

# La représentation imparfaite dans les actes immobiliers : command et porte-fort

Matthieu VAN MOLLE

*Notaire*

*Maître de conférences à l'ULB*

*Chargé de cours à l'ULiège*

## Introduction

1. Le command et le porte-fort constituent des mécanismes de représentation imparfaite d'un tiers dans un acte juridique qui est appelé à le concerner. Le propre de ce type de représentation est que les effets de l'acte juridique considéré n'auront des conséquences dans le patrimoine du représenté qu'autant qu'un acte juridique supplémentaire soit posé : la déclaration de command ou la reprise/ratification de l'opération. L'opération lie alors le représenté *ab initio*.

Héritier de la promesse de porte-fort, l'engagement pris au nom d'une société en formation est réglementé depuis quelques décennies dans le droit des personnes morales et retiendra brièvement notre attention.

Notre propos s'inscrit dans la pratique des actes juridiques immobiliers, et particulièrement dans la vente d'immeuble.

2. Notre contribution est divisée en deux sections.

Premièrement, nous étudierons le régime en droit civil des trois institutions épinglées, en distinguant la définition et les conditions de chacune ainsi que ses effets. Lorsque l'opportunité se présente, nous suggérerons également une clause type.



La seconde section sera consacrée à une analyse du régime fiscal, en droits d'enregistrement, de ces institutions. Nous devons alors constater qu'à certains égards, les pratiques de l'administration fiscale sont critiquables.

## Section 1

**Analyse en droit civil**

## Sous-section 1

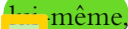
**La déclaration de command****§ 1. Définition et caractères**

3. La vente avec déclaration de command, ou élection d'ami, est celle « où l'acheteur se réserve dans le contrat la faculté de se substituer, comme acheteur véritable,  autre personne qu'il désignera plus tard, et au seul égard de laquelle la  vente produira ses effets »<sup>1</sup>.

La personne qui signe la convention de vente, appelée le commandé, n'est dès lors qu'un acquéreur apparent, un homme de paille, qui cache l'identité du véritable acquéreur, le command. Celui-ci doit être encore désigné par la suite et, pour autant qu'il accepte cette désignation, la vente sera alors conclue dans son chef.

La vente avec déclaration de command n'est pas réglée par le Code civil, mais il en est fait mention à l'article 1590 du Code judiciaire, en matière de saisie, et à l'article 159, 1<sup>o</sup>, du Code des droits d'enregistrement qui en fixe les conditions fiscales. La légalité et la pertinence de cette forme de vente, qui répond aux besoins des affaires et à des considérations pratiques, sont néanmoins certaines.

4. En pratique, on rencontre malheureusement trop de clauses boiteuses par lesquelles un acquéreur entend se réserver la possibilité de procéder à l'acquisition pour compte d'autrui. En pareil cas, si une interprétation raisonnable de la convention peut permettre de qualifier ladite clause en faculté d'élire command, les effets fiscaux dans les ventes d'immeuble sont alors catastrophiques, car, bien souvent, les conditions temporelles pour bénéficier d'une neutralité fiscale ne sont plus réunies (voy. *infra*, n<sup>o</sup> 28).

C'est ainsi que la jurisprudence, fréquemment dans un litige fiscal, offre au lecteur des exemples de conventions sous seing privé de vente contenant la clause suivante : « [les acquéreurs] déclarant acheter pour eux-mêmes ou leur conjoint, ou pour une société à constituer »<sup>2</sup> ou « déclarant acquérir soit pour  même, soit pour Monsieur X, soit pour Madame Y ».

Ces clauses, rédigées avec des « soit ... soit ... » ou des « ou ... ou ... », sont à proscrire, car elles laissent planer l'incertitude quant à leur interprétation, ainsi que le relève très justement le Tribunal de première instance de Bruxelles dans

<sup>1</sup> H. DE PAGE et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4<sup>e</sup> éd., t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1997, n<sup>o</sup> 326.

<sup>2</sup> Civ. Bruxelles, 11 janvier 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2006, p. 323, note A. CULOT.

l'espèce précitée. Dans le doute, il est raisonnablement admis que l'administration fiscale interprète la clause comme une faculté de command et applique alors les règles fiscales en la matière (voy. *infra*, n° 27).

Les clauses d'élection de command sont, sur le principe, rédigées comme suit : « agissant pour compte de tout tiers qu'il se réserve de désigner ultérieurement »<sup>3</sup> ; il est recommandé d'en détailler ensuite les conditions d'exercice (voy. *infra*, n° 7).

**5.** La vente avec déclaration de command relève d'une institution *sui generis*, qui ne rentre pas dans une autre catégorie juridique. Elle est née des usages et des nécessités des affaires<sup>4</sup>.

Elle diffère en tout cas :

- du mandat, car l'identité du command n'est pas révélée de prime abord et le commandé pourra être tenu personnellement par la convention de vente s'il ne fait pas élection de command en temps opportun ;
- du prête-nom, car, à l'inverse de la proposition précédente, l'identité du command finit par être désignée de manière à ce que la vente s'exécute dans le chef de celui-ci ;
- du porte-fort, car le commandé s'engage personnellement à la vente, mais avec faculté de substitution de personne ;
- de la stipulation pour autrui, car il n'existe pas d'autre convention entre le vendeur et le commandé que celle de vente avec faculté d'élire command ;
- de la vente alternative, qui n'est valable que si l'alternative porte sur l'objet de l'obligation et non la personne des cocontractants.

La déclaration de command constitue en tout cas un acte juridique distinct de la convention de vente. Elle peut être unilatérale, comme émanant du seul commandé, mais puisqu'elle doit être acceptée par le command, il nous paraît préférable qu'elle soit bilatérale.

**6.** Une condition importante de la vente avec déclaration de command tient dans le fait que le commandé, qui signe la convention de vente, doit s'être expressément réservé la faculté d'élire, ou de désigner, un command.

Cette faculté est de droit dans les ventes publiques forcées, car elle est alors organisée par l'article 1590 du Code judiciaire<sup>5</sup>. Elle est d'usage dans les ventes publiques volontaires<sup>6</sup>. Elle est très rare dans les ventes de gré à gré.

<sup>3</sup> Voy. Civ. Bruxelles, 4 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 201 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2004, p. 162.

<sup>4</sup> H. DE PAGE et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, n° 331, B ; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Malines, Kluwer, 2015, n° 207.

<sup>5</sup> Voy., pour un cas d'application, Anvers, 7 avril 2003, *R.G.D.C.*, 2003, p. 736.

<sup>6</sup> D. MICHIELS, « La vente publique », in *La vente publique dans tous ses états*, coll. ALN, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 29 ; L. BARNICH, « Aspects pratiques de l'adjudication », in *La vente publique dans tous ses états*, *op. cit.*, p. 158.

## § 2. Conditions d'exercice

7. La faculté d'élire command doit, tout d'abord, être expressément réservée et mentionnée dans la convention de vente.

Ceci signifie également que le vendeur doit dès lors marquer son consentement à propos de cette faculté, car on ne pourrait lui imposer de contracter avec une personne, le command, dont l'identité et la solvabilité lui sont inconnues. Il est fait exception à cette condition dans le cadre des ventes publiques forcées, dans lesquelles la faculté d'élection de command est de droit (art. 1590 C. jud.), compte tenu du contexte particulier de ce type de vente.

8. L'élection de command doit ensuite intervenir dans un certain délai.

Les parties à la convention de vente sont libres de fixer ce délai comme elles l'entendent. Toutefois, eu égard aux conditions imposées par le Code des droits d'enregistrement pour obtenir le traitement de l'opération en neutralité fiscale (voy. *infra*, n° 28), ce délai est en pratique et actuellement<sup>7</sup> fixé à cinq jours ouvrables après la vente.

La déclaration de command doit être acceptée par le command lui-même, qui sera donc inspiré d'intervenir personnellement à l'acte d'élection de command, dans ce même délai.

Rien n'empêche néanmoins les parties de fixer librement entre elles un délai conventionnellement plus long, en gardant alors à l'esprit que tant le commandé que le command devront payer le droit de mutation à titre onéreux d'immeuble.

De même, seuls le Code judiciaire et le Code des droits d'enregistrement imposent que la déclaration de command soit faite par acte authentique ; le droit civil ne prévoit nullement cette condition qui, si elle n'a point été convenue entre les parties, ne s'impose pas à elles<sup>8</sup>. Toutefois, dans le cadre d'une vente publique, où l'adjudication définitive a elle-même déjà fait l'objet d'un acte notarié transcrit à la Conservation des hypothèques, le recours à l'acte authentique sera nécessaire de manière à « redresser » les registres fonciers ; et, dans le cadre d'une vente publique forcée, le recours à l'acte notarié, qui doit être reçu par le notaire commis pour la procédure d'exécution ou lui être signifié dans le délai prévu, est imposé par l'article 1590 du Code judiciaire.

À défaut pour les parties d'avoir stipulé un délai particulier, il paraît raisonnable de considérer, dans le cadre d'une vente de gré à gré, que la déclaration de command et son acceptation par ce dernier doivent à tout le moins intervenir

<sup>7</sup> Les Régions ont en effet augmenté ce délai, initialement fixé à un jour ouvrable, pour le porter à cinq jours ouvrables (not. décret wallon du 19 septembre 2013, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2014 ; ordonnance bruxelloise du 8 mai 2014, en vigueur depuis le 16 octobre 2014).

<sup>8</sup> Civ. Bruxelles, 4 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 201 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2004, p. 162.

avant la date fixée au compromis de vente pour la signature de l'acte authentique de vente<sup>9</sup> qui constituerait, selon le professeur Kohl, « par définition la date ultime pour opérer la substitution propre à l'institution de command »<sup>10</sup>.

9. Enfin, la déclaration de command doit être réalisée aux mêmes conditions que la convention de vente conclue entre le vendeur et le commandé<sup>11</sup>, car il s'agit de substituer le command au commandé, mais non de modifier les conditions de la vente. En effet, celles-ci ne pourraient de toute façon être modifiées sans un nouvel accord de volonté émanant du vendeur également.

Par l'effet subrogatoire de la déclaration de command, le commandé sort complètement de l'opération. Il ne peut réserver aucune stipulation ou bénéfice financier en sa faveur ; à défaut, il y a lieu de considérer que l'opération consiste en une cession de droits immobiliers, et non en une substitution.

En revanche, la déclaration de command peut avoir lieu pour une partie de l'opération ou une part indivise du bien concerné<sup>12</sup> – cette circonstance ne modifiant pas les conditions de la vente – à moins que la stipulation de la faculté de substitution ne proscrivît expressément la possibilité d'élire command pour une part<sup>13</sup>. En ce cas, le commandé reste tenu pour le surplus.

### § 3. Effets

10. Lorsque la déclaration de command a été réalisée régulièrement, le command substitue le commandé à l'égard du vendeur. La convention de vente demeure unique et le command reprend toutes les obligations qui en découlent, depuis l'origine<sup>14</sup>. Le commandé disparaît alors complètement de l'opération de vente, comme dans le cas d'une représentation parfaite.

En ce cas, le commandé est totalement déchargé de toutes les suites de la convention de vente et il ne peut plus être recherché, pour quelque raison que ce soit, même en cas de défaillance postérieure du command. Toutefois, le principe d'autonomie des volontés permet, en la matière, d'ajouter une stipulation particulière de garantie dans le chef du commandé, afin de sécuriser le vendeur, mais qui n'aura pas pour effet de modifier les effets de la vente : le seul et

<sup>9</sup> Civ. Bruxelles, 4 février 2003, *J.T.*, 2004, p. 201 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2004, p. 162.

<sup>10</sup> B. KOHL (avec la collab. de M. VANWIJCK-ALEXANDRE), *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, *op. cit.*, n° 221, p. 378.

<sup>11</sup> Cass., 18 février 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 74 ; Cass., 6 décembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 179 ; Cass., 22 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 978.

<sup>12</sup> *Contra* : R. LERUTH, « Déclaration de command », *Rec. gén. enr. not.*, 1991, p. 73.

<sup>13</sup> A. CULOT *et al.*, « Droits d'enregistrement et TVA applicables aux ventes d'immeubles », in *Rép. not.*, t. VII, liv. VII, Bruxelles, Larcier, 2013, nos 578 et 592 ; Comité d'étude et de législation, dossier n° 1995, *Trav. C.E.L. 2003*, FRNB, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 26.

<sup>14</sup> Cass., 18 février 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 74 ; Cass., 17 juin 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1127. H. DE PAGE et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, n° 330, A ; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 209.

unique acquéreur est et demeure le command<sup>15</sup> et le commandé intervient comme caution de celui-ci<sup>16</sup>.

Par exception, en matière de vente publique forcée, et compte tenu du contexte particulier de ces opérations, l'article 1590 du Code judiciaire édicte que le commandé est garant de la solvabilité et de la capacité civile de son command.

**11.** À défaut de déclaration de command régulière dans le délai fixé, le commandé est considéré purement et simplement comme l'acquéreur définitif du bien vendu, tenu alors personnellement de toutes les obligations qui découlent de la convention de vente.

**12.** Pour être opposable aux tiers, la déclaration de command – reçue en la forme authentique, donc – doit être transcrite à la Conservation des hypothèques ; en effet, elle constitue un acte déclaratif de droits réels immobiliers au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi hypothécaire<sup>17</sup>. Toutefois, il est indispensable que la convention de vente elle-même soit également transcrite afin que la vente, en elle-même, soit opposable aux tiers de bonne foi qui pourraient revendiquer un droit réel concurrent<sup>18</sup>, mais elle peut l'être – et le sera fréquemment en pratique – postérieurement à la transcription de la déclaration de command.

Sous réserve de la praticabilité de l'opération au regard des délais – stricts et courts – imposés par le droit fiscal et/ou par la convention, il paraît opportun de rassembler dans le même acte notarié l'authentification de la vente – à laquelle le vendeur doit intervenir – et la déclaration de command – à laquelle le command et le commandé doivent intervenir – par souci d'économie de procédure. Si ce regroupement n'est pas possible parce que, pour le respect des délais, la déclaration de command doit être reçue sans attendre, celle-ci sera transcrite de son côté, tandis que l'acte contenant la vente sera également transcrit ultérieurement et distinctement.

Sous-section 2

## La promesse de porte-fort

### § 1. Définition et caractères

**13.** Le Code civil n'accepte pas que l'engagement de l'un ait pour effet de faire naître des obligations à charge d'un tiers ; cette règle générale est posée par l'article 1119. Toutefois, l'article 1120 qui le suit immédiatement permet de se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci.

<sup>15</sup> Cass., 30 juin 1881, *Pas.*, 1881, I, p. 331.

<sup>16</sup> Cass., 24 mars 2016, *R.W.*, 2016-2017, p. 1219, note I. SAMOY ; *R.G.D.C.*, 2017, p. 314, note D. SONCK.

<sup>17</sup> H. DE PAGE et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit.*, n° 330, B ; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. I, Liège, Coll. scientifique Fac. dr. Liège, 1996, p. 511, n° 592, note 18.

<sup>18</sup> Gand, 25 octobre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 355, note S. SNAET.

La convention ou promesse de porte-fort est celle où « une personne, le porte-fort, s'engage vis-à-vis de son cocontractant à rapporter soit l'engagement d'autrui portant sur une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner, soit la ratification par autrui d'un tel engagement que le porte-fort aurait pris pour compte d'autrui sans pouvoir de représentation, soit encore le fait d'un tiers »<sup>19</sup>.

Elle est d'application fréquente en pratique, toutes les fois où, pour cause d'urgence, une partie à la conclusion d'un contrat n'est pas accessible et où il n'est pas possible de lui faire signer un mandat. La promesse de porte-fort est dès lors un palliatif à ce dernier ; l'engagement du tiers est analysé comme une *ratification*, ainsi que l'organise l'article 1998, alinéa 2, du Code civil, en cas de dépassement de pouvoirs par le mandataire.

**14.** Dans sa conception d'origine, la promesse de porte-fort est une convention distincte du contrat à conclure – la vente dans notre propos – par laquelle le porte-fort s'engage à obtenir le fait d'un tiers déterminé et désigné à la convention, à savoir celui de conclure l'opération de vente envisagée.

Dans la pratique actuelle, le porte-fort consiste généralement en la promesse de la ratification par le tiers d'une opération déjà conclue en son nom, mais sans pouvoir pour ce faire. Cette technique rédactionnelle de la clause accessoire de porte-fort<sup>20</sup> présente l'intérêt de la compacité, les deux opérations – vente envisagée et promesse de porte-fort – étant incluses dans le même *instrumentum*, et de l'efficacité, l'opération envisagée étant d'ores et déjà conclue, mais devant être ratifiée, avec effet rétroactif, par le tiers.

On cite généralement l'usage de cette technique pour conclure un contrat en l'absence d'une des parties contractantes et alors que cette dernière n'a pu laisser de mandataire, ou pour un contrat intéressant une indivision, mais négocié et conclu par un seul indivisaire, ou pour la vente avec un mineur alors que les formalités habilitantes n'ont pu être accomplies par les représentants de l'incapable, mais dans l'idée que le mineur, une fois devenu majeur, ratifiera la vente. Observons toutefois que, dans ce dernier cas, la vente ou l'acquisition est nulle, mais cette nullité ne peut être demandée que par le mineur ou par son représentant de sorte qu'à défaut d'une telle demande, et si le mineur ratifie par la suite l'opération, tout rentrera dans l'ordre ; une épée de Damoclès pèse néanmoins sur l'opération jusqu'alors, dont il faut être bien conscient.

La vente – d'un immeuble ou autre – par porte-fort est réputée impossible. En effet, celui qui se porte fort du fait du véritable vendeur n'étant pas propriétaire de la chose cédée, il lui est impossible d'en transférer la propriété à l'acquéreur. Pour autant, si la vente de la chose d'autrui est effectivement atteinte d'une

<sup>19</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, in *Traité de droit civil belge*, coll. De Page, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 520 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Précis Fac. dr. UCL, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 915.

<sup>20</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 916.

cause de nullité (art. 1599 C. civ.), cette dernière n'est pas automatique, mais doit être prononcée par le juge statuant sur une demande qui ne peut émaner que de l'acquéreur berné<sup>21</sup>. La nullité, de nature relative, peut, du reste, être couverte par la ratification du *verus dominus*<sup>22</sup>. Dès lors, rien ne distingue l'acquisition par porte-fort de la vente par porte-fort et, si l'une est admise, l'autre doit l'être également.

**15.** La convention de porte-fort est un contrat consensuel bilatéral, aux termes duquel naît pour celui qui s'est porté fort du fait d'autrui une obligation<sup>23</sup> :

- personnelle : le tiers n'est pas engagé tant qu'il n'a pas conclu personnellement l'opération ou ne l'a pas ratifiée ; en effet, le porte-fort n'est pas un mandataire et n'a pas les pouvoirs de lier directement le tiers ;
- de faire : le porte-fort n'est tenu que de rapporter l'engagement ou la ratification du tiers ; il n'est en aucun cas tenu d'exécuter pour son compte l'opération envisagée ; l'inexécution de la promesse de porte-fort ne se résout qu'en dommages et intérêts, à hauteur du préjudice réellement subi par le cocontractant<sup>24</sup> ; par conséquent, la convention de porte-fort ne peut jamais être en elle-même translatrice ou constitutive de droits réels en l'absence de l'engagement ou de la ratification du tiers ;
- de résultat : le porte-fort promet d'obtenir l'engagement ou la ratification du tiers et, à défaut de stipulation contraire – qui aurait pour effet de changer la nature de l'obligation pour en faire une obligation de moyens<sup>25</sup> –, doit rapporter celui-ci ; à défaut, sa responsabilité contractuelle est engagée à l'égard du cocontractant qui ne doit pas démontrer une quelconque faute dans le chef du porte-fort ; ce dernier ne pourra se dégager qu'en établissant la force majeure.

**16.** Le porte-fort doit être soigneusement distingué d'institutions voisines. En ce sens, la promesse de porte-fort n'est pas<sup>26</sup> :

- un mandat : le porte-fort ne dispose pas des pouvoirs d'engager le tiers, et il ne s'en cache pas ; dans la pratique des contrats immobiliers, la promesse de porte-fort est fréquemment associée à un mandat verbal (voy. *infra*, n° 23), mais elle s'en distingue ;
- une faculté d'élire command : le porte-fort ne s'engage pas, en règle, à nouer la convention envisagée pour lui-même, mais uniquement à rap-

<sup>21</sup> H. DE PAGE et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 32.

<sup>22</sup> Mons, 12 novembre 1979, *Rec. gén. enr. not.*, 1980, p. 177.

<sup>23</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, op. cit., n° 522.

<sup>24</sup> Il ne serait pas permis de prévoir une clause exonératoire ou limitative de cette responsabilité dans la convention de porte-fort, car il serait alors porté atteinte à l'essence de la convention (P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 921).

<sup>25</sup> Voy. Gand, 15 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 509, note A. VERBEKE.

<sup>26</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, op. cit., n° 523 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., n° 919.



- porter l'engagement d'un tiers ; cet élément distingue fondamentalement le porte-fort de la faculté de substitution de personne qui caractérise le command (voy. *supra*, n° 11) ; en général, la convention de porte-fort identifie par ailleurs le tiers dont on promet l'engagement – ce qui n'est jamais le cas dans le command où, précisément, celui-ci est caché –, mais cet élément n'est pas indispensable, et l'on accepte la validité d'une promesse de porte-fort dans laquelle l'identité du tiers n'est pas révélée, ce qui permet de justifier la validité du mécanisme pour un tiers indéterminé<sup>27</sup> ou qui n'existe pas encore, telle une société en formation (voy. *infra*, n° 25) ;
- un cautionnement : le porte-fort promet l'engagement ou la ratification d'un tiers à une opération envisagée, mais il ne garantit ni sa bonne exécution par ce tiers, une fois engagé, ni la solvabilité de ce dernier<sup>28</sup> ; en principe, le cocontractant ne dispose d'aucun recours contre le porte-fort de ce chef ; en pratique, il est néanmoins des conventions de porte-fort qui se couplent avec une garantie ou un cautionnement du porte-fort quant à la bonne exécution de l'opération principale, mais il s'agit alors d'une convention distincte qui s'ajoute et se couple au porte-fort lui-même ;
  - une promesse de bons offices<sup>29</sup> : cette dernière n'emporte qu'une obligation de moyens alors que la promesse de porte-fort emporte, en règle, une obligation de résultat comme nous l'avons indiqué au numéro précédent.

## §. 2. Modalité particulière : le porte-fort d'exécution

17. Dans la pratique de la promesse de porte-fort, la situation du cocontractant n'est guère favorable, car il n'est pas assuré de l'effectivité de l'engagement du tiers pour lequel on s'est porté fort, soit de conclure l'opération envisagée, soit de la ratifier si celle-ci est déjà conclue. Pour pallier cet inconvénient, et pour convaincre le cocontractant, deux variantes de la promesse de porte-fort pure se sont développées, qui étendent les obligations du porte-fort<sup>30</sup> : d'une part, le porte-fort peut être constitué garant de la bonne exécution du contrat par le tiers, une fois que ce dernier aura repris le contrat, auquel cas le porte-fort se couple avec un cautionnement ; d'autre part, la convention de porte-fort peut prévoir que le porte-fort sera tenu de prendre à son compte l'opération envisagée si le tiers ne reprend pas ou ne ratifie pas celle-ci.

Cette deuxième variante n'est bien entendu pas possible lorsque l'on se porte fort pour le propriétaire du bien vendu, puisque le porte-fort ne pourrait pas le remplacer.

<sup>27</sup> Figure des « stipulations en chaîne » : voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 918.

<sup>28</sup> Gand, 14 novembre 1930, *Pas.*, 1931, II, p. 52 ; Bruxelles, 6 décembre 1967, *Pas.*, 1968, II, p. 100.

<sup>29</sup> H. DE PAGE, *Traité*, t. II, p. 708 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 921, *in fine*.

<sup>30</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 521.

Cette pratique pose toutefois de délicats problèmes de qualification de l'acte juridique ici à l'œuvre.

**18.** Il convient d'analyser cette convention complexe en deux contrats distincts :

- d'une part, une promesse de porte-fort par laquelle le porte-fort s'engage à obtenir la ratification de l'opération – par exemple, une vente – par le tiers pour compte duquel il est intervenu, et ce, dans un certain délai ;
- d'autre part, une seconde vente, intervenue aux mêmes conditions que la première, conclue entre le cocontractant et le porte-fort et sous la condition suspensive de l'absence de ratification de la première vente par le tiers dans le délai convenu.

Afin d'éviter toute difficulté d'interprétation, le rédacteur du contrat sera inspiré de libeller la clause de manière à ce qu'elle révèle cette structuration contractuelle. Par exemple :

*Déclarant procéder à la présente opération pour compte de X, duquel il se porte fort de la ratification dans un délai de ...*

*À défaut de ratification par X dans ce délai, le soussigné s'engage à procéder à la présente opération pour son propre compte, aux conditions reprises aux présentes, mais sous condition suspensive de l'absence de ratification par X dans le délai susdit.*

**19.** Cette convention nous paraît en tout cas exclure la qualification de faculté d'élire command, pour trois raisons :

- 1° la volonté de contracter pour compte d'un tiers est exprimée dès l'origine, dans le régime du porte-fort, et l'identité du tiers est de même précisée ;
- 2° le porte-fort n'a pas le choix de soumettre le contrat au tiers afin d'en rapporter la ratification, car il ne lui appartient pas de décider de se réserver le bénéfice du contrat ;
- 3° la prise d'effets de la seconde convention, dans le patrimoine du porte-fort, dépend de la décision du tiers<sup>31</sup> – de ratifier ou non l'opération – de sorte que le porte-fort ne propose du choix du dénouement de l'opération, mais intervient comme un garant en nature.

En ce sens, nous ne pouvons suivre la doctrine française qui y voit une faculté de substitution – dont l'analyse juridique est elle-même délicate – et qui rapprocherait par trop la clause du régime du command.

Cette distinction est d'importance, car les deux conventions – command et porte-fort – emportent des effets fiscaux très différents lorsque le contrat porte

<sup>31</sup> Il est évident qu'il faut que le porte-fort ne puisse pas exercer d'influence significative sur la décision du tiers. Si le porte-fort est, par exemple, l'administrateur unique de la personne morale pour laquelle il s'est porté fort et que les statuts de cette personne morale ne prévoient pas le vote de l'assemblée générale pour conclure l'opération, alors la décision appartient au porte-fort/administrateur, et il s'agit d'une faculté de substitution.

sur la cession de droits réels immobiliers, ainsi que nous le verrons à la seconde section.

### § 3. Effets

#### A. En cas de ratification par le tiers

20. La promesse de porte-fort emporte une obligation de résultat dans le chef du porte-fort, celle d'obtenir l'engagement ou la ratification du tiers. Si ce dernier souscrit effectivement à l'opération envisagée dans les délais fixés, la convention de porte-fort est en règle totalement et parfaitement accomplie et prend dès lors fin<sup>32</sup>. En effet, le porte-fort ne garantit généralement pas la bonne exécution de l'opération elle-même.

Toutefois, la Cour de cassation a décidé, de manière peut-être pragmatique, que la personne qui accomplit un acte en son nom propre, mais pour compte d'autrui et sans pouvoirs, n'est pas déchargée par la ratification de l'opération par le tiers :

«La ratification, par le propriétaire du bien vendu, de la vente conclue par une autre partie sans procuration et en son nom personnel est valable en droit.

L'acquéreur n'est toutefois pas tenu de reconnaître des effets juridiques à cette ratification parce qu'on ne peut lui imposer une autre partie contractante.

Si la partie cocontractante accepte la ratification, elle est en droit d'intenter des actions contractuelles contre le propriétaire du bien vendu en tant que mandant vendeur. La partie cocontractante conserve également le droit de citer en justice la partie qui est intervenue en nom propre, sur la base des obligations contractées par cette partie en son nom personnel»<sup>33</sup>.

21. Nous l'avons dit, le porte-fort s'intègre souvent en pratique dans le contrat envisagé qui est alors conclu sous réserve de la ratification par le tiers. Ce contrat ne peut toutefois sortir aucun effet à l'égard du tiers : il ne lie pas ce dernier qui ne s'y est pas encore engagé à ce stade et il ne lie pas plus le porte-fort qui, en principe, ne s'y est pas engagé pour son propre compte.

Le contrat lie en revanche définitivement le cocontractant qui, après s'y être engagé, ne peut plus nier l'existence d'un mandat éventuel si tant le mandant – le tiers dans notre construction – que le mandataire – le porte-fort dans notre propos – ne contestent pas celui-ci<sup>34</sup>. Et il peut y avoir ratification à tout moment par le tiers.

<sup>32</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 526.

<sup>33</sup> Cass., 24 octobre 2008, *Pas.*, p. 2361. P. WÉRY, « Le mandat », in *Rép. not.*, t. IX, liv. VII, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 207-2.

<sup>34</sup> Cass., 6 février 2006, *Pas.*, p. 307 ; *R.G.D.C.*, 2007, p. 96, note I. SAMOY.

La ratification du tiers est alors l'instrument déterminant de l'exécution de la promesse de porte-fort.

22. La ratification est l'acte par lequel le tiers – ou le mandant en cas d'excès de pouvoir du mandataire – s'approprie l'opération passée pour son compte; elle ne peut être partielle<sup>35</sup>. Il s'agit d'un acte unilatéral non réceptice, de sorte qu'elle produit ses effets et devient irrévocable dès son émission, avant même d'être parvenue à la connaissance du cocontractant<sup>36</sup>.

La ratification n'est assujettie à aucune condition de forme et peut même être tacite pour autant qu'elle ait lieu en pleine connaissance de cause et qu'elle soit certaine<sup>37</sup>.

La ratification opère avec effet rétroactif<sup>38</sup>, de sorte que celui dont on avait promis l'engagement reprend les droits et obligations découlant de la convention de vente *ab initio*, tout comme dans un mécanisme de représentation parfaite. Elle fonctionne un peu comme un mandat qui serait donné après coup et rétroactivement<sup>39</sup>.

On enseigne toutefois qu'il est fait exception à cette rétroactivité lorsque la convention de porte-fort concerne un acte solennel pour lequel la solennité est destinée à protéger l'intérêt du tiers qui ratifie<sup>40</sup> ou des tiers créanciers qui pourraient faire valoir un droit réel concurrent acquis de bonne foi entre-temps<sup>41</sup>, par exemple, dans le cas de la constitution d'hypothèque.

23. L'administration fiscale – à savoir l'Administration générale de la documentation patrimoniale, compétente pour la taxation à l'enregistrement et la tenue des registres fonciers – est d'avis que la vente conclue par porte-fort avec désignation de l'identité du tiers pour compte duquel le porte-fort intervient emporte la cession définitive des droits réels immobiliers concernés par l'opération et, par conséquent, doit être assujettie au droit d'enregistrement proportionnel applicable à l'opération et doit provoquer la mise à jour immédiate des registres publics.

Pourtant, en droit civil, il est certain que cette convention n'est pas susceptible de transférer la propriété ou tout autre droit réel. Néanmoins, adoptant un

<sup>35</sup> P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, n° 205.

<sup>36</sup> Fr. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Les contrats*, vol. 4, in *Traité de droit civil belge*, t. III, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2017, n° 149. Cass., 20 juillet 1883, *Pas.*, I, p. 347.

<sup>37</sup> Cass., 26 juin 1947, *Pas.*, I, p. 295; *Rev. prat. not.*, 1948, p. 176.

<sup>38</sup> Cass., 21 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 77; Cass., 4 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 1898, concl. Av. gén. HENKES. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 526.

<sup>39</sup> Voy. Cass., 24 octobre 2008, *Pas.*, p. 2361; *R.W.*, 2009-2010, p. 68, note R. JANSEN; *T. Not.*, 2009, p. 617, note I. SAMOY.

<sup>40</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 526; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 738, C, 1°, *in fine*, et t. VII, n°s 433bis et 705.

<sup>41</sup> Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, p. 112; P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, n° 207-1; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 290.

point de vue pragmatique, l'administration présume la ratification – voire un mandat verbal –, de sorte qu'elle part alors du principe que le contrat principal sort tous ses effets<sup>42 43</sup>.

En tout cas, on admet en pratique que la ratification ne doit pas être transcrite dans le registre de la conservation des hypothèques **incompétente**<sup>44</sup>.

Tout bien considéré, et malgré les critiques qui peuvent être apportées à ce point de vue sur le plan du droit, le praticien se réjouira néanmoins de cette position administrative, car elle lui permet d'obtenir la publicité foncière complète – enregistrement et transcription hypothécaire – d'une transaction qui aura été conclue par porte-fort. Pour asseoir la sécurité juridique de l'opération, le même praticien s'assurera néanmoins de disposer dans son dossier de la ratification du tiers, qui peut être exprimée par écrit sous seing privé ou dématérialisée.

Précisons encore qu'en ce qui concerne la formalité hypothécaire, les conservateurs – à l'époque où cette fonction existait encore – exigeaient pour admettre la convention à la transcription que celle-ci soit conclue par mandataire verbal qui, pour autant que de besoin, se porte également fort<sup>45 46</sup>. À nouveau, ce mariage de deux régimes de représentation – mandat et porte-fort – s'oppose à la raison juridique – les deux figures s'opposent en effet et ne sont pas complémentaires –, mais constitue un bien maigre prix à payer pour obtenir en urgence le déblocage d'un dossier dans lequel l'une des parties fait défaut – physiquement et non moralement<sup>47</sup> – au dernier moment. La clause est rédigée comme suit :

*Représenté ici par X, qui déclare agir en vertu d'un mandat verbal et qui, pour autant que de besoin, se porte fort.*

## **B. En l'absence de ratification par le tiers**

**24.** Si le tiers ne prend pas l'engagement promis ou ne ratifie pas la convention conclue, le porte-fort engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de son cocontractant. En principe, le porte-fort ne peut être tenu de reprendre la convention pour son propre compte ; aucune exécution en nature n'est concevable en l'occurrence<sup>48</sup>, d'autant que la promesse de porte-fort est également

<sup>42</sup> Déc. adm., 4 novembre 1921, *Rec. gén. enr. not.*, n° 15.790.

<sup>43</sup> L'opération est annotée au seul répertoire de la personne pour laquelle on s'est porté fort (E. GENIN *et al.*, « Traité des hypothèques et de la transcription », in *Rép. not.*, t. X, liv. I, éd. 1987, n° 465).

<sup>44</sup> E. GENIN *et al.*, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, n° 474.

<sup>45</sup> E. GENIN *et al.*, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, n° 1496.

<sup>46</sup> Le mandat étant verbal, il ne doit pas faire l'objet d'une procuration authentique à transcrire obligatoirement (voy. art. 2, al. 2, L. hyp.).

<sup>47</sup> Que le lecteur ne s'y trompe pas : il ne s'agit pas de passer outre l'opposition d'une partie, mais bien son absence, alors qu'elle affirme par ailleurs – par courrier électronique par exemple – vouloir concourir à l'opération et marquer son accord sur le contenu de l'acte.

<sup>48</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 527.

utilisée dans des hypothèses où l'opération envisagée ne relèverait pas du fait ou du pouvoir du porte-fort, telle la vente par exemple. Nous avons vu ci-avant que la pratique a toutefois modalisé la promesse de porte-fort pour obtenir cet effet, dans certains cas (voy. *supra*, n° 17).

En tant que telle, la convention de porte-fort n'emporte par ailleurs jamais aucune obligation pour le tiers qui n'y est point lié et ne peut l'être.

En revanche, le contrat principal conclu – sous réserve de ratification du tiers – est caduc<sup>49</sup>.

### Sous-section 3

## Et la société en formation ?

25. Au départ de la nécessité des affaires de permettre la prise d'engagements au nom d'une société en formation, et de la pratique qui s'était construite sur une application de la promesse de porte-fort<sup>50</sup>, la réglementation intégrée plus tard dans l'article 60 du Code des sociétés, puis dans l'article 2:2 du Code des sociétés et des associations, a posé le principe et le régime de l'engagement pris au nom d'une personne morale en formation.

La disposition légale générale s'exprime comme suit aujourd'hui :

« À défaut de convention contraire, ceux qui, au nom d'une personne morale en formation, et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si la personnalité juridique a été acquise dans les deux ans de la naissance de l'engagement et si la personne morale a repris ces engagements dans les trois mois de l'acquisition de la personnalité juridique. Les engagements repris par la personne morale sont réputés avoir été contractés par celle-ci dès l'origine. »

26. Le régime juridique actuel, qui prévaut, sauf stipulation contraire du contrat conclu au nom de la personne morale en formation, peut être synthétisé comme suit :

- toute personne peut prendre un engagement au nom d'une personne morale en formation ; il n'est pas requis que cette personne soit fondatrice ou administratrice de l'être moral à constituer ;
- il n'est pas nécessaire que la personne morale en formation soit précisément désignée dans le contrat contenant l'engagement souscrit en son nom ; toutefois, il faut pouvoir relier avec certitude, compte tenu du contexte des contrats, l'engagement préalablement souscrit et l'être moral constitué par la suite ;

<sup>49</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 921.

<sup>50</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 528.

- la personne morale doit être constituée dans les deux ans de la naissance de l’engagement ;
- l’engagement doit être formellement repris par l’organe compétent de l’être moral dans les trois mois de l’acquisition de la personnalité juridique par ce dernier, à savoir dans les trois mois du dépôt de l’acte constitutif à la Banque-carrefour des entreprises ;
- moyennant ces deux conditions, l’engagement est légalement réputé avoir été conclu par et pour le compte de la personne morale, et ce, depuis l’origine, soit avant même la création de celle-ci ;
- à défaut du respect formel de ces deux conditions, le signataire est tenu personnellement de l’engagement souscrit ; cette responsabilité est solidaire s’il y avait pluralité de souscripteurs ; cet effet est une conséquence légale, de sorte qu’il n’est pas nécessaire de le stipuler expressément ; en revanche, le contrat contenant l’engagement souscrit peut y déroger.

En pratique, c’est le respect des délais qui fait parfois défaut dans la mécanique de la souscription d’engagements au nom d’une société en formation ; ~~pour autant~~, la Cour d’appel d’Anvers a jugé en pareil cas que, si le souscripteur devenait personnellement débiteur du droit d’enregistrement, il n’y avait pas pour autant un double droit proportionnel à régler<sup>51</sup>. Quant à la reprise formelle par l’organe d’administration, elle est le plus souvent tacite.

Dans le contrat, la clause peut être rédigée comme suit :

*Déclarant agir pour compte d’une société en formation [mentions optionnelles] \*qui sera dénommée X \*à constituer par lui/eux \*dont le siège sera établi à Y \*dont l’objet portera sur Z,*

*Sachant qu’à défaut de constitution de ladite société dans un délai de deux ans à compter des présentes et de reprise de l’engagement découlant des présentes par l’organe compétent de la société à constituer dans les trois mois de l’acquisition par elle de la personnalité juridique, le(s) signataire(s) sera(ont) personnellement et solidairement tenu(s) de l’engagement ici souscrit.*

<sup>51</sup> Anvers, 18 avril 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2006, p. 318 ; et A. MAYEUR, « Droit de vente – Acquisition d’un immeuble au nom d’une société en formation – Reprise tardive de l’opération par la société – Pas de double transmission pour l’application du droit proportionnel d’enregistrement », in *Droits d’enregistrement 2004-2005, Lettre d’information*, p. 3/9, qui relève que l’arrêt est en contradiction avec la position antérieure de l’administration selon laquelle un mécanisme de condition résolutoire (la reprise de l’engagement par la société) est ici à l’œuvre, qui a pour effet de rendre le droit définitivement dû dans le chef du souscripteur au-delà du délai de reprise, lequel souscripteur aurait alors nécessairement retransférer le bien à la société.

## Section 2

**Aspects fiscaux : les droits d'enregistrement**

## Sous-section 1

**Le régime fiscal de la déclaration de command**

27. La déclaration de command est, par principe et sur la base de la théorie de la mutation apparente, soumise au droit d'enregistrement de vente prévu pour les transmissions à titre onéreux<sup>52</sup>.

Si les conditions de l'article 159, 1<sup>o</sup>, du Code des droits d'enregistrement sont strictement respectées, l'acte est alors exempté du droit proportionnel et soumis au seul droit fixe général; seule la première convention de vente est assujettie au droit proportionnel. Il n'est pas requis que le command ait expressément accepté la déclaration de command, qui peut donc être le fait unilatéral du commandé<sup>53</sup>.

Mais si le command déclare expressément refuser la déclaration de command faite à son profit, alors celle-ci n'emporte pas mutation de la propriété et ne donne pas ouverture au droit proportionnel; le commandé reste alors acquéreur pur et simple<sup>54</sup>. En ce cas, il n'est pas nécessaire de vérifier si les conditions de l'exemption fiscale étaient respectées.

Si les conditions strictes de l'article 159, 1<sup>o</sup>, du Code des droits d'enregistrement ne sont pas respectées, la déclaration de command fera l'objet du droit proportionnel de vente alors même que la vente principale a également été frappée du même droit. En effet, l'administration est fondée à assimiler, en vertu du principe précité, la substitution à une revente.

28. L'exemption du droit proportionnel d'enregistrement est soumise au strict respect de trois conditions cumulatives<sup>55</sup> :

- 1<sup>o</sup> la faculté d'élire command doit être expressément réservée dans l'acte de vente ou d'adjudication ou doit être légalement prévue<sup>56</sup>;
- 2<sup>o</sup> la déclaration de command doit être faite par acte authentique; cette condition est ajoutée par rapport aux usages de droit civil; l'idée est de donner une date certaine, parce qu'authentique, à la déclaration de command afin de contrôler la condition suivante;
- 3<sup>o</sup> la déclaration de command doit être dressée au plus tard le cinquième jour ouvrable qui suit celui de l'adjudication ou du contrat – sous seing

<sup>52</sup> A. CULOT *et al.*, « Droits d'enregistrement et TVA applicables aux ventes d'immeubles », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 579.

<sup>53</sup> Déc. adm., 23 février 1849, *Rec. gén. enr. not.*, 1849, n<sup>o</sup> 525.

<sup>54</sup> Déc. adm., 18 juillet 1845, citée par A. SCHICKS, *Dictionnaire des droits d'enregistrement, de succession, de timbre, de transcription, d'hypothèque et de greffe*, v<sup>o</sup> « Command », n<sup>o</sup> 40.

<sup>55</sup> F. WERDEFROY *et al.*, *Droits d'enregistrement*, 9<sup>e</sup> éd., t. II, Malines, Kluwer, n<sup>os</sup> 832/4 et s.; A. CULOT *et al.*, « Droits d'enregistrement et TVA applicables aux ventes d'immeubles », *op. cit.*, n<sup>os</sup> 597 et s.

<sup>56</sup> Art. 1590 C. jud., en matière de vente publique judiciaire.



privé<sup>57</sup> – de vente; il s’agit en l’occurrence des « jours d’ouverture des bureaux d’enregistrement », sachant que les samedis, dimanches et jours fériés ne sont pas considérés comme des jours ouvrables (art. 9 C. enr. et arrêté royal du 15 juillet 1960).

Ce délai, court et strict, est voulu pour éviter un abus de la part d’un pseudo-« commandé » qui n’agirait pas sur ordre d’un command caché, mais pour son propre compte, comme marchand de biens, avec l’objectif de revendre le bien à bref délai.

**29.** Une disposition spécifique règle le cas – rarissime – de l’adjudication publique effectuée dans le cadre d’une procédure de purge hypothécaire, visée en particulier par l’article 115 de la loi hypothécaire, pour laquelle un cahier des charges de la vente est conventionnellement rédigé en accord avec le créancier: « la déclaration de command dans les adjudications par suite de surenchère [...] doit, pour être exemptée du droit proportionnel, être faite devant le notaire qui a procédé à l’adjudication ou lui être signifiée au plus tard le cinquième jour ouvrable qui suit celui de l’adjudication » (art. 159, 1<sup>o</sup>, al. 3, litt. b, C. enr.).

Pratiquement, la déclaration de command est alors inscrite ou mentionnée par le notaire au pied du procès-verbal d’adjudication, sans qu’il soit besoin de la notifier au receveur de l’enregistrement.

Une particularité était également prévue pour les ventes publiques qui ont légalement lieu sous la condition d’absence de surenchère. La faculté de surenchère ayant disparu du Code judiciaire à la suite de la loi du 11 août 2017, cette hypothèse est caduque.

Sous-section 2

## La vente en triangle

### § 1. Problématique générale

**30.** La vente en triangle consiste en une simulation par dissimulation ou substitution de personne dans le cadre d’une cession à titre onéreux de droits réels immobiliers, dans le but d’éluder le droit d’enregistrement. Concrètement, une vente est conclue entre A et B, en suite de quoi il est décidé – à l’initiative de l’un ou l’autre – que la vente se déroulera entre A et C, acquéreur final; c’est cette version de la vente qui est présentée à l’enregistrement<sup>58</sup>.

Dans ce cas, l’administration est fondée à considérer que la vente était définitive entre A et B et qu’il y a eu rétrocession de B vers A, permettant à A de vendre à C.

<sup>57</sup> Déc. adm., 17 octobre 1873, *Rec. gén. enr. not.*, 1873, n<sup>o</sup> 8021.

<sup>58</sup> F. WERDEFROY *et al.*, *Droits d’enregistrement*, t. I, Malines, Kluwer, 2018, n<sup>o</sup> 533/2; G. CARNOY, « Les alternatives à la revente », in *La revente immobilière*, Jurimpratique, 1/2016, p. 190.

L'article 204 du Code des droits d'enregistrement édicte en ce cas que le droit élué – sur la cession de A à B celée – est dû indivisiblement par toutes les parties et qu'une amende, égale au droit élué, est due par chacune des parties – A, B et C – individuellement.

## § 2. Régime applicable à la promesse de porte-fort

**31.** La promesse de porte-fort ne donne lieu à aucun droit proportionnel d'enregistrement, car la vente n'est point conclue.

Lorsque le contrat de vente a été conclu avec le porte-fort, mais sous le bénéfice d'une clause accessoire de promesse de ratification, l'administration taxe la vente immédiatement et procède à la mutation du bien dans le chef du tiers comme si ce dernier était intervenu en personne à l'acte, sur la base de différentes considérations :

« Comme *arguments principiels* : on peut supposer que la clause de porte-fort va de pair avec une gestion, qui a normalement pour conséquence de lier directement le tiers au nom duquel le porte-fort a agi (art. 1375 C. civ.) ; comme *arguments pratiques* : la ratification de la convention va dans le sens des attentes ; elle n'est liée à aucune forme et peut même apparaître à partir d'un fait simple »<sup>59</sup>.

Cette position administrative est critiquée par les auteurs récents, car elle ne correspond pas à l'analyse civile de l'institution<sup>60</sup>.

**32.** Lorsque la promesse de porte-fort contient l'engagement du porte-fort de reprendre personnellement le contrat pour son propre compte à défaut de ratification par le tiers désigné, l'administration considère que l'opération est définitive et doit être taxée immédiatement au droit proportionnel, même si l'on ignore encore à ce stade qui, du porte-fort ou du tiers, sera l'acquéreur final du bien<sup>61</sup> ; l'inscription d'office est, le cas échéant, prise contre ces deux personnes.

On sent par ailleurs, à la lecture des traités spécialisés consacrés aux droits d'enregistrement<sup>62</sup>, que la confusion est proche, en pareil cas, avec la clause de substitution et, dès lors, le régime strict et sévère de la déclaration de command.

Comme nous l'avons démontré (voy. *supra*, n° 18), la promesse de porte-fort – même dans la variante ici envisagée – ne peut pas se confondre avec une faculté d'élire command. Il s'agit d'un contrat complexe composé de deux

<sup>59</sup> F. WERDEFROY *et al.*, *Droits d'enregistrement*, t. I, *op. cit.*, n° 520.

<sup>60</sup> F. WERDEFROY *et al.*, *Droits d'enregistrement*, t. I, *op. cit.*, n° 520 ; A. CULOT *et al.*, « Droits d'enregistrement et TVA applicables aux ventes d'immeubles », *op. cit.*, n° 93, *in fine*.

<sup>61</sup> F. WERDEFROY *et al.*, *Droits d'enregistrement*, t. I, *op. cit.*, n° 518/3 ; A. CULOT *et al.*, « Droits d'enregistrement et TVA applicables aux ventes d'immeubles », *op. cit.*, n° 93.

<sup>62</sup> Voy. not. A. CULOT *et al.*, « Droits d'enregistrement et TVA applicables aux ventes d'immeubles », *op. cit.*, n° 93.

relations juridiques : d'une part, une promesse de porte-fort qui, en tant que telle, n'est pas obligatoirement enregistrable et qui, si elle est présentée volontairement, ne rend exigible que le droit fixe général ; d'autre part, une seconde vente conclue au profit du porte-fort sous condition suspensive de l'absence de ratification par le tiers, qui n'est passible que du droit fixe général aussi longtemps que la condition suspensive n'est pas accomplie (art. 16 C. enr.).

En conséquence, le droit proportionnel de vente ne peut être exigé qu'une seule et unique fois sur l'opération :

- soit à charge du tiers, en cas de ratification par ce dernier du contrat conclu ; la seconde convention est alors caduque par suite de la défaillance de la condition suspensive sous le bénéfice de laquelle elle était conclue et ne peut jamais donner lieu à la perception du droit proportionnel de son chef ;
- soit à charge du porte-fort, en cas d'absence de ratification par le tiers du contrat conclu, du chef de la seconde vente dont la condition suspensive est alors accomplie ; la première convention est alors caduque et, n'ayant jamais porté de convention de vente – en l'absence d'intervention du tiers – elle ne peut donner lieu ni à l'obligation de présentation à l'enregistrement ni à la perception d'un quelconque droit proportionnel.

### § 3. Résiliation amiable des conventions

33. Toutes ces considérations fiscales sont de moindre importance<sup>63</sup> depuis que les trois Régions ont introduit, à des conditions diverses, un régime de résiliation amiable des conventions de vente – ou assimilées – permettant, contre un droit fixe spécifique réduit, de faire disparaître définitivement une convention de vente primitive qui ne sera alors plus passible du droit proportionnel de vente<sup>64</sup>, et ainsi de revendre le bien – aux mêmes conditions ou à des conditions différentes – à un tiers.

Quant à leurs conditions d'application, nous nous permettons de renvoyer aux textes légaux : l'article 159*bis* du Code des droits d'enregistrement, dans sa version applicable tant en Région de Bruxelles-Capitale qu'en Région wallonne. En synthèse, une convention de vente – ou assimilée – n'est passible que du droit fixe spécifique de 10 euros lorsqu'elle est annulée, rescindée, résolue ou résiliée aux termes d'une convention amiable – elle-même passible du même droit fixe spécifique – intervenue entre les mêmes parties dans l'année de la conclusion de la première convention et pour autant que cette dernière n'ait pas été authentifiée.

<sup>63</sup> Voy. également A. CULOT, « Les conséquences, en droit d'enregistrement, d'une acquisition "pour compte de..." », in *La promotion immobilière*, Jurimpratique, 1/2008, p. 227.

<sup>64</sup> La convention primitive est définitivement taxée au droit fixe spécifique, de sorte qu'elle ne pourrait plus être soumise à un autre droit d'enregistrement en vertu du principe *non bis in idem* (art. 12 et 13 C. enr.).

Depuis lors, le praticien prudent ne s'embarrasse pas de savoir si la clause de porte-fort était correctement rédigée ou si l'on échappe bien à la simulation ; il conseille la résiliation amiable de la convention primitive – dont coût d'enregistrement :  $2 \times 10$  euros – et la conclusion d'une nouvelle convention fixant définitivement l'opération et les droits des parties.

## Conclusion

34. Les techniques de représentation imparfaite que sont le command et le porte-fort sont vivaces dans la pratique des affaires et particulièrement dans les opérations immobilières. Nous avons également vu que l'engagement pris au nom d'une société en formation, qui trouve son origine dans la seconde, est une alternative efficace.

Le régime juridique de ces trois institutions est, en droit civil ou en droit des personnes morales, très souple ; cette souplesse se prête parfaitement aux nécessités des affaires.

Toutefois, on doit regretter – et critiquer – le traitement fiscal qui leur est réservé en droits d'enregistrement, particulièrement pour la promesse de porte-fort. Dès lors que l'identité du tiers dont le porte-fort promet de ramener la ratification est déterminée, l'administration fiscale entend percevoir immédiatement le droit proportionnel et procéder aux mutations de propriété alors même qu'aucun contrat de vente n'est encore pleinement conclu à ce stade. Et la tentation semble grande d'assimiler à une élection de command – avec son régime fiscal strict – la clause de porte-fort avec engagement du porte-fort de reprendre l'opération à son compte en l'absence de ratification par le tiers désigné. Ainsi que nous l'avons démontré, non seulement les institutions du command et du porte-fort sont radicalement différentes et ne peuvent être confondues, mais encore la variante du porte-fort ici envisagée doit s'analyser en une promesse de porte-fort pure et simple, d'une part, et une convention de vente sous condition suspensive, d'autre part. De cette analyse découle le constat évident que le droit proportionnel ne peut jamais être perçu à deux reprises dans ce type d'opération.

S'agissant du command, les conditions de la neutralité fiscale sont strictes, mais compréhensibles. Elles ont également le mérite d'être clairement fixées par la loi – ce qui est un gage de sécurité juridique – et de ne pas prêter le flanc à une interprétation *contra legem*.