de fond, divisées comme on l'a dit, devraient suivre la jurisprudence de la Cour de cassation et autoriser la preuve de toute créance résultant d'un compte entre époux, nonobstant la clause traditionnelle.

Cette jurisprudence a un impact considérable pour les notaires liquidateurs : il semble terminé d'écouter la défense traditionnelle consistant à opposer simplement la présomption de comptes à la demande d'un époux appauvri par le mariage d'inscrire une créance en compte à son

(7) A. NOTTET, « Les conventions matrimoniales », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LEFLEU (éd.), Vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 232, n° 74 ; motif pris de l'interdiction de faire disparaître durant le régime un compte entre époux ou une créance devant s'en dégager : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens - Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 214.

(8) J.-L. SNYERS, in G. BAETEMAN, J. GERLO et W. PINTENS, C. DECLERCK, G. DEKNUDT, J. DU MONGH, A. MAELFAIT et J.-L. SNYERS, « Overzicht van rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht (1996-2002) », T.P.R., 2003, p. 1762, n° 360. Voy. également H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux, Séparation de biens*, Kluwer, 1997, t. I, V, 2-15 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 332, n° 257 ; J. GOEMAERE, « Les comptes entre époux : les clauses de présomption », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Ed. du jeune barreau de Liège, 2000, p. 43, n° 23.

profit, mais qui ne peut produire un écrit autorisant expressément cette « prise en compte », c'est-à-dire énonçant sa cause juridique. L'absence d'écrit en ce sens ne peut pas, selon nous, entraîner le règlement d'un compte existant et prouvé.

Concrètement, l'époux demandeur doit d'abord prouver l'absence de volonté certaine des époux d'arrêter entre eux des comptes durant le mariage, notamment quant à la créance qu'il entend réclamer<sup>(9)</sup>. Cette preuve négative est aisée car cette absence de volonté est le *quod plerumque fit*. L'autre époux devra produire un écrit contredisant cette volonté que l'on peut présumer chez la plupart des époux, ou que l'on peut prouver par leur habitude à ne pas recourir à des écrits pour établir des éventuels comptes à réaliser entre eux.

Ensuite, la preuve de cette créance doit être, en principe, livrée par un écrit (art. 1315 et 1341 C. civ.) qui établit aussi la cause juridique de restitution. À titre exceptionnel, si le comportement des époux atteste qu'ils n'ont jamais eu recours à l'écrit pour fixer leurs rapports obligatoires - ce que nous présumons comme dit ci-dessus -, ils pourraient être considérés comme ayant renoncé à l'application de l'article 1341 du Code civil et être autorisés à prouver leurs créances par toutes voies de droit<sup>(10)</sup>. À défaut d'écrit, la preuve d'un enrichissement sans cause, appelant la preuve de faits juridiques par toutes voies de droit, permet d'établir une créance.

La jurisprudence des juges du fond devra confirmer si cette portée que nous prétons à l'arrêt de la Cour de cassation en régime à base séparatiste est exacte.

Ce n'est malheureusement pas encore acquis. La cour d'appel de Mons, dans un arrêt du 8 juin 2010<sup>(11)</sup>, exagère la portée d'une clause comparable. Elle considère certes la présomption de compte réfragable, mais en tire une conséquence diamétralement opposée : elle considère que la « clause » est la cause juridique fondant l'appauvrissement de l'époux qui réclame l'inscription en compte d'une créance.

Ce raisonnement déplace le présent débat vers celui sur les conditions de l'action *de in rem verso* fondée sur l'enrichissement sans cause,

(9) Ph. DE PAGE, « La séparation des biens. Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, A. DELBÈGE (e.a.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 213.

(10) Ph. DE PAGE, « La séparation des biens. Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, A. DELBÈGE (e.a.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 206.

(11) Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 17, *Rev. not. belge*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, à paraître, note N. BAUGNIET.

mais rend la présomption irréfragable *en fait*. Il s'inscrit en opposition forte à la jurisprudence commentée de la Cour de cassation<sup>(12)</sup>, mais aussi à la jurisprudence récente des juges du fond et à la doctrine consistant que la cause d'un enrichissement entre époux puisse être trouvée dans des faits aussi abstraits que le contrat de mariage lui-même, ou la clause de présomption de compte qu'il contient.

## B. Conséquences en matière de liquidation : assouplissement des conditions de l'action de *in rem verso*

La clause traditionnelle est en décalage avec le vécu patrimonial des couples<sup>(13)</sup>. Elle présuppose, à tort (*supra*, n° 7), que les époux séparés de biens se réservent en principe ou toujours une preuve écrite de l'existence de leurs comptes pour se l'opposer lors de la liquidation.

Or de nombreux couples ne le font pas par affection ou respect, ou la plupart du temps, par indifférence ou ignorance des conséquences juridiques. Dans ce cas une telle décision n'est certainement pas éclairée quant à ses conséquences et est proche de l'erreur.

*De lege lata*, pour respecter l'arrêt du 17 septembre 2007, le notaire liquidateur doit autoriser l'époux créancier à établir sa créance malgré la présomption (sauf exceptionnel écrit contraire).

Quand la seule base juridique possible, à défaut d'écrit, est l'enrichissement sans cause, le notaire liquidateur ne peut pas, à notre avis, apprécier de manière trop restrictive les conditions de l'action, en particulier l'exigence de cause<sup>(14)</sup>, sinon il serait incohérent et restaurerait indirectement à la présomption de compte une force obligatoire et une nature irréfragable.

(12) Dans le même sens : F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belges*, 2011, p. 362, n° 5.  
(13) *Contra*, en faveur de la clause : N. BAUGNIET et P. VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage et droits de créance », in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux*, J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET (éds.), 2007, Bruxelles, Bruylant, p. 186, n° 10.

(14) Sur ces conditions, en droit commun, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations, Sources des obligations (deuxième partie)*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1114, n° 782 ; R. DEKKERS et A. VERBAKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Anvers, Intersentia, 2007, p. 203, n° 346.

Or certaine jurisprudence, approuvée par certains auteurs<sup>(15)</sup>, invite le notaire liquidateur à une trop grande souplesse, trouvant des causes juridiques dans des faits qui n'en sont à l'évidence pas (lien d'affection<sup>(16)</sup> ; volonté de l'appauvri ; contrat de mariage de séparation de biens<sup>(17)</sup> ; clause de présomption de compte<sup>(18)</sup>) ou qui sont liés au seul fait du transfert de richesses, et qui pour cette raison, n'en sont pas la cause *en droit*<sup>(19)</sup>.

Un arrêt de la cour d'appel de Liège du 14 janvier 2003 en est une illustration : selon la Cour, le lien matrimonial, les obligations qui en découlent, le sentiment d'affection et de solidarité inhérent à la relation des époux, ainsi que la collaboration professionnelle et ménagère d'un des époux non-rémunérée, sont les causes de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatif<sup>(20)</sup>.

Poussée à son paroxysme comme dans l'arrêt déjà cité de la cour d'appel de Mons, cette jurisprudence est aussi critiquable qu'une présomption irréfragable de règlement de comptes entre époux. Elle peut entraîner des expropriations d'époux injustement appauvris. Elle ne peut donc pas être suivie par le notaire liquidateur, ce d'autant plus qu'une jurisprudence et une doctrine contraire se développent, dans un sens conforme à la portée de l'arrêt de la Cour de cassation.

La doctrine récente préconise, en effet, un assouplissement des conditions de l'action *de in rem verso*, en particulier l'absence de cause<sup>(21)</sup>. Ainsi

(15) C. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 92 ; C. DECLERCK, « Herwaardering van schuldvoordingen in scheidingsstelsels », *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 234.

(16) Bruxelles, 29 juin 2006, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2007, p. 826.

(17) Anvers, 30 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 320, somm., *NyW*, 2006, 948, note G. VERSCHULDEN, *R.W.*, 2006-2007, 882, *T. not.*, 2006, 247, note N. TORES.

(18) Mons, 8 juin 2010, précité ; Anvers, 22 décembre 1997, *T. not.*, 1999, p. 390.

(19) Très critique également : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens. Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, A. DELÈGE (é.a.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 210-211.  
(20) Liège, 14 janvier 2003, *JLM.B.*, 2003, p. 1757, *Rev. not. belge*, 2004, p. 164, note L. STERCKX, *R.R.D.*, 2003, p. 135.

(21) Voy. not. B. GENNART et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 640 ; J.-L. RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens pure et simple », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, C. BIQUET-MATHIEU (éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, 454. Dans le même sens : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens - Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 210 ; Y.-H. LEUW et F. DEGUEL, « L'enrichissement sans cause et le valorisme en séparation de biens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 419, n° 3 ; C. MARR, « L'enrichissement sans cause, un fondement d'équité sous une apparence rigueur ... », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. STJNS et P. WERY (éds.), Bruxelles, La Chartre, 2007, 246, n° 39.

l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause respectera son fondement : l'équité (22). Selon cette doctrine, les époux peuvent fonder leurs demandes de restitution pour établir un compte si le déplacement de richesses est *injustifié*, ce malgré une présomption de compte, qui ne peut donc jamais être la cause du déplacement de richesses.

La cour d'appel de Liège a appliqué cette nouvelle doctrine dans un arrêt du 22 octobre 2008, en rupture avec sa jurisprudence antérieure (23). Selon elle, une créance entre ex-époux séparés de biens a pu trouver « indiscutablement » son fondement juridique dans le quasi-contrat de l'enrichissement sans cause, de sorte que la discussion entre parties (que la cour considère comme ayant implicitement admis ce fondement) a pu porter sur l'évaluation du montant de la créance (24).

Cette jurisprudence, malgré qu'elle ne soit pas unanime, est celle qui, à notre avis, doit être suivie et (ré)orienter les décisions des notaires liquidateurs. Ils devraient, comme en présence de toute controverse, ne pas exclure que leur position soit contestée, mais ne pas en tirer argument pour s'en tenir à la doctrine restrictive (*infra*, n° 47). Une telle position, à condition d'être argumentée en détail par le notaire dans son avis, ne présenterait pas un risque majeur de contestation, ou seulement le risque de ne pas obtenir ce qui n'est pas prouvé par écrit. Elle serait en outre en déphasage avec le conseil que nous prodiguerons plus loin : ne plus conseiller la clause traditionnelle, mais une nouvelle clause ouvrant largement le recours à l'enrichissement sans cause (*infra*, n° 12).

10. Sans trop s'écarter du sujet de la présente contribution – les clauses –, l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 22 octobre 2008 est intéressant à un autre titre – les controverses.

(22) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. III, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> partie, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 35 ; H. CASMAN et M. VAN LOOK, *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuilles mobiles, 1997, III.17-2 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Bruylant, 1953, n° 934 ; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Anvers, Intersentia, 2007, p. 203, n° 344 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des Obligations. Sources des obligations (deuxième partie)*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1110, n° 776. Cass., 21 janvier 1988, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 579.

(23) Liège, 22 octobre 2008, R.G.D.C., 2009, p. 415, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 231, note Ch. DECLERCK.

(24) On pourrait discuter sur la question de savoir si la cour a « décidé » d'accepter simplement l'action ; nous le pensons ; d'autres auteurs considèrent que la cour n'a pas abordé la question (Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 219).

Cet arrêt a suscité une (trop) vive réaction doctrinale inspirée par un mouvement d'exégèse, à notre avis inapproprié dans le contexte actuel du droit patrimonial des couples et en particulier des régimes séparatistes. La cour d'appel de Liège avait décidé que l'indemnité *de in rem verso* serait *revalorisée* en fonction de la plus-value prise par le bien ayant profité de l'appauvrissement. Avec certains auteurs, nous l'approuvons car, même à considérer que l'appauvri n'a droit à récupérer que son appauvrissement, demeure ouverte la question de savoir s'il s'est appauvri du nominal ou d'un montant intégrant (tout ou partie de) la plus-value réalisée par l'investissement (25). D'autres auteurs estiment au contraire que des dispositions légales commandent que la restitution demeure nominale, et que la théorie de l'enrichissement sans cause limite la restitution à la « plus petite des deux sommes » (26).

La décision de la cour est novatrice et confirme les rapprochements que l'on peut opérer entre régimes séparatistes et communautaires dans certaines circonstances. L'arrêt de la cour de cassation du 17 septembre 2007, et le visa de l'article 1390 du Code civil, y invitent d'ailleurs.

Pour tout régime séparatiste communautarisé, ne fût-ce que par des acquisitions indivises ou des transferts de richesses opérés durant le régime, les dispositions du régime légal constituent le droit commun quand les dispositions du (non-)régime de la séparation de biens ou les clauses du contrat ne suffisent pas. À notre avis, il y a une lacune législative et contractuelle quand un contrat de mariage ne règle pas la question de la valorisation des créances entre époux ; elle doit être comblée, à peine de déni de justice, et peut l'être, selon nous, par une application des règles qui sous-tendent l'article 1435 du Code civil. Il convient également de souligner, pour relativiser les arguments de la doctrine opposée à toute revalorisation, que l'arrêt de la cour d'appel de Liège n'a pas appliqué l'article 1435 du Code civil à une créance *de in rem verso*, mais uniquement le principe de l'évaluation valoriste, dont l'article 1435 du Code est une des expressions légales. Le valorisme est fondé sur l'équité, tout comme l'*action de in rem verso*, et l'équité peut conduire le juge à indemniser au-delà de l'appauvrissement (27). Nous croyons que la

(25) Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, note précitée. Dans le même sens sur le principe, non sur le montant : N. BAUGNIET, note précitée, p. 385-386 ; Ph. DE PAGE, « La séparation des biens. Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, A. DELIBOË (e.a.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 220 et les références citées à une doctrine autorisée en droit des obligations.

(26) Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, note précitée, p. 92 ; Ch. DE CLERCK, note précitée, p. 235. (27) Ph. DE PAGE, *L.c.* et les réf. citées, not. celles aux auteurs émettant la thèse que la créance sur la base de l'enrichissement sans cause serait une créance de valeur ; voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1128.

nécessité d'uniformiser les réponses du droit patrimonial des couples aux demandes fonctionnellement comparables l'impose(ra), pour des raisons d'égalité entre des couples non nécessairement conscients des présentes différences au moment de choisir leur régime matrimonial, ou qui n'ont pas respecté le principe de séparation des patrimoines et la logique du régime choisi ; le tout de préférence *de lege lata*, sinon *de lege ferenda*, ou peut-être dans une phase intermédiaire *de jure ferenda* grâce à la Cour constitutionnelle.

### C. Le remède : inversion de la charge de la preuve et nouvelle clause

Les présentes controverses influenceront les rédacteurs de contrats de mariage, qui peuvent prévenir la plupart des difficultés relevées.

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2007, la clause traditionnelle est impraticable<sup>(28)</sup>. Elle est dangereuse si, comme le fait la cour d'appel de Mons, elle est érigée en cause d'enrichissement.

Dans la *liquidation-partage*, il faut inverser le raisonnement traditionnel. Un époux ne peut être empêché d'établir un compte que par un écrit *contraire*<sup>(29)</sup>, interdisant d'établir un compte à l'occasion de tel déplacement de richesses, ou établissant que tel compte a été soldé. Cet écrit peut être rédigé à tout moment en séparation de biens, par exemple lors d'un investissement impliquant un appauvrissement dont l'appauvri accepte la non-restitution<sup>(30)</sup>, voire résider dans la stipulation de parts d'indivision différentes en fonction des apports respectifs<sup>(31)</sup>. À défaut de tel écrit, les conditions de l'action de *in rem verso* doivent être appréciées

(28) Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimoineum 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 217, n° 12 et « La séparation de biens - Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 215.

(29) Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimoineum 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2009, p. 217, n° 12 et « La séparation de biens - Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 215 ; F. DEGUEI, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not.*, 2011, p. 363, n° 7.

(30) Y.-H. LEBEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005), Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 160, n° 121 ; A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *Rep. Not.*, t. V, 1. 4, p. 56, n° 1086.

(31) N. BAUGNIET, note précitée, p. 377 et la note 10.

conformément à la tendance récente et souple en doctrine et en jurisprudence, même si elle apparaît encore minoritaire.

Lors de la rédaction du *contrat de mariage*, la clause ne peut plus être conseillée car elle donne aux époux l'illusion que des déplacements de richesses sont définitifs alors qu'ils pourraient être sans cause. Elle devrait, dans la mesure du possible, être modifiée dans les contrats déjà conclus, notamment si les parties modifient leur contrat pour d'autres raisons. Dans ce cas, l'obligation du notaire d'aviser les époux de leurs intérêts contradictoires prend tout son sens (art. 9, § 1<sup>er</sup>, loi de Ventrose, réd. 18 juillet 2008)<sup>(32)</sup>.

M. De Page a proposé différentes clauses tendant à *favoriser* l'établissement d'un tel compte, notamment sur la base de l'enrichissement sans cause<sup>(33)</sup>, sans toutefois régler la question, actuellement sensible, de l'évaluation (valoriste). Ces clauses sont opportunes car elles affinent la liquidation, et combient un vide du non-régime matrimonial de la séparation de biens pure et simple.

« Les créances entre époux peuvent être prouvées par toutes voies de droit. Le transfert d'avoirs (sommes ou valeurs) d'un patrimoine à l'autre entraîne, de droit, l'existence d'une créance de restitution pour l'époux dont le patrimoine a été appauvri. Cette créance peut être réclamée à tout moment, sauf si l'autre époux démontre l'existence d'une cause de non-restitution de la créance ».

Nous conseillons d'y ajouter (ou de stipuler le nominalisme après avoir informé les clients) :

« L'évaluation de la créance est régie suivant les règles contenues dans l'article 1435 du Code civil déclaré applicable par analogie ».

La *renonciation* à établir un compte, stipulée à l'occasion d'un investissement, peut également faire l'objet d'une clause du contrat de mariage, mais nous déconseillons de le stipuler, tout comme d'étendre le domaine d'une renonciation à tout investissement, surtout de capitaux personnels, équivalents aux biens propres en régime communautaire, sauf consentement spécialement informé (dont le rédacteur

(32) Voy. not. J.-F. JAVMANS, « Deux formules plus dangereuses qu'utiles (ou : le mieux est l'ennemi du bien) », in *Notariële clauses. Liber amicorum Johan Verstraete*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 441.

(33) Ph. DE PAGE, « La séparation de biens - Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 225.

conservera une preuve écrite). Le risque de déplacement inéquitable de richesses est en effet trop présent.

M. De Page propose ainsi une clause à double effet dont il convient de choisir une alternative, celle de la restitution (conseillée) ou de la renonciation à celle-ci (déconseillée).

« En cas de remboursement du prix d'acquisition ou du montant du financement d'un immeuble indivis ou d'un immeuble personnel de l'autre époux (et des intérêts) au moyen de capitaux personnels d'un époux, celui-ci :

soit : pourra toujours exiger le remboursement de la part dans ce remboursement en capital qui excéderait sa part de propriété immobilière dans le bien (éventuellement : sauf s'il s'agit de l'immeuble servant ou ayant servi au logement principal de la famille) et que ce bien a conservé cette qualité lors de la dissolution du régime ;

soit : ne pourra pas obtenir de remboursement, ce paiement en capital impliquant la volonté de placer cette acquisition dans le cadre des arrangements entre époux (éventuellement : s'il s'agit du logement principal de la famille exclusivement) ».

La *preuve de l'existence d'un compte* doit toujours être possible. À cet effet, M. Deguel a proposé une clause vouée à remplacer la clause traditionnelle à proscrire<sup>(34)</sup>. Nous conseillons d'y recourir car elle nous semble traduire au mieux les enseignements de l'arrêt du 17 septembre 2007 et sa portée en régime séparatiste<sup>(35)</sup> :

« Les époux sont présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir, y compris ceux relatifs aux charges du mariage et ceux relatifs à la rémunération du travail familial, ménager ou social de chacun d'eux. Le partage des économies intervenu en cours de mariage ainsi que la fixation des droits de chaque époux lors de l'acquisition en indivision sont présumés avoir été réalisés en règlement des comptes que les époux peuvent se devoir.

Toutefois, la preuve contraire peut être rapportée, par toutes voies de droit, par l'époux qui se prétend être créancier d'un compte vis-à-vis de l'autre, sauf si cet époux ou les deux époux ont établi, par écrit, qu'aucune restitution quant à l'objet de ce compte ne pourra avoir lieu ».

(34) F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belge*, 2011, p. 364, n° 7.

(35) Pour rappel, l'arrêt, en régime communautaire, n'interdit pas les présomptions de règlement des récompenses, mais seulement leur stipulation irréfragable.

Cet auteur prévoit également une possibilité de revaloriser la créance obtenue :

« L'époux qui bénéficie d'une créance à l'égard de son conjoint en vertu des règles édictées par le présent contrat peut se prévaloir des principes de l'article 1435 du Code civil afin de réévaluer sa créance, si les conditions prescrites par cette dernière disposition sont réunies dans le cas de cette créance ».

Bien que moins ciblée sur la propriété du bien (personnel/indivis) ou sur la nature des fonds qui l'ont financé (revenus/économies/capitaux personnels), cette clause résout le problème lié à la présomption de compte, qui nous semble être le principal, car la clause traditionnelle peut encore, au gré des opinions, bloquer tout établissement de compte.

La clause proposée vise tout type d'investissement au départ de tous types de financements et non les seules acquisitions immobilières, ni seulement celles en indivision, ces dernières donnant moins d'occasions de restitution pour d'autres motifs<sup>(36)</sup>. Celles proposées par M. De Page modulent plus finement les restitutions en fonction de ces critères. Une combinaison paraît de nature à résoudre la plupart des difficultés actuellement rencontrées.

## §2 AVANTAGES MATRIMONIAUX EN CAS DE DIVORCE : LA CLAUSE CONTRAIRE AU SENS DE L'ARTICLE 299 DU CODE CIVIL

L'article 299 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, prescrivait la déchéance des avantages matrimoniaux uniquement dans le chef de l'époux « coupable », celui contre lequel le divorce était prononcé, et le non-octroi des avantages matrimoniaux qui étaient stipulés sous condition de survie dans tous les cas de divorce (art. 1429). Aucune déchéance légale n'était prévue en cas de divorce par consentement mutuel. Aucun aménagement conventionnel n'était toléré hormis en cas de divorce par consentement mutuel.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 299 stipule : « Sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage ».

La perte de *tous* les avantages matrimoniaux pour les *deux époux* quelle que soit la forme de divorce est dorénavant la règle, mais avec

(36) Y.-H. LELU, « Examen de Jurisprudence (1997 à 2005), Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2008, p. 161, n° 122.

une nouvelle possibilité d'y déroger. Il convient dès lors de s'interroger sur cette liberté contractuelle et l'opportunité - controversée - laissée aux époux de maintenir ou octroyer des avantages matrimoniaux en cas de divorce (b), compte tenu des controverses suscitées par l'actuel article 299 du Code civil (a). Nous reviendrons sur une autre clause controversée, l'apport sous condition résolutoire, car elle implique une caducité conventionnelle d'un avantage matrimonial exclu par la jurisprudence du domaine d'application de l'article 299 (c).

### A. Objet de la déchéance. Notion d'« avantage »

14. L'article 299 du Code civil rend caduc tout « avantage » entre époux, en ce compris notamment les institutions contractuelles (37), et pas seulement les « avantages matrimoniaux ».

Mais il ne rend pas caduc tous les avantages matrimoniaux, très largement définis par la doctrine comme étant « tout avantage résultant de la composition, du fonctionnement, de la liquidation ou du partage d'un régime matrimonial » (38).

15. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 23 novembre 2001 (39), a exclu de cette notion et de la caducité en cas de divorce les *apports en communauté* (40). La Cour considère que par « avantages » cette disposition (dans

(37) L'ancien article 300 C.civ. qui traitait uniquement les institutions contractuelles a été abrogé : G. VERSCHULDEN, « Deel II. De huwelijksvoordelen na echtscheiding », in *De herwinning van het echtscheidingsrecht*, P. SENAAR, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 46, n° 63 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 522, n° 514 ; N. NIJBOER, « Contractuele regelingen tussen echtraden en samenwoners. Deel I. Echtraden. Huwelijksvoordelen en contractuele erfstelling », *T.E.P.*, 2008, p. 137, n° 164 ; *Doc. Pers.*, Chambre, 2006-2007, n° 2341/024, p. 10.

(38) H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Anvers, Maklu, 1976, p. 264, n° 218. Pour plus de détails sur la portée de cette définition : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (éd.), Anthemis, 2011, p. 37-38, n° 6 ; K. VANWINCKELEN, note sous Cass. 23 novembre 2001, *E.J.*, 2002, p. 29 ; J. DU MONGH, « Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichigheid blijft geboden », *T. Not.*, 2007, p. 492.

(39) *Arr. Cass.*, 2001, liv. 9, 1997 ; *E.J.*, 2002, liv. 2, 27, note K. Vanwinckelen ; *Pas.* 2001, liv. 11, 1929 ; *R.W.* 2001-02, liv. 43, 1608 ; *Rev. not. b.*, 2002, liv. 2951, 318, note C. GIMENNE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, liv. 3, 634, note ; *T. Not.*, 2002, 86 ; *R.G.D.C.*, 2003, liv. 4, 242, note W. Pintens. Voy. également C. Const., 23 novembre 2005, N.F.E.M., 2006, p. 186, note C. CASTELLEIN et M. MUYLLE, R.W., 2006-2007, p. 397, note M. MUYLLE.

(40) Voy. not. I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 56-57, n° 4-5 ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LELEU et D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 136, n° 8.

sa rédaction antérieure, non modifiée sur ce point) vise « d'une part, toutes les donations entre époux, et d'autre part, les avantages constituant simultanément des droits de survie, à savoir les dispositions faites par préciput et les dispositions de partage inégal de la communauté » (41).

16. Sont visées par l'article 299 du Code civil toutes les *donations entre époux* par contrat de mariage ou par acte distinct pendant le mariage, de biens futurs (les institutions contractuelles anciennement visées par l'article 300, abrogé), mais aussi de biens actuels (42), quelle qu'en soit la forme juridique (43). Une révocation au sens de l'article 1096 n'est plus nécessaire à l'égard de ces dernières.

17. Des prestations issues de *contrats d'assurances-vie* sont également visées, selon nous, quand elles constituent une donation indirecte, ce qu'elles sont en principe sauf preuve de ce qu'elles constituent une mesure de prévoyance à titre onéreux (44). Les articles 108 et 131 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre prescrivent que le bénéfice des prestations est *maintenu* en cas de divorce, *sauf application de l'article 299 du Code civil* (45). Mais l'article 108 de la loi limite le champ d'application de l'article 299 aux cas où le conjoint est nominativement désigné comme bénéficiaire, de sorte qu'une attribution générique du bénéfice au « conjoint » sera maintenue malgré un divorce (et bénéficiera à tout nouveau conjoint).

(41) Cet arrêt n'implique certainement pas que *seuls* les avantages matrimoniaux stipulés *sous condition de survie* sont frappés de caducité. La question se pose toutefois si l'exclusion de la condition de survie n'est pas la convention contraire au sens de l'article 299, préconisant le maintien de l'avantage matrimonial en cas de divorce (*infra*, n° 23).

(42) W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 703, n° 330. Nous précisons notre opinion in Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, n° 514, p. 522, note 469 où nous relevions seulement qu'elles étaient révocables.

(43) E. DE WILDE d'ESTMAREL, B. DELAHAYE, « Les donations », in *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, feuillets mobiles, 2010, XVII.13, p. 99-101 ; C. GIMENNE, note sous Cass. 23 novembre 2001, *Rev. Not. b.*, 2002, p. 326, n° 13 ;

(44) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 522, n° 514 ; F. BOYSSENS, Y.-H. LELEU, « Les assurances-vie », in *Régimes matrimoniaux*, H. CASMAN, M. VAN LOOK (éds.), Bruxelles, Kluwer, f. mob., t. VI.2, p. 14, n° 71. A apprécier *in concreto* : N. TORFS, « Levensverzekering en erfrecht. Stand van zaken na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 16 december 2010 », note sous C. Const., 16 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 216.

(45) Sur la non adaptation, par inadvertance, de l'article 134 de cette loi au nouvel article 299 du Code civil : N. TORFS, « Levensverzekeringen tussen echtgenoten, de wet op de landverzekeringsovereenkomsten en de nieuwe echtscheidingswet », *T. Not.*, 2008, p. 581 ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LELEU, D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 137, n° 9, note 31.

18. Une clause dite « de la mortuaire », qui stipule le partage inégal de la communauté au profit d'un époux désigné en cas de liquidation du régime matrimonial quelle que soit sa cause, c'est-à-dire sans condition de survie, tombe-t-elle sous l'application de l'article 299 du code civil ? Cet avantage matrimonial a vocation à être octroyé en cas de divorce et ce risque est présent chaque fois qu'un conjoint n'est pas en situation de mortalité prévisible, donc dans les situations où le praticien ne peut pas conseiller la clause (*infra*, n° 39).

Est-il caduc par application de l'article 299 du Code civil ? Le sûr est que l'on ne peut, à notre avis, déduire de l'arrêt de Cassation du 23 novembre 2001 qu'outre l'apport en communauté, seraient aussi soustraits à l'application de l'article 299 (et maintenus en cas de divorce) tous les avantages matrimoniaux sans condition de survie. Cet arrêt de 2001, dans son dispositif et conformément aux moyens développés, ne visait qu'à exclure l'apport en communauté du champ d'application de cet article 299<sup>(46)</sup>, et nullement à décider si la condition de survie était une condition de validité ou d'applicabilité du régime des (autres) avantages matrimoniaux, ceux liés au partage du régime matrimonial<sup>(47)</sup>. La question sera de savoir si la clause dite de la mortuaire contient *implicitement* une convention contraire de maintien de l'avantage en cas de divorce, autorisée par l'article 299 (voy. ci-après).

## B. Dérogation conventionnelle à l'article 299 : avantages matrimoniaux et divorce

19. La déchéance des avantages matrimoniaux en cas de divorce peut être exclue conventionnellement (art. 299). Cette convention peut être stipulée dans le contrat de mariage, en cours de procédure de divorce ou dans le cadre des opérations de liquidation-partage<sup>(48)</sup>.

(46) R. BARBAUX, « Deel 2. Het sterfhuisheding. Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, R. BARBAUX, N. GEBELAND de MERXEM, A. VERBEKE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 75-79, n°s 67-73.

(47) Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (éd.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2011, pp. 46-49, n°s 20-24.

(48) Voy. not. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 522, n° 514 ; G. VERSCHULDEN, « Deel II. De huwelijksvoordelen na echtscheiding », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (éds.), Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2008, p. 49, n° 66 ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LELEU, D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 138, n° 10 ; J. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 20, n° 23.

20. En ce qui concerne les *donations entre époux*, leur maintien conventionnel en cas de divorce ne pourrait emporter toute possibilité de révocation de la donation, sous peine d'enfreindre l'article 1096 du Code civil qui est (encore) d'ordre public<sup>(49)</sup>.

21. En ce qui concerne les *avantages matrimoniaux liés au partage du patrimoine commun*, leur maintien conventionnel autorisé en cas de divorce par l'article 299, ainsi que par les articles 1429 et 1459 du Code civil qui sont de droit supplétif (art. 1387 et 1451 C.civ.), ouvre de nouvelles perspectives en matière de planification patrimoniale. On distinguera le *maintien* d'avantages matrimoniaux sous condition de décès ou de survie malgré le divorce, qui seront octroyés au décès d'un époux divorcé, et l'*octroi* d'avantages matrimoniaux en cas de divorce, au jour du partage entre ex-époux, qui suppose évidemment leur maintien et l'exclusion de l'application de l'article 299.

Ainsi, des époux parfaitement informés par le rédacteur du contrat pourraient estimer opportun que l'un d'eux, nommément désigné, ne reçoive dans le cadre d'un divorce qu'une part inférieure à la moitié de la communauté (octroi). Les fondements du régime de communauté ne sont pas mis à mal et il n'y a pas d'incohérence faisant courir le risque d'une annulation de la clause car les modalités du partage du patrimoine commun ne sont pas constitutives de la nature du régime matrimonial. Elles sont laissées à l'autonomie de la volonté sans autre restriction que celles prescrites par l'article 1387 du Code civil<sup>(50)</sup>. En pratique, un partage inégal en cas de divorce peut compenser des inégalités en termes de capacité à promettre des revenus pendant le régime, ou rendre acceptable la souscription d'un régime communautaire par celui ou celle dont on il est certain qu'il constituera seul ou principalement le patrimoine d'acquêts au moyen de ses revenus professionnels<sup>(51)</sup>.

Un maintien (sans octroi) d'avantages matrimoniaux en cas de décès ou sous condition de survie peut aussi se justifier compte tenu des configurations familiales et des expectatives successorales respectives.

(49) E. DE WILDE d'ESTMÆL, B. DELAHAYE, « Les donations », in X., *Les régimes matrimoniaux*, 2010, t. XVII.13, p. 100, note infra-paginale n° 2. Selon ces auteurs toutefois l'on peut s'interroger sur le caractère automatiquement irrévocable de ces donations après la signature d'une telle convention (p. 101).

(50) L'article 1451 du Code civil est exemplatif.  
(51) H. CASMAN, « Clause de partage inégal », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 132-133, n° 108.

22. Une doctrine minoritaire ne partage pas cet avis, mais, après analyse, elle ne devrait pas dissuader les praticiens de conseiller le maintien ou l'octroi d'avantages matrimoniaux en cas de divorce, en fonction des circonstances.

Mme De Stefani fonde cette opinion – sans toutefois déconseiller totalement la pratique, seulement l'absence de conseil éclairé – sur un constat que la théorie des avantages matrimoniaux serait liée à la condition de survie de leur bénéficiaire, motif pris de la tradition et du texte des articles 1429, 1457 et 1459 du Code civil<sup>(52)</sup>. Selon cet auteur, et dans l'état actuel de sa réflexion comme elle l'énonce, la simple introduction des termes « sauf convention contraire » dans l'article 299 par la loi du 27 avril 2007 ne permettrait pas de douter que les articles 1457 et 1459 soumettent la délivrance du préciput à une condition (impérative) de survie<sup>(53)</sup>. À son avis, la loi de 2007 neutralisant l'article 299 quant à l'incidence des torts et aux formes de divorce aurait été « faite (...) sans réflexion du tout » et ne saurait avoir modifié le principe selon lequel la délivrance de ces avantages reste suspendue jusqu'au moment de la réalisation de la condition de survie.

D'autres auteurs, majoritaires, ont démontré que la condition de survie n'était imposée ni à peine d'invalidité ni à peine de non application du régime des avantages matrimoniaux relatifs au partage de la communauté<sup>(54)</sup>. La Cour de cassation a fait droit à cette thèse dans son arrêt du 10 décembre 2010 à propos de la clause dite « de la mortuaire » (*in fine*, n° 42). Nous ne pensons pas qu'elle invaliderait, pour violation de l'article 299 ou d'autres parmi les dispositions précitées, la convention

(52) I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 70-71, n° 23.

(53) En ce sens également : C. GIMENNE, « Modalisation de l'apport : clause de reprise des biens en cas de divorce », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 111-112, n° 95. Adèle J. DU MONGH, « Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtheid blijft geboden », *T. Not.*, 2007, p. 492 ; C. DE WULF, « Een kritische doornlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, p. 479.

(54) Voy. not. R. BARBAIX, « Deel 2. Het sterfhuiscbeding. Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, R. BARBAIX, N. GEELHAND DE MERXEM, A. VERBEKE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 75-79 n°s 67-73 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), Anthémis, 2011, pp. 46-49 n°s 20-24 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 278-279. Voy. également C. CONST, 23 novembre 2005, N.F.A.M., 2006, p. 186, note C. CASTELEIN et M. MUYLLE, R.W., 2006-2007, p. 397, note M. MUYLLE, en particulier l'attendu B.4.2.

contraire à cet article qui stipulerait l'octroi ou le maintien d'un avantage matrimonial en cas de divorce.

Nous concédons que les articles 1429, 1451, 1457, 1459 et 1461 du Code civil ne sont pas aisément conciliables avec l'article 299 en ce que certains évoquent la survie. Mais la *condition* de survie, à supposer qu'elle soit imposée par ces dispositions légales, n'exclut pas une convention contraire car elles sont supplétives (art. 1387 C.civ.). Le législateur n'a certes pas réellement pris le soin, hormis quelques modifications techniques en vue d'appréhender les nouvelles causes de divorce, d'adapter ces dispositions du régime secondaire<sup>(55)</sup> au nouvel article 299. Il n'a cependant pas confirmé par cette abstention en 2007 l'existence d'une condition de survie qui n'y a jamais figuré. L'on peut d'ailleurs soutenir que les articles 1429 et 1459 sont des applications de la règle générale, récemment bilatéralisée, de l'article 299, qui est supplétif comme les dispositions précitées du régime secondaire. L'article 299, en raison de la généralité de son champ d'application, doit primer ces dispositions du régime secondaire, antérieures et ne prescrivant pas impérativement la condition de survie. Autrement dit la stipulation discutée est licite, *de lege lata*<sup>(56)</sup>.

Madame De Stefani invoque un second argument à l'appui de sa position : les conséquences juridiques et les difficultés pratiques dans la liquidation d'un *maintien* d'avantages en cas de divorce et de l'application de l'article 1465 du Code civil lors du décès, postérieur au divorce, de l'époux ayant concédé l'avantage matrimonial. Elle s'appuie sur un exemple – interpellant – de divorce « simulé » à dessein de priver les enfants d'une première union de la propriété de biens propres de leur père, apportés en communauté et transmis à sa seconde épouse<sup>(57)</sup>. À notre avis, et contrairement à ce que l'auteur déduit de la possibilité de maintenir des avantages matrimoniaux en cas de divorce, l'article 1465 s'applique en cas de décès même *après* l'octroi de l'avantage matrimonial lors du divorce. Cette disposition est de nature successorale

(55) Pas plus que les dispositions des lois spécifiques telles que la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*supra*, n° 17).

(56) Dans le même sens, not. : H. CASMAN, « Clause de partage inégal », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 132-133, n° 108 ; L. ROUSSEAU, « Clause de préciput », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès*, p. 127 et les auteurs cités.

(57) I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 77-78, n°s 31-34.

(imputation/réduction) et n'est pas cantonnée à la liquidation (préalable) du régime matrimonial. Quant aux difficultés pratiques relevées par l'auteur, elles sont présentes dans la majorité des liquidations de succession en présence d'avantages matrimoniaux et d'enfants de différentes unions.

23. La clause dite « de la mortuaire », sans condition de survie, comprise dans le champ d'application de l'article 299 (*supra* n° 18) peut porter, en fonction de son libellé, une convention contraire au sens de cet article. D'où l'importance de scruter l'éventualité d'un divorce avant le décès du conjoint prévu prémourant.

Si son critère d'octroi est « quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial », elle porte à notre avis, même sans référence explicite au divorce, la convention contraire » permise par l'article 299 (58).

MM. Louis (59) et Buysens (60) ne partagent pas cet avis dans la mesure où une telle interprétation dépasserait la volonté des parties, qui n'auraient opté pour une telle clause que dans un but fiscal, éviter l'application de l'article 5 du Code des droits de succession en cas de décès. Cette objection ne tient pas suffisamment compte de l'intérêt civil de la clause, qui n'est certainement pas exclu des prévisions contractuelles des parties, et doit être intégré dans le conseil prodigué par le rédacteur de celle-ci. Si une mention « quelle que soit la cause de dissolution du régime » n'est pas, dans la volonté des époux, une convention contraire visée à l'article 299, l'on ne peut nier qu'elle en a toute la portée.

Si elle est libellée comme suit – « en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès d'un des époux, la communauté sera, pour la totalité et en pleine propriété, attribuée à l'épouse, M<sup>me</sup> X, qu'elle soit ou non l'épouse survivante » – il n'y a pas, à notre avis, dérogation à la caducité organisée par l'article 299.

Cette rédaction est donc conseillée si l'hypothèse d'un divorce n'est pas exclue, ce qui est peu fréquent dans le domaine de conseil d'une clause « de la mortuaire ».

(58) J. DU MONGH, « Huwelijksvoordelen en successieplanning. Voorzichtigheid blijft geboden », *T. Not.*, 2007, p. 504.

(59) S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LELEU, D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larocier, 2007, p. 137, n° 9, note infrapaginale n° 30.

(60) F. BUYSSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *N.F.M.*, 2008, pp. 18-19, n° 56.

24.

Malgré l'extension de la portée de l'article 299 du Code civil, il demeure intéressant en fonction des circonstances de stipuler expressément la *déchéance* des avantages matrimoniaux.

Cette convention peut être conclue dans le contrat de mariage ou dans des conventions préalables à divorce par consentement mutuel (61). L'objectif peut être d'attirer l'attention des parties sur les conséquences d'un divorce (62), mais aussi d'étendre la déchéance au seul fait d'avoir introduit une *procédure* en divorce (63). Une telle clause n'a bien entendu d'effets que si le divorce est prononcé, ou si un époux décède en cours de procédure.

Une condition de non séparation de fait peut également être stipulée dans la clause du contrat de mariage créant l'avantage matrimonial, ou ultérieurement à l'occasion d'une modification du régime matrimonial. Cette condition offre le double avantage d'étendre la déchéance au-delà de l'hypothèse d'un divorce et de se prémunir d'un décès en cours de séparation de fait (64).

### C. L'apport sous condition résolutoire de divorce

Comme on l'a déjà indiqué, l'apport en communauté n'est pas un « avantage » au sens de l'article 299 du Code civil (*supra*, n° 15).

Si un époux souhaite, en cas de divorce, récupérer le bien apporté au patrimoine commun *sans l'imputer sur sa part de communauté* (art. 1455

(61) Sur les accords provisoires et leur statut, notamment suite à l'abrogation de l'article 1257 du Code judiciaire par la loi du 2 juin 2010 : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larocier, pp. 467-469, n°s 458-459, p. 483, n° 472, p. 502, n° 493, note infrapaginale 351.

(62) N. Nijboer, « Contractuele regelingen tussen echtgenoten en samenwoners. Deel I. Echgenoten. Huwelijksvoordelen en contractuele erfstelling », *T.E.P.*, 2008, p. 138, n° 166.

(63) G. VERSCHELDEN, « Deel II. De huwelijksvoordelen na echtscheiding », in *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHELDEN (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 46, n° 62 ; N. Nijboer, « Contractuele regelingen tussen echtgenoten en samenwoners. Deel I. Echgenoten. Huwelijksvoordelen en contractuele erfstelling », *T.E.P.*, 2008, p. 138, n° 166 ; F. BUYSSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *N.F.M.*, 2008, pp. 18-19, n° 57.

(64) N. Nijboer, « Contractuele regelingen tussen echtgenoten en samenwoners. Deel I. Echgenoten. Huwelijksvoordelen en contractuele erfstelling », *T.E.P.*, 2008, p. 138, n° 166 ; F. BUYSSENS, « Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007 », *N.F.M.*, 2008, pp. 18-19, n° 57.

25.

C. civ.)<sup>(65)</sup>, il peut stipuler un *préciput* pour le cas de divorce (octroi), valable mais soumis au régime des avantages matrimoniaux et pouvant faire l'objet d'une critique (ultrérieure) par les enfants en cas de décès (art. 1458, al. 2, 1465).

Il peut aussi stipuler l'apport sous condition résolutoire, tant pour le cas de divorce que pour le cas de décès.

26. L'apport sous condition résolutoire de divorce permet à l'époux apporteur de reprendre « gratuitement » le bien puisque celui-ci, en vertu de l'effet rétroactif de la résolution, sera censé n'avoir jamais quitté son patrimoine.

La validité de cette clause a posé question mais la controverse doit être considérée comme vidée, et la clause peut être conseillée, en fonction des demandes et des circonstances.

Pour rappel, une première objection a pu être tirée du caractère purement potestatif de l'apport, à supposer que l'introduction d'une procédure en divorce présente réellement ce caractère<sup>(66)</sup>, ce qui n'est pas le cas, pas plus que la décision d'une séparation de fait, selon la doctrine majoritaire<sup>(67)</sup>. En outre, l'interdiction des engagements contractés sous condition purement potestative (art. 1174 C.civ.) ne s'applique qu'aux conditions *suspensives*, et non aux conditions résolutoires<sup>(68)</sup>.

Une seconde objection a trait au caractère statutaire et à l'immutabilité du régime matrimonial ainsi qu'à la protection des droits des

(65) L'article 1455 du Code civil alloue un droit de reprise pour l'époux apporteur lors du partage, mais celui-ci, s'il souhaite exercer cette faculté, devra imputer la valeur des biens repris sur sa part dans la communauté. Il confère un simple « droit de préférence » sur l'attribution du bien apporté, prioritaire sur l'attribution préférentielle si le bien est le logement familial (M. DEMARET, « La liquidation et le partage du régime matrimonial », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 221, n° 66 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 213, n° 180).

(66) En ce sens : I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 65, n° 18.

(67) Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, N. BAUGNIET, J.-F. TAYMANS (éds), Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, pp. 80 et s.

(68) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, p. 230-231, n° 155bis ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence concernant les obligations », R.C./B., 1988, p. 78, n° 177 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 259 ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 65, n° 18 ; Comité d'étude et de législation, Bruylant, 2008, Dossier 4386, p. 490.

tiers<sup>(69)</sup>. De l'avis majoritaire, aucun de ces principes n'est violé car le changement de statut du bien ne se produit qu'après la dissolution du régime matrimonial<sup>(70)</sup> et la clause ne produit ses effets qu'entre époux, sans préjudice des droits des tiers. Notamment les créanciers communs pourront toujours exercer leurs droits de recours sur ce bien commun à leur égard<sup>(71)</sup>.

L'avantage *fiscal* de l'apport sous condition résolutoire est évident : l'époux apporteur échappe au paiement de droits d'enregistrement dus pour reprise du bien apporté en cas de divorce (art. 1455 C.civ. ; 1 % - partage immobilier<sup>(72)</sup>) ; en cas d'apport stipulé sous condition résolutoire du décès de l'époux non apporteur, il évite une taxation au titre des droits de succession sur l'usufruit d'un ancien bien propre<sup>(73)</sup>.

Bien entendu, il convient de conseiller au mieux les époux, en fonction des rapports familiaux et de la proximité du décès de l'un d'eux, sur l'opportunité de stipuler (ou de maintenir) une condition résolutoire en cas de divorce ou en cas de décès. Si l'on comprend la motivation de l'époux apporteur de reprendre sans indemnité son apport si le couple se désunit, le notaire doit veiller à la protection du conjoint survivant de l'apporteur en cas de décès sans divorce.

(69) C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », in *Rép. Not.*, L. RAUCENT, Y.-H. LELEU (éds.), t. V, Les régimes matrimoniaux, liv. 2, p. 42, n° 440 ; C. GIMENNE, « Modalisation de l'apport : clause de reprise des biens en cas de divorce », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 111, n° 95 ; N. NIJBOER, « Contractuele regelingen tussen echtparen en samenwoners. Deel I. Echtparen. Huwelijksvoorwaarden en contractuele erfstelling », T.E.P., 2008, n° 152, p. 131.

(70) I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 65, n° 17 ; P. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 259 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, N. BAUGNIET, J.-F. TAYMANS (éds), Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, pp. 80 et s. ; voy. également sur la validité de la clause : Y.-H. LELEU, « Le droit transitoire », in *La réforme du divorce*, Y.-H. LELEU, D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 180, n° 43 ; H. CASMAN, M. VAN LOOK, « Extension de l'actif commun », in *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, Feuil. mob., IV.2, p. 132 ; J. VERSTRAETE, « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële Actualiteit*, C. CASTELEIN, A. VERBEKE, L. WEITS (éds), 2008-2009, Larcier, 2008, p. 48, n° 14.

(71) Voyez sur ces questions notre rapport au Comité d'Etudes et de Législation de la Fédération Royale de Notariat Belge, dossier n° 4379 ; J. VERSTRAETE, « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële Actualiteit* 2008-2009, C. CASTELEIN, A. VERBEKE, L. WEITS (éds), Larcier, 2008, p. 47, nos 12 et s.

(72) I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 64-65, n° 16.

(73) J. VERSTRAETE, « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële Actualiteit* 2008-2009, C. CASTELEIN (é.a.) (éds), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 48, n° 14.

### §3 CLAUSES D'ACCROISSEMENT ENTRE ÉPOUX, EN PARTICULIER CELLES PORTANT SUR DES PORTEFEUILLES DE VALEURS MOBILIÈRES

28. Les clauses d'accroissement entre époux portant sur des portefeuilles de valeurs mobilières offrent d'intéressantes perspectives de programmation patrimoniale, à l'instigation de la doctrine. Leur principal avantage est de permettre la transmission des valeurs qui en sont l'objet en franchise fiscale, car l'acquisition de biens *meubles* ne donne en principe pas lieu à la perception de droits d'enregistrement – sauf dans le cas où l'opération est requalifiée en donation. En outre, la clause d'accroissement opère une transmission *mortis causa* exonérée de droits de succession puisque les biens ne tombent pas dans la succession du prémourant.

Sur le plan civil également, ces clauses d'accroissement offrent une protection efficace aux parties<sup>(74)</sup>. Les biens objet de la clause ne font pas partie de la succession du prémourant et ses héritiers ne peuvent invoquer les mécanismes du rapport et de la réduction. Ce contournement du dispositif de la réserve héréditaire peut apparaître heurtant dans le cadre d'un mariage en secondes noces ou en présence d'enfants d'une première union, et commande donc un conseil prudent du rédacteur, voire une certaine retenue en présence d'intérêts opposés.

Mais ces clauses sont controversées, comme d'autres, et à ce jour ne sont pas validées par la jurisprudence. Elles posent deux types de difficultés qui tiennent, d'une part, à la qualité des parties (des époux) (a) et, d'autre part, à leur objet (des valeurs financières) (b).

#### A. Clauses d'accroissement entre époux

29. Une première interrogation concerne la validité de ces clauses au regard du principe de prohibition des ventes entre époux (art. 1595, C. civ.). Deux courants s'affrontent.

Une doctrine minoritaire<sup>(75)</sup> considère que la clause d'accroissement est illicite entre époux, puisqu'en raison de son caractère

(74) Pour un commentaire détaillé à ce sujet, voy. D. MICHELIS, « Tontine et accroissement », in *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, 2008, T. XI.1-16 et s., n° 20, et, « Les contrats de mariage comme instrument de planification patrimoniale », in *Les régimes matrimoniaux*, Malines, Kluwer, feuillets mobiles, 2009, T. XIII.2-11 et s., n° 73.

(75) H. CASMAN, « Conventions entre titulaires de droits actuels », in *Le notaire, votre partenaire aujourd'hui et demain*, Journées notariales 1992, Academia, Bruylant, 1992, p. 234.

aléatoire<sup>(76)</sup>, elle réalise une attribution à titre onéreux qu'il faudrait qualifier de vente.

Un courant majoritaire<sup>(77)</sup> estime au contraire qu'un contrat aléatoire à titre onéreux, tel l'accroissement, n'est pas pour autant une vente car les parties ont autant de chances l'une que l'autre de devenir le propriétaire du bien. L'interdiction portée par l'article 1595 du Code civil étant de stricte interprétation, elle ne peut être étendue par analogie. L'on ajoute<sup>(78)</sup> que les exceptions à la prohibition de la vente entre époux ne sont pas limitatives, et qu'à supposer qu'une clause d'accroissement puisse être qualifiée de vente entre époux, elle ne serait pas forcément nulle : soit elle pourrait tomber sous l'application d'une des exceptions légales, soit il serait possible de parer la nullité en démontrant que la vente n'a pas été motivée par des intentions frauduleuses.

Pour éviter toute discussion au regard de l'article 1595 du Code civil, l'on pourrait suggérer aux époux d'opter pour une clause de *tontine*. Le survivant tiendrait alors ses droits *du vendeur*, et l'interdiction de la vente entre époux ne s'appliquerait pas.

Il faudra néanmoins veiller à ce que la clause de tontine soit compatible avec le régime matrimonial des époux.

Si aucun problème ne devrait se poser pour les époux séparés de biens, des difficultés pourraient apparaître pour les personnes mariées sous le régime légal si le bien acquis est *commun*. Par le jeu de la tontine,

(76) L'aléa implique que les deux parties aient des chances égales de devenir, *in fine*, propriétaire du bien. Voy. not. L. BARNICH, « Les clauses d'accroissement en usage sont-elles à l'abri de tout soupçon ? », *Rev. not.*, 2003, p. 593, n° 3 ; Y.-H. LELEU, « L'aléa chasse la donation. Sortite de tontine et rentrée d'assurance », in *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. Les donations. Thèmes actuels*, Larcier, 2005, p. 84 ; J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement (contrat aléatoire ; pacte sur succession future, copropriété volontaire et conséquences (article 815 du Code civil), abus de droit...) », CUP, vol. 113, *La copropriété*, Anthémis, 2009, pp. 47-55, n°s 13-18.

(77) D. MICHELIS, « Bedingen van tontine en aanwas », *R.W.*, 1996, p. 980, n° 43 ; « Actuele ontwikkelingen inzake bedingen van tontine en aanwas », *Not. Fisc. M.*, 2001, p. 17, n° 44 ; « Overzicht van rechtspraak. Tontine en aanwas », *C.A.B.G.*, 2006, p. 64, n° 2 ; « Tontine et accroissement », in *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, 2008, T. X.2-7, n° 44. Voy. encore D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, pp. 194-195, n°s 2 et 3 ; F. BOUCKAERT, « Bedingen van aanwas », in *Handboek Estate Planning*, 2006, Livre 7, Thème 9, pp. 59-60, n° 95.

(78) D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 195, n° 2.

ce bien sera considéré, au décès du prémourant, comme ayant toujours appartenu au conjoint survivant, et comme n'ayant jamais fait partie du patrimoine commun des époux. Ceci impliquerait une dissolution rétroactive illicite de la communauté quant à ce bien (79).

Une autre contrainte est qu'une clause de tontine ne peut être conclue qu'avec l'intervention du vendeur, et ne peut donc porter sur des biens que des époux séparés de biens possèderaient déjà en indivision, ni sur les biens déjà acquis en remploi de fonds propres par des époux communs en biens (80).

31. Est également controversée la nature aléatoire de la clause d'accroissement entre époux. A tort selon nous.

L'aléa découle de l'égalité des chances de chaque partie de devenir propriétaire du bien. La clause ne sera requalifiée en libéralité (81) que si les conditions d'existence des libéralités sont réunies (82) : il faut qu'un patrimoine s'enrichisse au détriment d'un autre, qui s'appauvrit ; il faut une intention libérale.

Quant à la première condition, elle est remplie si l'aléa est factice, par exemple en situation de déséquilibre des chances de survie. L'enrichissement du coacquéreur qui avait les plus grandes chances de survie est libéral, car il n'a pas pris le risque de perdre sa mise. Tel peut être

(79) F. BOUCKAERT, « Tontine : een rechtsfiguur uit grootvaders tijd ? », *T. Not.*, 1982, p. 244, n° 6, et « Tontinebedingen », in *Handboek Estate Planning*, A. VERBEKE, H. DRYCKE, P. LAEMAN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2006, Livre 7, Thème 8, n° 74 ; F. BLONTRUCK, « Tontine versus huwelijk », *T. Not.*, 1994, p. 210, n° 34 et p. 212, n° 39 ; J.-M. DEBOUCHE, « Synthèse des connaissances actuelles en matière de tontine », *Rev. not.*, 1995, pp. 144-145, n° 4 ; D. MICHELIS, « Actuele ontwikkelingen inzake bedingen van tontine en aanwas », *Not. Fisc. M.*, 2001, p. 8, n° 19 ; D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. Du MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 196, n° 4.

(80) D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. Du MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 195, n° 3.

(81) Voy. not. E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Successions, donations et testaments », *Rep. Not.*, Tome III, Livre VII, éd. 1995, mis à jour en 2009, p. 81, n° 47.

(82) Ceci est toutefois discuté en doctrine. Si certains auteurs estiment que ces deux conditions doivent impérativement être remplies pour qu'il y ait libéralité (voy. not. E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Successions, donations et testaments », *Rep. Not.*, Tome III, Livre VII, éd. 1995, mis à jour en 2009, p. 82, n° 47), d'autres considèrent que l'existence d'une intention libérale suffirait à donner lieu à une donation, même en présence d'un aléa. A suivre cette seconde position, qui nous paraît contestable, c'est l'intention des parties qui est déterminante. En ce sens, voy. not. J. BAEI, « Bedingen van aanwas met optie », *T. Not.*, 2005, p. 68, n° 39.

le cas, par exemple, lorsqu'il existe une importante différence d'âge entre les parties (83), ou quand l'une d'elles est en mauvaise santé (84).

Quant à la seconde condition, l'intention libérale, elle ne se présume pas. Les clauses d'accroissement sont stipulées *animo speculandi* sauf preuve du contraire. Très curieusement, cette affirmation ne semble valoir que pour les personnes non mariées. De manière critiquable selon nous, il est admis que les clauses d'accroissement entre époux seraient conclues dans une optique libérale.

Se saisissant de ce postulat hasardeux, sans fondement et discriminatoire par comparaison au concubinage, l'Administration fiscale présume que les clauses d'accroissement entre époux sont des libéralités. Elle présume *l'animo domandi* pour taxer le transfert, alors qu'elle devrait le prouver (85). Ceci a pour conséquence fâcheuse que les clauses d'accroissement entre époux sont traditionnellement imposées comme des donations (86).

(83) A. CULOT et J. LARDINOIS, « Incidence d'une clause d'accroissement ou de réversion en droits d'enregistrement et de succession », in *Les droits de jouissance. Aspects civils et fiscaux*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 191 ; L. BARNICH, « Les clauses d'accroissement en usage sont-elles à l'abri de tout soupçon ? », *Rev. not.*, 2003, p. 593, n° 7. Voy. encore notre rapport : Y.-H. LELEU, « Une convention d'accroissement peut-elle être constitutive d'une libéralité ? », *C.E.L./C.S.W.*, 1999-2000, dossier n° 1972, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 315 ; nous y précisons que l'inégalité des chances peut s'apprécier tant d'un point de vue objectif que d'un point de vue subjectif, mais qu'il semble (aujourd'hui) suffisant que les prestations réciproques des parties soient considérées par celles-ci comme étant *subjectivement* équivalentes.

(84) Voy. par exemple Civ. Turnhout, 7 janvier 2005, *C.A.B.G.*, 2006, p. 60, note D. MICHELIS. Il existait, dans cette affaire, une importante différence d'âge entre les parties (16 ans) ; la partie la plus jeune avait toutefois souffert d'un cancer du sein 4 ans avant la conclusion du contrat, ce qui aurait diminué son espérance de vie par rapport à une femme « saine » du même âge. Le juge a donc décidé que les chances de chaque partie de devenir le propriétaire final du bien pouvaient être considérées comme égales.

(85) Voy. la réponse donnée par l'Administration à la question parlementaire n° 839, *Rep. R.J.*, n° E16/11-05. Le caractère illogique du raisonnement de l'Administration est souligné par J. BAEI, in « Bedingen van aanwas met optie », *T. Not.*, 2005, p. 68, n° 39, note 47. M. Donnay précise toutefois que « cette présomption de libéralité peut être renversée aussi bien par l'Administration que par les parties. Le traitement fiscal ne diffère par conséquent pas suivant que les bénéficiaires de la clause seraient ou non mariés. En toute hypothèse, il est finalement tenu compte de l'intention des parties » (M. DONNAY, « Droits de succession et de mutation par décès - Taxe compensatoire des droits de succession », *Rep. Not.*, Tome XV, Livre 2/1, éd. 1978, mis à jour en 2009 (A. CULOT), p. 236, n° 44-2).

(86) D. JUNGERS-POIRE et A. CULOT, « La tontine en droit fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 1992, n° 24.051, p. 21 ; A. CULOT et J. LARDINOIS, « Incidence d'une clause d'accroissement ou de réversion en droits d'enregistrement et de succession », in *Les droits de jouissance. Aspects civils et fiscaux*, Ph. DE PAGE et A. CULOT (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 191. Dans le même sens, en matière d'assurance-vie, voy. N. TORES, « Levensverzekering en erfrecht. Stand van zaken na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 16 december 2010 », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 215-216.

Avec d'autres auteurs, nous avons critiqué cette position (87). Le souci de bienveillance qui anime les époux ne permet pas, à lui seul, de conclure à l'existence d'une libéralité. La protection mutuelle peut répondre à un besoin de prévoyance, voire à l'existence d'une obligation naturelle, exclusifs de libéralité. Tout dépend du vécu du couple et de l'intention des époux, à prouver suivant les moyens du droit commun des libéralités.

### B. Clauses d'accroissement portant sur des (portefeuilles de) valeurs mobilières

Si les clauses d'accroissement portent en majorité sur des immeubles – en particulier le logement indivis – elles peuvent avoir pour objet des biens meubles (88), soit du mobilier meublant, soit des instruments financiers – des actions, par exemple –, ou tout autre meuble.

La doctrine (89) a attiré l'attention des praticiens sur un danger spécifique aux conventions d'accroissement sur meubles : les biens visés

(87) Y.-H. LELEU, « Une convention d'accroissement peut-elle être constitutive d'une libéralité ? », C.E.L./C.S.W., 1999-2000, dossier n° 1972, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 316 ; M. PUELINCKX-COENS, « Moet men beducht zijn voor inkorting bij tontine, bedingen van aanwas of van terugvallend vruchtgebruik tussen echtgenoten of tussen samenwoners ? », *Not. Fisc. M.*, 1996, p. 68, n° 25.

(88) Voy. not. C. LAMBERT, « La protection du partenaire survivant lors de la transmission du patrimoine par décès », *Rec. gén. enr. not.*, 2000, n° 25.092, p. 451 ; D. MICHELIS, « Actuele ontwikkelingen inzake bedingen van tontine en aanwas », *Not. Fisc. M.*, 2001, p. 22-23, n° 59-63 et « Tontine », in *Manuel de planification patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale* Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2010, Livre 7, Thème 13, p. 103, n° 103, ainsi que pp. 117-120, n°s 119-121 ; L. WEYRS, « Tontine voor alle roerende goederen : een toverformule of een flop », in *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, Gand, Story-Scientia, 2004, p. 987, n° 6 ; V. SAGAERT, « Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht », in *Actualia vermogensrecht*, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éds.), La Chartre, 2005, p. 160, n° 20 ; H. CASMAN, « Het overlijden van de cliënt, titulaires van een bankrekening (praktische beschouwingen rond enkele theoretische vragen) », in *Banque et famille*, Cahiers A.E.D.B.F. / E.V.B.F.R., Bruylant, 2006, p. 131.

(89) B. CARTUYVELS, « Tontine sur des droits divis », in *Le notaire, votre partenaire aujourd'hui et demain*, Journées notariales 1992, Academia, Bruylant, 1992, p. 277-278 ; V. SAGAERT, « Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht », in *Actualia vermogensrecht*, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éds.), Bruges, La Chartre, 2005, pp. 160-161, n° 21, ainsi que p. 162, n° 24 ; J. VERSTRAETE, « Pactes sur succession future », *Rep. Not.*, Tome III, Livre II, éd. 2005, p. 49, n° 29 ; D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, pp. 200-201, n° 9.

doivent être clairement individualisés et faire l'objet d'une description précise dans le contrat, au risque que la clause d'accroissement bascule vers le terrain prohibé des pactes sur succession future (art. 1130, al. 2, C. civ.).

Ainsi se dresse un épouvantail dépenallé, dont la seule apparition, même fugace si l'argument est réfuté, peut tétaniser le praticien (*infra*, n° 50).

Une clause d'accroissement portant sur l'ensemble des biens meubles – en tant qu'*universalité* – acquis *dans l'avenir* ou que l'on possèdera *au moment de son décès* est nulle (90). Par une telle clause, les parties s'accordent des droits sur une masse de biens dont elles ne s'obligent pas à préserver la substance. Elles ne s'engagent à rien et les droits concédés sont purement éventuels, de simples espérances.

Une clause d'accroissement peut, au contraire, porter sur un ensemble *actuel* de biens que les parties s'engagent à conserver (91).

Les portefeuilles de valeurs mobilières peuvent être qualifiés d'universalités, et les comptes bancaires, selon certains auteurs, y être assimilés quant à la présente problématique (92). Comme il vient d'être signalé, pour qu'ils puissent faire l'objet d'une clause d'accroissement valable, les parties doivent avoir souscrit des engagements actuels.

Il est donc est impossible de faire porter la clause d'accroissement sur les deniers et titres qui se trouveront en portefeuille *au moment du décès du prédecescent*, en raison de la possibilité laissée aux parties de disposer de ces valeurs pendant la durée du contrat (93). En revanche, une

(90) Des clauses d'accroissement portant sur l'ensemble des meubles meublants sont néanmoins admises par la doctrine. Voy. not. H. CASMAN, « Conventions entre titulaires de droits actuels », in *Le notaire, votre partenaire aujourd'hui et demain*, Journées notariales 1992, Academia, Bruylant, 1992, pp. 243-244 ; V. SAGAERT, « Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht », in *Actualia vermogensrecht*, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éds.), Bruges, La Chartre, 2005, pp. 160-161, n° 21, note 56 ; D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 200, n° 9. Contra : J. BAEI, « Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen », Malines, Kluwer, 2006, p. 675, n°s 1113-1114.

(91) En ce sens notamment, voy. J. VERSTRAETE, « Pactes sur succession future », *Rep. Not.*, Tome III, Livre II, éd. 2005, p. 49, n° 29.

(92) Sur la transposition des raisonnements valant à propos des portefeuilles de valeurs aux comptes bancaires : J. BAEI, « Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen », Malines, Kluwer, 2006, p. 681, n° 1124.

(93) V. SAGAERT, « Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht », in *Actualia vermogensrecht*, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éds.), La Chartre, 2005, p. 161, n° 22 ; J. BAEI, « Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen », Malines, Kluwer, 2006, p. 681, n° 1125.

clause d'accroissement portant sur la valeur d'un portefeuille *au moment de la conclusion de la clause* doit être admise.

Pour écarter tout doute quant à la validité de cette clause au regard de la prohibition des pactes successoraux, l'on recommande d'y adjoindre une *interdiction d'aliéner* par laquelle chaque partie s'engage à ne pas disposer de ses droits dans le portefeuille ou dans le compte sans le consentement de l'autre<sup>(94)</sup>. Ainsi la substance de l'universalité sera conservée jusqu'au décès du prémourant, et les droits issus de la clause d'accroissement, s'ils demeurent conditionnels, ne sont pas purement éventuels<sup>(95)</sup>.

34. Cette solution est correcte d'un point de vue théorique, mais elle manque à notre avis de sens pratique. Les portefeuilles de titres sont des universalités dont la composition est nécessairement appelée à évoluer constamment. L'essentiel est de s'assurer que leur substance globale soit préservée, grâce au remplacement des valeurs anciennes par des nouvelles. Exiger le consentement des deux parties pour tout mouvement ne paraît pas réaliste.

D'où la proposition de recourir au *mandat* que se confèrent les parties, assorti d'une obligation de remplacement. Elle aussi fait l'objet d'une controverse.

M. Bael est catégorique<sup>(96)</sup> : de tels mandats sont exclus car ils donnent le droit *aux parties* d'effectuer des retraits de fonds ou de titres, et maintiennent une faculté de disposer des avoirs pendant la durée du

(94) Il reste donc loisible aux parties, malgré la clause d'interdiction d'aliénation, d'effectuer des retraits sur le compte bancaire ou de céder des titres du portefeuille de *commun accord* ; en agissant ainsi, elles annulent implicitement l'accroissement sur les fonds ou titres concernés. En sens inverse, les parties peuvent aussi étendre l'accroissement à des fonds ou titres acquis en commun en cours de contrat. Voy. J. BAEI, « Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen », Malines, Kluwer, 2006, p. 682, n° 1129, ainsi que p. 684, n° 1132. En ce sens également, mais uniquement en ce qui concerne les comptes bancaires, voy. V. SAGAERT, « Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht », in *Actualia vermogensrecht*, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éds.), La Chartre, 2005, pp. 161-162, n° 22.

(95) J. BAEI, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Malines, Kluwer, 2006, p. 681, n° 1125 ; D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, pp. 202-203, n° 13.

(96) J. BAEI, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Malines, Kluwer, 2006, p. 683, n° 1130 et p. 684-685, n° 1133. Dans le même sens, mais uniquement à propos des comptes bancaires, voy. V. SAGAERT, « Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht », in *Actualia vermogensrecht*, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éds.), La Chartre, 2005, p. 161, n° 22.

contrat. Cet auteur étend son constat aux mandats donnés par les parties à la banque, pour acquérir et revendre les effets d'un portefeuille-titres<sup>(97)</sup>. En ce qu'ils permettent à l'institution de crédit de remplacer les titres sans accord préalable des parties, ces mandats empêchent aussi de garantir la conservation de la substance du portefeuille.

Voulant stabiliser la technique du mandat, nécessaire en pratique, la doctrine majoritaire<sup>(98)</sup> réfute ces arguments. M<sup>me</sup> Casman<sup>(99)</sup> et d'autres auteurs<sup>(100)</sup> soulignent que le mandataire agit *au nom et pour le compte du mandant* et que chaque opération est censée être réalisée avec le consentement *des deux parties*.

Ceci est toutefois critiqué par M. Bael<sup>(101)</sup>, qui souligne que s'il est indéniable que le mandat est lié par les opérations juridiques effectuées par le mandataire, l'on ne peut en déduire qu'il a *consenti* à ces actes ; d'ailleurs, il est toujours en droit d'exiger du mandataire qu'il justifie les actes accomplis en son nom. Nous ajouterons que les actes accomplis par une partie seule en vertu d'un mandat ne sont pas censés faits avec le consentement des deux. *Seul le mandant* est lié ; le mandataire s'efface une fois sa mission remplie<sup>(102)</sup>.

Bien que non suffisante pour écarter l'objection relative à la prohibition des pactes successoraux, la technique du mandat ne doit pas être

(97) J. BAEI, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 684-685, n° 1133.

(98) H. CASMAN, « Het overlijden van de cliënt, titularis van een bankrekening (praktische beschouwingen rond enkele theoretische vragen) », in *Banque et famille*, Cahiers A.E.D.B.F./E.V.B.F.R., Bruylant, 2006, p. 132 ; D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 203-204, n° 14-16 ; D. MICHELIS, « Tontine et accroissement », in *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, 2008, TX.3, n° 8 et 9, n° 61, et « Tontine », in *Manuel de planification patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2010, Livre 7, Thème 10, p. 104, n° 105 et p. 119, n° 119, e).

(99) H. CASMAN, « Het overlijden van de cliënt, titularis van een bankrekening (praktische beschouwingen rond enkele theoretische vragen) », in *Banque et famille*, Cahiers A.E.D.B.F./E.V.B.F.R., Bruylant, 2006, p. 132.

(100) D. MICHELIS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echgenoten », in *Patrimonium 2007*, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 203, n° 15.

(101) J. BAEI, « Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen », Malines, Kluwer, 2006, p. 683, n° 1130.

(102) P. WÉRY, « Le mandat », in *Rep. Not.*, T. 9, liv. 7, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 240-241, n° 201.

rejetée pour autant. La doctrine majoritaire propose à cet effet un *aménagement* du mandat, qui en valide l'utilisation.

La procuration doit être assortie d'une *obligation de remplacement*<sup>(103)</sup> : les titres prélevés sur le portefeuille par chacune des parties en vertu du mandat devront être remplacés par des valeurs équivalentes. Cette solution est possible en raison de la fongibilité des valeurs mobilières<sup>(104)</sup>. Elle permet de préserver la valeur du portefeuille objet de la clause d'accroissement, telle qu'elle a été déterminée *au moment de la conclusion de la clause*<sup>(105)</sup>.

35. Enfin, s'agissant des procurations données à la banque par les parties, à l'effet d'acquiescer et de revendre les composants d'un portefeuille-titres, MM. Michiels et Pintens distinguent deux situations<sup>(106)</sup>.

D'une part, aucune difficulté ne se pose lorsque la banque réinvestit l'argent provenant de l'aliénation d'anciens titres dans l'achat de nouveaux; il s'agit d'une application de l'*obligation de remplacement* qui doit accompagner le mandat reçu par l'institution de crédit.

Qu'en es-t-il, par contre, lorsque la banque acquiert de nouveaux titres pour le compte des parties avec de l'argent « frais », non issu de la réalisation d'anciens effets ? Si ces auteurs admettent que l'on puisse douter de la validité de cette opération, ils estiment qu'elle révèle l'intention des parties d'étendre la clause d'accroissement aux titres nouvellement acquis, au motif qu'en les achetant, la banque n'a fait qu'agir selon leurs instructions.

(103) D. MICHIELS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium* 2007, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 203, n° 15. En ce sens également, voy. F. BOUCKAERT, « Bedingen van aanwas », in *Handboek Estate Planning*, A. VERBEKE, H. DERYCKE, P. LALEMAN (éds.), Bruxelles, Larcier, 2006, Livre 7, Thème 9, p. 63, n° 104.

(104) En ce sens, voy. V. SAGAERT, « Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht », in *Actualia vermogensrecht*, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (éds.), La Chartre, 2005, pp. 162-163, n° 24.

(105) Voy. *supra*, n° 33. La valeur à prendre en considération est la valeur au moment de la conclusion du contrat, et non au moment du décès du prémourant, auquel cas la clause d'accroissement serait considérée comme un pacte successoral prohibé.

(106) D. MICHIELS et W. PINTENS, « De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten », in *Patrimonium* 2007, J. DU MONGH et W. PINTENS (éds.), Anvers, Intersentia, 2007, p. 204, n° 16. Il est à noter que J. Bael, lui, ne fait pas cette distinction et conclut *en toute hypothèse* les mandats conférés à la banque par les parties (J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 684-685, n° 1133).

#### §4 LA CLAUSE DITE DE LA MORTUAIRE ET L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE

##### EN MATIÈRE D'AVANTAGES MATRIMONIAUX

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010 a validé sur le plan civil la clause dite « de la mortuaire » et mis fin à la controverse sur le traitement fiscal de l'excédent imputable et réductible de l'avantage matrimonial. Il devrait rassurer la pratique quant à l'utilisation de cette technique de programmation patrimoniale<sup>(107)</sup>. Les rédacteurs de contrat de mariage étaient quelque peu déstabilisés par des velléités de taxation *contra legem* de l'Administration fiscale, tirant parti des voix dissidentes et isolées au sein de la doctrine, toutes étant à présent clairement contredites par l'arrêt<sup>(108)</sup>. Mais l'administration résiste dans une décision très récente<sup>(108bis)</sup> et pourrait perpétuer un trouble qu'on croyait dissipé, au détriment de certains clients pour qui la clause offre un avantage.

Cette clause particulière nécessite un conseil particulier en opportunité (A). Moins en droit car l'on peut enfin se rassurer : les anciennes critiques doctrinales s'avèrent infondées (B), la validité civile de la clause est confirmée (C) et la paix fiscale est assurée (D). On peut même

(107) Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, 92, et *R.G.E.N.*, n° 26263, p. 121, note N. GIEHLAND de MERXEM et Y.-H. LELEU, *Rev. Not. belges*, 2011, 427, note S. LOUIS, *Act. Dr. Fam.*, 2011, 138, note V. DEHALEUX, *R.W.*, 2010-2011, p. 1436, note A. VERBEKE et R. BANBAUX, *J.E.R.*, 2011, 170, note G. DEKNUDT, *J. Fam.*, 2011, p. 117, note F. BUYSSENS, *J. not.*, 2011, 11. Pour des commentaires doctrinaux : D. NOBE, « Sterhuisclausule » overleefst toets Hof van cassatie, *Fiscoblog* 2011, n° 1238, pp. 8-9 ; A.-L. VERBEKE et R. BANBAUX, *De sterhuisclausule springlevend*, *J.E.P.*, 2011, 109, n° 139. Pour une analyse approfondie, sur ces différents aspects, voy. les articles suivants repris in *Huwelijksvoorstellen. Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 4*, Bruxelles, Larcier, 2010 : A. VERBEKE, « Het algemeen kader der huwelijksvoorstellen », p. 1 ; R. BANBAUX, « Het sterhuisbeding. Civielrechtelijke aspecten », p. 19 ; N. GIEHLAND de MERXEM, « Het sterhuisbeding. Fiscale aspecten », p. 123 et s. Addé : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-Ch. VAN GYSEL (éd.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 35.

(108) La présente contribution s'inspire largement de : N. GIEHLAND de MERXEM et Y.-H. LELEU, note précitée. Toujours en sens contraire : C. DE WULF, *Het recente cassatiearrest in verband met de sterhuisclausule. Duidelijkheid op fiscaal gebied - cruciale vragen van burgerlijk recht blijuven buiten beschouwing*, *J. not.*, 2011, p. 3.

(108bis) *Déc.* du 15 juillet 2011, n° E.E.103.490, <http://www.succesierecht.be/dec-admin-SS-04-05.pdf>, *R.G.E.N.*, 2011/10 à paraître, note A. CULOT, *Rev. Not. b.*, 2011/9 à paraître, note N. Geelhand de Merxem. Dispositif : « *En droit fiscal, l'administration considère donc que l'assimilation à une libéralité, de la clause dans l'une ou l'autre de ses versions ci-dessus, est complète ; la clause est donc impérativement assimilée à une libéralité dans le respect de l'art. 5 du code des droits de succession (voir RJ S 5 04-01 et les décisions jurisprudentielles y citées). En conséquence, les RJ S 5 04-02, 04-03 et 04-04 (voir infra, note 119 - Y.-H.L.) sont retirés* ». Cette décision est parue (alors que les présentes étaient sous presse), après de longues hésitations et communiquées d'administrations régionales, donc l'une aurait exprimé une volonté de « combattre » la clause de la mortuaire, avant d'annoncer la tenue de concertations avec les deux autres administrations, ainsi que l'ont relayé les organismes du Notariat. Cette *déclaration administra-*

estimer que les clauses de participation aux acquêts en régime à base séparatiste bénéficieraient d'un régime civil et fiscal comparable (E).

### A. Nature et opportunité de la clause. Devoir de conseil

37. La clause « de la mortuaire » est une stipulation de partage inégal d'un patrimoine commun<sup>(109)</sup> au profit d'un conjoint déterminé et sans condition de survie. Elle n'est pas issue de la pratique notariale, mais d'autres professions du secteur de la programmation patrimoniale.

Plusieurs clauses sont rencontrées dans la pratique, dont la plus répandue est celle soumise à l'appréciation de la Cour de cassation :

« Le patrimoine commun est attribué à l'épouse quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial »<sup>(110)</sup>.

Une version plus épurée quant au facteur de déclenchement, excluant notamment l'octroi en cas de divorce (*supra*, n° 21 et s.) est proposée :

« Le patrimoine commun est attribué à l'épouse en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès »<sup>(111)</sup>.

M. Geelhand de Merxem a affiné récemment la formule :

« En cas de dissolution du régime matrimonial par le décès d'un des époux, la communauté sera, pour la totalité et en pleine propriété, attribuée à l'épouse, M<sup>me</sup> X, qu'elle soit ou non l'épouse survivante »<sup>(112)</sup>.

38. Son objectif principal est civil et identique à celui de toute clause de partage inégal : protéger économiquement et juridiquement le conjoint survivant.

Accessoirement ou également, la clause vise à transmettre une part de communauté supérieure à la moitié en franchise de droits de succession.

(109) Au sens strict ou interne adjoint à une séparation de biens (ex. société d'acquêts).  
(110) V. DEHALLEUX, note précitée, p. 117, n° 1. On y ajoute souvent « (à l'épouse) ou à ses ayants droits », semble-t-il pour accentuer son unilatéralité ; cela n'est pas nécessaire car les ayants droits de l'épouse prévu survivant qui décéderait avant l'époux prévu pré-mourant (*infra*) sont attributaires légaux de droit attributaires de sa part dans la communauté commun. Comp. : V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 2006, p. 728, n° 31.

(111) R. BARBAUX, « Het sterfhuysbeding. Civielrechtelijke aspecten », p. 46, nos 11-12 ; voyez déjà à ce sujet, Ch. DECKERS, J. DE HERDT et N. GEEHLAND, (Fiscale) successieplanning « in extremis » in Vlaanderen, in *Handboek Estate Planning Bijzonder deel 1*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 256 et s., nos 335 et s.

(112) Aux *Chroniques Notariales*, Liège, 7 avril 2011.

L'article 5 du Code des droits de succession taxe en effet comme un legs toute attribution supérieure à la moitié, mais à la condition expresse que la clause de partage inégal soit stipulée sous condition de survie.

Comme dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, la stipulation de la clause « de la mortuaire » peut être précédée d'un apport en communauté de biens propres de l'époux appelé normalement à décéder en premier lieu. Ainsi le survivant pourrait devenir propriétaire de tout le patrimoine conjugal en franchise de droits.

Dans la pratique, la clause s'insère dans le cadre d'une programmation patrimoniale « à l'hiver de la vie » et doit son nom au fait qu'elle requiert une probabilité très élevée que le conjoint désigné bénéficiaire sera le survivant. Elle n'intéresse pas seulement les personnes en situation de « dernière maladie », mais aussi celles qui envisagent un traitement médical risqué<sup>(113)</sup>. La stipulation *in extremis* est licite tant que le consentement peut être valablement formé et que les parties sont clairement informées. Il n'est cependant pas exclu que l'un des époux se fasse représenter à l'acte de modification par un tiers<sup>(114)</sup>.

Le devoir de conseil du rédacteur est particulièrement important ; il engagerait sa responsabilité à mal conseiller la clause compte tenu des circonstances. En effet, si contre toute probabilité l'ordre des décès est inversé, la clause produit des effets franchement inopportuns.

Si le conjoint en bonne santé « prévu survivant » décède avant le conjoint malade « prévu prémourant », le « rescapé » perdra tout ou partie de sa part dans les biens communs qui seront attribués en pleine propriété aux héritiers du conjoint prévu survivant<sup>(115)</sup>. Et ce dernier a peut-être d'autres enfants que ceux issus du couple...

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

(113) Il est alors opportun 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 temps après celle-ci (N. GEEHLAND de MERXEM, *Het sterfhuysbeding : fiscale aspecten*, p. 142, n° 64, note 155).

(114) Procurator notariée spéciale, voire impérative.

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

En toute hypothèse il est conseillé de stipuler la clause optionnelle (116). Si les enfants constataient l'inversion de l'ordre des décès, ils opéreraient en qualité d'ayants-droit du conjoint prémourant pour le partage égal de la communauté.

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

## B. Les controverses, facteur d'insécurité juridique

Depuis plusieurs années, une doctrine minoritaire contestait la défiscalisation et, selon les auteurs, la validité civile de la clause (117), cela surtout après que deux arrêts de la cour d'appel d'Anvers avaient exclu l'application de l'article 5 du Code des droits de succession à deux clauses qu'ils ont qualifiées d'avantage matrimonial.

Cette jurisprudence de fond validait la clause dite « de la mortuaire » (*sterfhuiscbeding*) (118), mais aussi la clause de participation inégale à tous les biens des époux greffée sur un régime de séparation de biens (*alsosfbeding*) (119), considérant qu'il s'agissait d'un avantage matrimonial valable, et soumis au même régime fiscal que les avantages matrimoniaux en régime communautaire (et aux mêmes possibilités d'exemption...).

Des décisions administratives retirées par la décision du 15 juin 2011 avaient au préalable admis l'inapplicabilité de l'article 5 à la clause de la « mortuaire » (120), et également à la clause de participation à tous

(116) H. CASMAN, « Clause d'attribution optionnelle / clause d'attribution optionnelle moyennant soule », in *Manuel de planification patrimoniale*, Livre 4, Le couple, Décès, Y.-H. LELU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 143 ; D. MICHIELS, « Fiscale aspecten van huwelijkscontracten », *T.not.*, 2007, pp. 431 à 491, spéc. pp. 460 et s.

(117) Principalement : C. DE WULF, « Een kritische doortlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuiscbeding », *T.Not.*, 2008, 467 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Louvain, Universitaire Pers, 2010, p. 349, n° 640 ; impl. : Ph. DE PAGE, « Evolutions récentes en matière de d'engagement et de droits de succession », *J.D.F.*, 2008, p. 114.  
(118) Anvers, 24 juin 2008 (arrêt confirmé par la Cour de cassation), *A.F.T.*, 2009, 30 (somm.), note B. INDRKEU, *F.J.F.*, 2010, 217, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 953 (somm.), R.W., 2008-2009, 876, *T.E.P.*, 2008, 356, note A. VERBEKE, *T. Not.*, 2008, 486 (cet arrêt réforme Civ. Hasselt, 18 octobre 2006, *R.A.B.G.*, 2007, 558, note D. NORÉ, *Rec. gén. enr. not.*, 2007, 181, *T. Not.*, 2007, 518, note C. DE WULF, *T.F.R.*, 2007, 506, note I. VERHULST).  
(119) Anvers 5 octobre 2004 (arrêt non frappé de pourvoi en cassation), *E.J.F.*, 2006, 185, *Not. Fisc. M.*, 2004, 268, note A. VERBEKE, *Rec. gén. enr. not.*, 2005, 301, note *Rec. not. b.*, 2005, 706, note L. VOISIN, *T. Not.*, 2007, 510, *T.F.R.*, 2005, 374, note G. DEKNUDT et M. DEBAO (cet arrêt réforme Civ. Anvers, 2 mai 2003, *Not. Fisc. M.*, 2003, 209, *Rec. gén. enr. not.*, 2004, 157).  
(120) Décision du 22 octobre 2003, *Rep. R.J.*, S 5/04-03 ; Décision du 6 décembre 2004, *Rep. R.J.*, S 5/04-02, *Rec. gén. enr. not.*, 2005, 325 ; Décision du 30 août 2005, *Rep. R.J.*, S 5/04-03 ; Décision du 29 juin 2007, *Rep. R.J.*, S 5/04-04.

les biens des époux séparés de biens (121). Mais l'Administration n'avait pas renoncé à la possibilité de taxer celles-ci à concurrence de la partie de l'avantage matrimonial considéré comme une donation (l'« excédent »), et cela sur une autre base légale, l'article 2 du Code des droits de succession imposant notamment les institutions contractuelles.

Le Comité d'Études et de Législation de la Fédération du Notariat belge avait critiqué cette base de taxation (122) et la cour d'appel d'Anvers l'avait également rejetée dans son arrêt du 24 juin 2008.

S'en est malheureusement suivi une période de grand flottement dans la pratique de la planification patrimoniale, et une trop forte réticence de certains praticiens à conseiller la clause dans les situations idoines, au motif prétendu de la sécurité juridique (123). La conséquence de cette attitude trop prudente, compte tenu de la faiblesse de l'argumentation contre la validité et le régime de la clause, fut la privation de certains clients de légitimes avantages civils et fiscaux (124).

Il est à redouter que ce phénomène se reproduise à cause de la décision administrative du 15 juillet 2011. Mais nous ne le pensons pas car cette décision est contraire au droit (124bis).

(121) Décision n° EE/98470, *Rep. R.J.*, S2/08-01 reproduite in A. VERBEKE, « Séparation de biens avec clause de participation : analyse fiscale », in *Manuel de planification patrimoniale*, Livre 4, *Le couple, Décès*, Y.-H. LELU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 215.

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

(123) Voy. à ce sujet, outre les auteurs cités dans la note 11 : G. DEKNUDT, « De sterfhuiscbeding in het (finaal) verkeringsbeding (nog) adviseerbaar ? », *T.not.*, 2010, pp. 249 et s.  
(124) Voy. à ce sujet : Y.-H. LELU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 53, pp. 70-71.

(124bis) Nos critiques de la décision administrative (*supra*, note 108bis et les références citées) portent sur les points suivants :  
- L'administration n'indique que l'article 5 comme base de taxation (et encore : cf. « dans le respect ») ; or cet article ne peut imposer les avantages matrimoniaux sans condition de survie et ne peut pas être appliqué par analogie (*supra*, n° 38).

- L'administration n'indique pas l'article 2 comme base de taxation ; elle n'indique pas si elle a abandonné sa jurisprudence antérieure et se rallie à l'arrêt de la Cour de cassation sur ce point (*supra*, n° 43) ; on peut en douter pour le motif ci-dessous.  
- L'administration tente de qualifier l'arrêt de la Cour de cassation d'espèce en distinguant selon le libellé des clauses ; à tort car les « deux types » de clauses que la décision énonce excluent la condition de survie.

- L'administration estime que l'avantage matrimonial véhiculé par une clause de la mortuaire pourrait ne pas rester « à titre onéreux dans la mesure où le stipulant se délaisse de ses biens en toutes circonstances et sans compensation » ; une telle affirmation

### C. Confirmation de la validité civile de la clause

41. En premier lieu, la Cour de cassation a consacré la théorie de M. Verbeke, suivie par de nombreux auteurs, selon laquelle l'« excédent » de l'avantage matrimonial au sens de l'article 1464, alinéa 2 du Code civil, n'est jamais une donation, mais toujours un avantage matrimonial (125). On sait que, en règle, les avantages matrimoniaux sont des « conventions de mariage » (art. 1458, al 1<sup>er</sup> et art. 1464, al 1<sup>er</sup> C. civ.) soustraites au régime des libéralités même si, économiquement, ils procurent à leur bénéficiaire un avantage patrimonial. En conséquence, les enfants communs ne pourront pas agir en réduction contre un avantage matrimonial même si celui-ci réduit leurs droits dans la succession du conjoint décédé.

On connaît aussi l'exception à cette règle en ce qui concerne les enfants communs, et qui était en litige dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, à savoir 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, la clause sera « considérée comme une donation » à concurrence de la moitié de ces apports en communauté, pour être imputée sur la quotité disponible et éventuellement réduite (art. 1458, al. 2 et 1464, al. 2 C. civ.) (126).

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

est erronée car la qualification à titre onéreux des avantages matrimoniaux est légale, ne tient pas compte de l'*animus donandi* et ne tient pas compte de l'absence de contrepartie (*infra*, n° 41) ; la Cour de cassation qualifie implicitement la clause de la mortuaire d'avantage matrimonial (*infra*, n° 42).

- L'administration considère que la qualification d'avantage matrimonial à titre onéreux « dépend essentiellement de l'existence d'une condition de survie » ; à tort car la Cour de cassation a décidé expressément le contraire (*infra*, n° 42).

(125) A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen. Een tweede Antwerps mijpaalarrest*, T.E.P., 2008, pp. 285-286. Voy. Déjà : H. CASMAN et A. VERBEKE, *Wat is een huwelijksvoordeel ?*, N.F.M., 2005, pp. 292-297.

(126) Voy. not. B. CARTUYVELS, « Les régimes de communauté conventionnelle », in *Les régimes matrimoniaux*, 4, *Les régimes conventionnels - Le droit transitoire*, L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (éd.), Rép. not., t. V, I, II, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 185, n° 1061 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 283-294, n° 230. Sur l'exception applicable en présence d'enfants non communs (art. 1465), voy. not. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, p. 283, n° 230 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 12, p. 40 et les références citées.

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

En second lieu la Cour de cassation consacre la thèse, soutenue notamment par M<sup>me</sup> Barbaux, selon laquelle un avantage matrimonial ne doit pas nécessairement être conditionné par la survie de l'époux bénéficiaire (127).

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

La Cour le confirme plus loin (nos 11-12) en rejetant le moyen pris de la prétendue exigence d'une condition de survie pour qu'une clause de partage inégal soit qualifiée d'avantage matrimonial (128). L'administration fiscale, dans sa décision du 15 juillet 2011, prétend toujours le contraire, à tort selon nous.

### D. Fin des contestations en matière fiscale

Enfin, la Cour de cassation confirme (n° 7 de l'arrêt) ce que la plupart des commentateurs avaient prédit, à savoir que l'article 2 du Code des droits de succession, qui n'impose que les institutions contractuelles (et d'autres voies dévolutives), n'est pas applicable aux avantages matri-

(127) R. BARBAUX, « Het sterfhuysbeding. Civielrechtelijke aspecten », p. 53-61 et passim ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale* ; A.-L. VERBEKE et R. BARBAUX, « De sterfhuysclausule springlevend », T.E.P., 2011, 109, n° 139 ; *Aspects civils et fiscaux*, J.-F. LAMMANS et N. BAUGNIET (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 86-87. Voy. déjà en ce sens : H. CASMAN et A. VERBEKE, « Belastbaarheid van huwelijksvermogensrechtelijke verkrijgingen », N.F.M., 2007, pp. 32-35.

(128) *Contr. : C. DE WULF*, « Het recente cassatiearrest in verband met de sterfhuysclausule. Duidelijkheid op fiscaal gebied - cruciale vragen van burgerlijk recht blijuven buiten beschouwing », T. not., 2011, p. 3.

42.

43.

moniaux, pas même quand ceux-ci sont imputables sur la quotité disponible et, le cas échéant, réducibles.

Il y a en effet, en droit, une différence fondamentale entre une disposition contractuelle portant sur les biens de la succession du *de cuius* et un avantage matrimonial qui ne concerne que le partage de la communauté de biens entre époux (129). Le partage du patrimoine commun précède en outre toujours celui de la succession.

Soit dit en passant, même dans le cas où il y aurait effectivement réduction de l'avantage matrimonial, en fonction de l'ampleur respectives de la masse fictive (art. 922 C.civ.) et de l'« excédent », la part réduite ne serait pas - à notre avis - assujettie au droit de succession. En effet, les articles 1 et 2 du Code des droits de succession ne visent pas explicitement ce cas, puisqu'ils ne concernent que la succession, comme le rappelle à juste titre la Cour de cassation pour l'article 2 (130).

En somme, la Cour applique quatre principes de base en matière fiscale en général, et de droits de succession en particulier : il n'est pas possible de percevoir des droits de succession sans disposition légale explicite (art. 170 Const.) ; la loi fiscale suit le droit civil sauf si le droit fiscal (ici le Code des droits de succession) prescrit explicitement une interprétation propre de la notion en question (131) ; le contribuable a le choix de la voie la moins imposée ; l'égalité de traitement prescrite par les articles 10 et 11 de la Constitution doit être respectée (132).

M<sup>me</sup> Dehalleux s'interroge sur l'imposition du transfert en droits d'enregistrements au taux de 1 % applicable aux partages (immobiliers), et répond à juste titre par la négative : d'une part, l'article 109, 1<sup>er</sup> du Code des droits d'enregistrement n'est pas applicable à défaut d'indivision entre les héritiers du prémourant et le conjoint survivant et, d'autre part, il est admis qu'une clause de préciput est exonérée du droit de partage parce que le conjoint survivant recueille les biens de plein droit par l'effet de la dissolution du mariage (133).

(129) En ce sens not. : N. GEELHAND DE MERXEM, « Het sterfhuysbeding : fiscale aspecten », p. 150, n° 98 ; Y.-H. LELU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 30, pp. 52-53.

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

(131) Cass., 9 juillet 1931, *Pas.*, 1931, I, 218.

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

(133) V. DEHALLEUX, note précitée, p. 123, n° 19.

## E. L'extension du régime des avantages matrimoniaux aux régimes séparatistes

Pour le même motif de généralité de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010, la solution qu'il préconise peut également être étendue aux régimes matrimoniaux à base séparatiste qui contiennent des avantages matrimoniaux (clause « comme si » - en néerlandais *alsof-beding*) (134).

On a écrit à tort que seuls les régimes en communauté pouvaient voir s'appliquer le régime des avantages matrimoniaux (135). Or ni la loi ni la jurisprudence et encore moins l'arrêt du 10 décembre 2010 restreignent l'autonomie de la volonté des époux séparés de biens (art. 1387-1388 C.civ.). La Cour constitutionnelle en rappelle la définition très large, détachée du régime communautaire, et applicable au « régime choisi » (136).

Il n'est pas non plus interdit d'appliquer par analogie des dispositions légales de nature exceptionnelle (ici les articles 1458, 1464 et 1465 du Code civil) pour autant que ce soit dans la mesure de leur raison d'être (137).

Or 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 un patrimoine commun interne adjoint à une séparation de biens, une masse

(134) En ce sens, not. V. DEHALLEUX, note précitée, p. 122, n° 13 ; S. LOUIS, note précitée, pp. 444-453. En ce sens et sur les différentes formes d'avantages matrimoniaux et leur régime en séparation de biens, voy. not. N. GEELHAND DE MERXEM, « Het finaal verkenbeding : weerlegging van een onterechte kritiek », *N.F.M.*, 2009, pp. 117-118, n° 47. Comp. : F. BUYSSENS, note précitée, pp. 144-145, n° 17. *Contra* : C. DE WULF, « Het recente cassatiearrest in verband met de sterfhuysclausule. Duidelijkheid op fiscaal gebied - cruciale vragen van burgerlijk recht blijven buiten beschouwing », *T. not.*, 2011, p. 3 ; *contra*, antérieurement à l'arrêt : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Les avantages matrimoniaux. Aspects civils et fiscaux », *Rev. Not. Belge*, 2002, pp. 277-278, n° 10.

(135) C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuysclausule », *T. Not.*, 2008, p. 471 ; W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, « Huwelijksvoordelen in scheidings- en participatieselsels. Tussen droom en daad », in *Patrimonium* 2009, pp. 395-396.

(136) C. Const., 23 novembre 2005, *N.F.M.*, 2006, p. 186, note C. CASTELEIN et M. MUYLLE, *R.W.*, 2006-2007, p. 397, note M. MUYLLE, en particulier l'attendu B.4.2.

(137) Pour plus de détails : N. GEELHAND, « 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.

commune comptable peut contenir (plus exactement valoriser) des acquêts et aussi d'anciens biens propres. Si un juge doit qualifier la nature onéreuse ou libérale d'un partage (in)égal d'une telle masse, en présence par exemple d'enfants non communs qui invoquent leur réserve héréditaire, il est tenu de se prononcer<sup>(138)</sup> et doit combler la lacune du régime séparatiste (art. 1466-1469 C.civ.) en appliquant aux biens communautarisés par une stipulation contractuelle des époux la théorie des avantages matrimoniaux telle que réglementée en régime communautaire (art. 1390 C.civ.)<sup>(139)</sup>.

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 simple<sup>(140)</sup>. 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 transmise<sup>(141)</sup>. Seule la séparation de biens pure et simple pourrait, en théorie, ne pas bénéficier de la transmission du régime des avantages matrimoniaux, parce que les époux n'ont pas exprimé de volonté contractuelle d'association économique. Et encore pourraient-ils par leur comportement contredire leur choix théorique de séparer les patrimoines (*supra*, n° 6).

La jurisprudence<sup>(142)</sup> et la doctrine<sup>(143)</sup> belge acceptent cette application par analogie en régime séparatiste corrigé. L'arrêt du 12 décembre 2010 n'y apporte pas le moindre démenti.

(138) À peine de déni de justice : N. GEBELHARD DE MERXEM, *Het finaal verrekenbeding. Civiëlerechtelijke aspecten*, in *Huwelijksoverdrachten*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 246, n° 106 et p. 249, n° 112.

(139) Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », n° 35, p. 57.

(140) En ce sens : N. GEBELHARD DE MERXEM, « Het final verrekenbeding : weerlegging van een ontbrekende kritiek », *N.F.M.*, 2009, p. 117, n° 44.

(141) A. VERBEKE, *Algemeen kader der huwelijksoverdrachten*, in *Huwelijksoverdrachten*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 11, n° 20.

(142) Anvers, 5 octobre 2004, précité.

(143) En ce sens, not. : A. CULOT, « Séparation de biens avec société d'acquêts et séparation de biens avec participation aux acquêts. - Incidences en matière de droits de succession », *Rec. gén. enr. not.*, 1997, 54 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 342-343, n° 265 et « Evolutions 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 », in *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 349.

## Conclusions

# Une créativité responsable même au cœur des controverses

45. Les débats doctrinaux sur la validité ou le régime de clauses de contrats de mariage exposés ci-dessus ont suscité des questions fondamentales sur la délimitation des missions respectives du juge, des rédacteurs de clauses, et du législateur.

Que reste-t-il de la liberté contractuelle, source de créativité, quand la contrainte normative est instable ou faible, ou qu'elle provient d'une critique sérieuse d'une pratique éprouvée<sup>(144)</sup> ? Quelles sont les valeurs respectives de la sécurité juridique et de la créativité dans l'optimisation civile et fiscale de la structuration des patrimoines des couples ? L'une prime-t-elle l'autre ? Ces deux objectifs - pas contradictoires et aucun ne pouvant être atteint au degré absolu - ne doivent-ils pas être conciliés en fonction des besoins et demandes de chaque client ?

Nous précisons ci-après la position du notaire face à des contraintes normatives vacillantes ou nouvelles, mais ces propos s'appliquent à tout professionnel dont le conseil est sollicité lors de l'élaboration d'un contrat de mariage, et assujéti aux mêmes obligations de créativité responsable et de recherche de sécurité juridique<sup>(145)</sup>.

46. La contrainte normative qu'affronte le notaire et qui pourrait brimer sa créativité, créée, pour la plupart des clauses examinées, une *lacune* de droit.

On a relevé des lacunes dans la loi. Le régime de la séparation de biens, par exemple, est lacunaire parce qu'il ne contient pas de disposition expresse appliquant le régime des avantages matrimoniaux aux clauses de partage du contrat qui en véhiculent (ex. participation aux acquêts inégale) (*supra*, n° 44). Le régime légal, autre exemple, est lacunaire parce qu'il ne contient pas de disposition qui interdise l'application de la théorie des avantages matrimoniaux aux clauses de partage unilatérales sans condition de survie (*supra*, n° 41). L'article 299 du

(144) Une critique doctrinale n'est une contrainte que si elle est parfaitement fondée, ce qui ne se vérifie qu'après traitement jurisprudentiel de la controverse, ou confirmation doctrinale ultérieure par d'autres auteurs convergents (*infra*, n° 49).

(145) Un juriste qui n'est pas créatif n'est pas un bon juriste : H. CASMAN, « Notariële creativiteit », in *Zekerheid voor de toekomst. Verslagboek Notariaal Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 96.

Code civil n'est pas complet car il offre une prise à une discussion doctrinale sur l'octroi d'avantages matrimoniaux en cas de divorce (*supra*, n° 22).

On a relevé aussi des lacunes dans le droit, causées par des critiques de certitudes prétendues acquises, sans réaction rapide ou claire du législateur ou de la jurisprudence. Ainsi en est-il des clauses-type de présomption de compte en régime séparatiste, dont la contestation s'intensifie sur la base d'une jurisprudence rendue en régime communautaire, mais que l'on pourrait encore hésiter à transposer en régimes séparatiste (*supra*, n° 5).

Comme on l'a vu pour la clause « de la mortuaire », en présence d'une lacune, un *judge* doit, *de lege lata*, appliquer par analogie le régime juridique des avantages matrimoniaux en régime de communauté à toutes clauses de partage qui constituent des avantages matrimoniaux, suivant la définition doctrinale large donnée à ceux-ci. La jurisprudence qui y fait droit n'est pas « audacieuse », mais méthodologiquement correcte et évite le déni de justice (*supra*, n° 44). La jurisprudence construit ainsi l'orientation actuelle du droit, lève les contraintes liées à la lacune, cela, il faut le souligner, grâce aux praticiens qui ont osé stipuler la clause controversée (et contestée sans succès).

Ce même rôle, à notre avis, peut et doit être assumé par le notaire à qui l'on demande de stipuler une clause controversée. Il est constamment appelé à faire preuve de créativité et à rédiger des clauses n'offrant pas une sécurité juridique totale, parce que non seulement le droit est toujours en mutation<sup>(146)</sup>, mais surtout parce que les seules clauses validées par des textes légaux explicites ou une jurisprudence supérieure intangible ne sont pas nécessairement les plus performantes.

Les rédacteurs de conventions matrimoniales ont, en effet, pour mission principale de répondre aux demandes des clients et de conseiller les clauses optimales à cet effet. Ils doivent pour cela connaître et exploiter la totalité de l'arsenal d'ingénierie patrimoniale existant au moment de leur intervention. Certaines techniques sont validées à un moment donné, mais cet état est fragile comme le montre l'exemple des présomptions de compte (*supra*, n° 4). D'autres reposent sur une base légale expresse, mais qui peut changer, comme souvent *in fiscalibus*. D'autres enfin sont considérées très sûres, jusqu'à ce qu'un courant

(146) Rapp. H. CASMAN, « Notariële creativiteit », in *Zekerheid voor de toekomst. Verslagboek Notariael Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 97.

doctrinal découvre une faille inaperçue, à raison ou, plus grave, à tort (*infra*, n° 49).

47.

Pour le notaire, la satisfaction de la demande du client sur fond de droit lacunaire n'est pas une gageure et demeure possible si l'on en revient aux bases de sa mission de conseil.

Des auteurs ont récemment approfondi la manière de concevoir et donner ce conseil préalablement à la rédaction d'un contrat de mariage en présence de controverse ou en l'absence de base légale<sup>(147)</sup>. Leurs préconisations étaient nécessaires, tant il apparaissait que des critiques doctrinales isolées ou totalement infondées de clauses éprouvées, avaient pour conséquence, quasi immédiate, de paralyser la profession à leur égard et priver les clients de leurs avantages<sup>(148)</sup>.

Avant de conseiller une clause controversée, le praticien doit procéder à une analyse approfondie et *in concreto* des risques de contestation de la clause, compte tenu de son utilité pour le client et des enjeux financiers. Un client peut en effet accepter le risque d'un procès contre l'administration fiscale si l'avantage fiscal résultant de la clause, en fonction de l'estimation de ses chances et de sa capacité de gagner ce procès, valent la peine de le courir. Certains notaires, avec leur client, ont procédé à cette analyse et tenu ce raisonnement quant à la clause de participation finale aux acquêts. Ils ont réussi, certes après un procès contre l'administration, à transmettre un patrimoine important sans la moindre taxation (*supra*, n° 44). L'abstention ou la stipulation d'une alternative fiscalement onéreuse aurait été plus sûre, mais bien plus onéreuse. Outre ses avantages pour le client, une attitude aussi raisonnablement créative

(147) H. CASMAN, Notariële creativiteit, in *Zekerheid voor de toekomst. Verslagboek Notariael Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 97-98 ; N. GEBELHAND DE MERXEM, Huwelijksvoordelen : geen verboden erfvereenkomst en nog adviseerbaar, in *Handboek Erfstat Planning. Bijzonder deel 6*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 62-64 ; A. VERBEKE, « Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht », *R.W.*, 2011, pp. 1657 et s.

(148) Ex. la clause « de la mortuaire » requiert la condition de survie (C. DE WULF, De nieuwe theorie van de huwelijksvoordelen – recht of wishful thinking, *T.Not.*, 2009, p. 526), la participation aux acquêts est un pacte successoral prohibé (E. TURPIN, « Het finaal verrekenbeding : een verboden erfvereenkomst ? », *T.not.*, 2010, p. 59), le patrimoine commun interne adjoint à une séparation de biens n'est pas valable (J. VAN BAEI, « Het huwelijkscontract van scheiding van goederen met een toegevoegd intern gemeenschappelijk vermogen », *T.not.*, 2010, p. 224), les donations faites devant un notaire néerlandais ne sont pas valables (L. WEYTS, « Vlucht niet naar Nederland, loop de grens heen getid », *T.not.*, 2010, p. 387).

(car fondée sur une analyse préalable du risque) est facteur de progrès juridique car la clause validée fonde une jurisprudence qui réduira la contrainte normative de l'ancienne controverse.

48. Une telle analyse de risque n'est pas simple dans tous les cas. Pour pouvoir répondre aux exigences du conseil professionnel, elle doit comprendre une évaluation complète de tous les arguments en présence opposés dans la controverse. Elle se terminera par un bilan et une aide à la décision (du client) de stipuler ou d'écarter la clause, ou de choisir la meilleure alternative, compte tenu également des enjeux économiques.

Une des difficultés dans cette analyse est de relativiser ou vaincre l'autorité de la doctrine qui installe, à tort ou à raison, de nouvelles contraintes normatives. On a vu des clauses contestées par un courant tout à fait marginal, mais néanmoins déconseillées au seul motif d'une dissension doctrinale. Si le notaire refuse de stipuler une clause pour ce *seul* motif, sans avoir procédé lui-même à l'analyse de risque préconisée, il privilégie outre mesure la sécurité juridique et ne prodigue pas un conseil professionnel à son client. Ce dernier pourrait lui reprocher de ne pas avoir passé outre la contestation si la qualité de celle-ci était faible en droit. Cette attitude est malheureusement trop souvent rencontrée, et pourrait par exemple reprendre cours à cause de la décision de l'administration fédérale du 15 juillet 2011, non étayée à notre avis (*supra*, note 124bis).

L'analyse de risques préconisée appelle donc une attitude très critique par rapport à toute doctrine, et exige une confrontation de toutes les positions pour chaque argument invitant à ne pas stipuler une clause. Ainsi, à propos des avantages matrimoniaux maintenus ou octroyés en cas de divorce, le notaire constatera qu'un auteur déconseille la clause au motif principal d'une prétendue exigence de condition de survie imposée par la loi (*supra*, n° 23). Or la majorité des autres auteurs, et la Cour de cassation mais à propos de la clause dite « de la mortuaire », sont d'un avis contraire. L'analyse de risque paraît alors largement favorable à la stipulation de la clause, et si le conseil englobe en outre le degré d'importance de la stipulation du client au regard des enjeux patrimoniaux, le notaire permettra à ce dernier de faire un choix éclairé, et d'assumer *in fine* le risque et la responsabilité.

49. On ne saurait donc trop insister sur le risque de responsabilité professionnelle à priver un client d'un avantage patrimonial au profit de la seule sécurité juridique, sans tenir compte de ses souhaits et de ses

capacités, notamment financières, à courir le risque résiduaire pour éviter le coût de l'abstention d'agir.

Une doctrine minoritaire ou contestataire, ou une jurisprudence minoritaire, ne doivent pas être un obstacle à la mise en œuvre de la pratique ou de la clause contestée sur demande du client et dans son intérêt patrimonial, civil ou fiscal ; le choix de la voie moins imposée est un droit, à respecter par tous les praticiens. Si les arguments des auteurs ou les décisions de jurisprudence, après analyse approfondie par le notaire, compte tenu de toute la doctrine et pas seulement celle opposée à la clause, ne sont pas suffisamment étayés ou sont aisément réfutables, le notaire peut considérer que la dissension ne compromet pas la sécurité juridique, ou que la sécurité juridique est suffisante pour le client *in concreto* (149).

50. Si le notaire est un acteur responsable dans le sens précisé-ci dessus, la doctrine et chaque auteur en particulier le sont aussi, dans une forme encore à définir (150).

La doctrine joue en effet un rôle majeur dans le secteur de la programmation patrimoniale, une matière transdisciplinaire où la créativité est centrale, s'agissant souvent de naviguer près des frontières des prohibitions civiles ou des emprises fiscales. La doctrine, forte de sa liberté d'expression, alimente incontestablement les techniques d'optimisation civile et fiscale du patrimoine des couples en proposant de nouvelles constructions. Elle scrute aussi les demandes de protection ou de régulation émises par les individus et les couples. Elle apprécie leur validité et explore les manières de les rencontrer pour que, par voie contractuelle, jurisprudentielle ou législative, le droit réponde à ces besoins (151). Le droit positif, et encore moins le droit législatif, ne sont donc, en soi, des données figées ni à conserver. Ils doivent évoluer avec la société pour rencontrer ses besoins, et le font notamment par les « incidents marginaux » que sont les appréciations par la jurisprudence de clauses conseillées par des praticiens, eux-mêmes encouragés par des théories doctrinales fondées en droit.

(149) A. VERBEKE, « Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht », *R.W.*, 2011, p. 1659.

(150) En ce sens : A. VERBEKE, *ibidem*, p. 1658.

(151) Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A.-C. VAN GYSEL (éd.), *Conjugalité et décès*, Anthémis, 2011, p. 69, n° 52. Sur cette nécessité en droit des familles : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 29 et s., n° 7.

Dans les périodes, transitoires, de controverses sur fond de droit lacunaire et de demande sociale forte de solutions performantes et/ou nouvelles, la doctrine joue un rôle fondamental : elle est la meilleure source, pour le juge, de motivation d'une décision conforme au droit (152).

Mais la doctrine a pu jouer un rôle nettement moins constructif. On a relevé ces deux dernières années, principalement en Flandre, un phénomène curieux consistant à mettre en doute, sans intérêt apparent, des clauses ou pratiques utiles ou bien installées par une prise de position doctrinale plus ou moins (bien) étayée et qui, après meilleur examen, s'avère erronée (ex. les donations aux Pays-Bas) ou contredite par la jurisprudence (ex. la clause « de la mortuaire ») (153). La conséquence fut un frein ou un arrêt immédiat de ces clauses ou ces pratiques, au détriment des clients qui les demandaient pour bénéficier d'avantages civils ou fiscaux. On ne peut certes raisonner ici en termes de responsabilité au sens strict, car la liberté d'expression et la liberté académique sont un droit des auteurs, mais ni l'une ni l'autre sans limites. Il nous paraît aussi relever du devoir scientifique de l'auteur d'apprécier l'impact pratique de ses écrits. Autrement dit, une thèse doctrinale dont l'auteur sait (et doit savoir) qu'elle pourrait avoir un impact fort sur une pratique ancrée doit être encore plus étayée qu'une recherche plus spéculative ou sans impact direct (154). À cet égard, certains mots (ex. insécurité juridique), certaines institutions (ex. prohibition des pactes successoraux) ont un potentiel d'influence sur la pratique particulièrement important.

La sécurité juridique n'est pas, à notre avis, la contrainte normative la plus décisive que doit affronter le notaire désireux de déployer sa créativité au profit de son client. Même si l'expression a pu choquer certains auteurs, eux-mêmes notaires (155), la sécurité juridique n'est pas une

valeur absolue en droit (156). Elle peut freiner le développement du droit et l'optimisation patrimoniale demandée par le client. La privilégier à tout prix peut même conduire à l'application d'un « mauvais droit » (157), un droit devenu insuffisamment performant ou inégalitaire eu égard aux développements du principe constitutionnel de respect de l'égalité, ici celle des couples en demande de solutions fonctionnellement équivalentes. La sécurité juridique totale n'est au demeurant pas possible à atteindre, sauf peut-être quant à la forme des actes.

Donner trop de poids aux contraintes normatives, surtout doctrinales, sans s'assurer de leur exactitude, exacerbe la sécurité juridique et pourrait stériliser le rédacteur. Il est évident que l'intérêt du client à stipuler une clause prime la sécurité juridique si la clause avantageuse a plus de chances d'être confirmée qu'annulée, et/ou si le client, face au profit escompté, accepte la possibilité d'une contestation. Le notaire doit aider le client à faire ce choix. Il porte la responsabilité de la qualité de son analyse du risque (une obligation de moyens) et de sa transposition un conseil concret et clair au client (une obligation de résultat), mais c'est *in fine* ce dernier qui assume la responsabilité de son choix.

Le notaire ne devrait pas considérer les controverses comme des contraintes mais comme un vivier d'opinions nourrissant ses analyses de risques. À ce prix, sa créativité jamais démentie pourra encore faire progresser le droit du patrimoine des couples. Le contenu de la présente contribution devrait l'y encourager car nous avons montré que pour certaines clauses, la jurisprudence confirme que des opinions doctrinales démenties peuvent être écartées. Nous avons également montré que si des auteurs relèvent un risque d'invalidation d'une clause, ce risque vaut parfois la peine d'être couru.

(156) N. GEBELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding. Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 255, n° 129 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A.-C. VAN GYSEL (éd.), *Conjugalité et décès*, Anthemis, 2011, p. 70, n° 53. Et elle ne se réduit certainement pas à la sécurité législative : A. VERBEKE, « Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht », *R.W.*, 2011, p. 1657.

(157) Encore une expression qui a choqué (issue de : N. GEBELHAND, *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 256, n° 131). Pour une réaction vive : C. DE WULF, « De nieuwe theorie van de huwelijksvoordelen - recht of wishful thinking », *T.Not.*, 2009, p. 526, n° 9.

(152) N. GEBELHAND DE MERXEM, « Het finaal verrekenbeding. Civielrechtelijke aspecten », in *Huwelijksvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 258, n° 137.

(153) Par les auteurs cités *supra*, note 117.

(154) Rapp. l'éditorial du *Tijdschrift voor notarissen*, annonçant la publication d'un article mettant en question la validité de la stipulation d'un patrimoine commun interne adjoint à un régime de séparations de biens, et (ré)affirmant que les notaires « veulent et doivent offrir la sécurité juridique (traduction libre) » (*T.Not.*, 2010, 1657). Pour une réformation des arguments de cet article : A. VERBEKE, « Scheiding van goederen en onverdeeldheden. Over rechtsgeldigheid van een TIGV », *T.Not.*, 2011, 179).

(155) C. DE WULF, « De nieuwe theorie van de huwelijksvoordelen - recht of wishful thinking », *T.Not.*, 2009, p. 526, n° 8.