

Regards sur quelques techniques de planification successorale d'urgence (*in articulo mortis*)

Aspects civils et fiscaux

Mémoire réalisé par
Jean-Loup Jonnaert

Promoteur
Etienne Beguin

Année académique 2016-2017
Master complémentaire en droit notariat

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.



Table des matières

Introduction	6
Chapitre I : Se marier ou faire une déclaration de cohabitation légale <i>in extremis</i>	9
Section 1 - Se marier <i>in extremis</i>	9
Section 2 - Faire une déclaration de cohabitation légale <i>in extremis</i>	11
Chapitre II : Le contrat de mariage et la modification du régime matrimonial	12
Section 1 - Le contrat de mariage.....	12
Section 2 - La modification du régime matrimonial.....	12
A. L'apport d'un bien immeuble propre en communauté.....	13
B. Les clauses dérogeant au partage par moitié du patrimoine commun lors de la dissolution et liquidation du régime matrimonial par le décès d'un des époux.....	17
1. La clause d'attribution de la communauté au survivant.....	17
2. La clause de l'attribution optionnelle et/ou alternative.....	18
3. La clause de l'attribution de la communauté avec charge ou clause dite « Casman ».....	19
4. La clause de la (maison) mortuaire.....	24
Chapitre III : La donation	28
Section 1 - Les donations mobilières.....	28
A. La régularisation d'une donation mobilière non enregistrée par le biais d'un enregistrement <i>in extremis</i>	31
B. La souscription d'une assurance de type « sudden death » (assurance « décès soudain ») et d'une assurance « décès toutes causes » comme alternatives à la donation mobilière.....	35
Section 2 - Les donations immobilières.....	36
Chapitre : Le testament	37
1. Le testament « <i>divide et impera</i> »	38
2. Le legs en <i>duo</i>	39
3. Le legs <i>de residuo</i>	40
4. Le testament « célibataire sans enfant ».....	41
5. Le testament « transgénérationnel » ou testament avec « generation skipping »	43
6. Le testament « ik opa » ou « ik oma ».....	44
Conclusion	46
Annexes	47
Bibliographie	61

Introduction

Si la planification successorale peut être définie comme la discipline qui s'attache à organiser le transfert du patrimoine à l'occasion du décès¹ et plus exactement à préparer scrupuleusement le transfert d'une partie ou de la totalité du patrimoine du *de cujus* en amont (c'est-à-dire avant le décès), et ce afin d'éviter des conflits familiaux ou des conséquences fiscales néfastes en aval², plusieurs raisons³ peuvent toutefois expliquer l'absence de toute mise en œuvre d'une telle planification successorale, voire même de toute réflexion⁴ à cet égard.

Laisser perdurer une telle situation est à déconseiller dans la mesure où, si aucune disposition particulière n'a été prise par le futur défunt, le patrimoine de celui-ci sera à son décès soumis aux règles de la dévolution légale. Ceci n'est pas sans conséquence en ce sens que d'une part, la protection du partenaire survivant ou des enfants (voire d'autres héritiers) pourrait dans une certaine mesure s'en trouver amoindrie⁵ et que d'autre part, un surcoût fiscal pourrait en résulter sur le plan des droits de succession (que d'aucuns qualifient d'ailleurs de « taxe du deuil »).

Or, de tous temps chaque individu aspire à assurer la transmission de tout ou partie de son patrimoine, de manière équilibrée et équitable, au profit de ses héritiers, à moindre coût fiscal en empruntant les voies légales⁶ ou en tout cas sans les frustrer tout en maintenant dans la mesure du

¹ En ce sens: N. GEELHAND, « Enkele algemeenheden inzake successieplanning », *N.F.M.*, 2002/10, pp. 287-311, sp. p. 287.

² E. de WILDE D'ESTMAEL, « Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale », *Rev. dr. ULB*, 2003/27, pp. 341-396, sp. p. 341.

³ Notamment le fait d'(estimer) être trop jeune ou se porter comme le Pont-Neuf pour s'y consacrer; l'ignorance, la procrastination ou le défaut d'information; le caractère « occulte » d'une partie du patrimoine; la peur du coût du professionnel afférent à l'(aux) opération(s) de planification successorale et de son suivi; la volonté de discrétion ou le souhait de ne se dessaisir de rien suite à la volonté de tout gérer seul, la peur d'« être sans rien » ou encore le ressentiment vis-à-vis de certains successeurs (situations qui peuvent, le cas échéant, s'associer à l'indécision liée à une situation familiale compliquée ou une recomposition familiale, etc.). Voy. en ce sens L. HERVE, « Réussir sa planification successorale : quelle stratégie adopter selon son âge ? », <http://www.eastaccountancy.be/telechargement/l-herve-east-accountancy-180216-r-ussir-sa-planification-successorale.pdf> (13 avril 2017).

⁴ Si nous savons que la mort est inéluctable, nous ne souhaitons pas y penser. Ainsi, un grand nombre de Belges sont des fervents adeptes de « la politique de l'autruche » pour ce qui regarde leur planification successorale. Les chiffres en la matière sont plus qu'éloquents: si 84 % des personnes sondées dans le cadre de l'enquête annuelle de 2011 « le Belge et son argent » du journal l'Echo ont affirmé vouloir laisser un héritage à leurs enfants, plus de la moitié de ces personnes, même parmi celles de plus de 65 ans, n'avaient semble-t-il encore pris aucune mesure concrète dans ce domaine (N. BOLLEN, « Les erreurs les plus fréquentes en matière de planification successorale », www.lecho.be, 24/02/2017), chiffres qui se confirment en 2017: si 65% des Belges envisagent de transmettre une partie de leur patrimoine de leur vivant, ils sont près de 80% à ne pas avoir entamé une procédure de planification (F. LEJOINT, « 80% des Belges n'ont pas de planification successorale », www.lecho.be, 14/03/2017). Devant un tel constat, nous ne pouvons que recommander de consulter un spécialiste à ce sujet. Pour un « mode d'emploi » d'une planification patrimoniale successorale, voy. notamment E. de WILDE d'ESTMAEL, « La planification patrimoniale : son utilité et sa mise en place », *R.P.P.*, 2014/1, pp. 5-16.

⁵ Notamment en raison du démembrement de propriété nue-propriété/usufruit et la conversion de l'usufruit (cf. *infra*).

⁶ En vertu du principe dit « du choix licite de la voie la moins imposée » et qui a été consacré par notre Cour suprême dans deux arrêts restés célèbres dans l'histoire: « *Il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni partant fraude fiscale, lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties, usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si ces actes sont accomplis à seule fin de réduire la charge fiscale* » (Cass., 6 juin 1961, *Brepols, Pas.*, I, p. 1082 et Cass., 22 mars 1990, R.G F997F, *Au Vieux Saint-Martin, Pas.*, I, p. 849).

possible une protection de ce patrimoine contre d'éventuelles revendications de la part de tiers (que ce soit les enfants ou beaux-enfants vis-à-vis du conjoint survivant, le fisc, etc.).

Si ainsi la planification successorale « ordinaire » établie à temps est ancrée dans nos mœurs, il n'en va pas de même de celle effectuée *in articulo mortis*, soit celle réalisée peu de temps avant le décès. En effet, la programmation successorale à l'hiver de la vie constitue un phénomène relativement récent. Peu d'attention y était consacrée auparavant en raison de l'absence de réels outils efficaces à ce sujet. Force est toutefois de constater que cette situation s'est modifiée suite aux évolutions intégrées dans notre droit matrimonial (songeons par exemple à la simplification des petites modifications apportées aux contrats de mariage et à l'acceptation de certaines clauses lors de la dissolution du régime matrimonial telle que la clause d'attribution unilatérale et inconditionnelle), suite à l'instauration de la dispense de droits de succession pour le bien immobilier servant de logement familial au profit du partenaire survivant⁷, suite à l'adoption d'un tarif uniforme et réduit pour les donations mobilières⁸, suite à la diminution des droits proportionnels d'enregistrement pour les donations immobilières⁹ ainsi que suite à la prise de conscience qu'un testament peut également se révéler être un instrument propice pour la réalisation d'économies conséquentes au niveau des droits de succession.

Apprenant que les jours du futur *de cuius* sont comptés ou en danger, que le temps presse et qu'il convient d'agir (très) rapidement, voire dans l'urgence, et ce eu égard notamment aux taux progressifs par tranches des droits de succession (lesquels varient entre 3 % et 80 %¹⁰ en fonction du dernier domicile fiscal du défunt, du lien de parenté entre le défunt et le(s) héritier(s) ainsi que du patrimoine délaissé), la recherche de l'optimisation fiscale par voie d'économie des droits de succession constitue une lapalissade pour tout couple ainsi qu'un élément indispensable que tout

⁷ L'exonération des droits de succession étant totale en Régions flamande et bruxelloise (cf. art. 2.7.4.1.1, § 2, al. 3, du Vlaamse Codex Fiscaliteit, ci-après « VCF » (ancien art. 48, § 2, al. 3, C. succ. fl.) tel qu'introduit par le décret flamand du 7 juillet 2006 (*M.B.*, 20 sept. 2006, 2^e éd.) et art. 55bis C. succ. bxl tel qu'introduit par l'ordonnance bruxelloise du 30 janvier 2014 (*M.B.*, 6 mars 2014) alors qu'en Région wallonne l'exemption est limitée à 160.000 euros (art. 60ter, § 1, C. succ. w. tel que modifié par le décret wallon du 11 avril 2014 (*M.B.*, 9 mai 2014, 2^e éd.) err. (*M.B.*, 20 mai 2014, 2^e éd.).

⁸ Art. 2.8.4.1.1, § 2, VCF (ancien art. 131, § 2, C. enr. fl.) tel qu'introduit par le décret flamand du 19 décembre 2004 (*M.B.*, 29 janv. 2015, 2^e éd.); art. 131, § 2, C. enr. bxl tel qu'introduit par l'ordonnance bruxelloise du 24 février 2005 (*M.B.*, 9 mars 2005) et art. 131bis C. enr. w. tel qu'introduit par le décret wallon du 15 décembre 2005 (*M.B.*, 23 déc. 2015).

⁹ Art. 2.8.4.1.1, § 1, VCF (art. 131, § 2, al. 2, C. enr. fl. ancien) tel que modifié par le décret flamand du 3 juillet 2015 contenant diverses mesures d'accompagnement de l'ajustement du budget 2015, *M.B.*, 15 juillet 2015 et erratum, *M.B.*, 23 juillet 2015, 2^e éd.; art. 131, § 1^{er}, C. enr. bxl tel que modifié par l'ordonnance bruxelloise du 18 décembre 2015 portant la première partie de la réforme fiscale, *M.B.*, 30 décembre 2015, 2^e éd. et art. 131 C. enr. w. tel que modifié par le décret wallon du 17 décembre 2015 contenant le budget des recettes de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2016, *M.B.*, 30 décembre 2015, 2^e éd., p. 81354.

¹⁰ A ce sujet, voy. en annexe les tableaux reprenant les tarifs des droits de succession auxquels le lecteur voudra bien se référer. Notez qu'il fut même une période où en Région wallonne les droits de succession pouvaient atteindre 90 %. La Cour d'arbitrage - devenue Cour constitutionnelle - a estimé qu'il s'agissait là d'une injuste et exorbitante perception et a annulé l'article 1^{er} du décret wallon du 22 oct. 2003 en ce qu'il établissait un taux d'impôt successoral excédant 80 % (à savoir 90 % dans la dernière tranche) (arrêt n° 107/2005 du 22 juin 2005, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/>).

praticien avisé (notaire, avocat, banquier, conseiller fiscal, planificateur financier¹¹, etc.) est invité à prendre en considération lors de l'élaboration de tout acte juridique de nature à créer l'impôt successoral.

C'est dans ce cadre que nous dresserons ci-après un aperçu¹² des aspects civils *et* fiscaux¹³ de certaines techniques particulières de planification successorale *in articulo mortis*.

Ainsi, dans un premier chapitre, nous examinerons en quoi l'institution du mariage et la déclaration de cohabitation légale peuvent constituer un premier moyen utile de planification successorale *in extremis*. Dans un second temps, il sera question d'aborder le contrat de mariage et la modification du régime matrimonial, lesquels se révèlent des terreaux fertiles pour planifier son héritage à la veille de la mort d'un des époux. La donation en tant qu'outil civil et fiscal de planification successorale à l'hiver de la vie constituera, quant à elle, la troisième partie de notre exposé. Dans un quatrième et dernier chapitre, nous étudierons quelques types de testaments.

Pour chacune des techniques successorales *in extremis* analysées nous nous attacherons à mettre en lumière aussi bien leurs conditions d'application, avantages et inconvénients que leurs risques civils et fiscaux. Elles seront en outre examinées à l'aune de la nouvelle mesure générale anti-abus¹⁴, des mesures spécifiques anti-abus figurant dans le Code des droits de succession (ci-après « C. succ. »), de la circulaire fédérale du 10 avril 2013¹⁵ applicable en Régions bruxelloise et wallonne et de la circulaire flamande du 16 février 2015¹⁶.

Afin d'aider à la compréhension des techniques de planification successorale *in extremis* abordées tout au long de cet exposé, il sera par ailleurs fait allusion à l'annexe laquelle comprend non seulement les tarifs des droits de succession sous forme de tableaux mais également les circulaires précitées (listant notamment des cas d'abus fiscal présumés *iuris tantum*) et des exemples de certaines clauses proposés en guise d'illustration du propos.

¹¹ Tel que leur statut a vu le jour aux termes de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des planificateurs financiers indépendants et à la fourniture de consultations en planification par des entreprises réglementées, *M.B.*, 27 mai 2014.

¹² La présente contribution n'ayant pas la prétention d'être exhaustive.

¹³ Ces deux aspects étant intimement liés, il échet de se rappeler le principe cardinal en vertu duquel le droit fiscal « suit » le droit civil, sauf dérogation, règle qui fut consacrée de longue date par notre Cour de cassation en ces termes « *les principes de droit civil dominant le droit fiscal tant que ce dernier n'y a pas dérogé* » (Cass., 9 juillet 1931, *Pas.*, p. 218).

¹⁴ Telle qu'introduite par la loi-programme (I) du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012.

¹⁵ Circulaire n° 5/2013 du 10 avril 2013, www.minfin.fgov.be, abrogeant et remplaçant la circulaire n° 8/2012 du 19 juillet 2012 portant sur l'application de cas d'abus fiscaux en droit d'enregistrement et en droit de succession, www.minfin.fgov.be, cette dernière remplaçant elle-même la circulaire du 4 mai 2012, AAF N° 3/2012, AGFisc n° 17/2012, AGDP N° 4/2012, *M.B.*, 14 mai 2012.

¹⁶ Circulaire flamande n° 2015/1 du 16 février 2015, *M.B.*, 25 mars 2015, abrogeant et remplaçant la circulaire flamande n° 2014/2 du 23 décembre 2014, *M.B.*, 23 janvier 2015, 2^e éd., pp. 6278 et s., cette dernière remplaçant elle-même la circulaire fédérale n° 5/2013 du 10 avril 2013 précitée.

Chapitre I : Se marier ou faire une déclaration de cohabitation légale *in extremis*

Section 1 - Se marier *in extremis*

Dès lors que le conjoint survivant jouit d'un statut et d'une protection non négligeables tant sur le plan civil que fiscal successoral, une première technique relativement simple pour deux personnes majeures dont l'une d'elles seraient en phase terminale consiste pour celles-ci à se marier.

Au niveau civil, d'abord, l'institution du mariage permet bien des avantages aussi bien pendant le mariage (songeons notamment à la protection du logement familial consacrée à l'article 215 du Code civil) qu'à la dissolution de celui-ci par le décès. Dans ce dernier cas, le conjoint survivant recueillera en effet dans la succession de son époux des droits qui varient en fonction des successibles avec lesquels il entre en concours en vertu de l'art. 745*bis* C. civ. (à savoir soit l'usufruit de toute la succession si le défunt laisse des descendants, soit la pleine propriété de la part du prémourant dans le patrimoine commun et l'usufruit du patrimoine propre du défunt en présence d'autres personnes que des descendants, soit enfin la pleine propriété de toute la succession à défaut de successibles). Soulignons également que depuis la loi du 14 mai 1981¹⁷, le conjoint survivant s'est vu octroyé une réserve en vertu de l'article 915*bis* C. civ.¹⁸ Cerise sur le gâteau: si le prémourant n'a plus que des ascendants, la réserve de ces derniers s'efface au profit de celle du conjoint survivant (art. 915, al. 2, C. civ.)¹⁹.

D'un point de vue fiscal, il échet par ailleurs de noter que le conjoint survivant est là encore avantagé puisqu'il bénéficiera du même taux de droits de succession que les héritiers en ligne directe, soit le « taux le plus faible du marché »²⁰. Qui plus est, et comme on le verra pour le cohabitant légal survivant, le conjoint survivant jouit d'une exonération de droits de succession sur tout (en Régions flamande et bruxelloise)²¹ ou partie (en Région wallonne)²² du logement familial, et ce contrairement aux héritiers en ligne directe.

Si les futurs époux sont tenus de remplir certaines conditions de fond et de forme²³ pour pouvoir contracter un mariage valide, rien ne les empêche de contracter un mariage *in articulo mortis*

¹⁷ Loi du 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant, *M.B.*, 27 mai 1981.

¹⁸ Lequel énonce que « *nonobstant toute disposition contraire, le conjoint survivant a droit à l'usufruit de la moitié de biens de la succession* ».

¹⁹ Notons qu'il est question de modifier le droit successoral du conjoint survivant et de supprimer la réserve des ascendants. Voy. en ce sens la récente proposition de loi portant modification du Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. Parl.*, Ch., s.o. 2016-2017, n° 54-2282/001, pp. 1-193.

²⁰ Pour s'en convaincre, voy. en annexe les tableaux reprenant les tarifs des droits de succession.

²¹ Art. 2.7.4.1.1, § 2, al. 3, VCF et art. 55*bis* C. succ. bxl.

²² L'exemption est limitée à 160.000 euros en vertu de l'article 60*ter*, § 1, C. succ. w.

²³ Sur lesquels nous ne pouvons pas nous étendre dans le cadre de la présente contribution.

puisque la santé et l'espérance de vie ne constituent pas des conditions de validité du mariage mais pour autant toutefois que leur consentement soit valable²⁴.

La conclusion d'un mariage peut d'autant se faire en urgence qu'il existe une dérogation légale au délai légal de quatorze jours entre l'établissement de l'acte de déclaration du mariage et la célébration du mariage (art. 165 C. civ) . En effet, le deuxième paragraphe de l'article 165 du Code civil est sans équivoque : « *le procureur du Roi (...) peut, pour raisons graves, dispenser de la déclaration et de tout délai d'attente (...)* ». Si la loi ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par « raisons graves », cette notion ne doit toutefois pas être interprétée de façon trop restrictive²⁵ de sorte qu'un mariage *in articulo mortis* peut répondre à cette notion²⁶.

Toujours est-il qu'une « intention de bâtir une communauté de vie durable » doit avoir existé en l'espèce pour que le mariage soit valable²⁷. Aucun problème ne pourra dès lors être opposé dans une situation où un couple après avoir vécu de longues années ensemble, déciderait de « régulariser » sa relation par la conclusion d'un mariage *in articulo mortis* si d'aventure l'un des futurs époux est sur son lit de mort. En effet, dans ce cas une vie commune existait préalablement²⁸.

Il convient par ailleurs de souligner qu'il importe peu que les mobiles animant les futurs époux soient essentiellement voire exclusivement d'ordre patrimonial et se traduisent par un contrat de mariage plus favorable pour le conjoint survivant. C'est ce qu'a à juste titre fait remarquer le tribunal de première instance de Bruxelles dans un jugement du 16 novembre 1994²⁹ en ces termes: « *la loi autorise le mariage même à une époque où on a la quasi-certitude absolue de ne pouvoir ainsi pour des raisons de santé vivre une vie commune longue et durable (mariage in extremis)* ». Le tribunal ajoute à bon droit que « *le seul fait que la cérémonie du mariage se situe en l'espèce à une date plus proche du terme d'une longue vie commune plutôt qu'au commencement de celle-ci appartient à l'histoire personnelle des époux et n'invalide en aucun cas la volonté matrimoniale; qu'admettre la thèse des demandeurs reviendrait en réalité à combattre en tant que telle l'institution du mariage conclu in articulo mortis ce qui doit être exclu* ». L'intention de former une communauté de vie durable doit dès lors être présente car, à défaut, le mariage pourra être « annulé pour simulation »³⁰.

²⁴ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Coll. Fac de droit de l'Université de Liège, Larcier, 3^e éd., 2016, p. 355 et N. GEELHAND de MERXEM, « (Fiscale) successieplanning “in extremis” in Vlaanderen. Naar een nieuw concept inzake fiscale successieplanning. Algemeen deel », *T.E.P.*, 2007/1-2, pp. 6-181, sp. p. 41.

²⁵ N. GEELHAND de MERXEM, « (...) Algemeen deel », *op. cit.*, sp. p. 42.

²⁶ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 374.

²⁷ D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *Rép. not.*, tome 1- Les personnes, Livre 9/1, Bruxelles, Larcier, éd. 2004, p. 100.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Civ. Bruxelles (12^e ch.), 16 novembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 62.

³⁰ D. STERCKX, *op. cit.*, p. 100.

Cela étant, tout risque de contestation n'est pas pour autant écarté puisque si le mariage ne peut être déclaré inopposable à l'un des héritiers du défunt pour cause de fraude à la loi (laquelle ne trouve à s'appliquer que pour les contrats de droit privé mais nullement en matière d'état des personnes qui est d'ordre public), il n'en demeure pas moins que pareil mariage est susceptible d'être mis en cause par une action en nullité s'il a été contracté peu de temps avant le décès d'un des conjoints alors que celui-ci se savait atteint d'une grave maladie. C'est en ce sens qu'a statué le tribunal de première instance de Bruxelles dans une décision du 26 avril 2002³¹.

Section 2 - Faire une déclaration de cohabitation légale *in extremis*

Pour éviter l'application des taux de droits de succession entre frères et sœurs par exemple (lesquels oscillent entre 20 à 65 % en fonction du dernier domicile fiscal du défunt et des montants impliqués), il peut être conseillé d'effectuer en dernière minute une déclaration de cohabitation légale auprès de la commune. Ceci permettra en effet de bénéficier aussi bien des taux plus faibles de droits de succession qui s'appliquent en ligne directe (allant de 3 à 30 %) tout comme pour le conjoint survivant (cf. *supra*) que d'autres avantages (exonération de droits de succession sur tout³² ou partie du logement familial, abattement ou réduction des droits de succession, usufruit légal sur le logement familial et les meubles qui le garnissent tel que prévu à l'art. 745octies C. civ., la possibilité d'écarter par testament au bénéfice de l'un l'autre la réserve des ascendants, etc.), sous réserve toutefois que soient remplies les conditions légales pour être cohabitants légaux³³ (être célibataire, majeur, etc.) et qu'un legs ait été stipulé en faveur du cohabitant légal, puisque contrairement au conjoint survivant le cohabitant légal survivant n'est pas un héritier réservataire.

Si suite à la réforme de 2009³⁴ ayant pour cause un arrêt de la Cour constitutionnelle³⁵, il n'y a plus de durée minimale de cohabitation légale en Wallonie (à l'instar des Régions flamande et bruxelloise), la condition du domicile commun³⁶, au sens de l'article 3 C. succ. w., au jour de l'ouverture de la succession est toutefois maintenue (laquelle est, en revanche, absente en Régions flamande et bruxelloise).

³¹ Civ. Bruxelles (9^e ch.), 26 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003/40, p. 1769.

³² En Région bruxelloise l'exemption d'impôt ne sera toutefois pas accordée lorsque le cohabitant légal est un héritier en ligne directe ou en ligne collatérale (frère, sœur, oncle, tante, neveu, nièce) du défunt (art. 55bis, al. 2, C. succ. bxl.).

³³ On attirera l'attention sur le fait que contrairement aux époux et à ce que laisse supposer la définition de la cohabitation légale telle qu'introduite à l'article 1475 du Code civil et le terme même de cohabitation légale, les partenaires ne sont *pas* soumis à un quelconque *devoir de cohabitation*.

³⁴ Décret du 10 décembre 2009 d'équité fiscale et d'efficacité environnementale pour le parc automobile et les maisons passives, *M.B.*, 23 décembre 2009. Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 19 juin 2008, outre la déclaration de cohabitation légale, il était indispensable que la cohabitation légale ait duré au moins un an et que les personnes en cause ne soient pas frères ou sœurs, oncle et neveu ou nièce, ni tante et neveu ou nièce. Le décret du 19 juin 2008 a supprimé la condition de parenté et a réduit le délai minimal de cohabitation à six mois. Ce délai a par la suite été purement et simplement supprimé par le décret du 10 décembre 2009. Il n'y a donc plus de durée minimale de cohabitation légale en Région wallonne.

³⁵ C. const., 26 novembre 2009, n° 137/2009, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/>.

³⁶ Remarquons qu'il doit s'agir du domicile au sens strict du terme, et non pas de la résidence habituelle et/ou principale dans l'hypothèse où elle serait établie à un autre endroit que le domicile (En ce sens: A. MAYEUR et M. PETIT, *Droits de succession 2016-2017*, pp. 115-158, sp. p. 145).

Chapitre II : Le contrat de mariage et la modification du régime matrimonial

Section 1 - Le contrat de mariage

Dans la mesure où le patrimoine de la plupart des ménages belges est principalement constitué d'un ou plusieurs biens immobiliers, il n'est pas étonnant de constater que des préoccupations puissent surgir à propos de la transmission de ce patrimoine au conjoint survivant sans que ce dernier n'ait à subir le concours avec les autres héritiers du défunt (notamment les enfants, qu'ils soient communs ou non), d'une part, et à moindre coût fiscal, d'autre part. Le contrat de mariage s'avère à cet égard être un outil très utile. N'oublions pas en effet le principe suivant lequel la liquidation et le partage du régime matrimonial précèdent toujours la liquidation et le partage de la succession³⁷. Il est dès lors important d'avoir un bon contrat de mariage de manière à ce que (fiscalement) la succession compte le moins de biens possible (et de vérifier si le conjoint survivant s'entend bien avec les enfants, etc.) et afin que le conjoint survivant soit protégé de manière maximale (cela suppose également l'absence de frictions avec des enfants de premier mariage). En tant qu'instrument majeur de programmation successorale, le contrat de mariage permet de concéder une grande liberté aux conjoints qui sous réserve de quelques dispositions impératives³⁸ peuvent rédiger leurs conventions matrimoniales comme ils l'entendent. Il permet par ailleurs, par le biais de la théorie des avantages matrimoniaux, d'avantager un époux en marge des règles afférentes aux libéralités.

Section 2 - La modification du régime matrimonial

Les époux peuvent par le biais d'une modification de leur contrat de mariage aménager la situation du conjoint survivant de façon à ce que celui-ci puisse continuer au moins le même train de vie confortable qu'il avait avant le décès de son conjoint. S'agissant de la modification du régime matrimonial dans le cadre d'une planification successorale à l'article de la mort, il convient d'opérer une distinction selon que les époux sont mariés suivant le régime légal de la communauté ou le régime de la séparation de biens. Ces régimes connaissent en effet leurs propres caractéristiques et sont subordonnés à des règles propres.

³⁷ Voy. en ce sens Cass., 16 mars 2006, C.05.0368.N, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

³⁸ D'un point de vue civil, le contrat de mariage n'a ainsi comme seules limites que le respect des principes visés aux articles 1387 (interdiction d'une disposition contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs) et 1388 du Code civil (respect des règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux, à l'autorité parentale, à la tutelle et à l'ordre légal des successions) ainsi que l'exigence fondamentale de cohérence du régime matrimonial (Voy. not. Cass., 17 septembre 2007, *N.J.W.*, 2007, p. 797).

Relevons à ce sujet que la procédure de modification du contrat de mariage a fortement été simplifiée depuis la loi du 18 juillet 2008³⁹ entrée en vigueur le 1er novembre 2008. Tant la condition d'homologation par le tribunal de première instance (ainsi que la condition de comparution personnelle des époux devant le tribunal) que la *summa divisio* des « grande », « moyenne » et « petite » modifications apportées au contrat de mariage ont en effet été supprimées⁴⁰.

Il en résulte qu'il est désormais nettement plus facile d'apporter en dernière minute des modifications au contrat de mariage et partant d'opérer une planification successorale *in extremis*.

Nous examinerons ainsi ci-après au sein des régimes à base communautaire⁴¹ un certain nombre de techniques de planification successorale au travers de clauses que les (futurs) époux peuvent utilement insérer dans leur contrat de mariage même *in articulo mortis*, allant des simples clauses d'apport jusqu'à (et y compris) des clauses opérant à la dissolution et liquidation du régime matrimonial.

On observera que les clauses analysées ci-dessous permettent surtout d'avantager le conjoint survivant.

A) L'apport d'un bien immobilier propre en communauté

Il n'est point rare de constater que l'un des conjoints mariés dans un régime légal de communauté soit déjà propriétaire d'un ou plusieurs immeubles avant le mariage ou qu'il en hérite au cours de

³⁹ Loi du 18 juillet 2008 modifiant la législation en ce qui concerne la modification du régime matrimonial sans intervention du tribunal et modifiant l'article 9 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat ou « loi de Ventôse » (ci-après « LV »), *M.B.*, 14 août 2008.

⁴⁰ Dorénavant il n'existe plus que les « grandes » et « petites » modifications et leurs différences sont d'ordre procédural. La petite modification d'un régime matrimonial ne requiert ainsi en principe qu'un acte authentique alors qu'une grande modification du régime matrimonial, c'est-à-dire celle « entraînant la liquidation du régime préexistant ou changement actuel dans la composition des patrimoines », est non seulement soumise à un acte notarié mais également à un inventaire authentique et un acte portant règlement des droits respectifs des époux (art. 1394, al. 2, du C. civ.). Sur le plan fiscal, l'acte portant modification du régime matrimonial est en principe soumis au seul droit fixe général d'enregistrement de 50 euros (article 11, al. 2 et 3 C. enr.).

⁴¹ A défaut de pouvoir analyser la clause « comme si » ou « alsof-beding » pouvant être stipulée dans un régime de séparation de biens compte tenu du nombre limité de pages autorisé, il est renvoyé à la doctrine à ce sujet, dont notamment: A. VERBEKE, « Het alsof-beding in gevaar », *N.F.M.*, 2003, afl. 7, pp. 199-208; A. VERBEKE, « Noot: het alsof-beding gered », *N.F.M.*, 2004, afl. 7, pp. 272-274; X, « “Faire comme si” peut s'avérer payant », http://businessdatabase.indicator.be/regimes_matrimoniaux/faire_comme_si_peut_s_averer_payant/WAPMPMAR_EU020_906/65/related (24/04/2017); Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 79-94, sp. pp. 89-94; R. BARBAIX et A.-L. VERBEKE, « La clause de participation finale est considérée comme performante sur les plans civil et fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 2012/8, 26.414, pp. 344-340; V. DEHALLEUX, « La programmation successorale », in X, *Le couple sous toutes ses formes : Mariage - Cohabitation légale et cohabitation de fait*, P. DELNOY (dir.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 194-227, sp. pp. 208-215 et Ch. BUYSE, « Clause optionnelle de participation : nouveau raisonnement, même résultat », in *Le Fiscologue*, n° 1445 du 2 octobre 2015, <http://www.fiscologue.be/> (24/04/2017).

celui-ci⁴². Ce(s) bien(s) revêt(ent) la qualification juridique de bien(s) propre(s) en application de l'article 1399 du Code civil.

Au lieu de donner à son époux cet ou ces immeuble(s) propre(s) présent(s) ou futur(s)⁴³ (et de payer ainsi le droit d'enregistrement proportionnel prévu pour les donations⁴⁴ tel que nous le verrons plus loin dans l'exposé) ou de le(s) lui vendre (et d'acquitter ainsi le droit d'enregistrement proportionnel établi pour les ventes⁴⁵), il peut être conseillé à cet époux d'en faire apport (c.-à-d. de le faire entrer) au patrimoine commun sur pied de l'article 1452 du Code civil⁴⁶. Un tel apport, qui peut avoir lieu tant par *contrat de mariage* sans autre formalité que par *acte portant modification du régime matrimonial*⁴⁷, est en effet non seulement avantageux sur le plan fiscal comme on le verra plus loin mais présente également un attrait civil: dans l'hypothèse classique où l'un des (futurs) époux est propriétaire d'un terrain sur lequel les (futurs) conjoints entendent ériger leur logement familial, ils deviendront tous deux propriétaires de ce logement⁴⁸. On songe aussi à l'hypothèse d'un bien déjà construit où l'on tient compte du besoin psychologique que le (futur) époux apporteur reste « chez lui », « dans ses meubles »⁴⁹.

Outre ces avantages, il échet d'observer qu'en droit civil⁵⁰, l'apport en communauté est regardé comme un *avantage matrimonial*⁵¹ à *titre onéreux*⁵², sous réserve de l'application des articles 1458,

⁴² J. LARUELLE, « La transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant : le contrat de mariage comme outil de planification successorale », *Rec. gén. enr. not.*, 2016/7, n° 26.878, pp. 284-302, sp. p. 289.

⁴³ C'est-à-dire le(s) bien(s) qui sera(ont) propre(s) à l'un des époux, en général suite à une donation.

⁴⁴ Ainsi que les inconvénients qui en résultent parmi lesquels la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux faites en dehors du contrat de mariage (art. 1096 C. civ.), la révocation des donations pour cause d'ingratitude, l'éventuelle atteinte de la réserve des enfants, etc.

⁴⁵ S'élevant de manière générale à 10 % en Flandre ou 12,5 % à Bruxelles et en Wallonie (taux qui, dans ce dernier cas, est désormais porté à 15 % en cas d'acquisition d'un immeuble affecté en tout ou partie à l'habitation si l'acquéreur possède déjà au moins un tiers en pleine propriété ou en usufruit sur au moins deux autres immeubles d'habitation situés en Belgique ou à l'étranger (cf. article 44bis C. enr. w.)).

⁴⁶ Si l'un des époux envisage d'apporter l'immeuble qu'il a reçu par donation, il conviendra toutefois de vérifier que cette faculté n'est pas restreinte dans l'acte de donation par exemple par une clause d'interdiction d'ameublement ou d'inaliénabilité (J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 290).

⁴⁷ L'apport effectué par les deux futurs époux d'un immeuble qu'ils ont acheté ensemble avant le mariage (et constitue ainsi un bien propre) est d'autant plus utile dans la mesure où, on se souviendra, depuis le 1er novembre 2008 cet apport ne fait plus l'objet d'une homologation judiciaire en manière telle que les époux qui avaient oublié de prévoir pareil apport avant leur mariage peuvent dorénavant aisément y remédier durant leur mariage.

⁴⁸ L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux comme éléments de planification successorale », *C&FP*, 2006, liv. 6, pp. 177-185, sp. p. 177 et L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », in *La planification successorale* (2^e éd.), Anthémis, 2015, pp. 53-106, sp. p. 96, qui à juste titre ajoute que les clauses d'apport peuvent être stipulées tant dans les régimes de communauté que dans les régimes de séparation de biens (dans ce dernier cas, il s'agit d'apporter le bien dans une société dite « limitée » ou parfois encore improprement appelée « société d'acquêts »).

⁴⁹ J.-L. RENCHON, *Droit notarial du couple*, syllabus, tome I, Université catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminologie, 2015-2016, p. 32.

⁵⁰ A l'inverse du droit fiscal où la clause d'apport combinée à un préciput ou une clause de partage inégal peut constituer un legs si les conditions de l'article 5 C. succ. sont réunies (cf. *infra*).

⁵¹ Lequel peut, à défaut de définition légale, être défini comme étant tout avantage qui résulte de la composition ou du fonctionnement, de la liquidation ou du partage du régime matrimonial des époux (H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Berchem/Anvers, Maklu, 1976, p. 264).

⁵² Alors même que l'avantage matrimonial résulterait *in casu* d'une intention libérale entre conjoints; raison pour laquelle cette qualification est dite « objective » (H. CASMAN et A. VERBEKE, *Wat is een huwelijksvoordeel*, *N.F.M.*, 2005, pp. 292-297, sp. p. 293).

al. 2, 1464, al. 2 et 1465 du Code civil examinés ci-après. Il en découle les conséquences particulièrement favorables suivantes au bénéfice du conjoint survivant : n'étant pas considéré comme une libéralité, l'apport échappe aux règles relatives au rapport et à la réduction et n'entre pas en ligne de compte dans la masse fictive de calcul de l'article 922 du Code civil à l'effet de déterminer la quotité disponible⁵³ de la succession du conjoint prémourant. Il s'ensuit qu'au décès de l'époux apportant, le conjoint survivant bénéficiaire de l'avantage matrimonial suite à la liquidation du régime matrimonial n'entrera pas en concours avec les autres héritiers du défunt. De plus, puisqu'il ne se verra pas appliquer les règles de la dévolution successorale, il conservera, hors succession donc, le bien faisant l'objet de l'avantage matrimonial (à savoir le bien apporté) sans courir notamment le risque de se voir imposer une conversion non souhaitée de son usufruit telle que prévue à l'article 745^{quater}, § 1^{er}, du Code civil⁵⁴.

Il convient toutefois d'attirer l'attention sur le fait que la qualification des avantages matrimoniaux en tant que conventions de mariage conclues à titre onéreux n'est pas absolue et connaît des tempéraments. En effet, le législateur a instauré deux cas spécifiques de protection des droits réservataires en faveur des enfants du défunt (les autres héritiers en sont exclus⁵⁵) selon qu'il s'agisse des enfants communs ou des enfants non communs des époux.

1. A l'égard des enfants communs du couple, les avantages qui procèdent d'un préciput⁵⁶ ou d'une clause de partage inégal seront aux termes des articles 1458, al. 2 et 1464, al. 2, du Code civil considérés comme des donations dans la mesure où ils porteraient sur des biens préalablement apportés par le défunt mais uniquement à concurrence de moitié de ces biens (préciput) ou pour la part excédant de moitié la communauté appelée l'excédent ou « surplus » (clause de partage inégal).

2. Vis-à-vis des enfants non communs (les beaux-enfants), ces derniers se voient accorder une protection plus étendue dès lors qu'ils n'héritent en principe pas du conjoint survivant: en vertu de l'article 1465 du Code civil leur réserve est protégée en ce sens qu'ils pourront solliciter la réduction du surplus, soit de tout ce que le conjoint survivant recueillerait en plus de la moitié de la communauté et qui par là porterait atteinte à leur réserve.

Observons que l'administration fiscale⁵⁷ a tenté de se prévaloir des articles 1458, al. 2, 1464, al. 2, et 1465 du Code civil en invoquant la requalification en libéralité aux fins d'assoir la taxation de

⁵³ Soit la partie du patrimoine qu'une personne peut disposer à sa guise (par ex. par donation, aliénation, legs, etc.).

⁵⁴ J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 285.

⁵⁵ Bien qu'étant également héritiers réservataires, les ascendants n'ont pas vocation à être protégés par cette mesure dans la mesure où leur réserve s'efface face à un conjoint survivant (art. 915, al. 2, C. civ.), cf. *supra*.

⁵⁶ Il s'agit du droit, pour l'un des époux, de prélever sur le patrimoine commun avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité ou quotité d'une espèce déterminée de biens (art. 1457 C. civ.).

⁵⁷ Déc. 6 décembre 2004, n° E.E./100.511, *Rép. R.J.*, S 5/04-02.

pareils avantages matrimoniaux par la qualification d'institution contractuelle⁵⁸ au sens de l'article 2 C. succ., position administrative qui fut hautement décriée par la doctrine du pays⁵⁹. Cette position administrative est non fondée juridiquement au regard de la *ratio legis* des articles précités : l'imputation de ces avantages matrimoniaux sur la quotité disponible ne peut bénéficier qu'aux personnes visées par la protection, soit les enfants du défunt, en manière telle que ces derniers ont seuls qualité à pouvoir invoquer cette requalification⁶⁰. L'avantage matrimonial n'est en aucun cas transformé par ces dispositions en une donation ou en une institution contractuelle. C'est d'ailleurs en ce sens que notre Cour suprême s'est prononcée dans un arrêt abondamment commenté du 10 décembre 2010⁶¹ dans une affaire mettant en cause un apport d'immeubles combiné à une clause de la (maison) mortuaire, cette dernière constituant une des principales techniques de planification successorale *in articulo mortis* et dans le détail de laquelle nous reviendrons plus loin dans l'exposé. A l'appui de son pourvoi en cassation le fisc avait tenté de tirer profit notamment de l'article 1458, alinéa 2 du Code civil pour inclure dans la succession du défunt la moitié des biens immeubles apportés. La Cour de cassation a fermement condamné cette pratique en rappelant à bon escient que cette disposition « *n'implique pas que 'l'excédent' est une donation, mais a pour seule conséquence que cet avantage, lors du décès de l'époux qui a apporté des biens propres au patrimoine commun, peut être soumis à réduction* » (nous soulignons).

Il échet de relever qu'en marge des avantages civils explicités ci-avant, la clause d'apport se révèle en outre avantageuse d'un point de vue fiscal et ce à un double titre. En droit d'enregistrement, l'apport sera soumis au seul droit fixe général (cf. art. 11, al. 2, C. enr.)⁶². En droit de succession, il permettra une meilleure répartition du ou des bien(s) apporté(s) entre les successions futures des deux époux puisque par le biais de la clause d'apport le bien est devenu commun et se retrouve pour moitié dans chacune des successions de sorte que l'on limite la progressivité de l'impôt successoral (et on évite ainsi que les taux les plus élevés soient atteints, du moins pour le premier décès)⁶³. En d'autres termes, si le bien n'est pas apporté mais demeure dans le patrimoine propre de l'époux

⁵⁸ Par institution contractuelle ou donation de biens à venir, il y a lieu d'entendre le pacte sur succession future en vertu duquel « une personne – l'instituant – donne à une autre – l'institué – tout ou partie des biens qu'elle laissera à son décès » (P. DELNOY, *Les libéralités et les successions – Précis de droit civil*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 65).

⁵⁹ Voy. not. J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 286 et A. MAYEUR, « Droit de succession », *Droits de succession – la lettre succession du 11 juillet 2011*, liv. 6-7, Waterloo, Kluwer, pp. 7-15, sp. pp. 10-11.

⁶⁰ J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 286.

⁶¹ Cass., 10 déc. 2010, R.G. n° F.08.0102.N, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

⁶² Il convient d'attirer l'attention sur le fait que selon une décision administrative du 30 mai 2012 (n° E.E. 102.944, *Rép. R.J.* E 14/12-01), l'apport d'un bien immeuble propre à un patrimoine commun interne stipulé dans une convention de vie commune des cohabitants légaux entraînera, quant à lui, la perception du droit de vente ou de donation sur la moitié de ce bien selon qu'il est effectué à titre onéreux ou à titre gratuit (*Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.416, p. 344).

⁶³ D. MICHIELS, « Les contrats de mariage comme instruments de planification patrimoniale », in X., *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, 2009, vol. 3, T XIII.1.-42, sp. pp. 22-24 (44-46); Pour un exemple chiffré, voy. D. MICHIELS, « Les clauses optionnelles en droit patrimonial familial belge », *Rev. not. b.*, 2012/8, pp. 587-629, sp. p. 592; L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux (...) », *op. cit.*, p. 178 et « La structuration et la planification (...) », *op. cit.*, p. 97, qui fait observer judicieusement que l'économie de droits de succession lors du premier décès doit être tempérée par une augmentation des droits au deuxième décès.

propriétaire il fera intégralement partie de sa succession en cas de prédécès (et sera dès lors entièrement taxé) tandis que si ce même bien est apporté et dépend dès lors du patrimoine commun l'époux survivant « non-propriétaire » en concours avec des descendants du défunt en recueillera la moitié en pleine propriété dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, sans devoir payer des droits de succession, et le surplus en usufruit en vertu de la dévolution successorale légale. Il est même possible qu'il en recueille la pleine propriété dans l'hypothèse d'absence de descendants du *de cujus* mais en présence d'autres héritiers, en vertu de l'article 745bis, § 1^{er}, al. 2, du Code civil, (cf. *supra*).

Enfin, il y a lieu de souligner que l'apport en tant que tel n'est pas visé par l'article 5 du C. succ.⁶⁴ car il ne déroge point au partage par moitié du patrimoine commun (art. 1445 C. civ.) et il n'est pas davantage constitutif d'abus fiscal⁶⁵.

B. Les clauses dérogeant au partage par moitié du patrimoine commun lors de la dissolution et liquidation du régime matrimonial par le décès d'un des époux

1. La clause d'attribution de la communauté au survivant

Si le souhait des époux consiste à protéger le conjoint survivant en présence d'enfants qui seraient récalcitrants, ingrats ou insolvables⁶⁶ et à lui assurer la pleine propriété de la part du prémourant dans le patrimoine commun, lequel est principalement constitué par un ou des immeuble(s), il leur est loisible d'insérer une clause de partage inégal du patrimoine commun ou une clause d'attribution totale de la communauté au survivant⁶⁷. Comme la clause d'apport examinée *supra*, une telle clause présente un avantage civil indéniable en raison de son caractère onéreux⁶⁸. Force est toutefois de relever avec Madame LARUELLE que la charge fiscale globale s'avère nettement plus importante

⁶⁴ Faisant partie des différentes fictions adoptées par le législateur dans ledit code en vue de préserver la base d'imposition, cette disposition assimile le « gain » ou « droit » de survie à une libéralité taxable au titre des droits de succession (en tant que legs) pour ce qui est attribué au conjoint survivant, sous condition de survie, qui dépasse le seuil de la moitié de la communauté (J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 291).

⁶⁵ Pour les raisons suivantes: 1) la circulaire n° 5/2013 du 10 avril 2013 confirme que les actes isolés ne créent pas d'abus fiscal, 2) si tel n'était pas le cas ou si le fisc allègue une succession d'actes entraînant une « opération » créatrice d'un tel abus, il suffira de rétorquer que le seul acte posé est l'apport du bien propre au patrimoine commun, le partage de celui-ci n'étant rien d'autre qu'une conséquence légale au sens de l'article 1445 du Code civil précité, 3) par ailleurs, l'on aperçoit pas aux objectifs de quelle disposition du Code des droits de succession la clause d'apport contreviendrait, 4) et enfin les motifs civils évoqués *supra* de l'adoption d'une telle clause, même insérée *in extremis*, devraient à eux-seuls suffire à renverser la présomption d'abus fiscal (En ce sens: Ph. DE PAGE, Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *Rec. gén. enr. not.*, 2013, liv. 4, pp. 144-154, sp. p. 150; Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014/4, pp. 377-402, sp. p. 396, n° 61 et J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 291).

⁶⁶ D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 26 (48).

⁶⁷ Encore appelée dans le jargon populaire clause dite « au survivant, tous les biens », « au dernier vivant, (tous) les biens » ou « langst leeft al heeft beding » en néerlandais.

⁶⁸ Clauses qui, à l'exception des cas prévus par les articles 1464, al. 2 et 1465 du Code civil, ne sont pas susceptibles d'une action en réduction par les enfants réservataires étant donné que les avantages qu'elles procurent n'entrent pas en compte dans la masse successorale, à savoir ni dans le calcul de la réserve ni dans celui de la quotité disponible. En d'autres termes, le conjoint survivant bénéficiaire de ces clauses, dispose librement de tout ou partie des biens communs, sans devoir en rendre compte aux héritiers du prémourant, les enfants de ces derniers ne pouvant dès lors pas s'y opposer (L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification (...) », *op. cit.*, pp. 102-103).

que l'application pure et simple de la dévolution légale puisque l'exécution d'une telle clause emporte une double imposition en droit de succession : une première taxation sera à supporter par le seul conjoint survivant sur tout ce qu'il recueille en plus de la moitié du patrimoine commun (cf. art. 5 C. succ.), et les enfants seront, dans un second temps, taxés sur l'intégralité du patrimoine commun (subsistant) dont ils hériteront au décès de leur parent survivant⁶⁹, du moins si aucune planification successorale n'a été faite à temps et à moins qu'ils renoncent à la succession dudit parent survivant.

Devant un tel constat, la doctrine s'est montrée imaginative en élaborant des clauses ayant pour objet de diminuer cette charge fiscale. Il s'agit notamment de la clause d'attribution dite « optionnelle » et/ou « alternative », de la clause d'attribution de la communauté avec charge et de la clause de la mortuaire dont nous étudierons ci-après les contours civils et fiscaux.

2. La clause d'attribution dite « optionnelle » et/ou « alternative »

Sur le plan civil, la clause optionnelle⁷⁰ offre la possibilité au conjoint survivant d'opter pour le bénéfice de la clause d'attribution⁷¹ ou au contraire de pas l'invoquer tandis que la clause d'attribution alternative⁷² lui laisse la faculté de choisir parmi différentes alternatives quant à l'exercice de ses droits sur le patrimoine commun (attribution de tout ou partie du patrimoine commun, de certains biens qu'il détermine, en pleine propriété ou en usufruit, etc.) et ce notamment en fonction du niveau de prévoyance nécessaire à son égard (espérance de vie, coûts de vieillesse ou de maladie, conflit ou entente avec les autres héritiers)⁷³ et de sa capacité financière à assumer seul les droits de succession s'y rapportant⁷⁴.

Dans le cadre d'une planification successorale ordinaire une telle clause peut s'avérer fort intéressante tant au moment du mariage (puisque les époux ne peuvent prédire quelle sera au décès

⁶⁹ Charge fiscale qui aurait été moins lourde en suivant la dévolution légale en ce que le conjoint survivant et les enfants auraient respectivement été taxés sur l'usufruit et la nue-propriété de la moitié du patrimoine commun au premier décès et ultérieurement les enfants sur la pleine propriété de la seule autre moitié de la communauté (du moins, si elle existe encore) au second décès (J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 292). Si la clause d'attribution de la communauté se révèle ainsi inintéressante sur le plan fiscal successoral nonobstant l'exemption de droits de succession (flamand) sur le logement familial, toujours est-il qu'il s'agit là du prix de la sérénité (D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, pp. 26-28 (48-50)) permettant au survivant de continuer à administrer et gérer les biens communs, principalement ceux qu'il a acquis avec le prémourant, et à en disposer comme il l'entend (L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux (...) », *op. cit.*, pp. 178-179).

⁷⁰ Qui peut être insérée dans le contrat de mariage initial ou dans un acte notarié portant modification du régime matrimonial, ainsi qu'au profit d'époux qui n'avaient pas prévu de contrat de mariage ou qui avaient choisi une clause d'attribution du patrimoine commun en pleine propriété (D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 29 (51)).

⁷¹ Il est vivement conseillé de prévoir soit dans le contrat de mariage soit dans l'acte modificatif le délai endéans lequel le choix doit être exercé (afin de ne pas retarder inutilement la fixation de l'hérédité et le dépôt de la déclaration de succession), les modalités d'exercice du choix (lequel figurera traditionnellement dans la déclaration de succession ou bien dans un acte notarié) ainsi que les conséquences de l'absence de choix dans ce délai.

⁷² Pour deux exemples de cette clause, voy. l'annexe.

⁷³ M. VAN MOLLE, « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », in *La famille et son patrimoine en questions*, M. VAN MOLLE (coord.), Limal, Anthemis, 2015, pp 83-100, sp. p. 90, n° 18.

⁷⁴ J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 292.

de l'un d'eux la consistance de leur patrimoine commun ni la composition de leur situation familiale), que pendant le mariage, pour les mêmes raisons⁷⁵. Il en va autrement dans le cadre d'une planification successorale de dernière minute dans la mesure où les personnes impliquées savent déjà pertinemment bien lequel des deux époux trépassera le premier et comment le patrimoine de l'époux prémourant est composé de sorte que le survivant sera à même de pouvoir établir son choix en pleine connaissance de cause⁷⁶, sans compter qu'à ce moment le risque n'est pas exclu que la famille de l'époux prémourant fasse pression sur le survivant pour choisir telle ou telle option⁷⁷.

Fiscalement, il convient toutefois de noter que le conjoint survivant ne se verra pas appliquer la fiction contenue à l'article 5 C. succ. (taxation à titre de legs) si et seulement si l'option qu'il aura exercée lui attribue en valeur une part n'excédant pas la moitié de la communauté⁷⁸.

Il se pourrait ainsi que le conjoint survivant décide de choisir l'attribution en pleine propriété de la communauté à son profit, choix qui par la suite peut s'avérer très onéreux du point de vue des droits de succession, à moins qu'une planification successorale n'ait été faite à temps (cf. *supra*).

Afin de remédier à cet inconvénient, la pratique notariale a, à nouveau, poussé le raisonnement plus loin en inventant les deux clauses subséquentes qui permettent d'obtenir à la fois « le beurre et l'argent du beurre », c.-à-d. qui s'efforcent d'éviter toute imposition dans le chef du conjoint survivant tout en lui attribuant le patrimoine commun en pleine propriété (et en lui évitant ainsi les conflits résultant d'un démembrement usufruit/nue-propriété).

3. La clause d'attribution de la communauté avec charge ou clause dite « Casman »

Si le conjoint survivant bénéficiaire d'une clause d'attribution de la communauté (simple ou optionnelle), peut conserver en nature l'actif du patrimoine commun (articles 1461 et 1464 C. civ.), rien n'empêche ce dernier de dilapider (aliéner, consommer ou négliger complètement) l'ensemble des biens ayant fait partie de ce patrimoine, ce qui emporterait comme lourde conséquence que les

⁷⁵ Dans l'hypothèse où le conjoint prémourant décède sans autre héritier que son époux avec un patrimoine considérable, le conjoint survivant risque en effet de devoir supporter des droits de succession importants s'il recueille la totalité du patrimoine commun en pleine propriété. Il sera ainsi préférable pour lui de choisir par exemple de le recevoir en usufruit.

⁷⁶ Voy. en ce sens, N. GEELHAND de MERXEM, « (Fiscale) successieplanning “in extremis” in Vlaanderen. Naar een nieuw concept inzake fiscale successieplanning. Bijzonder deel – het huwelijkscontract en de akte houdende wijziging van het huwelijkscontract als techniek van (fiscale) successieplanning in extremis » », *T.E.P.*, 2008/5, pp. 377-487, sp. p. 386, qui apporte toutefois une double nuance en matière de planification successorale *in extremis* non organisée à savoir que la sérénité requise pour pouvoir effectuer un choix en pleine connaissance de cause peut dans pareille hypothèse faire défaut en manière telle que le fait de prévoir une option n'est pas inutile, d'autant que des changements législatifs peuvent aussi intervenir entretemps et changer le cours des choses (N. GEELHAND de MERXEM, « (...) Algemeen deel », *op. cit.*, p. 36).

⁷⁷ D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 29 (51).

⁷⁸ Par ailleurs, l'administration fiscale est tenue d'accepter le choix qu'il aura effectué et ne pourra ainsi invoquer la règle contenue à l'article 68 C. succ. (ou 2.7.7.03 VCF) en vertu de laquelle le bénéficiaire d'une renonciation (le Code parle de « répudiation ») à une part successorale *ab intestat* ne peut jamais acquitter moins de droits de succession que le renonçant (J.-L. RENCHON, *Droit notarial du couple*, *op. cit.*, p. 45). Il ne s'agit en effet nullement d'une renonciation à une part successorale *ab intestat*, à un legs ou à une institution contractuelle, mais bien tout simplement de l'exercice d'une option, d'une faculté, prévue dans le contrat de mariage (ou l'acte le modifiant).

enfants ne recueilleraient *in fine* rien⁷⁹ et qui, partant, conduirait à ce que ces derniers soient *de facto* déshérités. Les enfants ne peuvent en effet s'y opposer puisque nous avons vu que les clauses d'attribution sont en principe regardées en droit civil comme des avantages matrimoniaux conclus à titre onéreux et non pas comme des libéralités, et dès lors non sujettes à réduction, et ne soumettent le conjoint survivant attributaire à aucune reddition de comptes à l'égard des héritiers du prémourant.

C'est précisément afin de pallier cette absence d'obligation de reddition de comptes pour le conjoint survivant tout en tentant d'échapper à toute taxation dans le chef de ce dernier alors qu'il se verrait attribuer la pleine propriété du patrimoine commun, que Madame H. CASMAN⁸⁰, sous l'impulsion de M. GREGOIRE⁸¹, a élaboré la clause d'attribution de la communauté avec charge, encore appelée « clause Casman » (« verblijvingsbeding onder last »).

En vertu de cette clause⁸², le patrimoine commun est attribué en totalité en pleine propriété à son bénéficiaire, soit en général le conjoint survivant, moyennant la charge de payer⁸³ à la succession du prémourant une somme équivalente à la moitié de la valeur nette du patrimoine commun, soit une somme correspondant à la contre-valeur de ce que le conjoint survivant aurait recueilli suivant le partage par moitié de la communauté⁸⁴. Ce faisant, non seulement les héritiers du prémourant obtiennent une créance sur le conjoint survivant, mais ce dernier reçoit également en valeur une part égale à la moitié de la communauté sans qu'il soit donc dérogé au partage par moitié de la communauté. De cette manière, l'article 5 C. succ. ne trouvera en principe pas à s'appliquer (la part économique recueillie par le survivant n'excédant pas la moitié en valeur de la communauté)⁸⁵. Il en découle qu'au décès du premier conjoint⁸⁶ une créance représentant la moitié du patrimoine

⁷⁹ L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification (...) », *op. cit.*, p. 103 et « Les régimes matrimoniaux (...) », *op. cit.*, p. 179.

⁸⁰ H. CASMAN, « Enkele suggesties voor het opstellen van huwelijkscontracten met keuze voor een gemeenschapsstelsel », in *Evolutie in de huwelijkscontracten*, Vormingsdag van de Nederlanstalige Raad van de K.F.B.N., 26 avril 1995.

⁸¹ M. GREGOIRE, « A propos de la liberté de création des clauses de liquidation en régime de communauté », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, coll. Patrimoine, volume I, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 235-238.

⁸² Pour deux exemples de cette clause, voy. l'annexe.

⁸³ Soit en argent, soit par abandon de biens communs. Dans ce dernier cas, il appert toutefois que si le bien commun utilisé en paiement de tout ou partie de la créance est un immeuble, l'opération sera passible du droit d'enregistrement établi pour les ventes (ou donations) dans le chef des héritiers du prémourant dans la mesure où elle s'analyse en une dation en paiement et non pas comme un partage (aucune indivision n'existant entre le conjoint survivant et les héritiers du prémourant suite à l'attribution) (J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 294 et D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 33 (55)) et est dès lors à déconseiller si l'un des enfants souhaite reprendre cet immeuble du patrimoine commun. Selon certains auteurs, cette solution diffère cependant si la « clause Casman » est rédigée de manière optionnelle (cf. *infra*).

⁸⁴ L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification (...) », *op. cit.*, p. 103; D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 31 (53) et J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 293, qui fait à juste titre remarquer que l'attribution pourrait également porter sur une quote-part du patrimoine commun avec pour conséquence que la charge est alors déterminée à concurrence de ce que le conjoint survivant se verra attribué qui dépasse la moitié du patrimoine commun.

⁸⁵ L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification (...) », *op. cit.*, p. 103.

⁸⁶ Au décès du conjoint survivant, sa succession sera normalement composée comme suit:

- à l'actif, les biens communs subsistants ;

commun est inscrite à l'actif (mobilier) successoral de l'époux prémourant et taxée dans le chef de ses héritiers (à concurrence de l'usufruit pour le conjoint survivant et de la nue-propriété pour les enfants du couple, sous réserve de dispositions testamentaires et/ou contractuelles dérogatoires⁸⁷) de sorte que la progressivité de l'impôt successoral est ralentie.

Il convient de relever que ladite créance-charge n'a point pour objet d'obliger le survivant à payer immédiatement la somme d'argent aux héritiers du prémourant en ce que cette clause a précisément pour but premier d'avantager au maximum le conjoint survivant⁸⁸. Raison pour laquelle ladite somme d'argent n'est généralement stipulée exigible qu'à terme du décès de ce dernier (le paiement de cette créance est ainsi reporté aussi longtemps qu'il demeure en vie), et doit, partant, être considérée comme n'étant uniquement due qu'à concurrence de la nue-propriété⁸⁹. Si la créance n'est exigible qu'au décès du conjoint survivant, il convient de s'interroger sur l'estimation de cette créance laquelle peut être due sans intérêts, ainsi que le fait judicieusement observer Madame ROUSSEAU en ces termes : « *l'estimation doit intervenir sur base de la valeur vénale de cette créance qui, compte tenu de l'absence d'intérêts, peut être inférieure à la moitié de la valeur nette du patrimoine commun. De ce point de vue, le conjoint survivant reçoit plus que la moitié du patrimoine commun et il y a dès lors lieu d'appliquer l'article 5 du Code des droits de succession à cette part avantageant le conjoint survivant, ce qui représente la différence entre la valeur nette du patrimoine commun et la créance* »⁹⁰. Afin d'échapper à toute taxation sur base de l'article 5 C. succ., il y a donc lieu de stipuler la créance à inscrire à l'actif de la succession du prémourant productive d'intérêts⁹¹.

- au passif: ► soit, si la dette née de la clause d'attribution avec charge n'a pas été totalement acquittée du vivant du survivant: l'intégralité de cette dette*;

► soit, si la dette a été partiellement payée: seule la partie restée impayée (le solde) de la dette;

► soit, si la créance a été totalement payée: il coule de source qu'elle ne figurera pas au passif mais la succession contiendra alors aussi fort logiquement moins d'actifs du fait de ce paiement (L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux (...) », *op. cit.*, p. 182 et D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 33 (55).

*À charge pour les héritiers de démontrer l'existence de cette dette, conformément à l'article 29 C. succ., ce qui comme le relève à bon droit Madame LARUELLE ne devrait pas poser trop de difficulté compte tenu du contrat de mariage. En revanche, et selon une doctrine majoritaire que l'auteur prénommée cite, la dette reste en dehors du champ d'application de l'article 33 C. succ ou art. 2.7.3.4.4 VCF (exclusion des dettes v-à-v des héritiers à défaut d'établir leur sincérité) dès lors qu'il s'agit ici non pas d'une créance contractée par le conjoint survivant au profit de ses héritiers mais bien d'une créance transférée, soit plus exactement d'une créance contractée entre les deux époux au profit des héritiers de l'époux premier mourant (J. LARUELLE, *op. cit.*, pp. 293-294).

⁸⁷ D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 31 (53).

⁸⁸ L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux (...) », *op. cit.*, p. 182. Dans le cadre de cet objectif de protection maximale du conjoint survivant, la clause peut par ailleurs prévoir qu'aucune sûreté ne peut être exigée pour garantir le paiement de la charge, du moins aussi longtemps que le survivant administre lui-même les biens, qu'il n'est pas en faillite ou en règlement collectif de dettes ou qu'il ne se remarie.

⁸⁹ *Ibid.* Les enfants devront par contre « payer immédiatement des droits de succession sur une contrevaletur qu'ils ne reçoivent pas au décès du prémourant et qu'ils ne sont même pas sûrs de récupérer au décès du survivant » (F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. b.*, 2016/6, n° 3108, pp. 434-477, sp. pp. 452-453).

⁹⁰ L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux (...) », *op. cit.*, p. 182.

⁹¹ J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 293.

Si cette précaution n'a pas été prise, M. VANDEN EYNDEN indique qu'il convient également d'attirer l'attention sur le fait qu'en Régions flamande et bruxelloise (et dans une certaine mesure en Région wallonne) si la communauté comprend principalement l'habitation familiale « *une telle clause d'attribution moyennant charge pourrait connaître un effet pervers dans la mesure où une matière non imposable (le logement familial) serait transformée en une créance mobilière imposable* »⁹². On remarquera également qu'en Région flamande l'application de cette clause engendre la disparition de l'avantage tiré de la distinction entre les masses mobilière et immobilière dans la succession du prémourant⁹³.

Notons que tout comme la clause d'attribution classique, la « clause Casman » peut être stipulée de manière optionnelle⁹⁴. La doctrine⁹⁵ considère que l'hypothèse d'une « clause Casman » simple où le conjoint survivant, pour s'acquitter de sa dette à l'égard de la succession, donne en paiement un ou plusieurs immeuble(s) ayant fait partie de l'ancien patrimoine commun, entraîne la perception du droit de vente. Il n'en va pas de même de la clause d'attribution moyennant charge optionnelle dans la mesure où certains auteurs estiment que le patrimoine commun comprenant des immeubles serait recueilli en indivision par l'époux survivant et les héritiers du *de cujus* et que toute composition ultérieure des lots emporterait l'application du droit de partage tel que prévu par l'article 109 C. enr. (1% de la valeur de l'immeuble lors de la sortie d'indivision)⁹⁶.

Avant l'adoption de la nouvelle mesure générale anti-abus applicable en droits de succession et donation (articles 106, al. 2, C. succ. jo. 18, § 2, C. enr.) la technique de la clause d'attribution avec charge avait été acceptée et validée en 2006 par l'Administration fiscale notamment par le Ministre des Finances suite à une question parlementaire⁹⁷. Force est toutefois de constater que le Service des décisions anticipées (en abrégé « SDA ») a eu à se prononcer, au regard de la nouvelle disposition anti-abus, sur le caractère éventuellement abusif d'une « clause Casman » que des époux se proposaient d'insérer dans leur contrat de mariage initial pour conclure que cette clause était susceptible d'engendrer un abus fiscal (décision du 18 juin 2013)⁹⁸. Si ses objections étaient de

⁹² M. VANDEN EYNDEN, « Planification successorale: un nouveau cas d'abus fiscal ? », *B.J.S.*, 2014, p. 13.

⁹³ D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 33 (55).

⁹⁴ En néerlandais « *keuzebeding onder last* ». Tout comme la « clause Casman » simple, il échet d'observer que la « clause Casman » optionnelle pourra ne pas nécessairement aboutir dans les faits à l'attribution de tout le patrimoine commun mais pourra porter sur une partie seulement de celui-ci (J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 293). Qu'il s'agisse d'une « clause Casman » classique ou optionnelle, le survivant sera tenu de payer une soulte aux héritiers dans la mesure où il recueille plus que la moitié du patrimoine commun (B. CARDOEN, « Les clauses de partage inégal moyennant charge : un abus fiscal ? », in *Le Fiscologue*, n° 1376 du 7 mars 2014, <http://www.fiscologue.be/> (30/03/2017)).

⁹⁵ J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 294 (citant quelques auteurs) et D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 35 (57).

⁹⁶ Voy. en ce sens not. J. VERSTRAETE, « *Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last* », in *Liber Amicorum Paul DELNOY*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 549-560, sp. p. 558 et V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp 707-739, sp. p. 725.

⁹⁷ Quest. parl. n° 914 de M. Luk Van Biesen du 8 septembre 2005, *Bull. Q. et R.*, Chambre, n°51-107, 6 février 2006, p.19924.

⁹⁸ B. CARDOEN, *op. cit.*; M. VANDEN EYNDEN, *op. cit.*, p. 13; L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification (...) », *op. cit.*, pp. 103-105 et J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 294.

divers ordres, il y a lieu de retenir son grief principal, à savoir le fait de libeller une clause de telle manière que « *le paiement (de la somme convenue) ne peut être exigé aussi longtemps que le conjoint survivant est en vie, ou en d'autres termes que le paiement de cette somme ne deviendra exigible qu'au décès du conjoint survivant, et ce alors qu'en l'espèce les héritiers du conjoint survivant seront vraisemblablement les mêmes que ceux du conjoint prémourant (...), [car elle] a pour conséquence que ladite créance devrait s'éteindre par confusion à l'instant précis où elle deviendrait exigible* » (soit, au décès du conjoint survivant)⁹⁹. Il en résulte, toujours selon le SDA, que cette confusion conduit à s'interroger sur la question de la « *réelle existence* » de pareille créance en ce que celle-ci aurait un « *caractère artificiel* » ou même « *purement théorique* » qui remettrait en cause sa sincérité. En résumé, le SDA estime que la clause qui lui est soumise pour observation est de nature à « frustrer » l'article 5 C. succ. étant entendu que les époux demandeurs n'apportent pas non plus la preuve que le choix de l'acte juridique en projet, soit la modification du contrat de mariage par l'insertion d'une « clause Casman », se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter les droits de succession¹⁰⁰.

On notera au demeurant que la doctrine est partagée sur cette décision, singulièrement sur le caractère (purement) artificiel de la créance : si les uns¹⁰¹ font valoir que ce n'est pas parce que « la créance s'éteint par confusion à l'instant précis où elle devient exigible » qu'elle a *ipso facto* un caractère artificiel, pour d'autres¹⁰², en revanche, cette créance se révèle effectivement artificielle dans la mesure où l'époux survivant n'est pas tenu de payer la charge de son vivant.

En conclusion, même si au regard de l'autonomie de la volonté (articles 1387 et 1394 C. civ.) rien ne semble faire obstacle à l'insertion *in extremis* d'une « clause Casman » dans un contrat de mariage (ou dans un acte notarié modificatif), la prudence reste cependant de mise.

A cet égard, il convient de suivre les conseils avisés de Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, qui recommandent non seulement de prévoir des causes d'exigibilité de la dette dans le contrat de

⁹⁹ Décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, n° 26.536, pp. 317-320. Voy. également en ce sens, la décision administrative n° 16053 du 13 juin 2016 de Vlabel, disponible sur www.vlabel.be (01/05/2017).

¹⁰⁰ Or, comme le souligne Monsieur GEELHAND DE MERXEM, ladite décision ne motive pas en quoi par la clause proposée les époux se placeraient en dehors des objectifs de l'article 5 C. succ. (puisque sur pied de cette disposition la moitié de la communauté (créance) est taxée au décès du prémourant) (N. GEELHAND DE MERXEM, « L'attribution de la communauté moyennant charge : abus fiscal ? », *Rev. not. b.*, 2014, pp. 381-386, sp. pp. 383-384).

¹⁰¹ Voy. notamment en ce sens, B. CARDOEN, *op. cit.*, qui est d'avis que « le fait que la créance s'éteigne par confusion au décès du survivant ne signifie nullement qu'elle n'existe pas (ou n'ait pas existé) réellement ou qu'elle revête un caractère artificiel. Ainsi, une créance qu'un de cujus détient sur ses héritiers s'éteint également par confusion au décès du de cujus, ce qui n'empêche pas qu'elle doive être reprise à l'actif (...) ».

¹⁰² En ce sens voy. notamment: Ph. DE PAGE, note sous décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, n° 26.536, pp. 320-322, sp. p. 322; Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 399; M. VAN MOLLE, « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », *op. cit.*, p. 90, n° 18; G. DE FOY, « Clause de la "(maison) mortuaire" - Chasse aux sorcières ou l'art de se battre contre les moulins à vent », *Lettre d'info Droits de succession*, n° 8/2014, pp. 1-13, sp. p. 12 et G. DE FOY, « Clause de la « (maison) mortuaire » pour mettre un terme à la rage taxatoire du fisc, une réforme législative s'impose ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2015/3, n° 26.709, pp. 98-106, sp. p. 105.

mariage (ou acte modificatif) mais invitent également le conjoint survivant à s'acquitter de son vivant de tout ou partie de sa dette et à en conserver les preuves de paiement¹⁰³.

4. La clause de la (maison) mortuaire

Si à l'approche plus au moins imminente de la mort d'un des époux ceux-ci peuvent prévoir dans leur contrat de mariage initial (ou par acte modificatif) une ou plusieurs des clauses ci-avant analysées, il n'en demeure pas moins que la clause dite « de la (maison) mortuaire »¹⁰⁴ constitue la clause *in extremis* par excellence et qui fait couler beaucoup d'encre. Il s'agit ni plus ni moins du « *nec plus ultra* » en matière de planification successorale d'urgence et cette clause est surtout préconisée et utilisée pour prévenir le départ inopiné d'un époux (que laisse présager une maladie incurable au stade terminal, une intervention ou un traitement médical à risque¹⁰⁵ et plus rarement son grand âge¹⁰⁶). Elle s'analyse comme une clause de partage inégal, qui peut être insérée tant dans le contrat de mariage que par un acte notarié modificatif (cas le plus fréquent), et aux termes de laquelle le patrimoine commun¹⁰⁷ est intégralement¹⁰⁸ attribué sans réciprocité à un conjoint désigné nommément - celui qui *in casu* a le plus de chance de survivre¹⁰⁹ - et ce quel que soit la cause de dissolution du régime matrimonial (décès ou autre).

Différentes variantes¹¹⁰ de la mortuaire existent et revêtent comme objectif (principal) la protection du conjoint survivant tout comme les clauses de partage inégal et d'attribution totale¹¹¹. Une constante et caractéristique subsiste toutefois qui permet aisément de la distinguer de ces dernières clauses, à savoir l'absence de condition de survie et ce afin précisément d'échapper totalement à la taxation de l'article 5 C. succ. qui prévoit une telle condition. Le fisc admettait en effet que

¹⁰³ Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 399 et M. VAN MOLLE, « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », *op. cit.*, p. 90, n° 1.

¹⁰⁴ Encore appelée clause d'« attribution inconditionnelle (et unilatérale) de la communauté », « sterfhuisclausule » ou « sterfhuisbeding ». Une partie de la doctrine la qualifie même de « nihilbeding » dans la mesure où l'époux (en principe malade) non attributaire ne recevra aucune part dans le patrimoine commun, et ce peu importe les circonstances de la dissolution du mariage ou du régime matrimonial (H. CASMAN et A. VERBEKE, Rapport de synthèse, in dossier n° 4374 du C.E.L., *Rapp. C.E.L.*, p. 161; H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel ? », *op. cit.*, p. 295 et H. CASMAN et A. VERBEKE, « Een bijzonder geval: de sterfhuisconstructie », in X, *Handboek Estate Planning, IV, Vermogensplanning met effect na overlijden. Langstlevende*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp 107-110, sp. p. 107).

¹⁰⁵ Certains auteurs suggèrent dans ces cas soit de stipuler une condition résolutoire de bonne santé des deux époux, soit de la supprimer après l'intervention ou le traitement médical en question (Voy. en ce sens, A. VERBEKE et R. BARBAIX, « Hof van Cassatie bevestigt sterfhuisclausule », note sous Cass. 10 décembre 2010, *R.W.*, 2011, pp. 1436-1443, sp. p. 1438).

¹⁰⁶ V. DEHALLEUX, « La clause (dite) de la «mortuaire» a encore de beaux jours devant elle », note sous Cass. 10 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011/6, pp. 117-124, sp. p. 118.

¹⁰⁷ Au sens strict du terme, soit la communauté légale, ou le patrimoine commun adjoint à une séparation de biens (N. GEELHAND de MERXEM et Y.-H., LELEU, « « Observations » : La clause dite de la «mortuaire» validée et exemptée », *Rec. gén. enr. not.*, 2011, n° 26.263, pp. 123-126, sp. p. 123).

¹⁰⁸ Si l'attribution totale de la communauté constitue la forme traditionnelle de la clause, rien n'empêche de stipuler une clause de préciput ou de partage inégal, optionnelles ou non, sans condition de survie.

¹⁰⁹ Ce qui vaut à la clause précisément le nom macabre de « clause de la (maison) mortuaire ».

¹¹⁰ La formule classique la plus rencontrée en pratique étant libellée comme suit: « *le patrimoine commun est attribué à un tel époux quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial* ».

¹¹¹ Y.-H., LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (éd.), Limal, Anthemis, 2011, pp. 35-71, sp. p. 62.

l'application de la clause de la mortuaire ne donnait pas lieu à la perception de droits de succession faute de condition de survie¹¹² de sorte qu'il n'était pas rare lorsque l'on appréhende le décès imminent d'un époux gravement malade d'aller voir le notaire en lui demandant d'insérer à la hâte cette clause dans le contrat de mariage¹¹³. Si l'avantage fiscal est certain au premier décès en fonction des prévisions (exonération du patrimoine commun dans le chef de l'époux survivant), encore faut-il ne pas perdre de vue comme on l'a vu *supra* que si le conjoint survivant n'a pas consommé la communauté transférée, la taxation lors du second décès sera plus conséquente qu'en suivant le partage légal de moitié, et ce en raison de la progressivité de l'impôt.¹¹⁴

L'insertion d'une telle clause, que ce soit *in extremis* ou non, engendre donc un évitement d'impôt au premier décès mais sans pour autant relever en soi de la simulation^{115 116}. Elle est licite dès lors qu'elle obéit à la liberté des contrats et, partant, est régie par l'autonomie de la volonté (art. 1387 et 1451, al. 1^{er}, C. civ.)¹¹⁷, pour autant bien entendu que le consentement est valablement donné par les parties (les époux) et que ces dernières soient clairement informées du recours à cette clause¹¹⁸.

Il appartiendra en effet ici également au notaire, en vertu de son devoir d'information et de conseil (art. 9 LV)¹¹⁹, d'éclairer entièrement les parties sur les conséquences de leurs actes et notamment des dangers civils et fiscaux de cette clause qui peuvent se produire à l'occasion d'une inversion dans l'ordre des décès.

Il ne faut en effet pas perdre de vue que cette clause n'est envisageable que si l'ordre de décès est déterminable avec (quasi) certitude. A défaut, l'exécution de celle-ci entraînerait des conséquences fort dommageables tant au niveau civil que fiscal. Ainsi, au niveau civil, si le bénéficiaire de la clause (soit celui que l'on prédisait survivant) venait à décéder en premier, le conjoint survivant (soit celui qui était initialement prévu prémourant) se trouverait dans une situation patrimoniale fort précaire en ce sens qu'il serait privé de tout droit dans le patrimoine commun (hormis son usufruit successoral légal) au stade de la liquidation du régime matrimonial, lequel patrimoine échoirait aux

¹¹² Déc. 22 octobre 2003, n° E.E. 99.731, *Rép. R.J.*, S 5/04-03; Déc. 6 décembre 2004, n° E.E./100.511, *Rép. R.J.*, S 5/04-02; Déc. 30 août 2005, n° E.E. 100.998, *Rép. R.J.*, S 5/04-03 et Déc. 29 juin 2007, n° E.E. 102.058, *Rép. R.J.*, S 5/04-04 (décisions aujourd'hui abrogées par la Déc. 15 juillet 2011, n° E.E. 103.490, *Rép. R.J.*, S 5/04-05, cf. *infra*).

¹¹³ B. CHIAU et J. STEENACKERS, « Quand le temps presse... Comment planifier in extremis sa succession ? » Trends/Moneytalk du 24 septembre 2015.

¹¹⁴ D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 40 (62) et Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁵ Laquelle peut se définir comme la « situation dans laquelle les parties concluent un acte apparent dont elles conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention, demeurée secrète » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 618).

¹¹⁶ Voy. en ce sens: Civ. Nivelles, 6 janvier 2012, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 134; Civ. Mons, 6 septembre 2012, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 367; Civ. Liège, 10 janvier 2013, inédit, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 112; Mons, 9 mai 2014, *R.P.P.*, 2014/4, p. 449 et Bruxelles, 9 septembre 2014, *R.P.P.*, 2014/4, p. 453

¹¹⁷ Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal (...) », *op. cit.*, p. 151 et Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 397.

¹¹⁸ Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. (...) », *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁹ Mais sans pour autant que son acte soit entaché de nullité en cas de violation de cette disposition (Cass., 5 janvier 2017, R.G. F.15.0164.F., disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>, cf. *infra*).

héritiers de l'attributaire prémourant¹²⁰. Ce serait alors, comme l'écrit à bon droit Monsieur LELEU, « *la négation totale de la vocation d'acquêts à revenir prioritairement au survivant des époux et non aux enfants du couple (ou, pire aux autres héritiers du prémourant)* »¹²¹.

A ce risque civil majeur, se greffe par ailleurs un risque fiscal tout aussi désastreux mis en évidence par Madame CARMAN en ces termes : « *l'ensemble du patrimoine commun attribué aux héritiers du conjoint prévu survivant sera imposé (art. 5 C. succ.) ainsi que l'usufruit conservé par le « rescapé » sur ces biens, à savoir ses acquêts et peut-être même des anciens propres apportés en communauté !* »¹²²

Afin de surmonter ces risques, il est vivement recommandé de stipuler la clause optionnelle laquelle permettra aux enfants, dans l'hypothèse où ils constatent l'inversion de l'ordre des décès, d'opter en qualité d'ayants-droits de l'époux prémourant pour le partage égal du patrimoine commun¹²³.

Si le fisc acceptait jadis que la mise en œuvre de la mortuaire ne soit pas taxable à titre de legs fictif au sens de l'art. 5 C. succ. (cf. *supra*), il n'a pas pour autant renoncé à vouloir imposer l'exécution de celle-ci, et ce notamment en invoquant dans un premier temps l'article 2 du même Code (cf. *supra*). Face à l'insécurité engendrée par cette pratique administrative, la Cour de cassation est intervenue par un arrêt précité du 10 décembre 2010¹²⁴ qui y mis un terme en décidant que « *la clause n'est pas un contrat portant sur les biens de la succession (...), mais un contrat portant sur le patrimoine commun* ». Le fisc ne s'avoua pas pour autant encore vaincu et entrepris de taxer pareil clause sur pied d'abord de l'art. 5 C. succ. sur base d'une décision du 15 juillet 2011¹²⁵ et invoquant par la suite l'art. 7 C. succ. Cependant, la jurisprudence de fond n'a pas suivi ni l'une ni l'autre de ces bases d'imposition¹²⁶, suivie en cela par deux nouveaux importants arrêts de notre Cour suprême du 28 avril 2016 et du 5 janvier 2017¹²⁷. Si dans son arrêt du 28 avril 2016 elle y confirme à nouveau que l'art. 5 C. succ. ne s'applique que lorsque l'époux survivant se voit attribuer plus de la moitié de la communauté en vertu d'une convention de mariage conclue sous condition de

¹²⁰ Y.-H. LELEU, « La clause dite de la "mortuaire" : une vaine imposition », *J.T.*, 2012, p. 221; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. (...) », *op. cit.*, p. 63; J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 295 et G. DE FOY, « Clause de la "(maison) mortuaire" - Chasse aux sorcières (...), *op. cit.*, p. 3 et « Clause de la « (maison) mortuaire » pour mettre un terme ' (...), *op. cit.*, p. 99.

¹²¹ Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale (...) », *op. cit.*, p. 85.

¹²² H. CARMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, p. 17.

¹²³ Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. (...) », *op. cit.*, p. 63; G. DE FOY, *op. cit.*, p. 3 et G. DE FOY, « Clause de la « (maison) mortuaire » pour mettre un terme (...) », *op. cit.*, p. 99.

¹²⁴ Cass., 10 déc. 2010, R.G. n° F.08.0102.N, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

¹²⁵ Déc. 15 juillet 2011, n° E.E. 103.490, *Rép. R.J.*, S 5/04-05.

¹²⁶ Voy. not. Gand, 23 juin 2015, *Cour. fisc.*, 2015, p. 897; Bruxelles, 9 septembre 2014, *R.P.P.*, 2014/4, p. 453; Gand, 17 juin 2014, *T.F.R.*, 2014, p. 903; Mons, 9 mai 2014, *R.P.P.*, 2014/4, p. 449; Civ. Anvers, 18 décembre 2013, *T.F.R.*, 2014, p. 912; Civ. Mons, 6 septembre 2012, *Rec. gén enr. not.*, 2012, p. 367 et Civ. Nivelles (15e ch.), 6 janvier 2012, R.G. n° 11/123/A, *Rec. gén enr. not.*, 2012, p. 134.

Contra: Liège, 28 nov. 2014, *R.P.P.*, 2015, p. 365 et Liège, (9e ch.), 27 mars 2015, R.G. n° 2013/RG/558, *F.J.F.*, 2016/89.

¹²⁷ Respectivement Cass., 28 avril 2016, R.G. F.15.0035.N. et Cass., 5 janvier 2017, R.G. F.15.0164.F., disponibles sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

survie, dans son arrêt du 5 janvier 2017 elle précise que « *est légalement, justifié l'arrêt du juge du fond qui considère que « la circonstance que [les époux] n'ont pas indiqué dans la convention que la totalité du patrimoine commun est attribuée [au défendeur] en cas de survie, soit en raison de la dissolution du mariage par le décès de son épouse » donne « le droit d'éviter l'application de l'article 5 du Code des droits de succession ».*

Notons toutefois que l'administration fiscale a profité de l'adoption de la mesure générale anti-abus pour insérer la clause de la mortuaire dans sa circulaire n° 8/2012 du 19 juillet 2012 - abrogée et remplacée par celle du 10 avril 2013 portant n° 5/2013 (cf. annexe). Celle-ci figure en effet sur la « liste noire » (black-list) des opérations dites suspectes et cataloguées comme relevant *a priori* d'un abus fiscal¹²⁸.

Il est piquant de constater que la circulaire fédérale du 10 avril 2013 apporte une précision notable par rapport au concept d'abus fiscal (car violation de l'art. 5 C. succ.) en ce qu'il implique que « *le décès soit imminent et inévitable* », ce qui selon certains auteurs jetterait la suspicion uniquement sur les opérations qui modifient le régime matrimonial *in extremis*¹²⁹. Pour ces auteurs, la question de l'abus fiscal pourrait en effet se poser dans le cadre d'une opération dite « globale » précipitée, à savoir « *si la clause est introduite dans un contrat de mariage « en dernière minute » et, plus spécialement encore si elle se substitue à une clause antérieure du contrat de mariage qui prévoyait l'attribution du patrimoine commun à l'époux survivant ou si la modification du régime est plus complexe (passage d'un régime de la communauté avec apports de biens personnels au patrimoine commun qui est, ensuite, attribué à tel époux) et se réalise de manière précipitée, sous réserve de la démonstration de motivations civiles pouvant expliciter les opérations juridiquement réalisées* ». ¹³⁰

Au sujet de l'appréciation de la clause, force est toutefois de constater que le moment de la rédaction de la clause est sans incidence dans la mesure où l'article 1394 du Code civil autorise la modification du régime matrimonial toute la durée du mariage jusqu'à sa dissolution¹³¹.

¹²⁸ La Flandre en a fait de même dans une circulaire du 16 février 2015 (cf. annexe). Pour un commentaire de cette circulaire, voy. G. DE FOY, « La Région flamande a revu sa circulaire en matière d'abus fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 2015/4, n° 26.728, pp. 249-254.

¹²⁹ Ph. DE PAGE, « L'abus fiscal à la lumière n° 5 du 10 avril 2013 », *Rec. gén. enr. not.*, 2013, liv. 6, n° 26.517, pp. 246-250, sp. p. 247, n° 4; Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 397, n° 66 et Ph. DE PAGE, « La clause de « la mortuaire » vivante mais fragile », *Rec. gén. enr. not.*, 2017, liv. 1, n° 26.934, pp. 36-39, sp. p. 39.

¹³⁰ *Ibid.* et voy. en le même sens, E. de WILDE d'ESTMAEL, « Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.406, pp. 280-296, sp. pp. 294-295; G. DE FOY, « Clause de la «(maison) mortuaire» Chasse aux sorcières (...) », *op. cit.*, p. 8; M. VAN MOLLE, « Les cours d'appel valident à leur tour la clause de la mortuaire », *R.P.P.*, 2014/4, n° 517, pp. 457-459, sp. p. 459; F. TAINMONT, *op. cit.*, p. 455 et J. LARUELLE, *op. cit.*, p. 289

Contra: V.-A. DE BRAUWERE et G. DE FOY, « Abus fiscal en ingénierie patrimoniale le tigre de papier », *Rec. gén. enr. not.*, 2012, liv. 7, pp. 297-314, sp. pp. 312-313.

¹³¹ G. DE FOY, « Clause de la «(maison) mortuaire» Chasse aux sorcières (...) », *op. cit.*, p. 8 et A. CULOT, « Les jours comptés de la clause mortuaire », *J.D.F.*, 2015, 3-4, pp. 120-128 et G. DE FOY, « Clause de la « (maison) mortuaire » pour mettre un terme (...) », *op. cit.*, p. 103.

Relevons par ailleurs que la clause de la maison mortuaire déploie un avantage civil manifeste, soit celui de protéger le conjoint bénéficiaire en lui évitant de jouir d'un usufruit successoral¹³² et offre davantage de sécurité qu'une disposition testamentaire établissant une libéralité précipitaire à cet époux car imputable sur la quotité disponible de la succession (art. 1094, al. 1^{er}, C. civ.).

Soulignons enfin que le législateur flamand a adapté l'article 2.7.1.0.4. VCF (entré en vigueur le 1er juillet 2015)¹³³ en supprimant les termes « sous conditions de survie » et par là a étendu le champ d'application de la fiction légale aux avantages matrimoniaux contactés sans condition de survie, ce qui sonnera sans doute le glas de l'utilisation de la clause de la maison mortuaire en Flandre.

Chapitre III : La donation

Après avoir vu les techniques relevant des régimes matrimoniaux, il convient à présent d'examiner les donations comme outils de planification successorale d'urgence. Nous examinerons ainsi successivement les donations mobilières et les donations immobilières.

De manière générale, il est loisible pour une personne d'effectuer de son vivant le plus de donations possible de ses biens ou du moins d'une bonne partie de ceux-ci en faveur de ses héritiers (ou de tiers) puisque cela va entraîner une diminution de la consistance de son patrimoine et dès lors du montant des droits de succession. Mais attention toutefois à l'application de certaines fictions légales successorales instaurées par le législateur en vue de combattre les abus (art. 7 C. succ. – ou 2.7.1.0.5., § 1^{er} VCF - et art. 66bis C. succ. sur lesquels nous reviendrons *infra*).

Il appartiendra toutefois aux parties de déterminer *in concreto* si une donation *in articulo mortis* constitue une alternative fiscalement plus intéressante que d'hériter (et ce en tenant compte du degré de parenté avec le donataire, des éventuelles dispenses et exonérations du C. succ. ou du VCF, etc.).

Section 1 - Les donations mobilières

A s'en tenir à la lecture stricte de l'article 931 du Code civil lequel stipule qu'une donation doit être réalisée par acte notarié, et de l'article 19, 1^o du Code des droits d'enregistrement en vertu duquel les actes notariés belges figurent parmi ceux devant obligatoirement être soumis à la formalité de l'enregistrement et ce peu importe leur contenu, on pourrait en conclure que toutes les donations doivent faire l'objet d'un enregistrement, et sont partant soumises à la perception d'un droit

¹³² Qui au demeurant est susceptible de faire l'objet d'une conversion et donc des débats judiciaires difficiles entre l'époux attributaire et les enfants ou autres héritiers du *de cuius* (Ph. DE PAGE, « L'abus fiscal à la lumière de la circulaire n° 5 du 10 avril 2013 », *op. cit.*, p. 247).

¹³³ Décret flamand du 3 juillet 2015 contenant diverses mesures d'accompagnement de l'ajustement du budget 2015, *M.B.*, 15 juillet 2015, p. 46063, trad. pp. 46067 et s.; erratum, *M.B.*, 23 juillet 2015, 2e éd., pp. 47292 et s.

proportionnel plus couramment appelé « droit de donation »¹³⁴. En pratique il n'en est toutefois rien en ce sens qu'un certain nombre d'exceptions existent quant à l'obligation de forme que doit revêtir l'acte de donation, et donc quant à la perception des droits de donation¹³⁵. Ces exceptions n'ont cependant trait qu'aux seules donations mobilières¹³⁶. Sont ainsi visées les donations mobilières non formelles (don ou donation manuel(le)¹³⁷, donation indirecte¹³⁸ et donation déguisée) et les donations mobilières effectuées à l'étranger¹³⁹. En d'autres termes, dès lors que ces donations ne doivent pas obligatoirement être constatées par un acte authentique belge (d'où par ailleurs une économie des honoraires du notaire belge), ils ne sont pas obligatoirement enregistrables et partant ne donnent pas lieu à la perception des droits d'enregistrement établis pour les donations, à moins bien entendu que l'une des parties (ou les parties) ne les présente(nt) volontairement à la formalité de l'enregistrement¹⁴⁰ et en paye dès lors le droit de donation *ad hoc*¹⁴¹.

Malgré la relative simplicité d'utilisation de ces techniques de planification, la question s'est posée de savoir s'elles pouvaient faire l'objet d'un abus fiscal au sens de l'article 18, § 2, du Code des droits d'enregistrement (ou 3.1.7.0.0.2 VCF) tel que cette disposition fut modifiée par la loi-programme du 29 mars 2012. Le ministre des Finances¹⁴² et son administration¹⁴³ ont répondu par la négative concernant les simples opérations de planification successorale en reprenant les exemples des donations manuelles et indirectes puisque pour celles-ci existent d'autres motifs que fiscaux, à savoir le but de gratifier autrui ou l'intention libérale (*animus donandi*) laquelle constitue l'essence même de chaque donation.

¹³⁴ A. CULOT, « Les donations obligatoirement enregistrables », *Rec. gén. enr. not.*, 2011, n° 26.247, pp. 36-37, sp. p. 36.

¹³⁵ G. JORION, « Chapitre 2 - Analyse succincte des techniques de planification successorale utilisées en Belgique », in *Planification successorale dans un contexte international*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, pp. 33-86, sp. p. 37.

¹³⁶ La formalité de l'enregistrement étant en effet obligatoire pour les actes, qui peuvent ne pas avoir été passés en la forme authentique, mais qui portent sur le transfert du droit de propriété ou d'usufruit d'un immeuble situé en Belgique (art. 19, 2°, C. enr. ou art. 2.9.1.0.1 VCF).

¹³⁷ Il s'agit de la remise matérielle de la main à la main de certains biens mobiliers par l'effet de la tradition (*traditio*). La pratique du don manuel a de longue date été admise par notre Cour suprême (voy. en ce sens Cass., 2 février 1961, *Pas*, 1961, I, p. 587).

¹³⁸ Le don ou virement bancaire (transfert de compte à compte) en constitue l'exemple type. Afin de ne pas tomber dans le champ d'application de l'article 931 du Code civil précité, il importe de souligner l'importance du caractère abstrait et neutre que doit revêtir ledit virement en prévoyant que le virement pourrait consister en la réalisation d'un prêt ou d'un paiement.

¹³⁹ Et pour autant bien entendu que le pays en question connaisse le régime juridique de la donation. Les parties peuvent en effet choisir de passer l'acte de donation portant sur des biens meubles devant un notaire étranger établi dans un pays ne percevant pas de droit de donation sur les actes dont les parties sont des non-résidents (par exemple deux belges), notamment les Pays-Bas et la plupart des cantons suisses (Th. AFSCHRIFT, « 20 - Exemples négatifs d'application en matière d'impôts indirects », in *L'abus fiscal*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, pp. 247-257, sp. p. 247). Tout comme l'acte authentique belge, l'acte de donation mobilier passé devant notaire étranger octroiera la garantie que la date de la donation ne puisse plus être contestée tout en permettant d'adjoindre des modalités et conditions à l'acte (réserve d'usufruit, charge, etc.), ce qui n'est en principe pas possible avec un simple don manuel ou en vertu d'une donation indirecte.

¹⁴⁰ A. CULOT, « Les donations obligatoirement enregistrables », *op. cit.*, p. 36.

¹⁴¹ Le taux des droits de donation mobilière en Régions flamande et bruxelloise s'élève à 3 % en ligne directe, entre conjoints et cohabitant légaux (ainsi qu'entre cohabitants de fait en Région flamande) et 7 % entre toutes autres personnes tandis qu'en Région wallonne il se monte à 3,3 % en ligne directe, entre conjoints et cohabitant légaux, à 5,5 % entre frères et sœurs, oncles et tantes et neveux ou nièces ou à 7,7 % entre toutes autres personnes.

¹⁴² Réponse à la question n° 5-568 de Madame N. LIJNEN du 31 mai 2012, *Ann parl.*, Sénat, sess. 2011-2012, n° 5-61, pp. 29-31.

¹⁴³ Circulaire du 19 juillet 2012, n° 8/2012, pp. 2-3, www.minfin.fgov.be. (02/03/2017).

Revenons sur l'exception au principe en vertu duquel les donations non formelles ne sont pas obligatoirement enregistrables et donc non soumises au paiement des droits de donation. Quel serait l'intérêt de procéder à un tel enregistrement volontaire de ces donations (ou plus exactement des documents établissant la preuve de leur existence¹⁴⁴) ou d'une expédition de l'acte notarié passé à l'étranger¹⁴⁵?

Il peut être utile aux yeux des parties de procéder à la formalité de l'enregistrement¹⁴⁶ pour les motifs suivants:

- Au niveau civil, conférer aux actes sous seing privée et notamment à la donation une date certaine (art. 1328 C. civ.);
- D'un point de vue fiscal, contourner et ainsi éviter l'application des fictions fiscales visées aux articles 4 à 12 C. succ. notamment et surtout l'article 7 (ou 2.7.1.0.5, § 1^{er}, VCF) lequel s'applique précisément aux donations mobilières non enregistrées dans les trois ans¹⁴⁷ avant le décès et qui a pour effet qu'une telle donation fait l'objet d'une imposition, au titre de legs fictif à titre particulier, en droit de succession¹⁴⁸.

Quant au deuxième point précité, on soulignera que l'enregistrement volontaire, même *in extremis*, ne contrevient à aucun objectif de la mesure anti-abus spécifique inscrite à l'article 7 du C. succ. (ou 2.7.1.0.5, § 1^{er}, VCF) et met hors-jeu la mesure générale anti-abus¹⁴⁹.

Il convient également de noter que depuis le 9 mars 2005, la réserve de progressivité¹⁵⁰ en droit de succession n'est plus applicable aux donations de biens meubles soumises au tarif réduit.

¹⁴⁴ Soit les (deux) lettres recommandées et/ou l'éventuel pacte adjoint (il s'agit de l'écrit rédigé postérieurement au don manuel ou à la donation indirecte et qui contient des conditions, modalités et/ou charges liées à la donation (retour conventionnel, charge de rente, etc.)). C'est donc en somme un contrat postérieur signé par le donateur et le donataire dans lequel ce dernier prend un certain nombre d'engagements.

¹⁴⁵ Voy. toutefois la décision n° 15048 du 16 mars 2015 de Vlabel, www.vlabel.be (01/05/2017) décrétant que l'art 2.7.1.0.3, 3° VCF (ex. art. 4, 3° C. succ. fl.) concerne désormais « toutes » les donations mobilières sous condition ou terme suspensifs, en ce compris donc les donations faites devant un notaire étranger. Aux termes de cette même position, Vlabel a même décidé que cette disposition trouvera à s'appliquer à un donateur-défunt soumis aux droits de succession flamands « et ce quel que soit le domicile fiscal du donateur au moment de la donation ». N. GEELHAND de MERXEM, « 5 - Le planning patrimonial en Flandre : les prises de position de VLABEL » in *Chroniques notariales* – Volume 64, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, pp. 309-340, sp. p. 324. Cette précision est pour le moins surprenante car elle est susceptible d'entraîner la perception de deux impôts (droit de donation et droit de succession), violant ainsi le principe *non bis in idem*.

¹⁴⁶ La présentation à la formalité de l'enregistrement pouvant se faire soit devant un notaire belge de son choix, soit devant le bureau de l'enregistrement de son choix, et ce même dans une autre Région que celle du domicile fiscal du donateur (art. 39, 7°, C. enr.).

¹⁴⁷ Délai qui est porté à sept ans dans certains cas en Région flamande, à savoir en cas de donation non enregistrée d'actions ou autres actifs visés à l'article 2.8.6.0.3 VCF (art. 2.7.1.0.5 VCF).

¹⁴⁸ Il n'est en revanche pas pertinent d'enregistrer les « vieilles » donations, c.-à-d. celles remontant à plus de trois ans, puisque celles-ci se situent hors du champ d'application de ladite fiction et sont ainsi automatiquement et définitivement écartées de la succession du défunt (elles ne figurent donc pas dans l'actif réel ni fictif du patrimoine de ce dernier).

¹⁴⁹ H. DECOUTERE et M. DELBOO, « Hoofdstuk II - Successieplanning middels schenking », in *De algemene antimisbruikbepaling en successieplanning*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2016, pp. 81-106, sp. p. 87; L. WEYTS, « Over wit en zwart en vele tinten grijs de antimisbruikbepaling bij registratie- en successierechten », *T. Not.*, 2013, afl. 7-8, pp. 384-405, sp. p. 398; V.-A. DE BRAUWERE et G. DE FOY, *op. cit.*, p. 306 et E. de WILDE d'ESTMAEL, « Les droits de donation (...) », *op. cit.*, pp. 288 et 289.

En Régions flamande et bruxelloise, la réserve de progressivité en droit de donation a également été abrogée pour les donations successives de biens meubles faites dans un délai de trois ans entre les mêmes parties (articles 2.8.3.0.3 VCF et 137, al. 2, C. enr. bxl.)¹⁵¹.

1. La régularisation d'une donation mobilière non enregistrée par le biais d'un enregistrement *in extremis*

Il n'est pas inutile de rappeler qu'une donation mobilière non constatée par acte authentique belge (don manuel, donation indirecte, donation déguisée et donation passée à l'étranger) n'est pas obligatoirement enregistrable et n'est donc pas soumise aux droits d'enregistrement. La formalité de l'enregistrement est dès lors ni plus ni moins une faculté laissée à l'entière discrétion des parties.

Il n'en demeure pas moins que ces dernières peuvent procéder à une régularisation en enregistrant *a posteriori* les documents établissant l'existence et la preuve d'une « ancienne » donation mobilière¹⁵² ou l'expédition d'un « vieil » acte de donation passé à l'étranger. L'enregistrement d'une donation mobilière non notariée ne doit en effet pas être concomitante à la donation. Les parties recourront d'autant plus à cette régularisation dans une situation *in articulo mortis* si le risque de décès endéans les trois ans se fait plus pressant eu égard à la détérioration soudaine de l'état de santé du donateur, et ce en vue d'échapper à l'application de l'article 7 C. succ. vu *supra*. Ce faisant les parties ne pourraient se voir reprocher un quelconque abus fiscal: elles usent, ni plus ni moins, d'une faculté d'optimisation fiscale que le législateur a lui-même créée et il ne saurait

¹⁵⁰ En vertu duquel il y a lieu d'ajouter à la base imposable en droit de succession le montant de la donation réalisée moins de trois ans avant le décès.

¹⁵¹ Il n'en va pas de même en Région wallonne où la réserve de progressivité continue à s'appliquer à la donation mobilière imposée au tarif réduit (art. 131bis C. enr. w.: 3,3 %, 5,5 % ou 7,7 %) précédée ou suivie:

- d'une donation mobilière soumise au même tarif réduit (art. 131bis C. enr. w.);
- d'une donation mobilière soumise au tarif progressif général (art. 131 C. enr. w.);
- d'une donation immobilière imposée au tarif général (art. 131 C. enr. w.) ou préférentiel (art. 131ter C. enr. w.).

¹⁵² Le(s) document(s) présenté(s) à l'enregistrement doi(ven)t faire *titre* de la donation. A cet égard, il convient de noter qu'une reconnaissance unilatérale par le seul donateur ne constitue pas un titre (établissant la donation) de perception valable et ne peut dès lors justifier la perception du droit de donation. Constituent en revanche un titre valable pour la perception du droit de donation en ce qui concerne des dons manuels: a) le document confirmant le don manuel portant à la fois la signature du donateur et du donataire et b) le document confirmant le don manuel revêtu de la seule signature du donataire. L'administration fiscale a en effet confirmé ces principes et a précisé dans sa décision du 26 juillet 2004 que pour pouvoir présenter à la formalité de l'enregistrement une donation mobilière non obligatoirement enregistrable il suffit d'un écrit dans lequel le donataire reconnaît avoir reçu la donation de sorte qu'une intervention du donateur à cet égard n'est pas exigée (Déc. du 26 juillet 2004, *Rép. R.J.*, E 139/01-01 et E 168-15.01). Il importe par ailleurs de souligner que la donation indirecte par don ou virement bancaires connaît un tout autre régime et ce suite à une autre décision administrative. Ainsi, pour les dons bancaires, la présentation d'un document portant la seule signature du donataire n'est plus suffisante en ce sens que le document de confirmation du don bancaire réalisé doit être reconnu (et signé) aussi bien par le donataire que par le donateur, voire par des personnes dûment habilitées à les représenter en exécution d'une procuration. En effet, la déclaration unilatérale relative au don bancaire par le seul donataire ne saurait faire preuve que la transmission s'est opérée à titre gratuit tout comme la déclaration unilatérale du seul donateur n'établit pas la preuve de l'acceptation par le donataire laquelle est un élément essentiel et constitutif de la donation; l'une ou l'autre de ces déclarations unilatérales donneront par conséquent lieu à la perception du droit fixe général (Déc. du 30 janvier 2007, *Rép. R.J.* E 131/05-04 et E 131/18-01). Notons enfin que l'écrit présenté pour bénéficier de la régularisation fiscale doit contenir les trois déclarations fiscales habituelles et nécessaires (à savoir le domicile fiscal du donateur dans les 5 ans avant la date de donation, le lien de parenté (ou mention d'une relation de cohabitation) unissant le donateur et le donataire et la valeur vénale des biens donnés au jour de l'enregistrement) lesquelles peuvent être faites par le donataire seul s'agissant du don manuel alors qu'elles doivent être souscrites tant par le donataire que le donateur pour la donation bancaire (E. SPRUYT, [Les droits de donation flamands] « Régularisation fiscale d'une donation mobilière non enregistrée », in F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement 2012-2013*, pp. 2464-2472).

partant y avoir abus fiscal puisque l'élément objectif constitutif de celui-ci, à savoir la violation de l'objectif ou de la portée de la disposition fiscale en cause, fait tout simplement défaut¹⁵³.

Relevons par ailleurs que dans le cadre d'une régularisation d'une donation *in extremis*, il vaut mieux qu'une donation mobilière émane d'un donateur marié sous le régime de la séparation de biens¹⁵⁴ plutôt que d'un donateur marié sous un régime de communauté et qui souhaite donner des biens faisant partie du patrimoine commun¹⁵⁵. En effet dans ce dernier cas l'époux en phase terminale entraîne pour ainsi dire le conjoint encore en bonne santé dans cette régularisation fiscale¹⁵⁶. Le fisc a en effet décidé qu'en cas de présentation volontaire à l'enregistrement d'un don bancaire de fonds commun, il y a lieu d'enregistrer celui-ci dans son ensemble¹⁵⁷. Limiter la formalité de l'enregistrement à la seule donation faite par le conjoint mourant ne produit dès lors aucun effet.

Il convient de noter qu'en pratique deux manières s'offrent aux parties pour opérer ladite régularisation : soit l'acte portant donation peut être présenté à l'enregistrement, soit il est déposé au rang des minutes d'un notaire belge (communément appelé « acte de dépôt »)¹⁵⁸.

D'importantes différences existent entre ces deux formes de régularisation. Ainsi, si une donation mobilière est assujettie au droit proportionnel d'enregistrement à la date de l'acte de dépôt de l'écrit sous seing privé ou passé en la forme authentique à l'étranger constituant le titre de la donation, cette même donation sera soumise au droit de donation à la date de présentation volontaire en cas d'enregistrement spontané auprès d'un bureau d'enregistrement.

¹⁵³ En instaurant l'article 7 dans le Code des droits de succession, le législateur poursuit comme objectif d'imposer les biens faisant partie du patrimoine du défunt à son décès et non à un autre moment. Cette règle souffre cependant d'une exception permettant d'ajouter à la base imposable en droit de succession les donations remontant à moins de trois ans avant le décès mais uniquement au regard de celles qui n'ont pas été soumises au droit d'enregistrement. C'est dès lors avec raison que Me AFSCHRIFT poursuit en ces termes: « Cette restriction résulte clairement de l'objectif d'éviter qu'un même acte soit soumis à la fois au droit de donation et au droit de succession. Cet objectif ne peut être atteint que si l'on admet que les donations *in extremis* échappent aux droits de succession, même si leur enregistrement n'a entraîné que la perception d'un droit proportionnel très inférieur à ce qui aurait résulté de l'application du barème progressif applicable aux droits de succession. Le fisc ne peut donc invoquer une prétendue "atteinte à la progressivité du barème" » (Th. AFSCHRIFT, *op. cit.*, p. 249).

¹⁵⁴ Puisque dans ce cas l'époux gravement malade propriétaire de biens propres, issus d'une donation ou d'une succession par exemple, pourra les transmettre à son époux, peu importe leur montant, à condition d'acquitter bien entendu le droit de donation. Il échet d'observer que cette technique s'applique par ailleurs *mutatis mutandis* aux cohabitants légaux dès lors qu'ils ne possèdent que des biens propres, mais en veillant ici également à tenir compte de la réserve des enfants s'il y en a (J., STEENACKERS, « Trois manières de planifier sa succession 'in extremis' », <http://moneytalk.levif.be/finance-et-bourse/fiscalite/trois-manieres-de-planifier-sa-succession-in-extremis/article-normal-429035.html> (24 avril 2017) et B. CHIAU, et J. STEENACKERS, « Quand le temps presse... Comment planifier in extremis sa succession ? » Trends/Moneytalk du 24 septembre 2015, pp. 118-124, sp. p. 124.

¹⁵⁵ E. SPRUYT, *op. cit.*, p. 2471.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Déc. du 23 novembre 2006, *Rép. R.J. E 131/09-02*.

¹⁵⁸ Il importe peu à cet égard que le donateur intervienne à cet acte de dépôt ou que les parties réitèrent leur consentement ou leur signature (Déc. du 20 mars 2007, *Rép. R.J. E 12/16-01*).

Soulignons que si l'acte notarié constatant le dépôt des documents attestant la donation mentionnera la date de l'acte et actera en outre le cas échéant l'heure¹⁵⁹, tel n'est pas le cas avec l'enregistrement volontaire.

Remarquons enfin que l'enregistrement volontaire ne peut avoir lieu que durant les jours et heures d'ouverture des bureaux¹⁶⁰ (et moyennant paiement préalable des droits de donation (art. 5 C. enr.)), alors que cette condition est absente pour passer un acte authentique étant entendu que le notaire est légalement tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis¹⁶¹. Qui plus est dans les limites de la bienséance et si l'urgence le nécessite, il peut à titre exceptionnel recevoir ses actes tardivement ou le week-end et les jours fériés¹⁶² et peut même se rendre sur le lit de mort du donateur.

Compte tenu de ce qui précède, il ne fait pas de doute que face à une situation d'extrême urgence, par exemple s'il devait exister un risque que le décès survienne le jour même de l'enregistrement, le recours à un acte notarié belge semble nettement plus indiqué que l'enregistrement volontaire auprès d'un bureau d'enregistrement: la donation étant immédiatement assujettie au droit d'enregistrement, même si celui-ci n'est pas encore effectivement versé et acquitté à l'Etat¹⁶³.

Tel que le relèvent Messieurs STAS et VAN MOLLE¹⁶⁴, il convient en somme de prouver que la débitio du droit de donation est antérieure au décès laquelle est susceptible de s'opérer matériellement de différentes manières, à savoir:

¹⁵⁹ Si l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux en vertu de la force probante que la loi lui attache (art. 1319 C. civ.), cet effet particulier de l'acte notarié ne s'attache cependant qu'aux seules constatations faites personnellement par le notaire dans le cadre de sa mission légale. Or, si la loi impose au notaire de mentionner la date de l'acte qu'il reçoit (art. 2 et 12 LV), celle-ci est muette quant au sujet de l'heure de cet acte. Il en résulte que l'heure ne bénéficie pas de la force probante attachée à l'acte notarié et il est dès lors utile de recourir aux services des huissiers de justice en matière d'enregistrement *in extremis* (*infra*).

¹⁶⁰ Soit de 8h à 12h du lundi au vendredi, à l'exception des samedi, dimanche et jours fériés légaux (art. 9, al. 1^{er}, C. enr. *jo.* art. 1^{er} de l'A.R. du 12 février 1960 fixant les heures d'ouverture des bureaux de recette de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines, *M.B.*, 22 février 1960, p. 1122).

¹⁶¹ Art. 3 LV et art. 3, al. 1^{er}, du Code de déontologie du 22 juin 2004 approuvé par A.R. du 2 septembre 2005, *M.B.*, 3 novembre 2005 et modifié par assemblée générale de la Chambre nationale des notaires du 22 avril 2008 et du 23 avril 2015.

¹⁶² Articles 8 et 19, al. 2, 2^o et 5^o du Code de déontologie. Ce code interdit uniquement au notaire de laisser trop régulièrement son étude ouverte pour la clientèle en dehors des jours et heures de travail.

¹⁶³ L. STAS et M. VAN MOLLE, « Donations mobilières et situations *in extremis* la Cour d'appel de Gand confirme la nécessité d'enregistrer avant le décès », *Droits d'enregistrement 2013*, liv. 1, pp. 14-24, sp. p. 19.

¹⁶⁴ L. STAS et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, pp. 21-23. Ces méthodes avaient du reste été remises en cause depuis l'entrée en vigueur en Région flamande de la nouvelle procédure d'enregistrement et du paiement des droits d'enregistrement directement à l'administration fiscale flamande (« Vlabel »), sur enrôlement via une invitation à payer (avertissement-extrait de rôle), et donc postérieurement à l'acte. L'article 3.1.2.3.0.6 VCF prévoit en effet « *qu'aucun acte ou écrit ne peut être annexé à un acte de notaire (...) ou déposé au rang des minutes d'un notaire, sans que l'impôt d'enregistrement y afférent ait été payé* » et interdisait de la sorte le dépôt au rang des minutes d'un notaire belge un document qui n'était pas préalablement enregistré, contrairement à l'application de l'article 26, al. 2, C. enr. Cette disposition n'étant pas exempte de critiques, Vlabel a fort heureusement changé son fusil d'épaule et a décidé d'assouplir sa position à ce sujet, en faisant connaître par voie de position (standpunt) le 2 décembre 2015 sa tolérance administrative du 9 novembre 2015 (n° SP 15066) dans l'attente d'une adaptation du texte légal incriminé (M. VANDEN EYNDEN, « Donation mobilière : comment procéder à un enregistrement *in extremis* ? », *B.J.S.*, 2016/2, n° 562, p. 13; M. VAN MOLLE, « Donations mobilières *in extremis* à nouveau possibles en Région flamande », *Droits d'enregistrement 2016*, liv. 2, pp. 18-19 et H. DECOUTERE et M. DELBOO, *op. cit.*, p. 88). Selon Vlabel, l'article 3.1.2.3.0.6 VCF doit dès lors s'interpréter en ces termes: « *om de tekst van artikel 3.1.2.3.0.6 VCF, bij wijze van tolerantie, zo te interpreteren dat de registratiebelasting wordt geacht betaald te zijn van zodra de onderhandse akte ter registratie is aangeboden, hetzij vóór de akte van neerlegging, hetzij samen met de akte van neerlegging* ».

- Soit, par la comparution personnelle du donateur, certes mourant mais toujours en vie, devant un notaire belge aux fins de passer l'acte;
- Soit, par la réception d'un acte authentique belge portant donation par procuration si le donateur ne peut être physiquement présent à l'acte ou si le notaire ne peut se transporter jusqu'à lui, avec constat concomitant par huissier de justice¹⁶⁵ de la vie du donateur au même moment¹⁶⁶;
- Soit, par le dépôt au rang des minutes d'un notaire belge du pacte adjoint ou de l'expédition de la donation authentique effectuée à l'étranger, avec constat concomitant par huissier de justice que le disposant est toujours vivant au même moment;
- Soit, par l'enregistrement du pacte adjoint ou de l'expédition de la donation passée devant notaire étranger, avec paiement concomitant du droit de donation et constat par huissier de justice¹⁶⁷ tant de l'heure de l'enregistrement que de la vie du donateur à la même heure.

Signalons enfin que cette régularisation par voie d'enregistrement *post* donation doit impérativement se faire avant le décès du donateur. En d'autres termes, l'évitement de l'application de la fiction contenue à l'article 7 (et 66bis) du C. succ. est subordonné à la condition que la donation (et plus exactement les documents faisant foi de l'existence et la preuve de la donation mobilière ou l'expédition de l'acte de donation passé à l'étranger) réalisée aux cours des trois ans précédant le décès du donateur ait été assujettie au droit proportionnel (et au versement des droits de donation) avant le décès du donateur. Le fait de vouloir procéder à une régularisation fiscale de la donation après le décès du donateur afin d'échapper aux droits de succession est par conséquent inutile et donnera lieu à la perception du droit fixe général d'enregistrement de 50 euros (ainsi qu'à l'application de l'article 7 C. succ. s'il ressort du ou des document(s) présenté(s) que la donation date de moins de trois ans avant le décès)¹⁶⁸. Ces principes ont clairement été entérinés par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Gand en date du 3 janvier 2012¹⁶⁹.

¹⁶⁵ En pratique, l'intervention de deux huissiers de justice sera nécessaire: l'un pour constater l'heure de l'acte notarié, l'autre pour constater la déclaration d'un médecin que le donateur était toujours en vie à la même heure.

¹⁶⁶ L'attestation en vertu de laquelle le donateur est toujours en vie au moment de l'acte est dénommée dans le jargon « certificat de vie ».

¹⁶⁷ Même remarque que la note précédente.

¹⁶⁸ E. SPRUYT, *op. cit.*, p. 2468.

¹⁶⁹ Gand (5^e ch.), 3 janvier 2012, déc. n° EE 103/206, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.426, p. 372; L. STAS et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, pp. 14-24 et A., MEYUS, « Registratie van een bankgift na overlijden is zinloos », *Nieuwsbrief Professioneel vermogensadvies*, Kluwer, 2012, n° 16, p. 1.

2. La souscription d'une assurance de type « sudden death » (assurance « décès soudain ») ou d'une assurance « décès toutes causes » comme alternatives à la donation mobilière

Nous avons vu que le risque fiscal, soit l'application des droits de succession, lié au décès du donateur dans les trois ans (art. 7 C. succ.)¹⁷⁰ après avoir réalisé la donation peut être éliminé en procédant à l'enregistrement de la donation (soit *ab initio*, soit après la donation mais avant le décès) au taux d'imposition réduit compris entre 3 et 7,7 % selon la région concernée et le lien de parenté entre le donateur et le donataire.

A l'occasion d'un décès soudain il n'est toutefois plus possible d'enregistrer *in extremis* une ancienne donation et celle-ci sera inévitablement imposée en droits de succession. Pour parer pareille éventualité, il convient de souscrire une assurance temporaire décès à capital constant ou une assurance dite « sudden death »¹⁷¹. Comme son nom l'indique, cette dernière assurance a pour objet de couvrir le risque de décès soudain du donateur, que ce soit par un accident ou à la suite d'autres causes d'un décès inopiné telles que par exemple un infarctus, un AVC, une rupture d'anévrisme, etc. La souscription d'une assurance « décès soudain » emporte trois avantages indéniables : elle exclut le risque fiscal susmentionné, elle est (nettement) moins onéreuse que le paiement du droit de donation applicable en cas d'enregistrement (et on évite ainsi également les honoraires du notaire)¹⁷² et l'assureur se charge de payer le montant des droits de succession.

Observons que seul le risque de survenance d'un décès « soudain » est toutefois neutralisé par la conclusion d'un tel type de contrat d'assurance. N'est dès lors pas couvert le fait pour le donateur de contracter une maladie grave à la suite de laquelle il ne décède que quelques mois plus tard¹⁷³ (et auquel cas il demeure toujours possible et loisible aux parties d'enregistrer le(s) document(s) faisant foi de la donation intervenue entre elles contre paiement du droit de donation applicable, cf. *supra*).

Notons qu'à l'égard de l'inconvénient précité, il est possible de souscrire une assurance « décès toutes causes ». Si la conclusion de celle-ci s'avère légèrement plus onéreuse qu'une assurance

¹⁷⁰ Ou sept ans dans certains cas en Région flamande en vertu des articles 2.7.1.0.5 et 2.8.6.0.3 VCF.

¹⁷¹ G. HOMANS, « Planification patrimoniale - Nouveauté en matière de donation de liquidités et/ou de titres avec réserve d'usufruit », *R.G.F.C.P.*, 2016, liv. 5, pp. 39-41.

¹⁷² Dans l'hypothèse d'une donation de 500.000 euros effectuée par une personne âgée de 67 ans et qui décède dans les trois ans, les droits de succession applicables à la relation parents-enfant(s) peuvent se chiffrer à 135.000 euros (27 %) en Flandre et à 150.000 euros (30 %) en Régions bruxelloise et wallonne, montants qui peuvent être évités en souscrivant une assurance « sudden death » contre paiement – par le donateur ou le(s) donataire(s) - d'une prime (unique) de 2.500 euros (étant entendu qu'au plus le donateur est jeune, au plus faible sera la prime). En pratique, le donateur désireux de souscrire une telle assurance pour des montants conséquents sera invité par la compagnie d'assurance à compléter un questionnaire médical et à se soumettre à une visite médicale en cas de complications. (J. ADRIAENS, « Schenkbelasting van 3% : zijn er betere alternatieven ? » et « Hoe schenken tegen minder dan 3% ? », <http://ondernemingsdatabank.indicator.be/> (15 avril 2017); G. HOMANS, *op. cit.*, pp. 39-41, sp. p. 39).

¹⁷³ Risque qui, comme on le verra, pourrait éventuellement être couvert par la souscription d'un contrat d'assurance dit « décès toutes causes » couvrant l'ensemble des causes de décès (hormis le suicide) de la tête assurée durant la période dite de trois ans moyennant paiement d'une prime de 10.000 euros (2 %) en suivant le cas de figure de la note précédente.

« décès soudain », elle possède l'avantage d'offrir une couverture plus importante que cette dernière puisqu'elle couvre toutes les causes de décès (hormis le suicide)¹⁷⁴.

Si *prima facie* la signature de pareils contrats d'assurance paraît alléchante compte tenu de ce qui précède, il échet toutefois d'attirer l'attention sur le fait que certaines compagnies d'assurance ne proposent plus ce type de produit dès que le donateur atteint un certain âge (l'âge ultime étant, semble-t-il, de 79 ans)¹⁷⁵.

Un autre point d'attention est le suivant: si le souscripteur, assuré, décède, on est face à une *stipulation pour autrui* classique de type AAB taxable (art. 8 C. succ. ou 2.7.1.0.6 VCF). Pour éviter que des droits de succession ne soient dus, il est préférable que les héritiers soient à la fois preneurs et bénéficiaires d'une assurance sur la tête de leur père ou mère car ainsi on est face à une *stipulation pour soi-même* de type ABA non taxable en droits de succession¹⁷⁶.

Section 2 - Les donations immobilières

Si la réserve de progressivité en droit de succession a été supprimée pour les donations mobilières (cf. *supra*), celle-ci trouvait encore à s'appliquer jusqu'à peu pour les donations de bien immeubles situés à Bruxelles. Une donation immobilière effectuée *in extremis* avait ainsi peu de sens d'un point de vue fiscal puisque la règle de la réserve de progressivité contenue à l'article 66bis C. succ. trouvait pleinement à s'appliquer.

Depuis le 1^{er} janvier 2016, la Région de Bruxelles-Capitale¹⁷⁷ a cependant non seulement diminué (et simplifié) les tarifs de ses droits de donations immobilières mais également la réserve de progressivité en droit de succession par l'abrogation de l'article 66bis C. succ. Autrement dit, les immeubles donnés à partir du 1^{er} janvier 2016 par le donateur-défunt dont les actes ont été enregistrés (avec perception du droit d'enregistrement sur la donation entre vifs) dans les trois ans avant le décès ne font plus partie de sa succession et ne sont plus pris en compte pour calculer le droit progressif de succession (ils restent dès lors hors succession)¹⁷⁸. Ainsi, désormais il peut s'avérer judicieux d'un point de vue de droit fiscal successoral pour un donateur ayant son domicile à Bruxelles de consentir *in extremis* une donation de son ou ses immeubles, et ce peu importe le lieu de situation de celui-ci ou ceux-ci.

¹⁷⁴ I. DYKMANS, « Une assurance pour se protéger après une donation? », www.lecho.be, 24/03/2017.

¹⁷⁵ *Ibid.* et J. ADRIAENS, *op. cit.*, <http://ondernemingsdatabank.indicator.be/> (15 avril 2017).

¹⁷⁶ Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal (...) », *op. cit.*, p. 149 et A. CULOT, « La stipulation pour autrui », in *Manuel des droits de succession*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016 (7^e éd.), p. 128.

¹⁷⁷ Ordonnance bruxelloise du 18 décembre 2015 portant la première partie de la réforme fiscale, *M.B.*, 30 décembre 2015, 2^e éd., p. 81.429 et Circulaire n° 4/2016 du 9 mai 2016.

¹⁷⁸ M. PETIT, « Décret wallon du 17 décembre 2015 et ordonnance bruxelloise du 18 décembre 2015 - Réduction des droits de donation immobilière et planification successorale (suite) », *Rec. gén. enr. not.*, 2016, pp. 61-70, sp. p. 64. On attirera toutefois l'attention sur le fait que la réserve de progressivité en droit de succession reste de mise pour toute(s) donation(s) effectuée(s) avant le 1^{er} janvier 2016, même si le décès survient après cette date (art. 17, al. 2, ordonnance).

Les Régions wallonne et flamande maintiennent, par contre, la réserve de progressivité relative aux droits de succession pour les donations d'immeubles¹⁷⁹. Pour ces régions, il existe fort heureusement les techniques des avantages matrimoniaux analysées *supra* ainsi que les techniques testamentaires qu'on examinera ci-après.

Il échet de noter que la réserve de progressivité en droit de donation subsiste dans les trois régions pour les donations successives d'immeubles entre les mêmes parties, constatées par actes remontant à moins de trois ans avant la date de la nouvelle donation, et qui, avant la même date, ont été enregistrées ou sont devenus enregistrables.

Chapitre 4 : Le testament

Si en marge de l'avantage matrimonial et de la donation vus *supra* le testament constitue un outil essentiel de planification successorale ordinaire ou d'urgence, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'instruments forts différents en ce sens que l'avantage matrimonial et la donation sont en principe irrévocables¹⁸⁰, là où le testament est par essence révocable jusqu'au décès du testateur¹⁸¹. Les testaments (et les donations) ont d'ailleurs comme autre atout civil de pouvoir prévoir une transmission de biens à n'importe quelle personne alors que les régimes matrimoniaux ne concernent en principe que le conjoint survivant.

Le testament constitue sans conteste « la mesure de planification *in extremis* par excellence » dans la mesure où celui-ci n'opère que par et au moment du décès¹⁸² et où il peut, si le testateur est encore sain d'esprit¹⁸³, être rédigé jusqu'à son lit de mort¹⁸⁴. De plus il peut également s'avérer un outil complémentaire aux avantages matrimoniaux et aux donations ou comme une solution intermédiaire. Il peut aussi utilement agir en tant que « filet de sécurité » (vangnet)¹⁸⁵ si d'aventure le défunt n'avait jusqu'alors pas effectué de planification successorale ou souhaite rectifier d'éventuelles erreurs commises de son vivant¹⁸⁶.

¹⁷⁹ *Ibid.* pp. 65-66.

¹⁸⁰ Sous réserve pour l'avantage matrimonial d'une modification de contrat de mariage de l'accord des deux époux d'une part, et de la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux faites en dehors du contrat de mariage (art. 1096 C. civ) d'autre part.

¹⁸¹ E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, « Le testament, acteur nécessaire de la planification successorale », in X, *Le testament*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, pp. 139-172, sp. pp. 142 et 165).

¹⁸² Contrairement à la donation qui entraîne un dépouillement immédiat du bien donné.

¹⁸³ Conformément à l'article 901 du Code civil qui énonce en effet que: « *Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit* ».

¹⁸⁴ J. DE HERDT, « (Fiscale) successieplanning "in extremis" in Vlaanderen. Naar een nieuw concept inzake fiscale successieplanning. Bijzonder deel – het testament als techniek van (fiscale) successieplanning in extremis », *T.E.P.*, 2007/4, pp. 334-386, sp. p. 335.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Il en va ainsi par exemple si ce dernier a consenti des donations de valeurs différentes à ses divers héritiers tout en ayant estimé avoir agi en équité v-à-v de tous (E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, pp. 139-172, sp. 139).

Il convient à titre liminaire de souligner que toutes les dispositions testamentaires examinées ci-après ne tombent plus sous l'application de la mesure anti-abus prévue à l'article 106 C. succ. (ou 3.17.0.0.2 VCF) à la lumière de la circulaire n° 5/2013 du 10 avril 2013 et de la circulaire flamande n° 2015/1 du 16 février 2015, et ce faute d'identité entre l'auteur de l'abus fiscal (le testateur) et le redevable (héritier ou légataire)¹⁸⁷.

1. Le testament « *divide et impera* »

Avant d'aborder quelques techniques de planification testamentaire plus complexes, une première manière fort simple permettant de limiter la progressivité des droits de succession consiste à élargir le nombre des légataires (legs aux enfants et petits-enfants, legs à plusieurs neveux/nières, etc.). Il s'agit du testament dit « *divide et impera* ». Par ailleurs, au plus il y a des légataires, au plus faible sera la pression fiscale. Si cette solution est efficace dans toutes les situations en Région wallonne, tel n'est toutefois pas le cas en Régions flamande et bruxelloise lorsqu'il s'agit de neveux compte tenu de la règle du cumul des parts¹⁸⁸ (art. 48 C. succ. et 2.7.3.5.2 VCF).

L'exemple chiffré suivant¹⁸⁹ permettra de mettre en exergue l'économie d'impôts ainsi réalisée.

Un père résidant fiscal flamand laisse un fils et trois petits-enfants. Il possède un patrimoine immobilier (ou totalement mobilier) d'un million d'euros :

- en suivant la dévolution légale, les droits de succession dus par l'enfant unique s'élèveront à 220.000 €¹⁹⁰ (somme assez conséquente du fait que la majeure partie de la succession (soit 3/4) est taxée au tarif le plus élevé (soit 750.000 € x 27 %);

- en cas d'application d'un testament « *divide et impera* » en vertu duquel la succession du père est divisée entre son fils et ses trois petits-enfants chacun à concurrence d'une part égale en pleine propriété, chacun recevra 250.000 € et devra payer 19.500 €. Il en résulte un montant total de 78.000 € de droits de succession, soit presque trois fois moins que la dévolution légale.

¹⁸⁷ V. DEHALLEUX, « Anti-abus et planification successorale à l'heure du premier bilan », in *Apparences, abus, simulations et fraudes à la loi: Aspects civils et fiscaux* (Collection Patrimoines & Fiscalités), par A. Culot, L. Barnich et Th. Afschrift, Limal, Anthémis, 2015 (2^e éd.), pp. 135-172, sp. pp. 142 et 146.

¹⁸⁸ E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸⁹ Issu de J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 343 et le tableau en annexe.

¹⁹⁰ Sans tenir compte des mesures fiscales auxquelles il a droit, le but étant simplement ici de donner un ordre de grandeur.

2. Le legs en duo (ou le legs libre de droits de succession)

Dans l'éventualité où le défunt n'a pas ou plus d'héritiers qui par définition auraient pu bénéficier des droits de succession plus faibles mais laisse, en revanche, un membre de sa famille très éloigné, un ami ou un voisin à qui il souhaite léguer son héritage fort important, ledit légataire sera taxé lourdement en droits de succession, du moins s'il accepte le legs, du fait de son degré de parenté (fort) éloigné avec le *de cuius*.

Par chance une alternative existe au travers d'une technique fiscalement intéressante et parfaitement légale¹⁹¹, et partant non abusive, consistant en la rédaction par le défunt d'un legs dit « en duo »¹⁹² (encore appelé double legs). Le legs en duo permet en effet de faire à la fois une bonne action et de diminuer l'impôt successoral et ce par la conjonction d'un legs particulier ou à titre universel mais libres (soit nets) de droits de succession en faveur de ceux que le testateur entend gratifier mais qui sont taxés lourdement (tel un neveu) et d'un legs universel au profit d'une autre personne taxée moins lourdement (telle une ASBL, une fondation d'utilité publique ou une fondation privée¹⁹³, ou un cohabitant de fait dans certains cas¹⁹⁴) avec non seulement obligation pour cette dernière de remettre un bien ou un pourcentage des biens aux légataire(s) particulier(s) ou à titre universel mais également de prendre en charge (et de payer donc) les droits de succession qui étaient normalement dus par ceux-ci¹⁹⁵. Le mécanisme consiste en effet à diminuer en valeur, pourcentage ou biens, le legs consenti à celui qui subit le tarif successoral le plus élevé, en précisant que l'impôt successoral dû par ce légataire sera supporté par le légataire universel qui sera le moins taxé et qui par la même occasion recevra une quotité en capital plus conséquente pour compenser la charge afférente au paiement des droits de succession¹⁹⁶.

Notons que plus l'écart de taux est important entre les bénéficiaires des legs, plus l'avantage tiré du legs en duo s'avérera intéressant fiscalement, ce qui du reste se confirme quasi tout le temps dans les hypothèses où le futur défunt ne laisse plus d'héritiers de la première catégorie (descendant, ascendant, conjoint ou cohabitant légal (ou cohabitant de fait en Région flamande))¹⁹⁷.

¹⁹¹ En vertu des articles 64, al. 2, C. succ. et 2.7.1.0.10, al. 2, VCF lesquels énoncent: « *Ne peut être considérée comme legs l'obligation de faire imposée à un héritier, légataire ou donataire au profit d'autrui, et notamment la charge imposée à des héritiers, légataires ou donataires de supporter les droits et frais afférents à un legs fait à une autre personne* ».

¹⁹² Un exemple de rédaction d'un legs en duo figure à l'annexe.

¹⁹³ Voy. en annexe le tableau exhibant le taux des droits de succession applicables à celles-ci (art. 59 C. succ et 2.7.4.2.1 VCF)

¹⁹⁴ Si le cohabitant de fait est susceptible - moyennant conditions - de bénéficier du tarif en ligne direct comme les époux en Région flamande, tel n'est pas le cas, du moins de *lege lata*, en Régions bruxelloise et wallonne où il convient de lui appliquer le taux entre étrangers en droit de succession.

¹⁹⁵ E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 153.

¹⁹⁶ *Ibid.* Il importe par ailleurs de souligner que si la circulaire n° 8/2012 du 19 juillet 2012 imposait que le légataire universel (l'association) devait impérativement se voir reconnaître « un avantage net substantiel » afin de ne pas verser dans l'abus fiscal, cette condition a été à juste titre abolie par la circulaire n° 5/2013 du 10 avril 2013 et par la circulaire flamande n° 2015/1 du 16 février 2015.

¹⁹⁷ *Ibid.*

L'exemple chiffré¹⁹⁸ suivant permettra d'illustrer l'économie d'impôts qui serait ainsi réalisée.

Sans legs en duo

Si le *de cujus* résidant bruxellois laisse pour unique héritier un neveu (taux entre étrangers) et que son patrimoine se compose de 175.000 €, le neveu devra s'acquitter de 98.750 € de droits de succession et il lui restera en net 76.250 € (175.000 € - 98.750 €).

Avec legs en duo

Si, en application d'un legs en *duo*, le futur défunt « lègue »¹⁹⁹ 100.000 € audit neveu et 75.000 € à une fondation d'utilité publique à charge pour cette dernière d'assumer les droits dus par ledit neveu, le dénouement serait le suivant:

Montant dû par le neveu mais à acquitter par la fondation: 42.500 € / Montant net au profit du neveu: 100.000 € (soit, un gain de 23.750 € par rapport à l'hypothèse où aucun legs en *duo* n'avait été prévu).

Montant dû par la fondation : 75.000 € x 6,6 % = 4.950 € / Montant net au profit de la fondation : 75.000 € - 42.500 € - 4.950 € = 27.550 €.

3. Le legs (ou fidéicommiss) de residuo

Dans l'hypothèse où le futur *de cujus* laisserait un unique fils handicapé mental grave²⁰⁰, au décès duquel le patrimoine qu'il aurait recueilli du défunt, ou ce qui subsiste de celui-ci, ne serait pas utilisé à bon escient voire reviendrait à l'Etat faute de planification successorale, on conseillera au futur défunt la rédaction d'un legs *de residuo*²⁰¹.

Il s'agit d'un legs réalisé au profit de deux bénéficiaires successifs, c'est-à-dire « *un legs par lequel le testateur lègue à un premier bénéficiaire certains biens déterminés avec stipulation qu'au décès de ce dernier, les biens légués qui resteraient dans le patrimoine de ce bénéficiaire reviendront à un deuxième bénéficiaire déjà désigné* »²⁰².

¹⁹⁸ Tiré de A. CULOT, « Quinzième partie - Les actes de la vie courante et les droits de succession (...) », in *Manuel des droits de succession*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016 (7^e éd.), pp. 311-365, sp. p. 357. Voy, pour d'autres exemples, E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, pp. 153-154 et J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 377 et s. Voy. aussi le tableau en annexe.

¹⁹⁹ Il appartiendra au légataire universel d'effectuer le legs particulier au neveu.

²⁰⁰ Voy., pour d'autres exemples, E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 158.

²⁰¹ Un exemple de rédaction d'un legs *de residuo* figure à l'annexe.

²⁰² E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 159. En termes juridiques, on soulignera que le legs au profit du premier bénéficiaire opère sous la condition résolutoire de ne pas consommer les biens et le cas échéant de décéder (en tant que célibataire) sans enfant (cf. *infra*) tandis que le legs au profit du second bénéficiaire a lieu sous la condition suspensive de

On mettra en exergue que le legs *de residuo* offre non seulement des avantages civils, à savoir ignorer la dévolution successorale légale en y substituant sa propre volonté et en permettant de choisir de son vivant un second bénéficiaire pour tout ou partie de son héritage²⁰³, mais également des avantages fiscaux en ce sens qu'au décès du premier bénéficiaire (l'enfant handicapé dans notre exemple précité) les droits de succession dus par le second bénéficiaire (tel une fondation ayant pour objet l'intégration des personnes handicapées dans la vie sociale) seront calculés conformément²⁰⁴:

- au lien de parenté entre le testateur et le second bénéficiaire, ou, en cas de prédécès de ce dernier, ses héritiers (art. 53 C. succ ou 2.7.4.1.4 VCF)²⁰⁵;
- au tarif en vigueur au jour du décès du testateur (art. 61 C. succ. ou 2.7.4.1.5 VCF);
- à la valeur des biens lors du décès du premier bénéficiaire (art. 25 C. succ. ou 2.7.3.3.7 VCF).

Notons enfin que s'il n'est guère possible d'interdire au premier bénéficiaire que celui-ci aliène de son vivant les biens qu'il a reçus à titre onéreux (vendre, consommer lesdits biens reçus, etc.), il est toutefois envisageable de l'empêcher de les aliéner à titre gratuit par des donations, legs, etc.²⁰⁶

4. Le testament « célibataire sans enfant »

Face à un futur défunt qui se révèle être célibataire et sans enfants mais possédant, par exemple, des frères et/ou des sœurs, il y aura lieu de lui conseiller de rédiger son testament en instituant ses parents (ou le survivant de ceux-ci) comme légataires universels de sa succession et qui transmettront ensuite auxdits frères et/ou sœurs le patrimoine du défunt initial²⁰⁷ puisqu'on opère ainsi deux transmissions en ligne directe (avec un taux de droits de succession allant de 3 à 30 % selon la région concernée et les montants en cause) plutôt qu'une transmission en ligne collatérale

la non-consommation des biens par le premier bénéficiaire et le cas échéant du décès de ce dernier (en tant que célibataire) sans enfant (J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 372).

²⁰³ Ou encore la protection du conjoint survivant, le maintien du patrimoine dans la famille, voire limiter les revendications des beaux-enfants (J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 374).

²⁰⁴ A. CULOT, « Quinzième partie - Les actes de la vie courante et les droits de succession (...) », *op. cit.*, p. 356. En termes juridiques, on soulignera que le legs au profit du premier bénéficiaire opère sous la condition résolutoire de ne pas consommer les biens et le cas échéant de décéder (en tant que célibataire) sans enfant, cf. *infra* tandis que le legs au profit du second bénéficiaire a lieu sous la condition suspensive de la non-consommation des biens par le premier bénéficiaire et le cas échéant du décès de ce dernier (en tant que célibataire) sans enfant (J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 372).

²⁰⁵ Les deux bénéficiaires tirent dès lors leurs droits directement du testateur (ce dernier léguant ainsi deux fois tout ou partie des mêmes biens) (J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 372).

²⁰⁶ E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 159, ces auteurs préconisent le recours au legs *de residuo* (notamment s'il s'agit de biens aisément aliénables) tant dans l'hypothèse où le testateur et le premier bénéficiaire décèderaient dans un intervalle assez proche que s'agissant de biens qui sont identifiables (E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, pp. 160-161).

²⁰⁷ On se référera à l'annexe pour un exemple de rédaction d'un testament célibataire sans enfant.

(dont l'impôt successoral est compris entre 20 à 65 %²⁰⁸ avec la même remarque précitée)²⁰⁹, avec à la clé une importante économie sur le plan des droits de succession dus²¹⁰. *In articulo mortis*, cette technique se révélera d'autant plus utile si le patrimoine du disposant n'est composé que d'immeubles car une donation de ceux-ci ne pourra plus utilement être réalisée à temps²¹¹. Pour les meubles, en revanche, il est plus intéressant d'effectuer une donation mais s'il n'y est pas recouru, le testament maintient toute son utilité²¹².

Illustrons ce qui précède au travers d'un exemple chiffré²¹³.

Un défunt résidant flamand « X » laisse son père et ses deux frères et un patrimoine immobilier d'un million d'euros²¹⁴.

A défaut d'un testament, sa succession sera recueillie à concurrence de trois-quarts par ses deux frères et à concurrence d'un quart par son père (articles 749 et 751 C. civ.). Les droits de succession s'élèveront à 444.500 €.

En léguant tout son héritage à son père par le biais d'un testament « célibataire sans enfant », les droits de succession seront réduits de moitié, soit 222.000 €.

Si la différence de droits grâce à l'application de ce testament apparaît *a priori* comme satisfaisante, il importe de souligner que la comparaison ne sera totalement correcte qu'après avoir calculé la charge fiscale pour la transmission ultérieure du patrimoine du père vers les deux frères²¹⁵.

Ainsi, en reprenant l'exemple chiffré susvanté de J. DE HERDT²¹⁶, si le père décède peu de temps après son fils X (sans avoir fait une donation et/ou un testament) et qu'il ne possède pas de patrimoine propre, le résultat sera le suivant:

²⁰⁸ Voy. en annexe les tableaux reprenant les tarifs des droits de succession (art. 48 C. succ. et art. 2.7.4.1.1 VCF).

²⁰⁹ M. VAN MOLLE, « La mesure générale «anti-abus» en droits d'enregistrement et de succession much ado about nothing », *Droits d'enregistrement 2012*, liv. 3, pp. 1-19, sp. p. 12 et J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 356. Cette dernière observe judicieusement qu'une économie de droits de succession peut également trouver à s'appliquer si l'on donne la priorité à des héritiers de la deuxième catégorie à la place de ceux de la troisième catégorie (soit des frères et sœurs en lieu et place des neveux et nièces) et ce à un double titre: il existe une différence de taux pour les petites successions, d'une part, et les frères et sœurs sont taxés individuellement alors que les neveux et nièces le sont de manière globale, d'autre part.

²¹⁰ Avantage fiscal qui, en Flandre, se cumule du fait qu'en ligne directe et entre époux la base imposable est scindée en une part dans les meubles et une part dans les immeubles, et ce contrairement à ce qui est prévu pour les héritiers appartenant aux autres catégories, et donc notamment celle des frères et sœurs (art. 2.7.4.1.1, § 2, VCF).

²¹¹ J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 358.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Extrait de J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 356 et le tableau en annexe.

²¹⁴ Dans l'hypothèse où le patrimoine du défunt se compose exclusivement de biens mobiliers, on notera les deux importantes conséquences suivantes: 1) le *de cuius* peut, comme on l'a vu, faire une donation *in extremis* à ses frères à 7 %; 2) s'il lègue l'ensemble de son patrimoine mobilier par le biais d'un « testament célibataire sans enfant » à son père, ce dernier pourra ensuite donner les mêmes biens immobiliers *in extremis* à ses deux fils en payant 3 % (J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 356).

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*, p. 357.

À défaut d'un testament, les droits de succession au décès du père s'élèveront à 16.500 €, soit un total de 461.000 €, tandis que si le défunt X avait rédigé un testament « célibataire sans enfant » les droits de succession au décès du père seront de 174.000 €, soit un total de 396.000 €.

L'application d'un testament « célibataire sans enfant » dans le cadre des deux successions se révèle ainsi fiscalement plus avantageuse que la dévolution légale.

Il convient par ailleurs de noter que si l'exécution de ce testament ne présente guère de difficultés au niveau civil (il peut être stipulé dans le testament que le legs se fait en nue-propriété dans l'hypothèse où le défunt laisserait un conjoint survivant au profit duquel il souhaiterait laisser un usufruit à sa mort; les frères et/ou sœurs ne pourraient s'opposer audit testament dès lors qu'ils ne font pas partie des héritiers réservataires), il n'existe toutefois aucune garantie que le parent-ascendant légataire universel attribuera effectivement par la suite les biens légués aux frères et/ou sœurs²¹⁷: il pourrait les consommer en tout ou en partie et/ou les donner en partie (les fils et/ou filles détenant en effet une réserve dans la succession de leur père/mère) ou les léguer à des tiers²¹⁸.

5. Le testament « transgénérationnel » ou testament avec « generation skipping »

En raison du vieillissement de la population et dans le cadre de certaines situations familiales, il n'est pas rare de constater qu'un futur défunt souhaite que ses biens soient déjà transférés à la génération suivante plutôt qu'à ses héritiers légaux.

Dans l'éventualité où cette volonté n'a pas été scellée dans un testament et que lesdits héritiers légaux désirent un tel passage à la seconde génération, deux solutions civiles²¹⁹ existent:

- soit, la renonciation pure et simple à la succession du *de cuius*;
- soit, l'acceptation de la succession de ce dernier et la transmission immédiate des biens recueillis à la génération suivante.

Or, dans ces deux cas il convient de tenir compte de l'aspect fiscal (encore qu'il ne soit pas le seul):

- s'agissant de la renonciation pure et simple, les héritiers qui tirent avantage de cette dernière devront au minimum s'acquitter des droits de succession qui auraient été dus par le renonçant (art. 68 C. succ. ou 2.7.7.03 VCF);

²¹⁷ Afin de se prémunir d'un tel risque, il appartiendra au défunt (dénommé « x » dans notre exemple précité) de recourir au legs en *duo* examiné *supra* en vertu duquel le parent-ascendant est institué comme légataire universel à charge pour lui d'allouer un certain montant auxdits frères et/ou sœurs.

²¹⁸ J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 358.

²¹⁹ E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 162.

- en cas d'acceptation de la succession et transmission immédiate à la génération suivante, non seulement l'acceptant sera redevable de droits de succession mais il existe également un risque que le transfert des biens à la génération suivante soit soumis à des droits de donation et/ou de succession.

Devant un tel écueil, il serait judicieux pour le futur défunt de rédiger un testament dit « transgénérationnel » (ou « generation skipping »)²²⁰ qui a pour objet de « sauter » la première génération (les enfants) en transférant tout ou partie de son patrimoine à la seconde génération (les petits-enfants)²²¹. Dans l'hypothèse où les legs excèderaient la réserve des héritiers légaux, ces derniers pourraient ne pas exiger le respect de leur réserve et laisser exécuter les legs²²². Une double perception de droits de succession pour cause de double transfert est ainsi évitée et remplacée par une transmission unique avec, par voie de conséquence, une perception unique de droits succession (d'où une économie de droits de succession).

6. Le testament « ik opa » ou « ik oma »

Originaire des Pays-Bas, le testament dit du « grand-père » (ik opa testament) ou de la « grand-mère » (ik oma testament) constitue également une technique de planification successorale ordinaire et *in articulo mortis* fort intéressante (malgré qu'elle soit peu utilisée en droit belge) qui emprunte des aspects de la technique du testament avec « generation skipping » précité et dont le mécanisme peut se résumer comme suit.

Il s'agit du testament par lequel un grand-parent (A) institue son/ses enfant(s) comme légataire(s) universel(s) (B) avec la charge de reconnaître une certaine dette envers ses/leurs propres enfants, soit les petits-enfants (C)²²³.

L'avantage fiscal²²⁴ de ce type de testament réside dans le fait que non seulement la dette n'est dans la plupart des cas stipulée exigible qu'à terme de décès²²⁵ de l'enfant ou de son conjoint mais aussi dans le fait qu'elle est exprimée en valeur au comptant au décès du grand-parent²²⁶. En d'autres termes, au décès du grand-parent les petits-enfants seront redevables de droits de succession sur la créance qu'ils recueillent mais uniquement d'après une valeur en nue-propriété (cf. art. 64 C. succ.)

²²⁰ Un exemple de rédaction d'un testament avec « generation skipping » figure à l'annexe.

²²¹ *Ibid*, p. 163 et J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 346.

²²² En ce sens, voy. E. de WILDE d'ESTMAEL et B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 163 et l'exemple y cité.

²²³ L. WEYTS, *op. cit.*, p. 402. Pour un exemple de rédaction d'un tel testament, voy. l'annexe.

²²⁴ Pour les avantages civils du testament ik-opa et les inconvénients de la renonciation, voy. N. GEELHAND de MERXEM, « Testament du grand-parent versus renonciation du parent ? », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 348-354, sp. pp. 349-351.

²²⁵ On remarquera la ressemblance avec la clause d'attribution (optionnelle) de la communauté avec charge (cf. *supra*).

²²⁶ B. CARDOEN, « Le fisc fait feu sur différentes formes d'optimisation », in *Le Fiscologue*, n° 1304 du 10 août 2012, <http://www.fiscologue.be/> (30/04/2017).

étant donné que leur parent est considéré comme usufruitier précisément à cause de ce report d'exigibilité²²⁷.

Lors du décès de leur parent, les petits-enfants pourront réclamer la valeur nominale de la charge (pleine propriété) mais seront seulement taxés sur la valeur au comptant de la charge (nue-propriété). Il s'ensuit que le montant qu'ils reçoivent est donc plus élevé que le montant sur lequel ils paient des droits de succession²²⁸.

L'exemple chiffré qui suit²²⁹ permettra d'illustrer ce qui précède:

Un défunt résident fiscal bruxellois laisse un fils et trois petits-enfants. Le grand-parent possède un patrimoine d'un million d'euros et le fils n'a pas de patrimoine propre:

- en l'absence de testament et de renonciation: les droits de succession s'élèveront à 235.750 € au décès du grand-parent et de 137.250 €²³⁰ au décès du fils, soit un total de 373.000 €;
- en l'absence de testament mais avec renonciation: cette dernière n'empêchera pas la première perception de 235.750 € (cf. art. 68 C. succ.) mais permet d'éviter l'impôt successoral du fils, soit la seconde ponction de 137.500 €;
- avec un testament dans lequel le grand-parent lègue, par exemple, 250.000 € à chaque légataire, les droits de succession seront de 103.000 € au décès du grand-parent et de 12.500 € au décès du fils, soit un total de 115.500 €²³¹;
- avec un testament dans lequel le grand-parent lègue un million d'euros à son fils avec l'obligation pour ce dernier de payer, à son décès, une somme nominale de 333.333,33 € à chacun de ses trois enfants (les petits-enfants), les droits de succession seront réduits (si le fils a 70 ans au décès du grand-parent) à 110.800 € au décès du grand-parent et au décès du fils aucun droit de succession ne sera dû²³²;
- avec un testament dans lequel grand-parent lègue un million d'euros à son fils à charge pour celui-ci de payer, à son décès, à chacun de ses trois enfants (les petits-enfants) une somme dont la nue-propriété représente, au jour du décès du grand-parent, une valeur de 250.000 €, les droits de succession seront réduits (si le fils a 70 ans au décès du grand-parent) à 103.000

²²⁷ L. WEYTS, *op. cit.*, p. 402.

²²⁸ Circ. n° 8/2012 du 19 juillet 2012, www.minfin.fgov.be (circulaire qui aujourd'hui abrogée et remplacée par la circulaire n° 5/2013 du 10 avril 2013, cf. *supra*).

²²⁹ Inspiré de N. GEELHAND de MERXEM, « Testament du grand-parent (...) », *op. cit.*, p. 349-351 et le tableau en annexe.

²²⁹ J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 346.

²³⁰ Ou plus exactement 80.670 € si on défalque les droits de succession de 235.750 € de la base imposable d'un million d'euros.

²³¹ Avec la même remarque que la note précédente.

²³² L'actif d'un million étant compensé par le passif d'un million, passif qui n'est pas soumis à l'art. 33 C. succ. dès lors qu'il ne s'agit pas d'une dette contractée entre le fils et ses trois enfants.

€ et au décès du fils aucun droit de succession ne sera dû²³³. Cette dernière variante constitue le véritable testament « ik opa »²³⁴.

Conclusion

Bien que les différentes techniques de planification successorale *in articulo mortis* examinées ci-avant ne constituent pas, loin s'en faut, toutes les possibilités d'organisation successorale au profit d'une personne dont les jours sont comptés, leurs aspects civils et fiscaux, avantages et inconvénients nous ont permis de conclure qu'il n'est heureusement pas encore trop tard pour agir.

Si l'aspect fiscal est certes important, il convient toutefois de ne pas omettre ou négliger les éléments civils de la situation en question. Viser à tout prix l'économie fiscale peut constituer en effet une « bombe à retardement » car de nature à dissimuler des pièges qui tôt ou tard se rabattront sur le disposant ou ses héritiers, et là il sera trop tard (bien qu'il soit encore possible de « recoller les morceaux »).

Afin d'éviter les éventuels ennuis futurs, on ne saurait que trop insister à inviter la personne en cause à se faire assister et conseiller par un ou plusieurs professionnels, que ce soit le notaire ou tout autre spécialiste.

Il conviendra en effet de tenir compte non seulement du fait que la matière se complexifie et est extrêmement mouvante (songeons par exemple aux nombreux revirements législatifs, administratifs et jurisprudentiels de dernière minute) mais également de la situation familiale du disposant, de son état de fortune et de ses souhaits. Sans compter qu'une situation n'est pas l'autre et que donc il y a lieu de procéder en la matière « au cas par cas ». En effet, on ne perdre également pas de vue que l'état de santé de la personne qui entend planifier sa succession au soir de sa vie peut tantôt être atteinte d'une maladie en phase terminale tantôt être affaiblie en raison des circonstances (ses incertitudes ou les pressions de la part de son entourage).

²³³ Avec la même remarque que la note précédente.

²³⁴ J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 352.

Annexes

A) Les tarifs des droits de succession dans les trois régions (art. 48 C. succ. et 2.7.4.1.1 VCF)

en ligne directe, entre époux et cohabitants légaux (et cohabitants de fait en Flandre)

Région flamande		Région bruxelloise		Région wallonne	
Tranche d'imposition	Tar.	Tranche d'imposition	Tar.	Tranche d'imposition	Tar.
0 à 50.000 €	3 %	0 à 50.000 €	3 %	0 à 12.500 €	3 %
50.000 à 250.000€	9 %	50.000 à 100.000 €	8 %	12.500 à 25.000 €	4 %
Au-delà de 250.000 €	27 %	100.000 à 175.000 €	9 %	25.000 à 50.000 €	5 %
		175.000 à 250.000 €	18 %	50.000 à 100.000 €	7 %
		250.000 à 500.000 €	24 %	100.000 à 150.000 €	10 %
		Au-delà de 500.000 €	30 %	150.000 à 200.000 €	14 %
				200.000 à 250.000 €	18 %
				250.000 à 500.000 €	24 %
				Au-delà de 500.000 €	30 %

entre frères et sœurs

Région flamande		Région bruxelloise		Région wallonne	
Tranche d'imposition	Tar.	Tranche d'imposition	Tar.	Tranche d'imposition	Tar.
0 à 75.000 €	30 %	0 à 12.500 €	20 %	0 à 12.500 €	20 %
75.000 à 125.000 €	55 %	12.500 à 25.000 €	25 %	12.500 à 25.000 €	25 %
Au-delà de 125.000 €	65 %	25.000 à 50.000 €	30 %	25.000 à 75.000 €	35 %
		50.000 à 100.000 €	40 %	75.000 à 175.000 €	50 %
		100.000 à 175.000 €	55 %	Au-delà de 175.000 €	65 %
		175.000 à 250.000 €	60 %		
		Au-delà de 250.000 €	65 %		

entre oncles et tantes / neveux et nièces

Région flamande		Région bruxelloise		Région wallonne	
Tranche d'imposition	Tar.	Tranche d'imposition	Tar.	Tranche d'imposition	Tar.
0 à 75.000 €	45 %	0 à 50.000 €	35 %	0 à 12.500 €	25 %
75.000 à 125.000 €	55 %	50.000 à 100.000 €	50 %	12.500 à 25.000 €	30 %
Au-delà de 125.000 €	65 %	100.000 à 175.000 €	60 %	25.000 à 75.000 €	40 %
		Au-delà de 175.000 €	70 %	75.000 à 175.000 €	55 %
				Au-delà de 175.000 €	70 %

entre toutes autres personnes

Région flamande		Région bruxelloise		Région wallonne	
Tranche d'imposition	Tar.	Tranche d'imposition	Tar.	tranche d'imposition	Tar.
0 à 75.000 €	45 %	0 à 50.000 €	40 %	0 à 12.500 €	30 %
75.000 à 125.000 €	55 %	50.000 à 75.000 €	55 %	12.500 à 25.000 €	35 %
Au-delà de 125.000 €	65 %	75.000 à 175.000 €	65 %	25.000 à 75.000 €	60 %
		Au-delà de 175.000 €	80 %	au-delà de 75.000 €	80 %

	Région flamande (art. 2.7.4.2.1.VCF)	Région bruxelloise (art. 59 C. succ.)	Région wallonne (art. 59 C. succ.)
ASBL	8,50 %	12,50 % (si agréée) 25 % (si non agréée)	7 %
Fondation privée	8,50 %	12,50 % (si agréée) 25 % (si non agréée)	7 %
Fondation d'utilité publique	8,50 %	6,60 %	7 %

B) La circulaire n° 5/2013 du 10 avril 2013 (remplaçant la circulaire no 8/2012)

Disponible sur : <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&nav=1&id=f155e8bf-dc7f-4325-bb5c-c07f7623175d&disableHighlighting=true#findHighlighted>

Disposition anti-abus - Abus fiscal – Cas d'application - Droits d'enregistrement et droits de succession

Remarque : La circulaire n° 2014/2 de la Région flamande du 23 déc. 2014 modifie à partir du 1^{er} janv. 2015 la présente circulaire n° 5/2013 **pour ce qui concerne la Région flamande.**

SERVICE PUBLIC FEDERAL FINANCES

Administration Générale de la

DOCUMENTATION PATRIMONIALE

Secteur Enregistrement

Service VI - Direction VI/8 & 9

Dossier nr. EE/L.214

Cette circulaire remplace la circulaire n° 8/2012 du 19 juillet 2012 et contient un commentaire complémentaire des articles 168 et 169 de la Loi-Programme (I) du 29 mars 2012 (Moniteur Belge du 6 avril 2012, Ed. 3), comprenant les dispositions anti-abus qui sont applicables en ce qui concerne le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe et en ce qui concerne le Code des droits de succession.

Il est fait renvoi à la Circulaire générale n° 4 du 4 mai 2012 qui n'a subi aucune modification.

Elle apporte seulement un commentaire complémentaire, plus spécifiquement relatif à l'existence ou non d'abus fiscal dans le cadre des droits d'enregistrement et des droits de succession (complément au point C.3.1) et indique de quelle manière le calcul de l'impôt est rétabli lorsque le redevable ne peut pas démontrer que l'acte juridique ou l'ensemble des actes juridiques qu'il a posé se justifie par d'autres motifs que l'évitement des droits d'enregistrement ou de succession.

A. Textes de loi applicables.

Art. 18. du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe :

§ 1. ...

"§ 2. N'est pas opposable à l'administration, l'acte juridique ni l'ensemble d'actes juridiques réalisant une même opération lorsque l'administration démontre par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 185 et à la lumière des circonstances objectives, qu'il y a abus fiscal.

Il y a abus fiscal lorsque le redevable réalise, par l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques qu'il a posé, l'une des opérations suivantes:

1° une opération par laquelle il se place, en violation des objectifs d'une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, en-dehors du champ d'application de cette disposition ; ou

2° une opération par laquelle il prétend à un avantage fiscal prévu par une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition et dont le but essentiel est l'obtention de cet avantage.

Il appartient au redevable de prouver que le choix de cet acte juridique ou de cet ensemble d'actes juridiques se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter les droits d'enregistrement.

Lorsque le redevable ne fournit pas la preuve contraire, l'opération est soumise à un prélèvement conforme à l'objectif de la loi, comme si l'abus n'avait pas eu lieu."

Art. 106. Code des Droits de Succession :

Les contre-lettres ne sont pas opposables à l'Etat, en tant qu'elles auraient pour effet de diminuer l'actif ou d'augmenter le passif de la succession.

Le paragraphe 2 de l'article 18 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe est applicable mutatis mutandis.

B. Discussion.

Droits de succession – Testateur non redevable des droits de succession – Des dispositions testamentaires ne peuvent pas constituer un abus fiscal.

En matière de droit successoral, la disposition anti-abus de l'article 106 C. Succ. renvoie à l'article 18 § 2 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe. Le texte de l'article 18 § 2 C. Enreg. précise que l'abus fiscal porte sur les actes juridiques que le redevable a lui-même posés. Dans le cadre des droits de succession et des testaments, le testateur n'est pas le redevable. Par conséquent, les dispositions testamentaires, sur base des textes de loi en vigueur, ne peuvent pas tomber sous l'application de la mesure anti-abus prévue à l'article 106 C. Succ.

Existence ou non d'abus fiscal – cas d'application

Afin de déterminer si un acte juridique ou un ensemble d'actes juridiques posé par le contribuable est constitutif d'un abus fiscal en matière d'enregistrement et de successions, et donc afin de savoir s'ils entrent en ligne de compte pour l'application de la disposition anti-abus, il conviendra en principe de juger au cas par cas, en tenant compte du contexte concret et des modalités. En d'autres termes, il n'est pas possible d'établir une liste exhaustive des opérations juridiques qui seraient sans aucun doute « sûres » ou « suspectes ».

Afin d'apporter une certaine clarté et en vue d'adopter une façon de faire uniforme en ce qui concerne l'application de la disposition anti-abus en matière de droits d'enregistrement et de succession, un certain nombre d'opérations juridiques sont reprises ci-après ; ces opérations peuvent, soit être considérées avec certitude comme étant des abus, soit être considérées comme ne pouvant pas l'être.

Il convient d'insister sur le fait que les listes qui suivent ne sont nullement limitatives (ni dans un sens ni dans l'autre).

Les actes juridiques ou les ensembles d'actes juridiques qui ne sont pas repris dans ces deux listes ne sont pas non plus ipso facto « sûrs » ni ipso facto « suspects »

1. Pour autant qu'ils ne fassent pas partie d'un montage constitué de plusieurs actes, les actes juridiques suivants, ne peuvent pas, **en soi, être catalogués comme abus fiscal**:

- Donation effectuée par don manuel ou virement bancaire;
- Donation par acte passé devant un notaire à l'étranger;
- Donation échelonnée de biens immeubles avec période intermédiaire supérieure à trois ans ;
- Donation avec charge;
- Donation sous condition résolutoire;
- Donation par les grands-parents aux enfants et/ou aux petits-enfants;
- Donation avec réserve d'usufruit ou d'un autre droit viager;
- Donation soumise à un droit d'enregistrement réduit ;
- Donation jouissant d'une exonération prévue dans le code des droits d'enregistrement ;

- Clauses de tontine et d'accroissement.

2. D'autre part, les opérations juridiques suivantes seront considérées comme **abus fiscal**, à moins que le contribuable ne prouve que le choix de l'acte juridique ou de l'ensemble des actes juridiques se justifie par des motifs autres que fiscaux :

1. a) **Clauses d'attribution de la totalité du patrimoine commun ou clauses de partage inégal de ce patrimoine commun**, « sans condition de survie » (mieux connue sous les termes de clause de la mortuaire) (atteinte à l'article 5 C. Succ.).

Cela concerne par exemple l'acte notarié contenant modification du contrat de mariage par lequel les époux mariés sous un régime de communauté stipulent que la totalité de la communauté est attribuée à un époux bien déterminé nommément désigné, quelle que soit la cause de dissolution de la communauté.

Etant donné que le décès est imminent et inévitable, l'acte n'est passé que dans le but d'éviter l'application de l'article 5 C. Succ. qui vise toute attribution du patrimoine commun par décès.

Il appartient au redevable de prouver que la clause de la mortuaire se justifie par d'autres motifs que l'évitement de l'impôt successoral.

Lorsque le redevable ne peut fournir cette preuve, le droit de succession sera perçu, sur base de l'article 5 C. Succ. sur la part qui dépasse la moitié du patrimoine commun et qui est attribuée au conjoint survivant.

2. b) **Montage impliquant un droit d'emphytéose : une acquisition scindée d'un bien immobilier par des sociétés liées** (atteinte à l'art. 44 C. Enreg.).

L'acquisition d'un droit d'emphytéose sur un bien immobilier par une société, suivie quasi immédiatement par l'acquisition du bien immobilier grevé de l'emphytéose, par une société liée au sens des articles 11 et 12 C. Soc., dans laquelle l'indemnité pour le droit d'emphytéose approche la valeur de la pleine propriété du bien immobilier, aussi nommée construction emphytéotique, répond à la définition d'abus fiscal.

Il peut être déduit du contexte des faits que ces actes successifs n'ont pour but que d'éviter le droit de vente sur l'ensemble du bien ; que l'évitement du droit de vente est le motif unique/déterminant du choix des actes juridiques concernés. Une telle construction porte par conséquent atteinte à l'article 44 C. Enreg.

Le redevable doit prouver que le choix pour la constitution d'un droit d'emphytéose et la vente du bien immobilier grevé de l'emphytéose se justifie par d'autres motifs que l'évitement du droit de vente.

Lorsque le redevable ne fournit pas cette preuve, le droit de vente doit être perçu sur la valeur de l'ensemble du bien immobilier. Le droit d'enregistrement payé conformément à l'article 83 C. Enreg. sur la constitution du droit d'emphytéose, doit être déduit du droit de vente exigible.

3. c) **Apport par un époux d'un bien dans le patrimoine commun, suivi, immédiatement ou dans un délai rapproché, par la donation de ce bien par les deux époux ensemble** (atteinte à la base de taxation et à la progressivité art. 131 C. Enreg.).

Pour autant qu'il y ait une unité d'intention, il peut être présumé que l'apport d'un bien dans le patrimoine commun par un des époux, suivi, immédiatement ou dans un délai rapproché, par la donation de ce bien par les deux époux ensemble, à leur enfant unique par exemple, n'a uniquement lieu que pour éviter la progressivité du droit de donation; que l'économie d'impôt substantielle est l'unique motif du choix de l'acte juridique concerné. Un tel montage porte atteinte à l'article 131 C. Enreg. Il est par conséquent question d'abus fiscal au sens de l'art. 18 § 2 C. Enreg.

Le redevable doit prouver que le choix pour l'apport dans le patrimoine commun se justifie par d'autres motifs que l'évitement de droits de donation plus élevés.

Lorsque le redevable ne fournit pas cette preuve, le droit de donation doit être perçu comme si l'apport n'avait pas eu lieu, en d'autres mots, le calcul du droit de donation sur la donation de l'époux à l'enfant doit tenir compte de la totalité du bien.

4. **d) Sortie de la communauté de biens meubles, suivie par une donation mutuelle entre époux** (atteinte à l'article 5 C. Succ.).

Des époux mariés sous un régime de communauté procèdent dans un premier temps à la « sortie » de biens meubles de la communauté. Ensuite, ils utilisent ces mêmes biens meubles qui appartiennent à leur patrimoine propre en raison de la première étape, pour procéder à des donations mutuelles, le plus souvent couplé avec une clause de retour conventionnel reprise dans chaque donation.

Les parties « vident » ainsi la communauté et évitent la transmission des biens de communauté lors du décès. Il est porté atteinte à l'article 5 C. Succ. La « sortie » des biens de la communauté a lieu dans l'optique du décès. Le redevable se met lui-même dans une situation où l'avantage fiscal poursuivi est l'évitement de l'art. 5 C. Succ., tandis que, de facto, il avantage à court terme son époux qui survivra.

Les redevables doivent fournir la preuve que la « sortie » du patrimoine commun vers le patrimoine propre est un transfert qui se justifie par d'autres motifs que fiscaux. En matière de droit d'enregistrement, le patrimoine commun est traité comme une indivision. L'administration estime que la « sortie » ne change rien aux droits personnels que chaque époux possède dans la communauté précitée.

L'administration imposera au droit de succession, par application de l'article 5 C. Succ., l'avantage que le conjoint survivant recevra à la suite de la « sortie ».

5. **e) Renonciation à l'usufruit sur un bien immeuble suivie par une donation** (atteinte à l'art. 131 C. Enreg.).

L'opération par laquelle le conjoint survivant renonce à l'usufruit légal qu'il a recueilli dans la succession de son conjoint sur un bien immeuble qui dépendait du patrimoine commun et par laquelle il donne à ses enfants, dans le même acte notarié (ou dans un délai rapproché), sa moitié en pleine propriété dans ce bien immeuble, porte atteinte à l'art. 131 C. Enreg.

Le fait que le conjoint survivant donne à ses enfants dans le même acte (ou dans un délai rapproché) la moitié qu'il possède en pleine propriété laisse présumer qu'il y a également un animus donandi pour la moitié qu'il possède en usufruit et que la renonciation unilatérale à l'usufruit n'a lieu vraisemblablement que pour éviter les droits de donation.

Un tel évitement de l'impôt est considéré par l'administration, sauf preuve contraire, comme un abus fiscal au sens de l'art. 18 § 2 C. Enreg.

Lorsque l'administration invoque l'abus fiscal dans une telle situation, le redevable doit prouver que le choix de la renonciation à l'usufruit se justifie par d'autres motifs que l'évitement des droits de donation.

Lorsque le redevable ne fournit pas cette preuve, le droit de donation doit être perçu sur la renonciation à l'usufruit et sur la valeur de l'usufruit.

Il convient de remarquer que, sur base des dispositions légales actuelles contenues dans le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèques et de greffe ou dans le Code des droits de succession, l'administration peut estimer imposables un certain nombre des actes juridiques ou des constructions précités, ou d'autres, sans devoir invoquer la disposition anti-abus (par exemple la clause de la mortuaire). Dans de tels cas, il convient de défendre à titre principal l'application des dispositions légales déjà existantes et d'invoquer seulement à titre subsidiaire la disposition anti-abus au cas où la thèse défendue à titre principal par l'administration ne serait pas acceptée.

L'Administrateur général de la Documentation patrimoniale,

D. DE BRONE.

C) La circulaire flamande n° 2015/1 du 16 février 2015 (M.B., 25.03.2015, p. 18.991)

Disponible sur: <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&nav=1&id=029e5c92-e86c-4df4-a324-93708d681440&disableHighlighting=true#findHighlighted>

Ce texte n'existe qu'en néerlandais

Aan de personeelsleden van de Vlaamse Belastingdienst

Deze omzendbrief vervangt vanaf 1 januari 2015 de [omzendbrief 2014/2](#)

1. Bepalingen van de Vlaamse Codex Fiscaliteit

Artikel 3.17.0.0.2 en 3.17.0.0.9 van de Vlaamse Codex Fiscaliteit luiden als volgt:

Art. 3.17.0.0.2.

Aan de bevoegde entiteit van de Vlaamse administratie kan niet worden tegengeworpen, de rechtshandeling noch het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt, wanneer die entiteit door vermoedens of door andere bewijsmiddelen, vermeld in artikel 3.17.0.0.1, en aan de hand van objectieve omstandigheden aantoonbaar is van fiscaal misbruik.

Er is sprake van fiscaal misbruik wanneer de belastingplichtige door middel van de door hem gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen één van de volgende verrichtingen tot stand brengt:

1° hetzij een verrichting waarbij hij zichzelf in strijd met de doelstellingen van een bepaling van deze codex of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst;

2° hetzij een verrichting waarbij aanspraak wordt gemaakt op een belastingvoordeel voorzien door een bepaling van deze codex of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten en de toekenning van dit voordeel in strijd zou zijn met de doelstellingen van die bepaling en die in wezen het verkrijgen van dit voordeel tot doel heeft.

Het komt aan de belastingplichtige toe te bewijzen dat de keuze voor zijn rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen door andere motieven verantwoord is dan het ontwijken van de belasting. Als de belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de verrichting aan een belastingheffing overeenkomstig het doel van deze codex onderworpen alsof het misbruik niet heeft plaatsgevonden.

Art. 3.17.0.0.9. Tegenbrieven zijn niet tegenstelbaar aan het Vlaamse Gewest als ze een vermindering van het actief of een vermeerdering van het passief van de nalatenschap tot gevolg hebben.

2. Inleiding

Deze omzendbrief heeft betrekking op de toepassing van de antimisbruikbepaling in het kader van de registratie- en erfbelasting in het Vlaamse Gewest, met ingang van 1 januari 2015.

Het artikel 3.17.0.0.2 van de Vlaamse Codex Fiscaliteit (hierna VCF), zoals gewijzigd door het decreet van 19 december 2014 tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit (Belgisch Staatsblad van 29 januari 2015) voorziet in een antimisbruikbepaling voor alle Vlaamse belastingen opgenomen in de VCF, met ingang van 1 januari 2015.

Of een rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen gesteld door een belastingplichtige een fiscaal misbruik vormt inzake de erf- en/of registratiebelasting zal - in principe - van geval tot geval dienen te worden beoordeeld rekening houdend met de concrete context en de modaliteiten. Er wordt dus geen exhaustieve lijst van "veilige" of "verdachte" rechtshandelingen opgesteld.

Teneinde toch enige duidelijkheid en houvast te verschaffen en een eenvormige toepassing van art. 3.17.0.0.2 van de VCF te bekomen, worden hierna, zonder exhaustief te zijn, een aantal rechtshandelingen opgesomd die hetzij duidelijk niet, hetzij duidelijk wel (behoudens tegenbewijs), als fiscaal misbruik inzake de erf- of registratiebelasting kunnen worden beschouwd.

Artikel 3.17.0.0.2 van de VCF stelt dat fiscaal misbruik handelt om door de belastingplichtige zelf gestelde rechtshandelingen. In het kader van de erfbelasting en testamenten is de testator niet de belastingplichtige. Bijgevolg kunnen testamentaire bepalingen alvast niet onder de toepassing vallen van de in artikel 3.17.0.0.2 van de VCF voorziene antimisbruikbepaling.

De hierna opgenomen lijsten zijn geenszins limitatief, noch in de ene, noch in de andere zin. Rechtshandelingen of een geheel van rechtshandelingen die niet opgenomen zijn in deze beide lijsten zijn noch ipso facto veilig, noch ipso facto verdacht.

3. Rechtshandelingen die, voor zover ze geen deel uitmaken van een gecombineerde constructie, op zich niet als fiscaal misbruik worden beschouwd

- 1) schenking door middel van een handgift of een bankgift;
- 2) schenking bij een akte verleden voor een notaris in het buitenland;
- 3) gefaseerde schenking van onroerende goederen met tussenperiode van meer dan drie jaar;
- 4) schenking onder last;
- 5) schenking onder ontbindende voorwaarde;
- 6) schenking door grootouders aan kind(eren) en/of kleinkind(eren);
- 7) schenking met voorbehoud van vruchtgebruik of ander levenslang recht;
- 8) schenking waarop het verlaagd tarief van de schenkbelasting van toepassing is;
- 9) schenking die een in de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013 voorziene vrijstelling van schenkbelasting geniet;
- 10) tontine- en aanwasclausules.

4. Rechtshandelingen die als fiscaal misbruik beschouwd worden, tenzij de belastingplichtige bewijst dat de keuze voor de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen verantwoord is door andere dan fiscale motieven

1) éézijdige verblijvingsbedingen of bedingen van ongelijke verdelingen van de huwelijksgemeenschap, losgekoppeld van een overlevingsvoorwaarde (beter bekend als de zgn. sterfhuisclausule (gaat in tegen art. 2.7.1.0.4 VCF)).

Het betreft bijvoorbeeld de notariële akte houdende wijziging van het huwelijkscontract waarbij de echtgenoten, gehuwd onder een stelsel van gemeenschap, bedingen dat de gehele gemeenschap toekomt aan één welbepaalde, bij naam genoemde echtgenoot ongeacht de oorzaak van de ontbinding van de gemeenschap.

De akte wordt gelet op het nakend en onoverkomelijk overlijden enkel verleden met het doel de toepassing van artikel 2.7.1.0.4 VCF, dat elke toebedeling van het gemeenschappelijk vermogen op voorwaarde van overleving viseert, te vermijden.

Het behoort aan de belastingplichtige te bewijzen dat het sterfhuisbeding door andere motieven gerechtvaardigd wordt dan het ontwijken van de erfbelasting.

Als de belastingplichtige dit bewijs niet kan leveren zal de erfbelasting worden geheven op basis van artikel 2.7.1.0.4 VCF op het gedeelte dat de helft van het gemeenschappelijk vermogen overtreft en dat aan de overlevende echtgenoot toekomt.

2) erfpachtconstructies: een gesplitste aankoop van onroerend goed door een vennootschap samen met een gelieerde partij (vennootschap of natuurlijke persoon) (gaat in tegen art. 1.1.0.0.2, eerste lid, 24° en art. 2.9.4.1.1 VCF).

De verwerving van een recht van erfpacht op een onroerend goed door een vennootschap of door een met een vennootschap gelieerde natuurlijke persoon, quasi onmiddellijk gevolgd door de aankoop van het met erfpacht bezwaarde onroerend goed door een verbonden vennootschap, in de zin van de artikelen 11 en 12 W.Venn., of door een met de vennootschap gelieerde natuurlijke persoon waarbij de vergoeding voor het recht van erfpacht de waarde van de volle eigendom van het onroerend goed benadert, de zgn. erfpachtconstructie, beantwoordt aan de definitie van fiscaal misbruik.

Uit de context van de feiten kan worden afgeleid dat deze opeenvolgende verrichtingen tot doel hebben het verkooprecht op de waarde van de volle eigendom van het gehele goed te ontwijken; dat het ontwijken van het verkooprecht de enige/overwegende beweegreden is voor de keuze van de betrokken rechtshandelingen.

Dergelijke constructie gaat bijgevolg in tegen artikel 1.1.0.0.2, eerste lid, 24° en artikel 2.9.4.1.1 VCF.

De belastingplichtige dient te bewijzen dat de keuze voor de vestiging van een recht van erfpacht en de verkoop van het met erfpacht bezwaarde onroerend goed verantwoord is door andere motieven dan het ontwijken van het verkooprecht.

Indien de belastingplichtige dit bewijs niet levert, dient het verkooprecht te worden geheven op de waarde van de volle eigendom van het onroerend goed.

3) Inbreng van een goed in het gemeenschappelijk vermogen door één echtgenoot onmiddellijk of binnen een korte tijdspanne gevolgd door de schenking van dit goed door beide echtgenoten (gaat in tegen de heffingsgrondslag en de progressiviteit van de artikelen 2.8.3.0.1, § 1 en 2.8.4.1.1, § 1 en § 2 VCF).

Er kan worden vermoed dat de inbreng van een goed in het gemeenschappelijk vermogen door één echtgenoot onmiddellijk of binnen een korte tijdspanne gevolgd door de schenking van dit goed door beide echtgenoten aan bv. hun enig kind enkel gebeurt om de progressiviteit van de schenkbelasting te ontwijken; dat het bekomen van een aanzienlijke belastingbesparing de enige beweegreden is voor de keuze van de betrokken rechtshandeling.

Degelijke constructie gaat in tegen de artikelen 2.8.3.0.1, § 1 en 2.8.4.1.1, § 1 en § 2 VCF.

Er is bijgevolg sprake van fiscaal misbruik in de zin van art. 3.17.0.0.2 VCF.

De belastingplichtige dient te bewijzen dat de keuze voor de inbreng in het gemeenschappelijk vermogen voorafgaand aan de schenking, verantwoord is door andere motieven dan het ontwijken van hogere schenkbelastingen.

Indien de belastingplichtige dit bewijs niet levert, dient de schenkbelasting te worden geheven alsof de inbreng niet had plaatsgevonden, m.a.w. berekening van de schenkbelasting op de schenking door de inbrengende echtgenoot aan het kind voor de geheelheid van het goed.

4) Uitbreng uit de huwelijksgemeenschap van roerende goederen, voorafgegaan of gevolgd door een wederzijdse schenking tussen echtgenoten (gaat in tegen art. 2.7.1.0.4 VCF).

Echtgenoten gehuwd onder een stelsel van gemeenschap gaan in een eerste stap over tot de "uitbreng" van roerende goederen. Vervolgens gebruiken ze dezelfde roerende goederen die tot hun eigen vermogen behoren ingevolge de eerste stap, om wederzijdse schenkingen te doen, doorgaans gepaard met een beding van conventionele terugkeer opgenomen in iedere schenking.

De partijen "ledigen" op deze wijze de gemeenschap en vermijden de overgang van gemeenschapsgoederen bij het overlijden.

Er wordt ingegaan tegen artikel 2.7.1.0.4 VCF. De overgang uit de gemeenschap heeft plaats in het vooruitzicht van het overlijden.

De belastingplichtige brengt zichzelf in een toestand waar zijn nagestreefd fiscaal voordeel het ontwijken van artikel 2.7.1.0.4 VCF is, terwijl hij de facto zijn echtgenoot, die zal overleven, bevoordeelt op korte termijn.

De belastingplichtigen moeten dan het bewijs leveren dat de uitbreng een overgang is van het gemeenschapsvermogen naar het eigen vermogen die verantwoord wordt door andere motieven dan fiscale. Inzake de registratiebelasting wordt het gemeenschapsvermogen behandeld als een onverdeeldheid.

De Vlaamse Belastingdienst is van oordeel dat de uitbreng niets wijzigt aan de persoonlijke rechten die iedere echtgenoot in de voormelde gemeenschap heeft.

Bij overlijden van de eerststervende echtgenoot wordt de erfbelasting geheven net alsof de uitbreng en de schenkingen niet hebben plaatsgevonden en de langstlevende de goederen, die hij door de werking van de conventionele terugkeer verkrijgt, als huwelijksvoordeel in de zin van artikel 2.7.1.0.4 VCF heeft verkregen.

5) Verzaking aan vruchtgebruik op een onroerend goed, gevolgd door een schenking (gaat in tegen de artikelen 2.8.3.0.1, § 1 en 2.8.4.1.1, § 1 en § 2 VCF).

Situaties waarbij een persoon op een onroerend goed een deel in vruchtgebruik en een deel in volle eigendom bezit en waarbij die persoon eerst verzaakt aan het vruchtgebruik om vervolgens een deel in volle eigendom te schenken aan dezelfde perso(o)n(en) aan wie de verzaking van het vruchtgebruik ten goede is gekomen, of in omgekeerde volgorde, worden beschouwd als fiscaal misbruik in de zin van artikel 3.17.0.0.2 VCF.

Wanneer de Vlaamse Belastingdienst in dergelijk geval inroept dat er sprake is van fiscaal misbruik dient de belastingplichtige te bewijzen dat de verzaking aan het vruchtgebruik verantwoord is door andere motieven dan het ontwijken van schenkbelastingen.

Indien de belastingplichtige dit bewijs niet levert, dient op de verzaking aan het vruchtgebruik de schenkbelasting te worden geheven op de waarde van het vruchtgebruik.

5. Subsidiariteit van de antimisbruikbepaling

Er wordt opgemerkt dat de Vlaamse Belastingdienst een aantal rechtshandelingen of constructies belastbaar acht op basis van de reeds bestaande wettelijke bepalingen vervat in de VCF zonder zich te hoeven beroepen op de antimisbruikbepaling. In dergelijke gevallen dient in hoofdorde de toepasselijkheid van de reeds bestaande wettelijke bepaling te worden verdedigd.

De antimisbruikbepaling zal in dergelijke gevallen in ondergeschikte orde worden ingeroepen, voor het geval de door de Vlaamse Belastingdienst in hoofdorde verdedigde thesis niet zou worden aanvaard.

A. TURTELBOOM

Vlaams minister van Begroting, Financiën en Energie

D) Exemples de clauses

1. Clauses en matière de contrats de mariage

La clause d'attribution alternative

« En cas de dissolution du patrimoine commun par le décès de l'un des époux, et dans ce cas seulement, les parties stipulent, à titre de convention de mariage, qu'il y ait ou non descendance issue du mariage, que le patrimoine commun appartiendra au conjoint survivant, rétroactivement à la date du décès, au choix du conjoint survivant :

- soit pour la totalité en pleine propriété ;
- soit pour une moitié en pleine propriété et une moitié en usufruit ;
- soit pour la totalité en pleine propriété en ce qui concerne les biens meubles et pour une moitié en pleine propriété et une moitié en usufruit en ce qui concerne les biens immeubles ;
- soit pour la totalité en pleine propriété en ce qui concerne les biens immeubles et pour une moitié en pleine propriété et une moitié en usufruit en ce qui concerne les meubles.

*Le conjoint survivant sera tenu de faire connaître le mode d'attribution qu'il choisit par déclaration faite par acte notarié dans les trois mois du décès du prémourant. Passé ce délai, il ne sera plus admis à choisir et le patrimoine commun lui appartiendra pour une moitié en pleine propriété et une moitié en usufruit, la moitié en nue-propriété restante revenant à la succession du prémourant. »*²³⁵

Autre exemple :

« Par application des articles 1461 et suivants du Code civil, les (futurs) époux conviennent de ce qui suit :

Lors de la dissolution de la communauté, celle-ci sera partagée comme suit :

Si le présent régime prend fin par le décès de l'un des deux époux et à condition qu'à ce moment, les époux ne soient pas séparés de fait (à la suite d'une désunion durable, il ne s'agit donc pas d'une séparation de fait fortuite, due à un séjour à l'étranger de l'un des époux pour raisons professionnelles, à un séjour à l'hôpital, dans un sanatorium, dans une maison de repos, etcetera) ou qu'aucune procédure en divorce ou en séparation de corps ne soit entamée, il reviendra à l'époux survivant, au titre de convention matrimoniale, selon son libre choix, qu'il existe ou non une descendance :

- 1.a) soit la pleine propriété,
 - 1.b) soit la pleine propriété de la moitié et l'usufruit viager de l'autre moitié,
 - 1.c) soit l'usufruit de l'intégralité,
 - 1.d) soit certains pourcentages en pleine propriété et/ou en usufruit;
- de :*
- 2.a) tous les biens meubles et/ou
 - 2.b) tous les biens immeubles et/ou
 - 2.c) certains biens meubles à déterminer par l'époux survivant et/ou

²³⁵ L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux comme éléments de planification successorale », op. cit., p. 179.

2.d) certains biens immeubles à déterminer par l'époux survivant, du patrimoine commun.

L'époux survivant pourra faire son choix entre les possibilités offertes ci-dessus sous les lettres 1. a), b), c) et d) en les combinant librement avec les lettres 2. a), b), c) ou d) et pourra exercer ce choix sans intervention de la part des autres ayants droit de l'époux prémourant.

Lorsque l'époux survivant n'a pas fait consigner son choix dans un acte notarié ou ne l'a pas consigné dans une déclaration de succession dans les cinq mois qui suivent le décès de l'époux prémourant, il sera considéré avoir opté pour l'attribution de la pleine propriété de la moitié du patrimoine commun et pour l'attribution en usufruit viager de l'autre moitié de tous les biens meubles et immeubles du patrimoine commun, comme cela est proposé sous la lettre 1. b), combinée avec les lettres 2.a) et 2.b).

Le passif de la communauté sera réparti entre l'époux survivant et les autres héritiers du défunt proportionnellement à l'actif qu'ils recueillent respectivement.

Par ailleurs, il est explicitement stipulé que, si l'époux survivant opte partiellement ou intégralement pour des droits en usufruit, il sera libéré de caution et que, sauf accord de celui-ci, cet usufruit ne sera pas susceptible de conversion, étant donné qu'il a été attribué à titre onéreux et n'a aucun caractère successoral. »²³⁶

La clause de l'attribution de la communauté avec charge ou clause dite « Casman »

« En cas de dissolution du patrimoine commun par le décès de l'un des époux, et dans ce cas seulement, les parties stipulent, à titre de convention de mariage, que le patrimoine commun appartiendra pour la totalité en pleine propriété au conjoint survivant, à charge pour lui de payer à la succession du prémourant une somme égale à la valeur nette de la moitié du patrimoine commun au jour du décès, sous déduction des droits de succession afférents à la succession du prémourant. En aucun cas cette somme ne sera productive d'intérêts.

Le paiement de cette somme peut être fait à n'importe quel moment par le conjoint survivant, même partiellement, soit en argent, soit par abandon de biens communs à la succession. Le paiement ne peut cependant être exigé aussi longtemps que le conjoint survivant exerce son usufruit sur les biens successoraux.

Il ne peut également pas être exigé de sûreté, à l'exception des cas suivants :

- si le conjoint survivant n'est plus en état d'administrer lui-même son patrimoine ;
- si le conjoint survivant est en faillite ou se trouve en état d'insolvabilité notoire ;
- si le conjoint survivant se remarie. »²³⁷

Autre exemple :

« En cas de dissolution du régime matrimonial par le décès de l'un des époux, la communauté revient à concurrence de la moitié à l'époux survivant et à concurrence de l'autre moitié à la succession de l'époux prémourant.

L'époux survivant a toutefois la faculté de désigner les avoirs et les dettes qu'il souhaite voir faire partie de son lot. Cette désignation peut avoir lieu unilatéralement et est contraignante pour les héritiers de l'époux prémourant.

²³⁶ D. MICHIELS, « Les clauses optionnelles (...) », Rev. not. b., 2012/8, pp. 597-598.

²³⁷ L. ROUSSEAU, « Les régimes matrimoniaux (...) », op. cit., p. 182.

L'époux survivant doit faire connaître son choix au plus tard dans la déclaration de succession qui doit être introduite auprès de l'administration fiscale en vue de la perception des droits de succession et en informer les autres héritiers par lettre recommandée dans le mois qui suit l'introduction de ladite déclaration, s'ils n'ont pas cosigné celle-ci.

Si la valeur du lot ainsi composé par l'époux survivant dépasse la valeur de sa part dans le patrimoine commun, une soulte est due pour partage inégal.

L'époux survivant peut payer le montant qui revient à la communauté à tout moment qu'il juge opportun, en partie ou dans son intégralité, soit en espèces, soit par abandon de biens communs, en une ou plusieurs opérations, au choix de l'époux survivant. Le paiement ne peut être poursuivi tant que le conjoint survivant exerce l'usufruit sur la succession. Aucune sûreté ne peut non plus être exigée, hormis dans les cas suivant: si l'époux survivant n'est plus apte à gérer seul son patrimoine, si l'époux survivant se trouve en état de faillite ou fait l'objet d'un règlement collectif de dettes ou si l'époux survivant contracte un nouveau mariage ou cohabite légalement.

Cet avantage matrimonial ne peut pas être invoqué si le survivant des époux est déshérité conformément à l'article 915bis, § 3, C. civ. ou est indigne de succéder à l'époux prémourant. »²³⁸

La clause de la mortuaire

« Le patrimoine commun est attribué à un tel époux (ou ses héritiers) quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial »²³⁹

Formulation la plus extrême :

« Le patrimoine commun revient à (par exemple) l'épouse (ou ses héritiers), peu importe la cause de la dissolution du régime matrimonial. »²⁴⁰

La clause qui va moins loin :

« En cas de dissolution du mariage par décès, le patrimoine commun sera attribué à (par exemple) l'épouse (ou à ses héritiers). »²⁴¹

La décision administrative du 15 juillet 2011²⁴² cite les deux types suivants:

1^{er} type :

attribution totale de la communauté à X « quelle que soit la cause de dissolution de la communauté » ou encore « pour quelque cause que ce soit » ;

2^{ème} type :

attribution de la totalité de la communauté « en cas de dissolution par décès, à tel époux déterminé ou à ses héritiers ».

²³⁸ D. MICHIELS, « Les clauses optionnelles (...) », *Rev. not. b.*, 2012/8, pp. 599-600.

²³⁹ V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 728, n° 30.

²⁴⁰ D. MICHIELS, « Les contrats de mariage (...) », *op. cit.*, p. 41 (62).

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Déc. 15 juillet 2011, n° E.E. 103.490, *Rép. R.J.*, S 5/04-05.

2. Clauses en matière testamentaire

Le legs en duo

« J'institue l'ASBL..., ayant son siège social à..., comme seul légataire universel de tout mon patrimoine en pleine propriété avec charge pour celle-ci de payer un montant de 275.000 euros à titre de legs particulier, libre de droits de succession et de frais, à mes quatre neveux et nièces, chacun d'eux pour une part égale, avec droit d'accroissement entre eux étant entendu que la représentation précède toujours l'accroissement. »²⁴³

Le legs de residuo

« Aux legs universels de mes enfants (les premiers bénéficiaires), est ajoutée une clause fidéicommissaire de residuo. Je lègue dès lors tous les biens que les premiers bénéficiaires auraient reçus de mon patrimoine (en ce compris les biens qui par subrogation réelle, emploi ou remploi auraient remplacé les biens reçus) et qui n'auraient pas été transmis dans la mesure où ces premiers bénéficiaires sont sans descendants, à mes autres enfants, chacun d'eux pour une part égale, avec droit d'accroissement, mais étant entendu que la représentation a lieu avant l'accroissement, comme mentionné ci-dessous. »²⁴⁴

Le testament « célibataire sans enfants »

« Pour le cas où je décèderais sans descendants, j'institue comme légataires universels de toute ma succession en pleine propriété mes parents ou celui de mes parents qui survivra après mon décès. »²⁴⁵

Le testament « transgénérationnel » avec legs en nue-propriété et en usufruit

« J'institue mon enfant comme légataire universel de toute ma succession en usufruit. J'institue mes petits-enfants comme légataires universels de toute ma succession en nue-propriété, chacun d'eux pour une part égale, avec droit d'accroissement, étant entendu que la représentation a lieu avant l'accroissement. »²⁴⁶

Le testament « ik opa » ou « ik oma »

« J'institue mon enfant comme unique légataire universel de toute ma succession en pleine propriété à charge de payer à son décès un montant dont la valeur au comptant est égale à 250.000 euros au jour de mon décès à chacun de mes petits-enfants (variante : à chacun de ses enfants nés ou conçus au jour de son décès). La créance qui échoit à mes petits-enfants à l'égard de l'enfant-parent ne sera exigible qu'au décès de ce dernier.

Le montant (Y) que l'enfant-parent devra payer à son décès est calculé d'après la formule suivante : $Y = 250.000 \text{ euros} \times 100/X$, et où X représente le numérateur de la fraction laquelle exprime la valeur de la nue-propriété en tenant compte de la valeur de l'usufruit de mon enfant au jour de mon décès telle que visée par l'article 21 VI. du Code des droit de succession (ou Art. 2.7.3.3.2. VCF). »²⁴⁷

²⁴³ J. DE HERDT, *op. cit.*, p. 377 (traduction libre); Pour d'autres propositions de clauses du legs en duo et ses variantes, voy. l'excellent article de V. VAN WINCKEL, « Le legs en duo, Comment rédiger le testament de façon optimale? », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/1, n° 26.450, pp. 2-21, sp. pp. 13-15.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 373 (traduction libre).

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 356 (traduction libre).

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 347 (traduction libre).

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 354 (traduction libre). Selon J. DE HERDT, la référence au Code des droits de succession est utile afin d'éviter l'utilisation par l'Administration fiscale d'un autre critère pour le calcul de la valeur au comptant.

Bibliographie

Doctrine:

AFSCHRIFT, Th., « 20 - Exemples négatifs d'application en matière d'impôts indirects », in *L'abus fiscal*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, pp. 247-257.

BARBAIX, R., et VERBEKE, A.-L., « La clause de participation finale est considérée comme performante sur les plans civil et fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 2012/8, n° 26.414, pp. 344-340.

BUYSSE, Ch., « Clause optionnelle de participation : nouveau raisonnement, même résultat », in *Le Fiscologue*, n° 1445 du 2 octobre 2015, <http://www.fiscologue.be/> (24/04/2017).

CARDOEN, B., « Les clauses de partage inégal moyennant charge : un abus fiscal ? », in *Le Fiscologue* 2014, n° 1376, <http://www.fiscologue.be/> (30/03/2017).

CARDOEN, B., « Le fisc fait feu sur différentes formes d'optimisation », in *Le Fiscologue*, n° 1304 du 10 août 2012, <http://www.fiscologue.be/> (30/04/2017).

CASMAN, H., *Het begrip huwelijksvoordelen*, Anvers, Maklu, 1976, pp. 1-274.

CASMAN, H., « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002.

CASMAN, H., et VERBEKE, A., « Wat is een huwelijksvoordeel ? », *N.F.M.*, 2005, pp. 292-297.

CASMAN, H., et VERBEKE, A., Rapport de synthèse, in dossier n° 4374 du C.E.L., *Rapp. C.E.L.*

CASMAN, H., et VERBEKE, A. « Een bijzonder geval: de sterfhuisconstructie » in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE, *Handboek Estate Planning, IV, Vermogensplanning met effect na overlijden. Langstlevende*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp 107-110.

CHIAU, B., et STEENACKERS, J., « Quand le temps presse... Comment planifier in extremis sa succession ? » *Trends/Moneytalk* du 24 septembre 2015, pp. 118-124.

CULOT, A., « Les donations obligatoirement enregistrables », *Rec. gén. enr. not.*, 2011, n° 26.247, pp. 36-37.

CULOT, A., « Les jours comptés de la clause mortuaire », *J.D.F.*, 2015, 3-4, pp. 120-128.

CULOT, A., *Manuel des droits de succession*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016 (7^e éd.), 382 p.

DE BRAUWERE, V.-A., et DE FOY, G., « Abus fiscal en ingénierie patrimoniale: le tigre de papier », *Rec. gén. enr. not.*, 2012/7, n° 26.407, pp. 297-314.

DECOUTERE, H., et DELBOO, M., « Hoofdstuk II - Successieplanning middels schenking », in *De algemene antimisbruikbepaling en successieplanning*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2016, pp. 81-106.

DE FOY, G., « Clause de la “(maison) mortuaire” - Chasse aux sorcières ou l'art de se battre contre les moulins à vent », *Lettre d'info Droits de succession*, n° 8/2014, pp. 1-13.

DE FOY, G., « Clause de la « (maison) mortuaire » pour mettre un terme à la rage taxatoire du fisc, une réforme législative s'impose ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2015/3, n° 26.709, pp. 98-106.

DE FOY, G., « La Région flamande a revu sa circulaire en matière d'abus fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 2015/4, n° 26.728, pp. 249-254.

- DEHALLEUX, V., « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 707-739.
- DEHALLEUX, V., « La clause (dite) de la «mortuaire» a encore de beaux jours devant elle », note sous Cass. 10 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011/6, pp. 117-124.
- DEHALLEUX, V., « La programmation successorale », in X, *Le couple sous toutes ses formes : Mariage - Cohabitation légale et cohabitation de fait*, P. DELNOY (dir.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 194-227.
- DEHALLEUX, V., « Anti-abus et planification successorale à l'heure du premier bilan », in *Apparences, abus, simulations et fraudes à la loi : Aspects civils et fiscaux* (Collection Patrimoines & Fiscalités), par A. Culot, L. Barnich et Th. Afschrift, Limal, Anthémis, 2015 (2^e éd.), pp. 135-172.
- DE HERDT, J., « (Fiscale) successieplanning “in extremis” in Vlaanderen. Naar een nieuw concept inzake fiscale successieplanning. Bijzonder deel – het testament als techniek van (fiscale) successieplanning in extremis », *T.E.P.*, 2007/4, pp. 334-386.
- DELNOY, P., *Les libéralités et les successions – Précis de droit civil*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 618.
- DE PAGE, Ph., « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/4, n° 26.496, pp. 144-154.
- DE PAGE, Ph., « L'abus fiscal à la lumière de la circulaire n° 5 du 10 avril 2013 », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/6, n° 26.517, pp. 246-250.
- DE PAGE, Ph., « La clause de « la mortuaire » vivante mais fragile », *Rec. gén. enr. not.*, 2017/1, n° 26.934, pp. 36-39.
- DE PAGE, Ph., et VAN MOLLE, M., « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014/4, pp. 377-402.
- de WILDE D'ESTMAEL, E., « Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale », *Rev. dr. ULB*, 2003/27, p. 341-396.
- de WILDE d'ESTMAEL, E., « Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 2012/7, n° 26.406, pp. 280-296.
- de WILDE d'ESTMAEL, E., « La planification patrimoniale : son utilité et sa mise en place », *R.P.P.*, 2014/1, pp. 5-16.
- de WILDE d'ESTMAEL, E., et DELAHAYE, B., « Le testament, acteur nécessaire de la planification successorale », in X, *Le testament*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, pp. 139-172.
- GEELHAND, N., « Enkele algemeenheden inzake successieplanning », *N.F.M.*, 2002/10, pp. 287-311.
- GEELHAND de MERXEM, N., « (Fiscale) successieplanning “in extremis” in Vlaanderen. Naar een nieuw concept inzake fiscale successieplanning. Algemeen deel », *T.E.P.*, 2007/1-2, pp. 6-181.
- GEELHAND de MERXEM, N., « (Fiscale) successieplanning “in extremis” in Vlaanderen. Naar een nieuw concept inzake fiscale successieplanning. Bijzonder deel – het huwelijkscontract en de akte houdende wijziging van het huwelijkscontract als techniek van (fiscale) successieplanning in extremis » », *T.E.P.*, 2008/5, pp. 377-487.

- GEELHAND DE MERXEM, N., « L'attribution de la communauté moyennant charge : abus fiscal ? », *Rev. not. b.*, 2014, pp. 381-386.
- GEELHAND de MERXEM, N., « 5 - Le planning patrimonial en Flandre : les prises de position de VLABEL » in *Chroniques notariales – Volume 64*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, pp. 309-340.
- GEELHAND de MERXEM, N., et LELEU, Y.-H., « « Observations » : La clause dite de la « mortuaire » validée et exemptée », *Rec. gén. enr. not.*, 2011/3, n° 26.263, pp. 123-126.
- GREGOIRE, M., « A propos de la liberté de création des clauses de liquidation en régime de communauté », in *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, coll. Patrimoine, volume I, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 235-238.
- HOMANS, G., Planification patrimoniale - Nouveauté en matière de donation de liquidités et/ou de titres avec réserve d'usufruit, *R.G.F.C.P.*, 2016, liv. 5, pp. 39-41.
- JORION, G., « Chapitre 2 - Analyse succincte des techniques de planification successorale utilisées en Belgique », in *Planification successorale dans un contexte international*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, pp. 33-86.
- LARUELLE, J., « La transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant : le contrat de mariage comme outil de planification successorale », *Rec. gén. enr. not.*, 2016/7, n° 26.878, pp. 284-302.
- LELEU, Y.-H., « Contrats de mariage et planification successorale: trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 79-94.
- LELEU, Y.-H., « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (éd.), Limal, Anthemis, 2011, pp. 35-71.
- LELEU, Y.-H., « La clause dite « de la maison mortuaire » : une vaine imposition », *J.T.*, 2012/11, n° 6471, pp. 221-222.
- LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Coll. Fac de droit de l'Université de Liège, Larcier, 3^e éd., 2016, pp. 355 et s.
- MAYEUR, A., « Droit de succession », *Droits de succession – la lettre succession du 11 juillet 2011*, liv. 6-7, Waterloo, Kluwer, pp. 7-15.
- MAYEUR, A. et PETIT, M., *Droits de succession 2016-2017*, pp. 115-158.
- MEYUS, A., « Registratie van een bankgift na overlijden is zinloos », *Nieuwsbrief Professioneel vermogensadvies*, Kluwer, 2012, n° 16, p. 1.
- MICHIELS, D., « Les contrats de mariage comme instruments de planification patrimoniale », in X., *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, 2009, vol. 3, T XIII.1.-42 et 2-16.
- MICHIELS, D., « Les clauses optionnelles en droit patrimonial familial belge », *Rev. not. b.*, 2012/8, pp. 587-629.
- PETIT, M., « Décret wallon du 17 décembre 2015 et ordonnance bruxelloise du 18 décembre 2015 - Réduction des droits de donation immobilière et planification successorale (suite) », *Rec. gén. enr. not.*, 2016/2, n° 26.799, pp. 61-70.
- RENCHON, J.-L., *Droit notarial du couple*, syllabus, tome I, Université catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminologie, 2015-2016.
- ROUSSEAU, L., « Les régimes matrimoniaux comme éléments de planification successorale », *C&FP*, 2006, liv. 6, pp. 177-185.

ROUSSEAU, L., « La structuration et la planification par le contrat de mariage », in *La planification successorale* (2^e éd.), Anthémis, 2015, pp. 53-106.

SPRUYT, E., [Donations] « Généralités », in WERDEFROY, F., *Droits d'enregistrement 2012-2013*, pp. 1542-1551.

SPRUYT, E., [Les droits de donation flamands] « Régularisation fiscale d'une donation mobilière non enregistrée », in WERDEFROY, F., *Droits d'enregistrement 2012-2013*, pp. 2464-2472.

STAS, L., et VAN MOLLE, M., « Donations mobilières et situations *in extremis* la Cour d'appel de Gand confirme la nécessité d'enregistrer avant le décès », *Droits d'enregistrement 2013*, liv. 1, pp. 14-24.

STERCKX, D., « Le mariage en droit civil », *Rép. not.*, tome 1- Les personnes, Livre 9/1, Bruxelles, Larcier, éd. 2004, p. 100.

TAINMONT, F., « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. b.*, 2016/6, n° 3108, pp. 434-477.

VANDEN EYNDEN, M., « Planification successorale: un nouveau cas d'abus fiscal ? », *B.J.S.*, 2014, p. 13.

VANDEN EYNDEN, M., « Donation mobilière : comment procéder à un enregistrement *in extremis* ? », *B.J.S.*, 2016/2, n° 562, p. 13.

VAN MOLLE, M., « La mesure générale «anti-abus» en droits d'enregistrement et de succession much ado about nothing », *Droits d'enregistrement 2012*, liv. 3, pp. 1-19.

VAN MOLLE, M., « Les cours d'appel valident à leur tour la clause de la mortuaire », *R.P.P.*, 2014/4, n° 517, pp. 457-459.

VAN MOLLE, M., « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », in *La famille et son patrimoine en questions*, M. VAN MOLLE (coord.), Limal, Anthémis, 2015, pp. 83-100.

VAN MOLLE, M., « Donations mobilières *in extremis* à nouveau possibles en Région flamande », *Droits d'enregistrement 2016*, liv. 2, pp. 18-19.

VAN WINCKEL, V., « Le legs en duo, Comment rédiger le testament de façon optimale ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/1, n° 26.450, pp. 2-21.

VERBEKE, A., « Het alsof-beding in gevaar », *N.F.M.*, 2003, afl. 7, pp. 199-208.

VERBEKE, A., « Noot: het alsof-beding gered », *N.F.M.*, 2004, afl. 7, pp. 272-274.

VERBEKE, A., et BARBAIX, R., « Hof van Cassatie bevestigt sterfhuisclausule », note sous Cass. 10 décembre 2010, *R.W.*, 2011, pp. 1436-1443.

VERSTRAETE, J., « Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last », in *Liber Amicorum PAUL DELNOY*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 549-560.

WEYTS, L., « Over wit en zwart en vele tinten grijs de antimisbruikbepaling bij registratie- en successierechten », *T. Not.*, 2013, afl. 7-8, pp. 384-405.

Jurisprudence:

C. const., 22 juin 2005, n° 107/2005, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/>.

C. const., 26 novembre 2009, n° 137/2009, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/>.

C. const., 30 octobre 2013, n° 141/2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 8.

Cass., 9 juillet 1931, *Pas.*, p. 218.

Cass., 2 février 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 587

Cass., 6 juin 1961, *Brepols, Pas.*, I, p. 1082.

Cass., 22 mars 1990, R.G F997F, *Au Vieux Saint-Martin, Pas.*, I, p. 849.

Cass., 16 mars 2006, C.05.0368.N, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

Cass., 17 septembre 2007, *N.J.W.*, 2007, p. 797.

Cass., 10 déc. 2010, R.G. n° F.08.0102.N., disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

Cass., 28 avril 2016, R.G. F.15.0035.N, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

Cass., 5 janvier 2017, R.G. F.15.0164.F, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

Gand (5^e ch.) 3 janvier 2012, déc. n° EE 103/206, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.426, p. 372.

Mons, 9 mai 2014, *R.P.P.*, 2014/4, p. 449

Bruxelles (6^e ch.), 9 septembre 2014, *R.P.P.*, 2014/4, p. 453.

Liège, 28 novembre 2014, *R.P.P.*, 2015, p. 365.

Liège, (9^e ch.), 27 mars 2015, R.G. n° 2013/RG/558, *F.J.F.*, 2016/89.

Gand, 23 juin 2015, R.G. n° 2014/AR/2266.

Civ. Bruxelles (12^e ch.), 16 novembre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 62.

Civ. Bruxelles (9^e ch.), 26 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003/40, p. 1769.

Civ. Nivelles (15^e ch.), 6 janvier 2012, R.G. n° 11/123/A, *Rec. gén enr. not.*, 2012, p. 134.

Civ. Mons, 6 septembre 2012, *Rec. gén enr. not.*, 2012, p. 367.

Civ. Liège, 10 janvier 2013, R.G. 12/51A, *Rec. gén enr. not.*, 2013, p. 112.

Décisions administratives:

Déc. 22 octobre 2003, n° E.E. 99.731, *Rép. R.J.*, S 5/04-03.

Déc. 26 juillet 2004, *Rép. R.J.*, E 139/01-01 et E 168-15.01.

Déc. 6 décembre 2004, n° E.E. xx *Rép. R.J.*, S 5/04-02, dr. E.E./100.511.

Déc. 30 août 2005, n° E.E. 100.998, *Rép. R.J.*, S 5/04-03.

Déc. 30 janvier 2007, *Rép. R.J.* E 131/05-04 et E 131/18-01.

Déc. 29 juin 2007, n° E.E. 102.058, *Rép. R.J.*, S 5/04-04.

Déc. 15 juillet 2011, n° E.E. 103.490, *Rép. R.J.*, S 5/04-05.

Déc. 30 mai 2012, n° E.E. 102.944, *Rép. R.J.* E 14/12-01, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.416, p. 344.

SDA : décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, n° 26.536, pp. 317-320 et sur www.fisonetplus.be.

Standpunt n° 15048 (Toepassing fictiebepaling art. 2.7.1.0.3. VCF voor buitenlandse schenkingen) du 16 mars 2015 de Vlabel, disponible sur www.vlabel.be.

Standpunt n° 15.066 (Vereiste van een authentieke akte) du 9 novembre 2015 de Vlabel, disponible sur www.vlabel.be.

Standpunt n° 16.053 (verblijvingsbedingen en keuzebedingen met last) du 13 juin 2016 de Vlabel, disponible sur www.vlabel.be.

Circulaires fédérales:

Circ. n° 4/2012 du 4 mai 2012, AAF n° 3/2012, AGFisc n° 17/2012, AGDP n° 4/2012, *M.B.*, 14 mai 2012.

Circ. n° 8/2012 du 19 juillet 2012, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&nav=1&id=4eb1f953-f68b-40c0-94e7-bbc6a0e570c9&disableHighlightning=true#findHighlighted>.

Circ. n° 5/2013 du 10 avril 2013, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&nav=1&id=f155e8bf-dc7f-4325-bb5c-c07f7623175d&disableHighlightning=true#findHighlighted>

Circulaires flamandes:

Circ. 2014/2 du 23 décembre 2014, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&nav=1&id=50bd0c1e-116f-4106-819e-b1093ffb7cb2&disableHighlightning=true#findHighlighted>

Circ. 2015/1 du 16 février 2015, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&nav=1&id=029e5c92-e86c-4df4-a324-93708d681440&disableHighlightning=true#findHighlighted>

Législation:

Code civil.

Code des droits d'enregistrement.

Code des droits de succession.

Vlaamse Codex Fiscaliteit, introduit par le décret du 13 décembre 2013 (*M.B.*, 23 décembre 2013, 1^{re} éd.), tel que modifié par le décret du 19 décembre 2014 (*M.B.*, 29 janvier 2015, 2^e éd., err., *M.B.*, 4 mars 2015).

Code de déontologie notariale du 22 juin 2004, approuvé par A.R. du 2 septembre 2005, *M.B.*, 3 novembre 2005 et modifié par assemblée générale du 22 avril 2008.

Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. Parl.*, Ch., s.o. 2016-2017, n° 54-2282/001, pp. 1-193.

A.R. du 12 février 1960 fixant les heures d'ouverture des bureaux de recette de l'administration de l'Enregistrement et des Domaines, *M.B.*, 22 février 1960, p. 1122.

Loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat, *M.B.*, 16 mars 1803.

Loi du 19 octobre 1919 apportant des modifications aux lois sur les droits de succession, d'enregistrement et de transcription et modifiant les articles 742, 753 et 755 du Code civil, *M.B.*, 13 novembre 1919, *Pasin.*, 1919.

Loi du 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant, *M.B.*, 27 mai 1981.

Loi du 18 juillet 2008 modifiant la législation en ce qui concerne la modification du régime matrimonial sans intervention du tribunal et modifiant l'article 9 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat, *M.B.*, 14 août 2008.

Loi-programme (I) du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012.

Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des planificateurs financiers indépendants et à la fourniture de consultations en planification par des entreprises réglementées, *M.B.*, 27 mai 2014.

Décret flamand du 3 juillet 2015 contenant diverses mesures d'accompagnement de l'ajustement du budget 2015, *M.B.*, 15 juillet 2015, p. 46063, trad. pp. 46067 et s.; erratum, *M.B.*, 23 juillet 2015, 2^e éd., pp. 47292 et s.

Décret wallon du 17 décembre 2015 contenant le budget des recettes de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2016, *M.B.*, 30 décembre 2015, 2^e éd., p. 81354.

Ordonnance bruxelloise du 18 décembre 2015, *M.B.*, 30 décembre 2015, 2^e éd., p. 81429.

Sources internet:

ADRIAENS, J., "Schenkbelasting van 3% : zijn er betere alternatieven ?", disponible sur http://ondernemingsdatabank.indicator.be/successieplanning/schenkbelasting_van_3_zijn_er_betere_alternatieven_/VLTAEBAR_EU08011801/related

BOLLEN, N., « Les erreurs les plus fréquentes en matière de planification successorale », www.lecho.be (24/02/2017)

DYKMANS, I., « Une assurance pour se protéger après une donation? », www.lecho.be, 24/03/2017

HERVE, L., « Réussir sa planification successorale : quelle stratégie adopter selon son âge ? », disponible sur <http://www.eastaccountancy.be/telechargement/l-herve-east-accountancy-180216-r-ussir-sa-planification-successorale.pdf> (13 avril 2017).

LEJOINT, F., « 80% des Belges n'ont pas de planification successorale », www.lecho.be, (14/03/2017).

STEENACKERS, J., « Trois manières de planifier sa succession 'in extremis' », disponible sur <http://moneytalk.levif.be/finance-et-bourse/fiscalite/trois-manieres-de-planifier-sa-succession-in-extremis/article-normal-429035.html> (24 avril 2017).

Articles anonymes :

X, « Hoe schenken tegen minder dan 3%? », disponible sur http://ondernemingsdatabank.indicator.be/successieplanning/hoeschenken_tegen_minder_dan_3/VLVMVMAR_EU19061401/related

X, « "Faire comme si" peut s'avérer payant », disponible sur http://businessdatabase.indicator.be/regimes_matrimoniaux/faire_comme_si_peut_s_averer_payant/WAPMPMAR_EU020906/65/related

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

