

L'avantage matrimonial : une technique de détournement de la dévolution successorale ?

par Jean-Louis Renchon

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
et à l'Université Saint-Louis — Bruxelles
Président du Centre de droit de la personne,
de la famille et de son patrimoine*

INTRODUCTION

1. Les projets de réforme du droit des régimes matrimoniaux, élaborés sous l'actuelle législature par le cabinet de la Ministre de la justice et discutés au sein du gouvernement ou de différents cénacles professionnels, ont, notamment, suscité débats et controverses à propos des droits susceptibles d'être attribués au conjoint survivant (ou éventuellement au cohabitant légal survivant) par la technique d'un « avantage matrimonial » inséré dans le régime matrimonial des époux (ou éventuellement le régime patrimonial des cohabitants légaux).

L'objectif de tels avantages matrimoniaux est de réaliser, par des dispositions qui relèvent du droit des régimes matrimoniaux, la dévolution d'une partie, voire de la totalité du patrimoine du conjoint prémourant au profit du conjoint survivant, en échappant aux règles du droit successoral, au motif qu'il n'y aurait pas eu là une dévolution successorale proprement dite.

Pareilles dispositions « matrimoniales » équivalent néanmoins, en termes économiques et humains, à des dispositions successorales, même si la technique utilisée permet de les soustraire à pareille qualification, avec tous les « avantages » qui peuvent en résulter pour le conjoint survivant.

2. Sans doute, la technique de l'avantage matrimonial est-elle depuis longtemps consacrée par la loi dans les régimes matrimoniaux de communauté.

La réforme législative proposée consisterait à la généraliser, sous différentes modalités, à tous les régimes matrimoniaux, et même à la cohabitation légale.

Il y aurait là une possibilité accrue, pour les époux ou les cohabitants légaux qui préfèrent opter aujourd'hui pour un régime de séparation de leurs biens, d'opérer le transfert d'une partie importante du patrimoine du conjoint prémourant au profit du conjoint survivant et, par voie de conséquence, au détriment des enfants, communs ou non communs, du couple.

L'enjeu politique d'une telle réforme est considérable, et il y a donc quelque intérêt à ce qu'on s'attache à reprendre cette problématique, même si elle a déjà fait l'objet d'analyses approfondies ¹.

On s'attachera, dans une première section, à rappeler dans quel contexte législatif, tant civil que fiscal, il convient actuellement d'appréhender les avantages matrimoniaux.

On examinera, ensuite, les propositions de modifications législatives qui ont été formulées dans les projets de lois de la Ministre de la justice.

On exprimera, enfin, les réflexions que suscitent ces propositions au regard de l'équilibre qui devrait en principe être recherché, lors de la transmission du patrimoine d'une personne décédée, entre les droits respectifs, d'une part, de son conjoint (ou de son cohabitant légal) et, d'autre part, de ses enfants ou descendants.

I. — L'AVANTAGE MATRIMONIAL DANS LA LÉGISLATION ACTUELLE

A. Le Code civil et les dispositions de la loi du 14 juillet 1976

3. Sans remonter jusqu'au Code Napoléon, qui avait déjà consacré dans la loi la possibilité *pour les époux mariés en régime de communauté* de se consentir, dans leur contrat de mariage, des « droits de survie » ², on s'en tiendra aux dispositions qui ont été insérées dans notre Code civil par la loi

¹ R. BARBAIX, N. GEELHAND DE MERXEM et A. VERBEKE, *Huwelijkvoordelen*, Bruxelles, Larcier, 2010 ; H. CASMAN, *Het begrip huwelijkvoordelen*, Berchem/Antwerpen-Amsterdam, Maarten Kluwer's, 1976 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Les avantages matrimoniaux — Aspects civils et fiscaux », *Rev. not.*, 2002, p. 270 ; Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS, M. BOURGEOIS (éd.), « Manuel de planification matrimoniale », 4. *Le couple : décès*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 707 ; C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, p. 467 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in A. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, p. 35 ; W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK, « Huwelijkvoordelen in scheidings- en participatiestelsels. Tussen droom en daad », in W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, p. 395 ; L. ROUSSEAU, « Les avantages matrimoniaux dans les régimes de communauté » et L. VOISIN, « Les avantages matrimoniaux dans les régimes de la séparation des biens », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 354 ; J. DU MONGH, « Huwelijkvoordelen en successieplanning. Voorzichtheid blijft geboden », *T. Not.*, 2007, p. 499.

² Le terme de « droits de survie » avait été utilisé tel quel dans l'article 1452 du Code Napoléon classé sous la section intitulée « De la dissolution de la communauté », dans le chapitre II du titre V du livre III de ce Code.

Ces « droits de survie » — appelés parfois aussi « gains de survie » — qui permettent au conjoint survivant de recueillir, lors du décès du conjoint prémourant, une part plus importante que sa part de moitié dans la communauté, étaient expressément décrits aux articles 1515 à 1525 du Code Napoléon, eux-mêmes complétés par l'article 1527 de ce Code.

du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs des époux et aux régimes matrimoniaux.

On précisera néanmoins que ces dispositions ont largement été inspirées du Code Napoléon et n'en diffèrent pas de manière fondamentale.

4. On rappellera, pour la bonne compréhension des textes légaux, que, depuis la loi du 14 juillet 1976, le titre V du livre III du Code civil, intitulé « Des régimes matrimoniaux », est découpé en quatre chapitres :

- Chapitre I. Dispositions générales.
- Chapitre II. Le régime légal.
- Chapitre III. Des conventions qui peuvent modifier le régime légal.
- Chapitre IV. De la séparation des biens.

C'est dans le chapitre III relatif aux « conventions *qui peuvent modifier le régime légal* » que le législateur a expressément prévu, à l'article 1451 du Code civil, que les époux « qui ont adopté un régime en communauté peuvent notamment convenir :

- que le patrimoine commun comprendra tout ou partie de leurs biens présents et futurs ;
- qu'il y aura entre eux une communauté universelle ;
- que l'un des époux aura droit à un préciput ;
- qu'en cas de dissolution du mariage par le décès d'un des époux, le partage du patrimoine commun se fera par parts inégales ou que tout ce patrimoine sera attribué à l'un des époux »³.

Les articles 1452 à 1465 de ce chapitre III détaillent ensuite, aux paragraphes 1 à 4, les clauses extensives du patrimoine commun (§ 1), le préciput (§ 2), les clauses dérogeant à la règle du partage égal du patrimoine commun (§ 3) et une disposition commune (§ 4).

Il est donc tout à fait clair que, dans *les textes actuels du Code civil*, le législateur n'a expressément *prévu et réglementé que dans les régimes de communauté* la possibilité pour les époux de conférer au survivant d'entre eux, par une disposition particulière de leur contrat de mariage, un « droit de survie » ou « gain de survie » lui permettant de prendre, à titre « matrimonial » (et non pas successoral), une part plus importante que la moitié — éventuellement la totalité — de leur patrimoine commun, éventuellement composé de manière plus large que dans le régime légal par une clause extensive du patrimoine commun.

5. Compte tenu que ces dispositions spécifiques au régime de communauté permettent incontestablement d'« avantager » le conjoint survivant, qui prendra dans le patrimoine commun, au jour du décès du conjoint prémourant, une part plus importante que celle qu'il aurait recueillie sous le régime légal, il

³ L'article 1451 actuel du Code civil est très largement inspiré du texte de l'article 1497 du Code Napoléon.

convenait assurément de qualifier la nature juridique de telles clauses afin de déterminer leur incidence au regard de la dévolution de la succession du conjoint prémourant et, plus particulièrement, des droits successoraux des héritiers réservataires du conjoint prémourant ⁴.

Fidèle à une conception qui remontait loin dans le temps et qui avait aussi été consacrée dans l'article 1527 du Code Napoléon, le législateur de 1976 a établi une distinction radicale entre la situation où les époux ne laissent que des enfants communs et la situation où l'époux prémourant a retenu des enfants d'un précédent mariage ou, aujourd'hui, d'une précédente union ⁵.

Les dispositions adoptées dans la loi du 14 juillet 1976 — qui sont, *a priori*, parfaitement connues mais qui ne sont pas nécessairement toujours comprises en pratique — sont les suivantes :

- les clauses de partage inégal du patrimoine commun sont, en principe, aux termes des articles 1458, alinéa 1, et 1464, alinéa 1, du Code civil, des « conventions de mariage » qui ne sont pas « regardées » comme des donations, et le conjoint survivant recueille dès lors la part qui excède sa moitié dans le cadre du partage du patrimoine commun, sans incidence sur la dévolution de la succession du conjoint prémourant ;
- toutefois, en présence d'enfants communs, ce qui serait attribué au conjoint survivant, au-delà de sa part de moitié, dans un bien que l'époux prédécédé avait fait entrer dans le patrimoine commun par une disposition expresse du contrat de mariage, sera considéré comme une donation, imputable sur la quotité disponible de la succession du conjoint prémourant et éventuellement réductible ⁶ ;
- par contre, à l'égard des enfants d'un précédent lit du conjoint prémourant, toute clause du contrat de mariage relative tant à l'apport d'un bien propre au patrimoine commun qu'à une attribution au-delà de la part de $\frac{1}{2}$ du conjoint

⁴ On veillera dès à présent à préciser que l'article 1457 du Code civil, relatif à la clause de préciput, et l'article 1461 du Code civil, relatif aux clauses dérogeant à la règle du partage égal du patrimoine commun, prévoient expressément que ces avantages peuvent être attribués au profit des deux époux ou d'un des deux époux « s'il survit ».

⁵ Le texte de l'article 1465 du Code civil a été modifié par une loi du 11 mai 2007 afin d'y englober tous les enfants qui ne sont pas communs aux époux.

⁶ Un exemple concret pourrait être plus simple à comprendre que cette énonciation théorique.

Le patrimoine commun au jour du décès se compose d'un bien immeuble, valant 240.000 €, qui appartenait en propre au conjoint prémourant et que celui-ci avait fait entrer dans le patrimoine commun, et d'économies, valant 360.000,00 €, qui sont de plein droit communes dans le régime légal. Les époux ont trois enfants. Le conjoint prémourant ne laisse plus aucun patrimoine propre. Le conjoint survivant s'est vu attribuer la totalité du patrimoine commun.

À l'égard des enfants communs, ce qui a été attribué au conjoint survivant au-delà de sa part de $\frac{1}{2}$ dans l'immeuble apporté au patrimoine commun (120.000 €) est considéré comme une donation qui s'imputera sur la quotité disponible de la succession. La masse de calcul de la succession ne comprenant en l'espèce que cette donation, les trois enfants pourront dès lors exiger sa réduction à concurrence de leurs droits réservataires en nue-propiété représentant globalement $\frac{3}{4}$ de la masse de calcul, c'est-à-dire 90.000 € (en nue-propiété).

survivant des biens communs dans le régime légal sera considérée comme une donation imputable sur la quotité disponible de la succession du conjoint prémourant et éventuellement réductible si elle excède cette quotité disponible ⁷.

6. On relèvera immédiatement — mais nous y reviendrons ultérieurement — que, lorsque la loi du 14 juillet 1976 avait, comme dans le Code Napoléon, institué la possibilité pour les époux mariés en régime de communauté, de s'attribuer des « droits de survie », en organisant pour le jour du décès un partage inégal du patrimoine commun au profit du conjoint survivant, le législateur belge n'avait pas encore adopté l'importante réforme relative aux droits successoraux du conjoint survivant qui fut réalisée par la loi du 14 mai 1981.

Les « droits de survie » avaient dès lors évidemment un objectif « successoral », au sens où il s'agissait d'assurer la « dévolution » au jour du décès du conjoint prémourant des droits qui étaient les siens dans le patrimoine commun au profit du conjoint survivant.

Et c'est parce que cette technique du droit matrimonial constituait l'équivalent d'une transmission successorale que le législateur avait protégé les enfants d'un premier lit du conjoint prémourant, en leur garantissant que de tels « avantages matrimoniaux » auraient à leur égard le *même effet juridique* qu'une disposition successorale proprement dite.

À l'égard des enfants communs, on n'avait par contre pas considéré que pareille protection aurait été utile ou nécessaire.

Mais on était encore en 1976, et la famille nucléaire unie par les liens du mariage — « Papa, Maman, enfants » — constituait toujours le modèle familial par excellence. On ne concevait dès lors pas, ou à tout le moins on ne concevait pas vraiment que ce que « Maman » aurait recueilli de « Papa », elle ne le transmettrait pas elle-même ultérieurement à leurs enfants communs. C'était d'ailleurs pour elle, dans le contexte de l'époque, une forme de devoir moral, sauf précisément si elle avait dû utiliser et consommer ses « droits de survie » pour assurer sa « survie ».

La transmission successorale ultérieure au profit des enfants communs ne paraissait dès lors pas compromise, et il n'avait pas paru pertinent de prendre d'autres dispositions que celle contenue dans l'article 1464 du Code civil, qui était destinée à régir la situation particulière où l'époux prémourant aurait inséré dans son contrat de mariage une clause extensive du patrimoine commun attribué, au-delà de sa part de moitié, au conjoint survivant.

⁷ Si on reprend le même exemple concret, mais en considérant que les trois enfants du conjoint prémourant étaient issus d'une autre union, l'attribution au conjoint survivant de la totalité de l'immeuble (240.000 €) et de la ½ des économies (180.000 €) sera considérée comme une donation. La masse de calcul de la succession du conjoint prémourant représentera alors 240.000 € + 180.000 € = 420.000 €, et les trois enfants pourront dès lors exiger la réduction de cette donation à concurrence de ¾ de 420.000 € = 315.000 € (en nue-propiété).

B. Le Code des droits de succession

7. C'est assurément dans le Code des droits de succession qu'on trouve la meilleure indication de ce que les « droits de survie » susceptibles d'être attribués au conjoint survivant dans le patrimoine commun ont effectivement un objectif « successoral » et représentent l'équivalent d'une transmission successorale.

L'article 5 du Code des droits de succession ⁸ assimile en effet à une donation ou à une disposition testamentaire la disposition du contrat de mariage qui attribue à l'époux survivant, au-delà de sa propre part de moitié dans la « communauté », une partie ou la totalité de la part du conjoint prémourant dans ladite communauté.

Ce que le conjoint survivant recueillera au-delà de sa part de moitié sera dès lors soumis à l'impôt successoral, *exactement comme l'est toute dévolution successorale* au profit du conjoint survivant de ce qui appartenait au conjoint prémourant.

8. On relèvera immédiatement que le législateur fiscal lorsqu'il rédigea l'article 5 du Code des droits de succession n'y envisagea expressément que l'attribution au conjoint survivant d'une part excédant sa part de moitié dans la « communauté ».

C'était parfaitement logique, puisque les dispositions du Code Napoléon, qui étaient en vigueur lors de l'adoption de cette disposition fiscale, n'avaient organisé la possibilité d'attribuer au conjoint survivant des « droits de survie » que dans le régime matrimonial de la communauté, et qu'à l'époque ces dispositions qualifiaient d'ailleurs expressément de « communauté » la masse des biens communs qui, depuis la loi du 14 juillet 1976, est désormais dénommée le « patrimoine commun ».

8. On relèvera aussi que le législateur fiscal n'envisagea expressément que l'attribution à un des époux, « sous condition de survie », d'une part excédant la moitié de la communauté.

On ne pouvait pas concevoir en effet, à l'époque où cette disposition fut rédigée, sous l'empire des textes du Code Napoléon, que les époux auraient pu s'attribuer des « droits de survie » sans qu'il n'ait été expressément précisé, dans leur contrat de mariage, qu'ils l'étaient au profit de l'époux « survivant ».

On ne perdra pas de vue en effet qu'un contrat de mariage ne pouvait être conclu qu'avant la célébration du mariage et qu'il devenait immuable à partir du jour de la célébration du mariage.

⁸ Sur l'historique de cette disposition légale, voy. G. DEKNUDT et S. SEYNS, « Fiscale behandeling van voordelen tussen echtgenoten bij huwelijks-contract. Analyse van de artikelen 2 en 5 W.Succ. », in W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éd.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, p. 221.

Les époux ne pouvaient dès lors évidemment savoir, lors de la conclusion de leur mariage, qui survivrait à l'autre, et c'était nécessairement au profit de celui d'entre eux qui survivrait à l'autre qu'il était envisageable d'attribuer une quote-part supérieure à la moitié de la communauté, voire la totalité de ladite communauté.

9. Sans doute, la loi du 14 juillet 1976 avait-elle entre-temps supprimé l'impossibilité de modifier son régime matrimonial pendant le mariage, mais les formalités qu'elle avait instituées pour pouvoir conclure pendant le mariage un contrat de mariage impliquait, comme on s'en souviendra, l'introduction d'une procédure en justice et l'homologation des nouvelles dispositions du contrat de mariage par le juge qui pouvait, notamment, s'assurer qu'elles ne préjudiciaient pas à l'intérêt de la famille ou des enfants⁹, c'est-à-dire les enfants des époux ou les enfants d'un précédent lit d'un des époux.

Après l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976, les époux qui, mariés en régime de communauté, entendaient attribuer des « droits de survie » au conjoint survivant prévoyaient nécessairement aussi, lorsqu'ils signaient leur contrat de mariage devant leur notaire, que la clause de partage inégal du patrimoine commun ne sortirait ses effets qu'au profit du conjoint ou de l'un d'entre eux qui survivrait à l'autre.

Au demeurant, les dispositions des articles 1457 et 1461 du Code civil précisent expressément que les époux peuvent convenir d'une clause de préciput ou d'une clause dérogeant à la règle du partage égal du patrimoine commun au profit de « celui qui survivra ou l'un d'eux s'il survit ».

Ce n'est que depuis les modifications apportées successivement aux articles 1394 à 1396 du Code civil par les lois des 9 juillet 1998, 22 avril 2003 et 18 juillet 2008 qu'un contrat de mariage peut être conclu pendant le mariage et sortir immédiatement ses effets dès le jour où il a été signé devant le notaire instrumentant, sans qu'il ne soit plus nécessaire d'introduire une quelconque procédure judiciaire. Ce n'est qu'alors qu'on a vu apparaître dans la pratique la curieuse « clause de la mortuaire » qui a suscité tant de débats (voy. *infra*, n° 38).

C. Les dispositions de la loi du 14 mai 1981

10. Sous le Code Napoléon, le conjoint survivant ne disposait pas, en principe, de droits successoraux dans la succession du conjoint prémourant.

Il n'en « héritait » pas, car l'héritage devait nécessairement se transmettre aux descendants ou, à défaut, aux « parents » (au sens de ce terme dans le Code Napoléon) de la personne décédée.

⁹ Art. 1395, § 1, al. 2, C. civ., tel que formulé par la loi du 14 juillet 1976.

11. Le conjoint survivant ne s'en retrouvait pas pour autant démuné.

D'une part, il était, en principe, protégé par les droits qu'il recueillait légalement dans le partage de la communauté de biens des époux — qui était, à l'époque, une communauté de meubles et d'acquêts — et qui pouvaient au surplus être accrus, comme on l'a précisé, par des « droits de survie ».

D'autre part, le Code Napoléon avait expressément prévu que les époux pouvaient se consentir des « donations de biens à venir » ou « institutions contractuelles d'héritier », soit dans leur contrat de mariage, soit par un acte notarié postérieur à la célébration de leur mariage, dans les limites de la quotité disponible de la succession de l'époux prémourant.

Pareille pratique fut d'ailleurs très courante jusqu'à la réforme opérée à la fin du XX^e siècle par la loi du 14 mai 1981.

12. Même si une loi de 1896 avait entre-temps attribué, au surplus, des droits successoraux légaux et des droits alimentaires au conjoint survivant, ces droits restaient assurément réduits ou aléatoires, particulièrement lorsque les époux n'étaient pas mariés en régime de communauté et lorsqu'ils ne s'étaient pas volontairement institués héritiers l'un de l'autre.

Soucieux de remédier aux situations inévitables qui se produisaient dans la pratique, le législateur belge décida de prendre le problème à bras-le-corps et d'entreprendre une réforme profonde des droits successoraux du conjoint survivant.

La loi du 14 mai 1981 fit désormais du conjoint survivant un héritier légal à part entière qui recueille, comme on le sait, l'usufruit de l'*intégralité* du patrimoine du défunt.

13. Pareil choix législatif était parfaitement compréhensible dans le contexte socio-familial de l'époque.

Lorsque furent préparées et discutées au Parlement les nouvelles dispositions législatives, le modèle de famille qui fut pris en considération était encore celui de la famille nucléaire indissoluble « Papa, Maman, enfants », au sein de laquelle les deux époux avaient conçu ensemble leurs enfants communs et avaient vécu ensemble jusqu'à la mort de l'un d'entre eux ¹⁰.

Et même, lorsque le législateur se soucia des familles recomposées et des enfants d'un précédent mariage du conjoint prémourant, c'est aux recompositions familiales après un veuvage précoce et non pas aux recompositions après une désunion conjugale qu'il songea particulièrement ¹¹.

¹⁰ On peut lire ainsi, dans les travaux préparatoires, que, par rapport à l'ancienne famille-lignage, la famille était désormais constituée de « ceux qui forment le foyer, c'est-à-dire le conjoint et les enfants, qui ont partagé la vie du défunt, vécu ses difficultés et participé à ses succès » (*Doc. parl.*, Ch., session 1974-1975, n° 298-7).

¹¹ Voy. l'intervention à la Chambre de Mme Ryckmans-Corin qui releva que « nombreux sont les cas où les belles-mères et les beaux-pères constituent l'unique solution à la situation matérielle

Dans ce modèle de famille où les deux époux ont longtemps cohabité ensemble et partagé un même train de vie, il avait évidemment paru légitime d'assurer au conjoint survivant, en lui octroyant par l'effet de la loi l'usufruit de la succession du conjoint prémourant, le droit de continuer à bénéficier, après le décès de celui-ci, du même cadre d'existence dont ils avaient pu bénéficier ensemble pendant le mariage.

L'attribution d'un droit d'usufruit ne portait par ailleurs nullement atteinte à la transmission ultérieure du patrimoine du conjoint prémourant à ses enfants ou descendants, si du moins — ce qui devait *a priori* rester exceptionnel — l'usufruit du conjoint survivant n'était pas converti en une part en pleine propriété des biens de la succession.

14. Il reste que les implications concrètes du choix législatif opéré dans la loi du 14 mai 1981 n'avaient pas à l'époque été complètement aperçues.

15. D'abord, afin d'éviter que la coexistence des droits en usufruit du conjoint survivant avec les droits en nue-propriété des autres héritiers ne provoque dans certaines situations trop de difficultés matérielles, le législateur organisa, aux articles 745^{quater} et suivants du Code civil, la possibilité pour le conjoint survivant ou pour les enfants ou descendants de solliciter la conversion de l'usufruit du conjoint survivant non seulement en une rente mais aussi en un capital ou, surtout, en la pleine-propriété de certains des biens successoraux. Au surplus, lorsqu'un bien dont la propriété est morcelée entre un usufruitier et un nu-propriétaire est vendu, l'usufruitier recueille de plein droit dans le produit de la vente l'équivalent en pleine-propriété de son droit d'usufruit.

Or, on ne s'était pas vraiment rendu compte de ce que pouvait représenter, convertie en pleine-propriété, la valeur d'un usufruit, et on ne s'était surtout pas rendu compte de ce qu'avec l'augmentation constante de la durée de vie, la valeur d'un droit d'usufruit allait s'accroître.

Selon les dernières tables Ledoux¹², qui sont régulièrement utilisées dans la pratique notariale, l'usufruit successoral d'une femme de 45 ans représente 60,82 % de l'intégralité de la succession, d'une femme de 55 ans 51,04 % de l'intégralité de la succession (plus de la moitié), et d'une femme de 65 ans encore 39,70 % de l'intégralité de la succession (c'est-à-dire pratiquement 40 %).

16. Ensuite, la loi du 14 mai 1981 n'a pas rendu incompatibles les nouveaux droits successoraux légaux qu'elle accordait au conjoint survivant avec

impossible du veuf ou de la veuve ayant de jeunes enfants» et que «le plus souvent, [l'époux de second lit] élève ses propres enfants en même temps que ceux d'un premier lit, et assure le maintien de la vie familiale tant au point de vue matériel que psychologique» (*Ann. parl.*, Ch., session 1975-1976, p. 2052).

¹² *Rev. not. b.*, 2011, pp. 381-384.

les possibilités qui étaient déjà offertes par les dispositions antérieures du Code civil de lui attribuer des « droits de survie » dans le patrimoine commun des époux, y compris la totalité du patrimoine commun, et/ou, par institution contractuelle ou disposition testamentaire, la quotité disponible de la succession du conjoint prémourant.

Le conjoint survivant peut donc, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 mai 1981, cumuler son droit légal d'usufruit sur la totalité de la succession, avec la pleine-propriété de la quotité disponible de la succession¹³ et/ou une clause d'attribution totale du patrimoine commun des époux¹⁴.

Comme on l'a précisé, ce cumul n'est cependant actuellement expressément prévu par le Code civil, en ce qui concerne les « droits de survie », que pour les biens communs d'époux mariés en régime de communauté.

Mais, quoi qu'il en soit, le régime successoral actuel (droit d'usufruit légal et attribution volontaire de la quotité disponible de la succession) est déjà susceptible de conduire, à lui seul, à des situations totalement déséquilibrées entre le conjoint survivant et les enfants.

Il l'est *a fortiori* encore davantage lorsque ce régime successoral se combine avec un avantage matrimonial en régime de communauté.

17. Enfin, la loi du 14 mai 1981 n'a pas anticipé — mais comment le législateur l'aurait-il pu ? — les évolutions sociétales qui se produisirent ultérieurement et, notamment, la multiplication des divorces et des recompositions conjugales.

¹³ Lorsque le conjoint prémourant a un enfant, le conjoint survivant recueille alors, si c'est une femme de 45 ans, 50 % + 60,82 % de 50 % de la succession = 80,41 %, si c'est une femme de 55 ans, 50 % + 51,47 % de 50 % = 75,73 % ou si c'est une femme de 65 ans, 50 % + 39,70 % de 50 % = 69,85 %.

Lorsque le conjoint prémourant a deux enfants, le conjoint survivant recueille alors, si c'est une femme de 45 ans, 33,30 % + 60,82 % de 66,60 % = 73,80 %, si c'est une femme de 55 ans, 33,30 % + 51,47 % de 66,60 % = 67,50 % ou si c'est une femme de 65 ans, 33,30 % + 39,70 % de 66,60 % = 59,70 % (ce qui signifie que chacun des deux enfants ne recueille que 13,10 % ou 16,20 % ou 20,10 % de la succession).

¹⁴ Si le conjoint prémourant laisse des biens communs ayant une valeur de 200 qu'il a attribués en totalité au conjoint survivant et des biens propres d'une valeur de 100 dont il a attribué la quotité disponible au conjoint survivant, le conjoint survivant recueille, lorsque les époux ont un enfant, si c'est une femme de 45 ans, la totalité de la part du conjoint prémourant dans les biens communs, c'est-à-dire 100 % de 100 + 80,41 % de sa succession proprement dite = 90,20 % (*sic*) du patrimoine du défunt, si c'est une femme de 55 ans, 100 % de 100 + 75,73 % de 100 = 87,86 % (*sic*) du patrimoine du défunt, ou si c'est une femme de 65 ans, 100 % de 100 + 69,85 % de 100 = 84,92 % (*sic*) du patrimoine du défunt.

Lorsque les époux ont deux enfants, le conjoint survivant recueille alors, si c'est une femme de 45 ans, 100 % de 100 + 73,80 % de 100 = 86,90 % du patrimoine du défunt, si c'est une femme de 55 ans, 100 % de 100 + 67,50 % de 100 = 83,75 % du patrimoine du défunt ou si c'est une femme de 65 ans, 100 % de 100 + 59,70 % de 100 = 79,85 % du patrimoine du défunt.

À l'exception de la règle dite des « vingt ans de différence d'âge »¹⁵, la loi ne distingue pas, à propos de l'étendue des droits successoraux du conjoint survivant, ni selon la durée du mariage — un conjoint survivant épousé *in extremis* bénéficie des mêmes droits successoraux que le conjoint survivant qui a vécu quarante années de mariage — ni selon l'existence d'enfants d'une précédente union — un conjoint survivant âgé de vingt ans de plus que l'enfant aîné du conjoint prémourant peut tout autant recueillir la quotité disponible de la succession et l'usufruit de la réserve des enfants converti en pleine propriété, représentant ensemble 50 %, 60 %, 70 %, voire 80 % de la succession et transmettre ultérieurement ce patrimoine à ses propres héritiers, par exemple ses propres enfants — ni non plus selon l'importance de la fortune personnelle du conjoint survivant — un conjoint survivant aisé peut encore accroître son patrimoine en recueillant la plus grande partie du patrimoine du conjoint prémourant, même en présence d'enfants d'une précédente union du conjoint prémourant.

II. — LES PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

18. Au cours de l'actuelle législature, le cabinet de la Ministre de la justice s'est attelé à rédiger trois textes destinés à réformer, d'une part, le droit des régimes matrimoniaux, et, d'autre part, le droit successoral.

Le premier texte s'est concrétisé dans un « projet de loi visant à modifier l'article 301 du Code civil et diverses dispositions en matière de régimes matrimoniaux, et en particulier en rapport avec l'assurance-vie, les récompenses et les conséquences du divorce » déposé par le gouvernement le 20 août 2013 à la Chambre des représentants, après l'avis exprimé le 3 juin 2013 par le Conseil d'État¹⁶.

Le troisième texte, même s'il émanait à l'origine d'une initiative de la Ministre de la justice¹⁷, a finalement été transposé dans une proposition de loi déposée le 5 août 2013 au Sénat par quatre sénateurs appartenant à la majorité¹⁸.

Le deuxième texte est resté, au stade actuel des choses, un avant-projet de loi « portant modification de diverses dispositions du Code civil en matière de

¹⁵ Il s'agit de la règle contenue dans l'article 745quinquies, § 3, du Code civil qui attribue au conjoint survivant, lors d'une conversion opérée en présence d'enfants d'une précédente union du conjoint prémourant, un âge fictif censé représenter vingt ans de plus que l'âge de l'enfant aîné du conjoint prémourant.

¹⁶ *Doc. parl.*, Ch., n° 53-2298/001.

¹⁷ *Voy. La Libre.be* du 13 janvier 2013 qui faisait état de ce que « la Ministre Turtelboom va lancer l'héritage sur mesure qui permettra à chaque citoyen d'élaborer ses propres règles », et de ce que, pour la Ministre, « c'est sans aucun doute un de ses projets les plus ambitieux ».

¹⁸ *Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, n° 5-2207/1.

droit des régimes matrimoniaux, en particulier concernant les suites du décès d'un des époux et en matière de cohabitation légale » qui fut transmis pour avis le 24 juillet 2013 au Conseil d'État. Cet avis fut donné le 9 octobre 2003. Cet avant-projet n'a pas encore, à ma connaissance, au moment où cette étude est rédigée, été concrétisé dans un projet de loi définitivement adopté en Conseil des ministres et déposé au Parlement.

19. Les trois textes, rédigés par la même experte de la Ministre de la justice, le professeur Hélène Casman, sont liés les uns aux autres, même s'ils ont été dissociés et n'ont pas été soumis ensemble à la même assemblée législative.

C'est dans le deuxième texte qu'on trouve les principales modifications législatives relatives aux avantages matrimoniaux qui sont proposées, mais, afin de comprendre la portée exacte de ces propositions, il convient de se référer à une proposition de modification législative qui a été insérée dans le projet de loi n° 53-2998/001 et qui porte sur une définition générale des acquêts dans les régimes matrimoniaux.

A. La notion d'« acquêts » dans les régimes matrimoniaux

20. Le chapitre 2 du projet de loi n° 53/2298/001 est intitulé « Modification des règles relatives à la composition du patrimoine commun dans le régime légal, en ce compris les règles relatives aux assurances-vie individuelles et collectives, avec la (ré)introduction de la notion d'acquêts dans le droit des régimes matrimoniaux ».

C'est que, comme l'exposé général de l'exposé des motifs du projet de loi l'indique, « au départ se situe la nécessité d'adapter les dispositions visant à déterminer le sort des assurances sur la vie au regard des régimes matrimoniaux »¹⁹, mais, à partir de ce point de départ, naît un ensemble d'« autres règles relatives au régime matrimonial de communauté » qui devraient aussi être « adaptées » et, notamment, une disposition qui permettrait de « circonscrire de manière plus précise et plus actuelle ce que sont les acquêts »²⁰.

Cette « réécriture » de la notion d'acquêts est dès lors proposée dans une nouvelle formulation de l'article 1405 du Code civil destinée à « actualiser les règles relatives à la composition du patrimoine commun »²¹.

Le nouveau texte serait ainsi libellé de la manière suivante :

« Font partie du patrimoine commun, les acquêts des époux. Les acquêts sont :

1. les revenus de l'activité professionnelle de chacun des époux, tous revenus ou indemnités en tenant lieu ou les complétant, ainsi que les revenus provenant de l'exercice de mandats publics ou privés ;

¹⁹ Exposé des motifs, p. 5.

²⁰ *Ibid.*, p. 6.

²¹ *Ibid.*, p. 14.

2. les revenus des biens propres de chacun des époux ;
3. les revenus des biens communs ;
4. les biens donnés ou légués aux deux époux conjointement ou à l'un d'eux avec stipulation que ces biens seront communs ;
5. les biens acquis par les époux, ensemble ou séparément, directement ou indirectement, au moyen des biens mentionnés aux alinéas précédents ;
6. les biens dont il n'est pas prouvé qu'ils sont propres à l'un des époux par application d'une disposition de la loi ».

21. Sans doute, les acquêts ne sont-ils définis, dans cette nouvelle formulation de l'article 1405 du Code civil, que dans le régime légal de communauté, mais l'objectif est manifestement, comme l'indique l'intitulé du chapitre 2 du projet de loi, d'introduire la notion d'acquêts « dans le droit des régimes matrimoniaux », c'est-à-dire pour tous les régimes matrimoniaux.

Il est en effet fait le constat, dans l'exposé des motifs du projet, que « ce terme n'est plus repris dans la loi depuis 1976, de sorte que son utilisation ne peut plus être fondée sur une définition légale, situation à laquelle il convenait de remédier ». Dès lors, « le terme est réintroduit et défini en conformité avec son acception et son application actuelles »²².

On n'a pu cependant comprendre le véritable intérêt d'avoir proposé de redéfinir la notion d'acquêts dans un nouvel article 1405 du Code civil que lorsque la notion d'acquêts fut en réalité effectivement utilisée dans le deuxième texte préparé par le gouvernement, aux fins d'étendre les avantages matrimoniaux à tous les régimes matrimoniaux.

B. La notion d'avantage matrimonial

22. Comme nous ne disposons pas, à l'heure actuelle, du texte définitif du second projet de loi que le gouvernement entendait déposer à la Chambre, après l'avis qui lui fut transmis le 9 octobre 2013 par le Conseil d'État, nous ne pouvons pas encore, comme pour le premier projet, nous référer à des dispositions suffisamment précises.

Il est par contre possible de dégager, sur la base du texte qui fut soumis à l'avis du Conseil d'État et, par ailleurs, débattu au sein de différents cercles professionnels, les options qui avaient été définies par le cabinet de la Ministre de la justice.

On doit distinguer les propositions de modifications législatives relatives, d'une part, aux régimes en communauté, et, d'autre part, au régime de la séparation de biens et au statut de la cohabitation légale.

²² *Ibid.*, p. 14.

1. L'avantage matrimonial en régime de communauté

23. C'est dans les nouvelles dispositions proposées pour le régime de la communauté qu'on trouve les règles générales relatives aux avantages matrimoniaux.

24. On y reprend, comme dans le Code civil actuel, la clause de préciput et les clauses de partage inégal du patrimoine commun, mais avec une différence notable : l'attribution à un des époux d'un préciput ou d'une part supérieure à la moitié du patrimoine commun pourrait désormais être convenue dans le contrat de mariage « avec ou sans condition de survie ».

25. Par ailleurs, la notion d'avantage matrimonial y est expressément introduite.

Outre qu'il est précisé que « le préciput accorde un avantage matrimonial », le projet entend définir de manière générale, dans un nouvel article 1464 du Code civil, ce qu'est un avantage matrimonial : « Les avantages qui résultent pour l'un ou l'autre époux de la composition, du fonctionnement, de la liquidation ou du partage du patrimoine commun sont des avantages matrimoniaux et non des donations ».

26. Enfin, le législateur entend préciser quelle serait l'incidence d'un tel avantage matrimonial au regard de la dévolution de la succession du conjoint prémourant, en continuant à distinguer la situation où les époux ne laissent que des enfants communs et la situation où l'époux prémourant « laisse des enfants qui ne sont pas héritiers légaux du conjoint survivant ».

Dans la première hypothèse, envisagée dans le nouvel article 1464 du Code civil, les avantages matrimoniaux ne seraient considérés comme une donation imputable sur la quotité disponible de la succession du conjoint prémourant et éventuellement réductible que « lorsqu'ils ont eu pour objet d'autres biens que des acquêts », sauf s'il s'agit des biens que le conjoint survivant avait lui-même apportés à la communauté ²³.

Dans la seconde hypothèse, envisagée dans le nouvel article 1465 du Code civil, les avantages matrimoniaux seraient considérés comme une donation pour la part du patrimoine commun qui aurait été attribuée au conjoint survivant et qui excéderait « la moitié des acquêts », sauf s'il s'agit des biens que le conjoint survivant avait lui-même apportés à la communauté ²⁴.

²³ Cette disposition diverge de celle contenue dans l'actuel article 1464 du Code civil, en ce que *toute part* attribuée au conjoint survivant dans des biens qualifiés de biens propres dans le régime légal que le conjoint prémourant aurait « apportés » à la communauté serait désormais considérée comme une donation imputable sur la quotité disponible de la succession du conjoint prémourant.

²⁴ Cette disposition est très semblable à celles contenues dans l'article 1465 du Code civil.

27. On aperçoit donc immédiatement le lien qui est opéré, y compris dans le régime de communauté, entre l'avantage matrimonial et les « acquêts », tels qu'ils ont été définis dans le premier projet de loi déposé par le gouvernement.

Il suffit que le conjoint prémourant ait attribué des « acquêts » au conjoint survivant, même sans condition de survie, pour que les enfants ne puissent plus considérer cette attribution, totalement ou partiellement, comme une donation imputable sur la quotité disponible de la succession du conjoint prémourant.

Le texte n'avait cependant pas été formulé de manière claire, car que convient-il de considérer comme des « acquêts », lorsque les époux n'adoptent le régime de la communauté que pendant le mariage ?

Si les époux s'étaient originellement mariés en séparation de biens, tous les « acquêts » qu'ils se seraient constitués l'un et l'autre séparément leur seraient restés propres. Ne tomberaient dans le patrimoine commun et ne deviendraient donc des biens communs que les « acquêts » constitués à partir du jour où les époux adopteraient le régime de communauté.

Or, l'exposé des motifs du projet de loi laisse entendre, dans le commentaire du nouvel article 1464 du Code civil, que les acquêts seraient, en réalité, les biens que les époux auraient acquis depuis le jour de leur mariage : « Les conjoints font ce qu'ils veulent des acquêts : il s'agit de biens qu'ils ont acquis eux-mêmes pendant le mariage, par leurs efforts conjugués, et ils décident donc souverainement du sort de ces acquêts à la dissolution du mariage ou du régime matrimonial — du moins tant qu'il n'est question que des enfants communs ».

À la suite d'une observation formulée par le Conseil d'État, le texte fut dès lors modifié, afin de préciser expressément qu'il y aurait précisément lieu d'inclure dans la notion d'« acquêts » les biens acquis pendant le mariage qui ne sont cependant pas communs parce que les époux n'étaient pas encore mariés sous un régime de communauté au moment de leur acquisition.

Il en résulte que les enfants communs ne pourraient faire valoir aucun droit à l'égard de tous les « acquêts » du conjoint prémourant attribués au conjoint survivant, même si les époux n'avaient adopté que tardivement le régime de la communauté, alors que l'article 1464 actuel du Code civil leur permet de faire valoir leur réserve à concurrence de la part excédant la moitié des biens apportés au patrimoine commun lors de la conclusion du contrat de mariage.

Il en résulte aussi que les enfants d'une précédente union ne pourraient plus faire valoir leur réserve à l'égard de la moitié des acquêts attribués au conjoint survivant, même si ces acquêts avaient originellement constitué des biens propres du conjoint prémourant.

2. L'avantage matrimonial dans les autres régimes matrimoniaux et la cohabitation légale

28. Après que les avantages matrimoniaux ont ainsi été définis dans les régimes de communauté, l'innovation législative la plus marquante est celle qui consiste à étendre dans les régimes de séparation de biens et dans le statut de la cohabitation légale l'ensemble de ces dispositions relatives aux avantages matrimoniaux.

En ce qui concerne le régime de la séparation de biens, l'avant-projet de loi prévoit expressément que les époux peuvent opter pour le régime de la séparation de biens pure et simple mais aussi adjoindre au régime de la séparation de biens un « patrimoine commun interne » ou une clause de participation aux acquêts.

Mais, quelle que soit l'option qui aurait ainsi été prise, « les avantages qui résultent pour l'un ou l'autre des époux de la composition, du fonctionnement, de la liquidation ou du partage de leur régime matrimonial sont des avantages matrimoniaux auxquels s'appliquent par analogie les articles 1429, 1429*bis*, 1464 et 1465 ».

De même, l'avant-projet de loi prévoit expressément que les cohabitants légaux peuvent, par une clause du contrat de cohabitation, créer un « patrimoine commun interne » ou y insérer une clause de participation aux acquêts, tandis que les articles 1429*bis*, 1464 et 1465 leur sont aussi rendus applicables.

29. Le renvoi ainsi opéré, dans ces régimes, aux dispositions applicables aux avantages matrimoniaux en régime de communauté ne fait pas immédiatement apparaître l'enjeu précis de la réforme proposée.

Elle implique, en réalité, qu'à tout moment pendant leur mariage, et même au cours des semaines qui précéderaient le décès d'un des époux, les époux mariés en régime de séparation de biens ou les cohabitants légaux pourraient, dans un contrat notarié, attribuer leurs « acquêts personnels » à l'un d'entre eux, avec ou sans condition de survie, sans que pareille attribution ne soit jamais considérée comme une donation à l'égard de leurs enfants communs et sans que l'attribution de la moitié desdits acquêts ne puisse être considérée comme une donation à l'égard des enfants d'un autre lit du conjoint prémourant.

Pareil recours à la technique de l'avantage matrimonial pourrait dès lors être mis en œuvre non seulement lorsque les époux (ou les cohabitants légaux) avaient, lors de la conclusion de leur mariage, « communautarisé » un régime matrimonial de séparation de biens, en y adjoignant une société accessoire (qualifiée désormais de « patrimoine commun interne ») ou une clause de participation aux acquêts, mais même lorsqu'ils avaient opté pour le régime de la séparation de biens pure et simple, en ayant dès lors *a priori* convenu et décidé que leurs acquêts respectifs ne seraient jamais partagés entre eux.

Or, voilà que ces époux ou ces cohabitants légaux pourraient, dès leur contrat de mariage ou de cohabitation originaire ou, ultérieurement, et même « *in extremis* », à l'approche de la mort de l'un d'entre eux, convenir et décider qu'ils s'attribueraient ou que l'un d'entre eux attribuerait à l'autre, en cas de dissolution de leur mariage par décès, la pleine propriété de tous leurs « acquêts » qui leur seraient jusque-là restés strictement personnels.

Il n'y aurait là qu'un avantage matrimonial qui, selon le législateur, ne pourrait pas être qualifié de donation, sauf à l'égard des enfants d'un autre lit du conjoint prémourant, pour la part qui excède la moitié desdits acquêts.

30. Imaginons donc un couple qui, dans la logique sociétale actuelle valorisant la liberté et l'autonomie de chacun des partenaires, avait choisi de se marier mais en ayant veillé à adopter un régime de séparation de biens pure et simple, voire même avait préféré le statut de la cohabitation légale.

Pendant toute la durée de leur vie commune, chacun des partenaires avait fonctionné, sur le plan patrimonial, dans un état d'esprit « autonome », en gardant à l'esprit qu'un divorce n'est jamais exclu : ce que chacun acquérait ou constituait comme économies ou « acquêts » était et resterait dès lors « à lui ».

Le mari (ou le cohabitant légal), qui s'était particulièrement investi dans sa vie professionnelle, avait créé et développé pendant la vie commune une société dont les parts lui étaient « propres » et qu'il avait eu l'occasion de revendre pour un montant de 800.000 €.

Il avait par ailleurs perçu à 65 ans le capital d'une assurance de groupe d'une valeur de 600.000 €.

Il disposait aussi d'un portefeuille-titres d'une valeur de 600.000 € et d'un compte d'épargne de 400.000 €, sans qu'il n'était plus possible d'identifier dans ces avoirs ce qui avait probablement pu provenir de la succession de ses parents.

Il décède et son patrimoine « successoral » personnel s'élève donc à 2.400.000 €.

31. Dans le système législatif actuel, si cet homme n'avait pris aucune disposition successorale, son conjoint survivant recueillerait l'usufruit de l'intégralité de son patrimoine et ses trois enfants la nue-propriété.

Le cohabitant légal survivant ne recueillerait par contre rien, et sa succession serait intégralement dévolue à ses enfants.

Si toutefois, à l'approche de la mort, cet homme avait entendu favoriser son conjoint ou son cohabitant légal et l'avait institué son légataire universel, le conjoint survivant aurait recueilli la quotité disponible en pleine propriété de sa succession (600.000 €) et l'usufruit de la part réservataire des enfants (1.800.000 €).

Le cohabitant légal survivant aurait recueilli la quotité disponible en pleine propriété, c'est-à-dire 600.000 €, et les trois enfants recueilleraient la pleine propriété de 1.800.000 €.

Dans chacun de ces cas de figure, l'administration fiscale, c'est-à-dire la collectivité, percevrait le droit de succession dû sur les montants recueillis par chacun des héritiers.

32. Une solution plus ingénieuse, si cet homme entendait encore davantage favoriser son conjoint, aurait pu consister à se marier (s'il était cohabitant légal) et à adopter un régime de communauté universelle, en attribuant la totalité du patrimoine commun à son conjoint.

Pareille solution aurait été performante à l'égard de ses enfants, si du moins il s'agit d'enfants communs au couple, et à l'égard de la collectivité.

En effet, conformément à l'article 1464 du Code civil, les enfants communs n'auraient plus pu faire valoir leurs droits réservataires que sur la moitié des biens apportés *in extremis* par leur père au « patrimoine commun » et attribués au conjoint survivant. Le conjoint survivant aurait dès lors recueilli la moitié de ce patrimoine (1.200.000 €) + la quotité disponible de l'autre moitié (300.000 €) + l'usufruit des droits réservataires des enfants (900.000 €).

La collectivité n'aurait, au surplus, perçu aucun impôt sur la moitié du patrimoine commun qui appartenait, au jour du décès, au conjoint survivant, à moins que l'administration fiscale n'ait pu établir que l'adoption « *in extremis* » d'un régime de communauté était constitutive d'un abus, voire d'une fraude à la loi et aux droits des tiers, dès lors que, pendant toute leur vie, les conjoints avaient entendu clairement et délibérément rester séparés de biens.

À l'égard d'enfants d'une autre union, la solution n'aurait guère eu d'intérêt, si du moins les partenaires étaient déjà mariés, puisque, conformément à l'article 1465 du Code civil, l'avantage matrimonial est l'équivalent d'une disposition successorale, et le conjoint survivant n'aurait recueilli, comme dans la solution testamentaire, « que » la quotité disponible du patrimoine originellement propre du *de cuius* (600.000 €) et l'usufruit de la part réservataire des enfants (1.800.000 €).

Par contre, le conjoint survivant n'aurait pas payé d'impôt sur ce qui représentait sa part du « patrimoine commun » constitué « *in extremis* », sauf la démonstration d'un abus ou d'une fraude à la loi.

Si, par contre, les partenaires n'avaient été que des cohabitants légaux, leur mariage aurait entraîné de plein droit l'octroi au conjoint survivant de l'usufruit sur la part réservataire des enfants dans le patrimoine de leur père, alors que, sous le statut de la cohabitation légale, ils en auraient recueilli la pleine propriété.

33. Qu'en serait-il si les dispositions législatives qui sont proposées étaient adoptées ?

Comme les biens laissés par le *de cuius* constituaient ses « acquêts » ou, en tout cas, comme il serait matériellement impossible d'établir qu'ils ne seraient peut-être pas, pour la totalité, des acquêts, il suffirait à cet homme, sans aucunement modifier son régime matrimonial et sans même « devoir » se marier, de conclure « *in extremis* » un contrat de mariage ou un contrat de cohabitation légale dans lequel il attribuerait à son conjoint ou cohabitant légal survivant la totalité de ses « acquêts », c'est-à-dire la totalité de son patrimoine « successoral ».

La loi nouvelle dirait désormais que c'est un avantage matrimonial qui n'est pas considéré comme une donation.

Les enfants communs n'auraient *plus rien*, parce qu'à leur égard ce ne serait plus une donation, et ils ne pourraient faire valoir aucun droit réservataire.

La collectivité ne percevrait plus *aucun impôt*, puisque ce ne serait ni une donation, ni une disposition testamentaire, et que l'article 5 du Code des droits de succession n'a pas envisagé (ni pu envisager) pareille hypothèse.

Ce ne pourrait non plus constituer un abus, voire une fraude de la loi, puisque le législateur aurait délibérément légalisé ce type de dispositif.

Les enfants non communs ne pourraient, en ce qui les concerne, faire valoir leurs droits réservataires qu'à l'égard de la moitié des « acquêts » attribués au conjoint survivant, c'est-à-dire 1.200.000 €, dont ils ne percevraient que la quotité disponible en nue-propriété, c'est-à-dire 900.000 €.

Si le conjoint survivant était âgé de 65 ans, celui-ci recueillerait encore 39,70 % de ces 900.000 € (voy. *supra*, n° 15), et il ne resterait donc à chacun des trois enfants que 61,30 % de 900.000 € (551.700 €) : $3 = 183.900$ €, soumis à l'impôt successoral, sur un patrimoine « successoral » qui représentait 2.400.000 €. La « belle-mère » en aurait perçu, sans payer le moindre impôt, 1.848.300 €.

3. La consolidation par le législateur d'une solution déjà proposée dans la doctrine et la jurisprudence

34. On ne peut évidemment pas ignorer que les dispositions insérées dans le projet du gouvernement correspondent à une solution qui avait déjà été préconisée par des auteurs et qui a fait l'objet de plusieurs décisions de jurisprudence publiées.

Le professeur Hélène Casman — qui a préparé au cabinet de la Ministre de la justice les avant-projets du gouvernement — soutient en effet depuis longtemps la thèse qu'un avantage matrimonial serait une technique du droit des régimes matrimoniaux qui ne serait pas spécifique aux régimes de communauté mais qui permettrait aux époux de s'attribuer, au jour du décès de l'un d'entre eux, leurs « acquêts », quel que soit le régime matrimonial qu'ils auraient adopté ²⁵.

²⁵ H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen, op. cit.*

Cette thèse est fondée sur l'idée que le patrimoine que chaque époux aurait constitué pendant la durée de leur mariage, même s'ils avaient voulu et convenu qu'il leur resterait propre, procéderait, en réalité, de leur association conjugale, et qu'il y aurait dès lors une logique économique et humaine à ce que ce patrimoine puisse être recueilli, y compris en totalité, par le conjoint survivant au décès du conjoint prémourant.

35. Il reste que, comme l'exposé des motifs du second avant-projet de loi préparé par le gouvernement le précise expressément, la réforme proposée « vise essentiellement à éliminer plusieurs incertitudes quant à la portée de clauses qui peuvent être insérées dans un contrat de mariage, au profit ou non du conjoint survivant », car « l'insécurité est devenue tellement grande, quant à, d'une part, la question de la validité de ces clauses, ou à tout le moins leur compatibilité avec le régime adopté, et, d'autre part, la question de la qualification de ces clauses, qu'une intervention du législateur était devenue indispensable et même presque urgente »²⁶.

36. On peut sans doute comprendre que la doctrine et la jurisprudence, même si c'est en dehors de toute assise légale, aient été amenées à étendre la théorie des avantages matrimoniaux et les dispositions légales qui les organisent et les règlent pour les régimes de communauté aux régimes matrimoniaux où les époux, quoique mariés sous le régime de la séparation de biens, constituent entre eux l'équivalent d'un patrimoine commun qu'ils appellent alors généralement, dans la pratique, « société d'acquêts » ou, de manière plus appropiée²⁷, « société accessoire » ou « société limitée ».

Ces époux décident, le plus souvent, de faire entrer dans cette « société », lorsqu'elle est particulièrement limitée, un bien immeuble — l'immeuble d'habitation — et les meubles meublants qui le garnissent, mais parfois aussi, lorsqu'elle est moins limitée, d'autres biens, voire même ce qui subsisterait, au jour de la dissolution du mariage, de l'excédent de leurs revenus sur leurs dépenses.

Les biens qui appartiennent à cette « société » sont alors effectivement des biens que les époux avaient expressément convenu de « mettre en commun » et, dès lors, de partager en deux, au jour de leur divorce ou du décès de l'un d'entre eux.

Compte tenu du rapprochement qui peut être opéré entre pareille « société » et le patrimoine commun d'un régime de communauté, les époux estiment pouvoir aussi insérer dans leur contrat de mariage une clause attribuant au

²⁶ Exposé général de l'exposé des motifs, p. 1.

²⁷ Il est en effet peu approprié de qualifier de « société d'acquêts » un patrimoine commun qui ne comprend pas de plein droit les acquêts des époux, dès lors que pareille société n'est généralement pas composée de l'ensemble des acquêts des époux.

conjoint survivant, en cas de dissolution du mariage par le décès, la totalité des biens de la « société ».

Même si les dispositions des articles 1464 et 1465 du Code civil ne peuvent être appliquées à pareille clause qu'en déformant la structure des textes du Code civil, il est exact que la doctrine et la jurisprudence, comme, au demeurant, l'administration fiscale, se sont généralement montrées bienveillantes à une telle interprétation extensive ²⁸.

37. Ce qui est par contre devenu extrêmement problématique, c'est lorsque des praticiens imaginatifs, généralement inspirés par un souci d'ingénierie fiscale, ont élaboré des contrats de mariage, souvent conclus « *in extremis* », c'est-à-dire peu de temps avant la mort d'un des époux, où ils inséraient au profit du conjoint survivant un prétendu avantage matrimonial qui était purement factice, parce qu'il ne faisait que dissimuler, sous le couvert d'une disposition « matrimoniale », une disposition à vocation « successorale ».

38. La clause qui a fait assurément couler le plus d'encre est la clause dite de la mortuaire, insérée dans un régime matrimonial de communauté.

Mettant à profit la possibilité désormais offerte par le législateur civil de rédiger à tout moment, y compris à l'extrémité de la vie, un nouveau contrat de mariage, sans qu'il ne soit plus nécessaire de le faire homologuer dans le cadre d'une procédure judiciaire, d'aucuns ont songé à attribuer, dans un tel contrat de mariage, la totalité du patrimoine commun à un seul des époux, désigné nominativement, sans qu'il n'était plus exigé qu'il survive, c'est-à-dire sans « condition de survie », dès lors qu'il était devenu évident que c'était cet époux qui survivrait à l'autre, parce que celui-ci savait qu'il mourrait dans les prochaines semaines, voire les prochains jours. D'où le nom de « clause de la mortuaire » qui est, par exemple, libellée de la manière suivante : « Lors de la dissolution du mariage des époux, le patrimoine commun sera attribué à Madame X... ».

L'objectif était clair : l'époux survivant, c'est-à-dire Madame X, pourra soutenir à l'égard de l'administration fiscale que l'article 5 du Code des droits de succession n'est pas applicable à pareille attribution et qu'il n'y aura pas matière à taxation, puisque cette attribution lui a été faite sans « condition de survie ».

Si, au surplus, les époux convenaient, dans ce contrat de mariage *in extremis*, que le conjoint en fin de vie apporterait au patrimoine commun l'ensemble de son patrimoine propre, il ne se trouverait strictement plus rien dans

²⁸ Voy., dans la jurisprudence publiée, Bruxelles, 30 mars 2006, *J.T.*, 2007, p. 504, note P. PIRON. Cet arrêt formule la considération que « la clause d'attribution pour cause de décès de l'ensemble de la société d'acquêts au conjoint survivant constitue un avantage matrimonial, un tel avantage étant valable et autorisé par la loi (cf. les articles 1461 et s. du Code civil) », sans cependant que la Cour n'ait eu à trancher la question de savoir s'il y avait là ou non une donation consentie au conjoint survivant.

sa succession, et tout ce que le conjoint survivant recueillerait échapperait à tout impôt successoral.

Ceux qui ont pris l'initiative de mettre au point un tel mécanisme ont soutenu que les particuliers peuvent, en Belgique, choisir la voie fiscale la moins imposée. Ce point de vue était contestable lorsqu'il apparaissait que les époux avaient institué, de manière purement artificielle, un mécanisme spécifiquement destiné à éluder l'impôt. C'est d'ailleurs ce que la législation « anti-abus fiscal » a depuis lors veillé à proscrire.

39. Confrontée à l'astuce de la clause de la mortuaire, l'administration fiscale s'est trouvée en difficulté de trouver dans le Code des droits de succession une disposition lui permettant de soumettre à l'impôt le transfert de droits opéré au profit du conjoint survivant.

L'article 5 n'était pas applicable, puisqu'il n'y avait pas eu de « condition de survie », et il ne pouvait davantage être considéré qu'il y aurait eu, selon les termes de l'article 2, une succession légale, une disposition testamentaire ou une institution contractuelle.

Même si l'administration tenta de le soutenir, sa thèse fut, comme on le sait, rejetée par la Cour de cassation²⁹.

On comprend assurément que la Cour de cassation ait rejeté le pourvoi de l'administration, en ce que celle-ci aurait voulu faire application de l'article 2 du Code des droits de succession à la clause d'attribution totale de la communauté au profit de l'épouse survivante. Il n'y avait en effet pas, formellement parlant, une institution contractuelle d'héritier, puisque la clause ne portait pas sur la succession du conjoint prémourant.

On comprend moins ce qui a amené la Cour de cassation à affirmer que l'avantage matrimonial consenti au conjoint survivant ne pouvait pas être une donation, en raison des « dispositions spécifiques du Code civil ». En effet, les « droits de survie » qui ne constituent pas une donation sont ceux qui, selon les articles 1458, 1461 et 1464 du Code civil, sont attribués à « celui des époux qui survivra » ou à « l'un d'eux s'il survit ».

Il y a eu là, me paraît-il, une erreur de lecture de ces dispositions légales, mais, de toute manière, la Cour n'avait pas été saisie de cette question, car l'administration n'avait pas soutenu qu'il y aurait eu une donation au profit du conjoint survivant qui aurait pu être taxée selon les articles 7 ou 8 du Code des droits de succession.

²⁹ Cass., 10 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 115, note V. DEHALLEUX ; *J.T.*, 2011, p. 92, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU ; *NjW*, 2011, p. 545, note C. DE CLERCK ; *Pas.*, 2010, p. 3174 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2011, p. 121, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU ; *Rev. not. b.*, 2011, p. 427, note S. LOUIS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, somm., p. 1077 ; *R.W.*, 2010/11, p. 1436, note A. VERBEKE et R. BARBAIX ; *T. Fam.*, 2011, p. 138, note F. BUYSENS ; *T. Not.*, 2011, p. 11.

Par ailleurs, l'administration fiscale n'avait pas non plus songé à soutenir qu'il y aurait eu fraude à la loi, et la Cour de cassation ne fut pas saisie d'un tel moyen, alors même que les faits de l'espèce étaient particulièrement éloquentes.

Par un premier contrat de mariage signé le 1^{er} juillet 2003, le mari avait apporté deux immeubles propres au patrimoine commun. Par un second contrat de mariage reçu le 20 octobre 2003, il avait attribué à son épouse la totalité du patrimoine commun, quelle que serait la cause de la dissolution de la communauté. Il décéda *trois mois plus tard*, le 23 janvier 2004³⁰ !

Et il n'y aurait plus eu aucun impôt successoral à payer ni sur l'attribution à l'épouse du patrimoine commun, ni même sur la dévolution à son profit des deux immeubles qui appartenaient encore au patrimoine propre de son mari quelques mois avant son décès ? C'est consternant. On ne peut qu'en éprouver un profond sentiment d'injustice sociale³¹.

40. On sait que, depuis lors, les dispositions « anti-abus fiscal » contenues dans les articles 168 et 169 de la loi programme du 29 mars 2012 ont modifié la donne, tellement il paraît évident que la clause de la mortuaire constitue une opération « dont le but essentiel est l'obtention d'un avantage fiscal ».

41. Outre la clause de la mortuaire, on relèvera aussi, comme la jurisprudence l'a également fait apparaître, la clause qui attribue, dans un régime de séparation de biens, au conjoint survivant une créance sur la succession du conjoint prémourant à concurrence de l'intégralité de ses acquêts.

Tout aussi consternant que la clause de la mortuaire est le mécanisme d'ingénierie fiscale révélé par un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 24 avril 2012³².

³⁰ Voy. égal. Civ. Nivelles, 6 janvier 2012, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 134, note N. GEE-LHAND DE MERXEM. Dans ce cas d'espèce, les époux avaient conclu, à cinq jours du décès de l'épouse, un contrat de mariage par lequel ils attribuaient toute la communauté conjugale au mari. L'administration fiscale avait estimé qu'il y avait lieu d'établir l'impôt successoral (18.788.433 €) sur la moitié de ladite communauté que le mari recueillait à titre gratuit, mais elle avait une nouvelle fois invoqué l'article 2 du Code des droits de succession. Le tribunal ne put que constater qu'il n'y avait pas eu une institution contractuelle.

³¹ Des auteurs voient dans une telle clause une « optimisation fiscale de la transmission patrimoniale par contrat de mariage » (S. LOUIS, note sous Cass., 10 décembre 2010, *Rev. not. b.*, 2011, p. 440). Mais, lorsqu'un objectif d'optimisation fiscale devient celui de se soustraire totalement à l'impôt légalement dû par tout citoyen sur ce qu'il recueille à titre gratuit d'un patrimoine qui n'était pas le sien (ou de la part qui n'était pas la sienne dans un patrimoine commun), à la suite d'un décès, n'y-a-t-il pas là un comportement particulièrement injuste à l'égard de ses concitoyens moins nantis et de la collectivité qui doit pouvoir compter sur la solidarité de tous ?

Voy. G. DEKNUDT et S. SEYNS, précités (note 8), qui rappellent l'intervention du Ministre des Finances à la séance de la Chambre du 15 mai 1851 à propos du texte actuel de l'article 5 du Code des droits de succession : « Voulez-vous que les contestations s'élèvent sur chaque contrat de mariage ? Voulez-vous que le plus grand nombre qui ne fait pas de contrat de mariage, et qui ne peut plus disposer que par testament ou par donation, soit frappé de l'impôt, et que les autres y échappent ? Cela serait-il juste ? ».

³² *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 332, obs. R. BARBAIX et A.-L. VERBEKE ; *Rev. not. b.*, 2012, p. 873, note P. DE PAGE et N. GEELHAND DE MERXEM.

Deux époux s'étaient mariés en 1961 sous le régime de la communauté d'acquêts.

En novembre 2006, ils le supprimèrent et le remplacèrent par un régime de séparation de biens, dans lequel leurs biens autrefois communs devenaient des biens artificiellement indivis, tout en attribuant au conjoint survivant une créance de participation sur la totalité des « acquêts » du conjoint survivant, c'est-à-dire les biens que ce conjoint avait acquis depuis le début de son mariage mais qui, entretemps, étaient devenus, sous le régime de la séparation de biens, des biens propres.

L'épouse décéda un an plus tard.

Les époux n'avaient pas d'enfants, en manière telle qu'aucune question ne se posait sur le plan civil et qu'il n'y eut pas matière à se prononcer sur l'incidence de pareille clause au regard des droits des héritiers réservataires.

Mais, grâce au mécanisme mis en place, il n'y avait *plus rien* dans la succession de l'épouse, puisque cette succession était débitrice à l'égard du mari de la dette dont celui-ci était créancier à concurrence de la valeur de tous les « acquêts » de l'épouse.

La déclaration de succession déposée fit dès lors apparaître un solde négatif de 5.119,20 €, alors que la créance du mari s'élevait à 3.228.433,21 €.

Si les époux étaient restés mariés en régime de communauté, l'attribution de la totalité de la communauté au conjoint survivant aurait généré un impôt successoral calculé sur la moitié du patrimoine de 3.228.000 €, c'est-à-dire 1.114.000 €³³.

La Cour d'appel d'Anvers a validé le dispositif, en considérant qu'« aucune disposition légale ne fait obstacle, dans le régime de séparation de biens, à ce que la dette issue de la clause de participation finale soit admise au passif de la succession pour autant que la dette de participation ne s'élève pas à plus que la valeur de la totalité des acquêts matrimoniaux des deux époux ensemble, comme c'est le cas en espèce ».

On peut ainsi lire, entre les lignes, même si la problématique n'a aucunement été approfondie, que, selon la Cour, une attribution au conjoint survivant des « acquêts matrimoniaux » serait soumise à un régime juridique spécifique.

Il reste que, sauf à se voiler la face, la créance de participation attribuée au conjoint survivant sur la totalité du patrimoine du conjoint prémourant était manifestement recueillie à titre gratuit, et on peut dès lors s'étonner, une nouvelle fois, que l'administration n'ait pas soutenu que la créance attribuée au mari par son épouse avait constitué une donation.

L'administration n'avait semble-t-il pas non plus songé à soutenir que la construction qui avait été opérée avait manifestement eu pour seul objectif d'éluder l'impôt.

³³ Cet impôt aurait *a priori* représenté, en Région bruxelloise, 269.500 € (!), dont la « Cité » risquait de se voir privée par l'effet d'une pure « manipulation » juridique.

42. Ce sont donc de telles clauses que les projets de réforme du gouvernement proposent de *légaliser*, tant la clause de la mortuaire que les clauses d'attribution des acquêts au profit du conjoint survivant insérées dans un régime de séparation de biens ou dans le statut de la cohabitation légale, avec les effets qu'elles produiraient, en droit civil, à l'égard des héritiers réservataires, et, en droit fiscal, à l'égard de la collectivité.

C. Éléments de réflexion « politique »

43. L'enjeu politique de la réforme proposée est évidemment de savoir s'il convient d'attribuer ou, plus exactement, de permettre d'attribuer une place davantage privilégiée au conjoint survivant (ou au cohabitant légal survivant), lors du décès du conjoint prémourant (ou du cohabitant légal prémourant), tant sur le plan civil que sur le plan fiscal, par rapport aux droits recueillis et/ou susceptibles d'être recueillis par ses enfants.

44. On a expressément veillé à faire apparaître, dans la première partie de cette étude, que le système juridique belge a progressivement conduit à créer des situations où les droits successoraux recueillis en pleine propriété par le conjoint survivant dans le patrimoine du conjoint prémourant excèdent de manière totalement disproportionnée les droits successoraux recueillis par chacun de ses enfants³⁴.

C'est donc aujourd'hui l'ensemble du système qui devrait être réformé, de manière à empêcher que de telles situations aussi déséquilibrées puissent survenir.

Or, la réforme proposée tend à accroître encore le nombre de situations où de tels déséquilibres pourraient se produire, en permettant que des époux mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple ou que des cohabitants légaux puissent s'attribuer leurs « acquêts » respectifs, y compris par un contrat de mariage qui serait conclu à la fin de leur vie, parce que cette attribution serait considérée comme un avantage matrimonial à titre onéreux qui ne serait pas pris en compte ou qui ne serait pris en compte que partiellement (à l'égard des enfants d'une précédente union) dans la dévolution de leur succession.

45. Sous couvert de remédier par des dispositions techniques à une « insécurité devenue tellement grande » (voy. *supra*, n° 35), compte tenu des clauses qui se sont développées dans la pratique, la réforme proposée multiplie, en réalité, les possibilités de faire de son conjoint survivant ou de son cohabitant

³⁴ Voy. *supra*, aux notes 12 et 13, les exemples faisant apparaître qu'un conjoint survivant âgé de 45 ans peut recueillir 80,41 % de la succession proprement dite en présence d'un enfant qui n'en recueille dès lors que 19,59 %, et 73,80 % en présence de deux enfants qui n'en recueillent dès lors chacun que 13,10 %. Ces montants peuvent même être encore plus élevés lorsque les époux se sont consentis un avantage matrimonial dans un régime de communauté.

légal survivant l'héritier « préférentiel », et même, parfois, exclusif³⁵, de son patrimoine.

Il y a donc bien là une véritable option politique qui est prise.

46. Sans doute, rien n'empêche, bien sûr, notre Gouvernement de penser qu'il serait devenu préférable de laisser à chaque personne une marge de manœuvre plus importante pour disposer de son patrimoine comme elle l'entend, en pouvant déshériter ses enfants et attribuer ses biens à toute personne de son choix et, notamment, à son conjoint.

À la limite, on pourrait même concevoir, comme il en est dans les pays anglo-saxons, que la liberté testamentaire devienne totale.

On ne voit cependant pas, par contre, pour quelle raison la possibilité de déshériter ses enfants devrait être plus étendue lorsqu'il s'agit d'attribuer son patrimoine à son conjoint ou à son cohabitant légal.

Lorsque le législateur estime devoir réserver une part de la succession d'une personne décédée à ses enfants, *parce qu'ils sont ses enfants*, cette part devrait leur être assurée, quelle qu'ait pu être la vie affective de ses parents, qu'ils soient célibataires ou divorcés, qu'ils soient mariés ou remariés ou qu'ils soient cohabitants légaux.

Accroître la possibilité de déshériter ses enfants, lorsque la personne dispose de son patrimoine au profit de son conjoint ou de son cohabitant légal survivant, a quelque chose de paradoxal à une époque où, dans un nombre de plus en plus important de situations, la famille n'est plus composée de « Papa, Maman, enfants » et où le conjoint survivant ou le cohabitant légal survivant est, beaucoup plus souvent qu'auparavant, un partenaire qui n'a partagé que quelques années de vie du *de cuius*.

Il est dès lors devenu incohérent, pour reprendre un exemple parmi ceux qui nous avons évoqués (voy. *supra*, n° 15, note 12), que les deux enfants d'un homme, célibataire, divorcé ou veuf, puissent faire valoir leurs droits réservataires de 2/3, c'est-à-dire 33,33 % chacun, sur le patrimoine de leur père, dans l'hypothèse où celui-ci aurait attribué son patrimoine à une amie, un filleul ou une A.S.B.L. (qui en percevrait aussi 33,33 %), alors qu'ils ne disposeraient plus que de droits réservataires représentant pour chacun 13,10 % si, à quelques mois de son décès, leur père avait épousé une femme âgée de 45 ans et lui avait attribué son patrimoine dont elle percevrait alors 73,80 %.

47. Il n'est évidemment pas question ni de mésestimer les droits successoraux qui doivent aussi être reconnus par la loi à un partenaire de vie, marié ou, éventuellement, cohabitant légal, ni, surtout, de faire l'impasse sur le partage

³⁵ On ne perdra pas de vue qu'un grand nombre de Belges ne laissent, à leur décès, que des « acquêts », ou, à tout le moins, des biens dont il ne sera plus jamais possible de démontrer qu'ils n'auraient pas constitué des acquêts.

des biens que les époux ou, éventuellement, les cohabitants légaux auraient constitué ensemble et décidé de mettre en commun ou de partager entre eux, en raison de la solidarité économique et humaine qui les aurait unis pendant leur vie commune.

D'une part, instituer dans la loi, sur le plan successoral, des droits successoraux pour le conjoint survivant équilibrés au regard des droits successoraux des enfants est, *a priori*, une nécessité, encore qu'il serait cohérent aujourd'hui de prendre en compte la durée de la vie commune des époux et, pourquoi pas ?, le niveau d'aisance économique et financière du conjoint survivant.

D'autre part, inciter les époux à adopter un régime matrimonial de communauté ou de participation aux acquêts par lequel ils conviennent et décident de partager par moitié, en nature ou en valeur, tant en cas de divorce qu'en cas de décès, les acquêts qu'ils auront l'un et l'autre constitués à partir du jour de l'adoption de ce régime est, parallèlement, un objectif social, parce qu'il est équitable de considérer que, dans la plupart des ménages belges, les économies et/ou les investissements réalisés auront pu l'être, le plus souvent, grâce à la collaboration que les époux se seront apportée au fil de la vie quotidienne.

48. Par contre, il n'est pas cohérent, ni sur le plan juridique, ni sur le plan économique, de considérer que, lorsque les époux avaient ainsi accepté ou choisi d'instituer un régime de partage entre eux de leurs acquêts, au jour de la dissolution de leur mariage, par le divorce ou par le décès, la totalité de ces acquêts pourrait, subitement, être considérée comme « appartenant » légitimement au conjoint survivant au jour du décès du conjoint prémourant, sans qu'il n'y ait là une véritable dévolution successorale à son profit.

On ne pourrait pas comprendre un tel processus de « transsubstantiation ».

Constituer un patrimoine « à deux » signifie que *chacun* des deux époux, en raison de la solidarité qu'ils ont créée entre eux, dispose, *l'un comme l'autre*, de la moitié de ce patrimoine.

Ce qui avait ainsi, jusqu'à la veille du décès d'un des époux, appartenu *aux deux époux* ne peut pas, du jour au lendemain, être censé appartenir à l'un d'entre eux, sauf précisément si l'un a *transféré* à l'autre, pour le jour de sa mort, ce qui lui avait jusque-là appartenu et si cet autre le recueille alors gratuitement, par l'effet de ce décès, au titre d'une libéralité qui lui est consentie.

Il n'y a là aucune différence quelconque, ni quant à l'objectif poursuivi, ni quant aux effets économiques qui en résultent, avec la clause d'un contrat de mariage par laquelle deux époux s'instituent héritier l'un de l'autre au profit de celui qui survivra, et qui, dans le langage populaire, est excellemment synthétisée par l'expression « au dernier vivant tous les biens ».

49. *A fortiori*, il ne serait pas cohérent, ni sur le plan juridique, ni sur le plan économique, de considérer que le patrimoine qu'un des époux ou coha-

bitants légaux avait, dans un régime de séparation de biens pure et simple ou de cohabitation légale, conservé exclusivement entre ses mains, en ayant refusé de le « mettre en commun » avec son conjoint, pourrait subitement, au jour de sa mort, « appartenir » légitimement à son conjoint ou cohabitant légal, parce qu'il aurait été constitué pendant le mariage ou la cohabitation légale, sans qu'il n'y aurait là un transfert de droits ou une « dévolution » à cause de mort qui s'opère gratuitement au profit de ce conjoint ou de ce cohabitant légal.

50. Refuser de prendre en compte pareille dévolution comme une véritable dévolution successorale, semblable à une dévolution testamentaire ou contractuelle, au prétexte qu'elle porte sur un patrimoine commun aux époux, voire sur les acquêts qu'un des époux ou un des cohabitants légaux aurait constitués à son profit pendant le mariage ou la cohabitation légale, représente, à mes yeux, une sorte de déni de la réalité économique et patrimoniale.

C'est pourquoi, il serait, en définitive, plus sage de supprimer purement et simplement la notion d'avantage matrimonial.

51. Il reste évidemment cohérent et équitable que le conjoint survivant recueille, au jour du décès, exactement comme il l'aurait recueilli au jour d'un éventuel divorce, sa part de moitié, en nature ou en valeur, de tous les « acquêts » que les époux auraient constitués *après* la date à laquelle ils auraient accepté ou décidé de les mettre en commun ou de les partager au jour de la dissolution de leur mariage, en régime de communauté, en régime de séparation de biens avec une « société accessoire » ou en régime de participations aux acquêts.

Et il y a certainement lieu de réfléchir à la manière la plus pertinente de favoriser, en Belgique, ce type de régime matrimonial, alors que de plus en plus d'époux optent aujourd'hui, semble-t-il, pour le régime de la séparation de biens pure et simple³⁶ et que ce régime conduit à créer des situations particulièrement inéquitables, en cas de divorce, lorsqu'un des époux — le plus souvent l'épouse — a accepté, au profit du couple et de leurs enfants, de ne pas s'investir de la même manière que son conjoint dans une activité professionnelle susceptible de générer des « acquêts ».

52. Par contre, tout ce qui serait attribué au conjoint survivant, au-delà de sa part de moitié des acquêts ayant été mis en commun par les époux et/ou dans des biens qui avaient constitué des biens propres du conjoint prémourant, devrait logiquement être considéré, à l'égard des enfants du conjoint prémou-

³⁶ On relèvera à ce propos que la réforme proposée par le Gouvernement inciterait encore davantage les couples mariés et les cohabitants légaux à opter pour un régime de séparation de biens pure et simple par lequel ils refuseraient de partager quoi que ce soit de leurs acquêts en cas de rupture de leur union, puisqu'on leur offrirait désormais la possibilité, comme en régime de communauté, de les partager, voire de les attribuer en totalité à leur conjoint en cas de décès.

rant et à l'égard de la collectivité, comme une libéralité à cause de mort, imputable sur la quotité disponible de la succession du conjoint prémourant et soumise à un impôt juste et proportionné.

On ne distinguerait dès lors plus, aux fins de déterminer les droits respectifs du conjoint et des enfants, ce qui serait techniquement une dévolution successorale proprement dite et ce qui ne le serait pas, au prétexte que la dévolution se serait opérée dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial des époux.

On ne permettrait plus non plus d'utiliser l'avantage matrimonial comme une technique de soustraction à l'impôt successoral d'une dévolution opérée au profit du conjoint survivant, sans préjudice du débat qui peut et doit être instauré à propos de la hauteur de cet impôt successoral.

53. Il resterait alors à déterminer, dans le cadre d'une réforme du droit successoral, comment on peut le mieux équilibrer, en cas de concours d'un conjoint survivant avec les enfants du défunt, leurs droits successoraux respectifs, et, particulièrement, leurs droits successoraux réservataires lorsque des libéralités ont été consenties au conjoint survivant ou aux enfants.

On peut assurément augurer que ce sera une tâche difficile, car, dans une société pluraliste, les points de vue et les analyses divergent.

Il y a ceux qui sont sensibles à la proximité affective qui s'instaure entre deux partenaires de vie et qui explique, au fur et à mesure que les années avancent, leur préoccupation toute particulière pour la subsistance de celui qui survivra lors du départ du premier d'entre eux.

Il y a ceux qui sont sensibles à ce qu'un engagement dans la filiation et la parenté représente d'inconditionnel. Devenir père ou mère, c'est garantir à chacun de ses enfants, quel que sera son destin affectif ou conjugal, qu'on leur donnera toujours le meilleur de soi-même et, notamment, au jour de sa mort, son « héritage », de manière à ce qu'ils puissent le transmettre eux-mêmes un jour à la génération suivante.

Ces deux considérations ne sont pas incompatibles, mais comment les concilier au mieux ?

Là devrait être le débat.