

Sujet n°1 : L'apport d'un bien sous condition résolutoire du prédécès du conjoint non apporteur et/ou du divorce dans un contrat de mariage : un instrument utile pour les époux ?

Sujet n°2 : Le cas du financement par deux époux des constructions érigées sur le terrain propre à l'un d'eux : point sur la question

Mémoire réalisé par
Isaline DARDENNE

Promoteur
Jean-Louis RENCHON

Année académique 2013-2014
Master complémentaire en notariat

Plagiat et erreur méthodologique grave

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

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

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

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

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

Remerciements

Arrivée à l'aboutissement de ce travail, je souhaiterais exprimer ma reconnaissance envers toutes les personnes qui m'ont aidée et encouragée dans la réalisation de ce travail.

Tout d'abord, je remercie mon promoteur pour les conseils prodigués, notamment sur les thèmes de ce travail.

Il me tient aussi à coeur de remercier mon maître de stage ainsi que ses collaborateurs pour avoir contribué avec tant de motivation à mon apprentissage du notariat.

Enfin, un tout grand merci à ma famille.

Table des matières

SUJET N°1 :	7
L'APPORT D'UN BIEN SOUS CONDITION RÉGULATOIRE DU PRÉDÈS DU CONJOINT NON APORTEUR ET/OU DU DIVORCE DANS UN CONTRAT DE MARIAGE : UN INSTRUMENT UTILE POUR LES ÉPOUX ?	7
INTRODUCTION	8
1. LA CLAUSE D'APPORT CONDITIONNELLE : UN AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL NÉ DE LA PRATIQUE NOTARIALE	9
1.1. <i>Les grandes caractéristiques de la clause d'apport « pure et simple »</i>	9
1.2. <i>Les motivations à la source de la clause d'apport sous condition régulatoire</i>	11
2. L'ANALYSE DE L'APPORT SOUS CONDITION RÉGULATOIRE D'UN POINT DE VUE CIVIL	14
2.1. <i>La comparaison avec la clause de reprise et la clause de préciput</i>	14
2.2. <i>La controverse passée liée la validité de la clause d'apport affectée d'une condition régulatoire</i>	16
2.2.1. Les réponses aux arguments contestant la validité des clauses d'apport sous condition régulatoire	16
a) A propos de la violation du principe d'immutabilité du régime matrimonial	17
b) A propos de l'interdiction des conditions purement potestatives	18
c) A propos de l'atteinte au principe de cohérence du régime matrimonial	19
2.2.2. Corrélation avec les discussions relatives à « la clause alsacienne » en droit français	19
2.3. <i>Les conséquences dangereuses de la rétroactivité en cas de réalisation de la condition régulatoire</i>	21
2.4. <i>L'incidence de la théorie des « avantages matrimoniaux-libéralités »</i>	24
3. L'ANALYSE DE LA CLAUSE D'APPORT SOUS CONDITION RÉGULATOIRE D'UN POINT DE VUE FISCAL	26
3.1. <i>Les avantages fiscaux de la clause d'apport</i>	26
3.2. <i>La position de l'administration fiscale sur l'apport affecté d'une condition régulatoire au cours du temps</i>	27
3.3. <i>La condition régulatoire : une mesure d'optimisation fiscale ?</i>	28
3.4. <i>La clause d'apport sous condition régulatoire : un risque potentiel d'abus fiscal ?</i>	30
CONCLUSION	33
BIBLIOGRAPHIE 1	35
SUJET N°2 :	40
LE CAS DU FINANCEMENT PAR DEUX ÉPOUX DES CONSTRUCTIONS ÉRIGÉES SUR LE TERRAIN PROPRE À L'UN D'EUX : POINT SUR LA QUESTION	40
INTRODUCTION	41
1. HYPOTHÈSE OÙ AUCUNE DÉMARCHE SUR LE PLAN JURIDIQUE N'A ÉTÉ EFFECTUÉE	42
1.1. <i>Le phénomène de l'accession</i>	42
1.2. <i>Les fondements possibles à la base d'une indemnisation</i>	43
1.2.1. La preuve écrite du financement des constructions	44
1.2.2. La théorie de l'accession et la théorie des impenses	45
1.2.3. La théorie de la gestion d'affaires est-elle possible ?	46
1.2.4. Le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause	46
a) Les conditions de l'action de <i>in rem verso</i>	46
b) Positionnement général de la jurisprudence et de la doctrine par rapport au cas d'espèce	47
2. LES DÉMARCHES PRÉVENTIVES DES COHABITANTS DE FAIT : VERS PLUS DE SÉCURITÉ JURIDIQUE ?	48
2.1. <i>Solutions pour que le cohabitation de fait acquière un droit réel sur le bâtiment construit</i>	49
2.1.1. La renonciation au droit d'accession	49
a) La fragilité de la renonciation à accession: la création d'un droit réel temporaire	50
b) La limitation dans la durée du droit d'accession : un inconvénient à relativiser	51
2.1.2. La vente de parts du terrain en pleine propriété au cohabitant de fait	52
a) La sécurité du droit de propriété	52
b) Le problème de l'indivision en cas de cessation de la vie commune	52
2.2. <i>Une organisation patrimoniale à travers le contrat de vie commune</i>	54
CONCLUSION	56
BIBLIOGRAPHIE 2	57

Sujet n°1 :

***L'apport d'un bien sous condition
résolutoire du prédécès du conjoint non
apporteur et/ou du divorce dans un contrat
de mariage : un instrument utile pour les
époux ?***

INTRODUCTION

En vertu de l'article 1387 du Code civil, « *les époux règlent leurs conventions comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne contiennent aucune disposition contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».

Or, aujourd'hui, la liberté et la créativité dans les régimes matrimoniaux que promeut cette disposition du Code civil sont de plus en plus préconisées par les couples. En effet, dans notre société individualiste où les couples se font et se défont au gré des sentiments et où les formes de familles se multiplient, les situations de vie des couples souhaitant se marier sont diverses¹. En outre, l'utilité du contrat de mariage comme instrument de planification fiscale est aujourd'hui pleinement acceptée². Dans ce contexte, le notaire doit désormais proposer aux futurs époux, le contrat de mariage le plus adapté à leur réalité économique, sociale et familiale, et susceptible de répondre le mieux à leurs souhaits de vie commune³.

Ainsi, imaginons deux époux âgés d'une cinquantaine d'années qui décident de se marier sous le régime de la communauté. Il s'agit pour chacun d'eux, de leur second mariage, et ils ont tous les deux des enfants issus de leur première union. Madame possédant déjà un immeuble, elle souhaite en faire bénéficier son conjoint. Elle veut donc apporter au patrimoine commun l'immeuble destiné à devenir leur logement familial. Nous allons voir que dans une telle situation, les époux souhaiteront peut-être modaliser la clause d'apport, en l'affectant d'une condition résolutoire dans le cas du prédécès de Monsieur et/ou dans le cas du divorce parce qu'une telle clause s'adapte bien à leur situation.

Nous allons étudier la clause d'apport assortie d'une condition résolutoire d'un point de vue civil et d'un point de vue fiscal, en tentant de voir les avantages, les inconvénients et les questions qu'elle suscite. Au préalable, nous montrerons quelles peuvent être les motivations des époux pour insérer une telle clause dans leur contrat de mariage.

1 J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. belge*, 2011, p. 699 et p. 701.

2 L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *Les dialogues de la fiscalité*, 2012, p. 159 et s.; V. DEHALLEUX, « Fiscalité et avantages matrimoniaux », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 157.

3 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », in *Les familles recomposées. Défis civils, fiscaux et sociaux*, coll. *Patrimoine et fiscalités*, Limal, Anthémis, 2013, p.8. ; J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *op. cit.*, p. 699 et p. 703.

1. La clause d'apport conditionnelle : un aménagement conventionnel né de la pratique notariale

Avant d'aborder la clause d'apport sous condition résolutoire à proprement parler, il est indispensable de parler brièvement des caractéristiques principales de la clause d'apport « pure et simple ». Ensuite, nous verrons quelles sont les raisons *a priori* pour lesquelles l'aménagement de la clause d'apport sous condition résolutoire peut être opportun dans un contrat de mariage.

1.1. Les grandes caractéristiques de la clause d'apport « pure et simple »

En vertu de l'article 1452, alinéa 1 du Code civil, la clause d'apport est une clause extensive de l'actif commun, par laquelle « *les époux peuvent convenir que tout ou partie des biens présents et futurs, meubles ou immeubles, visés à l'article 1399 (il s'agit de biens propres), feront partie du patrimoine commun* ». Ajoutée à titre accessoire au régime matrimonial dans le contrat de mariage⁴, cette clause a pour but de transférer la propriété d'un bien propre ou personnel à l'un des époux (c'est-à-dire un bien que l'époux avait avant de se marier sous la communauté ou qu'il a acquis à titre de propre pendant le mariage) au patrimoine commun⁵. Elle permet donc à un bien de devenir commun, alors que sans la clause d'apport, il serait resté un bien propre⁶.

La clause d'apport peut être insérée directement dans le contrat de mariage initial ou elle peut être convenue au cours du mariage, en respectant alors la procédure relative à la modification du régime matrimonial, conformément aux articles 1394 et suivants du Code civil⁷. Il s'agit alors d'un simple acte passé devant notaire, sans que l'inventaire ne soit obligatoire, puisque la clause d'apport ne modifie que la composition du patrimoine commun et n'entraîne

4 Ph. CRISMER, « Les clauses d'apport au patrimoine commun », in *Les contrats de mariage : bilan, perspectives et formules pratiques*, avec contributions de E. BEGUIN, LLN-Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 230. ; B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », in *Quelques questions de transmission patrimoniale relatives au couple et à la famille*, sous la direction de Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 133.

5 B. CARTUYVELS, « Les régimes matrimoniaux-Art. 1451 à 1465 du code civil », *Rép. not.*, Tome V, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 1013.

6 B. CARTUYVELS, « Extension du patrimoine commun : apport », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 69. ; I. DE STEFANI, et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », *op. cit.*, p.12. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.56.

7 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 136. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.56.

donc pas la liquidation du régime préexistant⁸.

Notons d'ores et déjà que si la clause d'apport peut enrichir le patrimoine commun d'actifs, l'apport peut aussi amener du passif au patrimoine⁹. En vertu de l'article 1452, alinéa 2 du Code civil, une partie des dettes propres existant au moment de l'apport devient commune, en proportion de la valeur des biens apportés par rapport à l'ensemble des biens propres à l'apporteur, au moment de l'apport¹⁰. Par exemple, si le bien apporté représente 20 % de l'actif propre, 20 % des dettes propres entreront dans le patrimoine commun. Il faut remarquer que pour certains auteurs, cette règle concerne tant l'obligation à la dette que la contribution à la dette¹¹, alors que pour d'autres, elle ne concerne que la contribution à la dette, l'article 1410 du Code civil stipulant que les créanciers de l'époux apporteur ont un recours contre le patrimoine commun, concernant déjà l'obligation à la dette¹². Toutefois, cet article 1452, alinéa 2 du Code civil est supplétif et les époux peuvent prévoir que le patrimoine commun supportera uniquement les dettes afférentes au bien apporté¹³. Par exemple, si la dette hypothécaire grevant le bien apporté n'est pas encore remboursée, ils peuvent décider que celle-ci sera supportée par le patrimoine commun.

Par ailleurs, alors qu'à l'origine, la clause d'apport est une clause dérogeant au droit commun de la composition des patrimoines en régime de communauté¹⁴, il est largement admis aujourd'hui qu'une telle clause puisse aussi intervenir dans les régimes de séparation de biens avec société d'acquêts limitée¹⁵. Dans ce type de régime matrimonial, la base reste la séparation de biens, mais à laquelle sont ajoutés des éléments similaires à celui de la communauté, en raison d'une masse constituée entre les époux, distincte de leurs patrimoines respectifs, composée de biens que les époux ont choisi de mettre en commun et pour laquelle s'applique une

8 C. civ., art. 1394 §2.

9 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.57.

10 B. DESMET, D. VOOSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », in *Quelques questions de transmission patrimoniale relatives au couple et à la famille*, *op. cit.*, p. 139. ; B. CARTUYVELS, « Les régimes matrimoniaux-Art. 1451 à 1465 du code civil », *op. cit.*, p. 1015. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p. 57. ; L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *op. cit.*, p. 160.

11 B. DESMET, D. VOOSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 139. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p. 58, qui considèrent que l'article 1452, alinéa 2 du Code civil concerne tant l'obligation à la dette que la contribution à la dette.

12 B. CARTUYVELS, « Extension du patrimoine commun : apport », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 73. ; B. CARTUYVELS, « Les régimes matrimoniaux-Art. 1451 à 1465 du code civil », *op.cit.*, p. 1015.

13 B. CARTUYVELS, « Extension du patrimoine commun : apport », *op. cit.*, p. 73. ; B. DESMET, D. VOOSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 139. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p. 58.

14 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.55.

15 L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *op. cit.*, p. 160.

universalité relative et un mécanisme de subrogation¹⁶ (ce qui la différencie alors d'une simple indivision).

Il est important de préciser que pour la suite de ce travail, nous aborderons principalement la clause d'apport en régime de communauté. Quand nous parlerons de « récompense », de « patrimoine commun », cela vise avant tout le régime de communauté. Toutefois, le cas de la clause d'apport sous condition résolutoire à une société adjointe au régime de séparation de biens sera parfois spécifiquement mentionné. Et puis, en principe, le raisonnement qui va être développé, peut être appliqué de manière similaire à la clause d'apport d'un bien dans ce type de régime matrimonial puisque les règles de gestion et de liquidation de la société d'acquêts s'inspirent souvent largement des règles du patrimoine commun du régime de la communauté¹⁷.

1.2. Les motivations à la source de la clause d'apport sous condition résolutoire

La clause d'apport en tant que telle présente déjà de nombreux avantages¹⁸. Parmi ceux-ci, nous relevons que cette clause peut être employée dans le cas où un immeuble propre est destiné à devenir le logement familial des époux vivant sous le régime de communauté. Tout d'abord, d'un point de vue psychologique, il est plus confortable pour l'époux non propriétaire de cet immeuble de voir ce bien rentrer dans le patrimoine commun. En effet, cela lui permettra d'avoir des droits sur cet immeuble au même titre que l'époux apporteur et d'en être copropriétaire¹⁹. De surcroît, cette protection apportée est encore plus grande si elle est combinée à une clause de liquidation favorable au conjoint survivant²⁰, telle qu'une clause d'attribution totale de la communauté. Ensuite, une autre raison d'insérer la clause d'apport dans un régime de communauté est qu'elle évite d'établir des éventuels comptes de récompenses lors de la liquidation du régime matrimonial, dans le cas où les deux époux comptent investir dans le bien, au moyen du patrimoine commun²¹. Enfin, le mécanisme de la clause d'apport est également intéressant, d'un point de vue fiscal, comme nous le verrons ultérieurement.

16 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », in *Les familles recomposées. Défis civils, fiscaux et sociaux*, Limal, Anthémis, 2013, p. 47. ; Y.-H. LELEU, *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Actes de colloque de l'association « Famille et Droit » de Liège du 25 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 7.

17 Ph. PIRON, « Séparation de biens avec société d'acquêts », in *Le couple : autonomies de volonté*, ALN, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 45.

18 Voy. notamment F. BUYSENS, « Extension du patrimoine commun : apport d'un bien immeuble » in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 79. et s.

19 Ph. CRISMER, « Les clauses d'apport au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 231.

20 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 136. ; Ph. CRISMER, « Les clauses d'apport au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 231.

21 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 136. ; I. DE STEFANI, et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », *op. cit.*, p.13.

La clause d'apport assortie d'une condition résolutoire est un aménagement conventionnel qui permet, en cas de réalisation de la condition, c'est-à-dire en cas de dissolution du mariage pour cause de divorce ou du décès, de mettre fin à l'apport de manière rétroactive, de sorte que le bien reviendra dans le patrimoine propre de l'époux apporteur, comme s'il n'avait jamais été apporté au patrimoine commun. Nous constatons que plusieurs aménagements de cette clause sont envisagés dans la pratique notariale : la clause d'apport sous condition résolutoire du prédécès du conjoint de l'époux apporteur, nommément désigné. Il y a encore l'hypothèse de la clause d'apport sous condition résolutoire du prononcé du divorce. Parfois, celle-ci est plutôt stipulée sous condition résolutoire de l'introduction du divorce. Enfin, cette clause peut être assortie des deux hypothèses susmentionnées, c'est-à-dire de la condition résolutoire du prédécès de l'époux non apporteur et du divorce. Pourquoi penser à assortir l'apport de telles modalités?

En réalité, si une clause d'apport dans un contrat de mariage a pour but d'enrichir le patrimoine commun et d'offrir plus d'avantages et de protection à l'autre conjoint, force est de constater que cette clause représente également une décision importante et un engagement de la part de l'époux apporteur. En effet, le bien apporté est un bien propre et personnel, acquis par l'époux lui-même, grâce à ses fonds propres, ou issu de ses origines familiales. Par l'effet de l'apport, lors de la dissolution de la communauté, la propriété du bien reviendra à l'autre époux à concurrence d'une moitié. Une multitude de raisons peuvent alors pousser un couple à insérer cette clause d'apport conditionnelle dans leur contrat de mariage.

Parmi ces raisons, nous prenons l'hypothèse du remariage. Lors de son second mariage, l'époux apporteur se trouve souvent entre deux souhaits : d'une part, celui d'avantager son conjoint en lui conférant une plus grande protection, par l'apport d'un immeuble dans le patrimoine commun qui servira de logement familial au couple, et d'autre part, celui de s'assurer qu'en cas de prédécès de son conjoint, le bien subsiste dans son patrimoine familial et ne tombe pas dans le patrimoine de la famille de son nouveau conjoint, lui-même ne souhaite pas partager le bien apporté avec les enfants de celui-ci²². La clause d'apport sous condition résolutoire du prédécès de l'époux non apporteur semble être alors un bon mécanisme, puisque si l'époux apporteur survit à son conjoint, il reprendra le bien, de telle sorte qu'il ne devra pas subir le démembrement de la propriété usufruit-nue-propriété avec les enfants du défunt sur la part du bien revenant à la succession. Et si par contre, il meurt avant le conjoint non apporteur, ce

22 I. DE STEFANI, et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », *op. cit.*, pp.19 et 21.

dernier bénéficiera de toute la protection de la clause d'apport.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un divorce, on peut comprendre que l'époux qui apporte un bien propre à la communauté veuille le reprendre²³. D'autant plus que la clause d'apport n'est pas un « avantage » au sens de l'article 299 du Code civil²⁴, auquel cas et conformément à cette disposition, les époux perdraient automatiquement tout le bénéfice de cette clause en cas de divorce, sauf disposition contraire. De même, elle n'est pas visée par l'article 1429 du Code civil qui prévoit que les avantages matrimoniaux sont caducs en cas de divorce. En effet, traditionnellement, la doctrine définit la notion d' « *avantage matrimonial* » de manière assez large, comme étant « *le profit que procure à un époux un régime matrimonial ou une clause le modalisant*²⁵ » ou encore comme « *tout avantage pouvant découler pour un des conjoints du mode de composition, de fonctionnement ou de liquidation-partage de son régime matrimonial*²⁶ », ce qui semble englober aussi les clauses d'apport. Remarquons d'ailleurs à cet égard qu'une doctrine majoritaire, bien qu'encore contestée par certains, considère que la théorie des avantages matrimoniaux s'applique également au régime de la séparation de biens²⁷. Toutefois, à côté de cette notion large « d'avantage matrimonial », la Cour de Cassation, dans un arrêt du 23 novembre 2001²⁸, a considéré que la clause d'apport en communauté n'est pas un avantage matrimonial au sens de l'article 299 et 1429 du Code civil parce que cette notion vise les donations entre époux et les avantages procédant d'une clause de liquidation ou de partage du patrimoine commun conçue comme un gain de survie pour son bénéficiaire²⁹. Dès lors, assortir

23 I. DE STEFANI, et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », *op. cit.*, p.21. ; Ph. DE PAGE, Ph. et I. DE STEFANI, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, ULB, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2009, p. 245. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 80.

24 « Sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage ».

25 L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 3e édition, 1988, n°362, p. 298. ; L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *op. cit.*, p. 160. ; L., ROUSSEAU, « Planification successorale par le biais des contrats de mariage », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 62. ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, n°30 et s., p.711.

26 A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in *Le couple : Décès*, *op. cit.*, p. 149. ; H. CASMAN, « Les droits de survie ou avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens », in *Les contrats de mariage-Bilan, perspectives et formules pratiques*, *op. cit.*, p. 19. ; L., ROUSSEAU, « Planification successorale par le biais des contrats de mariage », *op. cit.*, p. 62. ; V. DEHALLEUX, « Fiscalité et avantages matrimoniaux », in *Le couple : décès*, *op. cit.*, p. 157.

27 A. VERBEKE, « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in *Le couple : Décès*, coll. *op. cit.*, p. 146. ; H. CASMAN, « Les droits de survie ou avantages matrimoniaux en régime de séparation de biens », in *Les contrats de mariage. Bilan, perspectives, et formules pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 21. ; Y.-H. LELEU, *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille, Actes de colloque de l'association « Famille et Droit »*, Liège, 25 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 14.

28 Cass., 23 novembre 2001, *Rev. not.*, 2002, p. 318 et s.

29 B. DESMET, D. VOUSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op.cit.*, p. 141.; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.61. et p. 71. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p.95. ; L. ROUSSEAU, « La planification

la clause d'apport d'une condition résolutoire peut donc avoir pour but d'en faire perdre le bénéfice dans cette hypothèse de divorce³⁰.

Et puis, comme nous le verrons ultérieurement après avoir analysé la clause d'un point de vue civil, l'apport sous condition résolutoire est avantageux d'un point de vue fiscal.

2. L'analyse de l'apport sous condition résolutoire d'un point de vue civil

Dans cette partie, nous allons comparer la clause d'apport sous condition résolutoire avec d'autres clauses pouvant être insérées dans un contrat de mariage, ce qui permettra de voir les avantages et les inconvénients du mécanisme. Nous rappellerons aussi la controverse passée, mais pas moins intéressante, relative à la validité d'une telle clause, en faisant un lien avec le droit français sur ce sujet. Enfin, nous verrons quelques effets produits par la clause, et notamment son éventuelle incidence sur la théorie « des avantages matrimoniaux -libéralités ».

2.1. La comparaison avec la clause de reprise et la clause de préciput

La faculté de l'époux apporteur de reprendre son bien apporté lors du partage est déjà organisée par l'article 1455 du Code civil. Conformément à cette disposition, la reprise ne peut avoir lieu que si le bien existe encore en nature dans le patrimoine commun. Il n'est donc pas possible pour l'époux apporteur de reprendre le bien si ce dernier a été aliéné pendant le mariage ou s'il a changé de nature. Toutefois, la loi ne s'appliquant qu'à titre supplétif, il est toujours possible d'assortir la clause de reprise de modalités³¹, en prévoyant par exemple un mécanisme de subrogation par lequel le droit de reprise s'exercerait sur le produit de l'aliénation plutôt que sur le bien aliéné.

Tout comme la clause d'apport sous condition résolutoire, ce droit de reprise peut avoir lieu aussi bien en cas de décès de l'époux non apporteur qu'en cas de divorce. Et finalement, le résultat est le même que pour la clause d'apport sous condition résolutoire : le bien apporté revient à nouveau dans le patrimoine propre de l'époux apporteur. En outre, puisqu'il s'agit d'une modalité légale de l'apport, le droit de reprise prime le mécanisme d'attribution préférentielle³² :

successorale par le biais des contrats de mariage », *op. cit.*, p. 63. ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *op.cit.*, p. 711.

30 Y.-H. LELEU, , *Le droit patrimonial des couples*, CUP, Liège, Anthémis, 2011, volume 130, p.165.

31 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.64.

32 Bruxelles, 20 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1184. ; B. CARTUYVELS, « Extension du patrimoine commun : apport », in *Le couple : Décès*, *op. cit.*, p. 69. ; B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 142. ; J.-L. SNYERS, « De toewijzing van de preferentiële goederen », in *Vereffening-verdeling van het huwelijks-vermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, pp. 142-143, n°226. ; I. DE STEFANI,

si l'époux non apporteur souhaite se voir attribuer le bien servant au logement familial par préférence, alors que l'époux apporteur souhaite reprendre le bien, c'est bien le droit de reprise qui va primer dans ce conflit. Pour ce qui est de la clause d'apport sous condition résolutoire, qui est une clause portant sur la composition du patrimoine commun, étant donné que le retour du bien dans le patrimoine propre a lieu au moment de la dissolution du régime, il nous semble que celle-ci prime aussi l'attribution préférentielle, clause portant sur le partage de la communauté.

Cependant, cette clause de reprise présente un inconvénient essentiel par rapport à la clause d'apport sous condition résolutoire : la valeur du bien repris est imputée sur la part de l'époux « reprenneur » dans le patrimoine commun³³, alors que par l'effet de la condition résolutoire, le bien revient dans le patrimoine propre de l'époux apporteur, comme si il y avait toujours subsisté et sans que sa valeur soit imputée sur sa part de moitié dans le patrimoine commun. Par conséquent, l'époux qui reprend le bien conformément à l'article 1455 du Code civil supportera les améliorations faites par le patrimoine commun, dont la valeur viendra s'imputer sur sa part. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle des auteurs estiment que comme la reprise se fait déjà à titre onéreux, elle ne doit pas donner lieu à récompense et opère donc sans indemnisation³⁴, bien que ce soit discuté en doctrine³⁵.

Cependant, ce droit de reprise pouvant être modalisé, les époux peuvent très bien prévoir que ce dernier ait lieu à titre gratuit³⁶, c'est-à-dire, sans que le bien repris soit imputé sur la part de l'époux dans la communauté. Dans ce cas alors, sur le plan civil, le résultat escompté est exactement le même que pour la clause d'apport sous condition résolutoire, à deux nuances près : en vertu de l'article 1455 du Code civil, la reprise a lieu sans effet rétroactif et c'est une part de la communauté qui est reprise, et non pas un bien propre³⁷, ce qui entraîne des conséquences fiscales différentes, comme nous le verrons ultérieurement. Notons aussi qu'à l'inverse de ce qui a été dit plus haut et dans ce cas-ci, si le bien repris a bénéficié d'améliorations par le patrimoine commun, il est plus équitable de prévoir une indemnisation au profit du patrimoine commun, en s'inspirant du régime des récompenses³⁸.

A côté de la clause de reprise et pour parvenir à des résultats semblables à la clause

« L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.61. et p. 66.

33 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, ULB, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 246.

34 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op.cit.*, p. 142. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.63.

35 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.63.

36 C. GIMENNE, « Modalisation de l'apport : clause de reprise des biens en cas de divorce », in *Le couple : Décès*, *op. cit.*, p. 112. ; B. CARTUYVELS, « Les régimes matrimoniaux-Art. 1451 à 1465 du code civil », *op. cit.*, p. 1017.

37 C. GIMENNE, « Modalisation de l'apport : clause de reprise des biens en cas de divorce », *op. cit.*, p. 112.

38 *Ibidem*.

d'apport sous condition résolutoire, on pourrait également penser à la clause de préciput combinée à la clause d'apport. La clause de préciput est une clause de partage inégal qui s'applique sous condition de survie du bénéficiaire et qui permet à un époux de prélever, avant tout partage, des biens déterminés, en sus de recevoir la moitié du patrimoine commun, c'est-à-dire sans l'imputer sur sa part dans la communauté³⁹. Si on prévoit une telle clause de préciput de manière asymétrique, c'est-à-dire si on prévoit qu'elle s'appliquera uniquement en cas de prédécès d'un des époux, nommément déterminé⁴⁰ et si celle-ci porte sur le bien apporté, elle parvient également au même résultat que la clause d'apport sous condition résolutoire : la reprise du bien dans le patrimoine personnel.

Cependant, elle ne vaut qu'en cas de décès, contrairement à la clause d'apport assortie d'une condition résolutoire. Une autre différence est également que la clause de préciput est un avantage matrimonial⁴¹ qui, conformément à l'article 299 du Code civil, est perdu si les époux viennent à divorcer⁴² (même s'il faut noter que les parties peuvent toujours prévoir son maintien, mais cet effet suscite des controverses en doctrine⁴³). En outre, comme nous le verrons ultérieurement, la clause de préciput n'est pas intéressante d'un point de vue fiscal.

2.2. La controverse passée liée la validité de la clause d'apport affectée d'une condition résolutoire

La clause d'apport sous condition résolutoire a été longuement discutée au sein du monde notarial. Nous allons reprendre les différents points qui ont été soulevés pour contester sa validité, ainsi que ceux qui sont utilisés pour défendre la validité de la clause. Nous verrons aussi qu'un débat semblable a eu lieu en France, concernant la clause alsacienne.

2.2.1. Les réponses aux arguments contestant la validité des clauses d'apport sous condition résolutoire

La clause d'apport sous condition résolutoire a fait l'objet de deux réflexions successives dans les Travaux du Comité d'Etudes et de Législation de la Fédération Royale du Notariat

39 I. DE STEFANI, et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », *op. cit.*, p.36.

40 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », *op. cit.*, p.39.

41 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.61. et p. 70.

42 L. ROUSSEAU, « clause de préciput », in *Le couple : Décès*, *op. cit.*, p. 69. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p.94.

43 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, pp. 70-71. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, *op. cit.*, p.96 et s.

belge. Après avoir été contestée dans les premiers travaux⁴⁴, la Chambre plénière du 15 mars 2008 du Comité d'études a approuvé la licéité de la clause, dans les seconds travaux consacrés à celle-ci⁴⁵.

Nous allons évoquer les arguments principaux qui étaient soulevés à l'encontre des clauses d'apport sous condition résolutoire et voir comment ceux-ci ont été réfutés, en nous basant essentiellement sur la position de Y.-H. LELEU qui a contribué largement à l'acceptation de la clause.

a) A propos de la violation du principe d'immutabilité du régime matrimonial

Le principe de l'immutabilité du régime matrimonial et le caractère statutaire des biens⁴⁶ étaient les principaux arguments invoqués contre la licéité de la clause d'apport sous condition résolutoire. Issu de l'article 1367 *in fine* du Code civil, qui selon certains auteurs est d'ordre public, le principe d'immutabilité du régime matrimonial implique que les époux ne peuvent modifier leur convention matrimoniale d'un commun accord et sous seing privé, ou porter atteinte aux effets produits par celle-ci, de sorte qu'il ne doit exister pendant le mariage qu'un seul régime unique et stable. En outre, il était invoqué que le statut d'un bien ne peut passer de commun à propre sans passer par la procédure de changement de régime matrimonial⁴⁷.

Notons à cet égard que ces arguments ont été repris dans un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers de 2009⁴⁸, chargée de se prononcer sur l'effet d'une « clause de règlement » par laquelle les époux avaient prévu que le terrain et la maison reviennent à l'époux apporteur en cas de dissolution du patrimoine pour quelque raison que ce soit, sauf le décès de l'un ou l'autre des époux (donc pour la raison du divorce, principalement), ainsi que sur l'éventuelle indemnisation du conjoint non apporteur, en raison de l'occupation post-communautaire du bien par l'époux apporteur. La Cour a alors exclu l'application de l'article 1455 du Code civil, en estimant que comme pour un préciput, il ne fallait pas imputer la valeur du bien repris sur la part de l'époux apporteur dans la communauté⁴⁹. Mais elle a par contre refusé de faire jouer l'effet rétroactif, employant l'argument selon lequel la rétroactivité porterait atteinte au principe d'unité

44 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, Fédération Royale du Notariat Belge, Bruxelles, Bruylant, 1991-1992, dossier n° 6207, p. 525 et s.

45 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, Fédération Royale du Notariat Belge, Bruxelles, Bruylant, 2008-2009, dossier n°4379, p. 262.

46 B. CARTUYVELS, « Les régimes matrimoniaux-Art. 1451 à 1465 du code civil », *op. cit.*, p. 1018 et p.1036. ; Ph. CRISMER, « Les clauses d'apport au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 234.

47 C. GIMENNE, « Modalisation de l'apport : clause de reprise des biens en cas de divorce », *op. cit.*, p. 112. ; C. PARIS, « L'autonomie de la volonté », *Rép. not.*, t. V., I.II, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 466, n°440.

48 Anvers, 29 avril 2009, *Not. Fisc. Maand.*, 2010, p. 152., cité par Y.-H. LELEU, *Le droit patrimonial des couples*, CUP, Liège, Anthémis, 2011, volume 130, p.161.

49 *Ibidem*.

et de stabilité du régime matrimonial⁵⁰.

A cet argument, il a été répondu que la clause d'apport ne sort pas ses effets pendant la durée du régime matrimonial mais que la résolution de cette clause ne joue qu'au moment de sa dissolution⁵¹. Il s'agit d'une modalité de l'apport en vue du partage qui ne modifie pas le statut des biens durant le mariage⁵². Pour certains auteurs, cet argument semble plus discutable quand l'événement à l'origine de la résolution de l'apport est l'introduction d'une demande en divorce parce que à ce moment-là, les époux sont toujours mariés. Mais selon Y.-H. LELEU, c'est oublier que les effets patrimoniaux du divorce entre époux remontent *in fine* au jour de l'introduction de la demande, en vertu de l'article 1278, alinéa 2 du Code judiciaire⁵³.

b) A propos de l'interdiction des conditions purement potestatives

L'argument de la nullité des conditions potestatives (prévue à l'article 1174 du Code civil) avait été aussi soulevé, dans l'hypothèse où la clause d'apport est assortie de la condition résolutoire de l'introduction d'une demande en divorce⁵⁴. Rappelons que la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement que les parties contractantes ont le pouvoir de faire arriver ou d'empêcher⁵⁵. Or, la faculté d'introduire une demande en divorce peut venir de la seule volonté de l'époux apporteur. Toutefois, pour la majorité des auteurs, seules les conditions suspensives purement potestatives sont frappées de nullité⁵⁶. Par contre, A. FORIERS estime que les conditions résolutoires purement potestatives doivent également être frappées de nullité, quand le contrat présente un intérêt particulier uniquement pour la partie contre laquelle on souhaite exercer la résolution parce que dans ce cas,

50 Y.-H. LELEU, *Le droit patrimonial des couples*, *op.cit.*, p.162.

51 H. CASMAN, M. VAN LOOK, « Extension de l'actif commun », in *Les régimes matrimoniaux*, Kluwer, f. mob., IV, 2-6. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op.cit.*, p.65. ; J. VERSTRAETEN, « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële actualiteit 2008-2009*, Larcier 2008, p. 48. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, *op. cit.*, p.103. ; Y.-H. LELEU, *Le droit patrimonial des couples*, *op.cit.*, p.162. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, pp. 80 et s.

52 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, Fédération Royale du Notariat Belge, Bruxelles, Bruylant, 2008-2009, Dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, p. 210.

53 Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, p. 82. ; *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, *op. cit.*, p. 210.

54 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, F.R.N.B., *op. cit.*, p. 207.

55 C. civ., art. 1170.

56 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I., Bruxelles, Bruylant, 1947-1953, pp. 230-231, n°155bis. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.65. ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2e édition, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 259. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p.102.

la condition résolutoire purement potestative prive la convention de toute utilité⁵⁷. Mais Y.-H. LELEU considère que cela n'est pas le cas en l'espèce car « *l'apport en communauté aura reçu une exécution immédiate et durant tout le mariage, même de brève durée*⁵⁸ ».

c) A propos de l'atteinte au principe de cohérence du régime matrimonial

Dans l'hypothèse où une clause d'apport assortie d'une condition résolutoire concerne un régime de séparation de biens avec société d'acquêts limitée à un seul bien, Y-H LELEU observe que « *la réalisation de la condition résolutoire et le retour du bien a pour effet de vider la communauté d'acquêts du seul bien qui la composait*⁵⁹ ». Mais selon lui, c'est seulement la cohérence de la société d'acquêts qui est remise en cause, puisqu'il n'est pas porté atteinte à l'économie générale du régime de base de séparation de biens⁶⁰. Il montre alors que la sanction ne doit pas être la nullité de la clause d'apport sous condition résolutoire mais la requalification éventuelle du régime, en régime de séparation de biens pure et simple⁶¹.

2.2.2. Corrélation avec les discussions relatives à « la clause alsacienne » en droit français

La validité civile des clauses d'apport sous condition résolutoire ne semble plus contestée aujourd'hui⁶². La doctrine semble suivre l'avis de Y.-H. LELEU⁶³. Quant à la jurisprudence, au contraire de cet arrêt de la Cour d'Appel d'Anvers de 2009 déjà évoqué, deux jugements du tribunal de première instance de Louvain ont validé des clauses d'apport stipulées sous condition résolutoire du divorce et/ou du décès qui étaient venues compléter un régime de séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts limitée⁶⁴.

Il est intéressant de voir que la controverse sur la validité de la clause d'apport sous condition résolutoire en Belgique, est l'écho de débats qui ont eu lieu en France dans les années 90, concernant la validité de « la clause alsacienne ».

57 P.-A. FORIERS, « Propos sur la condition résolutoire purement potestative », in *Liber Amicorum Y. Merchiers*, Bruxelles, Die Keure, 2006, p. 119 et p.123.

58 Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 82.

59 Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, p. 83. ; *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, F.R.N.B., *op. cit.*, pp. 212-213.

60 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, F.R.N.B., *op. cit.*, p. 213.

61 *Ibidem*.

62 Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p.102.

63 Dossier C.E.L. n°4379, *op. cit.*, Orientation de la Chambre française, p. 221.

64 Civ. Louvain, 8 janvier 2007, R.G. 06/1894/B. et Civ. Louvain, 15 janvier 2007, R.G. 06/1015/B.

La clause alsacienne, qui tient son nom de ses origines, est vue comme une clause de sauvegarde dans un régime de communauté universelle, permettant de protéger le conjoint en cas de décès en lui attribuant toute la communauté, mais en permettant aussi à l'époux qui apporte un bien personnel à cette communauté de le reprendre en nature dans l'hypothèse où le mariage se dissout par un divorce⁶⁵. En réalité, cette clause pourrait s'interpréter comme une clause par laquelle un régime de communauté universelle est adopté sous condition résolutoire de la survenance d'un divorce⁶⁶ puisque dans ce cas, chaque époux reprend en nature les biens qui seraient restés propres sous un régime de communauté réduite aux acquêts.

En invoquant la violation du principe d'immutabilité, un jugement du tribunal de grand instance de Strasbourg du 17 septembre 1987 avait décidé que la clause alsacienne était nulle. Le juge avait considéré que la réalisation de la condition qui avait pour effet la succession de deux régimes matrimoniaux de nature différente violait le principe d'immutabilité du régime matrimonial et qu'en raison de son caractère rétroactif, une telle clause portait atteinte aux droits des tiers⁶⁷. Un auteur, P. SIMLER, avait critiqué cette jurisprudence⁶⁸, en s'appuyant sur un argument également soulevé en droit belge : la clause ne prend effet qu'au moment où le régime est dissout et où la liberté des époux n'est plus limitée par le principe d'immutabilité. Mais d'autres ont répondu à cet argument en disant que la rétroactivité de la condition n'est qu'une fiction inapplicable en matière de régime matrimonial⁶⁹.

Par contre, en analysant la clause comme ne contenant qu'une modalité particulière de partage du patrimoine commun, la clause a été acceptée par la jurisprudence française⁷⁰. En effet, elle fut validée par deux arrêts de la Cour d'appel de Colmar en 1990⁷¹. Pour la Cour, ce

65 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op.cit.*, p. 145.; V. DELVART, *Les conséquences du divorce sur les libéralités entre époux*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche sous la direction de F. DEKEUVER-DEFOSSEZ, Lille II, Université du droit et de la santé, école doctorale n°74, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2004-2005, disponible sur http://edocorale74.univlille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/personnes/delvart_v05.pdf, p. 83.

66 V. DELVART, *Les conséquences du divorce sur les libéralités entre époux*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche sous la direction de F. DEKEUVER-DEFOSSEZ, *op.cit.*, p. 78.

67 T.G.I Strasbourg, 17 septembre 1987, *J.C.P.*, 1989, N, II, p. 109. ; B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op.cit.*, p. 147. ; V. DELVART, *Les conséquences du divorce sur les libéralités entre époux*, *op.cit.*, p. 83.

68 V. DELVART, *Les conséquences du divorce sur les libéralités entre époux*, *op.cit.*, p. 78.

69 M.-C. FORGEARD., note sous Cass. fr., Ire, 16 juin 1992, *Rép. Défrénois*, 15 janvier 1993, n°1, pp. 34. et s.

70 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, pp.146-147.

71 C.A., Colmar, 16 mai 1990, *Rép. Défrénois*, 1990, art. 34917, p. 1361. et C.A. Colmar, 20 juin 1990, *J.C.P.*, 1993, G, II., art. 22108, p. 330.

type de clause modalisant la liquidation du régime matrimonial confère un droit de reprise qui porte sur des biens devenus communs lors de l'apport et qui a lieu avant tout partage. Cette clause n'a alors pas d'effet rétroactif et ne s'applique qu'après la dissolution du régime matrimonial⁷². Sur ces motifs, la Cour d'appel, dans son arrêt du 20 juin 1990, décide que l'époux reprenant le bien apporté doit payer une indemnisation à la communauté⁷³. La Cour de Cassation française ayant dû à son tour se prononcer sur la question, en raison d'un pourvoi formé par l'époux apporteur, a également validé la clause⁷⁴. Toutefois, si elle n'a pas contesté l'existence d'une indemnité à charge de l'époux apporteur reprenant son bien, elle a analysé la clause en une reprise à titre de bien propre⁷⁵ (alors que pour la Cour d'appel, il s'agissait d'une reprise d'un bien commun), ce qui lui a permis de fonder l'indemnité sur base des récompenses. Certains auteurs ont alors déduit d'une telle analyse que la Cour de cassation validait le changement rétroactif de nature au moment de la reprise⁷⁶.

Comme en Belgique, le débat en France concernant la validité de la clause est terminé. D'autant plus que comme le souligne un auteur, le principe d'immutabilité du régime matrimonial a décliné durant les années 2000, par l'adoption de lois dérogeant à celui-ci⁷⁷.

2.3. Les conséquences dangereuses de la rétroactivité en cas de réalisation de la condition résolutoire

En cas de réalisation de la condition résolutoire, par l'effet de la rétroactivité, le bien sera censé n'avoir jamais quitté le patrimoine propre de l'époux apporteur⁷⁸.

La rétroactivité qui s'opère peut avoir des effets néfastes pour les droits des tiers. En effet, que se passe-t-il si le bien apporté a été aliéné, ou s'il s'agit d'un immeuble, s'il a été grevé d'une hypothèque, doit-on considérer que le bien revient dans le patrimoine personnel de l'époux, comme si ces actes n'avaient jamais existé ?

En réalité, face à l'effet rétroactif de la réalisation de la condition résolutoire, il existe des balises. Tout d'abord, concernant les biens meubles, la rétroactivité n'est pas opposable à

72 M.-C. FORGEARD., note sous Cass. fr., Ire, 16 juin 1992, *Rép. Défrénois*, 15 janvier 1993, n°1, pp. 34 et s.

73 *Ibidem*.

74 Cass. fr., Ire, 16 juin 1992, *Rép. Défrénois*, 15 janvier 1993, n°1, pp. 34 et s., note de M.-C. FORGEARD.

75 B. DESMET, D. VOUSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.* p. 147.

76 V. DELVART, *Les conséquences du divorce sur les libéralités entre époux*, *op. cit.*, p. 84.

77 V. DELVART, *Les conséquences du divorce sur les libéralités entre époux*, *op. cit.*, pp. 79-80.

78 Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p.102.

l'acquéreur de bonne foi⁷⁹. Quant aux immeubles, les créanciers peuvent être au courant de l'existence de cette modalité de l'apport par la transcription dans les registres de la conservation des hypothèques⁸⁰. Et puis, en régime de communauté, en cas de réalisation de la condition, les dettes communes peuvent être poursuivies sur le patrimoine propre de l'époux bénéficiaire de l'apport, en vertu de l'article 1440 du Code civil⁸¹. D'autres considèrent aussi que les créanciers communs peuvent exercer leur droit de recours sur le bien, avant la reprise, conformément à l'article 1460 du Code civil⁸². En outre, selon Y.-H. LELEU, « *les créanciers conservent les droits acquis qualifiés de dettes communes en vertu de l'article 1452, alinéa 2 du Code civil*⁸³ ».

Mais pour éviter les effets néfastes de la rétroactivité, il est nécessaire de préciser dans la rédaction de la clause que l'apport sous condition résolutoire ne peut pas nuire aux droits des tiers⁸⁴. Par conséquent, en prévoyant cela, si le bien devant faire l'objet de la reprise a été vendu, il reste acquis au tiers acquéreur⁸⁵. De même, si le bien est hypothéqué au moment où il faisait partie du patrimoine commun, il restera grevé de cette hypothèque à la réalisation de la condition, tant que l'emprunt n'est pas entièrement remboursé. En effet, les droits des créanciers communs doivent primer sur la reprise du bien et il faut alors permettre à celui au profit duquel la garantie hypothécaire a été constituée de ne pas être lésé par la résolution de l'apport.

De toute façon, en ce qui concerne les immeubles, conformément à l'article 1418 du Code civil, le consentement des deux époux est requis pour acquérir, aliéner ou grever de droits réels les biens susceptibles d'hypothèque, de même que pour contracter un emprunt. Si l'époux apporteur décide avec son conjoint de vendre le bien immeuble, cela équivaut en quelque sorte à une renonciation à faire valoir la condition résolutoire si elle se réalise. Mais qu'en est-il de la clause d'apport de biens meubles au patrimoine commun sous condition résolutoire? Ceux-ci sont en effet gérés de manière concurrente par les deux époux. Il est possible que, même dans l'intérêt de la famille, le conjoint non apporteur vende le bien meuble apporté (par exemple, les portefeuilles-titres), sans demander l'accord du conjoint apporteur. Il nous semble alors qu'une indemnité à charge du patrimoine commun et au bénéfice de l'époux apporteur peut être envisagée, si le bien ne se retrouve plus dans le patrimoine commun.

79 P.-A. FORIERS et M.-A. GARNI, « Aspects des ventes conditionnelles », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 216.

80 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, *op. cit.*, p. 211.

81 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, *op. cit.*, p. 212.

82 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, « Quel régime matrimonial choisir pour le remariage ? », *op. cit.*, p. 19.

83 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, *op. cit.*, p. 212.

84 Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », *op. cit.*, p. 83.

85 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, *op.cit.*, Orientation de la Chambre française, p. 221. ; N. VANDEBEEK, *Het onroerend goed en het huwelijksvermogen*, Machelen, Kluwer, 2007, p. 264.

En définitive, le bien sera repris à sa valeur au jour de la dissolution du régime. Pour régler la situation où des améliorations ont été apportées au bien (par exemple des travaux à un immeuble), alors une récompense au patrimoine commun peut être prévue⁸⁶. Par contre, dans l'hypothèse d'éventuelles dégradations subies par le bien, il est alors possible que ce soit le patrimoine commun qui doive une récompense au patrimoine propre de l'époux apporteur. Mais, dans tous les cas, les époux peuvent décider de renoncer à faire valoir certaines récompenses.

Et qu'en est-il des fruits que produirait éventuellement le bien apporté ? La question s'était posée dans la discussion des travaux du Comité d'Etudes⁸⁷. Peut-on déduire de l'effet rétroactif qu'il y a restitution des fruits ? En s'inspirant de la résolution d'une vente, il est généralement considéré que les fruits ne sont pas restitués au vendeur quand l'acquéreur est de bonne foi⁸⁸, même si c'est discuté⁸⁹. Et en revenant plus spécifiquement au cas de l'apport sous condition résolutoire dans un contrat de mariage, il faut noter que de toute façon, dans un régime de communauté, les revenus produits par des biens propres sont acquis à la communauté⁹⁰, de telle manière que même en cas d'effet rétroactif, en faisant comme si le bien était toujours resté propre, les fruits qu'il aura produits feront partie du patrimoine commun. En définitive, mieux vaut prévoir une clause par rapport à l'effet de la résolution sur les fruits, en précisant par exemple, que les fruits produits par le bien apporté resteront acquis au patrimoine commun.

Enfin, ne serait-il pas plus simple de prévoir une clause d'apport sous condition résolutoire qui jouerait sans effet rétroactif ? Cela est possible, mais c'est alors oublier que si tel est le cas, la clause d'apport sous condition résolutoire sans rétroactivité ne bénéficiera pas de l'avantage fiscal que confère normalement une telle clause, comme nous allons voir. L'effet rétroactif est donc important mais il est également essentiel de préciser que la clause ne peut nuire aux droits des tiers. Par ailleurs, il est intéressant d'envisager que la clause d'apport sous condition résolutoire ne joue pas de plein droit mais soit optionnelle⁹¹ ; à la réalisation de la condition, l'époux apporteur pourrait se prononcer dans un délai imparti, en fonction de

86 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, *op. cit.*, Discussion, intervention de Mr CARTUYVELS, p. 219.

87 *Ibidem*.

88 P.-A. FORIERS et M.-A. GARNI, « Aspects des ventes conditionnelles », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 213.

89 La question n'est déjà pas simple et est discutée concernant la restitution des fruits suite à l'annulation ou la résolution d'une vente. Voy. notamment J. BOECK, « Les restitutions après annulation ou résolution de la vente », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 287.

90 C. civ., art. 1405, al. 2. ; Dans ce sens, *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, Dossier n°4379, Orientation de la Chambre française, *op. cit.*, p. 221.

91 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.65.

nouvelles règles civiles ou fiscales, et en fonction de sa situation à ce moment-là.

2.4. L'incidence de la théorie des « avantages matrimoniaux-libéralités »

La clause d'apport est traditionnellement considérée comme un contrat à titre onéreux⁹², consentie en faveur du mariage. Par conséquent, n'étant pas une libéralité, ni les règles relatives au rapport ni les règles relatives à la réduction ne lui sont applicables.

Nous avons déjà vu que la clause d'apport pouvait s'accompagner d'une clause de partage inégal, voire même d'une clause d'attribution totale de la communauté, afin de protéger au maximum le conjoint en cas de décès. Cependant, il est alors important d'attirer l'attention des conjoints sur le fait que la clause d'apport peut être requalifiée en « libéralité » dans trois cas prévus par le Code civil dont le but est de protéger les descendants du conjoint apporteur dans le cas où celui-ci décède.⁹³ Dans ces cas-là, on parle d' « avantages matrimoniaux-libéralités⁹⁴».

D'une part, si une clause de liquidation favorable au conjoint survivant (c'est-à-dire une clause de préciput ou une clause d'attribution totale de la communauté) se combine à la clause d'apport, il y a lieu de respecter les articles 1458 et 1464, alinéa 2 du Code civil, au décès de l'apporteur. Ces dispositions qualifient l'opération de donation, à concurrence de la moitié du bien apporté (dans le cas de l'article 1458, alinéa 2 du Code civil) ou de ce que le bénéficiaire aura recueilli en plus par rapport à la liquidation de droit commun (dans le cas de l'article 1464, alinéa 2 du Code civil)⁹⁵. Cette part considérée comme une donation est alors soumise aux règles du Code civil relatives au rapport et à la réduction⁹⁶. Cette qualification de libéralité ne sortira cependant ses effets qu'à l'égard des héritiers réservataires du conjoint, soit ses descendants, étant donné la présence d'un conjoint⁹⁷.

D'autre part, si l'époux apporteur laisse des enfants d'un premier mariage (les deux dispositions précédentes ne concernent donc que l'hypothèse où les enfants sont communs aux deux conjoints), l'article 1465 du Code civil prévoit que toute clause d'apport, même si elle n'est

92 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, op. cit., p. 227. ; L., ROUSSEAU, « Planification successorale par le biais des contrats de mariage », op. cit., p. 63. ; Ph. CRISMER, « Les clauses d'apport au patrimoine commun », op. cit., p. 230.

93 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », op. cit., p.57.

94 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, op. cit., p. 228. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », op. cit., p.56.

95 B. CARTUYVELS, « Extension du patrimoine commun : apport », in *Le couple : Décès*, op. cit., p. 71.

96 L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », op. cit., p. 162. ; Ph. CRISMER, « Les clauses d'apport au patrimoine commun », op. cit., p. 232.

97 I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », op. cit., p.61. et p. 74. ; Voy. C. civ., art. 915, al. 2.

pas combinée à une clause de partage inégal⁹⁸, est présumée conférer un avantage au conjoint et est donc considérée comme une libéralité à imputer sur la quotité disponible.

La clause d'apport sous condition résolutoire du prédécès du conjoint de l'apportant ne permet pas d'échapper à ces dispositions. En effet, ces dernières s'appliquent quand c'est l'époux octroyant l'avantage (c'est-à-dire l'époux apporteur) qui décède. Or, précisément, dans cette hypothèse, la condition résolutoire ne s'applique pas et la clause d'apport subsiste. Par conséquent, si il y a combinaison d'une clause d'apport et d'une clause partage inégal, et que l'époux apporteur prédécède, les enfants communs aux deux époux pourront réclamer l'application de l'article 1458 ou de l'article 1464, alinéa 2 du Code civil. De même, si l'époux apporteur avait des enfants d'un premier lit, l'article 1465 du Code civil, alinéa 2 pourra être invoqué par les enfants du défunt⁹⁹. Le notaire doit donc bien informer les parties de ces conséquences sur le plan civil.

Toutefois, rappelons qu'il peut être convenu par les époux que la clause d'apport s'accompagne aussi de la prise en charge par la communauté du passif afférant au bien apporté, soit même d'une récompense en faveur de l'époux apporteur. Dans cette hypothèse où la clause d'apport n'a pas eu lieu gratuitement, le passif supporté par la communauté ou la récompense due ne doivent pas être équivalents ou supérieurs à la valeur de l'objet apporté, auquel cas on ne peut parler de libéralité¹⁰⁰.

Enfin, notons encore que s'il est désormais admis par une doctrine majoritaire que la théorie des avantages matrimoniaux peut être élargie aux régimes de séparation de biens, se pose la question de savoir si ces articles 1458, 1464 et 1654, alinéas 2 peuvent aussi viser des contrats de mariage de séparation de biens prévoyant aussi ce genre d'avantages¹⁰¹. Bien que cela soit discuté, nous pensons qu'il est logique que ces dispositions s'y appliquent.

98 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 135. ; I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, *op. cit.*, p. 229. ; Ph. CRISMER, « Les clauses d'apport au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 232.

99 Voy. notamment Ph. DE PAGE, Ph. et I. DE STEFANI, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, ULB, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2009, p. 227 et s.

100 B. DESMET, D. VOOSSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 135. ; L. ROUSSEAU, « La planification successorale par le biais des contrats de mariage », *op. cit.*, p. 64.

101 V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2006, p. 712.

3. L'analyse de la clause d'apport sous condition résolutoire d'un point de vue fiscal

Dans cette partie, nous allons nous pencher sur les avantages fiscaux de la clause d'apport. Ensuite, nous parlerons de la position de l'administration sur la clause d'apport assortie d'une condition résolutoire, avant de voir si ce type de clause peut permettre une optimisation fiscale.

3.1. Les avantages fiscaux de la clause d'apport

La clause d'apport pure et simple fait partie des outils de planification fiscale.

Premièrement, si l'objet de l'apport est un immeuble, cette clause a pour effet de rendre l'autre conjoint copropriétaire du bien, sans devoir payer des droits d'enregistrement comme en matière de vente (12,5 % en Région wallonne) ou de donation, mais en payant uniquement le droit fixe général de 50 euros qui est dû pour l'enregistrement du contrat de mariage ou de l'acte modificatif¹⁰². En effet, l'apport en tant que tel n'est pas taxé fiscalement.

Deuxièmement, la clause d'apport permet de réaliser une économie de droits de succession au moment du décès des époux, en scindant la base imposable. En effet, par le biais d'une telle clause, le bien devient la propriété des deux époux, ce qui signifie qu'au moment où l'un des époux prédécède, la communauté va se dissoudre et le partage des actifs du patrimoine commun va se réaliser par moitié. Il s'ensuit que ce bien apporté va se retrouver pour moitié dans la succession des deux époux¹⁰³. En d'autres mots, la clause d'apport permet de réduire la base imposable et de limiter les effets du caractère progressif des taux de succession, puisque au décès de l'un, seule une moitié de la communauté, part du conjoint prédécédé dans le patrimoine commun, sera taxée dans sa succession, « *l'autre moitié étant acquise légalement à l'époux survivant sans être taxée*¹⁰⁴ ». Remarquons toutefois, comme le souligne L. ROUSSEAU, que dans l'hypothèse où les époux ont des descendants communs, cette économie de droits de succession

102 B. DESMET, D. VOUSEN et X. CHEN, « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », *op. cit.*, p. 137. ; I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, *op. cit.*, p. 243. ; L. WEYTS, *Aspects fiscaux des actes notariés, Droit notarial*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 57. ; *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, rapport de Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 215.

103 A. MAYEUR, « Communauté de biens entre les époux-apport de ses immeubles propres par l'un des conjoints à la communauté-Stipulation du retour des immeubles à l'époux apporteur en cas de liquidation de la communauté par divorce ou par décès-Clause de reprise ou condition résolutoire-Régime fiscal », *Droits d'enregistrement 2008-2009*, p. 1/4 et p. 1/5. ; L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *op. cit.*, p. 162.

104 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, *op. cit.*, p. 243.

doit être tempérée par une augmentation des droits au deuxième décès¹⁰⁵, même si globalement, il y a toujours une économie de droits de succession.

Si la clause d'apport présente un avantage fiscal incontestable, nous allons voir que ça peut être aussi le cas de l'apport sous condition résolutoire de l'hypothèse de prédécès de l'époux non apporteur et/ou du divorce.

3.2. La position de l'administration fiscale sur l'apport affecté d'une condition résolutoire au cours du temps

L'administration fiscale s'est prononcée à plusieurs reprises sur la perception d'impôts à laquelle donne lieu l'apport affecté d'une condition résolutoire, dans le cas où celle-ci se réalise.

Tout d'abord, dans une décision du 11 décembre 1995¹⁰⁶, l'administration fiscale avait déclaré que la reprise des biens apportés devait s'analyser comme une condition résolutoire expresse et que cette reprise, lors de la dissolution du patrimoine commun par le divorce, devait être soumise au droit fixe général. Cette décision a eu pour effet de créer un amalgame entre les notions de clause de reprise et d'apport sous condition résolutoire¹⁰⁷.

Ensuite, dans une décision administrative du 4 novembre 2002, le fisc a considéré que « *l'époux qui reprend les biens apportés au patrimoine commun agit comme un copartageant*¹⁰⁸ » et a décidé de soumettre l'acte constatant la reprise du bien au droit proportionnel de partage¹⁰⁹. Au vu de l'amalgame dans la décision précédente, la question était de savoir si cette décision visait uniquement la clause de reprise ou si elle devait s'appliquer aussi aux clauses d'apport sous condition résolutoire.

Enfin, par décision du 25 janvier 2005, l'administration a mis fin à toute ambiguïté en donnant clairement sa position sur la question : elle a précisé que la décision du 4 novembre 2002 n'était pas applicable aux clauses d'apport sous condition résolutoire mais ne donnait lieu qu'à la perception du droit fixe général¹¹⁰.

105 L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *op. cit.*, p. 164. ; L. ROUSSEAU, « La planification successorale par le biais des contrats de mariage », *op. cit.*, p. 65.

106 Décision administrative du 11 décembre 1995, *Rec. gén. enr. not.*, 1996, n°24.590.

107 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 216.

108 Décision administrative du 4 novembre 2002, publiée au *Répertoire RJ E19 03/14*, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&id=f4eaa0b0-617c-4351-a74b-9fc09e202452&documentLanguage=FR#findHighlighted>.

109 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, *op. cit.*, p. 206.

110 Décision du 25 janvier 2005, publiée sous le numéro E19/03-14 du *Répertoire RJ*, disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&id=f4eaa0b0-617c-4351-a74b->

Il en résulte qu'en cas d'inexécution de la condition résolutoire, le droit fixe général perçu sur le contrat de mariage prévoyant la clause d'apport ou sur l'acte modificatif devient définitif¹¹¹. En cas de réalisation de la condition, la résolution de l'apport donne lieu à la perception du droit fixe général lors de l'enregistrement de l'acte notarié constatant la réalisation de la condition et peu importe qu'il s'agisse d'un bien mobilier ou d'un bien immobilier¹¹². Par contre, la réalisation de la condition résolutoire ne donne pas lieu à restitution des droits initialement perçus¹¹³. De plus, si les droits d'enregistrement relatifs à la clause d'apport n'ont pas encore été acquittés, ils restent toujours dus¹¹⁴.

3.3. La condition résolutoire : une mesure d'optimisation fiscale ?

La clause d'apport sous condition résolutoire peut s'avérer avantageuse pour l'époux apporteur, que ce soit en cas de décès comme en cas de divorce.

En ce qui concerne l'hypothèse du divorce, la résolution de la clause d'apport évite de devoir payer 1% de droits d'enregistrement, applicable au partage¹¹⁵, comme c'est le cas dans l'hypothèse où l'époux décide de reprendre le bien (en cas de décès ou de divorce, par application de l'article 1455 du Code civil) ou d'en demander l'attribution préférentielle.

Les effets fiscaux engendrés par la résolution de la condition en cas de prédécès de l'époux non apporteur peuvent également se révéler très attractifs.

Nous avons vu précédemment que la clause d'apport a le mérite de réaliser une économie de droits de succession, ce qui peut être très intéressant, par exemple dans l'hypothèse où un époux a de nombreux biens propres et n'a pas d'autre successible que son conjoint : il est alors plus avantageux qu'il apporte ces biens à la communauté afin qu'à son décès, son conjoint ne paye des droits de succession que sur la moitié de ceux-ci. Cependant, de manière générale, l'apport peut se révéler désavantageux, si c'est le conjoint de l'apporteur qui décède en premier

[9fc09e202452&documentLanguage=FR#findHighlighted](#).

111 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 215.

112 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 217.

113 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 215. ; Voy. art. 208 du Code des droits d'enregistrement.

114 M. DONNAY, « Droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (mis à jour par A. Cuvelier), *Rép.not.*, t. XV, liv. X, p. 193, n° 482. ; *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, *op. cit.*

115 I. DE STEFANI et Ph. DE PAGE, *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, *op. cit.*, p. 246. ; I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », *op. cit.*, p.65. ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, *op. cit.*, p.103.

lieu. En effet, dans ce cas, ce dernier sera contraint de payer des droits de successions pour hériter de l'usufruit de la moitié des biens apportés ou de sa part en pleine propriété (selon ce qu'il hérite dans la succession), alors que précisément, auparavant, ces biens lui étaient personnels¹¹⁶. C'est pourquoi, il peut être utile sous l'angle fiscal de prévoir que la clause d'apport ait lieu sous la condition résolutoire du prédécès de l'époux non apporteur pour éviter cet inconvénient¹¹⁷.

Il est toutefois important de souligner que cet avantage fiscal de la condition résolutoire n'est pas systématique et il faut toujours mesurer l'impact de cette modalité de la clause d'apport par rapport à la situation. Par exemple, prenons le cas où des époux n'ont que des enfants en commun et que le bien apporté sert de logement familial. Si le contrat de mariage ne contient qu'une clause d'apport « pure et simple », en Flandre¹¹⁸ et à Bruxelles¹¹⁹ (et bientôt en Wallonie, sous certaines conditions¹²⁰), l'époux apporteur bénéficie de toute façon de l'exonération pour la part du logement familial qu'il recueille dans la succession (de sorte qu'il ne paie pas de droits de succession sur ce bien qui lui était autrefois propre). Par contre, si c'est une clause d'apport sous condition résolutoire qui a été rédigée et que celle-ci se réalise, il ne reste alors que le désavantage qu'au décès de l'époux apporteur, les enfants paieront des droits de succession sur la totalité en pleine propriété de ce bien propre (alors que si la clause d'apport avait joué, ils ne paieraient ces droits que sur la moitié du bien), à moins bien sûr qu'un intérêt civil soit recherché dans la rédaction d'une telle clause (intérêt qui *in casu*, peut être trouvé dans la volonté de ne pas avoir de comptes à rendre aux enfants concernant le logement familial, et éviter ainsi d'avoir l'usufruit sur la moitié du bien et les enfants la nue-propriété).

Quant à la comparaison de la clause d'apport sous condition résolutoire par rapport à une clause d'apport « pure et simple » combinée à une clause de préciput dont nous avons déjà vu que l'effet des clauses était presque similaire, la clause d'apport sous condition résolutoire est plus avantageuse. En effet, en vertu de l'article 5 du Code des droits de succession, une clause de partage inégal de la communauté (ou même d'une clause de partage inégal « *du patrimoine commun interne adjoint à un régime de séparation de biens* », selon certains¹²¹) est qualifiée

116 A. MAYEUR, *op. cit.*, p. 1/5.

117 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, *op.cit.* p. 217.

118 Code flamand du Code des droits de successio, art. 48§2.

119 Voy. Ordonnance bruxelloise du 30 avril 2014 portant modification du Code des droits de succession, *M.B.*, 6 mars 2014.

120 Voy. Décret wallon du 11 avril 2014 en matière de droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, et de procédure fiscale wallonne et modifiant le décret du 19 septembre 2013, *M.B.*, 9 mai 2014.

121 V. DEHALLEUX, « Fiscalité et avantages matrimoniaux », in *Le couple : Décès*, *op. cit.*, p. 163. ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 717. ; A. VERBEKE, « Séparation de biens avec patrimoine commun interne adjoint », in *Le couple : Décès*, *op. cit.*, p. 149. ; *Contra*, Ph. DE PAGE, Th. BLOCKERYE,

fiscalement de legs¹²². Cela implique alors que l'époux bénéficiaire du préciput paye des droits de succession sur la valeur du bien qu'il reçoit en plus de la moitié de la communauté, alors que les taux de succession sont progressifs¹²³.

Et qu'en est-il de l'apport d'un bien sous la condition résolutoire de prédécès du conjoint de l'apporteur combinée avec une clause d'attribution de ce bien ou une clause d'attribution totale de la communauté à l'époux survivant ? Dans l'hypothèse où la condition se réalise, la clause de préciput ne sert à rien puisque l'époux apporteur récupérera le bien dans son patrimoine propre par l'effet de la résolution. Par conséquent, il n'y aura pas d'assimilation de la clause en legs. Par contre, pour ce qui est de la clause d'apport sous condition résolutoire combinée à une clause d'attribution de la communauté, l'époux survivant n'échappera donc pas à l'article 5 du Code des droits de succession, même si la moitié du patrimoine commun taxée dans son chef sera diminuée du bien apporté en cas de réalisation de la condition.

3.4. La clause d'apport sous condition résolutoire : un risque potentiel d'abus fiscal ?

Au vu de l'interprétation large donnée à la mesure « anti-abus »¹²⁴, introduite par la loi-programme du 29 mars 2012¹²⁵, la frontière entre l'évitement licite de l'impôt et l'abus fiscal semble désormais difficile à tracer. C'est pourquoi on pourrait se demander si dans certaines hypothèses, la clause d'apport sous condition résolutoire ne risque pas d'être qualifiée « d'abus fiscal ».

En vertu de l'article 18, alinéa 2 du Code des droits d'enregistrement et de l'article 106, alinéa 2 du Code des droits de succession, l'administration fiscale peut refuser de reconnaître une opération juridique qu'elle jugerait abusive parce que celle-ci contournerait une disposition fiscale et que le contribuable ne peut justifier son choix que par l'unique volonté d'obtenir un avantage fiscal¹²⁶.

et Th. DENOTTE, *L'investissement immobilier privé. Questions juridiques et fiscales*, Brugge, Anthémis, 2010, p. 33.
122 V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 707.

123 L. ROUSSEAU, « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *op. cit.*, p. 165. ; L. ROUSSEAU, « La planification successorale par le biais des contrats de mariage », *op. cit.*, p. 67. ; L. WEYTS, *Aspects fiscaux des actes notariés, Droit notarial*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 59.

124 M. VAN MOLLE, « La mesure générale « anti-abus » en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *Droits d'enregistrement, Lettre d'information trimestrielle*, n°3, Novembre 2012, p. 3/11.

125 *M.B.*, 6 avril 2012, art. 168.

126 M. VAN MOLLE, « La mesure générale « anti-abus » en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *op. cit.*, p. 3/4.

Bien souvent, la rédaction d'une clause d'apport sous condition résolutoire du divorce ou du prédécès de l'époux non apporteur est motivée par des raisons civiles, en sus d'un intérêt fiscal, et ne comporte donc aucun risque d'être qualifiée d'abus fiscal. Cependant, quel est l'intérêt civil de la clause d'apport sous condition résolutoire du prédécès du conjoint de l'apporteur, dans l'exemple où les époux n'ont pas d'enfants ni d'autres successibles que leur conjoint, que le patrimoine commun se compose essentiellement de biens apportés par l'un des conjoints et que l'apport sous condition résolutoire est inséré par modification du contrat de mariage, peu avant le décès de l'époux non apporteur qui est déjà âgé ? Dans certaines hypothèses très spécifiques, il faut bien reconnaître que l'avantage n'est que fiscal.

Cependant, outre l'élément subjectif consistant en l'unique intention d'obtenir un avantage fiscal¹²⁷, l'acte d'insérer une clause d'apport sous condition résolutoire dans un contrat de mariage doit également remplir un élément objectif pour pouvoir être qualifié d'abus fiscal par l'administration. Il faut en effet que cet acte soit contraire aux objectifs poursuivis par la disposition fiscale contournée, impliquant donc que l'administration démontre des objectifs légaux précis¹²⁸. Par rapport à cet élément, la qualification de la clause d'apport sous condition résolutoire en abus fiscal devient beaucoup plus improbable car comme le souligne Ph. DE PAGE, le seul fait d'éviter ou de contourner une disposition qui a pour but de taxer ne suffit pas¹²⁹.

Pourtant, la « liste noire » non exhaustive, publiée dans une circulaire administrative¹³⁰ pour tenter d'éclairer le contribuable, contient, parmi des exemples concrets d'opérations que l'administration juge abusives, l'hypothèse d'une clause d'apport insérée à un contrat de mariage et suivie par une donation faite par les deux époux ensemble¹³¹. Dans ce cas-ci, l'administration considère qu'il s'agit d'une atteinte à l'article 131 du Code des droits d'enregistrement, « *en organisant un fractionnement de la base taxable du bien*¹³² ». Mais finalement, l'on pourrait penser que ce qui est déterminant pour qualifier une telle opération d'abus fiscal, c'est la succession d'opérations dans un laps de temps très court, dans l'unique but d'éviter l'impôt¹³³.

127 M. VAN MOLLE, « La mesure générale « anti-abus » en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *op. cit.*, p. 3/6.

128 E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal », *Rec. gén. enr. not.*, 2012/7, n°26.406, p. 284. ; M. VAN MOLLE, « La mesure générale « anti-abus » en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *op. cit.*, p. 3/5.

129 Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/4, n°26.496, p. 145.

130 Circ. administrative n°8/2012 du 19 juillet 2012 (version 2), disponible sur www.fisconetplus.be.

131 M. VAN MOLLE, « La mesure générale « anti-abus » en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *op. cit.*, p. 3/14.

132 Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *op. cit.*, p.152.

133 *Ibidem*.

Il en résulte qu'à notre sens, et de manière générale, la clause d'apport sous condition résolutoire ne risque pas très souvent d'être qualifiée d'abus fiscal par l'administration. Si cela arrive, ça ne peut être que dans des cas très spécifiques caractérisés, par exemple, par le fait que l'insertion d'une telle clause fait partie d'un ensemble d'opérations, ou qu'elle soit faite *in extremis*, en précédant, dans un laps de temps très court, le décès de l'époux non apporteur, de sorte que l'apport ne serait que superficiel¹³⁴. C'est finalement l'avenir qui nous dira ce qu'en pense l'administration.

Mais en définitive, s'il paraît opportun pour le notaire d'informer les parties de l'existence de cette disposition « anti-abus », il faut souligner que le seul risque encouru en cas de qualification de la clause en abus fiscal est de devoir payer ce que les parties cherchaient à éviter par la réalisation de la condition. En effet, aucune amende ou majoration ne vient s'y ajouter¹³⁵. Les parties ne perdent donc rien en stipulant une telle clause dans leur contrat de mariage.

134 Ph. DE PAGE, « L'abus fiscal à la lumière de la circulaire n°5 du 10 avril 2013 », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/6, n°26.517, p. 247.

135 E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal », *op. cit.*, p. 285. ; M. VAN MOLLE, « La mesure générale « anti-abus » en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *op. cit.*, p. 3/19.

CONCLUSION

La clause d'apport sous condition résolutoire du prédécès de l'époux non apporteur ou du divorce est théoriquement très intéressante, tant elle permet de jongler avec différentes notions, créant une véritable gymnastique juridique. Est-elle un instrument qui peut s'avérer très utile dans la pratique notariale ?

Si sa validité n'est aujourd'hui plus contestée, certains praticiens resteront sceptiques quant à son utilisation notamment parce qu'ils défendent l'adage « *Donner, c'est donner, reprendre, c'est voler* », ou encore parce qu'ils craignent qu'une telle clause ne perturbe fortement la paix des familles.

En réalité, comme nous l'avons déjà vu, par cette clause, l'apport n'est pas dépourvu de toute utilité et le conjoint apporteur donne effectivement le bien au patrimoine commun, puisque la clause résolutoire ne fait qu'affecter l'apport d'un événement futur et incertain (le prédécès du conjoint non apporteur ou le divorce). En effet, dans l'hypothèse du décès, s'il vient à décéder avant son conjoint, la clause d'apport va pleinement être appliquée et par conséquent, ce conjoint non apporteur recevra la moitié du bien en pleine propriété, par la dissolution de la communauté. D'ailleurs, il résulte de cela que finalement, la clause d'apport sous condition résolutoire du prédécès de l'époux non apporteur comporte aussi toujours « le revers de la médaille » et n'est pas une panacée. Par exemple, si elle permet à l'époux apporteur de faire échapper le bien au patrimoine de ses « beaux-enfants » en cas de décès de son conjoint, au contraire, si c'est lui qui vient à décéder en premier, ce bien reviendra en partie (par le partage par moitié du patrimoine commun) au conjoint et donc indirectement aux enfants de celui-ci. De surcroît, la clause n'évite pas les risques de conflit entre les enfants de l'époux apporteur et le conjoint. Un autre inconvénient se situe sur le plan fiscal, comme nous l'avons abordé : si l'effet fiscal de la réalisation de la condition est attractif pour l'époux apporteur, elle se révèle peu avantageuse pour les enfants communs aux époux qui perdent le bénéfice de l'économie de droits de succession que confère la clause d'apport.

Et puis, même si l'on peut comprendre en partie la crainte des praticiens qui restent réservés sur cette clause, en raison des effets de la réalisation de la condition, il importe alors de bien régler toutes les modalités de la clause dans le contrat de mariage. Si la situation a bien été analysée au préalable et que le contrat de mariage est clair pour les parties, il n'y a pas de raison que la clause engendre des conflits. Par ailleurs, ce risque de conflit familial existe bien

indépendamment de l'existence ou non d'une telle clause.

En conclusion, nous pensons que la clause d'apport sous condition résolutoire ne doit pas être un instrument à négliger. Force est de reconnaître qu'elle s'inscrit bien dans l'ère du temps. En effet, d'un point de vue sociologique, la manière d'aborder le mariage n'est plus la même pour tout le monde. Après tout, comme cela a été affirmé au moment de la réforme du divorce en 2007, le mariage peut être considéré comme « un *pacte à renouveler au jour le jour* ». Il n'est donc pas du tout choquant pour certains de parler de l'hypothèse de divorce dans un contrat de mariage, notamment dans un cas de remariage. C'est ainsi qu'en France, par exemple, on parle même de « clauses d'anticipation du divorce » dans un contrat de mariage.

Il peut donc être opportun de conseiller à certains couples la clause d'apport sous condition résolutoire mais cela suppose alors une analyse préalable des incidences civiles et fiscales d'une telle clause sur la configuration familiale des époux (les rapports familiaux, la proximité du décès, etc ...).

Plus largement, nous rejoignons finalement l'avis de Y.-H. LELEU, qui s'insurge contre la remise en cause systémique de nouvelles clauses, limitant alors l'autonomie de la volonté¹³⁶. Même si l'esprit critique est essentiel, la créativité des notaires doit être prônée parce que c'est là la richesse du métier et c'est ce qui permet aux parties de recevoir la meilleure solution adaptée à leur situation.

136 *Travaux du Comité d'Etudes et de Législation*, dossier n°4379, rapport de Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 218.

Bibliographie 1

Législation

Code civil.

Loi-programme du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012, art. 168.

Art. 18, alinéa 2 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

Art. 106, alinéa 2 du Code des droits de succession.

Ordonnance bruxelloise du 30 avril 2014 portant modification du Code des droits de succession, *M.B.*, 6 mars 2014.

Décret wallon du 11 avril 2014 en matière de droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, et de procédure fiscale wallonne et modifiant le décret du 19 septembre 2013, *M.B.*, 9 mai 2014.

Jurisprudence

Jurisprudence belge

Cass., 23 novembre, 2001, *Rev. not. belge*, 2002, p. 318 et s.

Bruxelles, 20 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1184.

Anvers, 29 avril 2009, *Not. Fisc. Maand.*, 2010, pp. 157-158.

Civ. Louvain, 8 janvier 2007, R.G. 06/1894/B.

Civ. Louvain, 15 janvier 2007, R.G. 06/1015/B.

Jurisprudence française :

Cass. fr., Ire, 16 juin 1992, *Rép. Défrénois*, 15 janvier 1993, n°1, pp. 34 et s. et note de M.-C. FORGEARD.

C.A., Colmar, 16 mai 1990, *Rép. Défrénois*, 1990, art. 34917, p. 1361.

C.A., Colmar, 20 juin 1990, *J.C.P.*, 1993, G, II, art. 22108, p. 330.

T.G.I. Strasbourg, 17 septembre 1987, *J.C.P.*, 1989, N, II, p. 109.

Doctrine

Doctrine belge

BLOCKERYE, Th., DENOTTE, Th. et DE PAGE, Ph., *L'investissement immobilier privé. Questions juridiques et fiscales*, Brugge, Anthémis, 2010, pp. 31-37.

BOEK, J., « Les restitutions après annulation ou résolution de la vente », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 287.

BOONE, K., « Huwelijkscontracten. Enkele aandachtspunten bij de bedingen van inbreng », *Notariële Actualiteit : verslageboek van de vormingsdagen van de studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, 2012, Brugge, Die Keure, 2013.

BUYSSSENS, F., « Extension du patrimoine commun : apport d'un bien immeuble », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 79 et s.

CARTUYVELS, B., « Les régimes matrimoniaux-Art. 1451 à 1465 du Code civil », L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, (éditions), *Rép. not.*, Tome V, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 1013.

CARTUYVELS, B., « Extension du patrimoine commun : apport », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 69, p. 71. et p. 73.

CASMAN, H., VAN LOOK, M., « Extension de l'actif commun », in *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, 2004, feuilles mobiles, IV, 2-6.

CASMAN, H., « Les droits de survie ou avantages matrimoniaux du régime de séparation de biens », in *Les contrats de mariage-Bilan, perspectives et formules pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 19-22.

CHEN, X, DESMET, B. et VOOSSEN, D., « Clauses d'apport d'un bien propre au patrimoine commun », in *Quelques questions de transmission patrimoniale relatives au couple et à la famille*, sous la direction de Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 133. et s.

CRISMER, Ph., « Les clauses d'apport au patrimoine commun », in *Les contrats de mariage-Bilan, perspectives et formules pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 229-249.

DECLERCK, Ch., « Modalisering van de inbreng : afwijking van artikel 1455 B.W. Door verzaking aan het terugnamerecht bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap » in *Vermogensplanning met effect na overlijden : langstlevende*, Brussel, Larcier, 2010, pp. 49-63.

DEFRAITEUR, A., « Avantages matrimoniaux en droit fiscal et en droit civil : comment réconcilier l'inconciliable ? Incidences de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 2010, *Rec. gén.enr.not.* 2012/4, n°26.372.

DEHALLEUX, V., « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, n°30 et s., pp. 707-739.

DEHALLEUX, V., « Fiscalité et avantages matrimoniaux », in *Le couple : décès*, Coll. *Manuel de Planification successorale*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 157-177.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1., Bruxelles, Bruylant, 1947-1953, pp. 230-231, n°155bis.

DE PAGE, Ph., *Le régime matrimonial*, 2e édition, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 259.

DE PAGE, Ph. et DE STEFANI, I., *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, ULB, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 227-246.

DE PAGE, Ph. et DE STEFANI, I., « Quel régime matrimonial choisir pour un remariage ? », in *Les familles recomposées. Défis civils, fiscaux et sociaux*, Coll. *Patrimoine et fiscalités*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 7-55.

DE PAGE, Ph., « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/4, n°26.496, pp. 144-154.

DE PAGE, Ph., « L'abus fiscal à la lumière de la circulaire n°5 du 10 avril 2013 », *Rec. gén. enr. not.*, 2013/6, n°26.517, pp. 246-250.

DE STEFANI, I., « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 55-80.

DONNAY, M., « Droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (mis à jour par A. Cuvelier) », *Rép. not.*, t. XV., liv. X, Bruxelles, Larcier, p. 193, n° 482.

DE WILDE D'ESTMAEL, E., « Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal », *Réc. gén. enr. not.*, 2012/7, n°26.406, p. 284.

FORIERS, P.-A., « Propos sur la condition résolutoire purement potestative », in *Liber Amicorum Y. Merchiers*, Bruxelles, Die Keure, 2001, pp. 115-126.

FORIERS, P.-A. et M.-A. GARNI, « Aspects des ventes conditionnelles », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 213.

GIMENNE, C., « Modalisation de l'apport : clause de reprise des biens en cas de divorce », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 112.

LELEU, Y.-H., *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Actes de colloque de l'association « Famille et Droit », Liège, 25 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 14.

LELEU, Y.-H., « Examen de jurisprudence (1997-2005). Les régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, n°2, p. 784.

LELEU, Y.-H., « Contrats de mariage et planification successorale : trois modalités de partage fiscalement avantageuses », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2008, pp. 79-94.

LELEU, Y.-H., *Le droit patrimonial des couples*, CUP, Liège, Anthémis, 2011, volume 130, pp. 160-162.

LELEU, Y.-H., « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire : entre liberté et contraintes normatives*, Congrès des notaires, 2011, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 93-103.

MAYEUR, A., « Communauté de biens entre époux-Apport de ses immeubles propres par l'un des conjoints à la communauté-Stipulation du retour des immeubles à l'époux apporteur en cas de liquidation de la communauté par divorce ou par décès-clause de reprise ou condition résolutoire-Régime fiscal », *Droits d'enregistrement 2008-2009*, Kluwer, 1/4, 1/5, 1/6.

PARIS, C., « L'autonomie de volonté », in *Les régimes matrimoniaux*, t.V., liv.2., L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 42, n°440.

PIRON, Ph., « Séparation de biens avec société d'acquêts », in *Le couple : autonomies de volonté*, ALN, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 45.

RAUCENT, L. *Les régimes matrimoniaux*, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 1988, n°362, p. 298.

RENCHON, J.-L., « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Revue du notariat belge*, pp. 699-713.

ROUSSEAU, L., « Les avantages matrimoniaux dans les régimes de communauté », in *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 324.

ROUSSEAU, L., « Planification successorale par le biais des contrats de mariage », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008 pp. 62-73.

ROUSSEAU, L., « Clause de préciput », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 94.

ROUSSEAU, L., « Le contrat de mariage comme outil de planification fiscale », *Les dialogues de la fiscalité*, 2012, pp. 159-180.

SNYERS, J.-L., « De toewijwing van de preferentiële goederen », in *Vereffening-verdeling van het huwelijks-vermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, pp. 142-143, n°226.

VANDEBEEK, N., *Het onroerend goed en het huwelijksvermogen*, Machelen, Kluwer, 2007, p. 264.

VAN MOLLE, M., « La mesure générale « anti-abus » en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *Droits d'enregistrement, Lettre d'information trimestrielle*, n°3, Novembre 2012, pp. 3/1-3/19.

VERBEKE, A., « Les avantages matrimoniaux : aspects civils », in *Le couple : Décès*, coll. *Manuel de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 146.

VERSTRAETEN, J., « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële Actualiteit 2008-2009*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 48.

WEYTS, L., *Aspects fiscaux des actes notariés, Droit notarial*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 57. et s.

Doctrine française

DELVART, V., *Les conséquences du divorce sur les libéralités entre époux*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit, recherche sous la direction de F. DEKEUVER-DEFOSSER, Lille II, Université du droit et de la santé, école doctorale n°74, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2004-2005, disponible sur http://edoctrale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_1_chargement/memoires/personnes/delbart05.pdf., pp. 78-87.

Autres documents

Travaux du Comité d'Etudes et de Législation, Fédération Royale du Notariat Belge, Bruxelles, Bruylant, 1991-1992, dossier n° 6207, p. 525 et s.

Travaux du Comité d'Etudes et de Législation, Fédération Royale du Notariat Belge, Bruxelles,

Bruylant, 2008-2009, dossier n°4379, pp. 203-263.

Circulaire n°8/2012 du 19 juillet 2012, disponible sur www.fisconetplus.be.

Décision administrative du 11 décembre 1995, *Rec. gén. enr. not.*, 1996, n°24.590.

Décision administrative du 4 novembre 2002, publiée sous le numéro E19/03-14 du *Répertoire RJ*,
disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&id=f4eaa0b0-617c-4351-a74b-9fc09e202452&documentLanguage=FR#findighlighted>.

Décision administrative du 25 janvier 2005, publiée sous le numéro E19/03-14 du *Répertoire RJ*,
disponible sur <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/document.do?method=view&id=f4eaa0b0-617c-4351-a74b-9fc09e202452&documentLanguage=FR#findighlighted>.

Sujet n°2 :

Le cas du financement par deux époux des constructions érigées sur le terrain propre à l'un d'eux : point sur la question

INTRODUCTION

Phénomène appelé autrefois concubinage, la cohabitation de fait est une véritable réalité juridique, notamment depuis la révolution familiale des années 70. En effet, aujourd'hui, nombreux sont les couples qui choisissent de vivre leur relation affective dans la durée et de partager une vie commune, mais en restant en dehors du mariage ou même de la cohabitation légale. Il n'en demeure pas moins que tout au long de leur vie commune, les cohabitants de fait vont acquérir des biens ensemble ou séparément, payer pour le compte de l'autre, investir des fonds dans le bien de leur partenaire,... Mais ils ne se rendent pas toujours compte que par certains de ces actes, ils opèrent des confusions d'actif ou de passif et que s'ils ne prennent aucune précaution, les conséquences peuvent être déplorables. Malheureusement, ce n'est bien souvent qu'au moment de la rupture que surgissent les interrogations et les revendications, telles qu'une demande de remboursement de ce qui a été injustement investi dans les biens de l'ex-partenaire¹³⁷.

Imaginons la situation où des cohabitants de fait veulent construire une maison sur le terrain propre à Monsieur et pour cela, contractent un emprunt hypothécaire ensemble. Ils veulent contribuer tous les deux pour moitié au remboursement de ces emprunts. Cependant, dans un premier temps, c'est Monsieur qui remboursera les premières échéances. Mais Madame vendra son appartement, et le produit de la vente servira également à financer les constructions. Si aucune précaution n'est prise de la part des partenaires et s'ils n'entreprennent aucune autre démarche sur le plan juridique, la situation sera vraiment inconfortable pour Madame au moment où la cohabitation de fait cessera.

Même s'il s'agit d'un cas d'école, déjà largement abordé par la doctrine et par la jurisprudence, il est intéressant de faire le point sur cette question du financement par deux cohabitants de fait de constructions érigées sur le terrain propre à l'un d'eux, parce que finalement, étant donné le nombre croissant de cohabitations de fait, le notaire sera de plus en plus amené à conseiller les parties sur cette problématique soit *a posteriori*, quand le couple se séparera ou que l'un décédera, soit de manière préventive, pour assurer la sécurité juridique des deux partenaires.

137 I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », in *La cohabitation légale et la cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Coll. *Patrimoine et fiscalités*, ULB, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 65. ; Ph. DE PAGE, « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant-La cohabitation de fait », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Coll. *Patrimoine et fiscalités*, ULB, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 8.

Nous allons alors voir quels sont les recours que peut invoquer le partenaire qui a investi ses fonds propres dans un bien qui ne lui appartenait pas. Ensuite, nous nous attarderons plus sur les solutions préventives qui permettent d'éviter un tel problème : d'une part, plus particulièrement par rapport au cas pratique exposé ci-dessus, en parlant de différents moyens pour que le partenaire non propriétaire du fonds puisse acquérir des droits réels dans le bien, et d'autre part, plus largement, en abordant une manière de régler les rapports patrimoniaux, par la convention de vie commune.

Notons encore que si le problème peut être fréquent pour les cohabitants de fait, il est important de souligner que la même problématique peut surgir entre cohabitants légaux, puisqu'ils restent séparés de bien, ainsi qu'entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens, à la seule différence que ces derniers jouissent d'un statut légal. Et la solution au problème peut alors être puisée soit dans certains mécanismes que nous allons exposer, soit aussi via d'autres règles.

1. Hypothèse où aucune démarche sur le plan juridique n'a été effectuée

La cohabitation de fait n'a aucun effet sur le statut des biens et des dettes des cohabitants : les patrimoines de chacun d'eux restent juridiquement distincts, de sorte que les biens qu'ils acquièrent pendant leur vie commune leur restent propres ou personnels¹³⁸. Si les partenaires ne sont pas assez conscients de cela, les risques de confusion d'actifs et de passifs sont nombreux.

Nous allons voir que dans le cas exposé ci-dessus, si le couple n'entreprend aucune démarche sur le plan juridique, le partenaire qui a investi ses fonds propres pour construire une maison sur le terrain de son compagnon n'aura aucun droit sur le bien construit qui appartiendra exclusivement à son compagnon, en raison du phénomène de l'accession. Ensuite, nous verrons quels sont les moyens à disposition de ce partenaire pour obtenir une indemnisation.

1.1. Le phénomène de l'accession

En vertu de l'article 551 du Code civil, « *tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose principale* (le sol en matière immobilière) *appartient au propriétaire de celle-ci* ». C'est l'accession immobilière artificielle. C'est donc le partenaire, propriétaire du terrain, chose

138 Ph. DE PAGE, « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant-La cohabitation de fait », *op. cit.*, p. 7.

principale, qui se voit attribuer la propriété de l'accessoire (les constructions érigées sur le terrain), même si son cohabitant de fait a également financé les constructions¹³⁹.

On aurait tendance à penser que cette acquisition des constructions par le propriétaire du fonds a lieu de manière automatique. Pourtant, l'accession est un mode d'acquisition *volontaire*¹⁴⁰ de la propriété et les articles 552 et 553 du Code civil relatifs à l'accession ne sont que des présomptions qui valent jusqu'à preuve du contraire, comme l'a d'ailleurs rappelé la Cour de Cassation¹⁴¹. Cela signifie que l'acquisition de la propriété n'a pas lieu au moment de l'incorporation, mais est différée au moment où le propriétaire manifeste sa volonté de devenir propriétaire par accession¹⁴².

Selon ce raisonnement, pendant la durée de la cohabitation de fait, la volonté du propriétaire du fonds n'étant probablement pas de s'enrichir au détriment de l'autre, les constructions restent alors la propriété des deux partenaires qui ont financé ensemble les constructions¹⁴³. Cependant, c'est au moment de la rupture du couple ou en cas de décès que la situation devient délicate. La propriété des constructions se révèle alors très « précaire » pour le cohabitant non propriétaire du fonds : en effet, lui-même ou, en cas de décès, ses héritiers ou légataires, devront prouver l'absence d'intention dans le chef de l'ex-partenaire, propriétaire du fonds, de devenir propriétaire des matériaux incorporés¹⁴⁴, ce qu'il est alors presque impossible à démontrer, comme l'affirme J. FONTEYN¹⁴⁵. Selon lui, si la plupart des auteurs semblent laisser penser que l'accession joue de plein droit¹⁴⁶, c'est parce qu'ils font une ellipse de raisonnement, due à cette difficulté de fournir la preuve contraire.

1.2. Les fondements possibles à la base d'une indemnisation

Si le phénomène de l'accession joue, le partenaire qui a investi dans le bien propre de

139 J.-L. JEGHERS, « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », in *Le couple sous toutes ses formes*, Limal, Anthémis, 2013, pp.157-158.

140 J. HANSENNE, « L'accession immobilière », in *DIMM 21 : Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer, *f.mob.*, octobre 1996, 1.8.3.-2., n°3.4., p. 18. ; J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *Revue du notariat belge*, 2013, pp. 83-84.

141 Cass., 13 mai 1970, *Pas*, 1971, pp. 801-804. ; Cass., 18 mars 2011, *J.T.*, 2011, p. 725. ; F. BAUDONCQ et V. GUFFENS, « Bouwen op andermans grond in het specifieke geval van concubinaat », *T. Not.*, 2003, p. 319.

142 J. HANSENNE, « L'accession immobilière », *op.cit.*, 1.8.3.-2., n°3.4., p. 18. ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, Tome I : Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, Coll. la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2012, p. 285. ; Mons, 12 janvier 2007, *F.J.F.*, 2009, p. 510.

143 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p.85.

144 *Ibidem*.

145 *Ibidem*.

146 A. DELIÈGE, « Renonciation à accession en régime matrimonial » in *Liber Amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1992, p.131.

l'autre va essayer d'obtenir remboursement. Pour cela, il faut qu'il arrive à prouver son droit de créance à l'égard de son partenaire. C'est tantôt le droit des obligations, la théorie jurisprudentielle de l'équité ou encore le droit des biens qui lui permettront de fonder ce droit.

1.2.1. La preuve écrite du financement des constructions

Pour pouvoir invoquer l'existence d'une créance qu'il aurait à l'égard de son ex-partenaire, le cohabitant de fait qui a investi des fonds dans le bien de cet dernier, doit recourir aux règles de preuve de droit commun, comme l'a d'ailleurs rappelé un arrêt de la Cour de Cassation du 26 octobre 2006¹⁴⁷. Pour que la créance soit établie, il faut donc respecter le principe de la preuve littérale, prescrit à l'article 1341 du Code civil, pour démontrer tout engagement dont la valeur est supérieure à 375 euros¹⁴⁸. Autrement dit, il faudra une preuve écrite des transferts financiers, mais également de la cause de restitution¹⁴⁹. A défaut, le cohabitant de fait devra tenter de prouver sa créance par le commencement de preuve par écrit, prévu à l'article 1347 du Code civil. Il faut encore noter que la seule circonstance que deux personnes soient en couple ne suffit pas à permettre l'acceptation de l'exception d'impossibilité morale, inscrite à l'article 1348 du Code civil¹⁵⁰.

Dans le cas d'espèce, un contrat de prêt pourrait être stipulé, de manière préventive, précisant que Madame prête une somme de X à Monsieur, en investissant une partie du produit de la vente de son appartement au remboursement du crédit hypothécaire. Dans ce cas, la formalité du « bon pour » de l'article 1326 du Code civil doit être respectée¹⁵¹.

Malheureusement, alors que les deux partenaires d'un couple ne maintiennent pas toujours leur indépendance patrimoniale durant la vie commune, il arrive souvent que la partie invoquant une créance à l'égard de l'autre ne parvienne pas à la prouver car elle n'a pas pensé à se réserver des preuves écrites pendant la vie commune. Le même phénomène arrive souvent pour des époux mariés sous le régime de la séparation de bien, ou encore pour des cohabitants

147 Cass., 26 octobre 2006, *J.T.*, 2007, p. 51.

148 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p.86. ; M. DEMARET et Y.-H. LELEU, « Le couple non marié », in *Le droit patrimonial du couple, Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, volume 42, octobre 2005, pp. 107-108. ; F. BAUDONCQ et V. GUFFENS, « Bouwen op andermans grond in het specifieke geval van concubinaat », *T. Not.*, 2003, p. 339.

149 Civ. Nivelles (10e ch.), 25 octobre 2012, *Le Pli Juridique*, n°25, Octobre 2013, Anthémis, p. 9. ; J. FIERENS, « La séparation des cohabitants de fait », in *Familles : union et désunion, Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, f.mob., 2 t., p.82.

150 Civ. Nivelles (10e ch.), 25 octobre 2012, *op.cit.*, p. 9. ; J. FIERENS, « La séparation des cohabitants de fait », *op.cit.*, p.82. ; V. DEHALLEUX, « Le régime patrimonial des couples non mariés », *op.cit.*, p. 276.

151 M. DEMARET et Y.-H. LELEU, « Le couple non marié », in *Le droit patrimonial du couple, Chroniques notariales, op.cit.*, p.110.

légaux.

1.2.2. La théorie de l'accession et la théorie des impenses

L'article 555 *ab initio* du Code civil stipule que « *lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever* ».

Envisagée dans sa vision restrictive, cette disposition s'applique dans l'hypothèse où le tiers constructeur est un possesseur de mauvaise foi¹⁵². Cependant, des auteurs considèrent plus largement qu'elle peut servir de base à indemnisation pour toute personne ayant effectué sur le fonds d'autrui des travaux susceptibles d'enlèvement¹⁵³, et notamment pour le cohabitant de fait qui a financé en partie la construction d'une maison érigée sur le terrain de son partenaire¹⁵⁴. Pour que la disposition s'applique, il faut donc nécessairement que les travaux concernés soient considérés comme ayant une existence propre et indépendante et soient susceptibles d'enlèvement¹⁵⁵. Si les travaux payés par le partenaire sont des travaux non susceptibles d'enlèvement (travaux d'amélioration et d'embellissement), c'est alors la théorie des impenses qu'il faut invoquer¹⁵⁶.

Cet article 555 du Code civil laisse alors la possibilité au propriétaire du terrain, soit d'enlever les constructions, aux frais du constructeur, soit de les conserver mais alors en indemnisant le tiers constructeur. Cette indemnisation doit alors correspondre au remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre qu'aura déboursés l'ex-partenaire.

Il reste que l'ex-cohabitant qui veut obtenir cette indemnisation devra prouver que certains ouvrages ou matériaux ont été payés par lui. Toutefois, certains magistrats risquent de s'en tenir à la portée restrictive de cette disposition, tel le tribunal de première instance de Gand qui a considéré que l'article 555 nécessitait que le propriétaire du fonds n'ait pas la possession du fonds au moment des constructions et que ce soit l'utilisateur du fonds qui effectue les travaux¹⁵⁷. Or, dans les relations entre deux cohabitants de fait, le propriétaire du fonds sur

152 J. HANSENNE, « L'accession immobilière », *op.cit.*, 1.8.3.-9, n°3.13, p. 25.

153 P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, Tome I : Biens et propriété, op.cit.*, p. 293.

154 F. BAUDONCQ et V. GUFFENS, « Bouwen op andermans grond in het specifieke geval van concubinaat », *T. Not.*, 2003, p. 329. ; Pour des cas de jurisprudence, voy. Civ. Furnes, 27 mai 2004, *T.G.R.*, 2004, 190. ; Liège, 29 septembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 522. ; Civ. Gand, 28 juin 2005, *T. Not.* 2005, p. 464.

155 Cass., 23 septembre 1943. ; J. HANSENNE, « L'accession immobilière », *op.cit.*, 1.8.3.-2., p. 24. ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, Tome I : Biens et propriété, op.cit.*, p. 292.

156 F. DEGUEL et Y.-H. LELEU, « L'enrichissement sans cause et le valorisme en séparation de biens », *T.B.B.R.*, 2009, p. 420. ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, Tome I : Biens et propriété, op.cit.*, p. 292.

157 Civ. Gand, 28 juin 2005, *T. Not.* 2005, p. 464.

lequel les constructions ont été faites reste généralement en possession du fonds. En outre, le même tribunal a considéré dans ce jugement que l'article 555 du Code civil ne visait pas les versements réalisés pour rembourser un prêt contracté par l'autre partenaire pour l'achat de sa maison¹⁵⁸.

1.2.3. La théorie de la gestion d'affaires est-elle possible ?

Des juges ont parfois admis la théorie de la gestion d'affaires, quasi-contrat, pour servir de fondement à une créance d'un cohabitant de fait envers l'autre¹⁵⁹, le gérant étant alors celui qui a financé la construction de la maison au profit de l'autre.

Cependant, cela paraît discutable dans le cas d'espèce parce qu'une condition inhérente à la gestion d'affaire fait défaut : « *l'intervention du gérant d'affaires doit présenter un caractère nécessaire et se faire au profit du maître de la chose et non à propre profit, et cette intervention doit avoir lieu sans mandat, à l'insu du maître de la chose*¹⁶⁰ ».

1.2.4. Le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause

L'ex-cohabitant de fait peut invoquer la théorie de l'enrichissement sans cause, nommé aussi l'action *de in rem verso*, pour récupérer les montants dépensés qu'il a investis pour le compte de son ex-partenaire.

a) Les conditions de l'action de *in rem verso*

Théorie fondée sur l'équité et sur le principe que « *nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui*¹⁶¹ », le demandeur doit prouver qu'il a subi un appauvrissement, et qu'il en a résulté pour son ex-partenaire, un enrichissement. Il faut une relation causale entre l'enrichissement et l'appauvrissement¹⁶². Cet enrichissement et cet appauvrissement doivent encore avoir eu lieu « sans justification ». En d'autres mots, il ne doit exister aucune cause à ceux-ci, de telle manière

158 *Ibidem*.

159 Gand, 10 mars 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 460. ; Gand, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 39.

160 J. FIERENS, « La séparation des cohabitants de fait », *op.cit.*, pp. 82-83. ; Civ. Bruxelles, 29 mars 2002, *T. Not.*, 2003, p. 351.

161 Civ. Nivelles (10e ch.), 25 octobre 2012, *op. cit.*, p. 7.

162 F. DEGUEL et Y.-H. LELEU, « L'enrichissement sans cause et le valorisme en séparation de biens », *op. cit.*, p. 418. Pour une explication détaillée de ces conditions, voy. également B. GENNARD et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, pp. 617-623.

que l'enrichissement est injuste et ne doit pas être subi par l'appauvri¹⁶³. Enfin, l'action doit être intentée uniquement à titre subsidiaire, c'est-à-dire en l'absence de toute autre action dans le chef de l'appauvri¹⁶⁴.

De manière générale, l'insécurité juridique est grande concernant ce fondement¹⁶⁵. En effet, les conditions de l'action, et notamment l'absence de cause, seront analysées au cas par cas et seront reconnues ou pas selon le juge, son appréciation de fait et sa réceptibilité¹⁶⁶.

b) Positionnement général de la jurisprudence et de la doctrine par rapport au cas d'espèce

La jurisprudence s'est déjà montrée très sévère à accorder le remboursement sur base de cette théorie, en faveur de l'ex-concubin qui avait investi dans le bien propre de son partenaire, concluant alors à l'existence d'une cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatif. Par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 septembre 1996¹⁶⁷, très semblable au cas d'espèce, une ex-concubine sollicitait le remboursement de sommes importantes qu'elle avait investies pour la construction de l'immeuble sur le terrain propre de son concubin, l'immeuble étant devenu propre à ce dernier par accession. Elle fut déboutée de sa demande au motif que ces investissements étaient la manifestation d'une intention libérale dans son chef¹⁶⁸. De même, ont souvent été considérés comme une cause : le simple sentiment d'affection¹⁶⁹, l'intérêt personnel poursuivi par le cohabitant demandeur¹⁷⁰, ou encore la volonté de faire perdurer la vie en commun¹⁷¹,...

163 Ph. DE PAGE, « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant-La cohabitation de fait », *op. cit.*, p. 17. Pour les conditions d'application de la théorie, voy. Aussi C. GOUX, « Enrichissement sans cause, concubinage et cohabitation légale sur l'application de l'action de in rem verso », *R.G.D.C.*, 2001, pp. 5-7.

164 Civ. Nivelles (10e ch.), 25 octobre 2012, *op. cit.*, p. 8. ; B. GENNARD et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *op. cit.*, p.623.

165 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p.87.

166 B. GENNARD et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *op. cit.*, p. 640. ; Ph. DE PAGE, « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant-La cohabitation de fait », *op. cit.*, p. 18.

167 Bruxelles, 6 septembre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 128. ; En ce sens, Mons, 24 mai 2005, *J.T.*, 2005, p. 521.

168 *Ibidem*.

169 B. GENNARD et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *op. cit.*, p.641. ; Gand, 25 novembre 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 804.

170 B. GENNARD et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *op. cit.*, pp. 621-622. ; Anvers, 3 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 252. ; Civ. Furnes, 27 mai 2004, sommaire in *Rev. trim. dr. fam.* 2006, p. 939. ; Gand, 28 juin 2005, *T. Not.*, 2005, p. 464. ; Liège, 4 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 721.

171 Ph. DE PAGE, « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant-La cohabitation de fait », *op. cit.*, p. 16.

Un autre courant doctrinal et jurisprudentiel interprète la notion de « cause » de manière moins large et se montre donc moins sévère¹⁷². Selon ce courant, il s'agit alors d'analyser l'existence d'une éventuelle disproportion entre les apports de l'un et de l'autre partenaire et de voir si celle-ci est injuste¹⁷³. Certaines décisions de jurisprudence vont dans ce sens en estimant que les transferts de richesse trouvent leur justification dans une obligation naturelle entre concubins de contribuer aux charges du ménage¹⁷⁴, « *du moins si cette contribution, tant financière que matérielle, n'est pas disproportionnée*¹⁷⁵ », eu égard notamment aux revenus, aux compétences, à la répartition des tâches au sein du couple¹⁷⁶. Dans la même lignée, certains juges font une distinction entre les dépenses normales de la vie commune, auxquelles chaque concubin doit participer en proportion de ses facultés et les dépenses inhabituelles qui excèdent largement cette participation proportionnelle et pour lesquelles la théorie de l'enrichissement sans cause est acceptée¹⁷⁷.

Sur base ce que vient d'être dit, dans le cas d'espèce, il est probable que Madame puisse obtenir indemnisation sur base de cette théorie, bien que les chances de succès dépendent aussi fortement du juge qui traite de l'affaire.

2. Les démarches préventives des cohabitants de fait : vers plus de sécurité juridique ?

S'il existe des moyens pour que le partenaire qui a investi dans les fonds propres de l'autre puisse obtenir indemnisation *a posteriori*, ceux-ci présentent deux inconvénients. Tout d'abord, les ex-cohabitants de fait s'exposent alors à une procédure judiciaire contentieuse longue et difficile. Ensuite, ce sont des solutions qui n'offrent qu'un droit de créance au cohabitant de fait lésé qui risque alors d'être confronté à un problème de solvabilité de la partie débitrice¹⁷⁸. Ne vaut-il dès lors pas mieux que ce cohabitant se réserve des droits *a priori* ?

172 Y-H. LELEU, *Le droit patrimonial des couples*, CUP, Université de Liège, Liège, Anthémis, 2011, p. 207. ; Voy. notamment, Bruxelles (7e ch.), 3 mai 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 4/2013, p. 1019. et s.

173 B. GENNARD et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *op. cit.*, pp. 645-646.

174 B. GENNARD et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *op. cit.*, p.646. ; V. DEHALLEUX, « Le régime patrimonial des couples non mariés », *op. cit.*, p. 266.

175 Civ. Nivelles (10e ch.), 25 octobre 2012, *op. cit.*, p. 9.

176 *Ibidem*.

177 Gand, 27 octobre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 242. ; Y-H. LELEU, *Le droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 207.

178 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p. 87.

2.1. Solutions pour que le cohabitation de fait acquière un droit réel sur le bâtiment construit

Nous allons aborder différentes manières de contourner le problème du phénomène de l'accession et d'offrir un droit réel sur les constructions au partenaire qui les a financées. Mais nous verrons aussi les inconvénients de ces solutions.

2.1.1. La renonciation au droit d'accession

Pour éviter le phénomène de l'accession, une solution qui semble efficace et sécurisante est que le partenaire propriétaire du terrain effectue un acte de renonciation à accession partielle (ne portant que sur la moitié des constructions) avant la construction de l'immeuble sur son terrain.

Une controverse a autrefois eu lieu sur la nature du droit engendré par la renonciation à accession tant en jurisprudence qu'en doctrine¹⁷⁹. En effet, elle fut tantôt analysée comme un droit de créance, tantôt comme une servitude réelle ou encore un droit *sui generis*¹⁸⁰. Un arrêt de la Cour de Cassation du 19 mai 1988¹⁸¹, sous l'impulsion de la doctrine¹⁸² a mis fin aux discussions: la renonciation à accession crée un droit de superficie¹⁸³.

Afin d'être opposable aux tiers, puisqu'il engendre un droit réel, l'acte de renonciation à accession doit être passé en la forme authentique pour pouvoir ensuite être transcrit au bureau de la conservation des hypothèques. D'un point de vue fiscal, la renonciation au droit d'accession est enregistrée au droit fixe général¹⁸⁴. En outre, parce que le droit de superficie est un démembrement de la propriété qui diminue un peu la valeur du bien, le propriétaire d'un bien immobilier hypothéqué doit requérir l'accord des créanciers hypothécaires, pour faire acte de renonciation à accession. Il est aussi possible qu'il impose au bénéficiaire de la renonciation, ici le partenaire, l'obligation d'affecter également en hypothèque son droit de superficie sur les

179 P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, Tome I : Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 275.

180 J. HANSENNE, « L'accession immobilière », *op. cit.*, 1.8.3.,-10., p. 26. ; J.-L. JEGHERS, « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », in *Le couple sous toutes ses formes*, Limal, Anthémis, 2013, p. 159.

181 Cass., 19 mai 1988, *Rev. not. belge*, 1988, pp. 450 et s.

182 J.-L. JEGHERS, « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », *op. cit.*, p. 159.

183 A. VAN MUYLDER, et J. VERSTAPPEN, « Problèmes actuels relatifs au droit d'accession, à la renonciation à ce droit et au droit de superficie », *Rec. gén. en not.*, 1992, n° 24.156, p. 372. ; L. ROUSSEAU, « La construction d'une habitation par des époux communs en biens sur un terrain propre à l'un d'eux. Renonciation au droit d'accession », *Rev. not. belge*, Story-Scientia, 1994, pp. 214-225. ; Cass., 19 mai 1988, *Rev. not. belge*, 1988, pp. 473 et s.

184 A. DELIÈGE, « Renonciation et régime matrimonial », *op. cit.*, VI.4.5.3-7, n° 3.16.

bâtiments à édifier¹⁸⁵.

a) La fragilité de la renonciation à accession: la création d'un droit réel temporaire

Le droit de superficie est limité à une durée de cinquante ans, conformément à l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 relative au droit de superficie. Cette limitation de la durée est en principe d'ordre public¹⁸⁶, sous réserve d'une doctrine minoritaire qui considère qu'elle est de nature impérative, protégeant le propriétaire du fonds¹⁸⁷.

Par conséquent, la renonciation à accession n'a qu'un effet temporaire. En réalité, la doctrine fait une distinction selon que la clause de renonciation à accession a lieu à titre principal ou est l'accessoire à un acte générateur d'une institution juridique (dans ce dernier cas, on parle alors de « *superficie-conséquence* »)¹⁸⁸.

Quand la renonciation est faite à titre principal, elle fait naître un droit de superficie au sens de la loi du 10 janvier 1824 qui est limité à une durée de cinquante ans. Par contre, pour ce qui est de la « *superficie-conséquence* », la durée vient se calquer sur la durée de l'institution juridique ou du contrat principal (par exemple, l'institution du mariage, de l'usufruit, ou d'un contrat de bail) au service de laquelle la renonciation à accession a lieu¹⁸⁹. Dans notre cas d'espèce, les cohabitants de fait peuvent conclure un acte spécifique par lequel l'un d'eux renonce à l'accession. Mais cet acte peut aussi être l'accessoire à une convention de vie commune réglant globalement leur organisation patrimoniale, ce qui implique alors que ses effets cesseront à la fin de la cohabitation¹⁹⁰.

Il résulte de cela qu'au terme du droit de superficie, le partenaire ex-superficiaire n'aura droit à rien d'autre qu'à une créance puisqu'il ne sera titulaire d'aucun droit sur les constructions, comme le stipule d'ailleurs l'article 6 de la loi de 1824 relative au droit de superficie. Il faut donc bien admettre que la renonciation à accession est un acte juridique qui ne consolide pas vraiment les droits du partenaire non propriétaire dans le bien, ou alors juste pour un temps. En effet, comme le dit si bien J. FONTEYN, si l'acte de renonciation peut être motivé par un souci d'éviter les inconvénients liés à un droit de créance, « *chassée par la porte, ce droit de créance revient*

185 A. VAN MUYLDER, et J. VERSTAPPEN, « Problèmes actuels relatifs au droit d'accession, à la renonciation à ce droit et au droit de superficie », *Rec. gén. en. not.*, 1992, n° 24.156, p. 391.

186 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p.93.

187 Cass., 16 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2713. ; J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, pp.93-94.

188 J. HANSENNE, « L'accession immobilière », *op. cit.*, 1.8.3.-11., p. 27. ; J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *Revue du notariat belge*, 2013, p. 90.

189 A. VAN MUYLDER, et J. VERSTAPPEN, « Problèmes actuels relatifs au droit d'accession, à la renonciation à ce droit et au droit de superficie », *op. cit.*, p. 378 ; J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p.90. ; J. HANSENNE, « L'accession immobilière », *op. cit.*, 1.8.3.-11., p. 27.

190 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p. 99.

par la fenêtre¹⁹¹ ».

b) La limitation dans la durée du droit d'accession : un inconvénient à relativiser

Il faut cependant relativiser cette fragilité de la renonciation à accession, qui ne crée qu'un droit réel temporaire aboutissant à un droit de créance.

D'une part, concernant la durée du droit, des aménagements sont possibles pour que finalement le droit de superficie dure longtemps et suffisamment pour les partenaires. En premier lieu, il faut souligner que le droit de superficie-conséquence peut déroger à la limitation du droit de superficie à cinquante ans, puisque sa durée va dépendre de celle du contrat principal qui peut être plus longue. A cet égard, des auteurs ont imaginé plusieurs modalités de cessation des effets de la renonciation : par exemple, elle pourrait prendre fin au décès de l'une des parties (ce qui simplifierait les choses du point de vue de la dévolution successorale) ou au moment où le contrat principal cesse (par exemple, le mariage) si le bénéficiaire de la renonciation à accession est toujours en vie à ce moment¹⁹². En deuxième lieu, la renonciation à accession peut être renouvelée, même si les auteurs ne sont pas d'accord sur le moment où le renouvellement doit avoir lieu. Alors que certains auteurs défendent la thèse qu'un tel renouvellement n'est possible qu'une fois que le droit a atteint son terme conventionnel ou légal, d'autres soutiennent l'idée que ce renouvellement doit intervenir avant l'expiration du terme¹⁹³.

D'autre part, en ce qui concerne le droit de créance auquel donne lieu l'expiration du terme du droit de superficie, il est important que les parties prévoient toutes les modalités liées à l'indemnité que le bénéficiaire de la renonciation à accession devra recevoir : qui en sera redevable (propriétaire du fonds, ou ses héritiers ou ayants droit), la valeur et la méthode de calcul ou de détermination de celle-ci¹⁹⁴. Enfin, pour éviter le problème de l'éventuelle insolvabilité du propriétaire du fonds ou de ses héritiers, d'autant plus qu'il s'agit d'une créance chirographaire¹⁹⁵, J. FONTEYN propose dès lors de prévoir une garantie par laquelle le propriétaire du fonds donnerait mandat irrévocable à un organisme bancaire pour prendre inscription hypothécaire en garantie du paiement de la créance au bénéficiaire¹⁹⁶. Même s'il

191 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p.100.

192 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p.99.

193 A. VAN MUYLDER, et J. VERSTAPPEN, « Problèmes actuels relatifs au droit d'accession, à la renonciation à ce droit et au droit de superficie », *Rec. gén. en. not, op. cit.*, p. 377.

194 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, pp. 95-96.

195 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p. 97.

196 J. FONTEYN, « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *op. cit.*, p. 101.

n'est pas certain que le premier rang de l'inscription soit garanti (notamment dans le cas où le propriétaire a déjà contracté un crédit hypothécaire sur le bien), une telle clause peut offrir un peu plus de sécurité juridique.

2.1.2. La vente de parts du terrain en pleine propriété au cohabitant de fait

Alors que la vente entre époux est interdite en vertu de l'article 1595 du Code civil, il n'en va pas de même de la vente entre cohabitants, qu'ils aient fait une déclaration de cohabitation légale ou pas¹⁹⁷.

a) La sécurité du droit de propriété

Pour éviter le phénomène d'accession, le partenaire propriétaire du terrain pourrait donc vendre à son cohabitant de fait des parts en pleine propriété de son terrain, par exemple 50% en pleine propriété. Cet acte de vente permettra au cohabitant de fait de consolider ses droits, de manière perpétuelle. En effet, copropriétaires du terrain, les cohabitants seront aussi copropriétaires des constructions. Le seul inconvénient est qu'un tel acte sera plus cher qu'un simple acte de renonciation d'un point de vue fiscal, puisque le partenaire-acheteur devra payer des droits d'enregistrement de 12,5 % sur la valeur des parts du terrain qu'il achète. Mais, au moins un tel acte lui évite tout désavantage lié à l'existence d'une créance. Notons que le propriétaire pourrait aussi donner une part du terrain. D'un point de vue fiscal, cet acte sera alors soumis aux droits de donation, et d'un point de vue civil, il sera soumis aux règles de réduction.

b) Le problème de l'indivision en cas de cessation de la vie commune

L'indivision créée par la vente peut poser quelques difficultés au moment de la cessation de la vie commune, soit en cas de rupture du couple, soit en cas de décès de l'un des partenaires.

D'un côté, en cas de rupture du couple, si les ex-partenaires parviennent à s'entendre entre eux, ils peuvent effectuer un partage de leurs biens indivis comme ils le souhaitent. Dans ce contexte, l'un pourrait céder ses droits indivis à l'autre, en payant le droit de partage de 1% sur la moitié de la valeur conventionnelle du bien, conformément à l'article 109, 2° du Code des droits d'enregistrement. Toutefois, en cas de mésentente, c'est la procédure judiciaire qui sera

197 J.-L. JEGHERS, « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », *op. cit.*, pp. 142-143.

mise en route, avec partage de lots de même nature, ou vente publique du bien.

D'un autre côté, une situation semblable existera en cas de décès où le partenaire survivant sera alors copropriétaire du bien en indivision avec les héritiers ou légataires du défunt. Rappelons d'ailleurs à cet égard que le simple cohabitant de fait n'hérite pas de son partenaire en vertu de la loi.

Pour le cas du décès, les partenaires peuvent prévoir des dispositions qui éviteront l'indivision et par conséquent, un conflit potentiel avec les héritiers du défunt.

En premier lieu, les partenaires pourraient établir un testament au profit de l'autre, dans lequel ils lèguent leur part en pleine propriété du terrain et de l'immeuble, à leur partenaire. Mais plusieurs obstacles peuvent survenir. Premièrement, le testament étant toujours révocable, le testateur peut décider de le déchirer ou de le faire disparaître à tout moment. Deuxièmement, si la valeur du legs est supérieure à la quotité disponible, les héritiers réservataires (soit le père ou la mère, les enfants, voire même un conjoint) risquent de faire valoir leur réserve. Troisièmement, en ce qui concerne les droits de succession, le partenaire n'est-il pas taxé au pourcentage appliqué pour les étrangers pour hériter du legs ? La réponse varie selon la Région dans laquelle se trouve le domicile fiscal du défunt. Le cohabitant de fait est assimilé au conjoint et au cohabitant légal en Flandre (à la condition qu'ils cohabitaient depuis au moins un an au moment du décès¹⁹⁸). Par contre, ce n'est le cas ni à Bruxelles¹⁹⁹ ni en Wallonie²⁰⁰ où le partenaire est considéré comme une personne en ligne étrangère pour l'application des taux.

Une autre solution utile réglant la situation en cas de mort est de prévoir, une fois l'indivision formée, une convention d'accroissement, en pleine propriété ou en usufruit, qui permettra au cohabitant survivant de récupérer la part de son partenaire prédécédé et devenir seul propriétaire de la maison (ou usufruitier dans le cas de la convention d'accroissement en usufruit)²⁰¹. L'avantage est qu'aucune indemnité ne devra être versée aux héritiers et ceux-ci ne pourront pas faire valoir leur réserve²⁰². En outre, d'un point de vue fiscal, le partenaire survivant ne payera pas de droits de succession mais devenant propriétaire de la part de l'autre, il paiera par contre le droit d'enregistrement de 12,5 % sur la valeur de cette part, estimée au jour du décès. Cependant, il ne faut pas qu'il y ait déséquilibre entre l'âge des deux partenaires. En effet,

198 Code flamand des droits de successio, art. 48/1, §2, alinéa 9, 2°.

199 Code bruxellois des droits de succession, art. 48, alinéa 7.

200 Code wallon des droits de succession, art. 3.

201 J.-L. JEGHERS, « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », *op. cit.*, p. 150.; L. ROUSSEAU, « L'organisation conventionnelle du patrimoine des cohabitants légaux -Conventions d'indivision, clauses de réversion ou d'accroissement », in *La cohabitation légale et la cohabitation de fait.Aspects civils et fiscaux*, Coll. *Patrimoine et fiscalités*, ULB, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 48.

202 J.-L. JEGHERS, « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », *op. cit.*, pp. 146-147.

si les chances de survie des époux ne sont pas les mêmes, le fisc pourrait considérer qu'il y a eu volonté d'avantager exclusivement l'un des acquéreurs et réclamerait alors des droits de donation²⁰³. Il faudra aussi veiller à supprimer la convention de commun accord en cas de mariage (car celle-ci se révélera beaucoup moins avantageuse) et également en cas de rupture. Dans ce dernier cas, étant donné que l'accord des deux partenaires est difficile à obtenir, il vaudrait peut-être mieux prévoir une convention d'accroissement dont la validité est limitée dans le temps mais qui se renouvelle automatiquement si l'une des parties n'y a pas mis fin de manière unilatérale, à la fin d'une période²⁰⁴.

2.2. Une organisation patrimoniale à travers le contrat de vie commune

La cohabitation de fait n'est pas régie par la loi mais rien n'empêche les partenaires de conclure une convention dans laquelle ils décident de toute une série d'éléments relatifs aux effets patrimoniaux ou personnels de leur vie commune²⁰⁵. En effet, si pendant longtemps, celles-ci ont été jugées illicites²⁰⁶, cela n'est plus le cas aujourd'hui, dans une certaine mesure (car elles doivent être conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs et par exemple, aux règles relatives à l'autorité parentale²⁰⁷).

Dans les limites de notre sujet et du cas d'espèce, nous nous en tiendrons aux éléments patrimoniaux qui peuvent être prévus dans ces conventions de vie commune.

S'ils sont propriétaires du bien en indivision (dans le cas où le partenaire a acquis des parts en pleine propriété dans le bien), les partenaires peuvent prévoir une convention de vie commune ponctuelle, servant à régler le financement de la construction de leur immeuble. Celle-ci peut être faite sous seing privé ou peut être reçue devant notaire au choix des parties, même si dans ce dernier cas, il faut souligner que la convention aura l'avantage d'être directement exécutoire²⁰⁸. I. DE STEFANI propose des modèles précis de ces types de clauses. En nous basant sur l'un de ces modèles, on peut imaginer une convention dans laquelle, après avoir déclaré être

203 J.-L. JEGHERS, « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », *op. cit.*, p. 147. ; V. DEHALLEUX, « Le régime patrimonial des couples non mariés », *op. cit.*, p. 283.

204 L. ROUSSEAU, « L'organisation conventionnelle du patrimoine des cohabitants légaux -Conventions d'indivision, clauses de réversion ou d'accroissement », *op. cit.*, p. 54.

205 J.-L. JEGHERS, « Appartenance des biens acquis avant ou après la formation du couple », in *Le couple sous toutes ses formes*, Limal, Anthémis, pp. 35-36.

206 J. HAUSER et J.-L. RENCHON, *Le statut du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 168-169-170. ; J.-L. JEGHERS, « Appartenance des biens acquis avant ou après la formation du couple », *op. cit.*, p. 35.

207 J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2000, p. 106.

208 J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », *op. cit.*, pp. 103-104.

copropriétaires du terrain, par exemple à concurrence de 50%, et déclaré avoir contracté un crédit ensemble pour financer les constructions d'une habitation sur ce terrain, les parties conviennent que le remboursement du crédit et les frais relatifs aux constructions de la maison devront être supportés par chacun des partenaires, à proportion de 50 % chacun. Si le remboursement a lieu selon une proportion différente, le couple peut prévoir que la partie qui a financé davantage sera redevable d'une créance contre l'autre partie, à concurrence de l'excédent du financement²⁰⁹. Ensuite, il convient de régler la manière dont l'existence de cette créance sera prouvée²¹⁰ (par exemple, au moyen des extraits de compte bancaire, par la production de factures ou d'une note, et d'un extrait de compte bancaire attestant du paiement de tout ou partie de la facture). Dans cette convention, il est aussi important de décider si la créance sera productive d'intérêts, le moment où elle sera exigible, la manière dont elle peut être revalorisée²¹¹. Enfin, il paraît également important de prévoir la question de la répartition du prix entre les parties en cas de vente de l'immeuble et le rachat des parts indivises en cas de rupture du couple.

La convention de vie commune peut aussi être l'occasion d'insérer la convention d'accroissement²¹². De même, si les partenaires ont préféré opter pour la renonciation à accession, cet acte peut également s'intégrer dans une telle convention.

Notons qu'il est aussi possible que les époux règlent leurs comptes de manière « un peu plus communautaire²¹³ » ou encore décident d'exclure tout règlement de compte entre eux.

A côté d'une telle convention ponctuelle, le couple peut également décider d'une convention plus large, aménageant alors l'organisation patrimoniale globale du couple²¹⁴ (par exemple, en prévoyant un patrimoine commun, en définissant des règles de preuve entre eux, des règles de gestion de patrimoine, des règles de liquidation et de partage,...). Cependant, il faut souligner que ces conventions ne seront valables qu'entre parties. A l'égard des tiers, c'est le droit commun qui s'appliquera en principe, dans le respect du principe de l'effet externe et relatif des conventions, prévu à l'article 1165 du Code civil²¹⁵.

209 I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *op. cit.*, p. 73.

210 *Ibidem*.

211 I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *op. cit.*, p. 74.

212 J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », *op. cit.*, p. 119.

213 I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *op. cit.*, p. 75.

214 I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *op. cit.*, p. 71. ;

J.-F. TAYMANS, « La convention notariée de vie commune », *op. cit.*, pp. 108.-109.

215 Ph. DE PAGE, « La communauté », in *Le couple : autonomies de volontés*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 12-13. ;

I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *op. cit.*, p. 82.

CONCLUSION

Plusieurs possibilités existent donc pour régler la situation du cohabitant de fait qui finance les constructions érigées sur le terrain propre à son partenaire, puisées tantôt dans le droit des obligations, tantôt dans le droit des biens. De manière générale, nous retiendrons qu'il est important que les partenaires préservent autant qu'ils le peuvent une indépendance patrimoniale pour éviter toute confusion de leurs patrimoines respectifs. Ensuite, il est préférable pour le cohabitant de fait de consolider ses droits *a priori*, avant d'envisager de construire la maison sur le terrain de son partenaire. Cela lui évitera l'insécurité juridique et les conflits devant les tribunaux.

Notons que si nous nous sommes limités à répondre au cas d'espèce centré essentiellement sur le phénomène de l'accession, en montrant les différentes manières pour éviter au partenaire non propriétaire du fonds d'être lésé, nous n'avons pas eu l'occasion de les développer en détail. Par exemple, il aurait été utile de parler de la valeur de l'indemnisation dans le cas de l'enrichissement sans cause et de la comparer avec la valeur de la créance obtenue dans les autres recours, ou encore de voir si les diverses possibilités invoquées auraient pu s'appliquer aux époux et aux cohabitants légaux se trouvant dans la même situation et de voir si elles auraient été efficaces pour eux aussi.

En conclusion, la situation des cohabitants de fait peut faire couler beaucoup d'encre. En tout cas, elle ne peut pas être complètement ignorée, comme le voulait autrefois Napoléon. D'ailleurs, elle obtient aujourd'hui une reconnaissance en droit dans certains domaines, tels que la sécurité sociale.

Et d'un point de vue patrimonial, si leur situation n'est pas réglée par la loi, les cohabitants de fait peuvent toujours la régler conventionnellement, via la convention de vie commune²¹⁶. Cette dernière n'offrira jamais la même sécurité que le contrat de mariage qui confère l'opposabilité aux tiers, des règles primaires auxquelles il n'est pas possible de déroger, la possibilité d'octroyer des avantages matrimoniaux,...Cependant, une telle différence va de soi et il est tout à fait logique d'accorder plus d'effets et d'avantages à l'institution juridique du mariage, face à la situation des cohabitants de fait. Parce qu'après tout, ces derniers choisissent librement de rester hors d'un statut légal, et comme l'a fait remarquer I. DE STEFANI²¹⁷, « *cette liberté doit bien avoir un prix* ».

216 Ph. DE PAGE, « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant – La cohabitant de fait », *op. cit.*, p. 20.

217 I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », *op. cit.*, p. 90.

Bibliographie 2

Législation :

Code civil.

Loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, *M.B.*, 10 janvier 1824, art. 4 et art. 6.

Jurisprudence :

Cass., 23 septembre 1943.

Cass., 13 mai 1970, *Pas*, 1971, pp. 801-804.

Cass., 19 mai 1988, *Rev. not. belge*, pp. 473 et s.

Cass., 26 octobre 2006, *J.T.*, 2007, p. 51.

Cass., 16 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2713.

Cass., 18 mars 2011, *J.T.*, 2011, p. 725.

Gand, 10 mars 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 460.

Bruxelles, 6 septembre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 128.

Liège, 29 septembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 522.

Gand, 25 novembre 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 804.

Mons, 24 mai 2005, *J.T.*, p. 521.

Mons, 12 janvier 2007, *F. J. F.*, 2009, p. 510.

Liège, 4 juin 2008, *Rev. not. belge*, 2008, p. 721.

Gand, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 39.

Gand, 27 octobre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 242.

Bruxelles (7e ch.), 3 mai 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 4/2013, p. 1019 et s.

Civ. Bruxelles, 29 mars 2002, *T. Not.*, 2003, p. 351.

Civ. Furnes, 27 mai 2004, sommaire in *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 939.

Civ. Gand, 28 juin 2005, *T. Not.*, 2005, p. 464.

Civ. Nivelles (10e ch.), 25 octobre 2012, *Le Pli juridique*, n°25, Octobre 2013, Anthémis, pp. 7-10., et commentaire de C. JASSOGNE.

Doctrine :

BAUDONCQ, F. et GUFFENS, V., « Bouwen op andermans grond in het specifieke geval van concubinaat », *T. Not.*, 2003, pp. 318 et s.

DANDOY, N. et SOSSON, J., « La reconnaissance juridique du couple non marié », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2000, pp. 45-61.

DEHALLEUX, V., « Le régime patrimonial des couples non mariés », in *Le droit patrimonial des couples. Chroniques notariales*, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 216.

DELIEGE, A., « Renonciation à accession en régime matrimonial », in *Liber Amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1992, p. 131.

DEMARET, M. et Y.-H. LELEU, « Le couple non marié », in *Le droit patrimonial du couple, Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, volume 42, Octobre 2005, pp. 103-128.

DE PAGE, Ph., « La communauté », in *Le couple : autonomies de volontés*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 12-13.

DE PAGE, Ph., « Le patrimoine des cohabitants et les difficultés en résultant-La cohabitation de fait », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Coll. *Patrimoine et fiscalités*, ULB, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, pp. 7-20.

DE STEFANI, I., « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Coll. *Patrimoine et fiscalités*, ULB, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, pp. 65-90.

FIERENS, J., « La séparation des cohabitants de fait », in *Familles : union et désunion, Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, f.mob., 2 t., pp. 71-80.

FONTEYN, J., « La renonciation à accession au sein du couple. Une question de temps », *Revue du notariat belge*, 2013, pp. 82-101.

GENNART, B. et TAYMANS, L., « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *Revue trimestrielle de droit familial*, 3/2007, pp. 615-649.

GOUX, C., « Enrichissement sans cause, concubinage et cohabitation légale : conséquences de la loi réglant la cohabitation légale sur l'application de l'action *de in rem verso* », *R.G.D.C.*, 2001, pp. 4-32.

HAUSER, J. et RENCHON, J.-L., *Le statut du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, volume I, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 168-170.

JEGHERS, J.-L., « Les contrats de droit civil entre les membres du couple », in *Le couple sous toutes ses formes*, (dir. P. DELNOY), *éditions du Jeune Barreau de Liège*, Limal, Anthémis, 2013, p. 137 et s.

JEGHERS, J.-L., « Appartenance des biens acquis avant ou après la formation du couple », in *Le couple sous toutes ses formes* (dir. P. DELNOY), *éditions du Jeune Barreau de Liège*, Limal, Anthémis, 2013, p. 31 et s.

LECOCQ, Pascale, *Manuel de droit des biens, Tome I : Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2012, pp. 272-297.

LELEU, Y.-H., *Le droit patrimonial des couples*, CUP, Liège, Anthémis, 2011, p. 205.

ROMAIN, J.-F., « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », *R.C.J.B.*, 2012, pp. 71-149, sous un arrêt de la Cour de Cassation du 19 janvier 2009, p. 69.

ROUSSEAU, L., « La construction d'une habitation par des époux communs en biens sur un terrain propre à l'un d'eux. Renonciation au droit d'accession », *Revue du Notariat Belge*, Story-Scientia, 1994, p. 214-225.

TAYMANS, J.-F., « La convention notariée de vie commune », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2000, pp. 103-123.

VAN MUYLDER, A. et VERSTAPPEN, J., « Problèmes actuels relatifs au droit d'accession, à la renonciation à ce droit et au droit de superficie », *Rec. gén. enr. not.*, 1992, n° 24.159., pp. 369-401.

