

Revue du notariat belge

Revue du notariat belge

2808^e livraison

Juin 1990

116^e année

S O M M A I R E

1. DOCTRINE :

- **Tontine - Aspects civil et fiscal**, par Gabriel Rasson 286

2. LEGISLATION :

- Arrêté royal du 20 avril 1990 fixant le programme et les conditions de l'examen d'aptitude d'expert comptable 320

3. REVUE DE LA JURISPRUDENCE BELGE :

- 1° **Contrat de mariage**. — Modification d'une clause d'attribution de communauté en clause de préciput. — Détermination de son objet. — Précisions requises. — Homologation (Anvers, 1^{re} ch., 6 décembre 1989) 325
- 2° **Honoraires notariaux**. — Saisie-exécution immobilière. — Débiton. — Obligation à la dette (Cass., 1^{re} ch., 19 avril 1990) 328
- 3° **Régimes matrimoniaux**. — Modification de la consistance des patrimoines. — Droits des créanciers. — Modification n'atteignant pas le gage de créanciers. — Homologation (Anvers, 1^{re} ch., 13 décembre 1989) 332

4. REVUE SOMMAIRE DE LA JURISPRUDENCE ETRANGERE :

- **Successions**. — Option. — Acceptation tacite. — Défense à une action en justice (Cass. franç., 1^{re} ch. civ., 19 décembre 1989 - Note Jean Sace).. 334

5. COMMUNIQUE 341

6. BIBLIOGRAPHIE 342

7. NOTARIAT 344

8. INDEX (mai) 344

TONTINE

ASPECTS CIVIL ET FISCAL

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE PRELIMINAIRE RAPPEL DES PRINCIPES ANALYSE DU MECANISME

- A. — *Situation au décès*
- B. — *De qui le survivant tient-il son droit ?*

DEUXIEME PARTIE TONTINE ET ACCROISSEMENT TONTINE ET PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

TROISIEME PARTIE LA TONTINE ET LES MEUBLES

- A. — *Position de la question*
- B. — *Perspectives*

QUATRIEME PARTIE LA TONTINE DANS UN CONTRAT PRINCIPAL

Chapitre premier En pleine propriété ou en usufruit ?

Chapitre II A qui s'adresse la tontine ?

- A. — *Epoux conventionnellement séparés de biens*
 - 1. — *Avantages successoraux.*
 - 2. — *Ventes et cessions entre époux.*
 - 3. — *Donation entre époux - Participation dans le prix.*
- B. — *Epoux sous le régime de la communauté*
- C. — *Concubins*
 - 1. — *Avantages successoraux.*
 - 2. — *Donation.*

D. — *Frères et sœurs, amis*

Chapitre III Situation fiscale selon la technique choisie et selon les parties à la clause

- A. — *Situation au moment de la vente*

B. — Situation au moment du décès d'un des partenaires1. — *Position de l'administration.*

- a) Position de l'administration sur la tontine en usufruit.
- b) Position de l'administration sur la tontine en pleine propriété.

2. — *Réflexions critiques.*

- a) Réflexions critiques quant à la position de l'administration sur la tontine en usufruit.
- b) Réflexions critiques quant à la position de l'administration sur la tontine en pleine propriété.

1. — *Préliminaire.*

- a) L'article 16 du Code des droits d'enregistrement.
- b) Pourquoi pas un droit de partage selon les articles 109 et suivants du Code des droits d'enregistrement ?

2. — *Position de l'administration sur la tontine en pleine propriété : critique.*

- 1) *Concubins.*
- 2) *Epoux.*

3. — *Délais.*

Chapitre IV

Indivision et sortie d'indivision pendente conditionne1. — **Controverse**2. — **Conséquences**

- 1. — *Cession de droits indivis à l'autre partie.*
- 2. — *Sortie unilatérale d'indivision.*
- 3. — *Cession des droits indivis à un tiers.*
- 4. — *Droits des créanciers.*
- 5. — *Aspect fiscal.*

Chapitre V

Questions particulières

- 1. — *Clause de tontine dans une donation.*
- 2. — *Les indemnités locatives.*
- 3. — *La transcription.*

CINQUIEME PARTIE

LA TONTINE ENVISAGEE SEULE, APRES UN CONTRAT PRINCIPAL

- 1. — *D'un point de vue civil.*
- 2. — *D'un point de vue fiscal.*
 - Au jour de l'acte.
 - Au moment du prédécès.

SIXIEME PARTIE

TECHNIQUES AVOISINANTES ET CLAUSES SPECIALES

Chapitre premier

Clause de vente croisée ou « Clause Istas »

Chapitre II

Acquisition par l'un de l'usufruit et par l'autre de la nue-propriété

Chapitre III

Tontine « asymétrique »

CONCLUSION

INTRODUCTION

S'il y a bien une clause que l'on retrouve de plus en plus dans les ventes d'immeubles, c'est la clause de tontine.

Cette clause est devenue réellement « à la mode » et le grand public a commencé à s'y intéresser (1).

Il n'est plus discuté par personne que la tontine est une *clause aléatoire* et donc, en soi, à *titre onéreux* (2) où chacun fait l'acquisition de sa propre partie sous la condition résolutoire de son prédécès, et l'acquisition de la partie de l'autre sous la condition suspensive de sa propre survie (ou, évidemment, prédécès de cet autre).

En pratique, la formule se retrouve le plus souvent pour l'usufruit uniquement (« clause Raucent ») : chacun acquiert l'usufruit d'une moitié indivise sous la condition résolutoire de son prédécès (ou de la survie de l'autre partie) et l'usufruit de l'autre moitié indivise sous la condition suspensive de sa propre survie (ou du prédécès de l'autre partie) (2bis).

L'aléa, c'est la probabilité de survivre ou de décéder le premier, c'est la chronologie des décès.

(1) *Budgets et droits*, « Une "tontine" pour comprimer les droits de succession », avril 1987, n° 72, pp. 26-30 (signé : D.E. et R.S.); « Le Cri », *Revue du syndicat national des propriétaires*, n° 131, 1989, « Acquisitions immobilières : qu'est-ce que la tontine ? », Information transmise par la Commission régionale francophone de la Fédération royale des notaires de Belgique.

(2) H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 5, n° 354; Bruxelles, 11 mars 1919, *Rec. gén.*, 1919, pp. 204-238; Décision du 14 janv. 1918, *Rec. gén.*, 1919, pp. 381-382; Décision du 25 juin 1942, *Rec. gén.*, 1943-1945, pp. 89-91; Rapport de M^e Van Impe, *C.E.L.*, 1958, pp. 32-37; P. Voirin, note sous Cass. civ., 1^{re} ch., 3 févr. 1959, *Jurisprudence*, 1960; L. Raucent, « La clause d'attribution de l'usufruit au survivant des époux », *Rev. not.*, 1971, pp. 362-365; F. Bouckaert, « Un procédé juridique oublié : la tontine », *Rev. not.*, 1983, pp. 570-584; G. Morin, note sous Cass. civ., 1^{re} ch., 11 janv. 1983, *Rép. not. Defrenois*, 1983, 1^{re} partie, pp. 985-999; L. Weys, « A deux ? », Rapport des journées notariales d'Houffalize, pp. 365 et s.; Anvers, 1^{re} ch., 10 févr. 1988, *Rev. not.*, 1988, pp. 437-443.

(2bis) L. Raucent, *op. cit.*, p. 288.

Le titre onéreux, c'est la réciprocité des chances concédées.

Les doubles conditions suspensive et résolutoire constituent le procédé le plus sûr (voy. *infra*, 2^e partie, la comparaison avec l'accroissement) de modaliser cet aléa. La bonne compréhension de ces doubles conditions est fondamentale; d'après nous, elles apportent la réponse à nombre de questions qui se posent en cette matière.

Il est important d'insister sur le *but recherché* dans la clause de tontine : il est double.

Le premier, purement *civil*, est de donner le plus de garanties au survivant et d'assurer à celui-ci au moins la jouissance de l'immeuble jusqu'à son décès (et ceci concerne surtout les concubins) mais aussi de se prémunir soi-même pour l'avenir, après le décès de l'autre.

L'autre avantage recherché est *fiscal*. Les parties à la tontine cherchent à assurer au survivant la meilleure situation fiscale lors du décès du premier d'entre eux.

Rechercher la manière la plus adéquate d'atteindre ce double but est l'objet du présent exposé.

PREMIERE PARTIE

PRELIMINAIRE

RAPPEL DES PRINCIPES - ANALYSE DU MECANISME

Pour mieux comprendre la tontine, il est nécessaire d'analyser ce qui se passe réellement quand les conditions suspensive et résolutoire se réalisent.

Pour simplifier cet exposé, on partira dans un premier temps de l'hypothèse la plus simple : la clause de tontine est insérée dans un acte de vente et les deux acquéreurs ont décidé de placer leur acquisition sous le mécanisme de la tontine en pleine propriété, soit :

CLAUSE DE TONTINE EN PLEINE PROPRIETE

« Chacun des acquéreurs acquiert du vendeur :

» 1) une moitié indivise en pleine propriété de ce bien sous la condition résolutoire de son prédécès (ou de la survie de l'autre acquéreur), et

» 2) l'autre moitié indivise en pleine propriété de ce bien sous la condition suspensive de sa propre survie (ou du prédécès de l'autre acquéreur) ».

A. — Situation au décès

Supposons que A décède le premier.

a) Il en résulte deux conséquences, portant sur la part que A avait acquise sous condition résolutoire et B sous condition suspensive :

- la condition résolutoire rétroagit et, au moment de son décès A est censé n'avoir jamais été propriétaire de cette part;
- la condition suspensive rétroagit également au moment du décès et B est censé avoir été propriétaire de cette part depuis le jour de l'acte initial générateur de droits (ici : la vente).

b) Il en résulte aussi deux conséquences, portant sur la part que B avait acquise sous condition résolutoire et A sous condition suspensive :

- la condition résolutoire est défaillie (art. 1176, C. civ. : il est certain que l'événement — le prédécès de B — n'arrivera jamais) et son droit de propriété sur sa part est définitivement conforté;
- la condition suspensive est également défaillie (la survie de A ne se réalisera jamais).

On ne s'étendra pas sur la question de savoir si ce type de condition est bien un événement futur et incertain (art. 1168, C. civ.). Si le décès est un événement certain dans le fait même de sa survenance, la chronologie des décès est bien incertaine (3).

Comme cette chronologie est l'essentiel de la réalisation des conditions (voy. les mots « survie », « prédécès »), le mécanisme est bien respectueux de l'article 1168 du Code civil.

On voit bien à quel point *la rétroactivité* consécutive à la réalisation des conditions est importante dans cette figure : elle institue B plein propriétaire au jour de la vente.

On relira utilement à ce propos le *Traité élémentaire de droit civil belge* de De Page (3bis), dans lequel les principes inhérents au mécanisme des conditions sont entièrement repris.

B. — De qui le survivant tient-il son droit ?

Cette rétroactivité est à l'origine du débat, capital en cette matière qui est de savoir de qui la partie survivante détient la part qu'elle a acquise lors de la réalisation de la condition suspensive.

Le problème est le suivant : d'une part, la rétroactivité, logiquement comprise, a pour conséquence que le survivant tient directement ses droits du tiers aliéneur (le vendeur); d'autre part, il peut sembler difficile d'affirmer cela, alors que le tiers aliéneur est à première vue tiers à la clause de tontine : ce n'est pas lui qui l'a voulue.

(3) N. Verheyden-Jeanmart, « Le statut patrimonial du mariage de fait », *Le ménage de fait*, colloque, 21-22 nov. 1985, pp. 30 et s.; N. Verheyden-Jeanmart, « Sort de l'immeuble habité par les concubins en cas de décès de l'un d'eux », *Rép. not.*, t. XV, liv. VI, n° 98-1 à 98-16.

(3bis) H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, tit. II, pp. 196-220.

Cette question est très controversée (4) et a de nombreuses conséquences, surtout fiscales : au moment de la réalisation de la condition, doit-on considérer :

- 1) soit qu'il y a une transmission entre A et B,
- 2) soit qu'il y a une transmission du tiers aliénateur directement à B, à compter de la vente, par l'effet de la rétroactivité.

Nous proposons d'analyser la situation ainsi : la tontine est bien une *modalité de la vente*, à part entière.

C'est bien le tiers aliénateur qui vend sous condition suspensive et condition résolutoire chaque moitié du bien.

La preuve en est que *si le vendeur refusait cette clause, il ne serait pas possible de la mettre dans l'acte.*

Mais ceci fait, il n'est plus concerné par cette clause, qui n'a plus d'effet que pour les acquéreurs : ce sont bien eux qui l'ont voulue, puisqu'une fois la vente conclue, elle ne concernera plus qu'eux.

La tontine est une clause voulue par les acquéreurs, mais qui nécessite l'assentiment du vendeur.

On peut comparer ce phénomène à celui de la vente où les acquéreurs achètent l'un l'usufruit et l'autre la nue-propriété. Personne ne contestera que dans ce cas, c'est bien du vendeur que les parties tiennent chacune leurs droits, mais personne ne contestera non plus que ce sont les acquéreurs qui l'ont voulu et que la situation qui en résulte ne concerne plus qu'eux. C'est la même chose pour la tontine.

Il est donc fondamental de distinguer les effets de la clause :

- 1) *entre le vendeur et les acquéreurs* qui feront que c'est du vendeur que les acquéreurs tiennent et tiendront leurs droits tant de leur vivant qu'au prédécès;
- 2) *entre les acquéreurs eux-mêmes*, effets qui feront notamment que cette clause est aléatoire, que chacun devra participer dans le prix à concurrence de ses chances, etc.

C'est cette complexité des effets de la tontine qui explique que l'on parle indifféremment de « clause de tontine », ou de « pacte tontinier », ces expressions évoquant tantôt les effets entre le vendeur et les acquéreurs, tantôt les effets entre les acquéreurs eux-mêmes.

(4) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; Rapport de M^e Van Impe, *op. cit.*; E. Genin et A. Genin, *Commentaires du Code des droits d'enregistrement*, Bruxelles, 1950, pp. 143-144; G. Morin, *op. cit.*; A. Le Hon, *Rev. prat. not. b.*, 1958, pp. 309-325; Rapport du professeur Bours, *C.E.L.*, 1980, pp. 354-369 et note de M^e Delière; *C.E.L.*, 1976, pp. 380-389 et Rapport du professeur Schreuder.

DEUXIEME PARTIE
TONTINE ET ACCROISSEMENT
TONTINE ET PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

On s'arrêtera quelque peu sur la différence entre la tontine et l'accroissement.

Cette comparaison permettra de mettre en lumière que la tontine n'est pas un pacte sur succession future [art. 791, 1130, C. civ., etc. — sur la question (5)].

La question fait l'objet d'une doctrine et d'une jurisprudence abondantes (6).

Dans la tontine, l'aléa est modalisé par le jeu des conditions suspensives et résolutoires (cf. *supra*, sur ce mécanisme). La propriété sera censée avoir été transférée directement par le vendeur, à compter du jour de la vente, sans jamais être passée par le patrimoine du défunt, par l'effet de la rétroactivité.

L'accroissement, quant à lui, est aussi effectué à titre aléatoire, mais il n'est pas ainsi modalisé et le transfert de propriété s'effectue au jour du décès, sans rétroactivité. Ce transfert de propriété ne pourra pas être compris comme effectué par le vendeur, mais bien par une partie au profit de l'autre.

En d'autres termes, la tontine « saute une étape » et la technique de l'accroissement ne connaît pas ce « court-circuit ».

Cette différence dans la technique de transfert de propriété rend l'accroissement plus critiquable que la tontine.

Certains considèrent en effet que l'accroissement est un pacte sur succession future (7). La question reste vivement débattue, surtout en France.

Un récent arrêt de la cour d'appel d'Anvers (8) répond par la négative (notons que cet arrêt confond tontine et accroissement : « ... la clause d'accroissement, également dénommée tontine, ... »).

(5) A. Le Hon, *op. cit.*; P. Voirin, *op. cit.*; G. Morin, *op. cit.*; Cass. fr., ch. mixte, 27 nov. 1970, pp. 81-83, *D.S.*, pp. 81-83 (voy. aussi concl. av. gén. M^e Lindon); F. Bouckaert, *op. cit.*; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*; Anvers, 1^{re} ch., 10 févr. 1988, *op. cit.*

(6) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; A. Le Hon, *op. cit.*; A. Le Hon, *C.E.L.*, 1962, t. 1, p. 248; L. Raucant, *op. cit.*; J.F. Taymans, G. Gahylle et D. De Paoli-Clause, « Le statut des biens acquis par deux concubins », *Rev. not.*, 1985, pp. 338-357.

(7) A. Le Hon, *op. cit.*; P. Voirin, *op. cit.*; G. Morin, *op. cit.*; Cass. fr., ch. mixte, 27 nov. 1970, *op. cit.*; F. Bouckaert, *op. cit.*; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*; Anvers, 1^{re} ch., 10 févr. 1988, *op. cit.*

(8) A. Le Hon, *op. cit.*; P. Voirin, *op. cit.*; G. Morin, *op. cit.*; Cass. fr., ch. mixte, 27 nov. 1970, *op. cit.*; F. Bouckaert, *op. cit.*; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*; Anvers, 1^{re} ch., 10 févr. 1988, *op. cit.*

De toute manière, la tontine ne pourra jamais être considérée comme un pacte sur succession future, puisqu'au décès l'immeuble sera censé n'avoir jamais été dans le patrimoine du défunt. Il est dès lors exclu de la masse successorale.

Certains auteurs considèrent que la distinction entre tontine et accroissement est, à ce propos, tout à fait artificielle.

Il est néanmoins certain que d'un point de vue théorique, la tontine est mieux conçue que l'accroissement pour ne pas être considérée comme un pacte sur succession future.

La seule chose presque unanimement reconnue est que la tontine est juridiquement plus sûre, puisque la partie survivante est censée avoir été propriétaire ou usufruitière de la partie de l'autre, acquise sous la condition suspensive de sa propre survie, depuis le jour de l'acte de vente (9).

Cet aspect des choses nous pousse à insister sur le fait que la *formulation de la clause* est tout à fait capitale. Contrairement à ce que pensent certains auteurs (10), juridiquement parlant, un accroissement n'est pas une tontine, même si les fins recherchées sont identiques.

Il est bien entendu que le but recherché par les parties est le même, que l'on utilise une tontine ou un accroissement, et on pourra rétorquer qu'un juge peut toujours interpréter la volonté réelle des parties. C'est vrai, mais n'est-il pas préférable de prévoir dès le départ la technique juridique la plus sûre, la moins sujette à discussions ? C'est en tout cas le rôle du notaire de conseiller ses clients dans ce sens.

En outre, plus la clause sera explicite et complète, plus la situation sera juridiquement sûre.

Notons enfin que les confusions entre les deux procédés sont omniprésentes tant en doctrine qu'en jurisprudence (11) : l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 10 février 1988 précité en est un exemple flagrant (du moins dans sa traduction française). Seuls quelques auteurs y échappent (12).

(9) L. Raucent, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*

(10) (11) (12) *Budgets et droits*, *op. cit.*; F. Bouckaert, *op. cit.*; G. Morin, *op. cit.*; M. Donnay, *Rec. gén.*, pp. 5-29; Bruxelles, 11 mars 1919, *op. cit.*; A. Le Hon, *op. cit.*; G. Morin et R. Benoist, année 1968, *Doctrine et jurisprudence*, pp. 757-762; L. Raucent, *op. cit.*; Rapport de M^e De Boungne, *C.E.L.*, 1972, pp. 244-261; *C.E.L.*, 1976, pp. 380-389 et Rapport du professeur Schreuder; L. Weyts, *op. cit.*; N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; J.-F. Taymans, G. Gahylle et D. De Paoli-Clause, *op. cit.*; Ch. Larroumet, note sous Cass. fr., 11 janv. 1983, *Dall.-Sir.*, 1983, 1, p. 501.

TROISIEME PARTIE

LA TONTINE ET LES MEUBLES

A. — *Position de la question*

Pratiquement, on ne trouve guère de tontine dans les contrats mobiliers. Les raisons semblent en être les suivantes :

- 1) d'un point de vue *économique*, les meubles sont généralement de moindre valeur que les immeubles;
- 2) il est généralement plus important, d'un point de vue *sociologique*, de ménager au survivant un logement après le décès de l'autre partie, que l'usufruit ou la propriété de meubles;
- 3) d'un point de vue *fiscal*, les problèmes de droit d'enregistrement ne se posent généralement pas pour les meubles (exceptées les donations, la plupart du temps réalisées par don manuel pour éviter les droits, et les ventes publiques de meubles);
- 4) peu de transactions mobilières passent par les mains des notaires et il semble que la tontine soit peu connue ailleurs que dans leurs études.

B. — *Perspectives*

Néanmoins, il serait intéressant de creuser la question.

Tout d'abord, d'un point de vue *économique*, la valeur des meubles va croissant (automobiles, ordinateurs, ...).

Ensuite, au point de vue *sociologique*, certains meubles peuvent être indispensables au survivant, dans certains cas (le matériel nécessaire à l'exercice d'une activité professionnelle, par exemple).

Enfin, *fiscalement*, la tontine, qui permet d'éviter les droits de succession, serait un avantage non négligeable pour le survivant.

Il y aurait là une technique différente de celle du don manuel, qui recouvrirait d'autres situations.

Même si ces matières échappent la plupart du temps au *monde notarial*, tout au moins au moment de la réalisation des contrats, on peut se demander si les notaires pourraient, dans certains cas, proposer à leurs clients d'user de la tontine dans leurs transactions mobilières.

En ce cas, il serait utile que les clients s'en ménagent des preuves valables, voire même qu'ils fassent enregistrer leurs conventions pour leur conférer date certaine.

On ajoutera qu'en droit commercial, en matière d'actions ou parts sociales, ce mécanisme se retrouve parfois, et engendre des problèmes spécifiques [sur la question (13)].

Pour la cohérence du présent exposé, on se limitera, dans la suite, aux transactions immobilières, mais la plupart des règles dont il sera question ci-dessous valent pour les meubles, *mutatis mutandis*.

QUATRIEME PARTIE

LA TONTINE DANS UN CONTRAT PRINCIPAL

Chapitre premier

En pleine propriété ou en usufruit ?

Comme mentionné plus haut, les deux formules existent.

1. — *En pleine propriété*, le survivant sera plein propriétaire de l'entièreté de l'immeuble et le sera, par le pouvoir de la rétroactivité, à dater de la vente (acte initial générateur de droits).

2. — En pratique, la tontine *en usufruit* est préférée : le survivant sera propriétaire de sa partie en pleine propriété et usufruitier de la part de l'autre (14). La nue-propriété n'intervient alors pas dans les chances que se sont cédées les parties l'une à l'autre. Pour le reste, cette formule fonctionne comme celle de la pleine propriété.

Le notariat préfère cette formule, qui protège mieux le patrimoine des familles. Le patrimoine du prédécédé reste en effet intact, puisque ses successeurs héritent en nue-propriété et que la pleine propriété se reconstituera le jour du décès du survivant. Il faut reconnaître que cette formule est plus respectueuse des héritiers du prédécédé, tout en protégeant adéquatement le survivant (garantie de la jouissance de l'immeuble). C'est particulièrement le cas quand les acquéreurs ont des descendants de lits différents.

On le verra plus loin, le régime fiscal de la tontine en usufruit est, dans l'état actuel des choses, beaucoup plus avantageux que celui de la tontine en pleine propriété. Bien entendu, ce point doit être pris en compte par le praticien.

(13) F. Bouckaert, *op. cit.*; J.G. Raffray, « Tontine et société », *La semaine juridique*, 62^e année, *Doctrine*, 1988, n° 3327; *C.S.W.*, 1989, dossier 6169, et avis C.C. 89/1604 du 4 oct. 1989; L. Weyts, « De tontine bij vennootschappen », *C.S.W.*, dossier 6169.

(14) Notamment L. Raucent, *op. cit.* et L. Weyts, *op. cit.*

On reproduit ici, pour mémoire, la très connue *clause Raucent* :

« Chacun des époux acquiert du vendeur une moitié indivise du bien et, en outre, sous la condition de sa survie, l'usufruit de l'autre moitié vendue à son conjoint, lequel n'en a la jouissance que sous la condition résolutoire de son prédécès, de sorte que les héritiers du premier mourant n'auront la jouissance de leur moitié qu'au décès du survivant des acquéreurs ».

Néanmoins, afin de mettre en exergue le double jeu des conditions, nous nous permettons de proposer plutôt une clause ainsi libellée :

CLAUSE DE TONTINE EN USUFRUIT :

« Chacun des acquéreurs acquiert du vendeur :

» 1) une moitié indivise du bien, étant entendu que l'usufruit portant sur cette moitié est acquis sous la condition résolutoire de son propre prédécès (ou de la survie de l'autre acquéreur);

» 2) l'usufruit portant sur l'autre moitié indivise, étant entendu que cet usufruit est acquis sous la condition suspensive de sa propre survie (ou du prédécès de l'autre acquéreur) ».

On ajoutera éventuellement, à des fins uniquement didactiques :

« ... de sorte que le survivant des acquéreurs sera réputé avoir été plein propriétaire d'une moitié du bien et usufruitier de l'autre moitié à compter du jour de la vente, et que les héritiers du premier mourant n'auront la jouissance de leur moitié qu'au décès du survivant des acquéreurs ».

Chapitre II

A qui s'adresse la tontine ?

A. — *Epoux conventionnellement séparés de biens*

On peut se demander quels sont les avantages que recherchent les époux qui optent pour cette formule.

1. — *Avantages successoraux.*

La loi prévoit que le conjoint survivant⁶ hérite de l'usufruit des biens du *de cuius* (art. 745bis, C. civ.).

De plus, au cas où le survivant serait *déshérité* (et donc réduit à sa réserve d'une moitié en usufruit), l'usufruit du logement principal de la famille, ainsi que les meubles le meublant, lui serait de toute manière réservé, même si cet usufruit dépasse sa part réservataire (art. 915bis, C. civ.).

La tontine est néanmoins intéressante, à ce niveau, pour les immeubles qui ne sont pas le logement principal de la famille (résidence secondaire, immeuble de rapport, ...).

Signalons également que la tontine protège des *demandes de conversion d'usufruit* par les descendants du *de cuius* (art. 745quater C. civ.), en ce qui concerne les immeubles qui ne sont pas le logement

principal de la famille (pour le logement principal de la famille et les meubles le meublant, la conversion peut se faire uniquement avec l'accord du conjoint survivant, qui est donc suffisamment protégé : article 745^{quater}, § 4, C. civ.).

La tontine confère également une protection efficace face à la *demande en justice de résidence séparée*, qui permet, conformément à l'article 915, § 3, du Code civil, de déshériter complètement l'autre époux.

La raison de cette protection est que le survivant se retrouve, au décès du conjoint, investi des droits en pleine propriété ou en usufruit (selon la formule choisie) sur la part acquise par l'autre, *comme s'il l'était depuis le jour de la vente*, par l'effet de la réalisation de la condition, qui est de l'investir de ces droits rétroactivement. Ces droits sont censés ne jamais s'être trouvés dans le patrimoine du prédécédé et, par conséquent, ne dépendent pas de sa succession.

Rappelons à ce propos qu'en matière de tontine en usufruit, l'usufruit sur la moitié indivise acquise par le premier mourant ne s'éteint pas seulement par l'effet de la loi (art. 617, C. civ.), mais est aussi « effacé » au moment de la réalisation de la condition résolutoire, puisque l'effet en est rétroactif.

Il faut enfin insister sur le fait que protéger à ce point le conjoint survivant n'est *pas souhaitable dans tous les cas*. On veillera donc à éviter les automatismes en la matière.

2. — *Ventes et cessions entre époux.*

La tontine ne peut en aucune manière être comprise comme une vente ou comme une cession de droits indivis. Les articles 1595 du Code civil (limitation des ventes entre époux) et 1469, C. civ. (limitation des cessions de droits indivis entre époux séparés de biens) ne trouvent pas, dès lors, à s'appliquer lors de la réalisation de la condition suspensive, puisque le survivant tient directement ses droits du tiers aliénateur.

3. — *Donation entre époux - Participation dans le prix.*

Il ne s'agit pas non plus d'une donation entre époux, puisque la tontine est en principe conclue à titre onéreux.

La tontine échappe ainsi aux règles des articles 1096 et suivants du Code civil, relatifs aux donations faites entre époux autrement que par contrat de mariage.

Néanmoins, la tontine peut être constitutive d'une *donation déguisée*, avec les conséquences civiles et fiscales qui peuvent en découler. On conseillera donc aux époux d'âges sensiblement dif-

férents de *tarifer la part* qu'ils paient chacun (15). En effet, une trop grande différence d'âge est de nature à déséquilibrer l'aléa et à donner à une des parties une trop grande chance de « gagner ».

Pour éviter ce déséquilibre, on établira des portions différentes à payer par chacune des parties dans le prix, suivant des tables de mortalité.

La formule générale suivante est proposée :

— soit P = le prix, soit x = la durée de vie probable de la partie A et y = la durée de vie probable de la partie B :

— A paiera P multiplié par $\frac{x}{x + y}$ et

— B paiera P multiplié par $\frac{y}{x + y}$ (16).

Exemples.

1) *En pleine propriété.*

M. A et Mme B sont des époux mariés sous le régime de la séparation des biens. M. A a 70 ans et Mme B en a 50. Ils achètent un immeuble dont le prix est 2.000.000 de F, et achètent en insérant une clause de tontine en pleine propriété dans l'acte de vente.

Pour calculer la quote-part que chacun devra payer dans le prix, on prendra des tables de mortalité (dans cet exemple-ci, nous avons employé la table Dillaerts (1968-1972) publiée par les Codes Larcier, tout en étant bien conscients que des tables plus récentes existent, notamment auprès des compagnies d'assurances).

L'espérance de vie de M. A est de 9,47 et celle de Mme B est de 27,69.

— M. A paiera donc $\frac{2.000.000 \times 9,47}{37,16} = 509.688 \text{ F}$;

— Mme B paiera donc $\frac{2.000.000 \times 27,69}{37,16} = 1.490.312 \text{ F}$.

2) Reprenons cet exemple, mais avec une *tontine en usufruit*.

Il faut ici, calculer au préalable la valeur de chacun des usufruits (celui de M. A sur sa moitié et celui de Mme B sur sa moitié).

On utilisera à cet effet le tableau du Code des droits de succession (art. 21, VI), tout en étant conscient, ici aussi, qu'il est loin d'être le point de référence idéal.

(15) L. Raucent, *op. cit.* et L. Weyts, *op. cit.*

(16) L. Weyts, *op. cit.*

- valeur de l'usufruit de M. A sur sa moitié :
 $1.000.000 \times 4 \% \times 6 = 240.000 \text{ F}$;
- valeur de l'usufruit de Mme B sur sa moitié :
 $1.000.000 \times 4 \% \times 13 = 520.000 \text{ F}$;

La valeur de l'usufruit total à prendre en compte est donc de :
 $240.000 \text{ F} + 520.000 \text{ F} = 760.000 \text{ F}$.

A ce stade-ci du raisonnement, il y a deux manières de procéder :

Première manière :

Chacun paiera une part de cet usufruit, compte tenu de ses chances.
 On en revient à la table de mortalité :

- M. A paiera $\frac{760.000 \times 9,47}{37,16} = 193.681 \text{ F}$;
- Mme B paiera $\frac{760.000 \times 27,69}{37,16} = 566.319 \text{ F}$.

Le solde représente la valeur de la nue-propriété à prendre en compte et sera payé moitié par chacun, soit $2.000.000 - 760.000 = 1.240.000 \text{ F}$, et $1.240.000 : 2 = 620.000 \text{ F}$.

De la sorte,

- M. A paiera $620.000 + 193.681 = 813.681 \text{ F}$;
- et Mme B paiera $620.000 + 566.319 = 1.186.319 \text{ F}$.

Deuxième manière :

Une manière plus facile, mais à notre avis moins précise, est que les parties paient chacune la valeur de son usufruit calculé suivant le Code, sans plus passer par l'étape des tables de mortalité comme ci-dessus (les tables du Code sont bien sûr elles-mêmes établies sur base de tables de mortalité, mais anciennes et avec des tranches d'âge, ce qui est moins précis).

M. A paie alors 240.000 F et Mme B 520.000 F comme quote-part respectives pour l'usufruit.

Soit :

- M. A : $240.000 + 620.000 = 860.000 \text{ F}$;
- et Mme B : $520.000 + 620.000 = 1.140.000 \text{ F}$.

L'avantage de cette manière de faire est de travailler avec des « chiffres ronds » et d'être très simple. Elle ne sera de plus pas contestée par l'administration.

Il est certain que ces calculs présentent des déficiences; c'est plutôt le propos des mathématiciens de les relever. Il s'agit seulement ici de donner des schémas de calcul accessibles à tous et suffisamment valables pour que les prestations financières de chacun des acquéreurs restent plus ou moins équilibrées.

La *jurisprudence* semble d'ailleurs *très souple* dans son évaluation des chances (17).

L'inconvénient de ces formules est que *la partie la plus jeune*, et donc souvent la moins argentée, devra payer *la plus grande partie du prix*.

Le professeur Luc Weyts propose, pour remédier à cet inconvénient, qu'il soit convenu que les parties paient chacune la moitié du prix au jour de l'acte et qu'au jour du décès, la partie survivante (par hypothèse la plus jeune) paie un pourcentage de la valeur du bien aux héritiers du *de cuius* (18).

Cette idée, pour ingénieuse qu'elle soit, ne tient pas compte du fait que la partie la plus jeune pourrait prédécéder. Dans ce cas, les héritiers du *de cuius* seraient perdants non seulement sur le plan de la tontine, mais en plus, ils devraient rembourser cette créance qu'aurait la partie survivante. Les héritiers devraient payer le prix de la chance supplémentaire qu'avait le plus jeune des deux acquéreurs, alors qu'ils savent que cette chance est perdue !

Cet effet pervers semble inévitable. On conseillera donc aux parties d'user avec prudence de cette technique de prix différé.

Notons enfin que la *jurisprudence* semble également prendre en compte des éléments autres que l'âge, tels que la condition physique des parties, considérée bien sûr au jour du contrat (19).

B. — *Epoux sous le régime de la communauté*

Dans ce cas, les auteurs ont tendance à n'admettre la tontine que si les époux font l'acquisition *en emploi de fonds propres*. Dans ce cas, les règles sont exactement les mêmes que pour les époux en séparation de biens (20).

La question qu'il reste à se poser est la suivante : des époux peuvent-ils faire l'acquisition pour le compte de la communauté existant entre eux, ladite communauté faisant cette acquisition sous la condition résolutoire du décès d'un des époux, chacun d'eux faisant l'acquisition de l'immeuble sous la condition suspensive du décès de son conjoint ?

Du vivant des époux, l'immeuble serait en communauté. Au décès du premier d'entre eux, l'immeuble passerait dans le patrimoine propre du second.

(17) Anvers, 1^{re} ch., 10 févr. 1988, *op. cit.*

(18) L. Weyts, *op. cit.*

(19) Anvers, 1^{re} ch., 10 févr. 1988, *op. cit.*

(20) F. Bouckaert, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*

On dirait alors que les époux font entre eux cette convention de tontine, par le biais de leur patrimoine commun. Ce patrimoine commun, d'ailleurs appelé à être dissous le jour du décès d'un des conjoints, n'aurait servi que de transit du vivant des époux, notamment pour les règles de gestion.

La majorité des auteurs s'opposent à cette construction (violation des règles de partage et de dissolution de la communauté).

La question touche, à notre avis, à la rétroactivité : au moment du décès, le survivant est censé être seul propriétaire du bien, comme s'il l'avait toujours été depuis le jour de l'acte initial générateur de droits.

La question est dès lors la suivante : ce bien acquis par hypothèse au moyen des deniers communs peut-il être réputé avoir été un bien propre, *ab initio* ?

A notre avis, non, car les articles 1427 et suivants du Code civil concernant la dissolution du régime légal ne prévoient aucune rétroactivité pour cette dissolution. Ce système ne serait en effet possible que si la communauté était censée n'avoir jamais existé. Or, ce n'est pas le cas.

D'autres cas devraient être analysés. Par exemple, si chacun des trois patrimoines payait le tiers de l'immeuble.

Ou encore, si un seul des patrimoines payait la moitié de l'immeuble et le patrimoine commun l'autre moitié.

Il faut bien reconnaître que la tontine est peu compatible avec le régime légal. Pratiquement, il vaudra mieux s'abstenir, et garder en vue certaines solutions classiques : réserve du conjoint survivant, testament, avantages matrimoniaux tels qu'une attribution de communauté, donations entre époux,

Une solution proposée par le professeur Léon Raucent est de limiter, pour ces époux, la tontine à un simple droit d'habitation, incessible (et ne pouvant donc tomber en communauté), ce qui résout le problème (21).

C. — *Concubins*

En ce qui concerne les concubins, la tontine est encore plus avantageuse, sur le plan civil.

Dans l'esprit du Code, ceux-ci ne sont rien l'un pour l'autre, et souvent les concubins veulent garantir au survivant la jouissance de l'immeuble qu'ils ont acheté ensemble.

1. — *Avantages successoraux.*

Le mécanisme de la tontine permet au survivant des concubins de *ne pas dépendre d'un testament* du prédécédé pour avoir l'usufruit ou la pleine propriété de tout l'immeuble.

(21) L. Raucent, *op. cit.*

On évite en outre les réductions qui peuvent être faites pour les libéralités et les legs (art. 920, C. civ. et s.) lors de l'ouverture de la succession, puisque le bien ne fait pas partie de la masse fictive de calcul, étant réputé avoir toujours appartenu au survivant.

2. — *Donation.*

La tontine étant faite à titre onéreux (voy. *supra*), l'avantage concédé à l'autre n'est pas une libéralité, dont la validité serait précaire pour des raisons d'ordre public (21*bis*).

On conseillera néanmoins aux concubins de « tarifer » l'aléa réciproque (voy. *supra*) et de payer des parts différentes selon leurs âges.

D. — *Frères et sœurs, amis*

Il va de soi que toutes les autres communautés humaines peuvent bénéficier de cette clause. C'est d'ailleurs par le biais des communautés religieuses qui ne bénéficient pas de la personnalité morale que cette figure est née, car elle permettait au bien de rester dans la communauté. L'apparition des a.s.b.l. l'a rendue inutile pour celles-ci (22).

Chapitre III

Situation fiscale selon la technique choisie et selon les parties à la clause

A. — *Situation au moment de la vente*

A ce moment, la solution est simple et ne pose pas de problème : chaque partenaire paie les droits d'enregistrement sur sa part, acquise sous condition résolutoire. Ces droits sont définitivement acquis à l'État, puisque les cas de restitution sont énumérés exhaustivement dans le Code des droits d'enregistrement. La réalisation d'une condition résolutoire n'y figure pas (art. 208 et s.).

(21*bis*) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; H. Casman, « Enkele bedenkingen in verband met overeenkomsten tussen ongetrouwd samenwonenden », *nota opgesteld ten behoeve van de conferentie van notarissen van het arrondissement Antwerpen*, 23 mai 1988.

(22) *Budgets et droits*, *op. cit.*; Bruxelles, 11 mars 1919, *op. cit.*; Décision du 14 janv. 1918, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*

B. — Situation au moment du décès d'un des partenaires

Note introductive.

On l'a dit plus haut, au moment du décès, le bien objet de la tontine ne fait pas partie de la masse successorale (voy. 2^e partie : tontine et accroissement). Il ne sera donc jamais question de droits de succession.

Plus personne ne semble contester ce point.

Les questions et controverses qui subsistent ne portent donc que sur les *droits d'enregistrement*.

1. — Position de l'administration.

a) Position de l'administration sur la tontine en usufruit.

Notons tout de suite qu'en droit fiscal, qui a sa propre logique, la *différence entre accroissement et tontine n'a pas la même importance qu'en droit civil*. On y reviendra plus loin.

En ce qui concerne la tontine en usufruit, la position *actuelle* de l'administration est de considérer que, lors de la réalisation de la condition, *aucun droit n'est dû sur cet usufruit* (23). Pour arriver à cette conclusion, l'administration emboîte le pas à la *réflexion de Donnay* :

« Lorsque deux ou plusieurs personnes achètent l'usufruit de biens immeubles, avec la stipulation que la survivante d'elles jouira de la totalité de l'usufruit, il n'est pas possible de prétendre que la prémourante a disposé de son usufruit au profit des survivantes pour le temps où elle ne sera plus. En effet, l'usufruit constitué sur la tête de la prémourante prend nécessairement fin à son décès (art. 617, C. civ., ...).

» C'est donc du vendeur seul que le survivant des acquéreurs de l'usufruit tient son droit à l'accroissement. La perception du droit de vente qui a été faite à l'origine sur le prix stipulé (ou sur la valeur vénale si elle est supérieure) couvre aussi bien l'acquisition de l'usufruit conditionnel que l'acquisition de l'usufruit actuel. Il n'est donc dû aucun droit lors de l'accroissement (24).

» Ce qui précède est applicable lorsqu'un acte constate la vente d'un bien à une personne pour la nue-propriété et à deux ou plusieurs autres pour l'usufruit leur vie durant, donc avec la stipulation qu'au décès de l'une d'elles, il y aura accroissement au profit des survivantes.

(23) L. Weyts, *op. cit.*; L. Raucant, *op. cit.*; M. Donnay, *op. cit.*

(24) Décision du 11 août 1868 et du 30 juill. 1898, *Rec. gén.*, n^{os} 6865 et 12959.

» La solution paraît devoir être la même lorsqu'un acte constate, d'une part, la vente de l'usufruit d'un bien à deux personnes avec stipulation qu'au décès de l'une d'elles, l'autre bénéficiera de la totalité du bien et, d'autre part, la vente aux mêmes personnes de la nue-propriété du bien (*contra* : *Werdefroy*, n° 602). Certes, dans le chef du prémourant, cet acte équivaut à l'acquisition de la moitié de la pleine propriété du bien, mais il n'en reste pas moins que, dans le chef du survivant, il s'analyse comme étant l'acquisition, outre la moitié du bien en pleine propriété, de l'usufruit conditionnel de l'autre moitié (sous la condition de la survie à son coacquéreur) ».

Pourtant, d'un point de vue strictement fiscal, une lecture attentive de l'article 16 du Code des droits d'enregistrement ne permet pas, *a priori*, que l'usufruit échappe ainsi aux droits d'enregistrement lors de la réalisation de la condition.

L'administration répond à la question de la manière suivante : lors de l'acte initial générateur de droits, mettons la vente, les parties ont bien sûr payé le droit de vente sur la pleine propriété. Or, la pleine propriété est composée de la nue-propriété et de l'usufruit. Fictivement, on va donc prendre en compte cet usufruit.

Or, l'article 50 du Code des droits d'enregistrement prescrit que « lorsque l'usufruit est ou a été constitué sur la tête de deux ou plusieurs personnes avec droit d'accroissement ou de réversion, l'âge à prendre en considération (...) pour l'évaluation de l'usufruit (...) est celui de la personne la plus jeune ».

Donc, suivant ce raisonnement, l'usufruit a été calculé fictivement, lors du prélèvement du droit de vente, en tenant compte de l'âge du plus jeune, et donc au tarif le plus élevé.

C'est finalement le principe de *non bis in idem* qui trouve à s'appliquer.

Peu importe, d'ailleurs, dans la *ratio legis* de l'article 50, que ce soit la personne la plus âgée qui survive.

Précisons que ce raisonnement ne fait l'objet, à notre connaissance, d'aucun texte, ni administratif, ni doctrinal, et qu'il doit donc être considéré avec réserve.

Ajoutons que cette position de l'administration vaut tant pour les époux que pour les concubins.

b) Position de l'administration sur la tontine en pleine propriété.

Ici, la position de l'administration est très différente et on devra distinguer le cas des époux de celui des concubins.

— *Les époux.*

Le problème est le suivant : les époux ont fait une tontine pour obtenir les garanties civiles détaillées *supra*. Conformément à l'article

16 du Code, le survivant devrait payer le droit de vente sur la part de l'autre, acquise sous condition suspensive (et non sur l'entière du bien comme le prétendent certains (25) : le système de la condition résolutoire défaillie et de la condition suspensive réalisée écarte cette possibilité).

Fiscalement, ce serait une mauvaise affaire, puisque dans le contrat de tontine, les droits de succession, qui sont en principe plus bas que les 12,5 % du droit de vente, auraient été perçus au décès. Ce serait payer cher les avantages civils de la tontine.

L'administration, vraisemblablement pour éviter cet écueil, présume qu'il s'agit d'une donation, entre époux : le droit de donation sera donc dû, au taux avantageux des donations entre époux (art. 131, C. dr. enreg.) (26).

— *Les concubins.*

Ici, pas question de présumer une donation mutuelle, qui serait en principe contraire à l'ordre public, et qui, de plus, serait fiscalement coûteuse (droit de donation entre étrangers, art. 131, C. dr. enreg.) (27).

L'administration considère en principe que c'est le droit de vente qui trouve à s'appliquer. Prudence néanmoins pour les donations déguisées qui pourraient donner lieu au droit de donation. Ici aussi, la tarification des parts est importante.

2. — *Réflexions critiques.*

On l'a vu plus haut, tant pour la tontine en usufruit que pour la tontine en pleine propriété, cette clause a la faveur de l'administration. On ne peut que se réjouir de cette attitude.

Il faut toutefois rester prudent. Il n'y a pas si longtemps que la tontine est sortie des oubliettes (l'article précité de la revue *Budgets et droits* date en effet de 1987 et Bouckaert intitulait encore, en 1983, l'article qu'il donnait à la *Revue du notariat belge*, 1983, p. 570, « Un procédé juridique oublié : la tontine »).

Renseignements pris auprès de l'administration, le contentieux relatif à cette question est presque inexistant. Il semble que trop peu de partenaires à la tontine soient morts pour qu'un contentieux se soit déjà développé : le phénomène est encore trop récent.

(25) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*

(26) C.E.L., 1958, dossier 1147, pp. 160-161; Rapport de M^e Van Impe, *op. cit.*; M. Donnay, *op. cit.*, et les auteurs précédemment cités.

(27) C.E.L., 1958, dossier 1147, pp. 160-161; Rapport de M^e Van Impe, *op. cit.*; M. Donnay, *op. cit.*

La matière est donc appelée à évoluer et l'on se gardera de prendre le pacte tontinier, si intéressant soit-il, pour une panacée universelle.

a) Réflexions critiques quant à la position de l'administration sur la tontine en usufruit.

La solution développée plus haut imaginée par l'administration est séduisante d'un point de vue financier et l'est aussi du point de vue du droit fiscal. On ne s'étendra plus sur la question : le raisonnement de l'administration, quoique compliqué, est tout à fait tenable.

Notons que cette question est loin de faire l'unanimité entre les fiscalistes : on verra à ce sujet les travaux du Comité d'étude et de législation dans lesquels se rencontraient les thèses de Donnay (pour la non-perception) et celles de Werdefroy et Bours (pour la perception) (28).

b) Réflexions critiques quant à la position de l'administration sur la tontine en pleine propriété.

1. — *Préliminaire.*

a) L'article 16 du Code des droits d'enregistrement.

Il apparaît nécessaire de bien comprendre l'article 16 du Code des droits d'enregistrement.

Le paiement du droit proportionnel est en principe suspendu jusqu'au jour de la réalisation de la condition suspensive : on a vu plus haut que, par la tontine, il faut considérer que le survivant a acquis le bien directement du vendeur.

Par conséquent, c'est logiquement le droit de vente qui doit être perçu (ou tout autre droit, si l'acte initial générateur de droits n'est pas une vente).

On ne voit pas comment échapper à l'article 16 du Code des droits d'enregistrement et, partant, à l'article 44. C'est une conséquence inéluctable de la condition suspensive.

Les parties doivent endosser la fiction jusqu'au bout : le survivant a bien acquis cette portion au jour de la vente. C'est le droit de vente qui, dès lors, devra être payé.

La *base taxable* sera la valeur vénale, au jour du décès, de la portion de l'immeuble qu'a acquise le survivant sous condition suspensive. Le *droit* sera celui qui avait cours le jour de la vente (art. 16).

(28) Rapport du professeur Bours, *op. cit.*

Il est utile à ce propos, de lire le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 30 novembre 1939 contenant le Code des droits d'enregistrement. On reproduit ici le passage relatif à l'article 16 du Code (29) :

« Mais s'il était présenté à l'enregistrement un acte renfermant deux dispositions indépendantes, l'une soumise à une condition suspensive, l'autre actuelle, le droit à percevoir du chef de cette seconde disposition exclurait la perception d'un droit fixe général du chef de la première, étant donné ce qui est dit au deuxième alinéa de l'article 15. En pareille hypothèse, aucun droit ne devrait être imputé sur le droit proportionnel devenu exigible lors de la réalisation de la condition.

» Ces notions sont applicables notamment dans le cas d'une vente actuelle consentie à deux personnes acquérant indivisément, accompagnée d'une clause d'accroissement au profit de la survivante.

» Lors du décès de la prémourante, il s'opère une transmission qui est indépendante de celle du chef de laquelle le droit proportionnel a été perçu lors de l'enregistrement de l'acte de vente. Il va de soi que ce dernier droit ne peut venir en déduction de celui qui est dû au moment de la réalisation de l'accroissement.

» Le texte prévoit que lorsque la condition se réalise, le droit est calculé d'après le tarif en vigueur à la date où il eût été acquis à l'Etat si l'acte avait été pur et simple et sur la base imposable envisagée à la date de l'accomplissement de la condition. Cette disposition ne distingue pas selon que la réalisation de la condition opère avec effet rétroactif conformément à l'article 1179 du Code civil, ou que cet effet rétroactif est écarté expressément ou implicitement par la convention des parties ».

On voit donc, malgré les termes explicites de ce rapport, à quel point il y a lieu d'appliquer l'article 16 aux tontines.

Au moment de la vente, seul le droit proportionnel est dû pour les parts acquises sous condition résolutoire (qui représentent la « disposition actuelle » de la vente).

Pour le surplus, on voit dans ce rapport comment doivent être traités les accroissements. Il semble logique d'étendre son application aux tontines, puisque ce passage du rapport au Roi concerne principalement les conditions suspensives.

b) Pourquoi pas un droit de partage, selon les articles 109 et suivants du Code des droits d'enregistrement ?

Pour trois raisons :

1. Au moment du décès, l'indivision prend fin, rétroactivement. Elle n'a dès lors jamais existé, elle est effacée. L'indivision n'a existé que *pendente conditione*, et celle-ci est réalisée.

(29) *Pasin.* 1939, pp. 685 et s.

2. S'il est mis fin à l'indivision, ce n'est pas par partage, mais par réalisation des conditions suspensive et résolutoire.

3. L'article 114 du Code des droits d'enregistrement, même s'il ne se réfère qu'à la réversion et à l'accroissement, concerne manifestement les tontines également.

2. — *Position de l'administration sur la tontine en pleine propriété : critique.*

1) *Concubins.*

On l'a vu plus haut, l'administration taxe en principe au droit de vente la part acquise par le concubin survivant. Cette solution semble respectueuse des principes évoqués ci-dessus et avantageuse pour les concubins.

2) *Epoux.*

La position de l'administration, pour avantageuse qu'elle soit pour les époux (droit de donation), semble juridiquement moins acceptable. C'est le droit de vente qui devrait être dû, du chef de la vente par le tiers aliénéateur.

Ceci ne concerne pas, bien entendu, la donation déguisée que peut constituer la tontine, par un déséquilibre manifeste de la contribution de chaque partie dans les prix. Dans ce cas, un droit supplémentaire de donation pourrait être perçu (30).

D'un point de vue fiscal, la tontine en pleine propriété ne semble donc pas être avantageuse entre époux, car il y a un risque certain que l'on considère qu'un droit de vente est dû (même si la position actuelle de l'administration est de taxer au droit de donation). On leur conseillera plutôt la tontine en usufruit.

Notons en outre que la perception du droit de donation peut parfois être désavantageuse pour un immeuble de grande valeur. Celui-ci pourrait se trouver dans des tranches de taxation telles que, même entre époux, les droits perçus seraient supérieurs aux 12,5 % du droit de vente (art. 131) !

3. — *Délais.*

On veillera aux délais : lors du décès du partenaire, c'est dans les quatre mois du décès que la déclaration prévue à l'article 31, alinéa 2, du Code des droits d'enregistrement (voy. art. 33 du Code) doit être déposée. Il ne faut pas oublier que le décès n'est que la réalisation d'une condition, dans le cas qui nous occupe.

Les notaires chargés de liquider la succession du prédécédé devront y veiller particulièrement, même si ce bien est « hors succession ».

Ce bien ne devra d'ailleurs pas figurer à l'actif de la déclaration de succession. On conseillera néanmoins d'en mentionner la raison dans la déclaration de succession.

(30) Rappelons qu'en principe, il n'y a pas de donation, cf. L. Raucant, *op. cit.*

Chapitre IV

Indivision et sortie d'indivision *pendente conditione*

La question est très controversée et a d'importants enjeux. C'est de ceux-ci dont il sera question dans ce chapitre.

1. — Controverse

La controverse porte sur la question de savoir sous quel régime se trouve l'immeuble *pendente conditione*.

La plupart des auteurs (31) estiment que *pendente conditione*, les parties ne sont pas en indivision, quoiqu'ils pensent qu'une « indivision de jouissance » existe néanmoins.

Les arguments ordinairement avancés sont au nombre de deux :

Premier argument. — Compte tenu de la condition suspensive, qui a pour conséquence, lors du premier décès, que le survivant soit propriétaire du tout, rétroactivement, il est impossible d'imaginer une indivision. Cette potentialité pour une des parties d'être propriétaire du tout, rétroactivement, empêche, selon ces auteurs, l'indivision;

Deuxième argument. — L'autre argument est de dire qu'il ne pourrait y avoir indivision entre un propriétaire sous condition suspensive et un propriétaire sous condition résolutoire (32).

Ces deux arguments ne sont pas convaincants.

Pour le premier, c'est regarder le problème sous le mauvais angle, ou plus exactement sous un seul angle : celui de la condition suspensive.

C'est oublier que, de leur vivant, les parties sont en indivision pour leur propre partie, acquise, elle, sous la condition résolutoire de leur prédécès.

De plus, la rétroactivité des conditions ne peut être prise en compte du vivant des deux parties, mais uniquement lors de leur réalisation. Prendre déjà en compte l'effet rétroactif de la condition lorsqu'elle est encore pendante, c'est anticiper cet effet. C'est considérer que la condition est déjà réalisée, alors qu'elle est encore pendante. En d'autres termes, il ne faut pas pousser jusqu'à l'absurde la fiction qu'est la rétroactivité des conditions, en oubliant que ce n'est qu'au décès que le droit du prémourant s'efface rétroactivement.

(31) F. Bouckaert, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*; P. Voirin, *op. cit.*; A. Le Hon, *op. cit.*; J.-F. Taymans, G. Gahylle et D. De Paoli-Clause, *op. cit.*; M. Dagot, note sous Cass. fr. civ., 1^o, 27 mai 1986, *J.C.P.*, jurisprudence, 1987, n^o 20763.

(32) J.-F. Taymans, G. Gahylle et D. De Paoli-Clause, *op. cit.*; M. Magor, *op. cit.*

Pour le deuxième argument, c'est ne prendre en compte qu'une seule moitié du bien.

C'est oublier l'autre moitié du bien. Il y a effectivement deux moitiés acquises chacune sous condition résolutoire et donc deux propriétaires. *Pendente conditione*, chacune des parties est propriétaire de sa moitié, sous condition résolutoire et donc il y a indivision.

Il y a d'ailleurs un malaise certain chez les auteurs qui réfutent l'indivision.

Ils admettent ainsi qu'une « indivision de jouissance » existe, pour justifier le fait que les partenaires usent ensemble du bien de leur vivant (33).

Un exemple nous paraît particulièrement frappant : dans son étude sur la question, M^e Le Hon dit que « chacun d'eux (partenaires de la tontine) est propriétaire indivis d'une partie sous la condition résolutoire de son prédécès » et ajoute quelques lignes plus bas qu'« au point de vue civil, il n'y a ni pluralité de titulaires du droit, ni indivision » (34).

Il faut bien reconnaître, à la lueur de ce qui précède, qu'il y a bien *indivision* « *pendente conditione* ». Quelques auteurs l'admettent car cela est logiquement inévitable (35).

Le professeur Verheyden-Jeanmart relève d'ailleurs avec humour (35bis) que s'il n'y a pas de copropriétaires *pendente conditione*, il n'y aurait donc pas de droit de propriété sur le bien et que le bien étant dès lors sans maître, il appartiendrait à l'Etat tant que les deux parties sont en vie.

Et de conclure : « Force est d'admettre que jusqu'au jour de la réalisation de la condition, le bien appartient aux deux acquéreurs. Lorsqu'un bien est soumis à la maîtrise de plusieurs personnes, c'est bien de copropriété qu'il s'agit et d'une chose indivise ».

2. — Conséquences

1. — Cession de droits indivis à l'autre partie.

Si l'une des parties cède sa part à l'autre, l'on doit en principe considérer que les parties renoncent implicitement à l'aléa contenu dans la clause de tontine. Néanmoins, il est plus prudent, lors de la

(33) L. Weyts, *op. cit.*; M. Dagot, *op. cit.*

(34) A. Le Hon, *op. cit.*

(35) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*; P. Gouilletquer et D. Talon, « Réflexions impertinentes sur un contrat d'actualité : le Pacte Tontinaire », *Gaz. Pal.*, 30 juin 1981, pp. 318-319; Ch. Larroumet, note sous Cass. fr., 11 janv. 1983, *op. cit.*; Décision du 25 juin 1942, *op. cit.*

(35bis) N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*

cession de droits indivis, de le dire explicitement, afin d'assurer une totale sécurité juridique aux parties.

On proposera une clause ainsi libellée :

*CLAUSE DE CESSION DE DROITS INDIVIS ET RENONCIATION A LA
CLAUSE DE TONTINE :*

« 1. Exposé préalable.

» Les parties ont déclaré avoir acquis de ... aux termes d'un acte reçu...

» Cet acte reprenait la clause suivante, ci-dessous entièrement reprise : (reproduire la clause de tontine telle que reprise dans le titre) :

» 2. Renonciation à l'aléa.

» Les parties ont déclaré renoncer expressément à l'aléa modalisant, ainsi que repris ci-dessus, leur acquisition; en conséquence les conditions suspensives et résolutoires dont question ci-dessus ne trouveront plus à s'appliquer.

» Cession de droits indivis :

..... ».

2. — *Sortie unilatérale d'indivision.*

Une des parties peut-elle sortir unilatéralement d'indivision, c'est-à-dire sans le consentement de l'autre ?

En d'autres termes, l'article 815 du Code civil trouve-t-il à s'appliquer ?

Le problème est complexe, car si l'on admet que les parties sont en indivision, peut-on admettre que d'une d'elles, en application de l'article 815 du Code civil, résilie la tontine en sortant unilatéralement d'indivision ? C'est d'ailleurs une des raisons qui pousse certains à rejeter l'indivision *pendente conditione*.

Il est certain, sur le plan de l'équité, qu'il est inacceptable qu'une des parties se libère si facilement de la tontine, qui est une clause qui présente des effets bilatéraux entre les acquéreurs.

La solution pourrait se trouver, à notre avis, dans les théories modernes sur la copropriété qui distinguent :

- 1) *l'indivision fortuite* (successorale, post-communautaire, etc.) et
- 2) *l'indivision conventionnelle*, délibérément voulue par les parties (36).

L'indivision fortuite serait liée par le sacro-saint principe « nul n'est tenu de rester en indivision » de l'article 815 du Code civil.

L'indivision conventionnelle pourrait être accommodée par les parties qui, éventuellement, pourraient s'interdire de sortir unilatéralement d'indivision.

(36) J.-F. Taymans, G. Gahylle et D. De Paoli-Clause, *op. cit.*; G. Baeteman, note sous Civ. Bruxelles, 18 juin 1964, *R.C.J.B.*, 1971, XXV, pp. 193-215; *contra* : D. Lechien et R. Pirson, *La copropriété*, Bruylant, Bruxelles, 1985, pp. 228-253.

En ce qui concerne la tontine, on serait sous le régime de l'indivision conventionnelle.

Ces questions sont encore très controversées (37) et leur examen sort du cadre du présent exposé. C'est néanmoins par la réponse qui y sera donnée que l'on trouvera la solution au problème envisagé dans le présent paragraphe.

Dans l'état actuel des choses, il peut être prudent d'insérer, dans certains cas, la clause comportant, conformément à l'article 815 du Code civil, la suspension du partage pendant cinq ans, renouvelables (*pacte d'indivision*).

3. — *Cession des droits indivis à un tiers.*

Une partie peut-elle céder ses droits indivis à un tiers ?

A priori, rien ne l'en empêche.

Il est dans ce cas nécessaire que le tiers reprenne à son compte la tontine. Il sera alors subrogé dans les droits et obligations naissant de la tontine.

Le tiers fera de la sorte une véritable opération de spéculation, un pari. En effet, dans ce cas, ses chances dépendent de la survie ou du décès de l'aliénateur.

Une telle situation, qui se présentera rarement d'ailleurs, semble délicate, si l'on pense aux rapports entre ce tiers et son coindivisaire, qu'il souhaitera inévitablement voir mourir.

Cette opération est plus délicate qu'une vente moyennant rente viagère, puisqu'il y a aussi indivision.

Elle sera plus délicate que la tontine entre les parties initiales, compte tenu des liens d'affection qui la justifient habituellement et pour laquelle le « perdant » sera de toute manière décédé. Le tiers, lui, ne verra que ses chances de gagner, lesquelles chances dépendent de la vie de deux personnes qui lui sont étrangères.

En d'autres termes, c'est une situation qui semble à première vue malsaine. On peut se demander si elle serait contraire à l'ordre public.

Dans certains cas, pour tempérer ces difficultés, on peut prévoir un droit de préemption entre les parties.

La meilleure solution reste néanmoins que les parties conviennent de supprimer les liens de la tontine préalablement à cette cession.

4. — *Droits des créanciers.*

Le point le plus délicat et controversé reste celui de savoir si un créancier peut, sur la base de l'article 1561 du Code judiciaire, provoquer la sortie d'indivision.

(37) G. Baeteman, *op. cit.*; *contra* : D. Lechien et R. Pirson, *op. cit.*

Pour la plupart des auteurs et pour la rare jurisprudence existant en la matière, la réponse est négative (38). La raison invoquée est que l'on ne peut sortir d'indivision que s'il y a réellement indivision.

Or, on le sait, il est encore contesté par beaucoup que les parties sont en indivision quand il y a tontine.

On renvoie à ce propos à la critique faite ci-dessus sur ce raisonnement, *sub* 1.

Mais l'on se trouve face à l'une des conséquences les plus graves de cette perspective erronée : elle implique l'insaisissabilité absolue de l'immeuble du vivant des parties.

La tontine est donc, si l'on suit ces auteurs et cette jurisprudence, un des moyens les plus sûrs pour évincer les créanciers. Toujours selon ces auteurs, les créanciers n'ont qu'à supporter les effets de la tontine (39) !

L'autre partie aurait donc, en quelque sorte, un super-priviège.

On comparera utilement cette situation avec celle des ventes avec réserve de propriété et de leur inopposabilité face à une saisie.

Si l'on suivait leur raisonnement jusqu'au bout, cela vaudrait également pour les faillites.

Il est donc manifeste qu'à moins d'être en retrait avec les règles classiques des sûretés et, plus généralement avec les règles d'opposabilité aux créanciers, il faut admettre que les parties sont en indivision et que la sortie d'indivision peut être provoquée par les créanciers (40).

A condition de suivre le processus de l'article 1561 du Code judiciaire, la saisie de l'immeuble est donc possible.

C'est évidemment peu équitable vis-à-vis de l'autre partie. Mais l'est-ce moins quand, dans une situation où il n'y a pas de tontine, un coindivisaire voit l'immeuble commun vendu pour que l'on paie les dettes de l'autre indivisaire ?

On devra bien entendu veiller, lors de la répartition du prix, à tenir compte de l'âge des parties. Ceci ne devrait pas poser de difficultés si l'on a « tarifé » la part de chacun dans la vente initiale.

(38) Cass. fr., ch. mixte, 27 nov. 1970, *op. cit.*; *contra* : F. Bouckaert, *op. cit.*

(39) F. Bouckaert, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*

(40) J. van Compernelle, *Le droit des sûretés réelles - Panorama d'ensemble*, U.C.L., mai 1982; P. Coppens, « Cours de droit commercial », vol. V : « Faillites et concordats », Cabay, Louvain-la-Neuve, 1985.

5. — *Aspect fiscal.*

Il ressort de ce qui précède que la cession de droits indivis doit être taxée, même s'il y a une tontine, au taux de 1 % (art. 109 et s., C. dr. enreg.).

Pas question donc, comme le prétendent certains (41), de taxation à 12,5 %.

C'est d'ailleurs, semble-t-il, la position de l'administration.

Chapitre V

Questions particulières

1. — *Clause de tontine dans une donation.*

En pratique, la clause se retrouve principalement dans des contrats de vente où les parties déclarent acquérir d'une telle manière.

Mais la clause peut aussi s'imaginer en matière de donation. La tontine est bien une clause aléatoire à titre onéreux, entre les donataires.

Il est nécessaire que le donateur marque son accord sur la clause de tontine.

Tout d'abord, parce que la tontine sera une des clauses de la donation (cf. *supra*, analyse du mécanisme), mais aussi parce que la donation est un contrat *intuitu personae*.

Un certain nombre de questions doivent être posées :

- que se passe-t-il si une révocation de la donation intervient avant ou après le décès d'un des donataires ?
- qu'en est-il des règles de rapport ou de réduction quand la succession du donateur est ouverte ?

Ces questions devraient faire l'objet d'une étude trop approfondie pour qu'on puisse les aborder en détail dans le présent exposé.

2. — *Les indemnités locatives.*

La question est de savoir si les héritiers du prédécédé doivent au survivant des indemnités locatives du chef de la jouissance que le prédécédé a eue de l'immeuble, qui appartient au survivant depuis le jour de la vente, par l'effet de la rétroactivité (42).

(41) L. Weyts, *op. cit.*

(42) F. Bouckaert, *op. cit.*; conclusions du premier avocat général Raymond Lindon, sous Cass. fr., ch. mixte, 27 nov. 1970, *op. cit.*

Le prédécédé (sa succession) serait donc triplement perdant :

- 1) il perdrait sa part;
- 2) il ne gagnerait pas la part de l'autre;
- 3) il devrait payer des indemnités locatives.

Il est clair qu'en équité, cette construction est impensable.

Plusieurs arguments peuvent être invoqués pour éviter cet effet déplorable :

- compensation entre les jouissances des deux partenaires *pendente conditione*, en sorte qu'au moment de la réalisation de la condition, il n'y a pas de jouissance à quantifier dans le chef du prédécédé;
- principe que la jouissance de quelque chose n'est pas « effaçable » : c'est la limite de la rétroactivité des conditions (43).

On se réfère à ce propos à De Page : « le contractant dont le droit est anéanti (par la réalisation d'une condition résolutoire) conserve les fruits qu'il a régulièrement et normalement perçus » (43bis).

Quel que soit l'argument, cette indemnité n'est donc pas admissible. Sociologiquement, ce serait d'ailleurs difficile à faire respecter par les héritiers du prédécédé.

3. — *La transcription.*

Une publicité hypothécaire complète nécessite que les conservateurs des hypothèques reprennent dans leur certificat la clause de tontine. Il s'agit effectivement de conditions (suspensive et résolutoire) dont la réalisation aura un effet translatif incontestable.

On peut comparer cette situation avec celle des conventions préalables à un divorce par consentement mutuel, avec attribution d'immeuble, passées sous la condition suspensive de la transcription du jugement de divorce, coulé en force de chose jugée, ou encore avec celle de la modification de contrat de mariage, ...

Il peut d'ailleurs être adéquat, au premier décès, de déposer un acte constatant la réalisation de la condition (surtout dans le cas des concubins), exactement comme certains notaires font déposer un acte de clôture pour les divorces par consentement mutuel et les modifications de contrats de mariage.

CINQUIEME PARTIE

LA TONTINE ENVISAGEE SEULE, APRES UN CONTRAT PRINCIPAL

Après avoir longuement exposé la situation de la tontine envisagée dans un contrat principal (de vente), nous examinons à présent la

(43) M. Fontaine, *Droit civil : Obligations*, II, U.C.L., Louvain-la-Neuve, 1985-1986.

(43bis) H. De Page, *op. cit.*

question, récemment posée (44), de la tontine seule, après et indépendamment de cet acte principal.

1. — *D'un point de vue civil.*

Il n'y a plus que deux parties dans ce contrat, deux propriétaires indivis.

Il n'est dès lors plus possible d'imaginer que le survivant tiendra ses droits directement du vendeur.

C'est de l'autre partie, cédante, qu'il tiendra ses droits. Il s'agit ici d'une *cession de droits indivis, réciproque et conditionnelle*.

C'est une double cession de droits indivis, sous la condition suspensive de la survie.

Cette cession de droits indivis ne rétroagira, lors de la réalisation de la condition suspensive, qu'au jour de la tontine passée entre parties et non au jour de la vente.

Il ne peut dès lors être question de condition résolutoire (45), puisque les deux parties sont déjà propriétaires, chacune d'une moitié. Ce serait d'ailleurs maladroit, d'un point de vue fiscal, puisqu'il s'agirait d'une mutation croisée et donc d'une mutation supplémentaire.

En d'autres termes, les parties en indivision le resteront après la convention, tant que la condition n'est pas réalisée. Ce n'est qu'au jour du premier décès que la situation changera, rétroactivement.

On rappelle ici que l'âge des parties doit, le cas échéant, être pris en compte et que la partie la plus jeune devra verser une compensation à la partie la plus âgée, en contrepartie des plus grandes chances de survie (cf. *supra*).

Le vrai problème de la tontine seule est qu'elle est pratiquement *très difficile à réaliser entre époux*.

En effet, la loi décourage les cessions de droits indivis entre époux (art. 1569, al. 2 et 1595, 4^o, C. civ.).

Enfin, il peut être utile de signaler qu'un tel acte, qui porte potentiellement une mutation, devra bien entendu être transcrit au bureau des hypothèques.

2. — *D'un point de vue fiscal.*

— Au jour de l'acte.

L'enregistrement de l'acte se fera au droit fixe, conformément à l'article 16 du Code des droits d'enregistrement.

(44) H. Casman, *op. cit.*

(45) H. Casman, *op. cit.*

L'administration taxe effectivement à 750 F ce type d'acte.

— Au moment du prédécès.

La vraie question fiscale est donc celle de savoir à quelle taxation donne lieu la tontine seule lors de la réalisation de la condition.

M^e Hélène Casman finit par conclure que la mutation au décès ne peut être taxée à 1 %, taux des cessions et partages, compte tenu de l'article 114 du Code des droits d'enregistrement, qui dispose que ce taux n'est pas applicable pour les réversions et les accroissements.

Contre cela, on pourrait affirmer que la tontine n'est ni une réversion, ni un accroissement. Mais on peut difficilement imaginer un régime fiscal plus favorable pour ce type de tontine, que pour la tontine comprise dans l'acte de vente (cf. *supra*). De plus, il est clair que la *ratio legis* de l'article 114 recouvre les tontines (cf. *supra*, le rapport au Roi sur l'article 16).

A notre connaissance, il n'y a pas encore eu de décisions administratives sur la question.

Le *Cours d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe*, publié par l'administration (commentaire de l'art. 114) (46) indique que lors de la réversion ou de l'accroissement, c'est la perception du droit de vente ou de donation qui sera perçu.

En conséquence, on dira, mais avec prudence, que la taxation se fera en principe ainsi, si l'on suit la position de l'administration :

- droit de donation pour les époux (problème théorique, puisque ce type de contrat est presque impossible à réaliser entre époux);
- droit de vente pour les concubins, calculé sur la valeur au jour du décès de la portion (en pleine propriété ou en usufruit) qui avait été acquise par le prédécédé.

En conclusion, on dira que cette technique de tontine seule, encore peu connue et pratiquée, doit être envisagée avec prudence.

Il sera toujours mieux d'insérer, dans la mesure du possible, une tontine dans l'acte initial de vente, car les conséquences en sont mieux connues.

On proposera la clause suivante, pour la tontine seule.

CLAUSE DE TONTINE SEULE :

- « Exposé préalable.
- » Les parties ont déclaré avoir acquis de ... le bien ci-après décrit aux termes d'un acte...
- » Chacune à concurrence de (moitié).
- » Convention.

(46) A. Mayeur, *Cours d'enregistrement d'hypothèque et de greffe*, éd. sept. 1987.

» Chaque partie a déclaré céder la moitié (ou l'usufruit de la moitié) dont elle est propriétaire à l'autre partie, laquelle accepte la cession qui lui est faite.

» La cession qui est faite au profit de chacun d'eux est faite sous la condition suspensive de sa propre survie (ou du prédécès de l'autre partie), en sorte que le survivant d'entre eux sera censé, au moment du décès de l'autre, avoir été plein propriétaire (ou usufruitier de tout l'immeuble) à compter des présentes ».

SIXIEME PARTIE

TECHNIQUES AVOISINANTES ET CLAUSES SPECIALES

Chapitre premier

Clause de vente croisée ou « clause Ista »

Les partenaires acquièrent chacun une moitié de la nue-propriété et la moitié en usufruit se rapportant à la moitié en nue-propriété acquise par l'autre partie.

Au décès, le survivant se retrouve donc plein propriétaire de sa moitié et garde l'usufruit de la part acquise par l'autre (47).

Deux problèmes se posent :

- 1) d'un point de vue civil, est-il possible de disséquer ainsi, artificiellement, ce qui n'est, selon certains, que la pleine propriété ? Est-il possible de distinguer de telle manière les usufruits ? Le Comité d'étude et législation s'est longuement penché sur la question. La réponse ne semble pas bien arrêtée;
- 2) d'un point de vue fiscal, est-il possible d'éviter le risque de tomber sous le coup de la présomption de l'article 9 du Code des droits de succession ? Le nu-propriétaire survivant risque d'être taxé sur la pleine propriété, sauf à prouver que l'opération ne déguisait pas une libéralité. Cette preuve semble possible vu la réciprocité qui sous-tend le procédé et donc l'existence d'un titre onéreux.

Chapitre II

Acquisition par l'un de l'usufruit et par l'autre de la nue-propriété

Le système est simple. Il a été largement étudié par la doctrine (48).

Le risque généralement relevé est le cas de rupture entre les partenaires : le nu-propriétaire n'aura aucun droit de jouissance pendant toute la vie de l'usufruitier.

(47) L. Weyts, *op. cit.*; J.-F. Taymans, G. Gahylle et D. De Paoli-Clause, *op. cit.*; Réponse du ministre des Finances à une question du sénateur Verbist du 7 juill. 1975, *Rec. gén.*, 1976-1977, pp. 350-351; Rapport du professeur Bours, *op. cit.*

(48) J.-F. Taymans, G. Gahylle et D. De Paoli-Clause, *op. cit.*; L. Weyts, *op. cit.*

La présomption de l'article 9 du Code des droits de succession trouve bien entendu à s'appliquer.

La formule peut néanmoins être assez adéquate dans certains cas particuliers.

Par exemple, le cas de concubins dont un seul a des enfants issus d'une précédente union et qui est nettement le plus âgé. Ils n'ont pas d'enfants ensemble. Le partenaire le plus jeune fait l'acquisition de l'usufruit, ce qui limite les risques d'application de l'article 9 du Code des droits de succession, puisque c'est vraisemblablement le nu-proprétaire qui mourra le premier. L'usufruitier verra son usufruit garanti sa vie durant et les descendants auront la pleine propriété le jour du décès de l'usufruitier.

On ajoutera qu'une répartition du prix sera, ici aussi, utile à prévoir dans l'acte.

Le cas échéant, toujours pour éviter l'article 9, on conseillera, par prudence, à l'usufruitier (le plus jeune, mais qui pourrait tout de même précéder) de ne pas faire de testament au profit de son partenaire.

On notera enfin que ce procédé doit être utilisé avec prudence car il postule une parfaite entente entre les partenaires.

Chapitre III Tontine « asymétrique »

A la technique du chapitre précédent, on préférera souvent la formule suivante :

CLAUSE DE TONTINE « ASYMETRIQUE » :

« Chacun des acquéreurs acquiert du vendeur, savoir :

- » 1. M. A, la nue-proprété de tout l'immeuble;
- » 2. a) chacun des acquéreurs une moitié en usufruit de l'immeuble, étant entendu que cet usufruit est acquis sous la condition résolutoire de son propre prédécès (ou de la survie de l'autre acquéreur),
- » b) et chacun d'eux faisant l'acquisition de la moitié en usufruit acquise par l'autre sous la condition suspensive de sa propre survie (ou du prédécès de l'autre acquéreur ».

On ajoutera éventuellement, à des fins didactiques :

« de sorte que M. A. ou ses héritiers n'auront la pleine propriété de l'immeuble que lorsque Mme B sera décédée ».

L'avantage de la formule est :

- coût moins élevé pour la partie plus jeune (si l'on postule que le nu-proprétaire est le plus vieux), dans la répartition du prix, par rapport au modèle du chapitre II;
- meilleure protection du nu-proprétaire qui jouit, sa vie durant, de l'usufruit de la moitié;

— la présomption de l'article 9 ne trouve plus à s'appliquer, en cas de prédécès de la partie qui est seulement usufruitière d'une moitié, vu l'effet rétroactif au moment de la réalisation de la condition.

Le résultat est néanmoins curieux d'un point de vue civil, en cas de survie du nu-propriétaire, puisque c'est par l'application simple de la loi qu'il se serait retrouvé, même sans la clause, plein propriétaire (puisque l'usufruit est viager).

CONCLUSION

On le voit, beaucoup de questions restent en suspens.

L'engouement pour la clause de tontine est récent et les problèmes se poseront au fur et à mesure des ruptures et des décès des partenaires à la tontine.

Les réflexions qui précèdent peuvent dès lors sembler bien prospectives. Mais c'est justement le rôle du notaire de prévoir ce qu'il adviendra des clauses insérées dans ses actes. Il est donc nécessaire de continuer à réfléchir à cette clause pour en prévoir toutes les conséquences possibles.

C'est d'ailleurs une tâche qui n'est pas simple, car les controverses sont encore nombreuses et vives.

On attire donc l'attention du client sur les zones d'ombre qui subsistent autour de ladite clause.

* * *

Je tiens particulièrement à remercier M^e Pierre Van den Eynde pour les nombreux conseils et encouragements qu'il a bien voulu me prodiguer et sans lesquels l'exposé qui précède n'aurait pu aboutir.

Le notaire honoraire Alfred Levie m'a également permis, par ses commentaires, de clarifier certains raisonnements et je l'en remercie.

Gabriel RASSON.

LÉGISLATION

ARRETE ROYAL DU 20 AVRIL 1990 FIXANT LE PROGRAMME ET LES CONDITIONS DE L'EXAMEN D'APTITUDE D'EXPERT COMPTABLE
(« Moniteur belge » du 26 avril 1990).

Vu la loi du 21 février 1985 relative à la réforme du revisorat d'entreprises, notamment l'article 72, 5^o;

Vu la huitième directive du Conseil des Communautés européennes du 10 avril 1984, fondée sur l'article 54, § 3, g), du Traité C.E.E., concernant l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables (84/253/C.E.E.);