

3142° LIVRAISON

PUBLICATION MENSUELLE

145° ANNEE

ALÉA ET DROIT

Sous la direction de

Jean-Luc LEDOUX et René ROBAYE

SEPTEMBRE 2019

Fondation des Annales du Notariat et de l'Enregistrement
Fondation d'utilité publique

Bureau de Dépôt : Bruxelles X — P.006493

La Revue est accessible en ligne sur Stradalex

DIRECTION :

Daniel Sterckx

avocat au barreau de Bruxelles
rédacteur en chef

Jean-Luc Ledoux

professeur émérite de l'UCLouvain
notaire honoraire

Jean-Louis Van Boxstael

professeur à l'UCLouvain et à la KU Leuven,
notaire

Laurent Sterckx

avocat au barreau de Bruxelles

PRINCIPAUX COLLABORATEURS

Laurent BARNICH, notaire à Ath, professeur à l'U.L.B., directeur du master en notariat.

Etienne BEGUIN, notaire à Beauraing, maître de conférences à l'UCLouvain.

Hélène CASMAN, professeur émérite des universités libres de Bruxelles.

Georges DE LEVAL, professeur ordinaire honoraire de l'U.Lg.

Alexandra DEMORTIER, avocat au barreau de Bruxelles, assistante à l'UCLouvain.

Philippe DE PAGE, avocat honoraire, professeur honoraire de l'U.L.B.

Emmanuel DE WILDE D'ESTMAEL, avocat, collaborateur scientifique au Centre de droit privé de l'U.L.B.

Jean FONTEYN, notaire associé à Seneffe, collaborateur scientifique à l'UCLouvain.

Dominique LAGASSE, avocat, chargé de cours à l'U.L.B.

Frédéric LALIÈRE, avocat au barreau de Bruxelles, chargé de cours à l'U.L.B.

Jean-François LEDOUX, bâtonnier du barreau de Dinant.

Yves-Henri LELEU, avocat au barreau de Bruxelles, doyen de la faculté de droit de l'U.Lg, chargé de cours à l'U.L.B.

Pierre MOREAU, professeur à l'U.Lg.

Fabienne TAINMONT, avocate au barreau de Bruxelles, maître de conférences à l'UCLouvain.

Jean-François TAYMANS, notaire honoraire, professeur honoraire de l'UCLouvain.

Pierre VAN DEN EYNDE, notaire honoraire, professeur à l'UCLouvain.

Matthieu VAN MOLLE, notaire associé à Ittre, maître de conférences à l'U.L.B.

Les articles n'engagent que les auteurs.

ABONNEMENTS - VENTES AU NUMÉRO :

NUMIBEL

rue Egide Van Ophem 40 c

1180 Bruxelles

rev.not.belge@gmail.com

fax : 02/381.21.45

Compte « Annales du notariat » : IBAN : BE24 3101 1344 6438

BIC : BBRUBEBB

**Le prix de l'abonnement 2019 est fixé à 315 € + TVA (18,90 €) pour la Belgique
soit 333,90 €**

Le numéro séparé sera envoyé uniquement
après paiement de son prix :
47,70 € TVAC, sauf numéros spéciaux.

Revue du notariat belge

Revue du notariat belge

3142^e livraison

Septembre 2019

145^e année

Aléa et droit

Sous la direction de
Jean-Luc Ledoux et René Robaye

SOMMAIRE

DOCTRINE

- Des tables de mortalité, espérances de vie, durées de vie moyennes et probables et de leur bon usage dans l'évolution des droits viagers,** par Michel Denuit et Julien Trufin 574
- La vente immobilière en viager en tant que contrat aléatoire,** par Gauthier Fiévet..... 609
- La conversion de l'usufruit du survivant : une évaluation raisonnée ?**, par Alain-Charles Van Gysel 629
- La rente des ascendants d'un défunt mort sans postérité,** par Jean-Luc Ledoux 660
- Les opérations sur deux têtes,** par Gilles de Foy 663
- La vente dite « en viager » : Favorisée en droits d'enregistrement, piéteante en droits de succession,** par André Culot 721
- Notariat, actuariat et jeux de hasard,** par Etienne Marique 749

LÉGISLATION

- Arrêté ministériel du 1^{er} juillet 2019 établissant les tables de conversion de l'usufruit visées à l'article 745*sexies*, § 3, du Code civil 787
- Arrêté ministériel du 1^{er} juillet 2019 établissant les tables de conversion de la rente viagère visées à l'article 205*bis*, § 2, alinéa 4, du Code civil. 792

JURISPRUDENCE

- VENTE.** — Rente viagère. — Contrat aléatoire. — Condition de validité. — Aléa. — Appréciation en fait. — Absence d'aléa. — Nullité faut d'objet. (Cass., 3^e ch., 18 septembre 2017) 797

- BIBLIOGRAPHIE**..... 807

DES TABLES DE MORTALITÉ, ESPÉRANCES DE VIE, DURÉES DE VIE MOYENNES ET PROBABLES

ET DE LEUR BON USAGE DANS L'ÉVALUATION DES DROITS VIAGERS

Michel DENUIT et Julien TRUFIN,
Actuaires, Professeurs à l'UCLouvain et à l'ULB

Résumé

Une certaine confusion semble régner entre les concepts d'espérance de vie, de vie moyenne et de vie probable, parfois jusque dans les textes de loi. Cet article compare ces différents indicateurs démographiques et rappelle leur bon usage, en fonction du contexte. Plusieurs cas concrets liés à la pratique juridique illustrent le propos. Ensuite, les inévitables problèmes liés à l'adoption d'une formule standardisée sont mis en lumière dans le contexte de l'évaluation de droits viagers. Des tables de mortalité françaises par niveau de vie sont utilisées pour démontrer les effets pervers liés à l'imposition de tels procédés. L'exposé se veut pédagogique et abordable, privilégiant les exemples simples et les illustrations numériques aux développements mathématiques formels, sans toutefois sacrifier la rigueur du propos.

TABLE DES MATIÈRES

1. Tables de mortalité et indicateurs démographiques	575
1.1. Tables de mortalité.....	575
1.1.1. Tables de mortalité générationnelles	576
1.1.2. Tables de mortalité périodiques	576
1.2. Durée de vie moyenne	578
1.2.1. Moyenne.....	578
1.2.2. Propriétés de la moyenne	578
1.2.3. Durée de vie moyenne.....	579
1.2.4. Portée individuelle de la moyenne	579
1.3. Espérance de vie	580

1.3.1. Espérance mathématique et loi des grands nombres.....	580
1.3.2. Application à la mortalité : l'espérance de vie.....	582
1.3.3. Portée individuelle de l'espérance mathématique.....	583
1.4. Durée de vie probable, ou médiane	583
1.4.1. Médiane.....	583
1.4.2. Propriétés de la médiane	584
1.4.3. Durée de vie médiane.....	584
1.4.4. Portée individuelle de la médiane	585
1.5. Quand la moyenne et la médiane s'invitent dans le prêtre	585
1.5.1. Heinrich contre Sweet, USA.....	585
1.5.2. Cour constitutionnelle belge	586
1.5.3. Statistiques annuelles des cours et tribunaux	588
2. Du bon usage de l'espérance de vie et de la durée de vie probable, ou médiane, pour l'évaluation des droits viagers	589
2.1. Évaluation de l'usufruit pour les droits d'enregistrement et les droits de succession	589
2.2. Valeur de conversion de l'usufruit du conjoint survivant	590
2.3. Vente en viager.....	595
2.4. Tontine et clause d'accroissement	598
2.5. Rente viagère des ascendants et capitalisation des dommages en droit commun	599
3. Disparités en termes de survie	600
3.1. Des différences expliquées ou pas	600
3.2. Le cas français : les tables INSEE par niveau de vie.....	601
3.3. Les effets pervers des règles standardisées	603
4. En guise de conclusion... ..	604

CHAPITRE 1^{er}

Tables de mortalité et indicateurs démographiques

1.1. Tables de mortalité

Les tables de mortalité sont des tableaux numériques décrivant la survie des individus d'un groupe donné. Ce groupe peut exister en réalité ou demeurer purement conceptuel. On distingue plusieurs types de tables de mortalité parmi lesquelles les tables générationnelles (réflétant la mortalité d'une génération donnée) et les tables périodiques (correspondant à une génération fictive qui serait soumise jusqu'à son extinction à la mortalité observée au cours de la période retenue). Nous commençons par rappeler la définition de ces tables et partant, leurs interprétations respectives.

1.1.1. Tables de mortalité générationnelles

La table de mortalité générationnelle décrit l'extinction progressive d'un groupe d'individus nés au cours d'une année calendaire donnée, sur un territoire bien défini. Un tel groupe est appelé génération en démographie, d'où l'appellation de ces tables. Une table générationnelle se présente sous la forme d'un tableau recensant les décès survenant à chaque âge, de la naissance jusqu'à la disparition du dernier survivant de la génération considérée. Une telle table met donc généralement plus d'un siècle à se construire, mais décrit fidèlement la mortalité relative à une génération donnée.

Pour les générations non éteintes (par exemple, les individus nés en 1980, dont la plupart sont encore en vie au moment d'écrire ces lignes), cette approche ne dit rien de leur survie future (au-delà de 39 ans, dans notre exemple, puisque le texte que vous lisez est paru en 2019) sauf évidemment si on se risque à tenter de prédire ce que sera la mortalité affectant cette génération jusqu'à son extinction (à l'horizon 2090-2100). Le Bureau fédéral du Plan se livre en Belgique à pareil exercice et produit des tables générationnelles, ou prospectives, anticipant la mortalité future (1). Il est important de bien garder à l'esprit qu'il ne s'agit donc que de prévisions. À ce titre, comme n'importe quelles autres prévisions (météorologiques ou économiques, par exemple) la mortalité future pourrait fort bien dévier de celle décrite dans les tables publiées par le Bureau fédéral du Plan.

1.1.2. Tables de mortalité périodiques

Afin de contourner les obstacles liés aux tables générationnelles, les démographes recourent souvent à des tables de mortalité périodiques, basées sur l'observation de toutes les générations présentes sur un territoire défini durant une période donnée (une année ou trois années consécutives, généralement). La table périodique de 2019 relative à la population belge donnera ainsi les quotients de mortalité (2) à chaque âge, c'est-à-dire le rapport entre le nombre de décès et le nombre d'individus en vie à cet âge, tels qu'observés en 2019 au sein de la population belge. Ces quotients peuvent être calculés pour chacun des âges depuis la naissance jusqu'à l'âge le plus avancé atteint par un individu au cours de la période considérée. Dans notre exemple, en simplifiant quelque peu (3),

(1) Le lecteur intéressé trouvera une présentation des techniques utilisées à cette fin par les actuaires dans les ouvrages de DELWARDE et DENUIT (2005) et PITACCO et al. (2009).

(2) Ceux-ci sont traditionnellement notés q_x à l'âge x .

(3) Comme tous les individus ne sont pas nés le premier janvier de l'année, l'analyse est plus complexe et requiert un diagramme de Lexis. Mais l'interprétation intuitive donnée ici sera suffisante pour bien comprendre les avantages ainsi que les limitations des tables de mortalité périodiques.

- les nouveaux-nés de 2019 (donc la génération 2019) serviront à calculer le quotient de mortalité à la naissance, c'est-à-dire la probabilité de décéder avant d'atteindre son premier anniversaire;
- les individus âgés d'un an en 2019 (donc ceux de la génération 2018) serviront à calculer le quotient de mortalité à 1 an, c'est-à-dire la probabilité de décéder entre son premier et son deuxième anniversaire;
- les individus âgés de deux ans en 2019 (donc ceux de la génération 2017) serviront à calculer le quotient de mortalité à 2 ans, c'est-à-dire la probabilité de décéder entre son deuxième et son troisième anniversaire;
- et ainsi de suite.

Les quotients ainsi obtenus sont publiés chaque année par les instituts nationaux de statistique ou d'autres agences gouvernementales (généralement jusqu'à un âge aux alentours de 105 ans).

Une table périodique présente le grand avantage de pouvoir être dressée rapidement, contrairement à la table générationnelle. Le prix à payer pour cette efficacité est que la table périodique ne correspond à la mortalité d'aucune génération. Elle décrit en fait la mortalité d'une génération fictive, purement conceptuelle, qui serait soumise tout au long de son existence à la mortalité déduite des observations effectuées au cours de la période considérée. Tout calcul basé sur une table périodique repose donc sur l'hypothèse implicite que l'individu considéré sera soumis, sa vie durant, aux quotients de mortalité observés au cours de la période retenue. Autrement dit, la mortalité est supposée figée dans le temps, identique pour toutes les générations. Si la mortalité évolue, comme ce fut toujours le cas jusqu'ici, les quotients de mortalité qui s'appliqueront réellement dans le futur aux individus vivants en 2019 seront différents de ceux repris dans la table de mortalité périodique relative à l'année calendaire 2019. Ils seront vraisemblablement plus faibles (4).

La table de mortalité est une description particulière de la loi de probabilité de la durée restant à vivre à un individu. Elle permet de calculer la probabilité de tout événement relatif à une durée de vie, comme la probabilité qu'un nouveau-né atteigne son 50^e anniversaire ou celle qu'un jeune adulte de 30 ans décède entre son 60^e et son 65^e anniversaire, par exemple. Des indicateurs synthétiques (comme ceux présentés plus loin) peuvent se calculer à partir de toute table de mortalité,

(4) Les médias se plaisant à nous rappeler le gain d'une saison par an d'espérance de vie à la naissance, même si les progrès de longévité semblent marquer le pas ces dernières années dans la plupart des pays industrialisés.

afin de condenser l'information qu'elle contient dans l'une ou l'autre dimension pertinente. Les sections suivantes rappellent la définition de ces différents concepts et leur bon usage.

1.2. Durée de vie moyenne

1.2.1. Moyenne

Avant de calculer et d'interpréter la durée de vie moyenne, revenons quelques instants sur le concept de moyenne, afin de bien en saisir la portée et donc l'utiliser à bon escient. Pour ce faire, considérons par exemple une population composée de 5 individus (5), dont les revenus respectifs sont 80, 90, 110, 120 et 1.000. Le dernier individu gagne donc environ 10 fois plus que les 4 autres, dont les revenus sont quant à eux fort proches, aux alentours de 100. La moyenne, donc le revenu moyen au sein de la population considérée dans notre exemple, correspond au revenu identique qu'auraient 5 individus dans une population de même revenu total. Le calcul de la moyenne revient donc à construire une population hypothétique au sein de laquelle tous les individus auraient des revenus identiques, tout en conservant inchangée la richesse totale. Chaque individu composant la population fictive gagnerait donc

$$\frac{80 + 90 + 110 + 120 + 1.000}{5} = 280.$$

Dans notre exemple, choisi à dessein, on constate que les deux populations sont très différentes. Ainsi, personne au sein de la population considérée n'a un revenu égal au revenu moyen de 280. Le plupart des individus (80 % dans l'exemple) ont un revenu inférieur à la moyenne. Ceci s'explique par le fait qu'un individu, le dernier, s'accapare la majeure partie des revenus. Le revenu total de la population est cependant le même que celui de la population égalitaire où chaque individu aurait le même revenu de 280.

1.2.2. Propriétés de la moyenne

De manière générale, la moyenne est donc la seule valeur par laquelle on peut remplacer chacune des observations sans en changer la somme. Elle se calcule en sommant les observations et en divisant le résultat ainsi obtenu par le nombre d'observations. Cette propriété s'avère très utile pour l'État en matière de taxation. En effet, le même montant d'impôts sera collecté en appliquant le taux de taxation aux revenus individuels ou en exigeant que chaque individu s'acquitte du même montant, obtenu en appliquant le taux de taxation au montant moyen. Nous verrons dans la suite que c'est précisément cette propriété remarquable

(5) Cet exemple est fort semblable à celui utilisé par Christian HUYGENS dans sa correspondance avec son frère Louis afin de démontrer les limites du concept d'espérance de vie.

qui permet à l'État de taxer simplement la valeur des droits viagers au titre de droits de succession ou de donation, par exemple.

La moyenne est une valeur centrale en ce sens que les écarts des observations à leur moyenne se compensent exactement, la somme des excès coïncidant, au signe près, à la somme des insuffisances. Ceci revient à dire que la somme des écarts par rapport à la moyenne est toujours nulle. Dans notre exemple, nous voyons en effet que

$$(80 - 280) + (90 - 280) + (110 - 280) + (120 - 280) + (1.000 - 280) = 0.$$

Cette deuxième propriété est quant à elle à la base des activités d'assurance. Si l'actuaire détermine la prime comme la moyenne des coûts des sinistres, les surcoûts engendrés par les assurés dont les sinistres excèdent la moyenne seront exactement compensés par les coûts moindres de ceux dont les sinistres se situent sous la moyenne, laissant au total le patrimoine de l'assureur inchangé (6).

1.2.3. Durée de vie moyenne

Revenons à présent à l'analyse de la mortalité. La durée de vie moyenne d'un groupe d'individus se calcule donc comme la moyenne de leurs âges au décès respectifs : les observations consistent donc en leurs durées de vie, qui sont sommées et le résultat ainsi obtenu divisé par l'effectif du groupe. Ceci revient à rapporter le temps total vécu par l'ensemble de ces individus à leur nombre.

Ce calcul a tout son sens sur base d'une table générationnelle puisque celle-ci décrit l'extinction d'une génération, donc d'un groupe d'individus nés au cours d'une même année calendaire. Par contre, une table périodique ne correspond pas à un groupe d'individus bien défini, dans la mesure où une telle table utilise une génération différente (donc un groupe différent d'individus) pour calculer chaque quotient de mortalité. Une table périodique mélange donc toutes les générations présentes sur un territoire donné lors de son élaboration. Nous verrons plus loin que le concept d'espérance de vie (plus généralement, d'espérance mathématique) est plus indiqué en pareil cas, en ce qu'il permet d'étendre le concept de la moyenne sans référence à un ensemble donné d'observations.

1.2.4. Portée individuelle de la moyenne

Penchons-nous pour terminer sur l'information contenue dans la moyenne à propos d'un individu spécifique composant la popula-

(6) Évidemment, la pratique est plus compliquée puisque les coûts des sinistres ne sont pas encore connus au moment de calculer la prime. L'actuaire doit dès lors les prévoir et déterminer leur espérance mathématique (notion que nous définirons plus loin), en plus de la fixation de la nécessaire marge de sécurité pour compenser les inévitables variations annuelles.

tion. Ainsi, comment interpréter le revenu moyen de 280 dans notre exemple. Tout d'abord, comme nous l'avons déjà dit, ce n'est le revenu de personne dans la population. Ensuite, pour un individu tiré au hasard dans la population, il y a 80 % de chances que son revenu soit inférieur à la moyenne. L'information contenue dans la moyenne n'est donc généralement pas transposable au niveau individuel, sa portée étant par essence collective.

L'usage que font les individus de la moyenne est d'ailleurs très disparate. Le gain moyen à la loterie est négatif (on s'appauvrit donc en y participant, en moyenne), ce qui n'empêche pas beaucoup de nos contemporains d'y participer (7). En reprenant les valeurs ci-dessus, c'est-à-dire 80, 90, 110, 120 et 1.000, mais en les interprétant à présent comme la durée de survie (en jours) après le diagnostic d'une maladie redoutée, comment interpréter la durée de survie moyenne de 280 jours alors qu'il y a 4 chances sur 5 que le patient décède dans les 120 jours ? Un patient qui serait informé que la survie moyenne associée à son traitement est de 280 jours serait sans doute bien surpris d'apprendre qu'il y a 80 % de chances qu'il décède en deçà 120 jours.

Et on se souviendra de la boutade du malheureux statisticien qui s'est noyé dans une rivière dont la profondeur moyenne était de seulement 5 centimètres...

1.3. Espérance de vie

Comme beaucoup d'auteurs, PETAUTON (2012) utilise indifféremment les termes « vie moyenne » et « espérance de vie » sans que cela pose le moindre problème dans son exposé de la théorie et de la pratique de l'assurance vie. Nous ferons néanmoins ici une différence (8) afin de bien mesurer la portée des espérances de vie calculées sur base des tables de mortalité périodiques.

1.3.1. *Espérance mathématique et loi des grands nombres*

Comme nous l'avons vu plus haut, la moyenne est basée sur des observations : elle est obtenue en les sommant et en divisant le résultat ainsi obtenu par le nombre d'observations. Comment alors calculer une « moyenne » lorsqu'on ne dispose pas d'observations ? C'est le cas par exemple lorsque l'actuaire utilise une table de mortalité périodique : il ne dispose pas de durées de vie individuelles, qu'il devrait sommer et rapporter à leur nombre pour calculer une durée de vie moyenne, mais bien d'une suite de quotients de mortalité, mesurant le risque de décé-

(7) Nous renvoyons le lecteur à l'excellente contribution de CHEVALIER et VRINS (2018) à propos des jeux de hasard.

(8) Quelque peu subtile, convenons-en, mais qu'on peut trouver par exemple dans SAUVY (1970).

der à chaque âge. Ces quotients de mortalité lui permettent néanmoins de probabiliser tous les événements liés à la survie ou au décès d'un individu soumis à la mortalité décrite par la table considérée. L'actuaire peut donc procéder comme proposé par Blaise Pascal lorsqu'il a défini le concept d'espérance mathématique (à savoir le montant qui devrait revenir à un joueur quittant la table en cours de partie).

Considérons par exemple le jeu suivant : si pile est obtenu lors du lancement d'une pièce de monnaie équilibrée, le joueur gagne 1 euro alors que si face sort, il perd 1 euro. Le gain moyen sera calculé sur les observations recueillies en jouant effectivement à ce jeu.

L'espérance du gain sera quant à elle calculée sans référence à des parties jouées (c'est précisément pour éviter d'avoir à jouer ces parties que Blaise Pascal a introduit ce concept), en pondérant chacun des résultats possibles par leur probabilité. Précisément, l'espérance (mathématique) s'obtient en multipliant chaque gain possible (1 et -1 dans notre exemple, un gain négatif correspondant à une perte) par la probabilité correspondante (1/2 dans les deux cas, la pièce étant supposée équilibrée) puis en sommant toutes les valeurs ainsi obtenues. L'espérance du gain associé à une partie du jeu considéré à titre d'exemple vaut ainsi

$$1 \times \frac{1}{2} + (-1) \times \frac{1}{2} = 0.$$

La qualification de « mathématique » rappelle que l'espérance se calcule en référence à un modèle mathématique probabilisant les différents cas de figure, alors que la moyenne est basée sur un ensemble d'observations et peut donc se calculer sans référence à un quelconque modèle sous-jacent.

L'espérance mathématique peut se voir comme le gain moyen calculé sur une suite infinie de parties de ce jeu. En effet, la moyenne des gains s'obtiendra en multipliant la proportion des parties où le joueur gagne par le gain de 1 euro et en soustrayant de ce résultat la proportion des parties où le joueur perd 1 euro. Ces proportions tendant vers les probabilités de 1/2 dans les deux cas, on retrouve bien une espérance mathématique nulle. Si on joue encore et encore à ce jeu et qu'on calcule le gain moyen à l'issue de ces parties, la loi des grands nombres garantit que ce gain moyen tendra toujours vers l'espérance mathématique du gain par partie, donc vers 0 dans notre exemple. C'est ce qu'on peut constater à la Figure 1.1, où les gains cumulés moyens associés à 3 déroulements d'une suite de parties de ce jeu sont visibles. En fonction du résultat de la première partie, chacune de ces trajectoires démarre de 1 (en cas de victoire lors de la première partie) ou de -1. Les trois trajectoires sont bien distinctes, mais toutes ont en commun une convergence vers 0 après un nombre suffisamment grand de parties.

Ce qui distingue donc la moyenne et l'espérance mathématique est le recours ou non à un ensemble d'observations pour les calculer. Si des données sont disponibles, la moyenne peut être calculée en les sommant et en divisant le résultat par le nombre d'observations. Si de telles données ne sont pas disponibles par contre, l'espérance mathématique peut être calculée pour autant que l'actuaire dispose des informations nécessaires à probabiliser tous les cas de figure.

1.3.2. Application à la mortalité : l'espérance de vie

Comme la durée de vie moyenne suppose de disposer d'un ensemble de durées de vie observées, elle ne peut être calculée que pour des générations très anciennes dont tous les membres sont décédés. C'est pourquoi on lui préfère le concept d'espérance de vie associé à une table de mortalité (sans référence à un jeu de données).

La table de mortalité permet de calculer la probabilité qu'un individu soumis à la mortalité décrite par la table décède à un âge donné. En procédant comme pour le jeu de pile ou face ci-dessus, donc en sommant chaque âge multiplié par la probabilité de décéder à cet âge, on obtient donc l'espérance mathématique de la durée de vie de cet individu, appelée couramment espérance de vie. Si on moyennait les durées de vie observées au sein d'un groupe infiniment grand d'individus soumis à la mortalité décrite par la table, on obtiendrait un graphe similaire à celui de la Figure 1.1, avec une stabilisation autour de l'horizontale correspondant à l'espérance ainsi calculée. Pour un nombre limité d'individu, il subsisterait tout comme dans l'exemple du jeu de pile ou face des écarts parfois sensibles entre la moyenne et l'espérance mathématique, écarts d'autant plus marqués que la taille du groupe est restreinte.

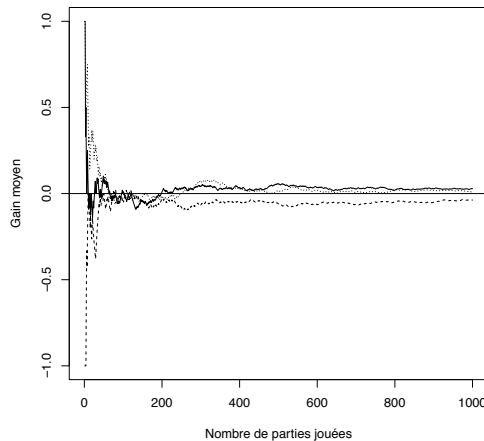


FIGURE 1.1. – Moyennes des gains en fonction du nombre de parties jouées pour trois déroulements du jeu. L'horizontale correspond à l'espérance mathématique, nulle pour le jeu considéré.

1.3.3. Portée individuelle de l'espérance mathématique

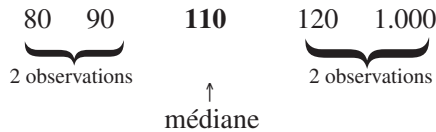
Si on considère un seul nouveau-né, comment interpréter son espérance de vie sachant qu'il pourrait décéder dans sa plus tendre enfance ou survivre aussi longtemps que Jeanne Calment (9) ? Tout ceci démontre bien la limitation du concept d'espérance mathématique pour un seul individu. Dans son ouvrage initiant le grand public à la statistique, PY (2007) questionne fort justement la portée des informations fournies par l'espérance de vie au niveau individuel, tout en soulignant son intérêt d'un point de vue collectif (notamment pour appréhender les progrès de longévité, voyez le 4^e exemple développé par cet auteur à la page 94 de son ouvrage). Voyez également la Section 3.3 dans CHEVALIER et VRINS (2018).

Nous pouvons à présent donner une explication un peu plus précise à cette limitation. Le concept d'espérance mathématique est intimement lié à la loi des grands nombres. L'intitulé même de ce résultat fondamental de la théorie des probabilités illustre parfaitement la difficulté d'interpréter l'information contenue dans l'espérance de vie au niveau individuel, la loi des grands nombres ne s'appliquant pas à un seul individu mais seulement à un grand nombre (théoriquement, une infinité) d'entre eux.

1.4. Durée de vie probable, ou médiane

1.4.1. Médiane

Revenons un instant à l'exemple des revenus des 5 individus composant la population considérée plus haut, afin de bien saisir la différence entre la médiane et la moyenne. Contrairement à la moyenne qui peut ne correspondre à aucune observation (personne n'a un revenu de 280 dans la population considérée), la médiane correspond à l'observation « du milieu ». On range donc les observations par ordre croissant et on retient celle qui laisse à sa gauche le même nombre d'observations qu'à sa droite. Dans notre exemple, ceci se représente comme suit :



Il y a donc autant de chances d'avoir un revenu supérieur à la médiane qu'inférieur à celle-ci. Ceci rapproche la médiane du jeu de pile ou

(9) Bien qu'actuellement sujet à controverses, nous retiendrons dans ce texte le cas de Madame CALMENT pour illustrer une survie exceptionnellement longue.

face : parier sur une valeur inférieure à la médiane revient à miser sur pile lors d'un jet d'une pièce de monnaie équilibrée.

Si, depuis l'émergence de la statistique officielle grâce aux travaux de l'astronome belge Adolphe Quételet, l'individu moyen est une fiction statistique, l'individu médian existe quant à lui bel et bien : c'est celui dont le revenu s'élève à 110 dans notre exemple (10).

1.4.2. Propriétés de la médiane

La médiane demeure inchangée si le plus haut revenu passait de 1.000 à 10.000, voire plus, alors que la moyenne augmenterait sensiblement en pareil cas, attirée par la plus grande observation. La médiane correspond donc mieux à l'idée du centre des données. La médiane ne dépend en fait que de la moitié inférieure des observations. Si ces dernières sont enregistrées chronologiquement, elle peut donc être déterminée beaucoup plus rapidement que la moyenne.

Bien que la médiane soit très intuitive, elle possède néanmoins également des limitations (11). Par exemple, la médiane ne peut pas servir à calculer une prime d'assurance lorsque la majorité des assurés ne déclarent aucun sinistre. En pareil cas, la médiane serait nulle alors que la prime d'assurance doit être strictement positive, le contrat passé avec l'assureur ouvrant le droit à l'indemnisation. De la même manière, on ne peut pas recourir à la médiane pour calculer le prix d'un billet de loterie dont moins de la moitié d'entre eux sont gagnants.

1.4.3. Durée de vie médiane

En échangeant des idées sur la table de mortalité publiée en 1662 par John Graunt, les frères Christian et Louis Huygens (12) définissent en 1669 les notions d'espérance de vie et de vie probable, ou médiane. Christian Huygens ne se trompe pas lorsqu'il affirme que les espérances de vie sont utiles pour le commerce des rentes viagères tandis que la vie probable est intimement liée à des raisonnements fondés sur des paris (ou « gageures »).

La vie probable est associée par Christian Huygens à un jeu équitable, c'est-à-dire un « jeu qui ne vise au détriment de personne ». Autrement

(10) Le lecteur attentif demandera fort justement quel est le résultat dans le cas d'un nombre pair d'observations. On convient alors de déterminer la médiane comme la première observations laissant à sa gauche au moins la moitié d'entre elles ou comme une combinaison des deux observations centrales.

(11) Les statisticiens se sont en fait davantage intéressés à la durée de vie moyenne restante qu'à la durée de vie médiane restante car cette dernière, au contraire de la première, ne caractérise pas la loi de probabilité sous-jacente. Voyez à ce propos GUPTA et LANGFORD (1984), par exemple, où le lien est fait avec l'équation de SCHRÖDER.

(12) Christiaan et Lodewijk en réalité, dont nous avons francisé les prénoms.

dit, la vie probable d'un individu est l'âge qu'il a autant de chances d'atteindre que de ne pas atteindre, ou encore l'âge qu'il a 50 % de chances d'atteindre. La vie probable correspond donc en démographie à la notion de médiane en statistique (13). En actuariat également, la durée de vie probable, ou plus simplement vie probable, correspond à la médiane de la durée de vie restante (14).

Notez donc que la durée de vie probable n'est pas forcément ... la plus probable : rien ne garantit en effet que la médiane soit la valeur la plus fréquemment observée (appelée mode, ou valeur modale en statistique). La confusion régnant entre ces concepts est largement entretenue par le fait que dans le cas de la loi normale (ou courbe de Gauss), les trois concepts, moyenne, médiane et mode, coïncident.

1.4.4. Portée individuelle de la médiane

Contrairement à la moyenne dont l'interprétation est problématique pour un individu donné, la médiane est très facile à communiquer et à appréhender par tout un chacun. Ceci peut se faire à l'aide du jeu de pile ou face ou grâce à l'interprétation de « milieu » des données.

1.5. Quand la moyenne et la médiane s'invitent dans le prêtre

Les juristes ont parfois besoin de maîtriser les concepts statistiques de base pour trancher des cas difficiles, comme en témoignent les quelques exemples qui suivent.

1.5.1. Heinrich contre Sweet, USA

Dans l'affaire Heinrich v. Sweet (15), les proches d'un patient décédé suite à une tumeur au cerveau reprochaient au médecin d'avoir appliqué un traitement expérimental qui aurait selon les plaignants hâté son décès. Pour appuyer leurs dires, ils produisent une étude menée sur 70 malades atteints de la même pathologie que le patient décédé, faisant état d'une durée moyenne de survie de 17 mois après le diagnostic alors que le malheureux s'était éteint après seulement 7 mois.

Après avoir attentivement analysé les résultats de l'étude clinique, le juge considéra que la médiane établie dans l'étude, soit 8.3 mois, était plus représentative de la survie à laquelle aurait pu prétendre le patient (la moyenne étant tirée vers le haut par quelques valeurs très élevées dans l'étude). Le patient décédé avait donc 50 % de chances de survivre 8.3 mois mais beaucoup moins d'atteindre la durée moyenne de 17 mois. Le juge considéra donc que le faible écart entre la survie de

(13) Voyez par exemple LERIDON et TOULEMON (1997), page 80.

(14) Voyez par exemple la Section IV.D du Chapitre 2 de PETAUTON (2012).

(15) Rapportée par FINKELSTEIN (2009), page 22.

7 mois du patient et la médiane de 8.3 mois ne justifiait pas une mise en cause du personnel soignant.

L'argument est somme toute semblable à celui tiré de notre exemple ci-dessus en interprétant les valeurs 80, 90, 110, 120 et 1.000 comme les durées de survie (en jours) au-delà du traitement d'une maladie grave : quel crédit apporter à des plaignants incriminant le personnel soignant si le patient décède après 150 jours ? Certes, c'est bien moins que la moyenne de 280 jours mais c'est tout de même plus que 80 % des cas couverts dans l'étude.

1.5.2. Cour constitutionnelle belge

La Cour constitutionnelle belge a eu à se prononcer récemment quant au recours en annulation introduit par plusieurs hôpitaux d'un article de loi visant à réduire des disparités jugées excessives dans les coûts des traitements médicaux et actes chirurgicaux. Nous reprenons ici quelques éléments de l'arrêt rendu (16), en lien avec les concepts de moyenne et de médiane.

L'article incriminé entend responsabiliser les acteurs du secteur des soins de santé. Après avoir estimé légitime l'objectif du dispositif attaqué, la Cour examine toutefois si ses modalités n'entraînent pas d'effets disproportionnés pour certains hôpitaux. Elle note que le dispositif procède en deux étapes :

Dans un premier temps, la moyenne des dépenses de tous les hôpitaux est établie pour chaque année et ce par groupes de prestations, par pathologies et par degré de gravité. Ces moyennes, majorées de 10 %, constituent les montants de référence. Les hôpitaux dont les dépenses totalisées dépassent les montants de référence pour l'ensemble des pathologies envisagées sont sélectionnés comme entrant en ligne de compte pour un remboursement.

Dans un second temps, les hôpitaux sélectionnés sont tenus de rembourser à l'INAMI les montants que celui-ci a déboursés pour les patients hospitalisés dans ces établissements, par groupe de pathologies, à degré de gravité égal et par groupe de prestations, en sus par rapport aux montants déboursés pour les patients hospitalisés dans l'établissement dont les dépenses correspondent à la médiane des dépenses de tous les hôpitaux.

On voit donc que le dispositif recourt d'abord à la moyenne et ensuite à la médiane. La question posée à la Cour porte sur la méthode de calcul des montants à rembourser par les hôpitaux sélectionnés. Les parties requérantes font valoir que la disposition attaquée prévoit que les montants effectifs à rembourser sont égaux à la différence entre les dépenses

(16) Arrêt n° 6/2018 du 18 janvier 2018.

réelles des hôpitaux sélectionnés et les dépenses médianes correspondantes. Lorsque ces dernières sont égales à zéro, le dispositif prive donc les hôpitaux concernés de la totalité des remboursements des dépenses effectuées au profit de leurs patients pour ces prestations.

En principe, ni le critère de la moyenne ni celui de la médiane ne peuvent être considérés comme disproportionnés au but que le législateur poursuit par la mesure en cause, note la Cour. Il s'agit selon elle de deux méthodes permettant de mesurer l'écart entre les dépenses effectuées par un hôpital considéré pour le traitement d'une pathologie déterminée et les dépenses que l'on peut raisonnablement estimer nécessaires pour traiter la même pathologie, en fonction de la pratique observée dans les autres hôpitaux du pays.

Toutefois, la Cour estime que l'application du critère de la médiane pour le calcul du montant qui doit être effectivement remboursé conduit à un résultat disproportionné dans le cas particulier où la médiane est nulle. Elle note que cette hypothèse peut notamment se produire lorsqu'un groupe de prestations n'est pratiqué que par une minorité d'hôpitaux pour une pathologie déterminée. Par exemple, si moins de la moitié des hôpitaux disposent du service adéquat, l'hôpital se situant à la médiane présente des dépenses nulles pour ce groupe de prestations. Dans ce cas, les hôpitaux pratiquant les prestations considérées sont amenés à devoir rembourser la totalité des dépenses occasionnées. La Cour estime que le dispositif incriminé pourrait conduire, à terme, à la suppression des services ou de ces prestations.

Si le problème est effectivement dû au fait que certains hôpitaux sont pris en compte dans les calculs alors même qu'ils n'ont traité aucun cas de ce type alors, au-delà du choix entre moyenne et médiane, le problème est en réalité méthodologique : la médiane conduit à des résultats indésirables car elle est basée sur des hôpitaux dont le coût est nul parce qu'il n'ont pas traité une certaine pathologie. Il s'agit donc d'un coût nul dû à l'absence de cas traité, et pas de cas traités à coûts nuls. On se trouve exactement dans le travers dénoncé dans l'ouvrage de PY (2007) sous le titre « La moyenne de qui ? » à la page 83. Dans la deuxième phase, la médiane aurait en fait dû être calculée sur les hôpitaux ayant traité au moins un cas de ce type. Le recours à la moyenne ne résout en rien le problème : la moyenne sera également tirée vers le bas, en raison de l'inclusion de valeurs nulles dans le calcul correspondant aux hôpitaux n'ayant effectué aucune prestation de ce type durant la période considérée, non pas que ces hôpitaux aient été à ce point efficaces que pour traiter ces patients sans le moindre coût pour l'INAMI, mais simplement parce qu'ils n'ont traité aucun patient présentant une telle pathologie.

L'arrêt de la Cour précise par ailleurs que le législateur était conscient de cet effet disproportionné puisqu'il a prévu qu'à partir de 2009, les médianes égales à zéro seraient remplacées par les moyennes. Ceci étant, tout actuaire aurait certainement conseillé de calculer la médiane, ou la moyenne, uniquement sur base des observations strictement positives, donc des hôpitaux ayant traité au moins un cas. Afin d'éclairer le choix du législateur, il aurait indiqué que le recours à la médiane dans la seconde phase imposait aux prestataires de soins de faire aussi bien que la moitié d'entre eux et à ce titre remplit bien le but poursuivi par le législateur pour autant que les données adéquates soient utilisées pour le calcul.

Dans la première phase du dispositif par contre, le recours à la moyenne peut se justifier comme suit. Les dépenses moyennes correspondent à celles, identiques pour tous les hôpitaux, dans une contrée fictive où tous les établissements feraient preuve de la même efficacité (rappelons que les moyennes sont établies en tenant compte des pathologies traitées et de leur gravité) et où le coût total serait le même qu'en Belgique. Ensuite, le législateur autorise 10 % de dépassement pour fixer le montant de référence. Bien que le seuil fixé à 10 % puisse toujours être discuté (pourquoi pas 5 % ? ou 15 % ?), le critère considéré pour sélectionner les hôpitaux susceptibles de devoir rembourser l'INAMI semble pertinent du point de vue méthodologique.

1.5.3. Statistiques annuelles des cours et tribunaux

Sous le titre « Moyenne et médiane », on peut ainsi lire dans le recueil annuel des statistiques des cours et tribunaux belges publié par le Service Public Fédéral Justice :

« La durée moyenne (DMoy) est la moyenne de toutes les durées enregistrées. Pour obtenir ce résultat, on divise la somme des durées enregistrées par le nombre d'affaires. S'il apparaît que la répartition des durées est faussée, par exemple lorsqu'un nombre important d'affaires est de courte durée et qu'un nombre restreint d'affaires présente une durée fort importante, la médiane constitue un meilleur indicateur pour la durée d'une affaire. La durée médiane (DMéd) est la valeur qui partage en deux moitiés égales les durées de toutes les affaires : une moitié des affaires est de plus courte durée que la médiane, l'autre moitié dure plus longtemps. Par exemple, pour cinq affaires dont la durée est respectivement de 50, 60, 70, 80 et 150 jours, la DMoy est de 82 jours et la DMéd sera de 70 jours. »

On ne saurait mieux expliquer la différence entre les deux concepts. Notez que le même type d'exemple est utilisé encore une fois pour distinguer moyenne et médiane, à savoir la présence de valeurs beaucoup plus élevées que les autres (la dernière affaire dont le traitement a requis

près du double des précédentes). Cette situation se rencontre également dans le cadre de l'analyse de la mortalité, où des longévités extrêmes comme celle de Jeanne Calment côtoient des durées de vie malheureusement beaucoup plus réduites (17).

CHAPITRE 2

Du bon usage de l'espérance de vie et de la durée de vie probable, ou médiane, pour l'évaluation des droits viagers

2.1. Évaluation de l'usufruit pour les droits d'enregistrement et les droits de succession

Cette question est très ancienne. Des droits de succession étaient ainsi déjà appliqués dans la Rome antique. Or, de nombreux Romains prévoyaient dans leur testament des rentes alimentaires ou réservaient l'usufruit de certains biens à des proches. Il fallait donc, comme c'est le cas actuellement, déterminer la somme due à l'État. Ceci a conduit, dès le troisième siècle de notre ère, le juriste romain Ulpien à proposer une table visant à évaluer les rentes viagères au passif des successions. On lui doit donc le premier barème fiscal des droits de succession, dite table d'Ulpien (18). Ulpien y propose un coefficient à appliquer au montant annuel de la rente, en fonction de l'âge du bénéficiaire (19).

À l'heure actuelle en Belgique, l'évaluation de l'usufruit pour les droits d'enregistrement et les droits de succession se base toujours sur des coefficients correspondant à des valeurs actuelles moyennes. Ainsi, dans les trois régions du pays, la base imposable correspondant aux rentes et autres prestations viagères constituées sur la tête d'un tiers est déterminée en multipliant le montant annuel de la prestation par un coefficient variant entre 2 et 18 en fonction de l'âge du bénéficiaire. Pour l'usufruit constitué sur la tête d'un tiers, la règle consiste à multiplier le revenu annuel des biens, fixé à 4 % de la valeur de la pleine propriété, par un de ces coefficients, en fonction de l'âge du bénéficiaire.

Que dire du bien-fondé de l'utilisation d'une moyenne en pareille circonstance ? Nous savons que la moyenne est la seule valeur par laquelle on peut remplacer chacune des observations sans en changer la somme. Ainsi, collecter un impôt de 5 % des revenus de notre exemple introductif rapporterait à l'autorité la somme totale de

(17) Voyez par exemple GBARI et al. (2017) pour une analyse de la mortalité aux âges les plus avancés.

(18) Cette table présente en fait deux coefficients : le barème prôné par ULPYEN et le barème coutumier en vigueur à l'époque et auquel la table entendait se substituer.

(19) Nous renvoyons le lecteur intéressé à FRIER (1982) pour de plus amples informations à propos de ce premier barème fiscal en matière de rentes et d'usufruit.

$$5 \% \times 80 + 5 \% \times 90 + 5 \% \times 110 + 5 \% \times 120 \% + 5 \% \times 1.000 = 70$$

Le même impôt serait collecté en imposant à chacun de contribuer à hauteur de

$$5 \% \times 280 = 14$$

Tout le monde s'accorde sans doute sur le fait que le premier impôt est plus équitable, puisqu'il tient compte des revenus effectifs de chacun. Mais si on considère que ces revenus sont le fruit du hasard, comme c'est le cas des usufruits dont la valeur dépend de la durée de vie effective du bénéficiaire et que l'autorité désire collecter l'impôt par anticipation, donc avant de connaître les revenus de chacun, donc les âges au décès des usufruitiers, le seul montant à réclamer à chaque individu s'élève alors à 14. C'est exactement le raisonnement suivi en appliquant les coefficients mentionnés plus haut au montant annuel des revenus (20).

Tout se passe donc comme si l'État se muait en assureur, en permettant aux contribuables de remplacer un montant aléatoire (celui des droits de succession, fonction de la durée de vie du bénéficiaire, laquelle ne sera connue qu'à son décès) par un montant déterminé anticipativement, dès la constitution de l'usufruit lors de la succession, en appliquant le coefficient du barème fiscal (qui s'apparente donc au tarif d'un assureur), en fonction de l'âge du bénéficiaire et du revenu annuel. Le lien avec l'assurance justifie donc le recours à la moyenne en pareil cas.

2.2. Valeur de conversion de l'usufruit du conjoint survivant

Rappelons brièvement le raisonnement sous-tendant le calcul de la valeur de l'usufruit du conjoint survivant. Celui-ci peut se décomposer en trois grandes étapes :

Étape 1 : les biens grevés d'usufruit pouvant être de natures diverses (logement, terrain, œuvre d'art, etc.), tous ne sont pas susceptibles de produire des revenus et lorsqu'ils le sont, ces revenus sont difficiles à déterminer et entâchés de multiples incertitudes. L'approche classique consistant à valoriser le droit d'usufruit comme le serait une rente dont le montant correspond à ces revenus s'avère donc difficile à mettre en œuvre.

Afin de contourner ce problème, on commence donc par déterminer la valeur du bien grevé d'usufruit comme s'il était vendu à la date de la conversion. Ceci peut se faire en procédant à la vente effective du bien ou, plus simplement, en confiant cette mission à

(20) Même si la méthodologie est correcte, les valeurs numériques de ces coefficients gagneraient certainement à être revues à la lumière des tables de mortalité récentes et des évolutions des taux d'intérêt sur les marchés financiers.

un ou plusieurs experts. La valeur ainsi obtenue intègre donc tous les revenus futurs produits par le bien, tels que valorisés par le marché.

Notez que l'hypothèse sous-tendant le raisonnement est que les prix offerts par le marché intègrent les revenus futurs, quelle que soit leur nature, mais aussi les multiples incertitudes qui les entourent. Cette hypothèse est malheureusement loin d'être une évidence, tout particulièrement pour les biens immobiliers (dont le prix est contraint par de multiples facteurs).

Étape 2 : à présent que l'usufruit porte sur une somme d'argent, les revenus produits correspondent aux intérêts au taux sans risque en vigueur à la date de conversion. Cette somme d'argent devant revenir au nu-propiétaire lors du décès de l'usufruitier, quoi qu'il arrive, seul un placement sans risque est en effet envisageable. Le taux d'intérêt à utiliser est donc celui correspondant à des obligations d'État de maturité correspondante. La seule exception décidée par le législateur correspond aux maturités proches pour lesquelles les taux sans risque sont actuellement toujours négatifs (21).

Il importe ici de bien comprendre pourquoi les revenus sont supposés produits au taux sans risque : non pas car ces taux reflètent le rendement du bien mais parce que ce dernier a été converti en un capital que le nu-propiétaire doit pouvoir récupérer lors du décès de l'usufruitier, en toute hypothèse. Seul un placement sans risque peut donc être envisagé, dont le taux correspond à celui des emprunts d'État de maturité correspondante. Par hypothèse, les revenus produits par le bien sont quant à eux intégrés dans le montant du capital correspondant à la valeur de vente du bien grevé d'usufruit, prise comme base du calcul.

Étape 3 : ces revenus n'étant acquis que du vivant de l'usufruitier, il faut donc tenir compte de l'aléa entourant la date de son décès. À cet égard, le dispositif prévu en Belgique est ingénieux en ce qu'il évalue la valeur de la nue-propiété en notant qu'elle correspond au versement du capital en faveur du nu-propiétaire lors du décès de l'usufruitier. L'argument est donc semblable à celui développé dans Skoog et Ciecka (2014, 2015a, 2015b), où le parallèle avec l'évaluation des droits viagers est établi.

Pour cette dernière étape, le législateur a utilisé le concept de moyenne en recourant à l'espérance de vie de l'usufruitier. Or, rien ne permet de justifier ce choix : l'opération étant par essence unique, la loi des grands nombres ne s'applique pas. On serait tenté ici de faire le parallèle avec

(21) Le législateur a ainsi fixé un plancher de 1 % par an, soit bien davantage que le taux de 0.11 % que rapporte pour l'instant un livret d'épargne ouvert auprès d'une grande banque.

une assurance décès mais la comparaison ne tient pas la route dans la mesure où, si portefeuille d'assurance il y avait, il ne contiendrait qu'une seule police. La technique classique de l'assurance basée sur la loi des grands nombres et l'espérance mathématique ne trouverait donc pas à s'appliquer.

Afin de simplifier les calculs, le législateur a considéré que le versement en faveur du nu-propriétaire était effectué à l'instant correspondant à l'espérance de vie de l'usufruitier : on remplace donc l'instant aléatoire de son décès par un instant connu correspondant à son espérance de vie. Le taux d'actualisation à la maturité correspondant à l'espérance de vie de l'usufruitier est donc utilisé. Cette approximation se révèle relativement précise en pratique. Afin de nous en convaincre, effectuons quelques calculs sur base des tables de mortalité relatives à la population française dressées par l'INSEE (22). Les quotients de mortalité correspondants sont visibles à la Figure 2.1.

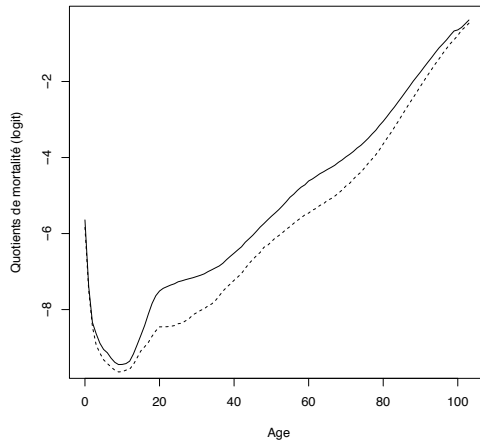


FIGURE 2.1. – Quotients de mortalité relatifs à la population générale française selon Blanpain (2018). Les hommes apparaissent en trait continu, les femmes en trait pointillé.

Le graphe de la Figure 2.2 donne les écarts relatifs (23) constatés entre la formule exacte et l'approximation de l'arrêté royal pour le calcul de la valeur de l'usufruit. On constate que l'écart est modéré, se situant

(22) Institut National de la Statistique et des Études Économiques français qui collecte, produit, analyse et diffuse des informations sur l'économie et la société françaises; voyez insee.fr. Nous utilisons ici les valeurs obtenues par BLANPAIN (2018).

(23) Donc la différence entre la valeur obtenue selon la méthode retenue dans l'arrêté royal et celle calculée exactement, rapportée à la valeur obtenue selon la méthode retenue dans l'arrêté royal.

entre 1 et 2 pourcents entre 60 et 90 ans. Toutefois, l'approximation est toujours en défaveur du nu-propiétaire (24).

Cette approche est sans aucun doute claire et précise. Elle est conforme à l'usage selon lequel le calcul de la valeur de l'usufruit s'opère comme celui de la prime d'assurance correspondant à une rente viagère, tandis que celui d'une nue-propiété s'effectue comme celui d'une assurance décès (même si rien ne justifie un tel parallèle, comme nous l'avons expliqué plus haut). Rien ne garantit cependant l'équité de cette approche. Pour nous en convaincre, interprétons à présent les valeurs 80, 90, 110, 120 et 1.000 de notre exemple comme les durées de vie restantes (en semaines) des usufruitiers après la conversion de leur droit en un capital. Le point de vue du législateur revient à supposer qu'ils décéderont tous après 280 semaines et à leur octroyer un montant correspondant. Ce montant sera donc trop élevé pour 80 % des usufruitiers mais s'avèrera très désavantageux pour le dernier. Si les usufruitiers puisent effectivement dans le montant qui leur a été octroyé le revenu périodique dont ils se sont privés, il subsistera un reliquat inutilisé dans 80 % des cas mais dans le dernier, l'infortuné se retrouvera sans ressources pendant 720 semaines. La réalité sera bien entendu moins caricaturale que notre exemple simplifié mais ce genre de déséquilibre est inévitable.

Ceci a amené SCHRYVERS (2000) à défendre l'usage de la durée de vie probable, ou médiane, en lieu et place de l'espérance de vie. Le calcul s'avère particulièrement aisé puisque la médiane de la valeur actuelle

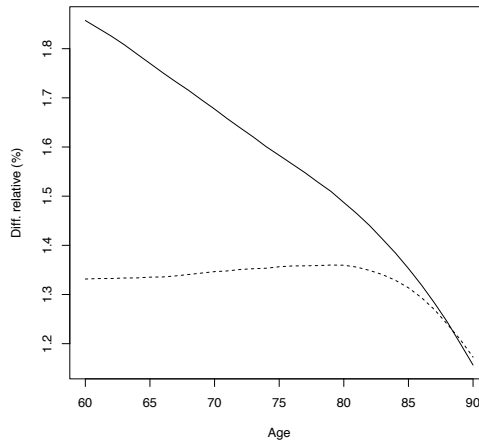


FIGURE 2.2. – Écart relatif (en pourcents) entre la valeur de l'usufruit d'un bien de valeur 1 en fonction de l'âge de l'usufruitier, calculée en actualisant au taux constant de 1 % sur base annuelle, selon la formule de l'arrêté royal et selon la formule exacte (les différences relatives pour les hommes apparaissent en trait continu, celles pour les femmes en trait pointillé). Calculs effectués sur base des quotients de mortalité de la Figure 2.1.

(24) Ce biais est systématique en vertu de la célèbre inégalité de JENSEN. Nous renvoyons le lecteur à CIECKA et SKOOG (2018) qui retracent la provenance et le parcours de cette erreur au cours du temps.

des versements effectués en faveur d'un rentier est simplement égale à la valeur d'une rente certaine payée jusqu'à la durée de vie probable du rentier (25).

Le graphe de la Figure 2.3 donne les écarts relatifs (26) constatés entre la valeur obtenue selon la méthode de l'arrêté royal pour le calcul de la valeur de l'usufruit et celle basée sur la durée de vie probable. On constate des écarts parfois sensibles entre 60 et 90 ans. Avant 75 ans pour les hommes et 80 ans pour les femmes, la formule de calcul en vigueur en Belgique est en défaveur des usufruitiers, par rapport à celle basée sur la durée de vie probable. Ceci signifie que plus de la moitié d'entre eux sont lésés lors de la conversion. Au-delà de ces âges, la formule légale leur devient favorable.

On peut s'interroger quant à la raison de ce revirement vers 75-80 ans. Ceci s'explique par la différence dans les distributions des durées de vie restantes des usufruitiers, comme on peut le constater sur les graphes de la Figure 2.4 pour les hommes et ceux de la Figure 2.5 pour les femmes. Pour les hommes, on voit que la médiane est d'abord supérieure à la moyenne (à 60 ans) pour s'en rapprocher (à 75 ans, médiane et moyenne sont quasiment égales) et lui devenir finalement inférieure. Ceci explique pourquoi la formule basée sur la vie probable est favorable aux usufruitiers lorsqu'ils sont plus jeunes (ces deux approches consistant à calculer la valeur de conversion sur base d'une rente dont la durée est égale à la vie moyenne ou à la vie probable). Le même comportement est observé chez les femmes. Ce décalage progressif de la médiane par rapport à la moyenne s'accompagne d'une transformation de la distribution des âges au décès : d'abord unimodale, elle présente un pic correspondant à l'âge où se concentre le plus grand nombre de décès, pour ensuite devenir décroissante aux âges plus avancés.

(25) Nous renvoyons le lecteur au Chapitre 11 du livre de DELWARDE et DENUIT (2005) pour une justification rigoureuse. La méthode de conversion de l'usufruit en vigueur en Belgique applique cette démarche à l'espérance de vie qui ne possède malheureusement pas cette propriété.

(26) Donc la différence entre la valeur obtenue selon la méthode retenue dans l'arrêté royal et celle calculée à l'aide de la médiane, rapportée à la valeur obtenue selon la méthode retenue dans l'arrêté royal.

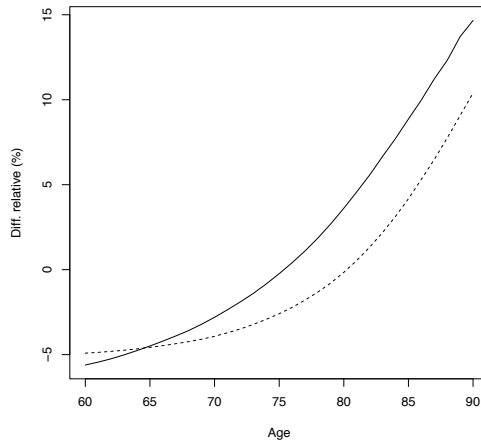


FIGURE 2.3. – Écart relatif (en pourcent) entre la valeur de l’usufruit d’un bien de valeur 1 en fonction de l’âge de l’usufruitier, calculée en actualisant au taux constant de 1 % sur base annuelle, selon la formule de l’arrêté royal et selon la formule basée sur la durée de vie probable (les différences relatives pour les hommes apparaissent en trait continu, celles pour les femmes en trait pointillé). Calculs effectués sur base des quotients de mortalité de la Figure 2.1.

2.3. Vente en viager

Quand on parle de longévité exceptionnelle, le nom de Jeanne Calment vient naturellement à l’esprit. En 1965, à l’âge de 90 ans et sans héritier, celle qui deviendra la doyenne de l’humanité vend son appartement en viager à son notaire, André-François Raffray. Ce dernier, alors âgé de 47 ans, accepte de lui payer mensuellement la somme de 2.500 francs. Il le fera jusqu’à sa mort en 1995, à l’âge de 77 ans; sa veuve continuera ensuite à s’acquitter du paiement de la rente, jusqu’à la mort de Jeanne Calment. Au total, les époux Raffray ont versé plus de deux fois le prix de l’appartement de Jeanne Calment conformément aux règles du viager ! (27)

À l’inverse, les époux de Gaulle acquièrent en 1934 le domaine de la Boisserie à Colombey-les-Deux-Églises, à la propriétaire des lieux, Alice Bombal, veuve d’un architecte parisien.

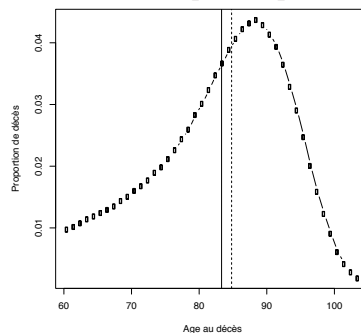
Le prix de vente est converti en une rente viagère (en plus d’un canon). Mais l’infortunée Alice Bombal décède accidentellement peu après la vente, mettant ainsi fin au versement des arrérages par les de Gaulle. Et ce n’est pas la seule famille présidentielle à réaliser de telles opérations.

(27) À l’heure actuelle, la plupart des ventes en viager en Belgique prévoient des durées limitées de versement des rentes, tout en permettant au créancier de demeurer dans le bien vendu. À ces conditions, la vente en viager ne procure plus au vendeur un complément de retraite illimité dans le temps (même s’il peut continuer à occuper le bien jusqu’à son décès).

Anne-Aymone de Brantes, mariée à Valéry Giscard d'Estaing, acquiert moyennant une rente viagère en 1960 auprès d'une cousine éloignée le domaine de l'Étoile, s'étendant sur plusieurs centaines d'hectares à Authon dans le Loir-et-Cher. Le versement de la rente s'achève seulement quatre ans après la signature, avec la mort de la cousine.

Ces cas d'espèce illustrent bien le non-sens d'un raisonnement en moyenne en pareilles circonstances. Pour être légitime, un tel raisonnement doit s'appuyer sur la loi des grands nombres, donc la compensation des écarts sur un grand nombre d'opérations du même type. Une vente en viager est une opération par essence unique de sorte que tabler sur la durée moyenne de versement n'a aucun sens pour les parties en présence. L'imprévisibilité de la durée de vie d'un individu explique d'ailleurs le lancement des fonds viagers (sous la forme d'un FPCI en France, d'une SICAV au Luxembourg, d'une société civile d'investissement en Belgique) permettant aux investisseurs de mutualiser les risques de survie des crédentiers, donc de compenser la perte réalisée sur l'opération conclue en faveur de Jeanne Calment par les gains des deux autres transactions conclues par les couples présidentiels français, en les insérant toutes au sein d'un fonds de placement dédié.

La formule du fonds viager convient parfaitement à une optique de placement. Elle ne permet cependant pas d'acquérir un bien déterminé pour son compte personnel. En pareil cas, les parties doivent s'accorder sur un montant de rente, complété par un éventuel bouquet. Dans le cas le plus fréquent d'un viager occupé, la vente en viager peut se décomposer en une vente avec réserve d'usufruit pour le vendeur, dont le prix (à savoir la valeur de la nue-propriété) est converti en un versement immédiat (le bouquet) complété par celui d'une rente viagère (éventuellement limitée dans le temps). On retrouve donc plusieurs éléments du problème de la conversion de l'usufruit étudié à la section précédente, mais compliqué par le fait que le prix de vente (donc la valeur de la nue-propriété) est liquidé à la fois en capital et sous la forme d'une rente viagère pour le surplus. Une fois qu'un de ces deux éléments est fixé, l'autre découle de la contrainte d'équité imposée à l'opération.



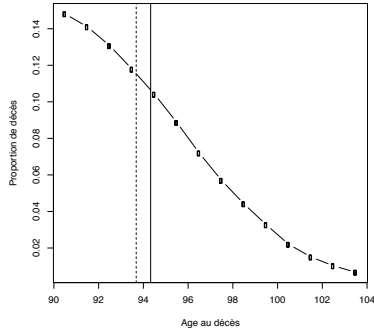
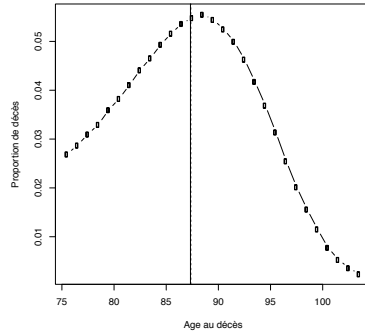
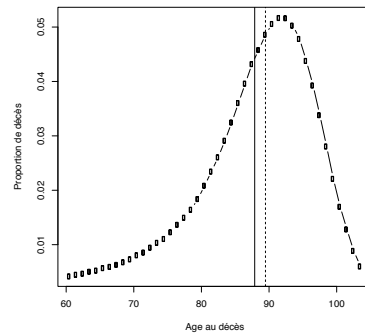


FIGURE 2.4. – Distribution des âges aux décès en fonction de l’âge atteint par l’usufruitier à la date de conversion : 60 ans en haut au milieu, 75 ans au milieu et 90 ans en bas. La durée de vie moyenne restante correspond au trait vertical continu, la durée de vie probable au trait vertical pointillé. Calculs effectués sur base des quotients de mortalité de la Figure 2.1.



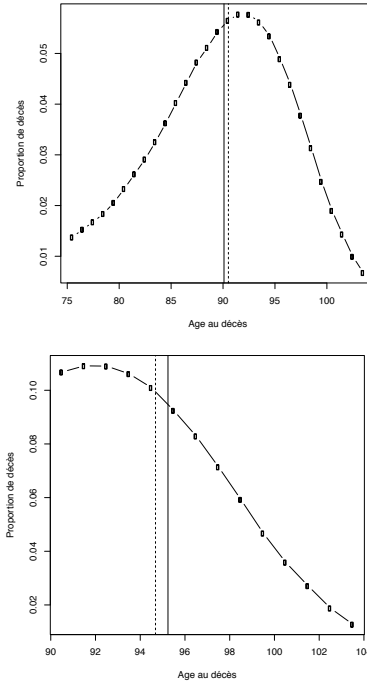


FIGURE 2.5. – Distribution des âges aux décès en fonction de l'âge atteint par l'usufruitière à la date de conversion : 60 ans en haut au milieu, 75 ans au milieu et 90 ans en bas. La durée de vie moyenne restante correspond au trait vertical continu, la durée de vie probable au trait vertical pointillé. Calculs effectués sur base des quotients de mortalité de la Figure 2.1.

2.4. Tontine et clause d'accroissement

Imaginée par Lorenzo Tonti, la célèbre tontine a permis aux rois de France et d'Angleterre de financer leurs guerres incessantes (comme l'explique MILEVSKY, 2015). Il s'agit d'un mécanisme attribuant un avantage au dernier survivant d'un groupe d'individus, en vertu de la clause d'accroissement qui prévoit que la part du prémourant accroît celle du survivant.

La clause d'attribution au dernier survivant est largement utilisée, que ce soit par des cohabitants acquérant un bien immobilier ou par des associés se lançant dans une activité professionnelle par exemple (et acquérant à cette fin un immeuble affecté à leur activité, tout en prévoyant son attribution au survivant afin de lui permettre de poursuivre l'activité entreprise après le décès du prémourant). Certaines mutuelles d'assurance proposent des produits de ce type en France, comme Les Associations Mutuelles Le Conservateur, société à forme tontinière (28).

(28) Pour plus d'informations, voyez <https://www.conservateur.fr/>.

La tontine y est proposée comme une association collective d'épargne viagère réunissant des épargnants qui décident d'investir des fonds en commun avec un horizon de placement déterminé, entre 10 et 25 ans. Au terme de l'association, l'actif est réparti entre les survivants en fonction de l'âge à l'adhésion, du montant, de la date du versement et de la durée de placement.

Prenons l'exemple classique de la clause d'accroissement insérée dans l'acte d'achat d'un bien immobilier. Celle-ci stipule typiquement que les acquéreurs conviennent qu'au décès du prémourant d'entre eux, la pleine propriété de la part du prémourant dans l'immeuble accroîtra la part du survivant, si toutefois ce dernier en exprime la volonté (la clause est donc laissée optionnelle). Ainsi chacun des acquéreurs cède la pleine propriété de sa part à l'autre sous la condition suspensive de son prédécès. En contrepartie de cette cession, le cédant acquiert une chance d'obtenir la pleine propriété de la part de l'autre si c'est lui qui survit. Afin de garantir que cette clause n'engendre aucune donation indirecte, le notaire stipulera que les acquéreurs estiment que cette probabilité de survie est égale pour chacune d'elles compte tenu des antécédents familiaux, de l'état de santé actuel et du mode de vie de chacune d'elles. Ceci a pour but de garantir que chaque acquéreur a une chance sur deux de bénéficier de la clause d'accroissement et de recueillir la part de l'autre. Il est intéressant de relever ici que la rédaction de cette clause ne fait aucunement référence à l'espérance de vie, l'équité reposant sur l'équilibre des chances.

Cette simple déclaration suffira sans doute lorsque les acquéreurs ont des âges proches et des états de santé semblables, pour autant que chacun d'eux possède la moitié de l'immeuble en pleine propriété. Cependant, la Figure 2.1 montre bien que le risque de décéder est à tous les âges inférieurs pour les femmes par rapport aux hommes et que cette condition n'est donc pas satisfaite pour deux conjoints de sexe opposé et de même âge, et *a fortiori* lorsque la femme est plus jeune que l'homme. En cas de déséquilibre manifeste, l'actuaire pourra déterminer le montant à ajouter à l'opération afin de restaurer l'équilibre entre les parties (ou le montant de la donation indirecte correspondant).

L'approche s'étend au cas où plus de deux individus sont impliqués dans l'opération. L'actuaire déterminera les montants requis pour restaurer l'équilibre, lesquels indiquent les donations indirectes et leur ampleur.

2.5. Rente viagère des ascendants et capitalisation des dommages en droit commun

Le conjoint survivant peut prétendre à une rente alimentaire s'il est dans le besoin au moment du décès de l'époux prémourant. Il en va de

même pour les ascendants du défunt qui sont dans le besoin au moment ou en raison du décès de celui qui est décédé sans laisser de postérité. Le Code civil prévoit que cette rente viagère peut être convertie en un capital en tenant compte de l'espérance de vie du créancier et des taux d'intérêt de maturité correspondante (qui ne peuvent toutefois pas être négatifs). Les développements concernant la détermination de la valeur de conversion de l'usufruit s'appliquent donc également à ce cas de figure.

Il en est de même en ce qui concerne la capitalisation des dommages en droit commun, sujet traité en détails dans le Chapitre 11 de l'ouvrage de Delwarde et Denuit (2005).

CHAPITRE 3

Disparités en termes de survie

3.1. Des différences expliquées... ou pas

Même si tous s'accordaient à propos de la table de mortalité à appliquer, des différences conséquentes subsisteraient par le seul effet du hasard. Ainsi, plus d'un siècle sépare le jeune enfant arraché trop tôt à l'affection de ses parents et l'infatigable Jeanne Calment qui a déjoué tous les pronostics en matière de longévité.

À ces différences dues seulement au hasard s'ajoutent des écarts structurels qui peuvent s'expliquer par des modes de vie variés. Les femmes ont ainsi tendance à vivre plus longtemps que les hommes. Bien entendu, certaines femmes décèdent pourtant bien avant d'avoir atteint l'espérance de vie des hommes, puisque cet indicateur n'est pas transposable au niveau individuel comme nous l'avons vu précédemment. Il n'en demeure pas moins qu'au sein d'un groupe comptant suffisamment d'individus, l'âge moyen au décès des femmes dépassera celui des hommes.

Le niveau socio-économique, qu'on mesure généralement par le dernier diplôme obtenu, la catégorie socio-professionnelle ou le montant des revenus du ménage, influence également significativement la survie. Plus élevé ce niveau, plus basse la mortalité. Le recours à des coefficients de conversion ne tenant pas compte de ces écarts conduit donc à surestimer les usufruits constitués en faveur des individus appartenant aux catégories les moins favorisées et à sous-estimer les autres.

Le mode de vie influence également la longévité. Il s'agit ici de facteurs de risque choisis. Les fumeurs invétérés ont des durées de vie réduites par rapport à ceux qui ne s'adonnent pas à la consommation de tabac. Les experts de la santé publique répètent à l'envi qu'une pratique sportive raisonnée et un style de vie sain contribuent à une longue vie.

La prise en compte, ou non, de ces facteurs pose des questions difficiles, surtout s'ils se conjuguent aux autres différences mentionnées ci-dessus.

Le but de cette partie de l'exposé est de montrer à quelles différences peuvent mener des tables de mortalité prenant en compte certains de ces facteurs. Nous utiliserons pour ce faire les tables de mortalité dressées par Blanpain (2018) en tenant compte du niveau des revenus.

3.2. Le cas français : les tables INSEE par niveau de vie

L'INSEE a dressé des tables de mortalité selon le niveau de vie pour la population française. Les résultats ainsi que la méthodologie suivie sont détaillés dans BLANPAIN (2018). Les individus sont classés en vingt catégories (ou vingtiles) selon le revenu disponible du ménage auquel ils appartiennent. Dans le cadre de l'étude menée par BLANPAIN (2018), le revenu disponible d'un ménage comprend les revenus professionnels (nets des cotisations sociales), les revenus du patrimoine, les transferts en provenance d'autres ménages et les prestations sociales (y compris les pensions de retraite et les indemnités de chômage), nets des impôts directs. Le niveau de vie est égal au revenu disponible du ménage divisé par le nombre d'unités de consommation. Ce nombre dépend de la taille du ménage, ainsi que de l'âge des personnes qui le composent (29).

Le niveau de vie est issu de la déclaration fiscale de 2011 et la mortalité est analysée sur cinq années de 2012 à 2016 (plusieurs années sont nécessaires pour disposer d'un nombre de décès suffisant dans chaque vingtile); il s'agit donc de tables de mortalité périodiques. La Table 3.1 donne les espérances de vie à la naissance calculées sur base des tables de mortalité périodiques en fonction du niveau de vie par BLANPAIN (2018).

On constate à la lecture des valeurs reprises dans la Table 3.1 que des différences très importantes en termes de longévité existent entre les individus appartenant aux ménages les plus défavorisés et les plus aisés financièrement. Entre les deux extrêmes, on compte pas moins de 8 années de différence d'espérance de vie à la naissance pour les femmes et plus de 12 pour les hommes. On constate aussi que les hommes appartenant aux ménages les plus favorisés vivent en moyenne plus longtemps que les femmes les moins aisées (et ce alors que globalement, les femmes vivent en moyenne plus longtemps que les hommes). Ceci illustre bien le fait que des moyennes peuvent être ordonnées dans un

(29) Il faut compter une unité pour le premier adulte, 1/2 unité pour chaque personne supplémentaire de 14 ans ou plus et 3/10 unité pour chaque enfant de moins de 14 ans. Par construction, le niveau de vie des individus résidant dans un même logement est identique pour tous et égal au niveau de vie du ménage auquel ils appartiennent.

certain sens au niveau de la population mais dans un autre sens dans des sous-groupes de celle-ci.

L'étude montre également qu'à niveau de diplôme donné, l'espérance de vie augmente aussi avec le niveau de vie, pour les hommes comme pour les femmes. L'augmentation de l'espérance de vie avec l'aisance financière ne s'explique donc pas seulement par le niveau d'éducation. Nous renvoyons à BLANPAIN (2018) pour plus de détails à ce sujet.

L'exemple français n'est pas un cas isolé. Toutes les études de la mortalité en fonction du niveau d'études, et plus généralement, du niveau socio-économique, font apparaître de grandes différences au sein de la population générale. Nous renvoyons le lecteur aux travaux repris dans VANDRESSE (2015), par exemple. C'est d'ailleurs également le cas lorsqu'on compare la table de mortalité relative au marché de l'assurance (établie en Belgique sur base des chiffres publiés par la BNB) avec celle de l'ensemble de la population.

Vingtile de niveau de vie	Niveau de vie mensuel moyen	Femme	Homme
0 - 5 %	466 €	80,0	71,7
5 - 10 %	762 €	81,1	73,0
10 - 15 %	910 €	82,0	74,2
15 - 20 %	1 024 €	82,8	75,2
20 - 25 %	1 122 €	83,5	76,1
25 - 30 %	1 215 €	84,1	76,9
30 - 35 %	1 302 €	84,6	77,5
35 - 40 %	1 387 €	85,0	78,1
40 - 45 %	1 471 €	85,3	78,7
45 - 50 %	1 556 €	85,6	79,2
50 - 55 %	1 646 €	85,9	79,6
55 - 60 %	1 742 €	86,2	80,1
60 - 65 %	1 846 €	86,4	80,5
65 - 70 %	1 963 €	86,6	81,0
70 - 75 %	2 098 €	86,8	81,4
75 - 80 %	2 264 €	87,1	81,9
80 - 85 %	2 477 €	87,3	82,4
85 - 90 %	2 781 €	87,6	83,0
90 - 95 %	3 309 €	87,9	83,6
95 - 100 %	5 796 €	88,3	84,4

TABLE 3.1. – Espérance de vie à la naissance par sexe et niveau de vie mensuel. *Source* : BLANPAIN (2018).

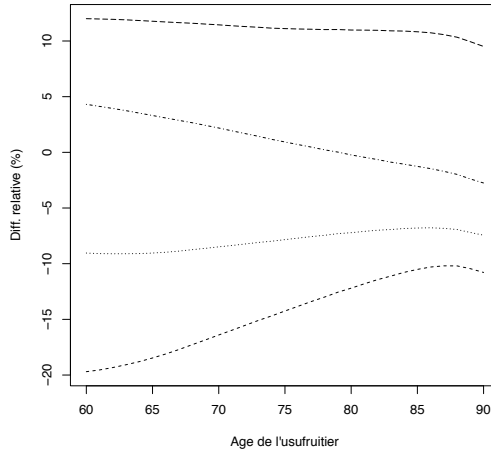


FIGURE 3.1 – Différences relatives entre valeurs de l'usufruit en fonction de l'âge de l'usufruitier et du vingtile auquel il appartient (1, 5, 15 et 20), calculée en actualisant au taux constant de 1 % sur base annuelle, selon la formule exacte, et écarts relatifs correspondant (en pourcents) par rapport à la valeur obtenue pour la population générale. Chiffres pour les hommes.

3.3. Les effets pervers des règles standardisées

Les barèmes unisexes des droits de succession induisent des transferts des hommes vers les femmes, mais aussi des catégories socio-professionnelles défavorisées vers les classes supérieures. Pour s'en convaincre, calculons les différences entre la valeur de l'usufruit dans les sous-groupes basés sur les revenus par rapport à la valeur correspondant à la table de mortalité relative à la population générale. Le résultat est visible sur le graphe de la Figure 3.1 pour les hommes et sur celui de la Figure 3.2 pour les femmes. On constate des différences importantes en fonction du revenu du ménage, allant pour les hommes jusqu'à une insuffisance de 20 % pour les catégories les plus favorisées et à un excès de 10 % pour les catégories les moins aisées. Pour les femmes, ces valeurs passent respectivement à près de 10 % à la hausse et plus de 10 % à la baisse, en fonction des âges considérés.

Recourir à des tables de mortalité relatives à l'ensemble de la population pour déterminer la valeur d'un usufruit pour un individu déterminé, sans tenir compte des facteurs influençant la survie de l'usufruitier (hormis le cas d'une survie manifestement réduite, prévu par le législateur) revient donc

- en matière de taxation, à imposer trop lourdement les individus dont la durée de vie est réduite;
- en matière de conversion, à octroyer des valeurs trop basses aux individus provenant des classes de revenus les plus élevées.

Dans tous les cas, le résultat est donc biaisé, tout en demeurant aléatoire (puisque la connaissance précise de la mortalité à laquelle l'individu est soumis, telle que reflétée par la table appropriée, ne supprime en rien les fluctuations dues au hasard).

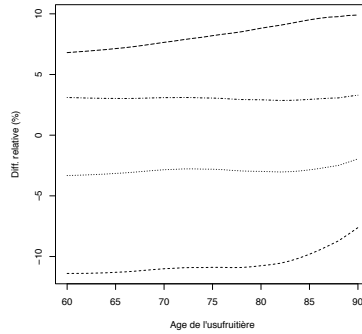


FIGURE 3.2. –Différences relatives entre valeurs de l'usufruit en fonction de l'âge de l'usufruitière et du vingtile auquel elle appartient (1, 5, 15 et 20), calculée en actualisant au taux constant de 1 % sur base annuelle, selon la formule exacte, et écarts relatifs correspondant (en pourcents) par rapport à la valeur obtenue pour la population générale. Chiffres pour les femmes.

CHAPITRE 4

En guise de conclusion...

Cette contribution revient sur les éléments actuariels de plusieurs travaux précédents, réalisés en collaboration avec d'éminents spécialistes de la question en les personnes de Jean-Luc LEDOUX, Étienne BEGUIN et Daniel STERCKX. Voyez Ledoux et Denuit (2007, 2011, 2014) et Ledoux et al. (2012). Nous insistons ici sur le bon usage des concepts ainsi que sur les disparités en terme de longévité au sein de la population qui sont tout simplement ignorées par les dispositifs en vigueur. Au-delà des modes de calcul, nous voyons que l'équité est extrêmement difficile à garantir en la matière.

La méthode de l'arrêté royal fait le parallèle avec les opérations d'assurance et ne porte en elle aucune notion d'équité au sens usuel du terme. Aussi séduisante que peut paraître l'approche basée sur la durée de vie probable, il faut toutefois nuancer la notion d'équité sous-jacente : celle-ci se base uniquement sur la fréquence (la valeur de conversion étant suffisante dans 50 % des cas, au moins) sans tenir compte des différences parfois conséquentes entre les gains des deux parties engendrées par son application. Dans notre exemple simplifié, en interprétant les valeurs 80, 90, 110, 120 et 1.000 comme les durées de survie (en semaines) après la date de conversion de l'usufruit, l'approche basée sur la médiane conduirait ainsi à supposer que les usufruitiers s'éteignent tous après 110 semaines, et à leur octroyer la valeur de conversion cor-

respondante. Ceci permettra effectivement à 60 % d'entre eux de tirer du capital reçu de la rente dont ils se sont privés (avec un surplus dans 40 % des cas, pour ceux décédant après 80 et 90 semaines). Cette fois, 40 % des usufruitiers pâtiront de la conversion, à savoir les deux individus survivant au-delà de la durée de vie probable. Intéressons-nous à présent aux gains des deux parties. Dans le cas où l'usufruitier profite de la conversion, ce qui se produit lorsqu'il décède avant sa durée de vie probable, les gains correspondent respectivement aux revenus de 30 et de 20 semaines. Lorsque le nu-propiétaire profite de la conversion, le gain correspond alors aux revenus de 10 et de 890 semaines. On constate donc une différence sensible entre les gains et les pertes des parties en présence, différence qui n'est pas prise en compte par la méthode de conversion basée sur la durée de vie probable.

Les partisans de la durée de vie probable font souvent référence au jeu de pile ou face pour justifier cette approche. Un tel jeu ne sera cependant équitable que si les gains associés aux deux côtés de la pièce équilibrée sont identiques (30). Par contre, si les gains associés aux deux côtés de la pièce sont très différents, comme dans notre exemple caricatural, l'équité entre les parties n'est plus respectée.

Sur base des quotients de mortalité de la Figure 2.1, nous avons calculé les probabilités que les gains et les pertes des parties en présence, usufruitier et nu-propiétaire, dépassent un certain seuil. Le résultat est visible à la Figure 4.1 pour un usufruitier de sexe masculin, en fonction du seuil considéré. Bien que chaque partie a une chance sur deux de gagner sur l'autre, les probabilités que leurs gains respectifs excèdent un certain seuil sont très différentes : aux âges jeunes, les gains de l'usufruitier ont tendance à dépasser ceux du nu-propiétaire tandis que cette relation s'inverse aux âges plus avancés. Ceci découle une fois encore de la modification des chances de survie au fur et à mesure que l'âge de l'usufruitier augmente, clairement visible à la Figure 2.4.

Même lorsque les parties se seront entendues sur la méthode de conversion, les autres paramètres devront être déterminés : valeur du bien et table de mortalité reflétant la survie de l'usufruitier. À cet égard, les disparités importantes en la matière au sein de la population montrent clairement la difficulté de l'exercice.

On l'aura compris à la lecture de ce qui précède, les règles standardisées s'appliquant aveuglément à tous les cas de figure peuvent conduire à des résultats interpellants, et parfois indésirables. Bien évidemment, de telles règles s'avèrent simples à mettre en œuvre et procurent une grande sécurité juridique. Il s'agit donc de décider si le prix à payer pour cette simplicité est acceptable au vu des effets pervers induits par

(30) Ou du moins identiquement distribués.

la standardisation de l'approche. Rendre purement indicatives les valeurs de conversion reprises dans le tableau publié chaque année permettrait sans doute de mieux appréhender la variété des situations individuelles. En cas de désaccord et après avoir entendu les doléances des parties en présence, un actuair e pourra assister le juriste ou le notaire afin de déterminer la valeur de conversion la plus indiquée en prenant en considération le profil de l'usufruitier (son niveau de vie, son niveau d'étude ou son état de santé tel qu'attesté par un médecin, par exemple) et la nature des biens.

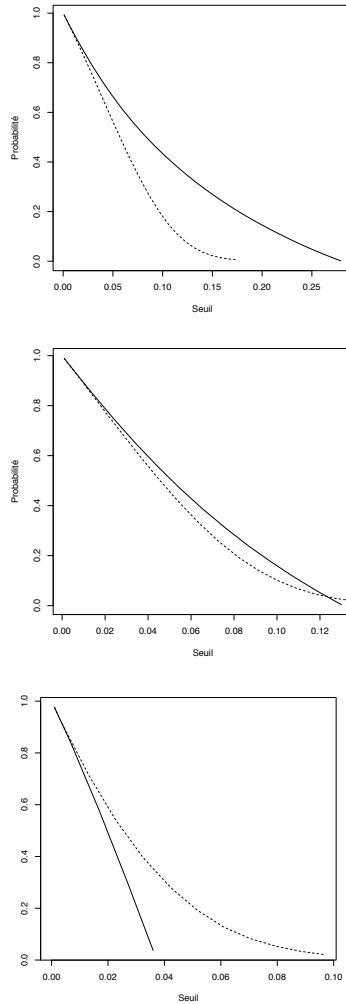


FIGURE 4.1. – Probabilité que le gain de l'usufruitier (trait continu) ou du nu-propriétaire (trait pointillé) dépasse le seuil en abscisse en fonction de l'âge atteint par l'usufruitier à la date de conversion : 60 ans en haut au milieu, 75 ans au milieu et 90 ans en bas. Calculs effectués sur base des quotients de mortalité de la Figure 2.1.

RÉFÉRENCES

- Blanpain, N. (2018). L'espérance de vie par niveau de vie — méthode et principaux résultats. Documents de travail n° F1801, INSEE.
- Chevalier, P., Vrins, F. (2018). Jeu de hasard en Belgique : la modélisation mathématique au service de la transparence. In « Droit des Jeux de Hasard », sous la direction de D. Philippe, G. Schamps et A. Strowel, pages 199-215.
- Ciecka, J. E., Skoog, G. R. (2018). Life expectancies and annuities : A modern look at an old fallacy. *Mathematics Magazine* 91,163-170.
- Delwarde, A., Denuit, M. (2005). Construction de Tables de Mortalité Périodiques et Prospectives. Collection Audit-Actuariat-Assurance, Economica, Paris.
- Finkelstein, M. O. (2009). *Basics Concepts of Probability and Statistics in the Law*. Springer.
- Frier, B. W. (1982). Roman life expectancy : Ulpian's evidence. *Harvard Studies in Classical Philology* 86, 213-51.
- Gbari, S., Poulain, M., Dal, L., Denuit, M. (2017). Extreme value analysis of mortality at the oldest ages : A case study based on individual ages at death. *North American Actuarial Journal* 21, 397-416.
- Gupta, R. C., Langford, E. S. (1984). On the determination of a distribution by its median residual life function : A functional equation. *Journal of Applied Probability* 21, 120-128.
- Ledoux, J.-L., Denuit, M. (2007). Capitalisation de l'usufruit : tables Ledoux 2007. *Revue du Notariat belge* 3007, 174-187.
- Ledoux, J.-L., Denuit, M. (2011). Capitalisation de l'usufruit : tables Ledoux 2011. *Revue du Notariat belge* 3053, 370-384.
- Ledoux, J.-L., Denuit, M. (2014). Le juriste et le mathématicien. *Revue du Notariat belge* 3072, 624-636.
- Ledoux, J.-L., Denuit, M., Beguin, E., Sterckx, D. (2012). Capitalisation de l'usufruit éventuel : « Tables Ledoux ». *Revue du Notariat belge* 3063, 330-339.
- Leridon, H., Toulemon, L. (1997). *Démographie*. Economica, Paris.
- Milevsky, M. (2015). *King William's Tontine : Why the Retirement Annuity of the Future Should Resemble Its Past*. Cambridge University Press.
- Petauton, P. (2012). *Théorie et Pratique de l'Assurance Vie (4^e édition)*. Dunod, Paris.

— Pitacco, E., Denuit, M., Haberman, S., Olivieri, A. (2009). *Modeling Longevity Dynamics for Pensions and Annuity Business*. Oxford University Press.

— Py, B. (2007). *La Statistique sans Formule Mathématique*. Pearson Education France.

— Rohrbasser, J. M., Véron, J. (1999). Les frères Huygens et le « calcul des âges » : L'argument du pari équitable. *Population* 54, 993-1011.

— Sauvy, A. (1970). *La Population, sa Mesure, ses Mouvements, ses Lois*. Collection « Que sais-je ? », Presses Universitaires de France, Paris.

— Skoog, G. R., Ciecka, J. E. (2014). A perpetuity, life annuity, and life insurance related to a decomposition of 1. *Journal of Legal Economics* 21, 57-65.

— Skoog, G. R., Ciecka, J. E. (2015a). Decompositions of 1 related to term annuities, whole life annuities, and temporary life annuities. *Journal of Legal Economics* 21, 39-62.

— Skoog, G. R., Ciecka, J. E. (2015b). Decompositions of 1 that incorporate growth. *Journal of Legal Economics* 22, 55-67.

— Schryvers, J. (2000). *Tour des tables pour l'an 2000*. Kluwer.

— Vandresse, M. (2015). *Les espérances de vie/de santé selon le statut socio-économique*. Revue de la littérature. Bureau fédéral du Plan, Bruxelles.

— Véron, J., Rohrbasser, J. M. (2000). Lodewijk et Christiaan Huygens : La distinction entre vie moyenne et vie probable. *Mathématiques et Sciences Humaines* 149, 7-21.

LA VENTE IMMOBILIÈRE EN VIAGER EN TANT QUE CONTRAT ALÉATOIRE

Gauthier FIÉVET

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'UCLouvain

TABLE DES MATIÈRES

Introduction.....	609
Chapitre 1 ^{er} . Les éléments essentiels du contrat aléatoire et de la rente viagère	610
Section 1 ^{re} . Notions	610
Section 2. Caractéristiques principales	612
Section 3. L'aléa et son absence.....	613
Chapitre 2. Le régime juridique du contrat aléatoire et de la rente viagère.....	622
Section 1 ^{re} . La lésion.....	622
Section 2. La résolution	625
Conclusion	627

INTRODUCTION

À l'occasion du bicentenaire du Code civil, B. Dubuisson observait, à propos des dispositions qu'il contient en matière de contrats aléatoires (1) et de leur pertinence deux siècles plus tard, que la « familiarisation progressive avec les règles du hasard » (2) permettait d'aborder les contrats aléatoires sous un jour nouveau.

Ce colloque sur l'aléa et le droit constitue l'occasion de revenir brièvement sur les arrêts rendus par la Cour de cassation à propos du contrat

(1) Dès 1804, l'article 1964 du Code civil mentionnait le contrat d'assurance, le prêt à la grosse aventure, les jeux, paris et la rente viagère, mais la pratique en a mis d'autres en évidence, tels que la tontine ou le bail à nourriture (voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 79, n^o 57).

(2) B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, p. 327, no 1.

de rente viagère à titre onéreux et, plus particulièrement, sur les enseignements contenus dans son arrêt du 18 septembre 2017. Un passage en revue de certaines décisions récentes rendues par les cours et tribunaux au cours des dernières années a tout autant trouvé sa place dans les développements qui suivent. Il était enfin opportun de se pencher sur certaines pratiques, de plus en plus fréquentes, telles que le contrat de rente viagère à titre onéreux conclu pour une durée limitée.

L'objet de cette contribution n'est, en revanche, pas de fournir au lecteur un exposé théorique exhaustif consacré à la vente immobilière moyennant constitution d'une rente viagère. Plusieurs auteurs, que nous évoquerons, se sont récemment prêtés à cet exercice (3).

Le sujet est abordé en deux chapitres. Le premier est consacré aux éléments essentiels du contrat de rente viagère à titre onéreux, et spécialement l'aléa qu'il doit comporter. Le second aborde son régime juridique.

CHAPITRE 1^{ER}. LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU CONTRAT ALÉATOIRE ET DE LA RENTE VIAGÈRE

Section 1^{re}. Notions

1. La notion de contrat aléatoire. De nombreux auteurs ont relevé la contradiction apparente entre les deux définitions du contrat aléatoire proposées par le Code civil (4). Alors que l'article 1104 (5) requiert l'existence d'une chance de gain *ou* d'un risque de perte dans le chef de chacune des parties contractantes, l'article 1964 du Code civil (6) ne semble nécessiter l'existence d'une chance de gain *et* d'un risque de perte que dans le chef de l'une d'entre elles.

Certains y ont vu une inadvertance du législateur, d'autres un « malentendu » (7), ou encore une question « dépourvue d'intérêt pratique » (8).

(3) F. GLANSORFF, E. VAN DEN HAUTE, *De Page — Traité de droit civil belge*, Tome III, *Les contrats*, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, pp. 479-541; B. KOHL, « La rente viagère à titre onéreux », in *Les contrats spéciaux : développements récents* (sous la dir. de B. KOHL), Liège, Anthemis, C.U.P., vol. 185, pp. 163-209.

(4) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 328, n° 3; F. GLANSORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 480, n° 402; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 79, n° 57; B. KOHL, *op. cit.*, p. 164, n° 1.

(5) « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ».

(6) Article 1964, alinéa 1^{er} : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ».

(7) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 328, n° 3.

(8) F. GLANSORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 582, n° 403.

En droite ligne avec ses arrêts antérieurs, la Cour de cassation ne raisonne pas en termes d'unilatéralité ou de bilatéralité des chances de gain ou des risques de perte, mais recourt à la notion d'équivalence incertaine des prestations réciproques. Suivant la Cour de cassation, « Il résulte des articles 1104 et 1964 du Code civil qu'un contrat est aléatoire lorsque l'équivalence des prestations réciproques auxquelles les parties sont obligées est incertaine parce que l'existence ou la quotité de l'une d'elles dépend d'un évènement incertain » (9).

Les chances de gain ou de perte peuvent donc indifféremment concerner toutes les parties ou l'une d'entre elles, mais doivent rester tributaires d'un évènement incertain (10).

C'est au moment de la conclusion du contrat qu'il convient d'apprécier l'incertitude quant à l'équivalence des prestations réciproques, qui tient de l'euphémisme, puisque, sauf cas très rare, l'équivalence n'est jamais atteinte en bout de course. Comme le souligne B. Dubuisson, il existe toutefois bien une exigence d'équivalence, mais entre les chances de gain et les risques de perte qui sont tous deux placés « au centre de l'échange économique qui forme la base du contrat » (11).

Suffit-il qu'une infime quotité de l'une des prestations dépende d'un évènement incertain pour qualifier un contrat d'aléatoire ? Que faut-il penser du cas de la stipulation pour autrui en cas de décès, dans lequel le moment du décès détermine notamment le montant total des intérêts générés par le capital ? Il importe, à nos yeux, de se demander si les parties ont véritablement eu l'intention de placer l'aléa quant à ces intérêts « au centre de l'échange économique qui forme la base du contrat » (12).

2. La notion de vente immobilière en viager. Le contrat de rente viagère à titre onéreux est défini par la doctrine comme un « contrat par lequel une personne aliène un capital ou une chose à une autre personne, à charge pour celle-ci de verser périodiquement à la première, pendant toute sa vie, une somme d'argent déterminée » (13).

(9) Cass., 18 septembre 2017; Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

(10) Cass. (1^e ch.), 6 septembre 2002, *Pas.*, 2002, II, p. 1543.

(11) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 328, n° 4.

(12) *Ibid.*

(13) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 520, n° 431. Voy. également N. CARETTE, « Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken », *R.W.*, 2006-2007, p. 703, n° 3; B. TIL-LEMAN, A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 113, no 430.

Le contrat de vente immobilière moyennant constitution d'une rente viagère est donc un contrat de vente d'un immeuble (en pleine propriété ou d'un droit réel démembré sur l'immeuble) dont le prix est payé par l'acquéreur (le débirentier) au vendeur (le crédirentier) sous la forme d'une rente périodique jusqu'au décès de ce dernier(14), ou de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. La rente peut aussi avoir une durée limitée à condition que le crédirentier soit en vie, en Belgique à tout le moins.

La rente viagère peut trouver sa source dans une convention ou dans la loi (15), et comporte de nombreuses variantes (viager libre ou occupé, avec réserve d'usufruit, rente sur la tête ou au profit d'un tiers, ...) (16).

Section 2. Caractéristiques principales

3. Caractéristiques. La rente viagère à titre onéreux est un rapport contractuel consensuel (17) et synallagmatique (18). La prestation du débirentier doit obligatoirement consister à verser une somme d'argent ou une quantité de choses fongibles. La prestation du crédirentier peut toutefois prendre différentes formes : aliénation d'un capital, d'un meuble, d'un immeuble, d'un droit (19).

4. Dispositions applicables. Le contrat par lequel une partie aliène un bien meuble ou immeuble en contrepartie du paiement d'une rente par l'acquéreur n'est finalement rien d'autre qu'une vente régie par les articles 1582 et 1583 du Code civil qui revêt, selon F. Glansdorff et E. Van den Haute, une modalité propre : le caractère aléatoire de son prix (20).

La Cour d'appel de Mons y voit quant à elle un contrat de vente « auquel est adjoind un contrat aléatoire de rente viagère à titre onéreux régi par l'article [1968] du Code civil » (21).

Quelle que soit l'approche retenue, il convient donc d'appliquer au contrat aléatoire cumulativement les règles de la vente et les règles des articles 1974 à 1983 du Code civil (22).

(14) F. BALON, « La vente d'immeuble avec vente viagère », *Jurimpratique*, 2018/2, p. 128.

(15) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 521, n° 432.

(16) F. BALON, *op. cit.*, p. 129.

(17) *Ibid.*, p. 128.

(18) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 484, n° 405.

(19) *Ibid.*, p. 522, n° 433.

(20) *Ibid.*, p. 523, n° 434.

(21) Mons (21^e ch.), 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/37, p. 1768.

(22) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 524, n° 434; F. BALON, *op. cit.*, p. 127.

Comme nous le verrons (voy. *infra*, n° 9), lorsqu'un contrat aléatoire s'avère, en définitive, dépourvu de l'élément essentiel que constitue l'aléa, il n'est pas exact de soutenir que le contrat deviendrait alors commutatif, et qu'il pourrait donc s'affranchir du respect des règles régissant les contrats aléatoires.

5. **Durée.** Au sens strict, la rente viagère génère une obligation de paiement périodique des arrérages au crédientier jusqu'à son décès, ou jusqu'au décès du tiers sur la tête duquel elle a été constituée (23).

Les parties peuvent-elles s'accorder sur une rente temporaire, dont les arrérages sont payés au plus tôt jusqu'au décès du crédientier, et au plus tard jusqu'à une date déterminée (24)? La réponse à cette question nous paraît devoir être nuancée (voy. *infra*, n° 12).

Section 3. L'aléa et son absence

6. **L'aléa, un élément essentiel.** Dans son arrêt du 18 septembre 2017, la Cour de cassation confirme une fois de plus sa jurisprudence antérieure en énonçant que « l'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte est essentielle à la validité d'un contrat aléatoire tel le contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère » (25).

Dans le contrat de vente immobilière moyennant constitution d'une rente viagère, la quotité de la prestation du débirentier — à savoir le montant total des arrérages par lui versés jusqu'à la fin du contrat — dépend de la durée de vie du crédientier (26) ou du tiers sur la tête duquel la rente a été constituée. Ce contrat est donc bien aléatoire, puisqu'un évènement incertain affecte directement l'équivalence finale des prestations, et génère, pour le débirentier, une chance de gain ou un risque de perte.

L'aléa, lié à la durée de vie du crédientier, assure une « juste répartition, au moment de la conclusion du contrat, entre les chances de gain et les risques de perte entre les contractants » (27). Il participe à l'objet du contrat et constitue un élément essentiel à sa validité (28).

(23) B. KOHL, *op. cit.*, p. 170, n° 10.

(24) *Ibid.*, p. 171, n° 10.

(25) Cass., 18 septembre 2017; Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

(26) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 520, n° 431.

(27) *Ibid.*, p. 525, n° 436.

(28) B. KOHL, *op. cit.*, p. 173, n° 15; Mons (21^e ch.), 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/37, p. 1768.

7. L'absence d'aléa objectivée dans la loi. Deux articles du Code civil abordent la question de l'absence d'aléa en privant d'effets le contrat de rente viagère dans deux hypothèses objectives (29) distinctes.

D'une part, l'article 1974 du Code civil dispose qu'est de nul effet le contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat. La solution est parfaitement logique, puisque dans cette hypothèse, l'aléa est inexistant (30).

D'autre part, l'article 1975 du Code civil attribue un sort identique au contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat (la date de signature de l'acte sous seing privé (31)).

La raison ayant poussé le législateur à fixer ce délai à vingt jours demeure obscure. Cet arbitraire n'est-il pas lié à l'état insuffisant des connaissances en matière de probabilité qui prévalait lors de l'adoption du Code civil ?

Certains ont critiqué cette seconde disposition en la jugeant trop restrictive (32). Elle demeure néanmoins appliquée en jurisprudence.

En 2014, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a, de la sorte, très strictement conclu à la validité, au regard de l'article 1975 du Code civil, d'une vente immobilière moyennant constitution d'une rente viagère, alors que la venderesse, âgée de 93 ans, était décédée trente-huit jours après la conclusion du contrat de vente. Le tribunal a estimé n'être « guère informé sur l'état de santé qui fut celui de [la venderesse] dans les derniers mois de sa vie ; qu'il ignore même la cause de son décès et que, la connût-il, cela ne changerait pas grand-chose car les exigences du Code civil sont, en la matière, fort peu élevées ; [...] même s'il était établi que [la venderesse] avait souffert, le 5 mai 2004, d'une maladie qui l'avait emportée le 12 juin suivant (c'est-à-dire trente-huit jours plus tard), la vente fût demeurée valable » (33). Lorsque le crédientier décède de la maladie dont il est atteint au moment du contrat, mais plus de vingt jours après la conclu-

(29) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 705, n° 9 ; F. BALON, *op. cit.*, p. 130.

(30) La loi du 4 avril 2014 relative aux assurances ne réserve pas un sort différent au contrat d'assurance lorsqu'elle dispose, en son article 79, alinéa 1^{er}, que « Lorsque, au moment de la conclusion du contrat, le risque n'existe pas ou s'est déjà réalisé, l'assurance est nulle ».

(31) B. KOHL, *op. cit.*, p. 176, n° 19. Voy. Cependant F. BALON, *op. cit.*, p. 132, qui considère que « le délai de vingt jours commence à courir le lendemain du jour de la signature de l'acte authentique », sauf si la date de signature compromis de vente sous seing privé peut être prouvée.

(32) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 332, n° 16.

(33) Civ. Bruxelles (9^e ch.), 7 mars 2014, *J.L.M.B.*, 2018/8, p. 367.

sion de celui-ci, les conditions objectives de l'article 1975 du Code civil ne sont donc pas réunies.

Fort heureusement, le raisonnement qui se cantonne à l'application exclusive des articles 1974 et 1975 du Code civil est dépassé. Lorsque l'aléa est inexistant, le demandeur en annulation peut tenter d'invoquer d'autres fondements en démontrant, par exemple, que le débirentier connaissait l'imminence du décès (34). Le contrat ne saurait en effet subsister si l'une des deux parties a toutes les chances de perte et quasiment aucune chance de gain (35). Selon B. Dubuisson, un contrôle marginal de l'équivalence des chances de gain et risques de pertes encourues devrait par conséquent être possible sur la base de fondements tels que la lésion, l'absence d'objet ou, « l'erreur sur l'objet ou sur la cause, à condition de comprendre cette dernière dans son acception objective » (36).

8. Cas de figure subjectifs d'absence d'aléa en jurisprudence.

Dans deux arrêts du 20 juin 2005 et du 18 décembre 2017, la Cour de cassation rappelle qu'en l'absence d'aléa, un contrat de vente moyennant constitution de rente viagère est frappé de nullité, à défaut d'objet. La Cour souligne qu'il s'agit bien d'un cas de nullité distinct des deux articles précités (voy. *supra*, n° 7), en ce qu'il opère « lors même que les conditions d'application des articles 1974 et 1975 du Code civil ne sont pas réunies » (37).

a) En 2005, la Cour de cassation confirme un arrêt prononçant la nullité d'un contrat de rente viagère dépourvu d'aléa et, partant, d'objet (38). Les faits sont particulièrement tragiques. Un homme avait mis fin à ses jours le 23 mars 1999, mais avait vendu un mois jour pour jour auparavant à une amie intime la nue-propriété de son immeuble d'habitation avec tout son contenu et sa voiture ainsi que la pleine propriété d'un terrain moyennant la constitution d'une rente viagère mensuelle de 5.000 francs pendant vingt ans ou jusqu'au décès du vendeur. Il s'avère que le vendeur était en phase terminale d'un cancer, et avait refusé traitements, examens et soins palliatifs, tout en sachant que les médecins lui auraient refusé l'euthanasie. Il avait, par ailleurs, contacté des pompes funèbres pour indiquer ses volontés et avait même demandé s'il ne pouvait pas se suicider au funérarium, pour éviter un déplacement

(34) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 527, n° 437; F. BALON, *op. cit.*, p. 133 et la décision citée, Liège, 8 juin 1989, *Rev. gén. enr. not.*, 1990, pp. 395-400.

(35) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 332, n° 16.

(36) *Ibid.*

(37) Cass., 18 septembre 2017; Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

(38) Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

post mortem. Il avait, du reste, fait une première tentative de suicide en début d'année 1999.

Le premier juge avait débouté ses enfants de leur demande d'annulation du contrat du 23 février 1999, et estimé qu'il existait bel et bien un aléa. Ce jugement fut néanmoins réformé en appel (39). La Cour d'appel de Liège souligne à cette occasion que « Le contrat n'est aléatoire que s'il est fondé sur une impénétrable incertitude (Rapport Siméon, 17 ventôse an XII) » et considère, que dans les conditions précitées et vu son intention claire de ne rien laisser à sa mort à ses enfants, avec qui il ne semblait plus entretenir de bons rapports, « son suicide trente jours après la passation de l'acte de vente supprime tout aléa. La vente litigieuse doit être annulée et être considérée de nul effet ». Cette décision n'est pas sans rappeler la solution consacrée par l'article 164, § 1^{er} de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances en cas de suicide de l'assuré (40).

L'acquéreur se pourvoit alors en cassation, en soulignant notamment que les conditions des articles 1974 et 1975 ne sont pas réunies, et qu'en dehors de ces hypothèses, l'absence d'aléa n'a pas pour effet de rendre nul le contrat de vente à moins de constater que feraient défaut soit l'une des conditions essentielles requises pour la validité de tout contrat, soit l'une des conditions spécifiques prévues pour la validité du contrat de vente par les articles 1582 et 1583 du Code civil.

Dans son arrêt du 20 juin 2005 (41), la Cour de cassation rejette le pourvoi en précisant qu'en l'absence d'aléa, « pareil contrat est nul faute d'objet, lors même que les conditions d'application des articles 1974 et 1975 du Code civil ne sont pas réunies » (42).

b) Dans un arrêt plus récent du 18 septembre 2017 (43), la Cour de cassation confirme un arrêt rendu le 16 octobre 2013 par la Cour d'appel de Mons (44). Cette dernière prononçait l'annulation d'une vente immobilière moyennant constitution de rente viagère, faute d'aléa et donc d'objet, pour des motifs tenant notamment au montant trop faible de la rente convenue.

(39) Liège, 18 mai 2004, inédit, cité dans Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

(40) Celui-ci prévoit que « Sauf convention contraire, l'assurance ne couvre pas le suicide de l'assuré survenu moins d'un an après la prise d'effet du contrat. L'assurance couvre le suicide survenu un an ou plus d'un an après la prise d'effet du contrat. La preuve du suicide incombe à l'assureur ».

(41) Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

(42) *Ibid.*

(43) Cass., 18 septembre 2017.

(44) Mons (21^e ch.), 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/37, pp. 1765-1770.

En l'espèce, la Cour souligne que rien n'indiquait que l'état de santé de la crédi rentière, alors âgée de 86 ans et demi, était à ce point précaire que les parties auraient pu prévoir son décès quelques mois après la vente. La Cour rappelle, en outre, qu'il est vain d'invoquer la différence d'âge entre les débirentiers et la crédi rentière pour établir l'absence d'aléa. Cependant, le taux de la rente était si faible (45) qu'il eut fallu que la crédi rentière survive encore plus de trente-sept ans pour espérer se voir payer la totalité de la valeur de la nue-propiété, ce qui, compte tenu de son âge au jour de la vente, était totalement illusoire. Les débirentiers ne couraient donc aucun risque de perte.

c) C'est, par conséquent, à tort, selon nous, que le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a rejeté, dans son jugement précité du 7 mars 2014, la demande en annulation d'une vente immobilière en viager pour absence d'aléa (46). Le tribunal a débouté le demandeur en se contentant de relever que les conditions de l'article 1975 n'étaient pas réunies, la crédi rentière étant décédée trente-huit jours (et non dans les vingt jours) après la conclusion de la vente.

Or, cette dernière avait, en l'espèce, vendu sa maison en pleine propriété à l'âge de 93 ans, pour un prix inférieur à la valeur fixée par l'expert (99.000 euros contre 110.000 euros), converti en une rente mensuelle de 250 euros après un bouquet de 5.000 euros. En d'autres termes, il eut fallu que la crédi rentière atteigne l'âge de 124 ans pour espérer récupérer le prix convenu, inférieur de 11.000 euros à la valeur de l'immeuble estimée par l'expert. Le tribunal concède d'ailleurs que c'était la débirentière « qui avait le plus de chances de réaliser une bonne affaire » (47), mais que, toujours selon le tribunal « ceci ne suffit pas pour prendre une décision aussi grave que celle d'annuler le contrat » (48).

9. Sanction en l'absence d'aléa. C'est l'article 1108 du Code civil qui semble fonder la nullité du contrat aléatoire, en l'absence d'une chance de gain ou d'un risque de perte qui sont tous deux placés « au centre de l'échange économique qui forme la base du contrat » (49). En

(45) La rente correspondait au revenu généré par la nue-propiété au taux de 2,6 p.c., très inférieur au taux légal de 6 p.c. en vigueur à l'époque ou au taux de base minimum de l'épargne, alors de 4,25 p.c.

(46) Civ. Bruxelles (9^e ch.), 7 mars 2014, *J.L.M.B.*, 2018/8, p. 367.

(47) *Ibid.*

(48) *Ibid.*

(49) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 328, n° 3.

l'absence d'aléa, le contrat aléatoire est sans objet (50). Les effets de la nullité remontent au jour de la formation du contrat (51). Les fruits et intérêts ne doivent cependant être restitués que depuis le jour de la demande en justice, à moins que le restituant ne soit de mauvaise foi (52).

Une autre voie, admise par plusieurs auteurs (53), réside dans la requalification, par le juge, du contrat de rente viagère à titre onéreux conclu par les parties en un contrat commutatif, comme une libéralité, avec toutes les conséquences civiles et fiscales que cette requalification comporte (54).

Or, premièrement, cette solution semble difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans le cadre d'un pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt du 20 juin 2005, le demandeur soutenait que « lorsqu'une chose mobilière ou un immeuble est vendu contre une rente viagère (...), mais que l'aléa qui caractérise la constitution de la rente viagère fait défaut, (...) le contrat de vente n'est pas nul ou inexistant pas le seul effet de l'absence d'aléa, sauf si les conditions des articles 1974 et 1975 du Code civil sont réunies. L'absence d'aléa a certes pour effet que la convention doit être qualifiée de contrat commutatif, au sens de l'article 1104, alinéa 1^{er}, du Code civil. Elle n'entraîne la nullité ou l'inexistence de la convention de vente que si elle a pour conséquence que l'un des éléments essentiels à la validité de tout contrat ou que l'un des éléments essentiels à la validité du contrat de vente fait défaut » (55). La Cour a écarté pareille argumentation, en rappelant qu'en l'absence d'aléa, un contrat aléatoire est nul, faute d'objet. La Cour refuse donc implicitement de disjoindre la validité de la vente et celle de la rente viagère, et ne semble pas recevoir la thèse suivant laquelle le contrat aléatoire devient commutatif lorsque l'aléa est absent (56).

Deuxièmement, le juge dispose certes du pouvoir de requalifier le contrat, mais il ne peut le faire que s'il constate que les éléments soumis

(50) P. WÉRY, *op. cit.*, p. 79, n° 57; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page — Traité de droit civil belge*, Tome II, *Les obligations*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 321, n° 190; Cass., 9 janvier 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 110. D'autres auteurs avancent le fondement de l'absence totale ou partielle de cause (entendue comme étant les mobiles déterminants de l'opération contractuelle projetée) (P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 339, n° 202).

(51) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 513, n° 240.

(52) Mons (21^e ch.), 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/37, p. 1769; R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 553, n° 257.

(53) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 339, n° 202; B. KOHL, *op. cit.*, p. 178, n° 22. *Contra* :

N. CARETTE, *op. cit.*, p. 720, n° 55, *in fine*.

(54) Pour une analyse des aspects civils et fiscaux de la rente viagère à titre onéreux, voy. B. KOHL, *op. cit.*, pp. 163-209.

(55) Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

(56) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 714, n° 38.

à son appréciation sont incompatibles avec la qualification retenue par les parties et moyennant un strict respect des droits de la défense (57).

Enfin, à supposer que les parties aient véritablement eu pour intention de simuler l'existence d'un contrat aléatoire alors qu'elles entendaient en réalité conclure une opération à titre gratuit, encore faudrait-il démontrer que les conditions de la simulation — à savoir l'existence d'un acte ostensible entre parties et d'un accord secret dont le second a, dans l'intention des parties, pour effet de détruire ou de modifier la nature ou certains effets du premier (58) — sont réunies pour requalifier l'opération.

10. Distinction entre la lésion énorme (rescision) et l'absence d'objet (nullité). La nullité pour absence d'objet ne se confond pas avec la rescision pour lésion simple, consacrée par l'article 1674 du Code civil (voy. *infra*, n° 13), ni avec la sanction du caractère non sérieux du prix (voy. *infra*, n° 11).

Il est par conséquent possible de demander l'annulation à titre principal, et la rescision pour lésion énorme à titre subsidiaire, d'un contrat de rente viagère à titre onéreux en l'absence d'aléa (59). Si ces deux demandes ne se confondent pas, il arrive cependant fréquemment que les deux voies soient concomitamment ouvertes au demandeur lorsque l'aléa fait défaut. Comme nous le développerons plus loin (voy. *infra*, n° 13.2, *in fine*), l'une d'elles est sans doute préférable, eu égard à ses conditions nettement moins restrictives.

Suivant la thèse classique, reprise par N. Carette, ce moyen d'action ne s'appliquerait que si le contrat est qualifié de commutatif. Si le contrat est aléatoire, la lésion énorme ne pourrait fonder une action en annulation (60). Avec B. Dubuisson, nous relevons cependant que cette thèse ne tient pas compte des avancées scientifiques qui ont été observées en matière de probabilités depuis l'adoption du Code civil.

11. L'exigence d'un prix de vente réel et sérieux : un motif supplémentaire d'annulation ? Il est traditionnellement enseigné, res-

(57) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », *R.G.D.C.*, 2014, p. 321, n°s 52 et s.

(58) P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 876-877, n° 938.

(59) Voy. à titre d'exemple : Mons (21^e ch.), 16 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/37, pp. 1765-1770.

(60) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 720, n° 55.

pectivement au contrat de vente, que le prix doit avoir « une réalité sérieuse » (61) et qu'il ne doit pas être dérisoire (62).

Cette exigence ne va toutefois pas jusqu'à imposer une égalité parfaite entre le prix convenu et la valeur vénale de la chose vendue. Le tribunal de première instance francophone de Bruxelles relève d'ailleurs à cet égard que « nul n'est obligé de vendre son bien au prix plein, spécialement si c'est avec quelqu'un de proche qu'il contracte » (63), et avec qui un lien d'amitié s'est noué (64). À titre d'illustration, la Cour de cassation décide, dans un arrêt du 6 septembre 2002, que le caractère aléatoire du contrat n'est pas énérvé par le fait que « le vendeur a voulu faire bénéficier les acquéreurs d'un prix intéressant en reconnaissance de l'affection qui les unissait et des services qu'ils rendaient à leur vieil oncle » (65).

Selon N. Carette, le caractère non sérieux du prix n'entacherait le contrat d'une cause de nullité relative que si celui-ci est commutatif. Privé de l'un de ses éléments essentiels, le contrat de vente est frappé de nullité, faute d'objet (66). Si, par contre, le contrat est aléatoire, ce moyen ne saurait, suivant la thèse classique, fonder une action en annulation (67).

L'auteur poursuit toutefois en relevant que si les arrérages sont dérisoires, le débirentier n'encourt pas de véritable risque de perte, de sorte que le contrat aléatoire est également nul à défaut d'aléa, et donc d'objet (68).

12. Le cas particulier de la rente à titre onéreux à durée déterminée. L'insertion, dans le contrat de vente immobilière en viager, d'une limite temporelle au-delà de laquelle le débirentier ne sera, quoique le crédirentier soit encore en vie, plus tenu de verser la rente convenue, est de plus en plus fréquente en pratique. La doctrine ne s'étend que très

(61) P. HARMEL, « Théorie générale de la vente, Première partie : Droit commun de la vente », *Rép. not.*, Tome VII, Liv. I, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 172, n° 173.

(62) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 715, n° 41; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, 5^e éd., Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, p. 67, n° 89; P. HARMEL, *op. cit.*, p. 172, n° 174.

(63) Civ. Bruxelles (9^e ch.), 7 mars 2014, *J.L.M.B.*, 2018/8, p. 367.

(64) P. HARMEL, *op. cit.*, p. 173, n° 177 : la vente à prix d'« ami » reste une vente consentie « dans une intention de libéralité partielle ».

(65) Cass. (1^e ch.), 6 septembre 2002, *Pas.*, 2002, II, p. 1544.

(66) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 715, n° 42.

(67) *Ibid.*, p. 715, n° 43.

(68) *Ibid.*

peu sur la question de la validité d'une telle opération, qui nous paraît devoir recevoir une réponse nuancée (69).

Une telle stipulation est indéniablement favorable à l'acquéreur : elle plafonne la quotité de sa prestation. Le débirentier est donc, en quelque sorte, prémuni « contre le risque de “surlongévitité” du vendeur » (70), moyennant une éventuelle majoration du montant de la rente.

Une telle stipulation n'est pas incompatible avec la notion de contrat aléatoire telle que définie par la Cour de cassation (voy. *supra*, n° 1). En effet, l'équivalence des prestations réciproques des parties reste incertaine en ce que — bien qu'elle soit plafonnée — la quotité de la prestation du débirentier demeure tributaire de la durée de vie du crédirentier (71).

En revanche, la réponse doit être nuancée si l'on fait dépendre le contrat aléatoire de l'idée d'une équivalence, mais cette fois entre les chances de gain et les risques de perte (72).

Selon B. KOHL, « Afin de respecter le caractère aléatoire du contrat, il est recommandé de fixer la durée maximum de telle façon que la valeur vénale du bien vendu soit atteinte » (73). Force est toutefois de constater que dans une telle hypothèse, l'acquéreur ne court pas de réel risque de perte, et dispose même de la certitude de ne payer que la valeur vénale du bien vendu, au maximum. Il en résulte, à notre sens, un risque d'atteinte à l'équivalence de départ entre les chances de gain et les risques de perte du contrat de rente viagère à titre onéreux.

Ceci ne fait pas pour autant obstacle à la licéité de la rente viagère à titre onéreux à durée déterminée, pour autant que la durée maximum soit fixée de telle sorte que le montant total des arrérages qui seraient versés à son expiration soit supérieur à la valeur vénale du bien vendu. Mais de combien ? Un « zeste » d'aléa suffit-il à rendre un contrat aléatoire ? Comme l'a précisé la Cour de cassation dans son arrêt du 25 juin 1982, il nous paraît que la réponse à cette question git en fait, et doit faire l'objet d'une appréciation souveraine par le juge du fond (74).

(69) Voy., en faveur de la licéité de l'opération, F. BALON, *op. cit.*, p. 148; B. KOHL, *op. cit.*, p. 171, n° 10.

(70) B. KOHL, *op. cit.*, p. 171, n° 10.

(71) Cass., 18 septembre 2017; Cass., 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005/42, p. 1863.

(72) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 328, n° 4.

(73) B. KOHL, *op. cit.*, p. 171, n° 10, note 31.

(74) Cass. (1^e ch.), 25 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1261.

Notons enfin qu'un tel contrat est tout autant susceptible de faire l'objet d'une annulation pour absence d'aléa suffisant, d'une rescision pour lésion énorme, ou d'une annulation sur la base de la théorie de la lésion qualifiée.

CHAPITRE 2. LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRAT ALÉATOIRE ET DE LA RENTE VIAGÈRE

Section 1^{re}. La lésion

13. L'aléa chasse la lésion. L'aléa, enseigne-t-on fréquemment, chasse la lésion (75). Les contrats aléatoires comprendraient « en effet par définition des chances à courir, ce qui exclut que l'on puisse mesurer le déséquilibre des prestations réciproques des parties pour en justifier la rescision » (76). Il s'agit là d'une expression dont l'origine remonte aux travaux préparatoires du Code civil, à une époque où il était impossible de quantifier l'aléa.

Cette expression ne trouve d'écho dans aucune des dispositions du Code civil. À titre de comparaison, le Code civil italien n'admet pas la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires (article 1448, alinéa 4), tandis que le Code libanais des obligations et des contrats l'envisage expressément (article 214, alinéa 4) (77).

À supposer que l'aléa chasse effectivement la lésion (auquel cas la question du sens exact de cette expression se poserait-elle encore : s'agit-il d'une fin de non-recevoir de l'action en rescision, ou un obstacle au fondement de la demande ?), encore faut-il cependant, comme le souligne M. Berlingin, « que l'opération soit marquée par un véritable aléa, ce qui implique qu'il y ait dans le chef de chacune des parties de réelles chances de gain et de réels risques de perte » (78).

(75) C. LARROUMET, *Droit civil, tome III, Les obligations — le contrat*, Paris, Economica, 1990, p. 374, n° 411; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 80, n° 59.

(76) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 289, n° 168.

(77) C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 374, n° 411.

(78) M. BERLINGIN, « L'aléa chasse-t-il la lésion ? », *Les pages — Obligations, Contrats et Responsabilités*, 2018, n° 20, p. 1.

13.1. Quant à la recevabilité de l'action en rescision. La Cour de cassation a, dans au moins deux arrêts (79), énoncé que le caractère aléatoire d'un contrat ne faisait pas obstacle à la recevabilité d'une action en rescision pour lésion de plus de sept douzièmes fondée sur l'article 1674 du Code civil. Il ne saurait en aller autrement. Le caractère aléatoire — ou non — d'un contrat est une question de fond. Nous ne distinguons donc pas ce qui viendrait bloquer une action en rescision pour lésion de plus de sept douzièmes au stade de la recevabilité.

13.2. Quant au fondement de l'action en rescision. Plusieurs auteurs font dépendre l'applicabilité de l'article 1674 du Code civil de la qualification du contrat : si le contrat est aléatoire, il ne saurait mener à la rescision du contrat de vente immobilière en viager sur la base de l'article 1674 du Code civil (80). En revanche, s'il s'avère en définitive que le contrat n'est pas aléatoire, rien ne ferait obstacle à l'application de la lésion simple ou de la lésion qualifiée (81). Si le juge conclut — au fond — à l'existence d'un véritable contrat aléatoire, l'aléa chasserait donc la lésion et le juge devrait conclure au non-fondement de l'action en rescision.

Avec B. Dubuisson, nous relevons cependant que « Dès lors qu'il est possible d'attribuer une valeur objective à la chance courue, on ne voit pas pourquoi les contrats aléatoires devraient être soustraits à l'examen de l'équivalence des prestations réciproques. Le calcul des probabilités permet en effet de rendre les contrats aléatoires à une commutativité raisonnable. Cette possibilité n'a pas été aperçue par les auteurs du Code civil pour lesquels la valeur des prestations réciproques découlant du contrat aléatoire relevait d'un mystère insondable » (82).

(79) Cass. (1^e ch.), 12 avril 1934, *Pas.*, 1934, p. 236 : « sous réserve de vérifier son bien-fondé, l'action du demandeur en rescision doit, en principe, être déclarée recevable, du moment qu'elle tend à faire reconnaître qu'au jour de la vente la nue-propriété qui en fait l'objet représente une valeur supérieure de plus de sept douzièmes au prix que le vendeur en a reçu; que la demande ne peut être écartée *de plano* que si cette prétention est déjà reconnue non fondée ». La Cour conclut sur ce moyen « Qu'en admettant, sauf vérification ultérieure, que la possibilité de la lésion alléguée n'est pas d'ores et déjà exclue, et en déclarant, par confirmation du jugement dont appel, la demande en rescision recevable, l'arrêt entrepris, qui est motivé, n'a donc pu violer aucune des dispositions visées au moyen ». Voy. également Cass. (1^e ch.), 25 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1261 : « le juge apprécie souverainement en fait si la chance, qui fait d'un contrat un contrat aléatoire, existe réellement et peut faire usage à cet effet des tables de mortalité ». Voy. en doctrine M. BERLINGIN, *op. cit.*, p. 1.

(80) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 718, n^o 50; M. BERLINGIN, *op. cit.*, p. 1.

(81) P. Van Ommeslaghe écrit, en ce sens, que la rescision pour lésion est en principe exclue pour les contrats aléatoires sous réserve de l'hypothèse dans laquelle « la survie maximale possible (et non simplement probable) [du créancier] aurait pour conséquence le paiement d'un prix inférieur aux cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble », qui correspond à une hypothèse d'absence d'aléa (P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 143, n^o 65 et p. 289, n^o 168); F. BALON, *op. cit.*, p. 135.

(82) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 329, n^o 8.

En ce sens, un jugement rendu le 9 novembre 1993 par le tribunal de première instance de Bruxelles souligne que « conformément à la doctrine et à la jurisprudence, la lésion peut être envisagée dans le cas où “malgré le caractère aléatoire du contrat, on a la certitude complète que, quelle que soit l’issue de l’événement dont dépendent, pour les parties, les avantages et les pertes à résulter de la vente, il y aura en tout cas pour le vendeur une lésion de plus de 7/12^{es}” » (83).

Il reste qu’à défaut d’aléa, le contrat peut également être annulé pour absence d’objet (voy. *supra*, n° 9), et à des conditions moins strictes que celles qui sont fixées par l’article 1678 du Code civil. Alors que la rescision pour lésion de sept douzièmes doit être demandée dans les deux années de la vente de l’immeuble (84), la nullité pour absence d’objet est soumise à un délai décennal (85). En outre, l’article 1678 du Code civil en matière de lésion simple impose le recours à une expertise. Enfin, la lésion simple implique le risque, pour le vendeur, de devoir subir une diminution de 10 % du prix si l’acquéreur souhaite conserver le bien (86).

10. Quant à la lésion qualifiée. Certains considèrent que « l’exclusion des contrats aléatoires doit, par identité de motifs, s’appliquer à la lésion qualifiée » (87). D’autres ne se prononcent pas sur le sujet (88), ou ne distinguent pas ce qui empêcherait la théorie de la lésion qualifiée de s’appliquer aux contrats aléatoires (89).

Dans son arrêt du 9 novembre 2012, la Cour de cassation a précisé que la lésion qualifiée était une théorie applicable à « toute convention de droit patrimonial » (90). Dans la mesure où il est devenu possible, de par les avancées dans le domaine de l’actuariat depuis l’adoption du Code civil, d’attribuer une valeur objective à la chance de gain ou au risque de perte encouru par chacune des parties, il ne semble nullement exclu que l’une d’elles puisse subir un « préjudice qui consiste en une disproportion manifeste entre les prestations stipulées entre les parties et qui résulte du fait qu’une des parties abuse de la position de faiblesse de l’autre » (91).

(83) Civ. Bruxelles, 9 novembre 1993, *Res et jur. imm.*, 1994, p. 34.

(84) Article 1676 du Code civil; Civ. Bruxelles (9^e ch.), 7 mars 2014, *J.L.M.B.*, 2018/8, p. 367.

(85) Article 1304 du Code civil.

(86) Article 1681 du Code civil; N. CARETTE, *op. cit.*, p. 719.

(87) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 290, n° 168.

(88) N. CARETTE, *op. cit.*, pp. 702-720.

(89) Voy. en ce sens B. DUBUISSON, p. 329, n° 8; F. BALON, *op. cit.*, p. 134.

(90) Cass. (1^e ch.), 9 novembre 2012, *R.G.D.C.*, 2013, pp. 129-131.

(91) *Ibid.*

Dans son jugement du 9 novembre 1993, le tribunal de première instance de Bruxelles rappelle que « la vente en viager, contrat aléatoire, n'est en principe pas susceptible de rescision pour lésion de plus de 7/12^{es}, l'aléa empêchant la comparaison des prestations » (92). Il ne se prive toutefois pas d'envisager la théorie de la lésion qualifiée, mais décide que ses conditions d'application ne sont pas réunies (93). Il relève qu'aucun élément du dossier n'établit que la venderesse, âgée de 78 ans et vivant seule, « était, en avril 1990, dans un état de santé, de solitude et de naïveté tel que les époux C... auraient pu en abuser » (94) pour obtenir, dans le cadre des négociations, la signature du compromis avant qu'elle puisse se renseigner.

Le contrat de vente immobilière en viager ne constitue-t-il pas un terrain trop propice à l'abus d'une partie par une autre que pour permettre que le sort de l'éventuel déséquilibre manifeste qu'il comporterait des suites d'un abus d'une partie contractante de la situation de faiblesse de l'autre soit réglé par la formule « l'aléa chasse la lésion » ?

Section 2. La résolution

14. Interdiction de la résolution pour défaut de paiement d'arrérages. Le contrat de vente immobilière en viager est synallagmatique. Il est donc, en principe, susceptible d'être l'objet d'une résolution.

Deux articles du Code civil viennent cependant encadrer la résolution d'un tel contrat.

D'une part, l'article 1977 du Code civil prévoit que « Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution ». Il convient évidemment de lire « résolution », et non « résiliation », s'agissant d'une sanction d'un manquement par un contractant à l'une de ses obligations contractuelles (95).

D'autre part, l'article 1978 précise, quant à lui, que « le seul défaut de paiement des arrérages n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds pas lui aliéna : il n'a le droit de saisir et de faire vendre les biens

(92) Civ. Bruxelles, 9 novembre 1993, *Res et jur. imm.*, 1994, p. 34, sous réserve du « cas où "malgré le caractère aléatoire du contrat, on a la certitude complète que, quelle que soit l'issue de l'événement dont dépendent, pour les parties, les avantages et les pertes à résulter de la vente, il y aura en tout cas pour le vendeur une lésion de plus de 7/12^{es}" ».

(93) *Ibid.*

(94) *Ibid.*, p. 33.

(95) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 535, n° 444.

de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ».

Cette seconde disposition fait donc obstacle à la résolution dans l'hypothèse d'un défaut de paiement d'arrérages par le débirentier (96), de sorte que le crédientier ne dispose que de la voie de l'exécution forcée.

15. Licéité du pacte comissoire exprès. Les articles 1184 et 1978 du Code civil ne sont toutefois pas impératifs ni d'ordre public (97). Les clauses résolutoires expresses sont par conséquent valides (98). En présence d'une telle clause, le juge conserve cependant un pouvoir d'appréciation *a posteriori* sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit (99) ainsi que sur la régularité formelle de la mise en œuvre du pacte comissoire (100).

16. Date de prise d'effet de la résolution. La résolution d'un contrat synallagmatique implique, en principe, l'anéantissement du contrat dès son origine, ce qui a pour conséquence que les parties doivent être replacées dans la situation qui était la leur avant la conclusion du contrat (101).

La Cour de cassation a expressément affirmé que « dans le silence de la loi, le caractère aléatoire du contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère n'emporte pas dérogation à cet effet de droit commun de la résolution » (102).

La résolution d'un tel contrat implique la restitution du bouquet et des arrérages, et la conservation des améliorations et embellissements faits par le débirentier (103).

Il n'est fait exception à la rétroactivité que pour les contrats à exécution successive, pour lesquels la résolution opère *ex nunc* (104), et remonte au jour où la demande en justice est introduite. Elle n'opère donc pas avec effet rétroactif (105). Dans certaines décisions, le contrat

(96) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 901, n° 584.

(97) Liège (20^e ch.), 7 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007/32, p. 1338.

(98) Mons (7^e ch.), 25 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2015/7, p. 317; Liège (20^e ch.), 7 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007/32, p. 1338; F. BALON, *op. cit.*, p. 145.

(99) F. BALON, *op. cit.*, p. 145.

(100) P. WÉRY, *op. cit.*, p. 733, n° 756.

(101) *Ibid.*, p. 635, n° 674.

(102) Cass. (1^e ch.), 4 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004/39, p. 1716.

(103) F. BALON, *op. cit.*, p. 146.

(104) Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009/6-8-8, p. 1425.

(105) Mons (7^e ch.), 25 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2015/7, p. 317.

de rente viagère à titre onéreux a cependant été classé parmi les contrats à exécution successive (106).

CONCLUSION

17. L'aléa et son absence dans le contrat de rente viagère à titre onéreux. En dehors des cas objectifs visés aux articles 1974 et 1975 du Code civil, l'absence d'aléa peut être démontrée d'un point de vue subjectif. La plus ou moins grande différence d'âge entre le crédentier et le débentier n'implique pas en soi une absence d'aléa, à l'instar de la modicité de la rente convenue (107). En revanche, l'absence d'aléa peut être déduit de la circonstance que l'acquéreur connaissait le risque de décès imminent du crédentier, du fait que le bien procure à l'acquéreur des revenus égaux ou même supérieurs au montant de la rente, ou encore du fait que la rente est à ce point basse qu'elle est très largement inférieure au revenu annuel qu'aurait pu générer la valeur de la nue-propriété à l'époque de la vente.

En l'absence d'aléa, la sanction est la nullité du contrat aléatoire pour absence d'objet. Cette nullité ne semble pas pouvoir être évitée au moyen d'une requalification du contrat en contrat commutatif.

18. Le régime juridique de la rente viagère à titre onéreux. L'aléa chasse-t-il la lésion ? Plusieurs auteurs font dépendre l'applicabilité de la théorie de la lésion énorme (article 1674 du Code civil) de la question de savoir si le contrat est commutatif ou s'il comporte un véritable aléa. Dans ce dernier cas, il ne saurait mener à la rescision du contrat de vente immobilière en viager sur la base de l'article 1674 du Code civil (108). Cette conception paraît cependant poser question, à l'aune des avancées scientifiques actuarielles qui sont survenues durant les deux derniers siècles.

Nous n'apercevons, par ailleurs, pas ce qui empêcherait l'application de la théorie de la lésion qualifiée — consacrée en termes généraux par la Cour de cassation — à la formation des contrats aléatoires. Ces derniers ne sont-ils pas, au même titre que toute autre convention,

(106) Voy. Mons (7^e ch.), 25 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2015/7, p. 317 et Cass., 5 juin 2009, *Pas.*, 2009/6-8-8, p. 1425 qui casse l'arrêt d'appel ayant prononcé la résolution du contrat de rente viagère à compter de la date de la citation introductive d'instance, mais uniquement au motif que les juges d'appel ont condamné les demandeurs au paiement d'arriérés d'indexation et des intérêts sur les sommes restant dues, réclamés par les défendeurs pour la période postérieure à la résolution.

(107) F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 529, n^o 439. L'article 1976 du Code civil dispose d'ailleurs expressément que « La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plait aux parties contractantes de fixer ».

(108) N. CARETTE, *op. cit.*, p. 718, n^o 50; M. BERLINGIN, *op. cit.*, p. 1.

susceptibles de se former sur un déséquilibre de l'ordre du manifeste entre les prestations réciproques, découlant de l'abus des faiblesses ou de l'ignorance d'une partie par une autre ?

Enfin, seule la résolution pour défaut de paiement des arrérages est explicitement prohibée par l'article 1978 du Code civil. Les parties sont cependant autorisées à convenir du contraire au moyen d'une clause résolutoire expresse intégrée dans leur convention.

LA CONVERSION DE L'USUFRUIT DU SURVIVANT : UNE ÉVALUATION RAISONNÉE ?

Alain-Charles VAN GYSEL

Professeur ordinaire à l'ULB
Directeur du Centre de droit privé
Avocat au Barreau de Bruxelles

TABLE DES MATIÈRES

A. Conjoint et cohabitant légal survivant, héritiers en usufruit.....	630
B. La conversion remplace le partage	631
C. La conversion échange de l'aléatoire pour du certain	633
D. Éléments de valorisation de l'usufruit	633
E. L'espérance de vie de l'usufruit.....	634
E.1. L'âge	637
E.2. Le sexe	640
a. La problématique.....	640
b. Le constat.....	641
c. Les facteurs actuariels et l'égaliték de genre : discrimination ou non ?	642
d. Que conclure ?.....	652
E.3. L'état de santé	654
F. La valeur des biens	655
G. Le taux de rendement	655
H. Taux de capitalisation	658
I. Conclusion.....	658

A. CONJOINT ET COHABITANT LÉGAL SURVIVANT, HÉRITIERS EN USUFRUIT

Les droits successoraux du conjoint survivant sont le plus souvent constitués, en tout ou en partie (1), d'usufruit.

Le recours à l'usufruit pour constituer la part successorale du conjoint survivant a été choisi par le législateur dès 1896, afin de permettre à ce dernier de rester « dans ses meubles » (*usus*) et de percevoir les revenus des biens composant la succession, afin de maintenir, tant que faire se peut, son train de vie (*fructus*); tout en assurant aux héritiers « du sang » du défunt, la possibilité de récupérer, à terme de décès du conjoint survivant, la pleine propriété.

La réforme de 2018 a sensiblement écorné cette idée, qui semblait (2) présenter une solution idéale, mais le principe d'un droit successoral largement constitué d'usufruit subsiste dans notre droit actuel.

Quant au cohabitant légal survivant, selon la méthode que nous avons qualifiée « de la côte d'Adam, », le législateur lui a créé en 2007 un droit successoral, qui a la même teneur quels que soient les héritiers avec lesquels le cohabitant légal survivant vient en concours : le cohabitant légal survivant recueille toujours l'usufruit du logement principal de la famille et des meubles qui le garnissent (3), et les autres héritiers la nue-propriété de ces biens, ainsi que la pleine propriété de tous les autres biens composant la succession.

Cet usufruit est régi « par analogie » (4) par les mêmes règles que celui du conjoint survivant, notamment quant à la conversion de ce droit, ce qui nous permettra, pour cette étude, de traiter ensemble les deux situations.

(1) En usufruit pour le tout, s'il vient en concours avec des descendants; en usufruit pour les biens appartenant exclusivement au conjoint prémourant, et en pleine propriété pour les biens communs et indivis avec le conjoint prémourant, en cas de concours avec des collatéraux privilégiés ou des descendants. Lorsque le conjoint survivant est en concours avec des collatéraux ordinaires ou l'État, il hérite de toute la succession en pleine propriété.

(2) Apparence cependant trompeuse, à notre sens : voyez A. CH. VAN GYSEL, « L'usufruit du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant : les inconvénients d'une solution idéale », in *La famille et son patrimoine en questions*, Anthémis, 2015, pp. 266 et s.

(3) Article 745octies, § 1^{er} : « *Quels que soient les héritiers avec lesquels il vient à la succession, le cohabitant légal survivant recueille l'usufruit de l'immeuble affecté durant la vie commune à la résidence commune de la famille ainsi que des meubles qui le garnissent. Le cohabitant légal survivant recueille seul, à l'exclusion de tous les autres héritiers, le droit au bail relatif à l'immeuble affecté à la résidence commune de la famille au moment de l'ouverture de la succession du cohabitant légal prédécédé et recueille l'usufruit des meubles qui le garnissent.* »

(4) Article 745octies, § 3, du Code civil.

B. LA CONVERSION REMPLACE LE PARTAGE

Lorsque deux personnes sont en situation d'usufruitier et de nu-proprétaire, ils ne sont pas en indivision, et par conséquent le partage ne peut être demandé entre eux, l'article 815 du Code civil ne s'appliquant pas à cette situation (5).

Il n'en demeure pas moins que ces personnes peuvent s'entendre de façon très relative, surtout lorsque les héritiers nus-proprétaires sont des étrangers pour le conjoint survivant : enfants d'une autre relation du défunt, ou encore frères ou neveux du *de cujus*.

Le législateur a donc mis en place une procédure permettant de mettre fin à cette situation où les cohéritiers se regardent en chiens de faïence : c'est la conversion de l'usufruit du conjoint survivant, et l'opération inverse de rachat de la nue-proprété par le conjoint survivant.

Les modalités d'exercice de ce droit sont décrites de façon très complexe par les articles 745*quater* à 745*sexies* du Code civil.

On peut les synthétiser ainsi :

Deux hypothèses inverses sont prévues : la première est la conversion de l'usufruit, par laquelle le conjoint survivant se voit retirer son droit, qui est alors attribué au nu-proprétaire, devenant ainsi plein propriétaire, droit qui est remplacé dans le patrimoine du conjoint survivant par une autre élément, de valeur semblable; et la seconde est le rachat de la nue-proprété par l'usufruitier, qui devient alors le plein propriétaire du bien, le nu-proprétaire évincé recevant en compensation un capital représentant la valeur de son droit (6).

Dans certain cas, la conversion ou le rachat peuvent être exigés, ce qui signifie qu'ils sont de droit dès lors que le titulaire du droit l'a exercé personnellement (7) dans les conditions prévues par la loi; mais dans la généralité des hypothèses, ils peuvent être demandés, ce qui signifie que le Tribunal de la Famille dispose d'un pouvoir d'appréciation à cet égard; et dans le cas d'enfants communs, ces derniers peuvent même avoir été privés de ce droit par un testament du conjoint prémourant.

(5) M. DEMARET, S. THIELEN, « Aspects de procédure en matière de liquidation judiciaire », *Questions particulières en matière de partage judiciaire* (M. BOELEN (coord.)), (Coll. Commission Barreau-Notariat de Liège), Limal, Anthemis, 2016, p. 14.

(6) Comme la loi ne prévoit que le calcul de la valeur de l'usufruit, on évalue la valeur de rachat de la nue-proprété par l'opération mathématique : pleine propriété — usufruit = nue-proprété.

(7) Il ne peut être exercé par voie oblique par les créanciers, et il est incessible. Il est cependant de nature patrimoniale, et les héritiers des nus-proprétaires en bénéficient par voie de succession (le décès de l'usufruitier mettant fin à son droit, donc à la possibilité de conversion).

Face à cette demande, la loi confère dans certains cas — notamment au sujet du logement principal de la famille et des biens soumis à une succession anormale — un droit de veto à la conversion, soit dans le chef de l'usufruitier — qui ne peut dès lors être privé de son lieu de vie —, soit dans celui du nu-propiétaire.

La conversion peut attribuer au conjoint survivant, en échange de son droit, soit une part indivise de l'ensemble de la succession (8), soit un capital — ce qui est la généralité des cas —, soit certains biens de la succession en pleine propriété, soit encore — ce qui ne se voit quasiment jamais — en une rente viagère.

Le rachat de la nue-propiété a toujours lieu en capital.

Elle peut porter sur l'ensemble des biens successoraux, ou n'être que partielle.

Le rachat est toujours partiel, compte tenu de sa nature.

La valorisation de l'usufruit fait l'objet depuis 2013 de tables légales (9), dressées chaque année par arrêté ministériel, et dont la conception nous semble particulièrement défectueuse, comme on le verra ci-après.

Il faut relever que, lorsque le conjoint survivant est en concours avec des descendants issus d'une autre union, il est réputé, pour le calcul de la valeur de son usufruit, être âgé d'au moins 20 ans de plus que l'aîné de ces enfants.

Enfin, quant à la procédure (10) de conversion judiciaire, c'est le Tribunal de la Famille, saisi par requête contradictoire, qui est compétent pour en connaître, et il appliquera, sauf dérogation due à la nature particulière de l'opération de conversion, les règles de la liquidation et partage proprement dits (11).

Il arrive d'ailleurs fréquemment que la conversion soit incluse, comme un incident particulier, dans une procédure en liquidation et partage proprement dits.

(8) Conversion demandée par des enfants non communs, dans un court délai s'inscrivant dans la procédure de liquidation-partage : dans ce cas, un partage proprement dit doit s'en suivre.

(9) Article 745*sexies* du Code civil.

(10) Il s'agit d'une procédure indivisible quant aux personnes (l'usufruitier, l'usufruitier éventuel, et tous els nus-propiétaires doivent être mis à la cause), mais divisible quant aux biens (demande de conversion partielle).

(11) Articles 1206 à 1225 du Code judiciaire : voyez l'ouvrage sur la Liquidation et le Partage.

C. LA CONVERSION ÉCHANGE DE L'ALÉATOIRE POUR DU CERTAIN

Si le but premier du législateur est de replacer les biens successoraux dans le circuit normal du commerce, en en attribuant la pleine propriété à une seule personne, apte désormais à l'aliéner seule, et donc facilement, la conversion est également une opération qui échange une valeur aléatoire contre une autre, qui est certaine.

En cela, la conversion de l'usufruit du survivant participe pleinement de la problématique du présent colloque.

En effet, l'usufruit du conjoint ou cohabitant légal survivant est viager, et son titulaire va donc jouir des biens et de leurs fruits sa vie durant.

Cette situation est doublement aléatoire, puisqu'elle dépend à la fois de la durée de vie — ou, plus exactement, de survie au prémourant — de l'usufruitier; et d'autre part, pour ce qui est du *fructus*, du rendement des biens durant cette période future.

Si l'on écarte la conversion en rente viagère, qui n'est pas utilisée en pratique, les trois autres modes : en capital, en droits indivis sur toute la succession, en droits exclusifs sur certains biens de la succession, confèrent chacun des droits certains — dans le sens de non aléatoires — à l'usufruitier.

Pour la facilité de l'exposé, nous ne retiendrons dans la suite de notre texte que l'hypothèse la plus fréquente, celle qui échange l'usufruit contre un capital, les deux autres hypothèses dérivant en réalité de celle-ci (12).

Le calcul de la valeur de l'usufruit doit donc tenir compte de variables aléatoires, afin d'aboutir à un résultat certain, tenu pour équivalent au premier.

D. ÉLÉMENTS DE VALORISATION DE L'USUFRUIT

La valeur d'un usufruit viager est, pour l'essentiel, constitué des variables suivantes (13) :

(12) En effet, pour la conversion en certains biens successoraux, on évalue ces biens, et on compare cette valeur à celle de l'usufruit, évaluée en capital : les biens sont alors échangés contre le droit d'usufruit, et une soulte dans un sens ou l'autre vient compenser la différence. Pour la conversion en droits indivis, dont il n'y a pas encore eu d'exemple concert — la modalité est entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2018 — la valeur de l'usufruit est, comme pour la capitalisation, fixée en pourcentage de la valeur de la succession en pleine propriété, mais au lieu de passer audit capital (par la multiplication : valeur de la succession x pourcentage), on applique le pourcentage sur la pleine propriété de tous les biens successoraux, qui sont donc, à la fin de l'opération, indivis en des proportions tirées de ce pourcentage.

(13) Pour fixer les idées, l'ancien article 745*sexies*, § 3 du Code civil — abrogé en 2013 — avait pour texte : « *l'estimation tient compte notamment et suivant les circonstances, de la valeur des biens, de leurs revenus, des dettes et charges qui les grèvent et de la durée de vie probable de l'usufruitier.* »

- l'espérance de vie de l'usufruitier
- la valeur des biens sur lesquels porte l'usufruit
- le rendement de ces biens
- le taux de capitalisation, étant l'avantage économique pour l'usufruitier de percevoir immédiatement un capital (14), et de ne pas devoir attendre chaque mois ou année, pour percevoir des arrérages d'intérêts, loyers, dividendes...

Ces variables sont intégrées en une formule mathématique, que l'on pourrait *grosso modo* présenter ainsi :

$$\text{valeur de l'usufruit} = \text{valeur des biens} \times \text{rendement} \times \text{espérance de vie} - \text{taux de capitalisation.}$$

Dès lors qu'elles sont ainsi intégrées dans une formule unique, l'importance propre de chacune des variables est naturellement relative; et la précision du calcul global dépend de celle du plus « grossier » de ses éléments constitutifs.

Ainsi, si le rendement est estimé « à la grosse louche », par exemple à 1 % par an pour tous les biens, alors il n'y a plus guère de sens d'évaluer l'espérance de vie au mois près.

Examinons maintenant une à une les variables de l'évaluation de l'usufruit du conjoint survivant.

E. L'ESPÉRANCE DE VIE DE L'USUFRUITIER

La durée de la vie dans l'avenir, estimée à partir d'un moment déterminé (15), d'une personne qui vit au sein d'une société développée (16), tient essentiellement aux facteurs suivants : son âge, son sexe, et son état de santé.

Mais avant d'analyser ces facteurs, nous voudrions dissiper une ambiguïté, sur laquelle le professeur Michel Denuit a attiré notre attention, au cours de la rédaction du présent texte : en bon juriste ignorant de la chose actuariette, nous employions les termes « espérance de vie » « durée de vie probable » et « durée de vie moyenne » comme des synonymes, dont nous panachions allègrement notre texte pour en éloigner la monotonie.

(14) Qui peut donc être placé par l'usufruitier et générer lui-même des intérêts à son profit.

(15) Ici, comme on le verra plus bas, c'est le jour de l'introduction de la demande de conversion (en principe, par requête contradictoire) qui importe.

(16) Sont, dans ce contexte, considérés ici comme négligeables des facteurs comme la famine, la guerre, ou l'absence de possibilité de traitements médicaux efficaces.

Or, ces termes n'ont pas la même signification, et pour reprendre ici ce que nous en avons compris (17) :

- la *durée de vie probable* est l'âge auquel arrivera la moitié d'une population donnée, soit à partir de la naissance, soit à partir d'un âge donné auquel le groupe est déjà arrivé (18);
- la *durée de vie moyenne* d'une population est la somme de la durée de vie de chacun des individus composant la population, divisée par le nombre d'individus qui la forment.

Lorsque, comme au XVII^e siècle, la mortalité infantile était très considérable, les deux valeurs (19) peuvent être sensiblement différentes : si 90 % des personnes meurent avant l'âge de 10 ans, et que les 10 % restants atteignent 80 ans, la durée de vie probable est de moins de 10 ans, alors que la durée de vie moyenne est, quant à elle, tirée vers le haut par la longue période de survie des personnes arrivées à l'âge adulte.

Mais pour parvenir à calculer ces deux valeurs de façon totalement exacte, il faut nécessairement attendre, dans le premier cas, que la moitié de la population considérée soit décédée, et, dans le second cas, que toute la population ait disparu.

Or, dans un calcul de conversion d'usufruit, il tombe sous le sens qu'il ne s'agit pas d'une population, mais d'un individu, et que cet individu est par hypothèse encore vivant !

On doit donc dans ce cas créer une valeur théorique, qui représente la meilleure approximation scientifiquement possible de ce que l'on croit devoir être la durée de vie de cette personne dans l'avenir : c'est son *espérance de vie*.

Cette espérance de vie peut être, soit *périodique*, soit *générationnelle*.

Le terme « générationnelle » s'oppose à la vision périodique souvent utilisée pour les calculs.

Dans l'espérance de vie périodique, on estime la mortalité sur la base de toutes les générations présentes à un même moment (le risque de

(17) Le lecteur trouvera des développements plus complets, et sûrement plus exacts, dans la contribution de M. DENUIT et J. TRUFIN, aux actes du présent colloque, intitulée « Des tables de mortalité, espérances de vie, durées de vie moyennes et probables et de leur bon usage dans l'évaluation des droits viagers », et notamment leurs développements sur la durée du vie moyenne (1.2), l'espérance de vie (1.3) et la durée de vie probable (1.4).

(18) Ainsi, la durée de vie probable d'un groupe de 1.000 personnes, toutes âgées de 65 ans, est l'âge qu'aura atteint la 500^e personne de cette population qui viendra à décéder.

(19) Pour une présentation plus complète de ces deux notions au travers de la correspondance — en français ! — entre le grand savant hollandais Christian HUYGENS et son frère Louis (qui ne semble pas non plus être sans qualités scientifiques), on lira avec intérêt : J. VÉRON et J.-M. ROHRBASSER, « Lodewijk et Christiaan HUYGENS : la distinction entre vie moyenne et vie probable », *Math. & Sci. hum.*, (38^e année, n^o 149, 2000, pp. 7-21), que nous a aimablement communiqué le professeur DENUIT.

décéder entre 0 et 1 an est estimé sur la base des nouveau-nés de 2015, celui de décéder entre 1 et 2 ans est estimé sur la base des enfants entre 1 et 2 ans en 2015, donc nés un an plus tôt, et ainsi de suite). On fait ensuite comme si un individu était soumis à ces risques tout au long de sa vie (ce qui n'est correct que si la mortalité n'évoluait pas, alors qu'on sait que la durée de vie a tendance à s'allonger au fil du temps) pour calculer l'espérance de vie périodique.

Dans la vision générationnelle, on anticipe les progrès attendus de longévité dans l'avenir (exercice auquel se livre chaque année le Bureau fédéral du Plan) et les calculs intègrent donc l'allongement attendu de la durée de la vie.

S'agissant d'une opération unique en cas de conversion d'usufruit, l'équité reflétée dans le « pile ou face » semble attractive, puisque les intéressés ne pourront pas compenser leurs gains et pertes sur une suite d'opérations du même type.

Mais on pourrait proposer d'autres formalisations de la notion d'équité qui mèneraient à d'autres modes de calcul (20).

On pourrait ainsi juger utile de s'intéresser aux erreurs qu'on commet lorsqu'on sous-estime la durée de vie (les 50 % d'erreurs « vers le bas » de la vie probable) et aux erreurs qu'on commet lorsqu'on surestime la durée de vie (les autres 50 % d'erreurs de la vie probable) et arriver à une autre mode de conversion.

Il faut admettre qu'il n'y a pas de solution « exacte » puisqu'on ne connaît pas, au moment de la conversion, la durée de vie restante de l'usufruitier (21).

Le législateur — qui est un juriste — utilise, nous semble-t-il, comme nous ces termes comme synonymes : on trouve ainsi « *espérance de vie* » dans l'article 205*bis*, et aussi dans la première partie de l'article 745*sexies*, § 3, mais lorsqu'il permet, peu après, au juge de minorer la valeur de l'usufruit en cas de mauvaise santé de l'usufruitier, il parle de la « *durée de vie probable* » de ce dernier.

Quant aux tables ministérielles elles indiquent, en note de bas de page du tableau (22), les termes d'« *Espérance de vie générationnelle* ».

(20) La Cour constitutionnelle, dont il n'est au demeurant pas sûr qu'elle ait une perception plus précise que le nôtre de ces notions, a estimé, dans une affaire relative aux disparités excessives dans les coûts des traitements hospitaliers (C. Const., 6/2018 et 18 janvier 2018), que le recours du législateur à un panachage des notions de moyenne et de médiane, au nom d'une évaluation raisonnable de ces disparités, n'était pas inconstitutionnelle : voyez DENUIT et J. TRUFIN, « Des tables de mortalité, espérances de vie, durées de vie moyennes et probables et de leur bon usage dans l'évaluation des droits viagers », 1.5.2.

(21) M. DENUIT, message à l'auteur.

(22) A.M. 1^{er} juillet 2018

Il s'agit donc, il faut bien s'en rendre compte, d'une construction spéculative de la part des auteurs de la méthode légale : l'existence d'autres modes de calcul, intellectuellement et scientifiquement comparables, aurait dû, pensons-nous, inciter le législateur à un peu plus d'humilité plutôt qu'imposer comme il l'a fait, sa méthode de façon impérative à tous les notaires et juges, comme si elle était vérité révélée.

Ceci étant posé, abordons à présent les différents facteurs qui composent l'estimation de la durée de vie de l'usufruitier dans l'avenir.

E.1. L'ÂGE

Le fait que l'âge d'une personne ait une influence directe sur son espérance de vie apparaît à première vue relever de l'évidence.

Cependant, on constate qu'en France (23), la loi confère au conjoint survivant une part indivise aliquote de la succession quels que soient son âge et son sexe, ce qui résout la question, laquelle n'existe en Belgique qu'en raison du caractère aléatoire de l'usufruit viager.

Toujours en France, ce n'est que dans le cas du concours avec des enfants communs que le conjoint survivant peut avoir des droits en usufruit.

Encore, dans ce cas, ce dernier a-t-il le choix entre une part fixe (1/4 en pleine propriété) et l'usufruit de toute la succession.

Relevons qu'en France, la conversion judiciaire (24) a lieu en rente viagère seulement, sauf accord des parties.

En Belgique, cette solution, qui était celle prévue par la loi de 1896, n'est presque jamais utilisée.

Or, depuis 2018, en Belgique, les enfants d'une union précédente peuvent exiger la conversion de l'usufruit du survivant, en une part indivise (25) de la succession en pleine propriété.

(23) Article 757 CCF : « Si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux. », Article 757-1 CCF : « Si, à défaut d'enfants ou de descendants, le défunt laisse ses père et mère, le conjoint survivant recueille la moitié des biens. L'autre moitié est dévolue pour un quart au père et pour un quart à la mère.

Quand le père ou la mère est prédécédé, la part qui lui serait revenue échoit au conjoint survivant. » Article 757-2 : « En l'absence d'enfants ou de descendants du défunt et de ses père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession. »

(24) Articles 759 et s. du CCF.

(25) Cas de la demande faite en présence d'enfants non-communs, avant l'aperçu des revendications.

Si l'on compare les deux droits, comment peut-on justifier que ces *droits indivis* du survivant *en pleine propriété* soient constants en France, et variables en Belgique ?

Par ailleurs, dans ce même contexte, on doit se demander si la règle dite « des 20 ans », selon laquelle le survivant est considéré, pour l'évaluation civile de son usufruit, comme ayant 20 ans de plus que l'aîné des descendants issus d'une précédente relation, est fondée en raison (26).

La loi quitte alors la réalité, pour protéger les enfants du premier lit (27), mais cela pose problème :

- tout d'abord, c'est une règle civile, et non fiscale : le conjoint survivant sera taxé sur son âge réel (mais à un taux faible, compte tenu de la vétusté des tables fiscales), alors qu'il ne recevra son capital civil que sur base de son âge fictif (28).
- Ensuite, la Cour constitutionnelle (29) vient de décider qu'imposer une différence d'âge entre beau-parent et bel-enfant (dans le domaine de l'adoption) était discriminatoire.
- Pourquoi n'est-ce pas applicable s'il s'agit d'un enfant commun entre le défunt et le survivant, qui l'aurait engendré avant ses 20 ans ?
- La conversion étant une opération qui n'a en principe d'effet que pour l'avenir (30), et qui peut être demandée longtemps après l'ouverture de la succession — en fait, tant que l'usufruitier vit — que faire si les descendants les plus âgés sont entretemps (31) décédés : doit-on en tenir compte ou non ?
- Cette règle est *de facto* mise hors-jeu en ce qui concerne les biens préférentiels, par l'effet du droit de veto du survivant sur cette conversion (32). Il peut donc dire aux descendants : « Si vous

(26) Pour l'anecdote, un Néerlandais a tenté récemment de se faire *rajeunir* judiciairement de 20 ans, mais le Tribunal d'Arnhem le lui a refusé ce 3 décembre 2018.

(27) Même idée de protection pour les successeurs anomaux, eux aussi désavantagés (ils sont d'une génération au-dessus du conjoint survivant, en principe (mais la règle s'applique aussi aux descendants des successeurs anomaux « primaires », dans l'adoption simple, alors que la *ratio legis* n'existe pas dans ce cas), mais mécanisme différent de protection : eux seuls peuvent demander la conversion.

(28) Il est donc possible que le montant de la taxe soit supérieur à la valeur civile de l'usufruit, qui sera versée à l'usufruitier à l'issue de la procédure en conversion : cette constatation n'émeut cependant pas la Cour constitutionnelle : arrêt 66/2019 du 16 mai 2019, attendu B.4.6.

(29) Arrêt n° 131/2017 du 23 novembre 2017.

(30) Sauf qu'elle rétroagit à la requête en conversion, alors que l'usufruitier a continué à jouir, ce qui est absurde, comme on le verra.

(31) On ne tient pas compte, dans cette problématique, d'enfants prédécédés *de cujus*.

(32) Ceci vaut aussi sur l'ensemble de la valorisation : le survivant peut parfaitement dire aux nus-proprétaires « Je réfute en bloc tout calcul : la moitié de la valeur du bien pour moi, ou bien vous attendrez ma mort avant de toucher quoi que ce soit ». Et cela même s'il n'habite plus les lieux et les donne à bail à un tiers.

m'appliquez l'âge rectifié, alors je refuse la conversion. » Or, pour le cohabitant légal survivant, son droit porte exclusivement sur ces biens, et il est en usufruit (33) : le problème se pose donc inévitablement dans ce cas.

- Enfin, selon les travaux préparatoires (34), la règle des 20 ans ne s'appliquerait pas aux « applications dérivées » des tables légales, comme le calcul de l'indemnité prévue à l'article 914, § 2, 3^o et § 3. Malgré les explications tautologiques du législateur, on ne voit pas très bien comment cette restriction au seul cas de la conversion se justifierait en logique, dès lors que c'est bien la valeur du même usufruit qui doit être évaluée sous un angle ou sous un autre.

Quoi qu'il en soit, la Cour constitutionnelle, sans prendre en considération ces subtilités, a globalement déclaré la règle « des vingt ans » constitutionnelle, dans un arrêt récent (35), au terme d'un raisonnement également tautologique et emprunté au législateur de 1981 (36), et ce, au nom de l'« équilibre » des droits entre le conjoint survivant et les enfants d'un premier lit (37).

Dernière critique quant au facteur de l'âge : « *la valeur de l'usufruit est calculée sur la base des tables de conversion, de la valeur vénale des biens et de l'âge de l'usufruitier* au jour de l'introduction de la requête » (38).

Mais la même disposition porte que : « *L'usufruitier conserve l'usufruit des biens jusqu'au moment où la valeur capitalisée de son usufruit lui est effectivement payée.* »

(33) Article 745*octies* du Code civil.

(34) Amendement n° 15, Doc. Parl. Chambre, s.o., 2017-2018, n° 54-2848/004, pp. 21-22, cité par F. LALIÈRE, « La réserve et le réduction réformées », in *La liquidation des successions*, Anthémis, 2019, p. 83.

(35) Arrêt 66/2019 du 16 mai 2019.

(36) Attendu B.4.4. : « La règle en cause participe de la recherche d'un « équilibre indispensable » entre les intérêts du conjoint survivant et ceux des enfants, étant entendu que tout accroissement des droits de l'un mène à une diminution des droits de l'autre (Ann., Chambre, 5 mai 1981, p. 1843). »

(37) Le législateur a, dit-il (Proposition de loi du 25 janvier 2017, Doc. Parl. Chambre, n° 54 - 2282/001, résumé : « La réforme du droit successoral est fondée sur les lignes de force suivantes : (...) 5. La redéfinition de l'équilibre entre le conjoint survivant et les enfants »), recherché un tel équilibre lors de la réforme de 2017-2018, mais en réalité, il en est venu à favoriser une nouvelle fois, et très nettement, le conjoint survivant (voyez notre étude « Les droits du conjoint et du cohabitant légal survivant », in *La réforme du droit des successions* », Larcier, 2018, pp. 399 à 478).

(38) Article 745*sexies*. Si la capitalisation est un incident du partage de la succession, on pourrait concevoir d'autres modes d'introduction de cette demande, qui tous fixent la date de l'évaluation de l'usufruit : citation en liquidation-partage, conclusions contradictoirement prises devant le Tribunal de la Famille, ou encore note de liquidation adressée au notaire liquidateur au cours de la phase notariale de la procédure.

Or, la procédure peut durer des années, surtout si elle s'inscrit comme un incident dans la liquidation globale de la succession (39) !

Cela est absurde, puisque l'usufruitier continue à jouir de son droit, alors que sa valeur a été fixée en fonction de son âge, et donc de son espérance de vie, à un moment T.

Et « Jusqu'à ce moment cette somme ne produit pas d'intérêt au profit de l'usufruitier (...) » (40) : encore bon ! Ce serait réellement le beurre, l'argent du beurre, et le sourire de la crémière !

E.2. LE SEXE

a. La problématique

Dans la problématique des tables de conversion d'usufruit et similaires, comme aussi dans celle des clauses de tontine et d'accroissement, se place la question du critère du sexe (41).

La question est : les femmes ayant une espérance de vie plus longue que les hommes (42), cette différence peut-elle, voire doit-elle être prise en considération pour déterminer la valeur d'un usufruit viager, ou l'équilibre des chances de survie dans des contrats allouant un bénéfice économique au survivant d'un couple de personnes de sexe différent (43) ?

(39) On ajoutera que les enfants d'un premier lit ne peuvent exiger la conversion qu'en la demandant dans leurs premières revendications, doit à un moment relativement précoce de la liquidation (articles 745^{quater}, § 1^{er}/1 et § 2/1 du Code civil et 1218 du Code judiciaire).

(40) « (...) *sauf si, après que la valeur capitalisée de son usufruit a été définitivement fixée, l'usufruitier décide de renoncer à la jouissance du bien. Dans ce cas, il sera dû à l'usufruitier un intérêt au taux légal dès l'instant où il aura confirmé au nu-propriétaire, par envoi recommandé ou par exploit d'huissier qu'il abandonnait la jouissance du bien, et qu'il le mettait en demeure de lui payer cet intérêt.* » : **ce qui est tout différent, puisque cela vise en fait une mise en demeure d'exécuter une conversion définitivement jugée.**

(41) On pourrait, à la lumière de l'évolution des concepts, se demander s'il faut ici prendre en compte le *sexe* ou bien le *genre* de la personne considérée. Ce n'est pas là pure spéculation intellectuelle, puisqu'un cas récent intervenu à Edmonton (province d'Alberta, Canada) illustre l'intérêt de la problématique : un jeune conducteur s'est en effet déclaré « femme » (et cette déclaration est performative au Canada, comme en Belgique), lors de la souscription de son assurance de responsabilité automobile. D'où une épargne de 91 dollars canadiens par mois, et l'indignation des organisations de défense des transgenres (voyez le site de *Radio-Canada*, les 26 et 27 juillet 2018 : « Il change de sexe pour payer moins d'assurance » et « Mascarade ou coup de génie ? Le changement de sexe d'un Albertain fait réagir »). Il est à noter que ce traitement différencié dans la prestation d'un service serait illégal en Belgique, comme l'explique Jean JACQMAIN dans la section suivante.

(42) Selon les dernières statistiques, 83,8 pour les femmes à la naissance, 79,0, pour les hommes, 81,4 pour la population globale. On constate que la différence de l'espérance de vie décroît avec l'âge (espérance de vie résiduelle), ce qui est normal puisque cette espérance elle-même diminue.

(43) S'ils sont de même sexe, il n'y a plus que la question de l'âge respectif des partenaires.

Dans un raisonnement purement économique, cherchant à évaluer une valeur ou une chance, certainement, mais dans un raisonnement juridique, n'y a-t-il pas là la source d'une discrimination illégale ?

b. Le constat

On constate que les tables ministérielles, établies par application des articles 745*sexies* (44) et 205*bis* (45), sont distinctes selon le sexe, et ce après une longue hésitation du législateur (le projet initial était « unisexe ») (46), mais d'autres tables comparables sont « unisexes ».

Ainsi, les tables, dont l'origine remonte à la première moitié du XX^e siècle, de l'évaluation de l'usufruit pour les Droits d'enregistrement et les Droits de succession (47), sont unisexes.

(44) Et applicables à la conversion de l'usufruit du conjoint ou du cohabitant légal survivant (On pourrait d'ailleurs se poser la question : les cohabitants survivants ont-ils une espérance de vie semblable à celle des veufs et veuves ?). Voyez la table résultant de l'A.M. du 1^{er} juillet 2019, *Moniteur belge*, 3 juillet 2019.

(45) Fixant le plafond des aliments pour les ascendants d'une personne décédée : c'est une disposition particulièrement — et peut-être volontairement — obscure. Voyez la table résultant de l'A.M. du 1^{er} juillet 2019, *Moniteur belge*, 3 juillet 2019.

(46) Voyez les discussions sur ce point dans les documents 53 K 3451/001 et suivants à la Chambre, et 5-2338/3 au Sénat.

(47) Ainsi : Région wallonne : « Article 21 (...) V. Pour les rentes et autres prestations viagères constituées sur la tête d'un tiers, par la multiplication du montant annuel de la prestation par le nombre : 18, si celui sur la tête de qui la rente est créée a 20 ans ou moins; 17, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 20 ans sans dépasser 30 ans; 16, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 30 ans sans dépasser 40 ans; 14, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 40 ans sans dépasser 50 ans; 13, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 50 ans sans dépasser 55 ans; 11, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 55 ans sans dépasser 60 ans; 9,5, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 60 ans sans dépasser 65 ans; 8, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 65 ans sans dépasser 70 ans; 6, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 70 ans sans dépasser 75 ans; 4, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 75 ans sans dépasser 80 ans; 2, si celui sur la tête de qui la rente est créée a plus de 80 ans.

VI. Pour l'usufruit constitué sur la tête d'un tiers, par le revenu annuel des biens calculé au taux de 4 p.c. de la valeur de la pleine propriété multiplié par le nombre indiqué sous le numéro V. »

Région de Bruxelles-Capitale : disposition identique à celle de la Région wallonne.

Région flamande : Code flamand de la Fiscalité « Chapitre 7, Article 2.7.3.2.3. Si un héritier, légataire ou donataire acquiert l'usufruit ou la nue-propriété d'un bien dont la pleine propriété dépend de la succession, ou lorsqu'il reçoit une rente ou pension périodique créée par le défunt, la base imposable est déterminée conformément aux règles tracées par les articles 2.7.3.3.2 et 2.7.3.3.3. (...) » « Article 2.7.3.3.2.

Par dérogation à l'article 2.7.3.3.1, la valeur imposable des biens qui appartiennent à la succession est établie comme suit : (...) 5° Pour les rentes et autres prestations viagères constituées sur la tête d'un tiers : par la multiplication du montant annuel de la prestation par le coefficient d'âge figurant dans le tableau ci-dessous :

Coefficient d'âge âge de celui sur la tête de qui la rente est créée 18 ≤ 20 17 > 20-30 16 > 30-40 14 > 40-50 13 > 50-55 11 > 55-60 9,5 > 60-65 8 > 65-70 6 > 70-75 4 > 75-80 2 > 80 6° pour l'usufruit constitué sur la tête d'un tiers : par le revenu annuel des biens calculé au taux de 4 % de la valeur de la pleine propriété multiplié par le nombre indiqué au point 5° ».

Unisexes aussi, le taux de capitalisation d'une pension alimentaire (48).

Si l'on examine ces tables « unisexes », on s'aperçoit immédiatement qu'elles sont aussi des tables « à la grosse louche », composées de tranches d'âge très grossières.

Les deux aspects sont liés, puisque la différence d'espérance de vie « globale » se trouve elle-même écrasée dans une grosse tranche d'âge.

Enfin, dernière remarque : la création de tables « unisexes » est évidemment techniquement possible, mais il faut bien se rendre compte qu'à partir d'un certain âge, ce seront pratiquement des tables féminines, compte tenu du faible nombre d'hommes vivant à un âge avancé (49).

c. Les facteurs actuariels et l'égalité de genre : discrimination ou non ? (50)

Compte tenu de la coexistence de tables « genrées » et de tables « unisexes », comme aussi de l'hésitation du législateur à ce sujet, il nous a semblé nécessaire, sur le point de savoir si des tables de conversion différentes suivant le sexe constituaient — ou non — une discrimination, de consulter un spécialiste de la question, en la personne de notre estimé collègue Jean Jacqmain.

Celui-ci nous a répondu comme suit :

« Si la Belgique — fédérale et fédérée — dispose aujourd'hui d'un appareil législatif concernant l'égalité entre femmes et hommes, et par ailleurs a dû corriger un grand nombre de dispositions qui causaient ou consacraient des discriminations, c'est en bonne part sous la contrainte, ou au moins l'inspiration, des normes de la Communauté économique / de la Communauté / de l'Union européenne (51).

(48) Le débiteur peut dans ce cas déduire 80 % du capital versé, alors que le créancier n'est taxé (mais, il est vrai, sa vie durant : il y a donc bien ici aussi une idée d'espérance de « vie taxée ») que sur 80 % d'une rente fictive, calculé à un taux très avantageux (article 169 CIR92 et 73 de l'A.R. exécutant le CIR92). Voyez, sur cette problématique souvent ignorée des praticiens : J.-E. BEERNAERT et D. de CALLATAÏ, « La capitalisation en question(s) », *Div. Act.*, 2002, p. 113.

(49) Pour donner un ordre d'idée, 1 centenaire sur 10 seulement est un homme : selon Statbel, au 1^{er} janvier 2015, la Belgique comptait 2.001 centenaires, étant 263 hommes et 1.768 femmes.

(50) Section écrite par Jean JACQMAIN, professeur invité à la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB, vice-président du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes.

(51) Pour un panorama, voy. J. JACQMAIN, « Égalité dans le travail entre les femmes et les hommes », *Guide social permanent — Commentaire droit du travail*; Kluwer, P. II — L. I, 10 s.

Même si la sphère de celles-ci n'inclut pas le droit civil (52), un aperçu du traitement des facteurs actuariels sexués (ci-après : FAS) en droit de l'Union peut donc être instructif.

1. Le droit de l'Union européenne et sa réception en droit national

Parmi l'ensemble des dispositions des traités (droit primaire) et des directives (droit dérivé) consacrées à l'égalité de genre (53), les FAS apparaissent sous trois avatars : en matière d'assurances privées, qui relèvent de l'égalité devant les biens et les services; par surprise et par défaut, en matière de régimes légaux de sécurité sociale; et en matière de régimes « professionnels » (pour parler belge : « complémentaires ») de sécurité sociale, qui relèvent de l'égalité de rémunération.

Chacun a été abordé par la Cour de justice, au fil d'une jurisprudence éparsée et qui reste en évolution sous l'impact d'une innovation récente, que nous devons d'abord évoquer.

1.1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Dernier élément en date du droit primaire, la Charte (54) a le même rang que les TUE et TFUE. Son article 51 précise qu'elle ne peut avoir pour effet d'étendre la sphère de compétence attribuée à l'Union, et que les États membres n'ont l'obligation de la respecter que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de celle-ci.

En outre, sa rédaction avait pu faire croire à un texte purement proclamatoire, mais la Cour de justice n'a pas tardé à lui reconnaître un souffle plus puissant (55).

Ainsi, lorsqu'une directive donne application à un droit inscrit dans la Charte, la Cour déclare aujourd'hui — à l'étonnement général — qu'elle peut exercer un effet direct même « horizontal », c'est-à-dire dans des litiges entre particuliers (56).

(52) Articles 4 et 5 du Traité sur l'Union (TUE); articles 4 à 6, *a contrario*, du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE) : la notion clé est l'*attribution de compétences*.

(53) Pour une exploration, voy. L. MARKEY, « Le principe de non-discrimination en droit communautaire : égalité entre femmes et hommes et autres discriminations » dans CH.-É. CLESSE et S. GILSON (dir.), *Actualités en droit social européen*, Larcier, 2010, pp. 127 et s.

(54) Pour une dissection, voy. F. PICOD et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — Commentaire article par article*, Bruylant, 2018; mise à jour 2019 à paraître.

(55) Voy. A. BAILLEUX, « Préambule » à *Charte...*, *op. cit.*, pp. 17 et s.

(56) Voy. J. JACQMAIN, « Article 23 — Égalité entre femmes et hommes » dans *Charte...*, *op. cit.*, pp. 543 et s.; M. CHAMON, « Europees constitutioneel pluralisme onder druk... », *R.W.*, 2018-19, pp. 922 et s.

Ce dernier développement n'affecte pas l'objet de la présente étude, mais tenons-nous à une constatation plus simple : *une directive ne peut contredire un principe affirmé dans la Charte*.

Or, l'article 20 de celle-ci, qui énonce le principe général d'égalité en droit (57), se renforce aussitôt de l'article 21 (58), lequel interdit les discriminations fondées sur une liste ouverte de critères, dont le sexe, et de l'article 23, relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes « dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération ».

1.2. Biens et services

Adoptée sur la base de l'article 19, § 1^{er} TFUE (qui habilite le Conseil et le Parlement à légiférer pour combattre les discriminations fondées sur divers critères, dont le sexe), la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 vise à garantir l'égalité entre femmes et hommes devant l'accès aux biens et services et leur fourniture.

Cette formulation inclut évidemment les assurances individuelles : aussitôt surgit la question de l'utilisation des FAS pour le calcul des primes et prestations. L'article 5, § 1^{er} de la directive dispose donc qu'à partir du 21 décembre 2007, date limite de transposition, les nouveaux contrats ne pourront plus comporter de différences résultant du recours aux FAS.

Toutefois, un pénible compromis inscrit dans le § 2 autorise les États membres à déroger à cette interdiction; un mécanisme de rapports et d'évaluations, d'une complexité que l'on croirait due à Leonardo da Vinci, est censé servir de garde-fou, mais a pour effet pratique de laisser la faculté d'exception ouverte *ad infinitum*.

Entretenant de refondre sa législation pour transposer en un seul instrument toutes les directives en matière d'égalité de genre (59), la Belgique prévoit, dans l'article 10 de la loi du 10 mai 2007 « tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes » (loi « Genre »), que le recours aux FAS dans les assurances individuelles n'est plus admis à partir du 21 décembre 2007.

(57) Voy. E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE, « Article 20 — Égalité en droit » dans *Charte...*, *op. cit.*, pp. 469 et s.

(58) Voy. les mêmes, « Article 21 — Non-discrimination » dans *Charte...*, *op. cit.*, pp. 489 et s.

(59) Il s'agit plus exactement d'une opération triple qui porte aussi sur les autres critères de discrimination visés par le droit de l'Union, et aboutit aux trois lois du 10 mai 2007, « Race », « Genre » et « générale » : voy. C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten / Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Die Keure/La Charte, 2008.

Cependant, une majorité fédérale différente adopte la loi de cette dernière date (!) qui remplace l'article 10 pour faire usage de l'article 5, § 2 de la directive, mais seulement dans les assurances-vie.

Une association de défense des consommateurs introduit un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, qui interroge la Cour de justice quant à l'incidence d'autres dispositions du droit de l'Union.

Dans son arrêt du 1^{er} mars 2011, *Test-Achats*, C-236/09 (60), la Cour de justice adhère aux conclusions de l'avocate générale J. Kokott. En cours de procédure, le 1^{er} décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux a acquis valeur de traité, et ses articles 21 et 23 fournissent désormais la norme de droit primaire applicable à l'objet du litige. Vu l'utilisation des FAS en matière d'assurances dans divers États membres, il était raisonnable que la directive leur laissât le temps d'y renoncer, mais permettre le maintien illimité d'une différence de traitement contrevient manifestement à la norme.

La Cour déclare donc l'article 5, § 2 invalide à partir du 21 décembre 2012 (l'une des dates qui résultaient du dispositif contesté).

Ainsi informée, la Cour constitutionnelle annule l'article 10 de la loi du 10 mai 2007 (arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011), moyennant le même délai. À nouveau *in extremis*, la loi du 19 décembre 2012 le rétablit dans une rédaction conforme à l'interdiction inscrite dans l'article 5, § 1^{er} de la directive (61).

1.3. Régimes légaux de sécurité sociale

En Finlande, la législation relative aux accidents du travail prévoit que la victime qui conserve une incapacité permanente a droit à une prestation annuelle d'indemnisation, dont elle peut demander le remplacement par l'octroi d'un capital, calculé à l'aide de FAS.

Un homme se plaint ainsi d'avoir reçu moins que s'il avait été une femme et dans le litige qui s'ensuit, la juridiction saisie s'en remet à la Cour de justice.

(60) Tous les arrêts de la Cour de justice (et du Tribunal de l'Union) se trouvant à disposition sur le site www.curia.eu, nous épargnons aux lectrices et lecteurs les renvois rituels à une collection devenue introuvable puis à l'actuelle codification cryptique. Par ailleurs, la jurisprudence pertinente (plus celle de la Cour européenne des droits humains) est recensée et résumée dans J. JACQMAIN, chronique annuelle (novembre) « Égalité de traitement » du *Journal de droit européen*.

(61) Sur l'ensemble de l'affaire, voy. Y. THIERY, « Verzekeren in tijden van genderge-lijkheid » dans *De nieuwe...*, *op. cit.*, pp. 755 et s.; « Het gebruik van geslacht in verzekeringsovereenkomsten... », *R.W.*, 2008-09, p. 346; « La fin de la tarification homme-femme en Europe », obs. sous l'arrêt *Test-Achats*, *J.T.*, 2011, p. 342.

C'est la directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 qui gouverne l'égalité de genre dans les régimes légaux de sécurité sociale. Son champ matériel inclut la réparation des dommages dus aux risques professionnels.

L'article 7 laisse aux États membres la faculté de maintenir des différences de traitement sans contrevenir à la règle de non-discrimination, en divers aspects dont, toutefois, la liste limitative ne mentionne pas les FAS.

Inévitablement, l'arrêt du 3 septembre 2014, X., C-318/13 conclut ainsi que la directive s'oppose au dispositif finlandais en cause.

Le gouvernement national avait tenté de soutenir que les hommes et les femmes ne se trouvaient pas dans des situations comparables à l'égard de la période durant laquelle une victime d'accident du travail devait continuer son existence avec une incapacité permanente; la Cour lui répond que l'invocation de statistiques générales sexuées de l'espérance de vie empêche la comparaison concrète d'une victime masculine avec une féminine dans des conditions identiques.

Il se trouve que la législation belge comporte des dispositions similaires à celles de la Finlande, sauf que la rente d'incapacité permanente ne peut être convertie en capital qu'à concurrence d'1/3. En exécution de l'article 45 de la loi du 10 avril 1971, l'article 6 de l'arrêté royal du 24 décembre 1987 imposait l'utilisation de tables de mortalité sexuées en vue de la conversion.

À la suite de l'arrêt X., un arrêté royal du 30 novembre 2015 a amendé celui de 1987 pour prescrire le recours à des tables désagrégées.

En outre, sous l'inspiration de l'arrêt X., la Commission européenne avait invité chaque État membre à scruter sa législation de sécurité sociale et à vérifier si elle ne contenait pas d'autres recours illicites aux FAS. L'on se rappela ainsi que la loi du 17 juillet 1963 relative à la sécurité sociale d'outre-mer offre une prestation annuelle de retraite; l'arrêté royal du 15 septembre 1965 en organisait le calcul sur la base de tables de mortalité sexuées. Un arrêté royal du 15 mars 2017 a donc dû amender le précédent (62).

1.4. Régimes professionnels de sécurité sociale

Très rapidement dans l'histoire de sa jurisprudence (en fait, mais *a contrario*, dans son premier arrêt « genre », *Defrenne I*, 80/70 du 25 mai

(62) Voy. J. JACQMAIN, *Country report — Gender equality — Belgium 2018*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, p. 35, sur www.equalitylaw.eu.

1971, la fameuse affaire belge), la Cour de justice a tracé une frontière entre régimes « légaux » et « professionnels » de sécurité sociale.

Les premiers ont un caractère général; les seconds reposent étroitement sur la relation de travail qui unit ou a uni tel/le/s salarié/e/s à tel employeur.

À ce titre, les prestations qu'ils procurent et les cotisations qui les financent entrent dans la notion de rémunération, envers laquelle s'impose l'égalité de genre : article 119 CEE / 148 CE / 157 TFUE. Le critère de la relation de travail a conduit la Cour de justice, dans son arrêt du 28 septembre 1994, *Beune*, C-7/93, à déclarer « professionnels » les régimes spécifiques de pension des fonctionnaires, même s'ils sont organisés par voie législative (comme en Belgique : loi organique du 21 juillet 1844).

La Cour de justice avait d'abord estimé que les cotisations de l'employeur à une assurance pension de type « prestation définie » ne relevaient pas de la notion de rémunération au sens de l'article 119 CEE; si leur montant était déterminé à l'aide de FAS, les effets discriminatoires de cette méthode à l'égard des bénéficiaires ne pouvaient se contester sur une telle base (arrêt du 22 décembre 1993, *Neath*, C-152/91).

Elle avait ensuite étendu son raisonnement aux conséquences que des cotisations ainsi calculées produisaient sur les prestations (arrêt du 28 septembre 1994, *Coloroll*, C-200/91).

Par contre, la Cour avait adopté une tout autre approche dans une affaire de fonction publique européenne.

Après que le Conseil avait recruté une Autrichienne qui auparavant avait mené une carrière dans son pays, il avait fallu calculer la valeur de rachat des droits à pension qu'elle y avait acquis, en vue de leur prise en compte dans sa future prestation de retraite à charge de la Communauté européenne; les FAS avaient été utilisés à cette fin.

La contestation qu'éleva l'intéressée aboutit finalement devant la Cour de justice, qui rappela que l'article 1^{er}bis, § 1^{er} du Statut du personnel garantit l'égalité de traitement entre fonctionnaires des deux sexes.

La comparabilité des situations pouvait d'autant moins être mise en question que, postérieurement au début du litige, les institutions européennes avaient opté pour l'utilisation de valeurs actuarielles « uni-sexes », sans craindre de compromettre l'équilibre du budget de la fonction publique. En conséquence, la Cour annula la décision prise par le Conseil envers l'intéressée (arrêt du 11 septembre 2007, *Lindorfer*, C-227/04 P (63)).

(63) *Chr.D.S.*, 2008, p. 302, obs. J. JACQMAIN.

Si les directives s'appliquaient au régime de pension des fonctionnaires européens, elles le considéreraient comme « professionnel » (ci-dessus).

Or, la complexité de la matière avait requis l'adoption d'une directive 86/378/CEE du 24 juillet 1986, qui connut bien des infortunes et fut finalement absorbée par la directive « refonte » 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à l'égalité de genre en matière d'emploi et de travail.

À l'égard des régimes professionnels de sécurité sociale, l'article 9, § 1^{er} de la seconde, clarifiant l'article 12 de la première, fournit une liste de dispositions nationales qui seraient contraires à l'égalité de traitement.

On y lit toutefois :

« h) fixer des niveaux différents pour les prestations, sauf dans la mesure nécessaire pour tenir compte d'éléments de calcul actuariel qui sont différents pour les deux sexes dans le cas de régimes à cotisations définies; dans le cas de régimes à prestations définies, financées par capitalisation, certains éléments peuvent être inégaux dans la mesure où l'inégalité des montants est due aux conséquences de l'utilisation de facteurs actuariels différents selon le sexe lors de la mise en œuvre du financement du régime; (...)

j) fixer des niveaux différents pour les cotisations des employeurs, sauf :

- i) dans le cas de régimes à cotisations définies, si le but est d'égaliser ou de rapprocher les montants des prestations de pension fondées sur ces cotisations;
- ii) dans le cas de régimes à prestations définies, financées par capitalisation lorsque les cotisations patronales sont destinées à compléter l'assiette financière indispensable pour couvrir le coût de ces prestations définies ».

Ainsi, et bien que la Cour de justice n'ait plus eu ensuite à se prononcer sur la question, l'évolution de sa jurisprudence de *Neath* à *Lindorfer* met en doute la validité des facultés d'exception dont jouissent encore les FAS dans la directive 2006/54/CE (ci-dessus) — et dans les législations nationales comme la loi « Genre » dont, bien sûr, l'article 12, § 2 fait fidèlement usage de ces facultés.

Combiné aux enseignements des arrêts *Test-Achats* et *X.*, ce développement paraît mener à la conclusion que la bienveillance de la directive 2006/54/CE à l'égard des FAS n'est pas compatible avec les

articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux, d'autant qu'elle dure en réalité depuis plus de trente ans (64).

En vérité, dès le 17 octobre 2003, le Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes avait exposé (65) que, si en soi segmenter la population visée par un régime d'assurance n'a rien d'illégitime, des critères très variés induisent des différences dans l'espérance de vie (niveau de revenus, environnement, habitudes alimentaires, assuétudes, etc.).

Ne retenir dans la législation que celui du sexe accroît en fait une différence de traitement essentielle qui affecte déjà le calcul des prestations d'un régime complémentaire de pension : celui-ci se fonde sur la rémunération, marquée par l'écart salarial qui perdure (66).

1.5. *Et encore...*

Comme on dit à l'Eurovision, « Ceci clôture le vote de l'Union européenne »... mais peut-être pas du *droit* européen.

Faute de jurisprudence pertinente, nous ne pouvons suggérer que pour mémoire l'apport potentiel de la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange (EFTA Court), qui certes partage le système légal de référence de la Cour de justice de l'Union (en vertu du Traité de l'Espace économique européen), mais se montre capable d'analyses originales (67).

Pour le même motif d'absence de jurisprudence, nous nous bornons aussi à planter le jalon du droit du Conseil de l'Europe.

D'une part, la Charte sociale européenne révisée, qui elle aussi prohibe la discrimination de genre et qui a son gardien, le Comité européen des droits sociaux.

De l'autre, la Convention de sauvegarde des droits humains : à première vue, le recours aux FAS pourrait susciter des requêtes en violation de l'article 1^{er} du Premier protocole (droit de propriété (68)) combiné à l'article 14 de la Convention (interdiction des discriminations, de

(64) Sur l'ensemble de la question, voy. J. JACQMAIN et N. WUIAME, « Gender-based actuarial factors and EU gender equality law », *European equality law review*, 2015/1, pp. 14 et s. sur www.equalitylaw.eu.

(65) Avis n° 77 concernant la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires (laquelle, à l'époque, contenait les dispositions aujourd'hui reprises dans l'article 12, § 2 de la loi « Genre »), disponible sur www.conseildelegalite.be.

(66) Voy. Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, *L'écart salarial entre les femmes et les hommes en Belgique — Rapport 2017*, disponible sur www.igvm-iefh.belgium.be.

(67) Ses arrêts sont disponibles en anglais sur www.eftacourt.int.

(68) Voy. l'arrêt *Stec e.a. c/ Royaume Uni* (req. n° 65731/01 et 65900/01), rendu le 12 avril 2006 par la Cour européenne (gr. ch.), *R.W.*, 2008-09, p. 1061, noot P. LEMMENS.

genre notamment) — et cette fois, sans la contrainte de l'attribution de compétence qui s'impose au droit de l'Union.

2. Le droit belge en roue libre ?

2.1. Un effort constitutionnel

Inscrit par une loi du 21 février 2002, l'article 11*bis*, alinéa 1^{er} de la Constitution énonce : « La loi, le décret ou [l'ordonnance] garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics ».

Suivent trois alinéas consacrés à la « parité » en politique, et les travaux préparatoires (69) montrent que les débats n'ont guère porté que sur cette dimension de l'innovation.

Rappelée lors de chaque élection, celle-ci a éclipsé l'autre modification, due à une deuxième, ou première loi du 21 février 2002, qui a ajouté dans l'article 10 de la Constitution un alinéa 3 : « L'égalité des femmes et des hommes est garantie » (70).

En réalité, l'activité parlementaire a divisé le texte unique que proposait le projet de loi. Celui-ci (71) soulignait la nécessité de compléter la règle générale d'égalité devant la loi (article 10, alinéa 2) par une autre, spécifique au genre, notamment afin d'inscrire dans la Constitution la volonté de conformité à des textes internationaux telle la Convention des Nations Unies sur l'élimination des discriminations envers les femmes (mieux connue sous ses initiales anglaises, *CEDAW*).

On aurait tort de minimiser l'impact de ce dernier instrument puisque sa ratification a suscité en 1991 une sorte d'action positive à usage unique : la déségrégation sexuelle dans l'ordre de succession à la Couronne (actuel article 85 de la Constitution et article 1^{er} de ses dispositions transitoires).

« *Primum non nocere* », impose l'axiome médical d'origine incertaine.

Pour un législateur, la manière la plus élémentaire de « garantir » un principe constitutionnel consiste à y ajuster les textes existants et, surtout, à ne pas y contrevenir dans les nouveaux.

(69) *Doc. parl.*, Chambre, n° 50-1141/5, rapport.

(70) Voy. G. GOEDERTIER, « De wijzigingen aan de grondwet van 21 februari 2002 », *R.W.*, 2003-04, pp. 241 et s.; la réaction de P. POPELIER, *ibid.*, p. 718 et la réponse de l'auteur, *ibid.*, p. 719.

(71) *Doc. parl.*, Sénat, 2000-01, n° 2-465, exposé des motifs.

Par rapport à la jurisprudence consacrée au respect du droit de l'Union européenne, l'on ne peut trouver impressionnante celle qui s'attache aux innovations rappelées ci-dessus.

Cependant, elle ne manque pas d'intérêt puisqu'elle concerne le droit civil.

L'article 10, alinéa 3 de la Constitution a été invoqué sottement dans un recours contre la loi du 13 février 2003 (le « mariage pour tous » belge), que la Cour alors d'arbitrage a rejeté par son arrêt n° 150/2004 du 20 octobre 2004 (72).

Et surtout, c'est à l'égard de l'article 11*bis*, alinéa 1^{er} que la Cour devenue constitutionnelle a annulé l'article 335, § 1^{er}, alinéa 2, 3^e phrase du Code civil : au sujet du choix du nom de l'enfant, cette disposition prévoyait qu'en cas de désaccord des parents, le nom du père s'imposait (arrêt n° 2/2016 du 14 janvier 2016).

2.2. Synergie quand même

La compatibilité de dispositions de droit civil qui utilisent les FAS avec les règles constitutionnelles que l'on vient d'évoquer peut encore être contestée, devant la Cour saisie à titre préjudiciel, voire sous la forme de l'exception d'illégalité (article 159 de la Constitution) si elles figurent dans un acte réglementaire.

À pareille occasion, une évocation des enseignements de la Cour de justice peut-elle présenter aucune utilité ?

L'objection de l'étanchéité des compétences semble assez formelle dans le vaste contexte d'un instrument comme le *CEDAW*.

Plus sérieux serait un choc de doctrines concernant la discrimination directe (la différence défavorable de traitement due exclusivement au critère de distinction mis en cause).

Alors que toutes les juridictions nationales (et, à vrai dire, la Cour européenne des droits humains) considèrent que même une telle discrimination peut se justifier par des raisons légitimes, la Cour de justice affirme avec constance depuis l'arrêt *Dekker*, C-177/88 du 8 novembre 1990, qu'à l'égard du genre, aucune justification n'est jamais admissible (73).

Une divergence si radicale a provoqué l'inutile complexité conceptuelle des trois lois du 10 mai 2007, selon qu'elles traitent ou non d'un objet couvert par le droit de l'Union (74).

(72) *J.T.*, 2005, p. 51.

(73) Voy. J. JACQMAIN et L. MARKEY, « Actualités de la lutte contre les discriminations en droit social » dans E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGENBROECK, *Droit de la non-discrimination*, Bruylant, 2016, p. 128.

(74) Voy. N. WUIAME, L. MARKEY et J. JACQMAIN, « L'égalité entre les femmes et les hommes : la loi du 10 mai 2007 au regard de la directive 'refonte' », *Chr.D.S.*, 2008, p. 4.

Néanmoins, notre évocation de la jurisprudence de la Cour de justice à propos des FAS l'a montrée contrainte d'examiner si l'obstacle de la discrimination directe injustifiable pouvait être contourné par la voie de la comparabilité des situations.

Dans cette mesure, ses réponses peuvent rester pertinentes même lorsqu'on débat des FAS en droit civil. » (75)

d Que conclure ?

Au terme de cette analyse, on pourrait conclure, de façon « normative », que si la condamnation de tables civiles « genrées » par la Cour constitutionnelle n'est pas certaine, elle est néanmoins possible, et se dire que, compte tenu du risque potentiel que fait courir cette éventuelle inconstitutionnalité sur la sécurité juridique du système, il aurait sans doute été adéquat de prévenir tout recours, en adoptant, comme prévu dans le projet initial, des tables « unisexe ».

Mais, à la réflexion, il nous semble qu'il existe deux arguments qui n'ont pas encore été évoqués, et qui font décidément pencher la balance vers une qualification de discriminatoires des tables « genrées ».

Le premier est l'existence d'autres facteurs pertinents que l'âge et le sexe dans la détermination de l'espérance de vie statistique d'un Belge.

En effet, des études qui ont été récemment menées dans notre pays, démontrent que :

- Les Flamands vivent plus longtemps que les Wallons (76),
- Les personnes ayant décroché un diplôme supérieur, ont une espérance de vie plus grande que celles qui n'ont pas reçu une telle formation (77).
- Et les catégories sociales privilégiées, ont également une vie plus longue que les catégories défavorisées (78).

(75) Fin du texte du professeur J. JACQMAIN.

(76) « L'espérance de vie est plus élevée en Flandre qu'à Bruxelles et en Wallonie », site *le Vijf*, 29 août 2018.

(77) BOSSUYT N., VAN OVEN H. Institut Scientifique de la Santé Publique, « Espérance de vie en bonne santé selon le statut socio-économique en Belgique », site *www.iph.fgov.be/epidemiolo*.

(78) Voyez les développements de DENUIT et J. TRUFIN, « Des tables de mortalité, espérances de vie, durées de vie moyennes et probables et de leur bon usage dans l'évaluation des droits viagers », 3.1 et 3.2. Voyez aussi : « Inégalités sociales de mortalité en Belgique De multiples dimensions, de multiples causes », par Interface Demography (Vrije Universiteit Brussel) : Sylvie GADEYNE (professeur), Karen VAN AERDEN (junior research associate), Christophe VANROELEN (professeur) et Didier WILLAERT (chercheur) et Centre de Recherche en Démographie (Université Catholique de Louvain) : Thierry EGGERINCKX (professeur) Catherine GOURBIN (professeur), Paul MAJERUS (chercheur), Bruno MASQUELIER (professeur), Jean-Paul SANDERSON (chercheur) et Christophe VANDESCHRIK (chercheur), site *Causineq (FNRS)*.

Et les différences d'espérance de vie entre les différents groupes qui viennent d'être cités, sont de plusieurs années, et donc d'un ordre de grandeur comparable à celles qui existent entre les hommes d'une part, et les femmes d'autre part.

Pour illustrer notre propos — sans tomber dans la caricature ! —, l'espérance de vie, à un âge identique, de Bart Groenteneter, docteur en sciences flamand et chef d'une entreprise de production de nourriture biologique; est sans nul doute supérieure à celle de Mélody Rosetta, wallonne sous-qualifiée, qui gaspille ses pauvres allocations dans l'achat de cigarettes et de Cara Pils.

Dès lors, isoler, au sein d'autres facteurs pertinents d'égale importance, une variable aussi sensible que le sexe comme *seul* critère — en dehors de l'âge — pour former les tables statistiques légales de valeur de l'usufruit, nous paraît (79) plus qu'une erreur scientifique : une faute juridique consistant en une norme de nature discriminatoire.

Secondement, on relèvera que les tables ministérielles ne sont pas seulement « genrées », mais qu'elles sont également « binaires », opposant la situation des « femmes » à celle des « hommes ».

Or, la Cour constitutionnelle vient d'annuler le 19 juin 2019 (80) l'article 3 de la loi du 25 juin 2017, « en ce qu'il ne prévoit pas, pour les personnes dont l'identité de genre est *non binaire*, la possibilité de modifier l'enregistrement du sexe dans leur acte de naissance afin que cet enregistrement corresponde à leur identité de genre » (81).

Le tout récent arrêté ministériel du 1^{er} juillet 2019 (82), portant tables annuelles de conversion, n'intègre évidemment pas encore la teneur de cet arrêt — pourtant d'annulation et donc de portée totalement législative —, et ne crée pas une colonne pour les personnes « non-binaires ».

Le calcul des données de cette colonne serait — sera — sans doute mission impossible : la population des personnes qui se déclareront « non-binaires » sera sans doute trop faible, et leur profil trop hétérogène pour en former une catégorie unique, sans compter qu'il n'existe évidemment aucunes données disponibles sur la durée de vie d'une catégorie de personnes dont l'existence légale ne date que du 19 juin 2019.

(79) Au rebours de l'aphorisme de TALLEYRAND.

(80) Arrêt 99/2019 du 19 juin 2019.

(81) Elle annule aussi 62*bis*, § 3, alinéa 2, du Code civil, tel qu'il a été remplacé par l'article 3 de la loi précitée du 25 juin 2017, en ce qu'il prévoit que le changement de sexe est en principe irrévocable : la possibilité, que nous signalions à la note 41, qu'une personne fasse à l'officier de l'état civil une déclaration de changement de sexe, afin de bénéficier d'un taux de conversion plus favorable, avant de revenir immédiatement après, toujours par simple déclaration, à son sexe d'origine, n'est donc nullement hypothétique.

(82) A.M. du 1^{er} juillet 2019, *Moniteur belge*, du 3 juillet 2019.

En conclusion, pour ces deux raisons, nous estimons que les tables de conversion, en ce qu'elles sont « genrées », sont inconstitutionnelles.

E.3 L'ÉTAT DE SANTÉ

L'article 745*sexies* prévoit un seul cas où le juge peut s'écarter des tables légales, qui s'appuient sur la statistique, et donc un grand nombre d'individus, constituant une « population » à laquelle appartient l'usufruitier dont question, pour considérer le cas d'espèce dudit usufruitier, considéré en lui-même : le mauvais état de santé de l'usufruitier.

Il est exprimé en ces termes : « *Toutefois, lorsque, en raison de l'état de santé de l'usufruitier, sa durée de vie probable est manifestement inférieure à celle des tables statistiques, le juge peut soit refuser la conversion, soit écarter les tables de conversion et fixer d'autres conditions de conversion.* »

Cette disposition nous paraît problématique.

D'un point de vue juridique :

- Tout d'abord, pourquoi est-ce le seul cas où le juge peut écarter les tables, alors que cela se justifierait aussi dans d'autres cas, comme celui de la conversion partielle relative à un seul bien, dont le taux de rendement peut être déterminé *in concreto* (voir ci-dessous) ?
- Que fait-on dans les cas où la conversion peut, selon la loi, être exigée (article 745*quater*) : le mauvais état de santé est-il une cause de refus générale, même dans ces cas ?
- Enfin, comment le juge doit-il évaluer alors l'usufruit, s'il ne refuse pas la conversion ? La loi ne dit strictement rien à ce sujet. Prendra-t-il en compte l'espérance de vie réelle de l'usufruitier ?

D'un point de vue mathématique :

- Cette exclusion fausse les tables, qui tiennent compte de toutes les personnes, malades ou bien portantes.
- Et comment prouver le mauvais état si l'usufruitier refuse de se soumettre à l'expertise ? Il y a là un problème grave de vie privée : on peut imaginer l'usufruitier qui ne veut pas que les nuspropriétaires connaissent sa maladie et aient accès à son dossier médical. On bien encore l'usufruitier qui ignore sa maladie, ou la gravité de celle-ci, et auquel l'expertise le révèle contre son gré.
- La loi ne permet pas de prendre en considération les comportements « morbides », résultant d'une mauvaise hygiène de vie (tabac, alcool, obésité...), ou une hérédité défavorable (les cancers chez les Bonaparte...), mais qui n'ont pas encore donné lieu à un maladie déclarée.

- Ni, à l'inverse, la longévité potentielle exceptionnelle d'un descendant de Jeanne Calment et vegan de surcroît.

F. LA VALEUR DES BIENS

La valeur des biens successoraux est, dans le calcul de la conversion, une valeur « neutre », puisqu'une augmentation de cette valeur profite aussi bien à l'usufruitier qu'au nu-propriétaire.

Cependant, on peut reprendre ici la critique faite au sujet de la différence de temps — qui peut se compter en années — entre le moment de la demande de conversion, qui est celui auquel les paramètres de la conversion, dont la valeur des biens, sont définitivement fixés; et le moment où la conversion est définitivement jugée et réalisée : en cas de forte variation de valeur entre ces deux moments, le calcul peut s'en trouver faussé sans remède.

On nous répliquera que, pour le rapport et la réduction, c'est bien pire, puisque, depuis la réforme (83), on tient compte pour ces opérations de la valeur des biens au jour de la donation, indexée selon l'évolution des prix à la consommation, jusqu'au décès, et cela, quelle que soit la valeur réelle de ces biens au jour du décès, ou du partage.

Mais n'est-ce pas le sophisme de la double faute ?

G. LE TAUX DE RENDEMENT

La prise en considération du rendement des biens est indispensable — puisqu'elle détermine l'étendue du *fructus* — mais la question n'est pas simple.

Si la conversion est partielle et ne porte que sur certains biens (un immeuble un compte d'épargne, un portefeuille d'actions), alors il est possible de déterminer assez précisément le rendement réel de l'objet de la conversion.

Ou, au moins, de déterminer ce rendement au moment de la conversion, que l'on supposera, pour le calcul, constant dans l'avenir : il est en effet, même pour les meilleurs économistes, impossible de pronostiquer l'évolution future de ce rendement : ceci tient à l'idée même de la conversion, qui échange, comme nous l'avons dit plus haut, de l'« aléatoire » contre du « certain ».

Mais s'il s'agit d'un ensemble de biens divers, l'exercice devient bien plus difficile.

Et quand certains biens ne génèrent aucun revenu (tableau, lingots d'or, Sicav de capitalisation...) alors le problème devient insoluble,

(83) Articles 858 et 922 du Code civil.

puisque le nu-propiétaire pourrait prétendre : « Donnez-moi le bien contre rien, puisque 50.000 euros x 15 ans d'espérance de vie x 0 % de rendement = 0 euro »; ce à quoi l'usufruitier pourrait répliquer : « Mais si je pouvais vendre le bien et le réinvestir dans des certificats immobiliers, j'en tirerais 3 % de revenus par an, et c'est vous qui, par votre nue-propiété, empêchez cette opération ».

D'où l'emploi, pour toutes les tables, que ce soient les tables légales ou celles qui les ont précédées (Ledoux, Schryvers...), d'un taux de rendement moyen, appliqué aux biens de toute nature composant la masse successorale.

Il n'est sans doute pas possible de résoudre le problème autrement.

Encore faut-il déterminer le plus adéquatement possible le « rendement moyen des biens » en Belgique.

On le sait, le législateur a choisi, sur le conseil du Bureau fédéral du Plan, de se référer au taux de rendement de certaines obligations, les OLO.

N'étant pas économiste, nous serions dans l'incapacité de juger de la pertinence de ce choix (84)... si le législateur n'avait lui-même fait l'aveu de ce que son choix était — ou en tout cas pouvait devenir — inadéquat, puisque, moins d'un an (85) après avoir créé les tables légales, il a dû intervenir en catastrophe pour déterminer que le taux de rendement minimal à prendre en considération était de 1 % (86).

En réalité, cela a surtout pour effet que *tout* le calcul légal relève à présent du « gros doigt mouillé », puisqu'il dépend d'un facteur extrêmement grossier, le 1 % tout rond de rendement minimal.

Quel sens cela a-t-il alors de rechercher l'espérance de vie d'une personne en différenciant hommes et femmes, et en la calculant avec deux chiffres après la virgule (87) ?

Quand on se rend compte que cette imprécision porte sur une variable qui est *déjà* étendue à tous les biens sous usufruit par une généralisation, sans doute inévitable, mais en tout cas génératrice de « grossièreté », on en vient à se demander si tous ces savants calculs sont encore de mise, pour un résultat qui tient du « pif-paf-pouf ».

(84) Ce choix n'apparaît pas déraisonnable à DENUIT et J. TRUFIN, « Des tables de mortalité, espérances de vie, durées de vie moyennes et probables et de leur bon usage dans l'évaluation des droits viagers », 2.2. Par contre CH. JAUMAIN en fait une critique sévère, et, pour autant que nous puissions en juger, justifiée, dans son récent article « Vices et vertus des lois « Usufruit » du 22 mai 2014 et 19 juin 2016 », *R.G.E.N.*, 2019/4, n° 27.197.

(85) Loi du 22 mai 2014, modifiant celle du 30 juillet 2013.

(86) On lira — pour notre part avec consternation — les développements contenus dans le document parlementaire 54K1825/1, parlant d'une valeur *négative* de l'usufruit.

(87) Comme l'exige pourtant l'article 745*sexies*.

Par ailleurs, lorsque l'on compare avec d'autres tables de même nature, on s'aperçoit de différences sensibles, et inexpliquées :

- Pour le calcul de la rente ou du capital exigible par l'ascendant en vertu de l'article 205*bis* (88), on constate que le taux minimal de rendement est de ...0 % (89). Qu'est-ce qui justifie cette différence avec l'article 745*sexies* ?
- Dans les tables fiscales régionalisées (droits d'enregistrement, droits de successions (90)), on s'aperçoit que le taux de rendement est plus fort (4 %), mais le facteur d'espérance de vie est au contraire plus faible (car ces tables sont très anciennes : elles datent des années 1930) : de nouveau, cela apparaît relever du « gros doigt mouillé », avec, en plus, le fait que celui-ci

(88) Art. 205*bis*. « § 1^{er}. **La succession de l'époux prémourant, même séparé de corps, doit des aliments au survivant si celui-ci est dans le besoin au moment du décès.**

§ 2. *La succession de celui qui est décédé sans laisser de postérité doit des aliments aux ascendants du défunt qui sont dans le besoin au moment ou en raison du décès. Ces aliments sont alloués soit sous la forme d'une rente viagère mensuelle fixée comme l'aurait été la rente due, le cas échéant, du vivant du défunt en application de l'article 205, soit sous la forme d'un capital correspondant à la valeur capitalisée de cette rente viagère.*

Le montant des aliments octroyés sous la forme d'un capital ou de la valeur capitalisée de la rente viagère ne peut excéder le quart de la masse visée à l'article 922 par la ligne des ascendants.

Le montant du capital ou la valeur capitalisée de la rente viagère est déterminé en tenant compte de l'espérance de vie du créancier telle qu'elle résulte des tables de mortalité prospectives belges publiées annuellement par le Bureau fédéral du Plan et des taux d'intérêt moyens sur la dernière année des obligations linéaires dont la maturité est inférieure à l'espérance de vie du créancier. Les taux d'intérêt à prendre en compte sont appliqués après déduction du précompte mobilier et ne peuvent être inférieurs à 0 % par an. Le ministre de la Justice établit chaque année, sur la proposition du Bureau fédéral du Plan, deux tables, l'une pour les hommes et l'autre pour les femmes, qui permettent de calculer le montant du capital ou de la valeur capitalisée de la rente viagère selon le mode prévu à l'alinéa 3. À l'exception des premières tables, ces tables sont établies au 1^{er} juillet de chaque année. Elles sont publiées chaque année au Moniteur belge.

§ 3. *La pension alimentaire est une charge de la succession. Elle est supportée par tous les héritiers et, au besoin, par les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument.*

Toutefois, si le défunt a déclaré que certains legs doivent être acquittés de préférence aux autres, ces legs ne contribuent à la pension que pour autant que le revenu des autres n'y suffise point.

§ 4. *Si les aliments ne sont pas prélevés en capital sur la succession, des sûretés suffisantes seront données au bénéficiaire pour assurer le paiement de la pension.*

§ 5. *Le délai pour réclamer la pension alimentaire est d'un an à partir du décès.*

§ 6. *La succession est dispensée de l'obligation visée aux §§ 1^{er} et 2 si le demandeur est indigne de venir à cette succession, sans distinction selon qu'il est ou non effectivement appelé à cette succession. »*

(89) Encore bon qu'il ne puisse être négatif, auquel cas l'ascendant dans le besoin aurait dû payer la rente ou le capital !

(90) Nous saisissons l'occasion pour dénoncer avec vigueur le fait que ces codes ne soient pas disponibles pour le public dans une version gratuite, consolidée, et publiée par l'autorité publique elle-même : comment alors prétendre, dans la société de l'internet, que « nul n'est censé ignorer la loi » ?

n'appartient pas à la même main, et que, comme l'on dit, « que ta main gauche ne sache pas ce que fait ta main droite » (91).

- On constate que pour la capitalisation de la pension alimentaire (92), le taux de la rente fictive taxée dans le chef de celui qui reçoit le capital, varie en raison de l'âge, et ce de façon dégressive : n'est-ce pas bizarre, compte tenu de l'existence du facteur qu'est le taux de capitalisation, et du fait qu'il s'agit d'une imposition qui est — forcément — viagère ?

H. TAUX DE CAPITALISATION

Il faut encore prendre en compte l'avantage que procure un capital payé immédiatement — et dont la partie non immédiatement « mangée » peut être placée pour produire un intérêt — par rapport à une perception de fruits étalée dans le temps.

C'est le taux de capitalisation qui prend en compte ce facteur.

Comme il concerne, dans la généralité des cas, un capital monétaire, son évaluation ne pose pas de problème particulier aux actuaires, pour lesquels cette question est banale.

I. CONCLUSION

Au terme de cette analyse, on constate la méthode légale imposée à toute conversion litigieuse d'usufruit suscite de multiples interrogations, voire même de franches critiques.

On aurait encore pu en formuler d'autres, parmi lesquelles celles-ci :

- Pour les « biens préférentiels », le droit de veto du conjoint ou cohabitant légal survivant réduit tout le calcul légal à néant, puisque l'usufruitier peut dire : « *C'est très bien de me proposer 15,67 % de la valeur de l'immeuble que j'habite, mais si vous ne me donnez pas 50 %, je refuse la conversion, et je vais vivre aux Bahamas avec le loyer de l'immeuble* » (93), et vous attendrez mon décès avant de revoir la pleine propriété ».
- La loi ne prévoit rien pour l'usufruit éventuel, bien que le calcul de cette valeur ne soit pas impossible (94).

(91) *MATTHIEU* 6.3.

(92) Article 169 CIR 92 et article 73 de l'A.R. CIR 92. Voyez : J.-E. BEERNAERT et D. DE CALLATAÏ, « La capitalisation en question(s) », *Div. Act.*, 2002, p. 113.

(93) Le conjoint survivant doit habiter le bien au décès (ou en avoir été écarté contre son gré, si c'est conforme à l'équité : cas d'une femme battue), mais plus après.

(94) J.-L. LEDOUX, M. DENUIT, E. BEGUIN et D. STERCKX, « Capitalisation de l'usufruit éventuel : « Tables Ledoux », *R.N.B.*, 2012, pp. 330-339.

Malgré toutes ces critiques, le législateur a prévu que ses magnifiques tables seront appliquées à toute conversion d'usufruit (95), même non successoral : il les a en effet incluses dans le droit commun de l'usufruit à l'article 624/1 (96) ... à ceci près que la demande de conversion de l'usufruit ne s'applique pas à ces hypothèses, mais seulement à l'usufruit que le conjoint ou cohabitant légal survivant tient du prémourant (97).

Lors de la réforme du droit des successions qui a abouti aux lois de 2017 et 2018, l'attention du ministre a été attirée sur les problèmes suscités par les tables légales, et les critiques quasiment unanimes à leur égard lui ont été relayées.

Cependant, le Gouvernement préféra s'en référer au Bureau fédéral du Plan, qui, sans créer de surprise, estima que son œuvre était parfaite et ne devait aucunement être modifiée.

En conséquence, aucune modification ne fut apportée au système légal.

Peut-être, dans un avenir plus ou moins proche, un autre ministre de la Justice se penchera de nouveau sur le droit patrimonial de la famille (98), et acceptera de remettre sur le métier la problématique de la conversion de l'usufruit du survivant.

Dans cette perspective, nous nous permettons de plaider, une fois encore (99), pour que, quelle que soit la méthode légale retenue, la loi ouvre au juge — comme pour la future méthode d'évaluation des contributions alimentaires (100) — une possibilité d'*opting out*, qui lui permettrait de substituer un autre calcul, plus adéquat dans le cas d'espèce (101), moyennant une motivation *ad hoc*.

(95) Ainsi qu'à d'autres calculs prenant en compte la valeur d'un usufruit, comme l'usufruit continué (858*bis*, § 3, du Code civil), le calcul de l'indemnité à payer par les légataires aux descendants évincés par le conjoint survivant ou le cohabitants légal survivant, aux termes de l'article 914, § 2, 3^e et § 3, ou pour la réduction d'une libéralité pour remplir le conjoint survivant de sa réserve abstraite (article 920, § 3), le tout sous réserve de l'application — ou non — de la règle dite « des 20 ans » à l'ensemble de ces évaluations, ou seulement à la conversion proprement dite (voyez ci-dessus sur cette controverse).

(96) Article 624/1 : « *Sauf si les parties en ont convenu autrement, la valeur capitalisée d'un usufruit viager ou d'une nue-propriété grevée d'un usufruit viager se calcule conformément à l'article 745sexies, § 3.* »

(97) Mais (article 745quinquies) « *qu'il soit légal ou testamentaire ou qu'il résulte d'un contrat de mariage ou d'une institution contractuelle* ».

(98) Notamment, pour tracer le sort des cohabitants légaux et de fait, grands oubliés de la réforme.

(99) A. CH. VAN GYSEL, « L'usufruit du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant : les inconvénients d'une solution idéale », in *La famille et son patrimoine en questions*, Anthémis, 2015, pp. 266 et s.

(100) Article 1322 du Code judiciaire.

(101) Notamment, comme nous l'avons déjà souligné plusieurs fois dans cette étude, lorsque la conversion est partielle et ne porte que sur un bien ou un groupe restreint de biens.

LA RENTE DES ASCENDANTS D'UN DÉFUNT MORT SANS POSTÉRITÉ

Jean-Luc LEDOUX

Professeur émérite UCL

Notaire honoraire

Juge de paix suppléant honoraire

Actuaire

1. — Mise en situation

Dans son œuvre de révision du droit successoral, le législateur s'est penché sur les droits d'un ascendant d'un défunt mort sans postérité et a revu l'article 205*bis* du Code civil.

En 2017, dans leur commentaire pratique, Ph. De Page et I. De Stefani avaient abordé la question mais déjà nous avions pensé qu'ils l'avaient fait un peu maladroitement; D. Sterckx en 2018 et ensuite en 2019 avait repris le problème d'une manière exhaustive.

Malheureusement, cela avait tourné à la controverse assez piquante entre Madame De Stefani et Maître Sterckx. Les avatars en sont repris dans des textes dont les références figurent dans cette *Revue* (2018, pp. 720 et s., 2019, pp. 396 et s.) et accessoirement dans un commentaire des tables de conversion de l'usufruit et de la rente des ascendants que nous avons publié en 2018 (pp. 757 et s.); Madame De Stefani marqua son désaccord avec Maître Sterckx dans un ouvrage collectif publié chez Larcier sous l'égide de la Fédération royale du notariat belge (« Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions » sous la direction de Charlotte Aughuet, I. De Stefani « La réserve et la réduction, III. — Les ascendants », n^{os} 13 et s., pp. 163 et s., spéc. n^{os} 17 et s.).

2. — Le choix d'une rente viagère

On soulignera tout d'abord que le nombre de cas connus est très faible et on est en peine d'en citer au travers de la jurisprudence.

L'article nouveau donne tout d'abord un choix aux ascendants créanciers de la succession : un capital ou une rente viagère et mensuelle. Une fois ce choix fait, on examine si une limite est dépassée : le quart de la succession calculé selon l'article 922 du Code civil.

Si le choix d'une rente est fait, comment calculer celle-ci ? C'est la valeur actuelle qui doit être prise en compte et c'est le sens que les actuaires donnent aux mots « valeur actuelle » qu'il faut prendre en compte : c'est la manière de calculer le capital nécessaire pour servir une rente viagère à un moment déterminé dans le temps, c'est-à-dire au moment du décès qui ouvre la succession.

Il convient de signaler que viennent d'être publiées les tables 2019 que nous reproduisons à la fin de ce numéro spécial, pp. ????

3. — Quelques mots de la rente viagère

Il convient de dire quelques mots sur les éléments constitutifs nécessaires au calcul de la valeur capitalisée d'une rente viagère.

a) Il faut fixer la durée de vie qu'il reste au créancier de la rente et ce n'est pas une valeur absolue et fixe mais elle dépend de la façon dont on calcule et il y en a de nombreuses; en l'espèce, le législateur a choisi l'espérance de vie générationnelle.

b) Un taux d'intérêt (appelé taux d'actualisation) et ici encore le législateur a imposé un taux lié aux obligations linéaires. On soulignera que plus le taux d'actualisation est bas, plus le capital constitutif devra être élevé. Le législateur a fait choix du taux 0 mais rien n'aurait empêché d'autoriser des taux négatifs.

c) La rente est-elle variable dans le temps et spécialement évolue-t-elle comme le coût de la vie par exemple ? Il semble que le législateur ait refusé cette hypothèse. Une rente en progression géométrique était calculable : il suffisait de déduire le taux de progression du taux d'actualisation. Une indexation basée sur le coût de la vie était-elle calculable ? Pas vraiment parce que les actuaires ne sont pas des devins mais ils auraient pu faire des hypothèses. Dans les circonstances que nous vivons, on aurait sans doute abouti à des taux négatifs mais on vient de voir que c'eût été concevable.

4. — Qui a calculé la rente ?

L'on se rappellera que, pour la conversion de l'usufruit, il avait été demandé à l'Institut des actuaires (IA/BE), au Bureau du Plan et à la Fédération royale du notariat belge de proposer des tables au Ministre de la Justice. Rien de tout cela, d'après nos informations, pour le calcul de la rente des ascendants.

Qu'en est-il ressorti ? On croirait que l'on a vraiment cherché à ce que les gens, même avec une éducation mathématique, soient incapables de reconstituer les colonnes chiffrées ou même de se rendre compte des basculements de taux. Ainsi, comme nous l'avons déjà souligné l'année dernière dans cette *Revue* (pp. 758 et 759), on n'a pas cru bon d'indi-

quer le taux utilisé et d'autre part, plutôt que d'indiquer que les calculs étaient faits pour une rente de 1 euro payable par douzième à terme échu, on a présenté des calculs pour une rente de 1.200 euros par an. Insistons encore pour que la prochaine édition de 2020 soit confiée au même trio que les tables de conversion d'usufruit, même si le problème se présente rarement.

5. — Résumé

La demande d'un capital à charge de la succession n'est pas une bonne idée pour le crédientier car encore faudra-t-il qu'il le gère, ce qui est loin d'être évident, à moins que de le convertir auprès d'une société d'assurances en une rente viagère mais alors il sera perdant à peu près sûrement.

S'il opte pour une rente viagère, son montant, initialement estimé en fonction de critères alimentaires, devra dans certains cas, être réduit de manière à ce que la valeur capitalisée n'excède pas le quart de la masse fictive de l'article 922 du Code civil.

LA PLANIFICATION PATRIMONIALE AU MOYEN D'OPÉRATIONS ALÉATOIRES SUR DEUX TÊTES

Gilles DE FOY (1)

Avocat Associé — Bazacle & Solon
Maître de conférences invité à l'UCLouvain

Résumé

Les opérations aléatoires sur deux têtes tels que la clause de tontine, la clause d'accroissement, la clause de réversion, l'usufruit successif du conjoint/cohabitant légal survivant et le contrat d'assurance-vie constituent des méthodes utiles de planification patrimoniale qu'il convient d'examiner au regard des circonstances propres à chacun.

La présente contribution aborde, au travers d'exemples concrets, ces opérations tant du point de vue de leurs implications civiles — notamment au regard du nouveau droit des successions et des libéralités — que de leurs implications fiscales — compte tenu des prétentions grandissantes de l'administration à soumettre ces opérations à l'impôt. Les écueils, et parfois les difficultés d'interprétation auxquels les praticiens sont confrontés, seront également mis en lumière.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	665
Chapitre 1^{er}. La tontine	
Section 1 ^{re} . Définition et caractéristiques de la clause de tontine — analyse civile	667
Section 2. La clause de tontine en tant que contrat onéreux et aléatoire	667
Section 3. La clause de tontine au regard de la clause d'accroissement	669

(1) L'auteur tient à remercier M^e Jennifer DAS ainsi que M^e Camille GOOSSE pour leur aide précieuse dans la rédaction de la présente contribution.

Chapitre II. La clause d'accroissement

Section 1 ^{re} .	Définition et caractéristiques de la clause d'accroissement — analyse civile	672
§ 1 ^{er} .	Principes	672
§ 2.	Intérêt que présente l'adoption d'une clause d'accroissement au regard du droit civil	678
§ 3.	La sortie d'indivision et l'application de l'article 815 du Code civil à la convention d'accroissement pendente conditionne	679
§ 4.	La clause d'accroissement constitue-t-elle un pacte sur succession future ? ..	681
Section 2.	La convention d'accroissement au regard du droit fiscal	683
Section 3.	Clause d'accroissement et abus fiscal.....	688
Section 4.	La clause d'accroissement en pratique	691

Chapitre III. La réversion conventionnelle

Section 1 ^{re} .	La clause de réversion d'usufruit au regard du droit civil des successions et des libéralités..	696
Section 2.	Analyse fiscale de la clause de réversion.....	697
Section 3.	La clause de réversion d'usufruit en pratique	698

Chapitre IV. L'usufruit légal successif : conséquences civiles et fiscales en pratique

Section 1 ^{re} .	L'usufruit légal successif du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant	701
Section 2.	Caractéristiques de l'usufruit légal successif du conjoint et du cohabitant légal survivant.	703
Section 3.	<i>Quid</i> du souhait du donateur de priver son partenaire de cet usufruit ?	704
Section 4.	Possibilité pour le conjoint survivant ou pour le cohabitant légal survivant de renoncer à cet usufruit successif	704
Section 5.	<i>Quid</i> des modalités prévues par le donateur dans l'acte de donation ?	705
Section 6.	Traitement fiscal de l'usufruit légal successif	705
§ 1 ^{er} .	Traitement fiscal successoral de l'usufruit légal successif.....	705
§ 2.	Traitement fiscal de la renonciation à l'usufruit successif par le conjoint ou le cohabitant légal survivant.....	706
Section 7.	Usufruit légal successif ou clause de réversion d'usufruit ?	707

Chapitre V. Le contrat d'assurance-vie

Section 1 ^{re} .	Position de l'Administration fédérale (AGDP) et du service des Décisions Anticipées (SDA).....	708
Section 2.	Réforme du droit des régimes matrimoniaux et position du Vlaamse Belastingdienst (VLABEL).....	710
Section 3.	Problématique de la notion de « valeur » reprise dans l'article 8 du Code des droits de succession.....	712
Section 4.	L'article 7 du code des droits de succession, un autre fondement à la taxation aux droits de succession du contrat d'assurance-vie ?.....	716
Section 5.	La cession de droit <i>post mortem</i>	717
Conclusion		720

Introduction

1. Les opérations aléatoires sur deux têtes viennent compléter utilement les techniques d'organisation patrimoniale et successorale classiques des habitants du Royaume (de Belgique).

Nous analyserons dans la présente contribution (I) *la clause de tontine*, (II) *la clause d'accroissement*, (III) *la clause de réversion*, (IV) *l'usufruit successif du conjoint/cohabitant légal survivant* et (V) *le contrat d'assurance-vie* lesquelles opérations entraînent des effets sur le plan civil — au moment de la survenance de l'aléa lié à la durée de la vie humaine — et ce tant à l'égard des biens visés par de telles opérations qu'à l'égard des personnes qui ont contracté. De ces effets civils découlent des conséquences inévitables sur le plan fiscal que l'administration fiscale tend pourtant à malmener.

2. Étant donné le tarif des droits de succession élevé (dans les trois Régions) sur les attributions entre tierces personnes, il était souvent inséré une *clause de tontine* dans l'acte d'acquisition d'un immeuble (par exemple logement familial) par deux personnes vivant en union libre. Dans le cadre d'une clause de tontine en pleine propriété, le survivant est réputé avoir acquis à titre onéreux directement les droits (alors détenus par l'acquéreur prémourant) du cédant. La cession d'immeuble sis en Belgique en faveur de l'acquéreur survivant est alors frappée du droit de vente en lieu et place de droits de succession.

3. Toutefois, la pratique a par la suite développé les opérations entre les co-acquéreurs seuls à l'exclusion du cédant, à savoir *la convention/*

la clause d'accroissement (2). Dans la mesure où la relation tripartite propre à la tontine rend obligatoire le recours au cédant, force a été de constater que dans les faits un tel recours était purement artificiel. C'est pour cette raison que la tontine a finalement cédé le pas à la clause d'accroissement.

La technique de la clause d'accroissement s'est développée afin d'éviter, par le jeu de l'aléa sur deux têtes, qu'un droit de propriété ou d'usufruit sur un immeuble ou un meuble ne tombe dans la succession d'un prémourant avec des conséquences civiles en raison du caractère onéreux de l'opération sur le plan du rapport, de la réduction et de la conversion de l'usufruit du conjoint/cohabitant légal survivant. La part du prémourant vient ainsi accroître la part du survivant.

En outre, la clause d'accroissement confère malgré tout au co-indivisaire une sécurité juridique par rapport à un testament qui demeure révocable à tout moment ou à une donation entre époux consentie hors contrat de mariage et qui est également révocable *ad nutum* par le donateur.

4. Contrairement aux opérations précitées qui portent sur des biens indivis et qui supposent une réciprocité dépendante d'un aléa, la clause de réversion est la stipulation par le donateur (ou vendeur) que le droit qu'il s'est réservé dans le cadre d'une donation consentie par lui (ou une vente) sera attribué à un tiers (généralement son partenaire) au moment de son décès. Nous envisageons les conséquences fiscales de la réversion. Dès lors qu'il s'agit d'un droit éventuel, si le tiers désigné vient à prédécéder, la clause ne donnera lieu à aucune conséquence d'ordre civil ou fiscal.

5. Après avoir analysé les opérations conventionnelles prédécrites, nous étudierons l'usufruit successif du conjoint/cohabitant légal survivant. La réforme civile des successions et des libéralités, entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2018, a en effet vu naître un nouveau droit en faveur du conjoint/cohabitant légal survivant : *l'usufruit successif du conjoint/cohabitant légal survivant*. Il s'agit d'un droit successoral légal par lequel l'usufruit que s'était réservé le défunt donateur jusqu'à son décès est recueilli de plein droit par le conjoint/cohabitant légal survivant jusqu'à son décès. Cet usufruit éventuel suppose notamment une donation antérieure vis-à-vis de laquelle le défunt donateur s'est réservé l'usufruit sa vie durant mais également que le donateur décède avant son conjoint/cohabitant légal.

6. Enfin, nous ne pourrions clôturer notre contribution consacrée aux opérations aléatoires sur deux têtes sans évoquer la technique des

(2) Dans la suite de l'exposé, l'expression « clause d'accroissement » visera tant la simple clause d'accroissement que la convention d'accroissement (voy. n° 16).

contrats d'assurance-vie au regard des derniers développements dérivant de la réforme des régimes matrimoniaux mais également de l'évolution de la fiscalité successorale dans les trois Régions. L'administration fiscale tend de plus en plus à ignorer la réalité propre à ces contrats aléatoires qui reposent sur une ou plusieurs têtes assurées, quitte à mélanger les concepts fondés sur un aléa sur deux têtes !

Chapitre I^{er}. La tontine

Section 1^{re}. Définition et caractéristiques de la clause d'accroissement — analyse civile

7. La tontine est un mécanisme juridique ancien qui poursuit les mêmes objectifs que la clause d'accroissement qui l'a remplacée dans la pratique, à savoir transférer les biens indivis d'un co-acquéreur prémourant au profit du survivant d'eux. Ainsi, au terme d'une telle clause insérée dans l'acte d'achat, « *chacun des acquéreurs acquiert des droits sur le bien faisant l'objet de la convention sous la condition suspensive de sa survie et la condition résolutoire de son prédécès* » (3).

Plusieurs modalités peuvent être attachées à la clause de tontine, qui peut être conclue :

- entre (plus de) deux personnes;
- insérée dans un acte d'achat, de donation ou suite à un autre mode d'acquisition du bien;
- relativement à un bien meuble ou à un bien immeuble;
- et peut avoir pour objet un droit en pleine propriété ou un autre droit réel, tel qu'un usufruit ou un droit d'habitation (4).

Section 2. La clause de tontine en tant que contrat onéreux et aléatoire

8. À l'instar de la clause d'accroissement (voy. *infra*), la clause de tontine est un contrat à titre **onéreux** et **aléatoire**.

Le contrat à titre onéreux est défini par l'article 1106 du Code civil qui dispose que « *le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ».

En l'espèce, chacune des parties s'est engagée à attribuer à son co-contractant — dans l'hypothèse où ce dernier lui survit — sa part dans le bien qu'ils détiennent en indivision, et c'est **l'incertitude** dans le

(3) C. ROUSSIEAU, « Copropriété volontaire, tontine et accroissement : comment en sortir ? », in *La séparation du couple non marié* (Dir. J. SOSSON), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 172.

(4) B. VERLOOY, « Tontine, mede-eigendom en genotsvergoeding », *R.A.B.G.*, 2012/5, p. 317.

chef de chacune des parties quant à l'identité du prémourant qui réside à la base du caractère onéreux de cette clause (5).

Le contrat aléatoire revêt comme particularité que « la chance de gain ou le risque de perte sont placés, (...) au centre de l'échange économique qui forme la base du contrat » (6).

Le Code civil n'apporte dans un premier temps des éclaircissements sur les contrats aléatoires qu'en les mettant en perspective avec les contrats commutatifs.

Voy. l'article 1104 du Code civil qui dispose :

« Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.

Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ».

9. Au regard de ce qui précède, force est de constater que la clause de tontine requiert nécessairement d'être commutative pour être aléatoire, ce qui confirme également que le caractère onéreux du contrat doit s'apprécier dans le chef de **chacune** des parties.

Le Code civil apporte par ailleurs des précisions quant aux effets du contrat aléatoire en son article 1964 qui précise que les avantages et pertes, « soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ».

L'article 1964 du Code civil induit à cet égard les observations suivantes :

- L'événement incertain vise, dans le cas de la clause de tontine, le décès d'une des parties à la tontine;
- Cette disposition énumère les contrats qui constituent des contrats aléatoires – le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari ainsi que le contrat de rente viagère — mais ne fournit pas une liste exhaustive (« *notamment* »).
- Par ailleurs, il est permis de se poser la question — à la lecture combinée des articles 1104 et 1964 précités — de l'existence d'une contradiction dès lors que le premier suppose la conclusion d'un contrat dont l'aléa s'apprécie dans le chef de chacune des parties, alors que le second indique que les avantages ou les

(5) N. NIJBOER, « Contractuele regelingen tussen echtgenoten en samenwoners — Samenwoners. Tontine — en aanwasbedingen », *T.E.P.*, 2008/4, p. 293.

(6) B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires — Livre III — Titre XII », *J.T.*, 2004/12, n° 6132, p. 328.

pertes en jeu s'apprécient soit dans le chef de toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles.

Nous rejoignons à cet égard la lecture du professeur Dubuisson qui conclut à l'absence de contradiction dès lors que, pour autant que l'aléa affecte bien les deux parties, rien ne fait obstacle à ce qu'un engagement définitif et parfaitement déterminé dans son étendue naisse dans le chef de l'une des parties seulement (7).

Une telle question perd toutefois de son intérêt en présence d'une clause de tontine, dès lors que l'enjeu qui consiste à acquérir la part de son cocontractant dans le bien indivis est partagé par chacune des parties.

10. Tel qu'il l'est examiné en ce qui concerne la clause d'accroissement — qui constitue désormais le procédé juridique habituellement utilisé —, la clause de tontine doit faire état, pour être considérée avoir été conclue à titre onéreux, **des chances égales de chacune des parties d'acquérir le bien objet de la convention.**

Pour ce faire, il y aura lieu d'avoir égard aux chances de survie de chacune d'elles qui doivent être considérées comme équivalentes, à défaut de quoi il y aura lieu de compenser cette inégalité. Cette compensation peut notamment revêtir les formes suivantes (8) :

- Un investissement financier asymétrique, à savoir un financement à l'origine plus important de la part de celui qui bénéficie des chances de survie plus élevées au moment de la conclusion de la clause;
- Lors du décès du prémourant (par hypothèse celui dont l'espérance de vie était plus faible), le paiement par le survivant d'une somme déterminée lors de la conclusion de la clause à ses ayants-droit;

Section 3. La clause de tontine au regard de la clause d'accroissement

11. Il est traditionnellement enseigné que la clause de tontine a comme particularité, par rapport à la clause d'accroissement, d'être intrinsèquement liée au contrat principal auquel elle se rapporte, de sorte qu'elle doit nécessairement y figurer.

Il en résulte ainsi une relation tripartite, à laquelle le vendeur (ou le donateur) se retrouve partie prenante dès le moment où il est l'auteur de la clause de tontine.

(7) B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires — Livre III — Titre XII », *op. cit.*, p. 328.

(8) N. NIJBOER, *op. cit.*, p. 295.

12. Au regard de l'intérêt que présente pour les acquéreurs l'insertion d'une clause de tontine dans l'acte de vente — à savoir permettre au survivant d'acquérir à lui seul la propriété du bien concerné — se pose la question de savoir ce qui justifie cette « nécessaire » intervention du vendeur.

Il nous a semblé opportun, pour ce faire, de retourner aux prémices de la clause de tontine, qui trouve son origine au XVIII^e siècle. Lorenzo Tonti, banquier napolitain établi à Paris, a imaginé une association de rentes viagères dans le cadre de laquelle les affiliés payaient des cotisations, dont le capital et les intérêts étaient, à terme, partagés entre les différents investisseurs toujours en vie à ce moment-là (9).

Le mécanisme de la tontine tel qu'il a été conceptualisé à l'origine justifiait donc l'intervention d'un *tiers* à la convention, dès lors que c'était ce dernier qui attribuait les montants ainsi capitalisés aux candidats acquéreurs.

Cette technique a également été utilisée au sein des congrégations qui avaient pour souhait de permettre et de maintenir la transmission du patrimoine acquis en leur sein. Ce procédé étant tombé en désuétude à la suite de l'adoption de la loi du 26 juin 1921 attribuant aux associations sans but lucratif une personnalité juridique, il n'a été réutilisé qu'à partir des années 1970 en vue d'être transposé lors de l'acquisition d'un bien immobilier, généralement par des personnes non mariées, afin de protéger — sur le plan civil — le survivant d'entre eux des héritiers du prémourant et d'éviter, sur le plan fiscal, que celui-ci se voit imposé aux tarifs prohibitifs des droits de succession (10).

Prenons pour exemple la clause Defrénois ayant pour objet le transfert de la pleine propriété du bien au survivant, rédigée comme suit (11) :

« Le vendeur déclare vendre aux acquéreurs, qui acceptent, chacun sous la condition suspensive de survie et sous la condition résolutoire de prédécès, de sorte que le survivant des acquéreurs sera considéré comme ayant toujours été propriétaire et que le prémourant sera considéré comme ne l'ayant jamais été ».

La clause dite « Raucent », quant à elle, porte uniquement sur l'usufruit :

« Chacun des époux acquiert du vendeur une moitié indivise du bien, et en outre, sous la condition de sa survie, l'usufruit de l'autre ».

(9) A. CULOT, « Toute l'actualité sur la clause d'accroissement et ses incidences en droits d'enregistrement et de succession », in *Mélange Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 469.

(10) *Ibidem*, p. 469.

(11) *Ibidem*, p. 470.

moitié vendue à son conjoint, lequel n'en a la jouissance que sous la condition résolutoire de son prédécès, de sorte que les héritiers du premier mourant n'auront la jouissance de leur moitié qu'au décès du survivant des acquéreurs » (12).

13. Au regard de ce qui précède, force est de constater que les éléments essentiels de la clause de tontine qui prévalaient lors de sa création — dont notamment l'intervention d'un tiers à ce mécanisme — ont été par la suite purement et simplement transposés à une situation dont les circonstances concrètes auraient pourtant justifié une adaptation de ce mécanisme, en supprimant l'intervention du tiers, afin de correspondre au mieux à la réalité.

À partir de ce moment, il ne s'agissait en effet plus de droits consentis par un tiers au profit du (ou des) survivant(s) à l'opération envisagée, mais d'une opération dont les droits et obligations concernaient uniquement les acquéreurs entre eux.

Le vendeur n'avait en réalité plus aucun intérêt à intervenir ultérieurement dans le cadre des modalités de la clause de tontine une fois la vente intervenue, de sorte que son intervention était purement *fictive*, ce qui a généré des discussions notamment en ce qui concerne la question de la rétroactivité.

14. C'est notamment en raison de ce caractère *artificiellement* tripartite (13) lié à l'application des conditions suspensives et résolutoires que la pratique notariale a élaboré une alternative à la clause de tontine par la rédaction de clauses d'accroissement (14) mettant en œuvre uniquement des conditions suspensives (voy. *infra*) par lesquelles le survivant des acquéreurs acquiert la pleine propriété du bien au décès de l'acquéreur prémourant :

« En outre, les acquéreurs conviennent qu'au décès du prémourant d'eux et sans effet rétroactif, la pleine propriété ou l'usufruit de la part du prémourant dans l'immeuble ci-après décrit accroîtra la part du survivant, si toutefois, ce dernier en manifeste la volonté par acte notarié endéans les quatre mois du décès du prémourant, et ce à peine de forclusion.

(...) ».

(12) Circulaire n° 17 E.E.93.225 du 22 octobre 1992, www.fisconetplus.be.

(13) M. VAN MOLLE et A.-S. GIGOT, « Accroissement et réversion *anno* 2019 : outils de planification patrimoniale », *R.P.P.*, 2019,1-2, p. 6; N. VERHEYDEN-JEANMART, « Ménage de fait », *Rép. not.*, Tome I, Les personnes, Livre 10, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 98-5.

(14) Il a été fait mention de cette distinction dès les années 1980 : N. VERHEYDEN-JEANMART, « Ménage de fait », *Rép. not.*, Tome I, Les personnes, Livre 10, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 98-2.

Cette distinction a également fait l'objet de critiques dans le monde doctrinal (15), et force est de constater que le même objectif gouverne les deux opérations, de sorte que dans le monde de l'actuariat ces deux procédés sont présentés comme indissociables et formant une même opération, l'accroissement étant le mécanisme mis en œuvre dans le cadre de l'application d'une clause de tontine (16).

15. En cas de requalification en libéralité, dès lors qu'il s'agirait d'une donation sous condition suspensive (et sous condition résolutoire), il y aurait lieu de prendre en compte le taux en vigueur à la date de l'acquisition originaire, alors que la base imposable est déterminée au jour du décès du prémourant (17).

Chapitre II. La clause d'accroissement

Section 1^{re}. Définition et caractéristiques de la clause d'accroissement — analyse civile

§ 1^{er}. Principes

16. La convention (ou clause) d'accroissement — à l'instar de la clause de tontine, voy. *infra* — n'est pas définie par un texte légal, mais résulte de réflexions doctrinales (18) et peut être définie comme « *un contrat, à titre onéreux parce qu'aléatoire, par lequel plusieurs parties s'accordent pour que chacune d'elles cède à l'autre des biens ou leur quote-part, sous la condition suspensive de son prédécès* » (19).

17. Cette opération suppose donc l'existence d'une **indivision** entre les parties concernées (20), ainsi que l'a confirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 2 avril 2009 (21), et elle ne sortira ses effets que moyennant la réalisation d'une **double condition suspensive asymétrique** : chaque partie cède à l'autre ses droits indivis dans un bien sous la condition suspensive de son prédécès, de sorte qu'au premier

(15) N. VERHEYDEN-JEANMART, « Ménage de fait », *Rép. not.*, Tome I, Les personnes, Livre 10, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 98-5, qui cite également LARROUMET, note sous Cass. fr. (ch. civ.), 11 janvier 1983, *Dal.-Sir.*, 1983, jur., p. 502.

(16)

(17) J.-P. NEMERY DE BELLEVAUX, note sous Mons, 16 mai 2014, *J.D.F.*, 2014, p. 348.

(18) *Ibidem*.

(19) G. VAN ELDER et G. BAUDOUX, « Clause d'accroissement : qu'est-ce qui distingue les conjoints des cohabitants ou plein feu sur les mobiles déterminantes et les motifs non fiscaux », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/9-10, n° 27.154, p. 585; G. DE FOY, « Premières applications de la notion d'abus fiscal en matière de droits d'enregistrement et de succession — Jurisprudence et positions administratives. Aperçu de l'application dans les trois Régions », *Rec. gén. enr. not.*, 2019/3, n° 27.185, pp. 86 et s.

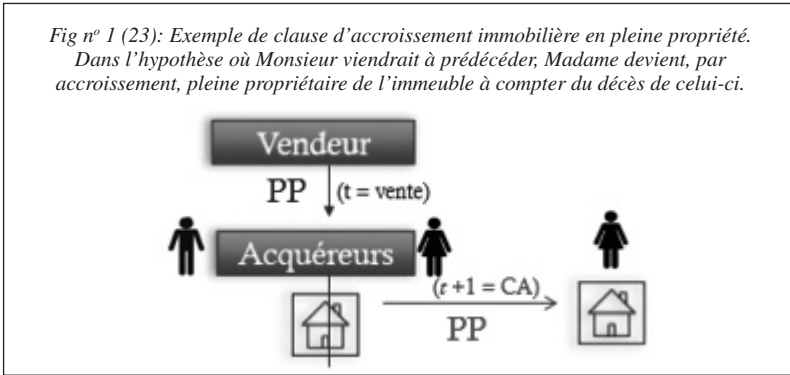
(20) A. HEINDRYCKX, « Le traitement fiscal de l'accroissement et de la réversion d'usufruit en matière de donations : le point dans les trois Régions », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/7, n° 27.119, p. 292.

(21) Cass., 2 avril 2009, *Rev. not. belge*, 2009, p. 809.

décès, les droits du prémourant sur le bien concerné sont transférés au survivant.

18. La convention d'accroissement peut ainsi porter sur des biens acquis en indivision ou porter tant sur des biens propres des partenaires que sur des biens acquis par des époux mariés sous le régime de la communauté en remploi de fonds propres (22). Par contre, une telle convention ne peut pas viser des biens communs, sous peine de violer le principe d'ordre public de l'immutabilité des régimes matrimoniaux.

Fig n° 1 (23): Exemple de clause d'accroissement immobilière en pleine propriété.
Dans l'hypothèse où Monsieur viendrait à précéder, Madame devient, par accroissement, pleine propriétaire de l'immeuble à compter du décès de celui-ci.



19. La convention d'accroissement peut également porter sur des biens propres mis en accroissement par plusieurs personnes (par exemple des partenaires qui conservent des comptes propres), mais cela suppose nécessairement une gestion indivise. Il est dès lors conseillé à chacune des parties d'apporter les valeurs mobilières (déterminées sur la base de l'aléa) faisant l'objet d'un accroissement sur un compte indivis *ad hoc*.

20. La convention d'accroissement est une convention autonome qui vient d'ordinaire s'attacher à une convention principale translatrice de propriété (acte de vente, acte de donation). Ce transfert de droit se réalise au moment de la survenance de l'aléa sans effet rétroactif (24), de sorte que le survivant est censé acquérir les droits du prémourant par accroissement.

(22) D. MICHIELS, « Livre 7 / Thème 13 — Tontine et accroissement de biens meubles », in *Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 117-120.

(23) Dans le cadre des illustrations, il est toujours pris comme hypothèse que l'homme précède à la femme.

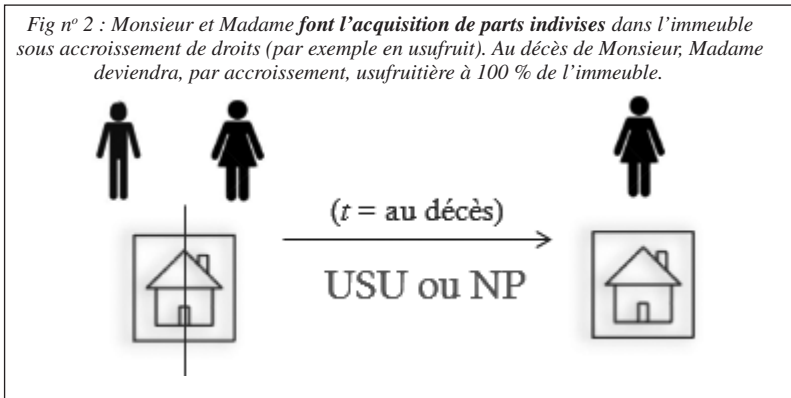
(24) Circ. adm., 22 octobre 1992, *Rec. gén. enr. not.*, 1993, n° 24.189, p. 97; V. GOLDSCHMIDT et L. DE SELYS LONGCHMAPS, « La clause d'accroissement », in *Quelques questions de transmission patrimoniale relatives au couple et à la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 41, n° 9; Voy. toutefois certains auteurs qui considèrent qu'une clause d'accroissement pourrait avoir un effet rétroactif : H. CASMAN, « Conventions entre titulaires de droits actuels », in *Le notaire, votre partenaire, aujourd'hui et demain. Journées notariales des 17-18 septembre 1992*, Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1992, p. 236; J. BAEL, « Les clauses d'accroissement et de tontine » in *op. cit.*, p. 653.

21. Au contraire de ce qui prévaut en matière de tontine, cette interprétation n'empêche en aucun cas que dans le cadre d'une clause d'accroissement en usufruit, l'enfant héritier du coacquéreur prémourant puisse bénéficier du tarif préférentiel prévu à l'article 60^{ter} C. succ. sur la dévolution du logement familial. En effet, la condition de la détention d'une part en pleine propriété dans le chef du prémourant *ne* fait en l'espèce *pas* défaut au jour de son décès en l'absence d'effet rétroactif lié à la clause d'accroissement.

À cet égard, l'accroissement peut porter tant sur la pleine propriété, la nue-propriété que sur l'usufruit d'un bien quelle que soit sa nature (bien meuble, immeuble, incorporel, etc.).

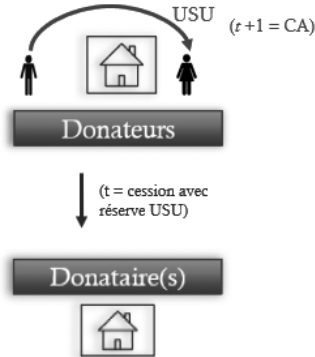
22. Pareille convention est insérée généralement dans l'*instrumentum* en tant que clause spécifique (*clause*) entre (I) *co-acquéreurs* / (II) *co-vendeurs* / (III) *co-donateurs* / (IV) *co-donataires*, mais contrairement à la clause de tontine, la convention d'accroissement peut tout-à-fait faire l'objet d'une *convention* séparée :

(I)



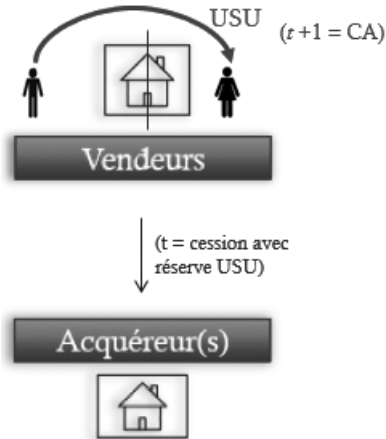
(II)

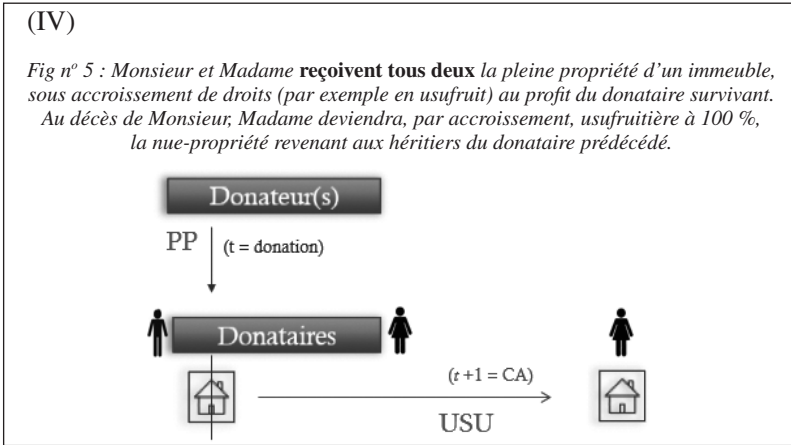
Fig n° 3 : Monsieur et Madame **cèdent tous deux**, avec réserve d'usufruit, leur part indivise dans l'immeuble sous accroissement de droits (par exemple en usufruit) au profit du survivant d'entre eux. Au décès de Monsieur, Madame deviendra, par accroissement, usufruitière à 100 % de l'immeuble tandis que l'acquéreur demeure nu-proprétaire jusqu'au décès de Madame.



(III)

Fig n° 4 : Monsieur et Madame **donnent tous deux**, sous réserve d'usufruit à leur profit, leur part indivise dans l'immeuble sous accroissement de droits (par exemple en usufruit). Au décès de Monsieur, Madame deviendra, par accroissement, usufruitière à 100 % de l'immeuble tandis que l'acquéreur demeure nu-proprétaire jusqu'au décès de Madame.





23. À l'instar de la clause de tontine, la convention d'accroissement est une convention conclue **à titre onéreux** : « l'obligation de l'un forme la cause de l'obligation de l'autre » (25).

Ceci a pour conséquence, sur le plan du droit civil successoral, que les héritiers ne peuvent demander ni le rapport (en ce qui concerne les opérations réalisées avant le 1^{er} septembre 2018), ni la réduction.

24. Ainsi, l'élément essentiel de l'accroissement est **l'aléa** (le décès) qui repose sur deux (ou plusieurs) têtes — à savoir les coindivisaires — et à la survenance duquel le patrimoine du prémourant viendra accroître celui du/des survivant(s).

Des discussions sont apparues quant à la question de savoir s'il serait toujours question de conventions à titre onéreux lorsque, de l'examen de l'aléa, il ressort que les parties à la convention ne partagent pas la même espérance de vie, soit en raison de l'état de santé de l'une d'elles, soit en raison d'une plus grande différence d'âge.

25. À titre liminaire, il convient de souligner que l'aléa qui est au cœur de la convention d'accroissement doit être déterminé **au moment de l'établissement de la convention ou de la clause d'accroissement sur la base d'une table de mortalité publiée au choix des parties, et non au moment de la réalisation de l'aléa.**

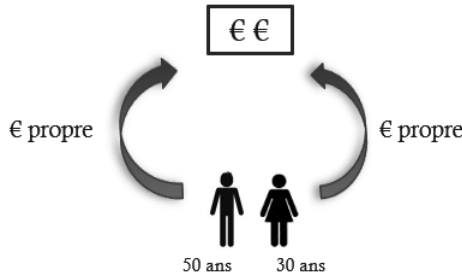
26. Un premier courant de pensée estime qu'il y a lieu, pour ce faire, de prendre en considération la durée de vie prospective des parties à la convention d'accroissement mais pas le genre, conformément à la

(25) B. CARTUYVELS, « Les conventions d'accroissement. Quelles difficultés en 2007 ? », in *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, sous la direction de N. BAUGNIET et J.-FR. TAYMANS, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2008, p. 229.

jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (26) qui condamne le recours, dans les contrats conclus après le 20 décembre 2012, au critère du sexe comme facteur de différenciation des primes ou des prestations d'assurance.

Dans l'hypothèse où un déséquilibre serait constaté dans les prestations de chacune des parties, il y aurait lieu de le compenser par l'entremise des mêmes procédés que ceux exposés en présence d'une clause de tontine (voy. *supra*, en ce qui concerne le paiement de sommes différentes ou l'attribution d'une somme aux héritiers du prémourant dont les chances de survie étaient plus faibles que celles de son partenaire).

Fig. 6 : Monsieur et Madame apportent tous deux sur un compte bancaire une somme d'argent propre à chacun. En raison de la différence d'âge entre les parties (20 ans), il y aura lieu de déterminer la clé de répartition des apports sur la base de l'aléa déterminé au moyen de tables prospectives de mortalité. Par hypothèse, au décès de Monsieur, Madame deviendra, par accroissement, pleine propriétaire de tout le patrimoine sous convention d'accroissement.



27. Certains auteurs considèrent, quant à eux, qu'il y a lieu d'avoir égard à l'appréciation *subjective* qu'ont les parties de l'équivalence de leurs prestations, de sorte que l'on ne pourra requalifier la clause/convention d'accroissement en libéralité qu'en présence d'une **intention libérale** (27), ceci nonobstant — par exemple — l'existence d'une différence d'âge entre elles.

En tout état de cause, les parties ainsi que leurs conseils seront bien avisés de rédiger une clause d'accroissement propre à leur situation particulière afin, le cas échéant, de compenser une éventuelle inégalité des chances existante entre elles, ceci tant au regard des conséquences civiles que fiscales, dès lors qu'en pareille hypothèse, il ne pourra être

(26) CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, C-236/09.

(27) M. PUELINCKX-COENE, « Overzicht van rechtspraak — Giften (1985/1992) », *T.P.R.*, 1994, p. 1686, n° 129; B. CARTUYVELS cite l'exemple d'un couple dont une personne est plus âgée et en moins bonne santé que son partenaire, mais qui aurait toutefois intérêt à conclure une telle convention nonobstant le risque plus élevé de ne pas en être la bénéficiaire (B. CARTUYVELS, *op. cit.*, p. 230).

question d'un appauvrissement dans le chef d'une des parties au profit de l'autre (28).

En l'absence d'aléa, et donc du caractère onéreux, l'accroissement sera requalifié en transmission entre vifs à titre gratuit avec toutes les conséquences civiles et fiscales qui en dérivent.

§ 2. *Intérêt que présente l'adoption d'une clause d'accroissement au regard du droit civil*

28. Sur le plan civil, la clause d'accroissement offre une certaine **sécurité juridique** (29) **à des coindivisaires qui n'auraient pas établi de déclaration de cohabitation légale et qui n'auraient pas contracté mariage** : alors qu'un testament est révocable *ad nutum* par le testateur, la clause d'accroissement est une convention qui requiert le consentement de chacune des parties pour être modifiée.

La clause d'accroissement offre également **certaines avantages aux couples mariés**, notamment en permettant d'étendre la protection successorale du conjoint survivant — les héritiers réservataires du prémourant ne pourront se prévaloir de l'action en réduction dans la mesure où il s'agit d'un acte à titre onéreux — et en évitant qu'une indivision ne soit créée relativement à un bien déterminé.

29. L'administration considère, *à tort*, que les conventions d'accroissement entre époux et cohabitants légaux présume une libéralité entre partenaires nonobstant la présence d'un aléa, en particulier lorsqu'il s'agit d'une convention d'accroissement sur des biens meubles établies dans les trois ans du prédécès d'un co-indivisaire (voy. *infra* n^{os} 40-42).

Au regard des conséquences fiscales attachées à la clause d'accroissement qui pourrait s'avérer moins avantageuse pour les époux et les partenaires que l'imposition aux droits de succession (30) la pratique a développé la rédaction de clauses d'accroissements *optionnelles* : le bénéficiaire de la clause profitera dès lors d'un laps de temps après le décès du prémourant pour choisir s'il désire voir appliquer la clause d'accroissement, la dévolution légale ou la dévolution testamen-

(28) D. MICHIELS, « Livre 7/Thème 8 — Tontine et accroissement : introduction », in *Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2010, p. 91; B. CARTUYVELS, *op. cit.*, p. 231.

(29) D. MICHIELS, « Livre 7/Thème 8 — Tontine et accroissement : introduction », *op. cit.*, p. 90.

(30) Le conjoint survivant, le cohabitant légal et (en Région flamande) le cohabitant de fait peuvent, sous conditions bénéficier de l'exonération aux droits de succession du logement familial qu'ils recueillent.

taire (31). Une autre solution consiste également à prévoir que la clause d'accroissement prendra fin de plein droit au cas de mariage entre les parties (32).

§ 3. *La sortie d'indivision et l'application de l'article 815 du Code civil à la convention d'accroissement pendente conditione*

30. La clause d'accroissement constitue une exception à l'article 577-2, § 4 du Code civil qui dispose de manière générale que « *le copropriétaire peut disposer de sa part et la grever de droits réels* ».

Dans la mesure où chacune des parties se voit interdire, par la conclusion de la convention d'accroissement, de disposer du bien aussi longtemps que celles-ci se trouvent en indivision, se pose la question de savoir s'il leur est possible de faire application de l'article 815 du Code civil pour sortir de cette indivision.

31. Suivant l'enseignement de la Cour de cassation dans un arrêt du 20 septembre 2013 (33), l'article 815 du Code civil ne s'applique pas à l'indivision dite « volontaire », telle que l'achat d'un bien en indivision. Pour déjouer cette difficulté légale, il est depuis lors devenu habituel d'insérer dans l'acte d'achat une clause de sortie d'indivision, qui permet d'appliquer, par analogie et sur une base conventionnelle, l'article 815 du Code civil dans une telle situation, ce qui permet à chacun des co-indivisaires de solliciter le partage conformément aux articles 1207 et s. du Code judiciaire.

32. Ultérieurement, la Cour de cassation s'est prononcée à nouveau sur les effets d'une indivision volontaire dans un arrêt du 6 mars 2014 (34), en consacrant une nouvelle hypothèse de caducité du contrat par disparition de sa cause : « *En considérant que, dès lors que la cause de la convention qui se situe « dans les liens affectifs existant entre les copartageants et qui a pour but la gestion commune du bien et la garantie des droits de chacun après le décès de l'un d'entre eux » « perd sa raison d'être » lorsque ces liens sont rompus, de sorte que la clause*

(31) M. VAN MOLLE et A.-S. GIGOT, « L'accroissement et la réversion. Mécanismes conditionnels de transmission du patrimoine en vue de sa conservation », in *L'option, la condition, le terme et la substitution. Effets civils et fiscaux sur l'organisation et la transmission d'un patrimoine*, Anthémis, Limal, 2017, p. 39.

(32) B. CARTUYVELS, *op. cit.*, p. 231.

(33) Cass., 20 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1733.

(34) D. MICHELS, *Tontine et accroissement*, Mechelen, Kluwer, 2008, p. 8; F. BOUCKAERT, note sous Cass., 2 avril 2009, *Rev. not. belge*, 2009, p. 817; V. SAGAERT, « De Beëndiging van conventionele onverdeeldheden. Nee, of toch ? », in *Tendensen Vermogensrecht 2015*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 112-114; E. WELING-LILJEN, « Copropriété volontaire versus copropriété ordinaire. Réflexion à la suite des arrêts de la Cour de cassation du 20 septembre 2013 et du 6 mars 2014 », note sous Cass. 3 mars 2014 et Cass. 20 septembre 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 283; V. WYART, « De la clause de tontine à la liberté du partage », *J.T.*, 2015/28, n° 6614, pp. 619-621.

de tontine est sans effet et « qu'une indivision ordinaire » naît ainsi entre les parties, l'arrêt justifie légalement sa décision que le défendeur peut réclamer le partage en vertu de l'article 815 du Code civil ».

Au regard de ce qui précède, l'on peut en conclure qu'alors que la relation d'affection entre les parties avait conduit à l'adoption de la clause d'accroissement entre elles, leur séparation a fait perdre à cette clause sa raison d'être, de sorte que l'indivision qui les liait est devenue ordinaire et non plus volontaire, et que l'article 815 du Code civil peut être valablement appliqué.

33. Notons enfin que la convention d'accroissement est généralement conclue pour une durée déterminée reconductible tacitement, ce qui permet aux parties de pouvoir sortir d'indivision au terme d'un certain laps de temps. Sur la base du raisonnement adopté par la Cour de cassation dans son arrêt précité, il semble que nonobstant le terme qui y est attaché, la clause d'accroissement — ayant perdu sa raison d'être — cesse immédiatement d'exister (35).

Certaines clauses d'accroissement sont par ailleurs limitées conventionnellement par la réalisation de certains actes juridiques (par exemple mariage des coindivisaires, déclaration de cohabitation légale, ...), de façon à maintenir une certaine sécurité juridique en adéquation avec les paramètres fiscaux.

34. Dans le cadre de la réforme relative au droit des biens (36), le législateur vise notamment à modifier le régime relatif à la copropriété volontaire dont relève par définition la clause d'accroissement.

Alors que celui-ci entend généraliser le principe contenu dans l'article 815 du Code civil aux copropriétés fortuites, l'extinction de la **copropriété volontaire** serait régie par l'article 3.92 nouveau du Code civil qui distingue selon que la copropriété volontaire a été conclue pour une durée déterminée ou indéterminée.

Ainsi, à considérer que le texte soit adopté, lorsque la copropriété a été **conclue pour une durée déterminée**, il y aura lieu de respecter le terme convenu (37). L'article 3.92, alinéa 2 du Code civil traite en substance de l'opposabilité d'une telle clause vis-à-vis des créanciers du(des) tontinier(s) et dispose qu'« *une copropriété volontaire à durée déterminée n'est opposable aux tiers, moyennant transcription dans les registres de la conservation des hypothèques si des immeubles sont*

(35) C. ROUSSIEAU, « *Copropriété volontaire, tontine et accroissement : comment en sortir ?* », *op. cit.*, p. 186.

(36) Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 3 « les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. Parl.*, Ch., 2017-2018, n° 54-3348/001.

(37) C. ROUSSIEAU, *op. cit.*, p. 22, qui rappelle la présence de la force obligatoire des conventions.

concernés, que pour le restant de sa durée et, au maximum, pendant cinq ans » (38).

En ce qui concerne ensuite la copropriété volontaire **conclue pour une durée indéterminée**, l'article 3.92, alinéa 3 du Code civil accorde à chacun des copropriétaires un droit de résiliation unilatéral, moyennant un délai raisonnable ne pouvant excéder 5 ans et pour la détermination duquel le juge sera saisi à défaut d'accord entre les parties.

Cette modification est justifiée dans les termes suivants :

« En cas de copropriété volontaire à durée indéterminée, il doit être tenu compte de l'interdiction en vertu du droit des obligations de s'engager à perpétuité. C'est pourquoi il a été prévu une possibilité générale de dénoncer unilatéralement la convention constitutive de la copropriété, moyennant un préavis raisonnable. » (39).

Quant à la question de savoir si les articles précités tendent à s'appliquer aux clauses d'accroissement (et de tontine), le législateur a répondu par l'affirmative en considérant qu'il y avait lieu de faire prévaloir, pour la durée de ces clauses, la sécurité juridique :

« Cette disposition s'applique également aux clauses de tontine et d'accroissement. La question de savoir si les clauses de tontine peuvent être considérées comme une forme de copropriété fait débat (D. Michiels, Tontine en aanwas, Malines, Kluwer, 2008, 90 p.). Il est important pour la pratique notariale d'offrir, pour la durée de ces clauses, un régime sûr sur le plan juridique qui ne porte pas préjudice aux contrats de tontine à durée déterminée (cinq ans) avec possibilité de reconduction tacite. » (40)

§ 4. La clause d'accroissement constitue-t-elle un pacte sur succession future ?

35. Compte tenu de ce que chacune des parties s'engage à attribuer à son coindivisaire sa part dans l'hypothèse où ce dernier lui survit, la question s'est posée de savoir si la clause d'accroissement ne constituait pas en réalité un pacte sur succession future tel que prohibé par l'article 1130, alinéa 2 du Code civil et, par conséquent, frappé de nullité absolue.

36. En l'absence de définition légale, la Cour de cassation a défini dans un arrêt du 10 novembre 1960 ce qu'il y avait lieu d'entre par pacte sur succession future : *« Pour qu'une convention ayant pour objet tel ou tel bien particulier constitue un pacte sur succession future d'une des*

(38) Projet de loi du 31 octobre 2018 (...), *op. cit.*, p. 379.

(39) Projet de loi du 31 octobre 2018 (...), *op. cit.*, p. 178.

(40) Projet de loi du 31 octobre 2018 (...), *op. cit.*, p. 179.

parties contractantes, il faut tout d'abord que ce bien soit considéré comme devant former un des éléments de sa succession, actuellement non ouverte, et ensuite que cette partie attribue à l'autre des droits purement éventuels sur ledit bien » (41).

Or, les biens visés par la clause d'accroissement ont au contraire la particularité de ne pas relever de la masse successorale du défunt, et les droits que détient le disposant sont actuels et non éventuels (42). La clause d'accroissement ne peut dès lors pas être considérée comme un pacte sur succession future n'en déplaise à l'Administration fiscale flamande (VLABEL) qui l'a, un temps, considéré comme tel, avant de revenir sur sa position.

Ceci a par la suite été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 octobre 2016, à l'occasion duquel la Cour suprême a confirmé la validité d'une clause d'accroissement contenant une clause de déchéance ou une condition résolutoire permettant la mise à néant de la clause d'accroissement lorsque la relation affective entre les parties a pris fin (43).

37. Rappelons également l'exigence qui requiert que la clause d'accroissement ait pour objet des biens déterminés ou déterminables, et non des biens qui seront acquis à l'avenir : dans une telle hypothèse, cette clause sera requalifiée en pacte sur succession future prohibé (44).

38. Les réformes du droit civil des successions et des libéralités (45) ainsi que la réforme des régimes matrimoniaux (46), ont par ailleurs apporté des précisions supplémentaires quant au statut de la clause d'accroissement.

(41) Cass., 10 novembre 1960, *Rev. gén. enr. not.*, 1962, n° 20.521.

(42) M. VAN MOLLE et A.-S. GIGOT, « L'accroissement et la réversion. Mécanismes conditionnels de transmission du patrimoine en vue de sa conservation », *op. cit.*, p. 41.

(43) Cass., 21 octobre 2016 : « *Een overeenkomst waarbij twee of meer partijen bepaalde goederen of rechten verwerven onder het beding dat de langstlevende eigenaar of houder wordt van het geheel der goederen of rechten, heeft geen eventuele rechten tot voorwerp en valt bijgevolg niet onder het verbod van artikel 1130, tweede lid, Burgerlijk Wetboek. Dit is evenmin het geval wanneer een dergelijk beding van aanwas een vervulbeding of een ontbindende voorwaarde bevat voor het geval dat aan de samenwoning van de partijen een einde komt, aangezien de partijen tijdens de duur van het samenwonen definitief verbonden zijn* ».

(44) D. MICHIELS, « Livre 7/Thème 13 — Tontine et accroissement de biens meubles », *op. cit.*, p. 120.

(45) Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière (*Moniteur belge*, 1^{er} septembre 2017).

(46) Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droits des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière (*Moniteur belge*, 27 juillet 2018).

En sus de supprimer le dernier alinéa de l'article 1130 du Code civil, les paragraphes 3 et 4 de l'article 1100/1 nouveau du Code civil disposent désormais ce qui suit :

« § 3. *Les conventions ou stipulations à titre onéreux relatives à la propre succession future d'une partie qui concernent l'universalité des biens que la partie laissera à son décès, ou une quote-part des biens que la partie laissera, ou tous ses biens immeubles, tous ses biens meubles ou une quote-part de tous ses biens immeubles ou tous ses biens meubles à son décès ne sont pas autorisées, sauf dans les cas prévus par la loi.*

§ 4. *Les conventions ou stipulations à titre onéreux sont toujours autorisées, si elles sont conclues ou faites à titre particulier, même si elles concernent la succession future d'une partie et même si cette partie se réserve le droit de disposer de l'objet de cette convention ou de cette stipulation de son vivant. Une convention ou une stipulation est à titre particulier lorsque la convention ou la stipulation ne concerne pas l'universalité des biens que la partie laissera à son décès, ni une quote-part des biens que la partie laissera à son décès, ni tous ses biens immeubles ou tous ses biens meubles, ou une quote-part de tous ses biens immeubles ou de tous ses biens meubles à son décès.*

Les articles 1100/5 et 1100/6 ne s'appliquent pas aux pactes successoraux mentionnés dans le présent paragraphe ».

À la lecture de l'article précité, l'on constate que le législateur a entendu ne pas soumettre la clause d'accroissement à des conditions de forme particulières, et a adopté une position plus avant-gardiste que celle adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 21 octobre 2016 : les clauses d'accroissement peuvent désormais non seulement porter sur des **droits purement éventuels**, mais également permettre d'accorder un droit de résiliation unilatéral à tout moment dans le chef de chacune des parties (47).

Section 2. La convention d'accroissement au regard du droit fiscal

39. Sur le plan fiscal, une telle clause dans un acte d'acquisition immobilière revêt un intérêt particulier dans le cadre d'**opérations immobilières** réalisées entre partenaires en union libre afin d'éviter qu'au moment du premier décès le cohabitant survivant ne soit imposé aux droits de succession au tarif — prohibitif — applicable « entre toutes autres personnes », à savoir jusqu'au taux marginal de 80 % (48).

(47) C. ROUSSIEAU, « La modalisation des clauses d'accroissement quant à leur durée : quelles évolutions ? », *Rev. not. belge*, 2019, p. 21.

(48) Article 48 C. succ. Rég. wal. et Rég. Brux.-Cap.

Toutefois, l'intérêt d'une telle clause diminue au fil des évolutions législatives. En effet, le conjoint et le cohabitant légal (mais également le partenaire de fait avec lequel il y a une cohabitation ininterrompue depuis plus de 3 ans en Région flamande) bénéficient sous conditions de l'exemption de droits de succession sur le logement familial qu'ils recueillent à cause de mort.

L'adoption d'une clause d'accroissement dans le cadre d'opérations immobilières en Belgique aura pour conséquence qu'au moment du premier décès des parties concernées, il y aura lieu de percevoir l'impôt d'enregistrement applicable pour les ventes, en lieu et place des droits de succession.

Le risque de requalification en acte à titre gratuit pour défaut d'aléa a diminué dans la mesure où le droit de donation ordinaire a également diminué en raison de réformes successives dans les trois Régions du Royaume.

40. La clause d'accroissement qui a pour objet des **actifs mobiliers** permet au cocontractant survivant d'éviter toute imposition pour autant que le caractère onéreux — et donc l'aléa — soit présent dans l'opération (49).

Alors que la nature contractuelle de cette convention ne soulève pas de problème particulier d'application, une attention particulière est souvent accordée à l'existence de l'aléa et donc du caractère *onéreux*, dès lors que dans l'hypothèse où elle revêtirait un caractère libéral il y aurait lieu de percevoir les droits de donation voie de succession en cas de décès d'un coindivisaire dans les trois ans de la donation.

Le caractère onéreux de la convention d'accroissement se justifie au regard du caractère aléatoire de celle-ci, dans la mesure où, *au moment de la conclusion du contrat* (50), chacune des parties dispose de chances égales de survie et, par conséquent, de bénéficier de l'accroissement de biens.

À cet égard, il y a lieu, suivant l'administration, de distinguer selon que cette clause est adoptée entre conjoints (ou cohabitants légaux) ou entre cohabitants de fait :

- Lorsqu'une clause d'accroissement a été convenue *entre deux époux*, celle-ci sera présumée — en raison de leur lien matri-

(49) Voy. ég. G. DE FOY, « Premières applications de la notion d'abus fiscal en matière de droits d'enregistrement et de succession — Jurisprudence et positions administratives. Aperçu de l'application dans les trois Régions », *op. cit.*, pp. 86 et s.

(50) G. VAN ELDER et G. BAUDOUX, *op. cit.*, p. 589.

monial — être stipulée à titre libéral (51), et devrait par conséquent être imposée aux droits de donation;

- Lorsqu'une clause d'accroissement est adoptée *entre cohabitants de fait*, c'est le caractère onéreux de celle-ci qui sera présumé, de sorte qu'il appartiendra à l'administration d'apporter la preuve d'un éventuel caractère libéral.

41. Cependant, suivant l'enseignement du tribunal de première instance de Mons, « *le fisc étant un tiers pour la perception des droits d'enregistrement, il n'est pas lié par la qualification donnée à la convention par les parties. En vertu tant des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire que de la théorie des éléments générateurs, il lui appartient d'établir que la convention nouée entre les parties doit plutôt s'analyser comme mettant en œuvre des libéralités réciproques* » (52).

Le tribunal relève qu'il appartient dès lors à l'administration d'établir la réunion d'une double condition :

- qu'il y avait, au moment de la conclusion de l'acte, un appauvrissement sans contrepartie d'un des époux, ce qui revient à établir que les chances de perte et de gain des deux parties à la convention étaient inégales;
- et que, même à établir le déséquilibre objectif des engagements respectifs des parties à la convention, en acceptant pareil déséquilibre, les parties étaient mues par une intention libérale (*animus donandi*).

Le tribunal relève que **l'*animus donandi* ne peut être supposé mais doit être démontré** (53).

« *Se fondant sur une jurisprudence et une doctrine traditionnelles, l'administration estime que les liens maritaux unissant les parties à la convention permettent de considérer que l'intention libérale mutuelle des parties à la convention prime la spéculation quant à l'espérance de vie* (54).

Le tribunal observe notamment que cette « présomption objective » créerait une différence de traitement évidente entre les couples mariés,

(51) A. CULOT, « Observations — La clause d'accroissement entre époux », *Rec. gen. enr. not.*, 2017/10, p. 449; G. VAN ELDER et G. BAUDOUX, *op. cit.*, p. 592.

(52) Civ. Mons, 27 juin 2017, obs. A. CULOT, « La clause d'accroissement entre époux », *Rec. gen. enr. not.*, 2017/10, pp. 446 et s.

(53) Civ. Mons, 27 juin 2017, obs. A. CULOT, « La clause d'accroissement entre époux », *op. cit.*, 2017/10, pp. 446 et s.

(54) Voy. D. MICHIELS, « Tontine et accroissement en 2005 », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 359 et s., spéc. pp. 388 et 389, n° 32 et note infrapaginale n° 69; D. MICHIELS, « Tontine », in *Manuel de planification patrimoniale — les formes alternatives de planification patrimoniale*, livre 7, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 89 et s. spéc. p. 91, n° 90.

d'une part, et les couples en cohabitation légale, d'autre part, alors que les conséquences fiscales de ces choix de vie distincts ont été largement harmonisées. Le tribunal observe enfin que d'autres motifs que des considérations purement fiscales permettent donc en toute hypothèse de motiver la convention conclue par les époux » (55).

42. Toutefois, la Cour d'appel de Mons a, par un arrêt du 16 janvier 2019 (56), réformé le jugement dont question en qualifiant de libéralité la clause d'accroissement (optionnelle) qui avait été adoptée par les époux. La motivation de l'arrêt génère cependant plus de questions qu'elle n'apporte de réponses.

Premièrement, la Cour énonce le postulat selon lequel « *les clauses d'accroissement convenues entre deux époux découlent normalement d'un esprit de libéralité et doivent par conséquent être imposés au droit de donation qui, normalement, pèsera moins lourd que le droit de cession à titre onéreux* », en basant son argumentation sur un article de doctrine de référence (57).

Or, il semble que les considérations émises par André Culot quant à la fiscalité de la clause d'accroissement ont en réalité été sorties de leur contexte par la Cour, dès lors que celles-ci reflétaient précisément la position administrative quant à ce, et non le constat ou la conclusion de l'auteur qui, à cet égard, confirme le caractère onéreux de la clause (58).

Deuxièmement, nonobstant la réformation du jugement concerné, la Cour n'a pas pour autant adopté entièrement la position de l'administration. Alors que cette dernière tire une **présomption objective** d'*animus donandi* lorsqu'une convention d'accroissement est conclue entre époux, la Cour procède néanmoins à l'examen du cas d'espèce au regard des deux conditions requises pour qu'il y ait libéralité, « à savoir :

- *D'une part, un appauvrissement sans contrepartie dans le chef d'un des époux et,*
- *D'autre part, une intention libérale ».*

À cet égard, l'examen par la Cour de la première de ces deux conditions nous semble comporter une contradiction.

En effet, la Cour énonce en préambule qu'en raison du caractère optionnel qui est attaché à la clause d'accroissement, l'appauvrissement

(55) Civ. Mons, 27 juin 2017, obs. A. CULOT, « La clause d'accroissement entre époux », *op. cit.*, 2017/10, p. 448.

(56) Mons, 16 janvier 2019, *inédit*.

(57) A. CULOT, « L'incidence d'une clause d'accroissement ou de réversion en droits d'enregistrement et de succession », in *L'option, la condition, le terme et la substitution. Effets civils et fiscaux sur l'organisation et la transmission d'un patrimoine*, Anthémis, Limal, 2017, pp. 75 et s.

(58) *Ibidem*.

dans le chef d'un des époux qui était, en principe, compensé par la chance de son conjoint d'obtenir le même avantage, n'était en réalité, au moment de la conclusion du contrat, pas avéré « *puisque la convention prévoyait la faculté pour l'époux survivant de ne pas bénéficier de l'avantage en n'exerçant pas l'accroissement sur les avoirs de son époux décédé* ».

Un tel raisonnement suppose donc, *a contrario*, que la Cour entend déclarer la convention conclue en l'espèce comme une *convention* à titre gratuit compte tenu de la stipulation d'un appauvrissement qui, à ses yeux, aurait été en réalité stipulé sans *réelle* contrepartie.

Or, la Cour a ensuite considéré — en contradiction de ce qui précède — dans le paragraphe qui suit qu'« *il n'y avait, dès lors, au moment de la conclusion de la convention d'accroissement, aucune certitude de la réalisation d'un appauvrissement sans contrepartie dans le chef de l'époux survivant* ».

La lecture de ce paragraphe laisserait au contraire supposer que le caractère libéral de la clause n'est pas plus démontré, de sorte que la clause devrait être considérée comme une *convention à titre onéreux*.

À cet égard, comme l'intention des parties doit être analysée au moment de la conclusion de la convention d'accroissement (et non au moment de la survenance de l'aléa), on ne voit pas en quoi une option exclurait le caractère onéreux de l'opération.

En effet, l'option n'a pas pour effet que l'époux prédécédé aurait renoncé à s'appauvrir, elle a seulement pour conséquence de permettre à l'époux survivant de renoncer à s'enrichir postérieurement à la conclusion de la convention. (59)

Force est de constater que la Cour s'est ensuite attelée à examiner l'existence d'une intention libérale dans le chef des parties, sans tirer de conclusion des considérations qu'elle a émises précédemment.

En ce qui concerne ensuite l'examen de l'éventuelle intention libérale existante dans le chef des parties, la Cour s'est rangée à la position de l'administration, selon laquelle « *l'élément déterminant qui permet d'exclure la qualification de libéralité et de conclure à l'existence d'une convention à titre onéreux est l'intention spéculative des parties* », et de considérer *in fine* que « *si le souci de garantir le niveau de vie du conjoint ou du cohabitant survivant constitue sans conteste une obligation naturelle, celle-ci n'enlève rien à l'intention libérale qui a présidé à la souscription de la convention d'accroissement et au caractère de libéralités réciproques qui en découle* ».

(59) Voy. ég. en ce sens : V. SEPULCHRE, « La fiscalité des clauses d'accroissement et de réversion », *R.P.P.*, 2019, 1-2, p. 65.

Notons, enfin, le postulat émis par la Cour d'appel concernant la présomption à appliquer à la clause d'accroissement adoptée par des parties non mariés, selon lequel « *en ce qui concerne la présomption de libéralité attachée à la clause d'accroissement entre époux, il est admis qu'elle s'applique également aux cohabitants non mariés et il convient de tenir compte de l'intention des parties afin de qualifier une clause d'accroissement d'opération à titre onéreux ou à titre gratuit* ».

Section 3. Clause d'accroissement et abus fiscal

43. Tel qu'il ressort des circulaires administratives précitées des 10 avril 2013 (Régions bruxelloise et wallonne) et 16 février 2015 (Région flamande), une convention d'accroissement **ne constitue a priori pas un abus fiscal dans le chef du cocontractant survivant**, ceci pour autant que cette clause ne fasse pas partie d'un montage constitué de plusieurs actes inspirés par des motifs fiscaux.

44. Dans le cas soumis au tribunal de Mons, l'Administration soutient que la mesure anti-abus général devrait trouver à s'appliquer dès lors que, selon elle : « la convention à titre onéreux serait uniquement fondée sur des motifs fiscaux, le but des parties étant d'éviter les droits d'enregistrement de donation » (60) (et, le cas échéant, de l'article 7 C. succ.)).

Avant toute chose, le tribunal se réfère à la portée donnée par la Cour constitutionnelle à la mesure anti-abus générale et de conclure que « *la contrariété de l'opération aux objectifs de la disposition fiscale concernée ne peut être démontrée par l'administration que lorsqu'ils ressortent de manière suffisamment claire du texte et, le cas échéant, des travaux préparatoires de la disposition législative applicable. À cet égard, l'administration doit tenir compte, notamment, du contexte général de législation fiscale pertinente, des pratiques communément en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la disposition fiscale dont elle invoque l'usage abusif ainsi que de l'existence éventuelle de dispositions spécifiques qui visent déjà à lutter contre certains usages abusifs de la disposition fiscale concernée* » (61).

Le tribunal constate que, dans le cas d'espèce, la démonstration que tente de réaliser l'administration est pour le moins *lacunaire* :

« — *les circonstances objectives et concrètes propres au cas d'espèce qui permettraient de présumer de l'existence d'un abus fiscal ne sont pas précisées;*

(60) Civ. Mons, 27 juin 2017, obs. A. CULOT, « La clause d'accroissement entre époux », *op. cit.*, pp. 446 et s.

(61) *Ibid.*, pp. 448-449.

— *la contrariété de l'opération aux objectifs des dispositions fiscales établissant un droit d'enregistrement proportionnel sur les donations (articles 131 et s. du Code des droits d'enregistrement) n'est pas plus justifiée.*

Cette lacune est d'autant plus interpellante que :

- *dans sa circulaire n° 4/2012 du 4 mai 2012 (...), l'administration confirme cette exigence de double preuve de l'élément objectif reposant sur elle, rappelant les méthodes d'interprétation permettant de dégager les objectifs d'une disposition fiscale;*
- *dans sa circulaire n° 8/2012 du 19 juillet 2012 (...), l'administration range expressément les clauses de tontine et d'accroissement parmi les opérations ne pouvant être considérées comme étant constitutives d'un abus fiscal, pour autant qu'elles ne fassent pas partie d'un montage constitué de plusieurs actes » (62).*

Le tribunal en conclut « *qu'il ne peut être attendu d'une autorité publique normalement prudente et diligente, soucieuse de respecter les principes de bonne administration, qu'elle respecte les règles d'interprétation des normes légales qu'elle a elle-même édictées* » (63).

45. VLABEL a, pour ce qui concerne la Région flamande, pris une décision (standpunt) en édictant les conditions de validité de la clause d'accroissement (64) qui échappe aux droits de donation et droit de succession. Il doit dès lors s'agir :

- d'une **clause à titre onéreux**, pour autant que les chances de se voir attribuer les biens concernés soient équilibrées, sans obligation d'être égales;

Il doit s'agir de *chances de survie égale de chacune des parties*, à apprécier non seulement au regard des tables de mortalité, mais également au regard d'autres facteurs tels que la santé des parties, l'exercice de certaines activités, le fait qu'un décès soit survenu peu de temps après l'adoption de cette clause, etc. Ces chances

(62) *Ibid.*, p. 449.

(63) Civ. Mons, 27 juin 2017, *op. cit.*, p. 449, obs. A. CULOT, « Observations — La clause d'accroissement entre époux », *op. cit.*, p. 449; G. VAN ELDER et G. BAUDOUX, *op. cit.*, p. 594.

(64) Position Vlabel n° 17044 du 19 septembre 2018, intitulée « Bedingen van aanwas », publiée initialement le 29 janvier 2018 (<https://belastingen.vlaanderen.be/standpunten-commentaren>) telle que modifiée le 19 septembre 2018, analysée par X. ULRICI, « Vlabel — Développements récents en matière de clauses d'accroissement et d'apport sous condition résolutoire », *Info Droits de succession*, 2018/4, p. 4; J. DAS, « Les dernières évolutions de la position de Vlabel concernant la clause d'accroissement et les contrats aléatoires : un « écart de conduite » rapidement corrigé... », *Info Droits de succession*, 2018/1, p. 18; N. GEELHAND DE MERXEM, « Les clauses d'accroissement et Vlabel », *Info Droits de succession*, 2018/2, p. 10; Position Vlabel n° 17025 du 4 septembre 2017, <https://belastingen.vlaanderen.be/standpunten-commentaren>.

de survie doivent être appréciées au moment de l'adoption de la clause d'accroissement;

- d'une **clause à titre particulier**, c'est-à-dire lorsque la clause vise des biens particuliers de chacune des parties;
À cet égard, bien qu'un portefeuille-titres soit considéré comme une universalité, VLABEL accepte de considérer que le contrat porte sur ledit portefeuille dans son ensemble, pour autant qu'il soit conclu à titre particulier.
- d'un **investissement égal de chacune des parties**, à apprécier au moment de l'adoption de la clause, nonobstant une diminution ou une augmentation de la valeur du bien lors de la réalisation de la condition; on se borne à rappeler que l'investissement est dépendant des tables de mortalité.
- à reprendre dans un **acte authentique** lorsqu'elle porte sur des biens immobiliers;
- La clause d'accroissement stipulée entre époux ne peut porter **que sur des biens indivis**, et non des biens appartenant à la communauté existante entre ceux-ci.

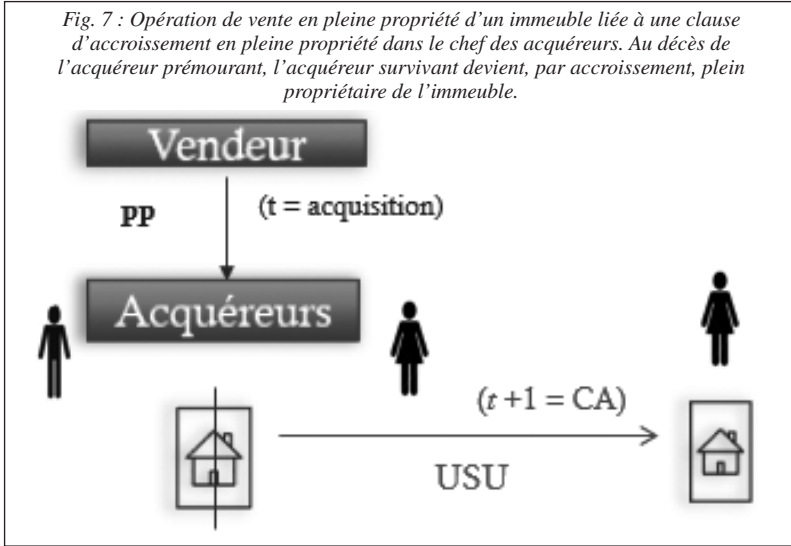
Pour l'autorité fiscale flamande, il y a lieu d'avoir égard à l'éventuelle application de la disposition générale anti-abus lorsque la clause d'accroissement a été adoptée après le 1^{er} juin 2012, nonobstant la présence de la clause d'accroissement sur la « *white list* » de l'administration, ainsi que le précise VLABEL dans sa décision n° 18045 du 12 novembre 2018 (65).

Étant donné la doctrine traditionnelle et la jurisprudence montoise, rappelons néanmoins qu'il reviendra à VLABEL d'établir que l'acte juridique posé par le contribuable satisfait aux conditions énumérées par l'article 18, § 2 C. enreg. (article 106 C. succ.)/3.17.0.0.2 C.F.F.

(65) Position Vlabel n° 18045 du 12 novembre 2018, intitulée « Onderhands beding van aanwas », publiée le 12 décembre 2018 (<https://belastingen.vlaanderen.be/standpunten-commentaren>); P. HINNEKENS et W. PULINX, « Clause d'accroissement : Vlabel revient partiellement sur sa position antérieure », *Fiscologue*, 2019, n° 1597, p. 7.

Section 4. La clause d'accroissement en pratique (66)

46. Au regard de ce qui précède, les opérations suivantes peuvent être envisagées :

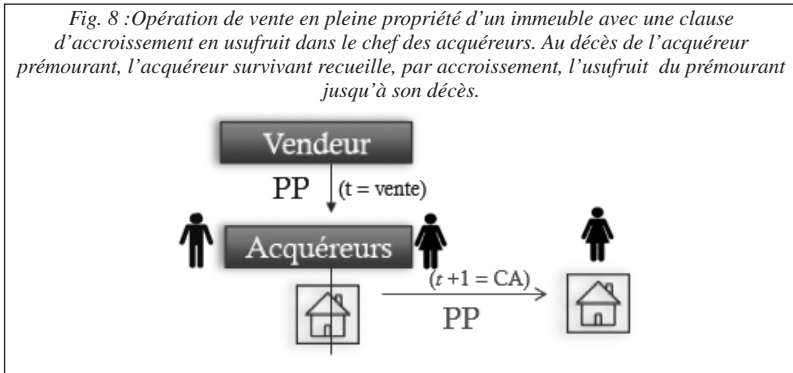


Lors de la vente en pleine propriété, le droit d'enregistrement prévu pour les ventes sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en pleine propriété, chacun des deux acquéreurs devant payer les droits sur 50 % de la valeur du bien.

Lors du décès du prémourant (en l'espèce l'un des acquéreurs) : il y a lieu de distinguer si la clause d'accroissement a été stipulée, au moment de sa conclusion, à titre onéreux ou à titre gratuit.

- Si la clause a été **stipulée à titre onéreux**, le survivant ne devra acquitter aucun droit de succession, mais sera redevable du droit de vente sur 50 % au *minimum* de la valeur vénale du bien;
- Si la clause a été **stipulée à titre gratuit**, le droit de donation sera dû en lieu et place du droit prévu pour les ventes, ceci sur 50 % au *minimum* de la valeur vénale du bien. Celui-ci ne sera également pas redevable du droit de succession, mais il y aura lieu d'appliquer la réserve de progressivité successorale telle que prévue en Région wallonne par l'article 66bis C. succ. wal. et en Région flamande par l'article 2.7.3.2.9. C.F.F.

(66) Voy. ég. V. SEPULCHRE, « La fiscalité des clauses d'accroissement et de réversion », *op. cit.*, pp. 48 et s.

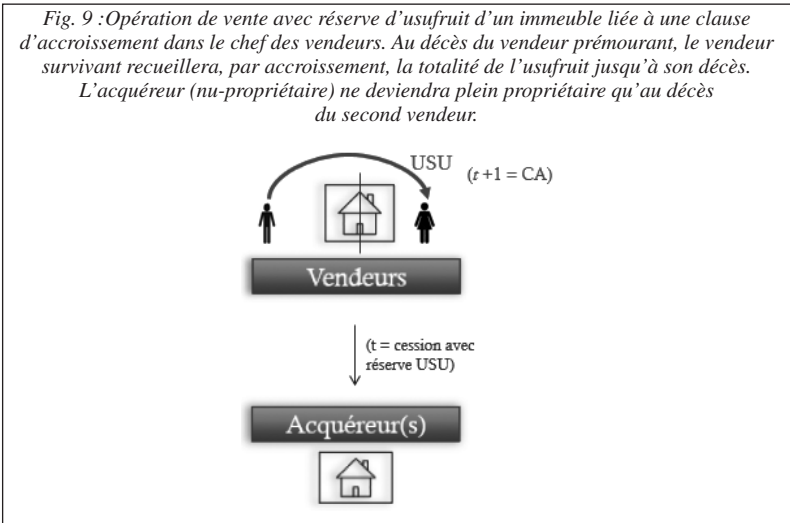


Lors de la vente en pleine propriété, le droit d'enregistrement prévu pour les ventes sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en pleine propriété, chacun des deux acquéreurs devant payer les droits sur 50 % de la valeur du bien.

Lors du décès du prémourant (en l'espèce l'un des acquéreurs) : il y a lieu de distinguer si la clause d'accroissement a été stipulée, au moment de sa conclusion, à titre onéreux ou à titre gratuit.

- Si la clause a été **stipulée à titre onéreux**, le survivant ne devra acquitter aucun droit de succession, mais sera redevable du droit de vente sur 50 % au *minimum* de la valeur vénale en usufruit du bien, et devra faire mention de la valeur en nue-propriété du bien dans la déclaration de succession ;
- Si la clause a été **stipulée à titre gratuit**, le droit de donation sera dû en lieu et place du droit prévu pour les ventes, ceci sur 50 % au *minimum* de la valeur vénale en usufruit du bien. Celui-ci ne sera également pas redevable du droit de succession, mais il y aura lieu d'appliquer la réserve de progressivité successorale telle que prévue en Région wallonne par l'article 66*bis* C. succ. wal. et en Région flamande par l'article 2.7.3.2.9. C.F.F.

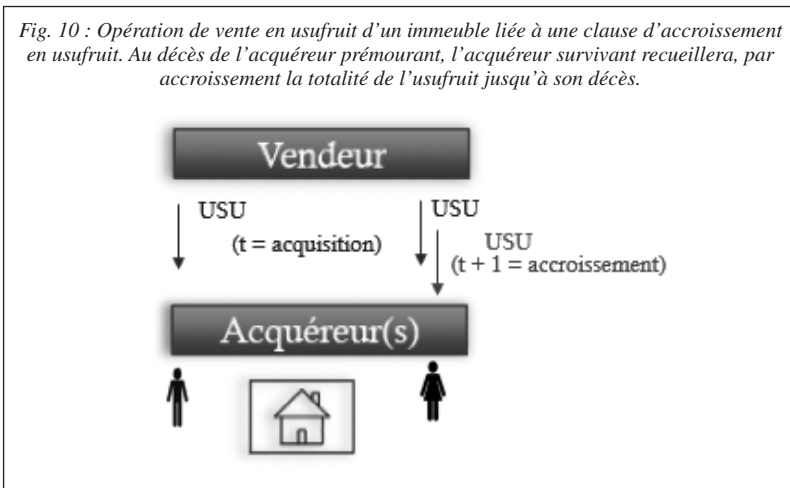
Fig. 9 : Opération de vente avec réserve d'usufruit d'un immeuble liée à une clause d'accroissement dans le chef des vendeurs. Au décès du vendeur prémourant, le vendeur survivant recueillera, par accroissement, la totalité de l'usufruit jusqu'à son décès. L'acquéreur (nu-proprétaire) ne deviendra plein propriétaire qu'au décès du second vendeur.



Lors de la vente avec réserve d'usufruit : perception du droit d'enregistrement prévu pour les ventes sur la totalité de la valeur du bien en pleine propriété, respectivement 2 x 50 % de la pleine propriété (cession avec réserve en usufruit ou acquisition en pleine propriété avec accroissement en usufruit).

Lors du décès du prémourant (en l'espèce l'un des vendeurs), se réalise un accroissement en faveur du vendeur survivant : aucun droit de vente ni aucun droit de succession ne seront perçus lors de cette opération.

Fig. 10 : Opération de vente en usufruit d'un immeuble liée à une clause d'accroissement en usufruit. Au décès de l'acquéreur prémourant, l'acquéreur survivant recueillera, par accroissement la totalité de l'usufruit jusqu'à son décès.

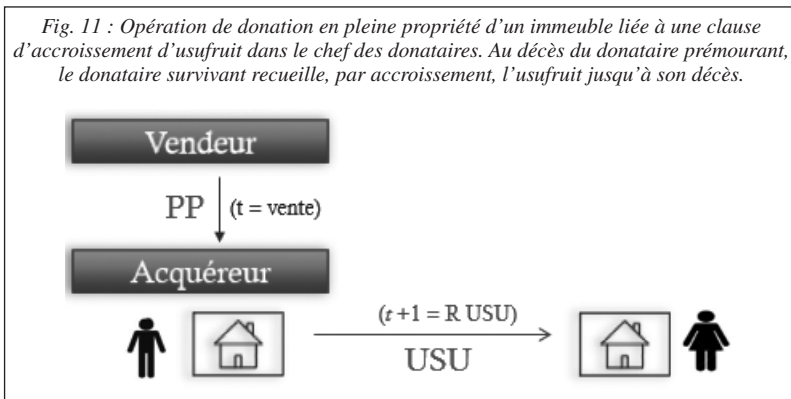


Lors de la vente de l'usufruit, le droit d'enregistrement prévu pour les ventes sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en usufruit, respectivement 2 x 50 % de l'usufruit.

Lors du premier décès d'un usufruitier, la clause d'accroissement en faveur de l'usufruitier survivant n'emporte effectivement pas de taxation (pour autant qu'elle soit stipulée à titre onéreux). En effet, il n'y a pas de droit de vente supplémentaire car il y a eu la perception à l'origine sur les deux usufruits (67).

Il n'y a aucun impact en droits de succession (au 1^{er} ou au 2^e décès d'usufruitier).

Lors du décès du prémourant (en l'espèce l'un des vendeurs), se réalise un accroissement en faveur de l'acquéreur survivant : lors de cette opération aucun droit de vente ou de succession ne sera perçu.



Lors de la donation en pleine propriété, le droit d'enregistrement prévu pour les donations sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en pleine propriété chacun des donataires devant payer les droits sur 50 % de la valeur du bien.

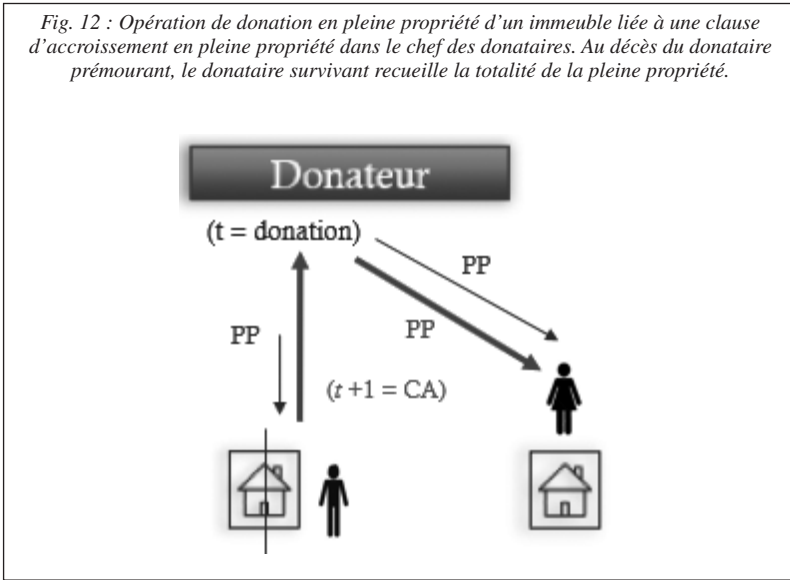
Lors du décès du donataire, il y a lieu de distinguer si la clause d'accroissement a été stipulée, au moment de sa conclusion, à titre onéreux ou à titre gratuit.

- Si la clause a été **stipulée à titre onéreux**, le bénéficiaire de la clause d'accroissement devra s'acquitter du droit de vente sur 50 % au *minimum* de la valeur vénale du bien, mais ne sera redevable d'aucun droit de succession;

(67) Voy. Circulaire n° 17 (E.E.93.225) du 22 octobre 1992, *Rec. gén. enr. not.*, 1993, n° 24.189; SPF Finances, Cours administratif des droits d'enregistrement, 2010, p. 151, n° 185, 3^e hypothèse. Voy. également Vlabel, standpunt n° 18083 du 26 novembre 2018; selon cette position, la même solution est applicable en cas de vente scindée en usufruit et en nue-propriété, dans laquelle une clause d'accroissement est prévue entre les usufruitiers.

- Si la clause a été **stipulée à titre gratuit**, le droit de donation sera dû sur 50 % au *minimum* de la valeur vénale du bien. Celui-ci ne sera pas redevable du droit de succession, mais il y aura lieu d'appliquer la réserve de progressivité successorale telle que prévue en Région wallonne par l'article 66bis C. succ. wal. et en Région flamande par l'article 2.7.3.2.9. C.F.F.

Fig. 12 : Opération de donation en pleine propriété d'un immeuble liée à une clause d'accroissement en pleine propriété dans le chef des donataires. Au décès du donataire prémourant, le donataire survivant recueille la totalité de la pleine propriété.



Lors de la donation en pleine propriété, le droit d'enregistrement prévu pour les donations sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en usufruit, respectivement 2 x 50 % de la pleine propriété.

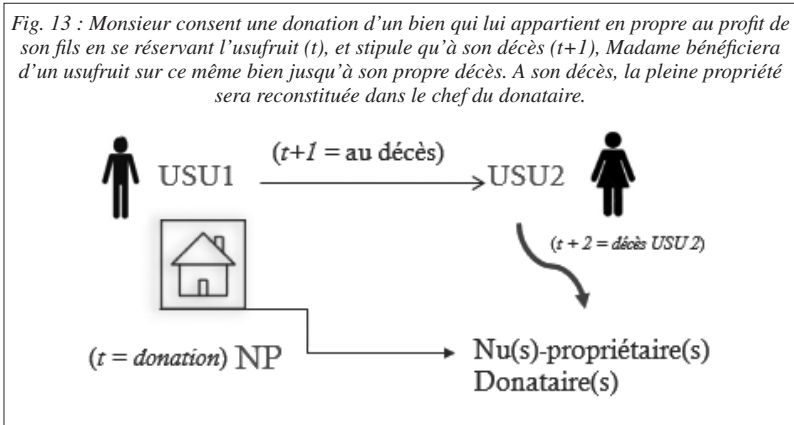
Lors du décès du donataire prémourant, la donation qui avait été réalisée est résolue se réalise par le donateur un accroissement en faveur du donataire survivant : le droit de donation sera perçu sur 50 % de la pleine propriété du bien, mais aucun droit de succession ne dû lors de cette opération qui est assimilée à une « tontine ».

Chapitre II. La réversion conventionnelle

47. La réversion conventionnelle consiste en la stipulation par le donateur (ou vendeur) que le droit par exemple usufruit, rente, etc.) qu'il s'est réservé dans le cadre d'une donation consentie (ou une vente réalisée) par lui, sera attribué à un tiers au moment de son décès.

Section 1^{re}. La clause de réversion d'usufruit au regard du droit civil des successions et des libéralités

48. L'usufruit consenti par le donateur est un usufruit *conditionnel*, dont le tiers pourra bénéficier sous condition suspensive du prédécès du donateur. L'interversion de l'ordre des décès rendra la clause de réversion sans objet.



49. À la différence de la clause d'accroissement ou de la tontine, la clause de réversion d'usufruit permet à *un tiers* d'acquérir des droits sur un bien qui constituait un bien propre du donateur, avec lequel il n'était, par définition, pas en indivision.

Le bénéficiaire de la clause de réversion d'usufruit — généralement le conjoint ou le cohabitant (légal ou de fait) — en aura la jouissance à partir du décès du stipulant, sa vie durant, de sorte que la pleine propriété ne sera reconstituée dans le chef du nu-propriétaire qu'au second décès.

L'usufruit ainsi consenti ne peut s'identifier à l'usufruit que le donateur s'était réservé. En effet, un droit d'usufruit est intransmissible à cause de mort, mais constitue en réalité un second usufruit sous la condition suspensive du prédécès du donateur.

Dans l'hypothèse où la réversion d'usufruit serait stipulée comme une charge de la donation imposée aux donataires, celle-ci serait considérée comme une *stipulation pour autrui* soumise au droit d'enregistrement de donation. Dans ce cas, la charge serait analysée :

- *comme* une donation indirecte de la part du donateur au profit du bénéficiaire de la charge;

- *comme* un droit de créance dans le chef du bénéficiaire de la charge, à l'encontre du donataire (68).

Section 2. Analyse fiscale de la clause de réversion

50. Le traitement fiscal attaché à la clause de réversion s'analyse distinctement selon que la donation porte sur un bien mobilier ou immobilier (69).

A. L'objet de la donation est un bien immeuble

51. En matière de donation immobilière, l'acceptation par le bénéficiaire de la clause sera soumise à *l'impôt d'enregistrement sur la donation*, tantôt au titre de donation directe sous condition suspensive du prédécès du donateur lorsque cette acceptation intervient du vivant de ce dernier, tantôt au titre de donation (indirecte) secondaire en cas d'acceptation par le tiers du vivant du donateur.

Comme la donation porte sur un bien immeuble et que l'article 8 du C. succ./2.7.1.0.6 du C.F.F. vise l'attribution de *sommes, rentes ou valeurs*, cette disposition ne trouvera pas à s'appliquer.

B. L'objet de la donation est un bien meuble

52. En matière de donation mobilière, le traitement fiscal de la clause de réversion d'usufruit s'appliquera différemment en fonction, d'une part, du moment auquel l'acceptation de cette clause par le bénéficiaire intervient et, d'autre part, de la région concernée (70). Ainsi :

53. Lorsque l'acceptation de la clause de réversion d'usufruit par le bénéficiaire intervient **du vivant du donateur**, le régime de taxation applicable dépendra de la résidence fiscale du donateur :

- *Si le donateur est résident fiscal bruxellois, tant au moment de la donation qu'au moment de son décès*, la réversion sera considérée comme un legs et, dès lors, soumise à *l'impôt successoral* sur la base de l'article 4, 3^o, du C. succ. Brux.-Cap.
- *Si le donateur était résident fiscal bruxellois au moment de la donation mais qu'il a déménagé dans une autre région et qu'il est résident de cette autre région au jour de son décès, les conséquences fiscales seraient les suivantes :*

(68) M. VAN MOLLE et A.-S. GIGOT, « L'accroissement et la réversion. Mécanismes conditionnels de transmission du patrimoine en vue de sa conservation », *op. cit.*, p. 73.

(69) A. HEINDRYCKX, « Le traitement fiscal de l'accroissement et de la réversion d'usufruit en matière de donations : le point dans les trois Régions », *op. cit.*, pp. 294-295.

(70) Voy. G. DE FOY, « Les impacts fiscaux dérivant de la réforme civile du droit des successions et des libéralités » in *La liquidation des successions — Impacts de la réforme et cas pratiques*, Limal, Anthémis, 2019, pp 187 et s.

- a) si la donation *n'a pas été enregistrée* et que la clause de réversion *a été acceptée du vivant du donateur par le bénéficiaire*, des *droits de succession* seront dus en cas de décès du donateur dans le délai de trois ans prévu à l'article 7 du C. succ.;
 - b) si la donation *a été enregistrée* et que la clause de réversion *a été acceptée du vivant du donateur par le bénéficiaire*, la réversion au profit du bénéficiaire sera soumise aux droits de donation au taux réduit.
- Si le défunt avait sa *résidence fiscale en Région wallonne* au moment de son décès, la réversion sera considérée comme un legs et, dès lors, soumise aux droits de succession sur la base de l'article 4, 3°, du C. succ. wallon (sauf lorsque la donation faite sous condition suspensive du prédécès du donateur non enregistrée a été réalisée plus de trois ans avant le décès).

Au contraire de ce qui prévaut en Région de Bruxelles-Capitale, il n'est pas requis que le donateur ait eu, au moment de la donation, son domicile en Région wallonne, ce qui pourrait entraîner une double imposition à défaut de coopération interrégionale.

- Si le défunt avait sa *résidence fiscale en Région flamande* au moment de son décès, le législateur flamand a, au contraire, adapté ses textes de sorte que la clause de réversion d'usufruit ne donne plus lieu dans cette Région à taxation au jour du décès. En vertu de l'article 2.7.1.0.3 du C.F.F., la réversion d'usufruit conventionnelle sera désormais soumise à l'impôt de donation flamand, sauf lorsque l'acte authentique de donation établi à l'étranger l'a été plus de trois ans avant le décès (71).

54. Lorsque l'acceptation de la clause de réversion d'usufruit par le bénéficiaire intervient **après le décès du donateur**, le régime de taxation est uniforme dans les trois régions : dans la mesure où la donation mobilière — enregistrée ou non enregistrée — porte sur des sommes, rentes ou valeurs, l'article 8 du C. succ./article 2.7.1.0.6. du C.F.F. aura vocation à s'appliquer et à imposer aux droits de succession la réversion ainsi visée en raison d'une acceptation survenant *après le décès du donateur* par le bénéficiaire.

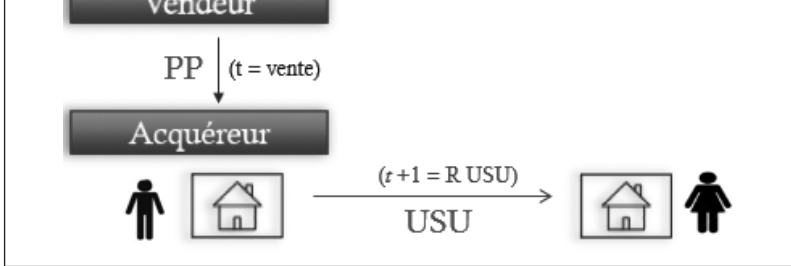
Section 3. La clause de réversion d'usufruit en pratique (72)

55. Au regard de ce qui précède, les opérations suivantes peuvent être envisagées :

(71) A. HEINDRYCKX, « Le traitement fiscal de l'accroissement et de la réversion d'usufruit en matière de donations : le point dans les trois Régions », *op. cit.*, p. 295.

(72) Voy. ég. V. SEPULCHRE, « La fiscalité des clauses d'accroissement et de réversion », *op. cit.*, 1-2, pp. 48 et s.

Fig. 14 : Opération de vente en pleine propriété d'un immeuble liée à une clause de réversion d'usufruit établie par l'acquéreur en faveur d'un tiers bénéficiaire. Au décès de l'acquéreur, le tiers bénéficiaire recueillera la totalité de l'usufruit jusqu'à son propre décès.

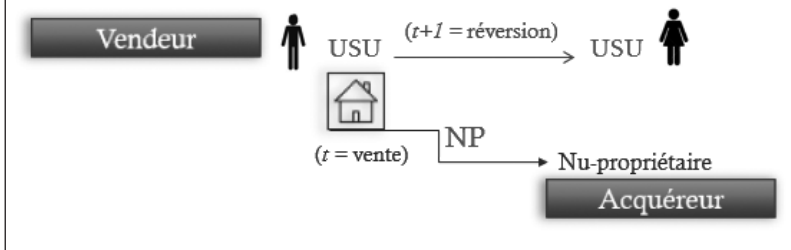


Lors de la vente en pleine propriété, le droit d'enregistrement prévu pour les ventes sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en pleine propriété.

Lors du décès du prémourant (en l'espèce l'acquéreur), il y a lieu de distinguer si la clause de réversion d'usufruit a été stipulée, au moment de la convention, à titre onéreux ou à titre gratuit :

- Si la clause a été **stipulée à titre onéreux**, le bénéficiaire de la clause de réversion ne devra acquitter aucun droit de succession, mais sera redevable du droit de vente sur 100 % au *minimum* de la valeur vénale du bien;
- Si la clause a été **stipulée à titre gratuit**, le droit de donation sera dû en lieu et place du droit prévu pour les ventes, sur 100 % au *minimum* de la valeur vénale du bien. Celui-ci ne sera pas redevable du droit de succession, mais il y aura lieu d'appliquer la réserve de progressivité successorale telle que prévue en Région wallonne par l'article 66bis C. succ. wal. et en Région flamande par l'article 2.7.3.2.9. C.F.F.

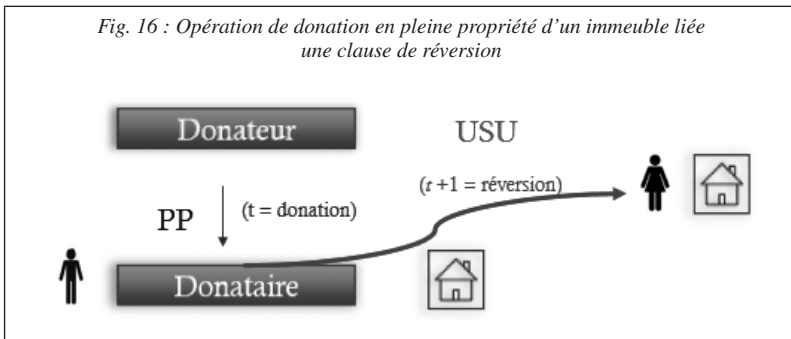
Fig. 15 : Opération de vente avec réserve d'usufruit d'un immeuble par le vendeur liée à une clause de réversion d'usufruit en faveur d'un tiers. La pleine propriété viendra se reconstituer au décès dudit tiers dans le chef de l'acquéreur. La clause ne s'appliquera pas si l'usufruitier éventuel précède au vendeur



Lors de la vente avec réserve d'usufruit, le droit d'enregistrement prévu pour les ventes sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en pleine propriété.

Lors du décès du vendeur, il y a lieu de distinguer si la clause de réversion d'usufruit avait été stipulée à titre onéreux ou à titre gratuit :

- Si la clause a été **stipulée à titre onéreux**, le bénéficiaire de la clause de réversion devra s'acquitter du droit de vente sur 100 % au *minimum* de la valeur vénale en usufruit du bien, mais ne sera redevable d'aucun droit de succession;
- Si la clause a été **stipulée à titre gratuit**, le droit de donation sera dû en lieu et place du droit prévu pour les ventes, sur 100 % au *minimum* de la valeur vénale en usufruit du bien. Celui-ci ne sera pas redevable du droit de succession, mais il y aura lieu d'appliquer la réserve de progressivité successorale telle que prévue en Région wallonne par l'article 66bis C. succ. wal. et en Région flamande par l'article 2.7.3.2.9. C.F.F.



Lors de la donation en pleine propriété, le droit d'enregistrement prévu pour les donations sera perçu sur la totalité de la valeur du bien en pleine propriété.

Lors du décès du donataire, il y a lieu de distinguer si la clause de réversion d'usufruit avait été stipulée à titre onéreux ou à titre gratuit :

- Si la clause a été **stipulée à titre onéreux**, le bénéficiaire de la clause de réversion devra s'acquitter du droit de vente sur 100 % au *minimum* de la valeur vénale du bien, mais ne sera redevable d'aucun droit de succession;
- Si la clause a été **stipulée à titre gratuit**, le droit de donation sera dû sur 100 % au *minimum* de la valeur vénale du bien. Celui-ci ne sera pas redevable du droit de succession, mais il y aura lieu d'appliquer la réserve de progressivité successorale telle que prévue en Région wallonne par l'article 66bis C. succ. wal. et en Région flamande par l'article 2.7.3.2.9. C.F.F.

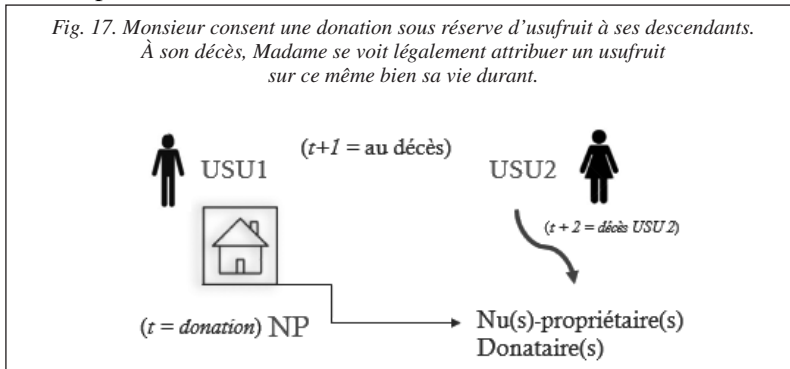
Chapitre III. L'usufruit légal successif : conséquences civiles et fiscales en pratique

Section 1^{re}. L'usufruit légal successif du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant

56. En vertu de l'article 858*bis* nouveau du Code civil (73), et afin de compenser l'absence de rapport successoral entre les descendants du défunt et le conjoint survivant, le conjoint survivant se voit autorisé à poursuivre l'usufruit que s'est, le cas échéant, réservé l'époux prédécédé (jusqu'à son décès) dans le cadre d'une donation qu'il aurait consentie. Cet usufruit revient au conjoint survivant quel que soit le bénéficiaire de la donation et quel que soit le bien qui en a été l'objet.

Cet usufruit revient également au cohabitant légal survivant si la donation a porté sur l'immeuble qui constitue le logement familial et les meubles meublants qui le garnissent.

En soi, contrairement à la réversion conventionnelle d'usufruit qui peut bénéficier à toute personne désignée comme bénéficiaire par le donateur, les bénéficiaires de l'usufruit successif sont désignés limitativement par le Code civil.



57. Trois conditions doivent être respectées pour que le conjoint survivant puisse bénéficier de cet usufruit légal successif. L'époux donateur doit :

- s'être réservé l'usufruit des biens donnés;
- s'être réservé l'usufruit dans le cadre d'une donation consentie pendant la durée du mariage avec le conjoint survivant;
- être resté le titulaire de cet usufruit jusqu'au jour de son décès.

(73) Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière (*Moniteur belge*, 27 juillet 2018).

58. L'article 858*bis* du Code civil précise que « *le conjoint survivant recueille, au décès du donateur, l'usufruit des biens que celui-ci a donnés et sur lesquels il s'est réservé l'usufruit, (...)* ». Il ressort de cet article que le Code civil n'a prévu aucune faculté de substitution. Cela a pour conséquence que l'usufruit successif ne s'appliquera pas aux biens qui viendraient en remplacement des biens donnés.

En effet, si le donateur et le donataire ont aliéné le bien donné pour en acquérir un nouveau également en démembrement de la propriété (usufruit/nue-propriété), le conjoint survivant du donateur ne pourra pas recueillir l'usufruit successif sur le nouveau bien qui aura été acquis en remplacement du premier.

Une quatrième condition ressort implicitement de l'article 858*bis* du Code civil. L'usufruit du donateur doit toujours, au moment du décès, porter sur les biens donnés afin que le conjoint survivant puise bénéficier de l'usufruit successif qui lui revient de droit sur ceux-ci (74).

59. Mais *quid* lorsque le donateur marié a donné un portefeuille-titres avec réserve d'usufruit ? Deux conceptions s'opposent.

D'une part, si l'on s'en tient à une stricte lecture de l'article 858*bis* du Code civil, si certains biens donnés n'existent plus au jour du décès, l'usufruit successif ne pourra être exercé par le conjoint survivant que sur les actifs donnés existant encore au jour du décès du donateur. D'autre part, le portefeuille-titres peut être envisagé comme étant une universalité, de sorte que l'usufruit successif s'appliquera indépendamment des titres qui le composent (75).

Le législateur n'a pas envisagé cette question dans l'exposé des motifs, ce qui laisse les praticiens dans la plus grande incertitude quant à l'application exacte qu'il y a lieu de faire de cet article dans la pratique. Il est toutefois certain que l'usufruitier successif ne pourra prétendre aux charges conventionnelles de la donation que s'était réservé le donateur sa vie durant.

60. L'usufruit successif du cohabitant légal survivant diffère de celui revenant au conjoint. En effet, en vertu de l'article 858*bis*, § 4, nouveau du Code civil l'étendue du droit du cohabitant légal survivant est réduit. Le cohabitant légal se voit autorisé à poursuivre l'usufruit que le dona-

(74) En ce sens ég., B. DELAHAYE, et L. BUISSET, « La protection du conjoint survivant dans les donations de valeurs mobilières. Rapport des donations consenties avant le 1^{er} septembre 2018, usufruit successif, clause d'accroissement et clause de réversion », *Rev. not. belge*, 2019/4, n° 3138, p. 271.

(75) F. TAINMONT, « Section 3. — Les droits successoraux du conjoint » in *La réforme des régimes matrimoniaux et des droits successoraux du conjoint et du cohabitant légal*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 273.

teur (cohabitant légal) s'était réservé dans le cadre d'une donation du logement familial et des meubles meublants qui le garnissent.

Dans ce cadre, le cohabitant légal survivant ne recueillera cet usufruit que pour autant qu'il ait déjà cette qualité au moment de la donation, que le donateur soit resté le titulaire de cet usufruit jusqu'au jour de son décès. Si le cohabitant est privé de ce droit par le donateur ou si le bien n'existe plus l'usufruit ne pourra davantage être exercé, même sur les biens qui seraient venus en remplacement à défaut de subrogation prévue par la loi.

Section 2. Caractéristiques de l'usufruit légal successif du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant

61. Premièrement, l'usufruit légal successif est, comme son nom l'indique, d'origine légale. Il s'agit dès lors d'un nouveau droit successoral, d'une nouvelle vocation légale particulière. Cette vocation légale reconnue au conjoint ou au cohabitant légal survivant ne porte que sur des actifs qui sont sortis de la masse successorale et qui ne font plus partie de la succession au jour du décès du donateur.

Deuxièmement, il ne s'agit pas d'un usufruit « continué » qui se prolonge au bénéfice du conjoint survivant mais bien d'un nouvel usufruit « éventuel » qui est constitué sur la tête du conjoint ou du cohabitant légal survivant (76).

Troisièmement, cet usufruit est « éventuel » en ce qu'il repose sur un aléa qui peut être de plusieurs ordres :

- *La chronologie des décès.* Le droit à l'usufruit successif ne s'ouvre qu'au décès du donateur. Si le donateur survit à son conjoint / cohabitant, aucun droit à un usufruit successif ne « naîtra » en faveur du conjoint survivant (celui-ci étant prédécédé) au décès du donateur.
- *La renonciation du donateur à son usufruit.* Comme nous le verrons *infra*, le donateur peut renoncer (à tout moment) son usufruit. La renonciation du conjoint donateur à son usufruit prive le conjoint ou le cohabitant légal survivant de son droit d'usufruit successif.
- *L'objet de la donation.* Nous avons vu *supra* que l'usufruit du donateur doit toujours, au moment du décès, porter sur les biens donnés afin que le conjoint survivant puisse bénéficier de l'usufruit successif qui lui revient de droit sur ceux-ci. Si les biens ont

(76) Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. , 2016-2017, n° 54-2282/003, amendement n° 22, justification, p. 34.

été aliénés, l'usufruit successif du conjoint ou du cohabitant légal survivant ne s'ouvrira pas.

C'est donc une nouvelle vocation légale particulière qui est reconnue au conjoint ou au cohabitant légal survivant et qui porte sur des biens qui ne font plus partie de la succession au jour du décès.

Section 3. Quid du souhait du donateur de priver son partenaire de cet usufruit ?

62. L'usufruit légal successif étant un droit successoral, il n'est pas possible pour l'époux donateur de priver son conjoint ou son cohabitant de cet usufruit directement dans l'acte de donation. En effet, cela constituerait un pacte successoral non autorisé.

Plusieurs alternatives sont dès lors possibles :

- L'époux donateur peut, dans les limites de sa réserve héréditaire, priver son conjoint ou son cohabitant légal survivant de son usufruit légal successif par une disposition testamentaire.
- L'époux donateur peut, juste avant son décès, renoncer à son droit d'usufruit. À défaut d'usufruit conservé par l'époux donateur, le conjoint ou le cohabitant légal survivant ne peut plus bénéficier d'un usufruit légal continué.

Section 4. Possibilité pour le conjoint survivant ou pour le cohabitant légal survivant de renoncer à cet usufruit successif

63. Le conjoint ou le cohabitant légal survivants peuvent renoncer à l'usufruit successif à différents moments : du vivant du donateur, au décès du donateur ou après le décès du donateur.

La renonciation par le conjoint ou le cohabitant légal survivant du vivant du donateur est prévue par l'article 858*bis*, § 6, nouveau du Code civil. La renonciation se fait par l'intervention du conjoint ou du cohabitant directement dans l'acte de donation. Cette intervention doit nécessairement revêtir la forme d'un pacte successoral et est ainsi soumise au respect du formalisme prévu aux articles 1100/2 à 1100/6 du Code civil à peine de nullité.

64. Le conjoint ou le cohabitant légal survivants peuvent *également* renoncer à cet usufruit au décès du donateur. Le principe de l'indivisibilité de l'option successorale aura cependant pour effet que cette renonciation entraînera la renonciation à l'ensemble des autres droits successoraux légaux du conjoint ou du cohabitant légal survivant.

65. Enfin, le conjoint ou le cohabitant légal survivant peuvent accepter l'usufruit successif lors du décès du donateur, et ensuite y renoncer. Agir de la sorte n'aura aucune incidence fiscale lorsque l'usufruit suc-

cessif porte sur le logement familial et les meubles qui le garnissent puisque sa transmission est, dans les trois Régions, exemptée de l'impôt successoral (77).

Section 5. Quid des modalités prévues par le donateur dans l'acte de donation ?

66. L'époux donateur peut prévoir comme modalités particulières dans l'acte de donation l'interdiction d'aliéner des biens donnés sans l'accord de l'usufruitier, ou encore la possibilité de demander seul la conversion de l'usufruit en une rente.

Ce n'est toutefois pas dans l'acte de donation que le conjoint ou le cohabitant légal survivant puise son droit de bénéficier de l'usufruit des biens donnés avec réserve d'usufruit, mais bien en vertu de la loi. Ces modalités ne sont dès lors pas applicables à l'usufruit successif recueilli par le conjoint ou le cohabitant légal survivant. Les modalités de la donation ne grevent les biens donnés que vis-à-vis du donataire (78).

Section 6. Traitement fiscal de l'usufruit légal successif

Sous-section 1^{re}. Traitement fiscal successoral de l'usufruit légal successif

67. L'usufruit légal successif est donc un usufruit successoral qui porte sur un actif qui, au jour du décès du donateur, est déjà sorti du patrimoine du défunt par donation (article 2 C. succ. / 2.7.1.0.2 C.F.F.) (79).

L'actif sur lequel l'usufruit successif s'opère n'appartient plus au défunt au jour du décès. Il n'y a dès lors aucune transmission d'actif depuis le patrimoine du défunt vers celui d'un héritier légal.

En Belgique, en application du principe de la légalité de l'impôt consacré par l'article 170 de la Constitution, l'impôt n'est dû, en principe, que sur la seule transmission d'un actif présent dans le patrimoine mondial du défunt au jour de son décès en faveur d'un héritier ou légataire, *sauf* dispositions spécifiques qui visent la transmission d'actifs qui avaient déjà quitté le patrimoine du défunt au jour de son décès.

(77) En ce sens ég., F. TAINMONT, « Section 4. — Les droits successoraux du cohabitant légal » in *La réforme des régimes matrimoniaux et des droits successoraux du conjoint et du cohabitant légal*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 284.

(78) En ce sens également, P. MOREAU, « Le rapport des libéralités », in P. MOREAU (éd.), *La réforme du droit des successions — Actes du XVI^e colloque de l'Association « Famille et Droit » — Liège, 20 avril 2018*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 176, p. 45; F. Tainmont, « Le conjoint et le cohabitant légal survivants » in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 269.

(79) Voy. G. DE FOY, « Les impacts fiscaux dérivant de la réforme civile du droit des successions et des libéralités » in *La liquidation des successions — Impacts de la réforme et cas pratiques*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 182 et s.

C'est le cas par exemple, des *legs fictifs* visés par les articles 4 à 12 du C. succ. wal. et Brux.-Cap. ainsi que de l'*actif successoral fictif* visé par les articles 7 et 108 du C. Succ.

Par conséquent, l'usufruit successif ne peut faire l'objet d'une imposition successorale si aucun texte spécifique ne l'a prévu; l'exemple de la Région flamande confirme cette approche académique (cfr n° 69).

68. En Régions bruxelloise et wallonne :

À l'heure actuelle, aucun texte légal ne prévoit l'imposition de l'usufruit successif du conjoint ou du cohabitant légal survivant qui porte sur un bien donné par le défunt (et sur lequel il s'était réservé l'usufruit sa vie durant) en Régions bruxelloise et wallonne.

À défaut de texte spécifique l'y autorisant et à défaut de constituer un actif successoral, l'usufruit successif du conjoint ou du cohabitant légal survivant ne peut faire l'objet d'une imposition successorale.

69. En Région flamande :

La situation est différente en Région flamande. En effet, celle-ci a fait le choix d'adopter un texte légal spécifique aux fins d'imposer aux droits de succession l'usufruit successif recueilli par le conjoint ou le cohabitant légal survivant en adoptant un texte spécifique. En corolaire de cette nouvelle imposition le législateur flamand a décidé de défiscaliser la réversion conventionnelle d'usufruit.

L'article 2 du décret du 6 juillet 2018 a ajouté un nouvel alinéa à l'article 2.7.1.0.2.).

Le nouvel alinéa 2 de l'article 2.7.1.0.2 C.F.F. est libellé comme suit :

« Outre le cas visé à l'alinéa 1^{er}, l'impôt de succession est également dû sur une acquisition d'usufruit en application de l'article 858bis, §§ 3 et 4, du Code civil, sauf si l'époux survivant ou le cohabitant légal a renoncé à l'usufruit conformément au paragraphe 5 de l'article précité ».

Ce nouvel alinéa prévoit donc la taxation à l'impôt de succession dans le chef du conjoint ou du cohabitant légal survivant sauf s'il y a renoncé. Néanmoins, en vertu de l'article 2.7.4.1.1, § 2, alinéa 3 du C.F.F. l'usufruit successif sur le logement familial sera exonéré d'impôt de succession flamand.

Sous-section 2. Traitement fiscal de la renonciation à l'usufruit successif par le conjoint ou le cohabitant légal survivant

70. L'article 858bis, § 6 du Code civil permet donc au conjoint ou au cohabitant légal survivant de renoncer à l'usufruit successif. Lorsque

la renonciation a lieu du vivant du donateur, le formalisme prévu aux articles 1100/2 à 1100/6 du Code civil doit être respecté.

Si la renonciation intervient au décès du donateur, aucun droit — que ce soit de succession ou de donation — ne sera du (80). Cette conclusion vaut pour les trois Régions mais découle de motifs différents.

71. En Région flamande

L'article 2.7.1.0.2, alinéa 2 du C.F.F. prévoit que l'impôt de succession est également dû sur une acquisition d'usufruit en application de l'article 858*bis* du Code civil *sauf* si le conjoint ou le cohabitant légal survivant a renoncé à celui-ci conformément au paragraphe 6 de l'article précité.

72. En Régions bruxelloise et wallonne

L'usufruit successif ne subissant aucun droit de succession, il ne pourrait en être autrement dans le cas de sa renonciation. En outre, en raison de son caractère *abdcatif* qui entraîne l'extinction de l'usufruit sans intention libérale (81), la renonciation ne pourrait pas non plus être taxée au titre de donation.

Section 7. Usufruit légal successif ou clause de réversion d'usufruit ?

73. L'usufruit légal successif permet de transférer un usufruit au conjoint survivant. Toutefois, comme le traitement fiscal diffère d'une région à l'autre, il peut être préférable d'opter pour un autre mécanisme qui permettra de bénéficier d'un régime plus favorable. Son intérêt nous semble dès lors très relatif.

En effet, étant donné que les Régions wallonne et de Bruxelles-Capitale ne le taxent pas, il y a un intérêt à laisser s'appliquer l'usufruit successif. Sans toutefois perdre de vue qu'une imposition aux droits de succession est appliquée en Région flamande.

Les résidents fiscaux flamands ont dès lors tout intérêt à l'exclure et à favoriser la clause de réversion d'usufruit qui, elle, n'est pas taxable.

(80) A. CULOT, PH. DE PAGE, « Les nouvelles règles du droit civil des successions applicables à l'usufruit « successif » du conjoint survivant — articles 858*bis* et 745*quater*, § 1^{er}/1, du Code civil — incidences civiles et fiscales », *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.208, p. 176.

(81) Laquelle ne peut être présumée : A. MAYEUR, mis à jour par M. PETIT, *Droits de succession 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, n°s 919 et 920.

Chapitre IV. Le contrat d'assurance-vie

74. La flexibilité du contrat d'assurance-vie en fait un outil particulièrement adapté à l'investissement mobilier et à la planification patrimoniale.

L'évolution en Belgique de la fiscalité directe (absence de fiscalité sur les contrats en branche 23 et en branche 21 moyennant de strictes conditions) et indirecte — notamment dans le Code des droits et taxes divers (absence de Taxe sur les opérations de Bourse (TOB)); absence de Taxe sur les Comptes-Titres (TCT) — contribuent inévitablement à l'augmentation de son attractivité (économique) (82).

Cependant, les administrations en charge de la fiscalité successorale malmènent les structurations successorales organisées par le biais des contrats d'assurance-vie.

En effet, l'Administration générale de la Documentation patrimoniale (AGDP) et le service des décisions anticipées (SDA) ne partagent pas nécessairement le même point de vue sur les questions ayant trait à la fiscalité successorale dérivant du contrat d'assurance-vie. Malgré la réforme des régimes matrimoniaux entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2018 ainsi que les récentes prises de position (standpunten) publiées par VLABEL, l'insécurité juridique liée à l'utilisation des contrats d'assurance-vie dans un contexte de fiscalité successorale est toujours actuelle.

Il ressort enfin des décisions de taxation que l'Administration fédérale dénierait aux contrats d'assurance-vie les conséquences fiscales de la réforme des régimes matrimoniaux.

Section 1^{re}. Position de l'Administration fédérale (AGDP) et du Service des Décisions Anticipées (SDA)

75. Actuellement, sous l'impulsion de l'Administration fédérale, les receveurs sont contraints de considérer au sujet des contrats d'assurance-vie, malgré l'entrée en vigueur de la réforme des régimes matrimoniaux, que « *Contrairement à ce que la Direction avait dit dans un premier temps, il semble que l'article 1400 du Code civil n'entame pas le fait que le code fiscal déroge au Code civil en tant que Loi spéciale. L'article 8, alinéa 4 du Code des droits de succession reste applicable. L'Administration Centrale finalise une Circulaire en ce sens* ».

(82) E. CECI, F. LALLEMANT, « Évolutions récentes en matière de taxation du patrimoine », *R.P.P.*, 2018/4, pp. 319 et s.; G. DE FOY, L. ROUSSEAU, « La stipulation pour autrui à l'épreuve de la fiscalité successorale », *Rec. gén. enr. not.*, n° 26.926, 2017/1, pp. 3 et s.

Nonobstant l'absence de circulaire, il est opportun de rappeler qu'en matière fiscale, les exceptions sont de stricte interprétation (83). L'AGDP ne peut ignorer que l'article 8 du Code des droits de succession est une disposition fiscale de stricte interprétation et qu'elle ne peut, par voie de circulaire ou de décision, en étendre sa portée. Le prélèvement d'impôt peut uniquement être établi sur base de textes légaux.

76. Sur le plan fiscal, depuis une circulaire de 2006 (84), l'AGDP estimait, à propos des contrats à un seul preneur marié en régime de communauté, que « *La valeur de rachat d'une assurance-vie mixte au moment du décès du prémourant des époux est considérée comme un élément du patrimoine commun si le capital a été constitué au moyen de fonds communs* ».

77. L'AGDP considérait donc que la valeur de rachat constitue un actif de la communauté taxable sur base de l'article 1^{er} du Code des droits de succession, et ce, indépendamment de son paiement effectif en faveur du conjoint survivant. Cette position était déjà critiquable et critiquée par la doctrine (85) avant même l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial (cf. *infra*).

78. Ainsi, le SDA a, à plusieurs reprises, considéré — à juste titre, selon nous — que « *Lorsqu'une prestation d'assurance ou une valeur de rachat est liquidée durant l'existence de la communauté, elle tombe dans le patrimoine commun. Lorsque cette prestation ou cette valeur de rachat est liquidée après dissolution de la communauté (divorce, décès, ...), elle devient propre au preneur d'assurance ou au bénéficiaire survivant, à charge de récompense au profit du patrimoine commun. Dans ce cas, la communauté est titulaire d'un droit à récompense pour la totalité des primes versées pendant l'existence de la communauté* » (86).

(83) Principe général de droit déjà inscrit dans la *Magna Carta* en 1215; Doit-on rappeler le caractère fondamental de ce principe dans nos sociétés démocratiques ? L'Histoire a montré de multiples révoltes en cas de violation de ce principe, par exemple, la *révolte des bonnets rouges* (objet alors symbole de liberté) en 1675, dans laquelle les bretons se révoltèrent contre le pouvoir royal (sous le règne de Louis XIV) qui avait imposé de nouvelles taxes sans l'accord du Parlement de Bretagne (voy. G. DE FOY, « La fiscalité des donations et successions dans un cadre franco-belge vue depuis la Belgique », *op. cit.*, pp. 63 et s.).

(84) Circ. n° 16/2006 du 31 juillet 2006.

(85) Décisions anticipées n° 800.279 du 26 mai 2009, n° 2013.405 du 14 janvier 2014, n° 2014.085 du 15 avril 2014, n° 2014.492 du 18 novembre 2014, n° 2010.542 du 23 décembre 2014 (www.fisconetplus.be); A. VANDEWALLE et B. PHILIPPART DE FOY, « Assurances-vie : le Vlabel s'attaque aux assurances-vie et s'emmêle les pinceaux — Analyse et solutions », *R.P.P.*, 2016/1, p. 81.

(86) M. PETIT, « Décisions anticipées — assurance-vie — décès du conjoint du preneur d'assurance commun en biens, avant le dénouement du contrat », *Info Droits de succession*, n° 2/2015, pp. 1 à 6.

79. La « valeur de rachat » est devenu, par la loi, un bien propre de l'époux survivant avec une obligation de récompense au profit du patrimoine commun et cette « valeur de rachat » n'est pas la « valeur » visée par l'article 8, alinéa 4 du C. succ. (cfr. *infra* n° 86).

Section 2. Réforme du droit des régimes matrimoniaux et position du Vlaamse Belastingdienst (VLABEL)

80. Le nouveau droit matrimonial, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2018 (87), devrait régler le conflit existant entre l'AGDP et le SDA.

En effet, celui-ci prévoit, sur base de l'article 1400, 6^o du Code civil, lu conjointement avec les articles 1432 et suivants du Code civil, que la valeur de rachat nette exigible d'un contrat d'assurance-vie individuel conclu par un des époux pendant le mariage, est un bien propre au moment de la dissolution du régime matrimonial lorsque la prestation d'assurance n'est pas due à la dissolution dudit régime.

L'article 1400, 6^o nouveau du Code civil prévoit à cet égard :

« Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition et sauf récompense s'il y a lieu : (...)

6^o la valeur de rachat nette exigible, au moment de la dissolution du régime, liée à un contrat d'assurance sur la vie individuel qui a été conclu par un des époux pendant le régime, lorsque la prestation d'assurance n'est pas due à la dissolution du régime (...) ».

L'article 1400, 6^o du Code civil prévoit donc que le contrat d'assurance-vie qui se poursuit au nom du conjoint survivant est un bien propre de ce conjoint mais avec obligation, lorsque les primes ont été payées au moyen de fonds communs, de récompense à la communauté conjugale.

La récompense prévue peut échapper à la taxation au droit de succession conformément à l'article 16 du Code des droits de succession lequel stipule que :

« Pour la perception du droit de succession en ligne directe descendante ou entre époux ayant des enfants ou descendants communs, il est fait abstraction des reprises et des récompenses qui se rattachent soit à la communauté ayant existé entre le défunt et un conjoint dont il a, à son décès, des enfants ou descendants en vie, soit à la communauté ayant existé entre les ascendants du défunt. (...) ».

Cet article prévoit donc qu'il n'est pas tenu compte des récompenses à la communauté conjugale pour déterminer la masse soumise aux droits de succession si le couple a au moins un descendant commun.

(87) Loi du 22 juillet 2018, *Moniteur belge*, 27 juillet 2018.

Sauf disposition contraire, le droit fiscal suit le droit civil. En l'occurrence, l'article 8 du Code des droits de succession ne déroge pas au droit civil tel que modifié par la réforme des régimes matrimoniaux.

81. Sur la base de décisions individuelles il semblerait que l'AGDP n'entend pas accepter les conséquences fiscales de cette réforme civile en matière d'assurance-vie.

82. L'administration fiscale flamande a, quant à elle, déjà reconnu les conséquences de la réforme des régimes matrimoniaux et celles de la qualification de biens propres de la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie dans sa décision n° 18073 rendue le 15 octobre 2018 (88) : *il s'agit d'un bien propre qui donne lieu à récompense en faveur du patrimoine commun.*

En outre, en vertu de l'article 2.7.3.2.7 du C.F.F., « pendant flamand » de l'article 16 du Code des droits de succession, les récompenses ne sont pas prises en compte en cas de descendant commun.

Pour les couples sans descendant commun, la situation est différente. À partir du 1^{er} septembre 2018, si l'article 2.7.3.2.7 du C.F.F. est applicable, il y a lieu d'appliquer le régime de la taxation immédiate sur la moitié de la récompense dont le conjoint survivant est redevable à la communauté conjugale.

Cependant, VLABEL a considéré que tout ceci ne serait valable que si le compte de récompense est effectivement établi (89). VLABEL considère donc l'établissement du compte de récompense comme une option, et non comme une obligation, mais avec les conséquences qui en dérivent (90).

Le fait d'avoir ou non un descendant commun est donc tout aussi déterminant en Région flamande que dans les deux autres Régions, mais avec une application pratique qui diffère.

83. En outre, VLABEL estime, pour tous les décès intervenus à partir du 1^{er} janvier 2017 (avis n° 17016), que la cession même des droits du contrat ne sera pas imposée aux droits de succession (bien qu'elle tombe désormais sous le champ d'application de l'article 2.7.1.0.6. du C.F.F.).

Enfin, en ce qui concerne le capital-décès, le nouvel alinéa 3 de l'article 2.7.1.0.6, § 1^{er} du C.F.F. introduit par le décret du 23 décembre 2016 (91), prévoit que toute somme effectivement perçue en vertu d'un

(88) Standpunt nr. 18073 dd. 15 octobre 2018 (<https://belastingen.vlaanderen.be>).

(89) Standpunt nr. 18067 dd. 8 octobre 2018 (<https://belastingen.vlaanderen.be>).

(90) A. AYDOGAN, « Droit matrimonial : pas d'effets défavorables pour l'impôt de succession », *Fiscologue*, 2018, n° 1588, pp. 6 et s.

(91) Décret du 23 décembre 2016, *Moniteur belge*, 30 décembre 2016.

contrat d'assurance-vie après le décès du premier preneur sera taxable à l'impôt de succession flamand. En effet, le législateur flamand entend taxer le versement effectif des sommes afférentes au contrat d'assurance-vie, que ce soit par l'attribution du capital décès au bénéficiaire ou par tout rachat du contrat d'assurance-vie que le second preneur survivant effectuerait (92).

VLABEL a, par ces différentes prises de position et contrairement à l'Administration fédérale, retenu la voie de la légalité de l'impôt et a ainsi permis d'assurer la sécurité juridique de la fiscalité du contrat d'assurance-vie en Région flamande.

Section 3. Problématique de la notion de « valeur » reprise dans l'article 8 du Code des droits de succession

84. L'article 8 du Code des droits de succession prévoit que :

« Sont considérées comme recueillies à titre de legs les sommes, rentes ou valeurs qu'une personne est appelée à recevoir à titre gratuit au décès du défunt en vertu d'un contrat renfermant une stipulation à son profit par le défunt ou par un tiers.

Sont de même considérées comme recueillies à titre de legs les sommes, rentes ou valeurs qu'une personne a été appelée à recevoir à titre gratuit dans les trois ans précédant le décès du défunt ou qu'elle est appelée à recevoir à titre gratuit à une date postérieure au décès, en vertu d'une stipulation faite à son profit dans un contrat conclu par le défunt.

Le présent article est également applicable aux sommes ou valeurs qu'une personne est appelée à recevoir à titre gratuit au décès de celui qui a contracté une assurance sur la vie à ordre ou au porteur.

Lorsque le défunt était marié sous un régime de communauté, les sommes, rentes ou valeurs que le conjoint est appelé à recevoir en vertu d'un contrat d'assurance sur la vie ou d'un contrat constitutif d'une rente, conclu par lui (...) ».

L'article 8, alinéa 4 du Code des droits de succession considère que l'assurance-vie constitue un legs fictif et soumet ainsi au droit de succession toutes les « sommes, rentes ou valeurs que le conjoint est appelé à recevoir en vertu d'un contrat d'assurance sur la vie ou d'un contrat constitutif d'une rente, conclu par lui (...) ».

85. Dans une décision du 10 mars 2011 l'AGDP considère que :

(92) Décision anticipée n° 17016 du 3 avril 2017, intitulée « Levensverzekering met twee verzekeringnemers. Toestand voor overlijdens vanaf 1^{er} janvier 2017 » (<https://belastingen.vlaanderen.be>).

« Le texte de l'article 8 C. succ. n'indique nullement que la notion de « valeurs » devrait être limitée aux effets publics (si on entend par là les actions et les obligations cotées en bourse).

Par « valeurs », à l'article 8 C. succ, on entend e.a. tous les titres cotés ou non en bourse belge ou étrangère » (93).

L'AGDP a complété la décision précitée dans une décision du 4 décembre 2012 :

« Le texte de l'article 8 C. succ. n'indique nullement que la notion de « valeurs » devrait être limitée aux effets publics (si on entend par là les actions et les obligations cotées en bourse).

Les polices d'assurance-vie qui sont des assurances-placements (entre autres pour l'ampleur des primes minimales à verser) doivent être considérées comme des « valeurs » telles qu'indiquées à l'article 8 C. Succ.

Dans le cas présent, les époux étaient mariés sous contrat de séparation de biens.

Au vu des polices d'assurance, il est apparu que :

- les primes minimales s'élèvent à 50.000 euros ou 125.000 euros;
- le preneur d'assurance est l'homme;
- les assurés sont l'homme et son épouse et lors du décès de l'homme, l'épouse devient automatiquement l'unique assurée;
- en cas de décès du preneur d'assurance, tous ses droits et devoirs découlant du contrat d'assurance passent dans le chef du deuxième assuré, à savoir le conjoint survivant;
- les bénéficiaires sont : les enfants, uniquement au décès du conjoint survivant.

Les droits que le conjoint survivant reçoit lors du décès du premier assuré, et donc également le droit de donner le contrat d'assurance ou de mettre fin au contrat et réclamer le capital, représentent une valeur, appelée la valeur de rachat du contrat.

Le transfert de ces droits et donc du contrat d'assurance proprement dit, lors du décès du preneur d'assurance, au conjoint survivant sur base des dispositions du contrat d'assurance, tombe dans le champ d'application de l'article 8 C. Succ.

Lors du décès de l'homme, la valeur de rachat de la police d'assurance doit, en application de l'article 8, être taxée dans le chef de la femme »(94).

(93) Déc. du 10 mars 2011, n° E.E./104.132.

(94) Déc. 4 décembre 2012, n° E.E./104.552.

86. Suivant les décisions régulières du SDA, il y a lieu de considérer que le conjoint survivant ne bénéficie pas, au décès de son époux, d'une « valeur » taxable aux droits de succession au sens prévu par l'article 8 du Code des droits de succession.

En effet, le SDA a rendu plusieurs décisions récentes, considérant que la « valeur » de rachat d'un contrat d'assurance-vie n'est pas une « valeur » visée par l'article 8 C. succ. (95) En réalité dans le cadre de contrats deux preneurs/deux têtes assurées le premier décès opère la *transformation du contrat* de droits jusqu'alors indivis en droits exclusifs ce qui ne peut pas être considéré comme une « valeur » au sens de l'article 8 du Code des droits de succession.

Le SDA en a conclu qu'« au décès du conjoint prémourant, le conjoint survivant reçoit certains droits mais ceux-ci ne représentent aucune valeur économique » et a décidé sur cette base que « L'article 8 C. succ. (...) n'est pas d'application pour ce qui concerne le transfert de l'ensemble des droits et obligations découlant du contrat d'assurance-vie au deuxième assuré (le conjoint survivant) » et que « le droit de succession ne sera d'application que lors du décès du second époux ». Le SDA a confirmé cette position dans une autre décision récente du 25 septembre 2018 (96).

Le SDA a encore admis, dans une décision du 11 septembre 2018 (97), qu'« il importe de ne pas s'arrêter à l'apparence selon laquelle lesdits contrats d'assurance-vie renferment deux assurés mais au contraire d'admettre qu'il existe — en l'espèce — un seul assuré (dont l'identité est inconnue à la souscription des contrats) : le conjoint survivant. C'est le décès de ce dernier qui mettra la compagnie d'assurance devant l'obligation de délivrer la prestation assurée ».

Le SDA a également ajouté dans cette même décision que la fiction légale instaurée par l'article 8 du Code des droits de succession doit être interprétée restrictivement. Les droits que le conjoint survivant reçoit au décès du prémourant ne correspondant pas à la notion de « valeur » au sens de cet article échappent à l'application de celui-ci (98).

En effet, l'article 8 du Code des droits de succession ne renferme en lui-même aucune définition particulière de la notion de « valeur » et suivant les travaux préparatoires de cette disposition, la notion de « valeur » porte sur les titres d'actions, les parts représentatives ou les

(95) Décisions anticipées n° 2014.665 du 3 février 2015, n° 2015.665 du 5 juillet 2016, n° 2016.082 du 5 juillet 2016, n° 2015.521 du 5 juillet 2016 et n° 2016.437 du 12 juillet 2016 (www.fisconetplus.be).

(96) Décision anticipée n° 2018.0831 du 25 septembre 2018 (www.fisconetplus.be).

(97) Décision anticipée n° 2018.0733 du 11 septembre 2018 (www.fisconetplus.be).

(98) *Contra* Décisions de l'AGDP reprises au n° 85.

titres d'obligations (99). La transmission des droits et obligations d'un contrat d'assurance-vie (à savoir la titularité du contrat d'assurance-vie) ne correspond dès lors nullement au concept de « valeur » institué à l'article 8 du Code des droits de succession.

Le contrat d'assurance-vie de type « deux preneurs »/« deux têtes assurées » ne prend donc pas fin par le décès du premier « preneur »/« tête assurée » mais il s'éteint lors du décès du second assuré dont l'identité ne pourra être déterminée que par le décès prématuré du premier. Dans ce type de contrat d'assurance-vie, la compagnie d'assurance n'octroie, au décès du premier conjoint-tête assurée, *aucun capital décès, ni autres sommes, rentes ou valeurs* au sens de la loi, au second preneur (ni aux bénéficiaires) (100).

En réalité, c'est en vertu de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (et avant la loi du 25 juin 1992) que le décès du prémourant conduit à *transformer les droits indivis* des preneurs d'assurance *en des droits exclusifs* du preneur d'assurance survivant, lequel était titulaire de ces droits sur la totalité du contrat en indivision *ab initio*.

La conséquence du décès de l'un des deux « preneurs »/« têtes assurées » est que le preneur survivant pourra exercer, de manière exclusive, l'ensemble des droits liés à sa qualité de preneur d'assurance : autrement dit, il ne devra plus demander l'accord du copreneur (vu qu'il est décédé) pour exercer ses droits sur le contrat mais il ne tire aucun droit économique en raison du prédécès du copreneur dès lors qu'il détient les mêmes droits économiques sur le contrat depuis la souscription de celui-ci. Cette transformation des droits indivis en des droits exclusifs ne constitue pas un transfert de « *sommes, rentes ou valeurs* » au sens de l'article 8 du Code des droits de succession.

Comme énoncé *supra*, l'article 8 du Code des droits de succession est une fiction légale et doit faire l'objet d'une **interprétation restrictive**, sans préjudice, en outre, de l'application de l'adage « *in dubio contra fiscum* ».

En conséquence, la valeur de rachat doit être considérée comme un bien propre en vertu des règles civiles relatives aux régimes matrimoniaux emportant une récompense en faveur du patrimoine commun.

Bien que les décisions rendues par le SDA ne lient pas l'AGDP lorsqu'elles concernent d'autres contribuables que le contribuable qui a

(99) M. DONNAY, « Droits de succession et de mutation par décès — Taxe compensatoire des droits de succession », mis à jour par A. CULOT, *Rép. not.*, t. XV, livre II/1, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 302, p. 487; A. MAYEUR, *Droits de succession 2016-2017*, I, Waterloo, Kluwer, n° 983-986.

(100) Décisions anticipées n° 2014.665 du 3 février 2015, n° 2015.655 du 5 juillet 2016, n° 2016.082 du 5 juillet 2016 et n° 2016.437 du 12 juillet 2016 (www.fisconetplus.be).

introduit la demande de décision anticipée, il n'en ressort pas moins que les arguments plaidés et reçus par le SDA existent sur le plan juridique — pour autant que les circonstances de fait soient similaires —, et ce, même si les parties ne peuvent prétendre à une décision administrative ayant valeur *erga omnes*, à défaut d'avoir sollicité préalablement une demande de *ruling*.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'article 8 du Code des droits de succession s'appliquera au moment du second décès sur la totalité du capital-décès attribué au(x) bénéficiaire(s) désigné(s).

**Section 4. L'article 7 du Code des droits de succession,
un autre fondement possible à la taxation aux droits de succession
du contrat d'assurance-vie ?**

87. L'administration fédérale, peinant à justifier la taxation aux droits de succession du contrat d'assurance-vie « au dernier mourant » sur base de l'article 8 du Code des droits de succession, étudie actuellement de nouveaux fondements à la taxation aux droits de succession du contrat d'assurance-vie.

En effet, dans une décision inédite du 8 février 2018, l'Administration centrale a considéré qu'« *Eu égard aux discussions actuellement menées quant à l'applicabilité de l'article 8 C.S. dans le cadre d'une assurance-vie de type « dernier mourant », l'Administration, dans un souci de précaution, estime désormais qu'un transfert de droits et d'obligations au preneur survivant est soumis au droit de succession sur base de l'article 7 C.S. s'il est établi que le transfert des droits dérivant du contrat d'assurance-vie se réalise à titre gratuit et que l'acte par lequel le preneur initial stipule la cession de ses droits découlant du contrat au preneur subsidiaire ne remonte pas à plus de trois ans avant son décès.*

Cette position s'appuie essentiellement sur le commentaire repris au « Mayeur » sous nos 819 et 984 :

« ... l'on doit considérer que l'article 7 peut s'appliquer aux stipulations pour autrui, consenties par le de cujus, quand leur objet consiste en des biens meubles, autres que des sommes, rentes ou valeurs (puisque, dans cette hypothèse, l'article 8 est hors de cause) ».

Le cas d'espèce répondant aux conditions précitées, la taxation du transfert sur la tête du second preneur, du droit de rachat des assurances discutées, est maintenue sur pied des dispositions de l'article 7 C.S.. »

88. À nouveau, cette position de l'Administration fiscale nous paraît totalement infondée car elle fait fi du régime autonome du contrat d'assurance-vie, tout en apparentant l'opération de financement à une « mau-

vaise » clause d'accroissement, c'est-à-dire une convention requalifiée en libéralité à défaut d'aléa pouvant démontrer le caractère onéreux de l'opération alors même que les conditions de la libéralité dont l'*animus donandi* ne sont pas démontrés par l'Administration (101).

Section 5. La cession de droit post mortem

89. La question de savoir si la cession de droits *post mortem* est constitutive d'une donation peut se poser dans le cadre d'un contrat d'assurance-vie à preneur unique mais avec deux têtes assurées (102).

Les droits du preneur ne sont pas transmissibles par succession, auquel cas, à défaut de cession *post mortem* des droits du contrat le contrat sera sans preneur au premier décès en l'attente de l'attribution bénéficiaire au second décès.

Les articles 4, 3^o du Code des droits de succession wallon et 131bis, § 1^{er}, alinéa 2 du Code des droits d'enregistrement wallon ont été modifiés par un décret du 19 juillet 2018. (103). L'article 4, 3^o du Code des droits de succession est une fiction fiscale qui dispose que :

« Sont considérées comme legs, pour la perception du droit de succession :

(...)

3^o toutes donations entre vifs de biens meubles faites par le défunt sous une condition suspensive qui s'est réalisée par suite du décès du donateur ».

90. Le SDA estimait, antérieurement à cette réforme, que la cession de droits *post mortem* n'était pas taxable aux droits de succession au titre de donation sous condition suspensive du prédécès du donateur estimant qu'une cession *post mortem* de droits, même à titre gratuit, ne peut pas être considérée, à la base, comme une donation *dans la mesure où il n'y a pas eu d'acceptation dans le chef du cessionnaire* (104). Cette décision, bien que prise sous l'emprise de la législation antérieure, nous semble transposable au nouvel article 4, 3^o du Code des droits de succession wallon.

(101) Voy. en ce sens Civ. Mons, 27 juin 2017, obs. A. CULOT, « La clause d'accroissement entre époux », *op. cit.*, 2017/10, pp. 446 et s.

(102) Voy. ég. G. DE FOY, « La cession de droits *post mortem* à l'épreuve du Service des Décisions Anticipées », *Info Droits de succession*, 2019/2, pp. 26 et s.

(103) Décret du 19 juillet 2018 portant des dispositions fiscales diverses, *Moniteur belge*, 24 août 2018.

(104) Décision anticipée n° 2015.521 du 5 juillet 2016, www.fisconetplus.be; P. VAN EES-BEECK, « Cession du droit de rachat d'une assurance-vie : pas de droits de succession ? », *Fiscologue*, 2016, n° 1497, p. 14.

La cession de droits *post mortem* est en réalité un avenant au contrat d'assurance qui émane du preneur d'assurance — seul — et inscrite dans les conditions de la police. En effet, contrairement à une cession « entre vifs », la cession *post mortem* de droits résulte, en vertu de l'article 184, alinéa 2 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, d'une stipulation unilatérale du preneur d'assurance dans les conditions de la police, qui ne doit pas être acceptée formellement par le cessionnaire pour produire ses effets. Ainsi, à défaut d'acceptation par le cessionnaire, il ne peut pas s'agir, juridiquement, d'une donation.

En ce que cette cession ne constitue pas, à la base, une donation, il ne peut pas davantage y avoir de « donation sous la condition suspensive que le donataire survive au donateur » taxable sur la base de l'article 4, 3° du Code des droits de succession wallon.

91. La question se pose dès lors de savoir si cette cession de droits *post mortem* est constitutive ou non d'un abus fiscal que l'Administration fédérale pourrait combattre sur la base de l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement, l'article 106, alinéa 2 du Code des droits de succession renvoyant à cet article ?

En effet, le SDA a considéré, dans son avis n° 2018.0276 du 8 mai 2018 (105), « *qu'il ne peut être exclu que l'article 106, § 2, C. succ. s'applique aux opérations projetées si le cessionnaire des droits du contrat :*

- *se désigne lui-même bénéficiaire des prestations d'assurance;*
- *procède à un rachat égal à la valeur du contrat;*
- *réclame à l'assureur une avance sur les prestations équivalente à la valeur du contrat;*
- *procède à la mise en gage des droits transmis;*
- *cède les droits transmis;*
- *ou pose tout autre acte ayant pour effet que le contrat et/ou ses effets trouvant ses origines dans les primes versées par la mère, ne soient pas maintenus jusqu'à son/leur terme, à savoir le versement des prestations du contrat d'assurance correspondant à l'ensemble des primes versées par la mère, au décès de la seconde tête assurée. »*

Nonobstant l'incompétence matérielle du SDA en matière de preuve et la référence erronée dans la décision, nous sommes d'avis que cette mesure anti-abus ne pourrait trouver à s'appliquer au cas d'espèce.

En effet, l'article 106 du Code des droits de succession, qui intègre la mesure anti-abus fiscale générale en matière de droits de succession,

(105) Décision anticipée n° 2018.0276 du 8 mai 2018 (www.fisconetplus.be).

renvoie *mutatis mutandis* à l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement, lequel prévoit :

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

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

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

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

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

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

Il ne pourrait y avoir un abus fiscal dans le chef du cessionnaire contrairement à ce que laisse à penser le SDA en ce que l'opération considérée est hors champ d'application *ratione personae* de la mesure anti-abus.

En effet, tant pour la souscription du contrat que pour la cession de droits *post mortem*, la tête assurée survivante n'a pas contracté avec le *de cuius*. Ce sont des actes qui émanent du seul défunt, à l'exclusion du redevable de l'impôt.

L'article 70 du Code des droits de succession qui précise l'identité des « redevables » de l'impôt successoral, ne reprend d'ailleurs pas le défunt en cette qualité (c'est d'ailleurs la transmission du patrimoine à cause de mort qui est taxée aux droits de succession dans le chef de celui qui le recueille).

Les droits visés par le SDA comme étant potentiellement abusifs dans la décision précitée sont des droits qui appartiennent au seul preneur du contrat en vertu de la loi relative aux assurances; droits qui, par nature,

ne pourront être exercés par le cessionnaire qu'après la cession *post mortem*, soit après le décès du preneur cédant.

Compte tenu de ce qui précède, nous ne pouvons que conseiller d'éviter une acceptation bénéficiaire dans les différents contrats. En effet, l'acceptation du bénéfice par le bénéficiaire viendrait nouer une relation contractuelle entre le preneur et le bénéficiaire, ce qui aurait pour conséquence de faire rentrer la structuration assurantielle dans le champ d'application *ratione personae* de la mesure anti-abus.

En conclusion, la cession de droits (de contrat d'assurance-vie) *post mortem* est une opération qui, pour autant qu'elle respecte un formalisme précis, n'est pas impactée négativement par la fiscalité successorale. Et ce, même sous le prisme de l'abus fiscal (106).

Conclusion

Nous avons analysé les différentes techniques de planification patrimoniale sur deux têtes à la lumière du droit civil et du droit fiscal régionalisé. La complexité des opérations réside dans la rigueur des actes à poser et dans la détermination de l'aléa qui les gouvernent pour en assurer leur efficacité.

Mais, à la lumière de la contribution, est-ce que le caractère aléatoire de ces opérations ne réside pas également dans l'insécurité juridique grandissante que l'Administration fiscale fait planer à propos du traitement fiscal de ces opérations ; générant de la sorte une incertitude complémentaire dans le chef du candidat à la planification sur deux têtes ?

En effet, si certaines opérations peuvent être qualifiées de « sûres » sur un plan fiscal aujourd'hui, le seront-elles encore demain ? Et si les opérations envisagées qui sont pour l'heure « incertaines » quant à leurs conséquences fiscales devenaient « sûres » demain au bénéfice de la sécurité juridique à laquelle peut prétendre tout contribuable ?

L'on ne peut qu'encourager l'adoption de textes clairs par les législateurs compétents aux fins d'assurer la sécurité juridique en matière fiscale des opérations sur deux têtes qui elles, demeurent (en principe) aléatoires.

(106) G. DE FOY, « La cession de droits *post mortem* à l'épreuve du Service des Décisions Anticipées », *op. cit.*, p. 26.

LA VENTE DITE « EN VIAGER » : FAVORISÉE EN DROITS D'ENREGISTREMENT, PIÉGEANTE EN DROITS DE SUCCESSION

André CULOT,
Professeur à l'EFPP, à l'ESSF et chargé de conférences
à la Solvay Brussels School (ULB)

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction.....	722
1. Préambule.....	722
2. Objectifs du législateur wallon.....	723
II. Champ d'application	724
3. La vente en viager — Quel taux ?.....	724
4. La vente en viager — Comment la définir ?	724
5. La vente en viager — Comment est-elle définie par l'adminis- tration fiscale ?	726
6. Quelles sont les conditions de fonds.....	727
7. Quid de la réserve d'usufruit ?	728
8. Quid de l'âge du vendeur ?	728
9. Qui peut vendre, qui peut acquérir au taux de 6 % ?	729
10. Quels sont les biens qui peuvent être vendus au taux réduit de 6 % ?.....	729
11. Quelle est la nature des droits cédés ?.....	730
III. Conditions de forme.....	730
12. Principe	730
IV. Base imposable	731
13. Valeur conventionnelle.....	731
14. Valeur vénale — Vente de la nue-propriété avec réserve de l'usufruit par l'aliénateur	732
V. Divers.....	734
15. Revente dans les deux ans.....	734
16. Vente ultérieure de l'usufruit au nu-propriétaire.....	734
17. Renonciation à l'usufruit réservé	735
18. Quid du bouquet ? Quid de son montant ?.....	735

19. Quid en cas de décès prématuré du vendeur ?	736
20. Quid en cas de rachat par le crédientier de la créance émanant des rentes ?	737
VI. Incidences en droits de succession	737
21. Fiction de l'article 11 du Code des droits de succession ou 2.7.1.0.9 du Vlaamse Codex Fiscaliteit — Généralités	737
22. Équivalence des prestations	738
23. Sincérité des prestations viagères	740
24. Points d'attention	740
25. Réductibilité pour l'exercice effectif de ses droits viagers par le <i>de cuius</i>	740
VII. Les clauses d'accroissement et de réversion	741
26. Distinction entre clause d'accroissement et de réversion	741
27. Opération à titre gratuit ou onéreux	742
28. Clause d'accroissement et abus fiscal	743
29. La vente d'un immeuble moyennant constitution d'une rente viagère avec accroissement.....	744
30. La vente d'un immeuble moyennant constitution d'une rente viagère avec réversion.....	746
VIII. Conclusions	747
31. Les aspects positifs de la faveur fiscale.....	747
32. Les faiblesses de la faveur fiscale	748

I. INTRODUCTION

1. Préambule

Le fiscaliste, comme le juriste, se perd à l'heure actuelle au milieu des constructions nouvelles tant en droit fiscal qu'en droit civil. Celles-ci sont souvent sectorielles, ignorant leur incidence dans d'autres domaines, parfois lacunaires et, par voie de conséquence, souvent retouchées et complétées.

Mais il est un fait : elles s'insèrent dans un ordre nouveau traduisant les tendances modernes d'organiser la société sur un plan où l'autonomie de volonté reste dominante mais se voit, plus qu'autrefois, sacrifiée à des considérations d'ordre économique ou social.

Aujourd'hui, les Codes des droits d'enregistrement et de succession restés pendant des années stables, clairs et simples ne connaissent-ils pas cette évolution et ne sont-ils pas, eux-aussi, sacrifiés à des considérations d'ordre économique ou social ?

Certes, les lois sur les droits d'enregistrement et celles sur les droits de succession ont vieilli comme les autres. Depuis leur régionalisation, elles se sont multipliées et embrouillées. Leur remise en ordre est chose bien difficile pour un Parlement déjà encombré de trop de questions urgentes et de visions tellement opposées.

Aussi, comme l'écrivait Emile Genin en 1946, préfaçant l'ouvrage de Maurice Donnay que tous les spécialistes en droits de succession connaissent et consultent encore à savoir le « Commentaire du Code des droits de succession », il faut insister sur le fait qu'un tel travail appellerait le concours d'un corps de techniciens très avertis et qu'il faudrait qu'une fois l'œuvre de ceux-ci accomplie, son unité ne fût pas compromise par des interventions maladroites.

2. Objectifs du législateur wallon

Le décret du 13 décembre 2017 (1) instaure un allègement fiscal pour les ventes d'un immeuble d'habitation « moyennant paiement d'une rente viagère » (2).

Par cette taxation réduite, l'autorité wallonne vise à « assurer à nos aînés la possibilité de rester dans leur résidence principale ou de bénéficier d'une participation au financement d'un système d'hébergement ou de location autre » (3). L'objectif consiste aussi à réduire le coût fiscal de l'opération d'acquisition pour l'acquéreur, ce qui permet à ce dernier d'affecter les moyens ainsi dégagés à une augmentation du montant de la rente.

Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2018 (4) :

- un taux réduit à 6 % est applicable en cas de « vente en viager » de l'immeuble de résidence principale du vendeur depuis au moins cinq ans;
- en cas de vente en nue-propiété avec réserve d'usufruit par le vendeur, la base imposable ne peut être inférieure à un pourcentage de la valeur vénale de la pleine propriété, pourcentage déterminé en fonction de la durée maximale de la rente, en dérogation à l'article 48, alinéa 1^{er} C. enr/ W.

(1) *Moniteur belge* du 22 décembre 2017.

(2) Projet de décret du 13 décembre 2017 portant diverses modifications fiscales, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., 2017-2018, n° 972/1, p. 5; *C.R.I.C.*, Parl. w., 2017-2018, n° 52 du 11 décembre 2017, p. 5.

(3) Projet de décret du 13 décembre 2017 portant diverses modifications fiscales, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., 2017-2018, n° 972/1, p. 5.

(4) Le régime de faveur concernant les ventes en viager s'applique aux actes authentiques passés à partir du 1^{er} janvier 2018 (article 36 décret).

II. CHAMP D'APPLICATION

3. La vente en viager — Quel taux ?

L'article 44 C. enr/ W., précise que le droit est fixé à 12,50 % pour les ventes, échanges et toutes conventions translatives à titre onéreux de propriété ou d'usufruit de biens immeubles. Toutefois ce droit est réduit à 6 % pour les ventes en viager, ayant pour objet la vente, de l'habitation qui est la résidence principale du vendeur depuis au moins 5 ans, constatées par acte authentique. Cette réduction n'est pas applicable aux conventions sous seing privé présentées à l'enregistrement.

4. La vente en viager — Comment la définir ?

Contrairement à ce que laissait croire le Ministre wallon du budget et des finances, dans une intervention en commission du budget (5), il n'existe pas, à proprement parler, de définition de « la vente en viager ».

La circulaire administrative (6) va d'ailleurs contredire les propos du ministre en précisant que « *Comme la notion de « vente en viager » n'est définie ni en droit civil ni en droit d'enregistrement, il convient de se référer aux travaux préparatoires et à la ratio legis pour délimiter le champ d'application du nouveau taux réduit à 6 %.*

L'analyse de l'exposé des motifs et des réponses données par le Ministre des finances en commission permet de conclure que le législateur wallon vise uniquement les ventes avec paiement d'une rente viagère. »

Pourquoi le dire mais ne pas l'écrire ?

Un arrêt de la cour d'appel de Liège du 22 mars 2019 (7) vient pourtant de rappeler un principe essentiel : « *Si une disposition est claire, il ne faut pas lui chercher une autre signification, ni la compléter et celle-ci doit primer la volonté du législateur même s'il ressort des travaux préparatoires que le texte ne reproduit pas exactement son intention. Il en va de même des circulaires administratives ou de déclarations ministérielles qui sont impuissantes à conférer à une disposition fiscale un sens autre que celui qui ressort manifestement de sa lettre, sauf à*

(5) Parlement wallon — Session 2017-2018 — Compte rendu intégral — Séance publique de commission — Commission du budget, de l'énergie et du climat — Lundi 11 décembre 2017 — « ...Le mécanisme est un mécanisme que je crois réellement intéressant pour ceux qui connaissent un peu le viager. Je ne vais pas vous faire une leçon de droit, mais qu'est-ce que le viager ? C'est un dialogue entre un propriétaire et un acheteur, que l'on peut appeler *crédit-rentier, débitrentier, avec un paiement qui se fait en deux temps. Le premier paiement est souvent de 20 % et on l'appelle le bouquet. Vous avez une rente dite viagère, pourquoi ? Parce qu'elle est évaluée selon les tables de mortalité, l'âge du vendeur, le maintien ou pas... ».*

(6) Circ. adm. n° 2018/C/112 du 18 septembre 2018, *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.160, p. 26.

(7) *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.1230, p. 230. V. aussi, Liège, 25 janvier 2019, *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.201, p. 146.

gravement porter atteinte à la fois aux principes de sécurité juridique et de légalité de l'impôt ».

En ce qui nous concerne, puisque non définie dans le Code civil, voire même non abordée sous ce titre (vente en viager) par la doctrine (8), il nous semble qu'il eût été préférable de parler de « vente moyennant le paiement d'une rente viagère » ou, comme le faisaient Planiol et Ripert (9), de « vente à rente viagère ». Ces derniers auteurs insistaient d'ailleurs sur le caractère aléatoire de ce type de contrat et donc à grand risque (10).

En effet, c'est dans le Chapitre II du Titre XII du Code civil, intitulé « Du contrat de rente viagère », que l'on trouve l'article 1968 qui précise que la rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, **ou pour un immeuble**.

La rente viagère, constituée à titre onéreux, suppose donc des prestations réciproques. C'est un contrat « donnant-donnant ». Il y a aliénation d'une chose moyennant contreprestation : la rente.

Mais quoique impliquant une contrepartie, et ce dès l'origine, le contrat n'est néanmoins pas commutatif. Il est aléatoire, en ce sens que nonobstant l'existence de deux prestations également dues, la quotité de l'une des prestations dépendra d'un événement incertain : la durée de vie du crédientier. Au point de vue de l'équivalence finale des prestations, il y a donc chance de gain ou de perte (11).

Mais il est une autre vente que l'on retrouve classée comme aléatoire : la vente avec réserve d'usufruit.

En effet, le contrat aléatoire est celui dans lequel l'équivalent consiste dans une chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain (Code civil, article 1964). La vente est donc aléatoire lorsqu'elle implique, dans l'équilibre des prestations réciproques, pareille chance de gain ou de perte. H. de Page (12) cite comme exemples de contrat aléatoires; une vente immobilière dont le

(8) On retrouvera cette notion de vente en viager dans deux ouvrages récents mais rédigés par des professionnels de l'immobilier : N. SCHRYVERS-FRAENKEL, *La vente immobilière en viager*, Anthemis, Limal, 2017 et M. PETIT et PH. VERDONCK, « Vendre en viager : un choix à privilégier — Aspects civils et fiscaux », *Collec. Cahier de fiscalité pratique*, Larcier, Bruxelles, 2019.

(9) *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1932, n° 2118, p. 754.

(10) Ils citent d'ailleurs l'exemple de la collection d'antiquité américaine de M. DE WALDECK dont le propriétaire en demandait 40.000 francs. L'État offrit de la lui racheter à rente viagère, ce qui fut accepté; mais M. DE WALDECK, qui avait alors cinquante-cinq ans, ne mourut qu'à cent neuf ans passés, de sorte que l'État lui paya cinq ou six fois sa collection.

(11) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 344.

(12) *Traité élémentaire de droit civil belge*, éd. 1972, t. IV, n° 342.

prix consiste en une rente viagère mais aussi une vente de nue-propiété et même une vente d'usufruit.

En réalité, la rente viagère n'est qu'une modalité de paiement du prix : le prix prend la forme d'une rente et la « vente en viager », à défaut de définition dans le Code des droits d'enregistrement, vise un concept plus large.

Bref, à défaut de définition et compte tenu de ce qui vient d'être exposé, pour nous, il existe trois formes de viager; ceux-ci répondant à des besoins impératifs différents dans le chef des parties à la convention :

- la vente avec réserve d'usufruit (appelée viager occupé) moyennant paiement d'un prix (13);
- la vente avec réserve d'usufruit moyennant un prix (également appelée viager occupé) converti en une rente viagère avec ou sans bouquet;
- la vente de la pleine propriété (appelée viager libre) moyennant paiement d'un prix converti en une rente viagère avec ou sans bouquet (viager libre).

L'avantage des deux premières formes de viager est qu'elles permettent au créancier de rester dans son bien durant le restant de sa vie ou d'en percevoir les loyers, lui permettant ainsi d'augmenter de manière significative son revenu mensuel net.

Mais la troisième forme a, également, tout son intérêt car elle permet de jouir d'un revenu plus important, notamment pour pouvoir financer son placement, dans un home.

Il existe en tout état de cause une confusion dans la législation wallonne.

5. La vente en viager — Comment est-elle définie par l'administration fiscale ?

La circulaire administrative (14) précise que :

« On peut définir la vente avec constitution de rente viagère (communément appelée « vente en viager ») (15) comme une vente d'un bien immobilier par laquelle l'acheteur (appelé débirentier) verse au propriétaire (appelé créancier), durant la durée de vie de ce dernier

(13) V. CH. JAUMAIN, « Ventes en viager — Tables numériques 2018-2020 », *L'actuariat au service du droit*, Mathemap, 2018, n° 1.1., p 11; l'auteur cite bien la vente avec réserve d'usufruit moyennant le paiement d'un prix comme une vente en viager.

(14) Circ. adm. n° 2018/C/112 du 18 septembre 2018, *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.160, p. 26.

(15) Nous insistons sur cette parenthèse qui démontre une fois encore l'imprécision des termes « vente en viager ».

(ou d'un tiers déterminé), une somme périodique dite rente viagère (on parle de viager au sens strict). Les rentes peuvent être limitées dans le temps, moyennant un terme (on parle de durée maximale de la rente) ».

6. Quelles sont les conditions de fonds

a) Il doit s'agir d'une *vente au sens strict*

L'alinéa 1^{er} de l'article 44 C. enr/ W. s'applique aux ventes, échanges et toutes conventions translatives à titre onéreux. Or, l'alinéa 2 nouveau de la même disposition vise uniquement les ventes.

Par conséquent, le champ d'application du nouveau taux réduit doit être limité aux seuls *achats purs*, à l'exclusion notamment des échanges, des donations en paiement, des apports en société non soumis au droit d'apport, des liquidations de société et autres conventions assimilées fictivement à une vente par le Code des droits d'enregistrement, tel qu'applicable en Région wallonne (telle que la cession de parts indivises à un tiers acquéreur conventionnel au sens de l'article 113 C. enr./W.).

b) Il doit s'agir d'une « *vente en viager* »

Il est renvoyé aux n^{os} 4 et 5, *supra*.

La circulaire administrative précitée (16) va toutefois préciser :

- que si la rente peut être constituée sur la tête du vendeur ou sur la tête d'un tiers dont le décès met fin au paiement de la rente, toutefois, à s'en tenir à l'objectif poursuivi (protection du vendeur senior), le régime de faveur n'est applicable que si la rente est constituée sur la tête du(des) vendeur(s);
- que la rente peut être accompagnée d'un bouquet, même si le décret n'en dit mot; ce premier débours est payé comptant et vient en déduction du capital servant à calculer la rente; toutefois, cette contreprestation complémentaire doit rester accessoire.

La vente avec rente viagère suppose l'existence d'un aléa en ce sens qu'au jour de la conclusion du contrat, chacune des parties dispose des mêmes possibilités de gain et/ou de perte, eu égard à la durée de vie probable du vendeur (crédientier). Le montant total des rentes périodiques est inconnu et dépend de la vie d'une personne (crédientier), l'événement incertain étant la date du décès.

(16) Circ. adm. n° 2018/C/112 du 18 septembre 2018, *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.160, p. 26.

Précisons en outre que pour être « viagère » mais limitée dans le temps, il faut nécessairement qu'elle s'éteigne si le décès a lieu avant l'expiration du délai la limitant dans le temps.

Ne prévoir le paiement de la rente que pour une durée limitée n'est qu'une vente moyennant un paiement échelonné dans le temps qui n'a rien de viager.

7. Quid de la réserve d'usufruit ?

La circulaire (17) aborde la problématique de la réserve d'usufruit.

Pour l'administration fiscale, pour bénéficier du taux réduit à 6 %, l'immeuble peut être vendu en viager avec ou sans réserve d'usufruit, selon que le vendeur souhaite ou non conserver la jouissance du bien vendu. Le taux réduit s'applique quelle que soit la forme du viager.

Toutefois, une vente de la nue-propiété avec réserve d'usufruit moyennant paiement d'un prix ne peut pas être qualifiée de vente avec viager, et n'est pas admissible au taux réduit à 6 %, à défaut de paiement d'une rente viagère ou d'un prix converti en rente viagère.

Pour nous, il s'agit néanmoins d'une vente en viager (18).

Toujours selon la circulaire, la vente peut toutefois être considérée comme une vente en viager au sens du décret wallon (avec application du taux réduit à 6 %) :

- lorsque la rente viagère est limitée dans le temps (la durée correspondant au minimum à l'espérance de vie du vendeur) tandis que l'usufruit n'est pas limité dans le temps (le vendeur pouvant rester dans son immeuble toute sa vie durant ou le louer, et partant, en tirer des revenus), ou
- lorsque l'usufruit est temporaire (par exemple le vendeur prévoit de partir en maison de repos dans 5 ans) et la rente strictement viagère (le vendeur peut alors profiter de sa rente jusqu'à son décès), le montant de la rente tenant compte de la durée de l'usufruit réservé (plus l'usufruit réservé sera court, plus la rente sera élevée).

8. Quid de l'âge du vendeur ?

L'immeuble peut être vendu à tout âge. Ni le Code fiscal ni le Code civil n'ont prévu une limite d'âge dans le chef du crédientier.

(17) *Ibidem*.

(18) V. n° 4, *supra*.

9. Qui peut vendre, qui peut acquérir au taux de 6 % ?

La vente en viager suppose la constitution d'une rente qui s'éteint par le décès d'une personne physique. Comme les rentes sont constituées sur la tête d'une personne physique déterminée et en vie, seule une personne physique peut vendre un immeuble en viager, à l'exclusion d'une personne morale.

La vente en viager peut être conclue indifféremment avec une personne physique ou avec une personne morale. L'article 44, alinéa 2 C. enr/ W. n'impose aucune restriction à cet égard. Toutefois, selon la circulaire administrative du 18 septembre 2018 (19), une vente à une personne morale peut conduire à des montages qui, dans certains cas, pourraient être considérés comme constitutifs d'abus fiscal au sens de l'article 18, alinéa 2 C. enr/ W (20).

10. Quels sont les biens qui peuvent être vendus au taux réduit de 6 % ?

Le champ d'application du taux de 6 % est limité aux seules ventes de l'habitation affectée à la résidence principale du vendeur depuis au moins cinq ans (C. enr./W., article 44, alinéa 2).

La notion d'habitation affectée à la *résidence principale* est couramment utilisée dans le Code des droits d'enregistrement. Elle vise le lieu où le vendeur vit réellement (et non pas fictivement) et principalement (dans le cas de plusieurs résidences).

Cette résidence principale doit être celle du vendeur depuis au moins cinq ans à compter de la date de l'acte authentique.

Selon la circulaire précitée (21), même si l'article 44, alinéa 2 C. enr/ W. n'impose pas expressément que le vendeur ait établi sa résidence principale dans cet immeuble *depuis au moins cinq ans ininterrompus*, cela se déduit logiquement de la formulation du texte de cet article, à l'instar de l'exemption partielle visée à l'ancien article 60^{ter} C. enr/ W.

L'article 44, alinéa 2 C. enr/ W. n'impose nullement que le vendeur ait occupé le bien immeuble à titre de propriétaire durant toute cette période de cinq ans. Il suffit qu'il ait maintenu sa résidence principale dans cet immeuble, dans un premier temps — le cas échéant — en qualité de locataire, et dans un deuxième temps en qualité de propriétaire.

(19) Circ. adm. n° 2018/C/112 du 18 septembre 2018, *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.160, p. 26.

(20) V. notamment le n° 20, *infra*.

(21) Circ. adm. n° 2018/C/112 du 18 septembre 2018, *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.160, p. 26.

11. Quelle est la nature des droits cédés ?

Concernant la nature des droits cédés, le décret ne donne aucune précision. Dans l'absolu, la cession peut porter sur les droits réels pour lesquels le droit de vente visé à l'article 44 C. enr/ W. s'applique (*droits de pleine propriété, de nue-propriété, d'usufruit*).

On peut concevoir que l'usufruitier cède son droit (usufruit) aux nuspropriétaires de l'immeuble moyennant le paiement d'une rente viagère et bénéficie du taux réduit à 6 %. Encore faut-il que le vendeur (usufruitier) ait établi sa résidence principale dans l'immeuble en question, depuis au moins cinq ans ininterrompus à compter de l'acte authentique de cession.

À défaut de précision dans le texte, rien ne s'oppose à ce qu'une *vente en viager scindée entre vente de l'usufruit à X et vente de la nue-propriété à Y*, puisse bénéficier du taux réduit à 6 %, moyennant paiement d'une rente viagère tant par l'acquéreur de l'usufruit que par l'acquéreur de la nue-propriété. Ce taux réduit est applicable même si la nue-propriété et l'usufruit sont vendus en viager à des dates différentes, mais toujours dans le respect du prescrit de l'article 44, alinéa 2 C. enr/ W.

En cas *d'acquisition simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété*, la fiction de l'article 9 du Code des droits de succession peut être mise en œuvre si des immeubles ont été acquis à titre onéreux par le défunt pour l'usufruit et par un tiers pour la nue-propriété.

On peut également envisager l'acquisition par deux acquéreurs dont l'un seulement souhaite payer le prix moyennant une rente viagère. Ce dernier, pour sa part, peut incontestablement bénéficier du taux réduit, également dans le respect du prescrit de l'article 44, alinéa 2 C. enr/ W.

III. CONDITIONS DE FORME

12. Principe

Les articles 44, alinéa 2 et 48, alinéa 2 C. enr/ W. imposent que la vente en viager (de l'habitation qui est la résidence principale du vendeur depuis au moins cinq ans) soit « constatée par acte authentique ».

L'article 44, alinéa 2 C. enr/ W. prévoit également que la réduction à 6 % ne s'applique pas aux conventions sous seing privé présentées à l'enregistrement. Si un compromis de vente peut intervenir entre parties, il n'en reste pas moins que seul l'acte authentique (notarié) pourra bénéficier du droit réduit à 6 %, et non la convention sous seing privé. La perception du droit ordinaire sur présentation du compromis de vente exclut toute possibilité de restitution.

Cette condition liée à la forme notariée de l'acte est justifiée par le fait qu'il s'agit « *de garantir aux différents intervenants à la vente en viager une sécurité juridique maximale concernant notamment le calcul de la rente* » (22).

Il ressort des documents parlementaires que le notaire devra mentionner, dans son acte, les éléments permettant de liquider le droit de vente (et donc de déterminer la base imposable) (23). Les éléments précités devront être repris dans l'acte de vente ou dans une déclaration complémentaire, certifiée et signée au pied de l'acte, conformément à l'article 168, alinéa 1^{er} C. enr.

IV. BASE IMPOSABLE

13. Valeur conventionnelle

Lorsque la vente a lieu moyennant tel prix, converti immédiatement en une rente viagère, une déclaration estimative n'est pas nécessaire; le droit est calculé sur le prix convenu (24). Ceci suppose que le prix exprimé constitue dans l'esprit des parties un élément essentiel du contrat; l'indication d'un prix pour la forme ne pourrait empêcher l'administration fiscale de recourir à une évaluation de la rente (25).

Lorsque la vente a lieu moyennant un prix consistant en une rente (viagère, temporaire, perpétuelle), elle doit faire l'objet d'une déclaration estimative du capital (26). Il importe peu, s'il s'agit d'une rente perpétuelle, qu'une valeur de rachat ait été fixée dans le contrat (27).

L'évaluation doit être faite conformément aux règles du droit commun applicables en la matière.

Cela signifie que pour estimer une rente viagère, il faut prendre deux facteurs en considération : le premier est la durée de vie telle qu'elle résulte des calculs de probabilité statistiques, le deuxième est le coefficient de capitalisation pour ramener la rente à sa valeur capitalisée.

(22) Projet de décret du 13 décembre 2017 portant diverses modifications fiscales, commentaire des articles, *Doc.*, Parl. w., 2017-2018, n° 972/1, p. 12.

(23) Projet de décret du 13 décembre 2017 portant diverses modifications fiscales, commentaire des articles, *op. cit.*, p. 12.

(24) Déc. adm., 5 février 1879, *Rec. gén. enr. not.*, 1879, n° 9.181, p. 172; J. P. Florenville, 22 août 1941, *Rev. enr. et dom.*, n° 629.

(25) F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement, 2012-2013*, t. II, n° 688.

(26) Déc. adm., 10 septembre 1850, *Rec. gén. enr. not.*, 1850, n° 1.074; Circ. adm., 6 avril 1853, *Rec. gén. enr. not.*, 1879, n° 1.789, p. 197; Cass. fr., 31 décembre 1872, *Rec. gén. enr. not.*, 1873, n° 7.932, p. 528; déc. adm., 22 avril 1982, *Rec. gén. enr. not.*, 1983, n° 22.879, p. 168; *T. Not.*, 1983, p. 111.

(27) Déc. adm., 11 novembre 1861, *Rec. gén. enr. not.*, 1862, n° 1.393, p. 81; déc. adm., 21 avril 1858, *Rec. gén. enr. not.*, 1858, n° 3.360, p. 350.

La valeur en capital d'une rente viagère peut être déterminée soit en recherchant la valeur de la rente sur base des tarifs des compagnies d'assurances (on calcule la somme à verser à une compagnie d'assurances pour constituer une rente du même import (28)), soit en capitalisant à un taux d'intérêt normal — compte tenu de la durée de vie probable du crédirentier — le montant de la rente.

Dans les affaires civiles, la durée de vie probable est généralement déterminée d'après les tableaux de Statbel. Sauf circonstances exceptionnelles, comme la mauvaise santé du bénéficiaire de la rente, il n'y a pas de motif valable de ne pas procéder de la même manière dans les affaires fiscales.

Pour l'estimation de ce montant, il n'y a aucune obligation légale de s'en tenir aux obligations de l'article 47 C. enr/ W. qui sont d'ailleurs hors cause en l'espèce.

Lorsque la détermination de la base imposable dépend en tout ou en partie de l'évaluation d'un droit viager, il doit être fait mention des nom, prénoms, lieu et date de naissance des personnes bénéficiaires d'un tel droit viager (C. enr./W., article 168, alinéa 3). En l'espèce, il s'agit du (des) vendeur(s), et le cas échéant, d'un tiers déterminé si la rente est réversible. Si le receveur ne dispose pas de tous les éléments nécessaires à la perception des droits dus, il pourra imposer au notaire la communication de ces éléments. À défaut de tous les éléments permettant de déterminer la base imposable, le receveur pourra refuser d'enregistrer l'acte.

14. Valeur vénale — Vente de la nue-propiété avec réserve de l'usufruit par l'aliénateur

La base taxable minimale a été modifiée à l'article 48 C. enr/ W. en cas de vente en viager de la nue-propiété de l'immeuble avec réserve d'usufruit au profit du vendeur.

En cas de vente d'immeuble avec réserve d'usufruit, l'article 48 C. enr/ W. prévoit que la base taxable ne peut être inférieure à la valeur vénale de la pleine propriété.

Aux termes du nouvel alinéa 2 du même article 48, « *Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, pour les ventes en viager de la nue-propiété d'un immeuble dont l'usufruit est réservé par l'aliénateur, constatées par acte authentique et visées à l'article 44, alinéa 2, la base imposable ne peut être inférieure à :*

(28) *Q. et R. Parl.*, Chambre, 1993-1994, 23 décembre 1993, p. 10097 — *Q. parl.*, n° 844, VAN GREMBERGEN; *Rec. gén. enr. not.*, n° 24.917.

50 % de la valeur vénale de la pleine propriété si la durée maximale de la rente est inférieure ou égale à 20 ans;

40 % de la valeur vénale de la pleine propriété si la durée maximale de la rente est supérieure à 20 ans ».

Dans cette hypothèse, la base imposable peut être déterminée de deux manières différentes, étant entendu que la base imposable la plus élevée constituera la base de perception du droit d'enregistrement proportionnel de vente.

Tout d'abord, il convient de prendre en compte la *valeur conventionnelle* de l'immeuble, à savoir le prix convenu et les charges stipulées par les parties, en vertu de l'article 45 C. enr/ W.

Comme mentionné sous le n° 13, *supra*, lorsque le prix consiste en une rente viagère en totalité (rente sans bouquet) ou en partie (rente avec bouquet), le capital doit donner lieu à une déclaration estimative des parties, en application de l'article 168 C. enr. Pour évaluer le capital, il convient de prendre en considération le montant de la rente, l'espérance de vie du crédientier et le coefficient de capitalisation qui permet de calculer la rente à sa valeur capitalisée.

Le décret innove en prévoyant une *base imposable minimale égale* non pas à la valeur vénale de la pleine propriété, mais à un *pourcentage de la valeur vénale de la pleine propriété* pour les ventes en viager, dont l'usufruit est réservé par le vendeur crédientier.

Dans cette hypothèse, la base imposable ne peut être inférieure à un pourcentage qui varie selon la durée maximale de la rente, comme suit :

- 50 % de la valeur vénale de la pleine propriété si la durée maximale de la rente est inférieure ou égale à 20 ans;
- 40 % de la valeur vénale de la pleine propriété si la durée maximale de la rente est supérieure à 20 ans (C. enr./W., article 48, alinéa 2).

Dès lors, il convient de déterminer la base imposable sur base des règles précitées (valeur conventionnelle avec minimum de la valeur vénale de la nue-propriété calculée forfaitairement sur base d'un pourcentage appliqué à la valeur vénale de la pleine propriété, à indiquer dans l'acte), de comparer les montants obtenus et de retenir le montant le plus élevé pour la perception du droit de vente.

Lorsque l'acte de vente en viager avec réserve d'usufruit ne mentionne pas la durée maximale de la rente, le décret ne donne aucune indication.

Est-ce à dire, comme dans la circulaire précitée (29), que, dans cette hypothèse, il convient de prendre en compte la durée théorique de la rente, sur base des tables de mortalité utilisées communément par les praticiens (30) ? Nous n'en sommes pas certains vu la rédaction du 2^e alinéa qui ne vise que les ventes avec durée maximale.

À notre sens, pour les ventes avec réserve d'usufruit sans limitation dans le temps, il faut se référer au premier alinéa.

Le droit réel d'habitation s'entend du droit d'usage d'une maison d'habitation. Autrement dit, il s'agit d'un droit d'usufruit restreint.

La notion d'usufruit visée à l'article 48, alinéa 2 du Code des droits d'enregistrement, tel qu'applicable en Région wallonne, doit être entendue au sens large. En effet, dans toutes les dispositions du Code des droits d'enregistrement, le droit d'habitation est assimilé à un usufruit, au motif qu'il constitue un usufruit limité. Au surplus, le droit d'habitation permet à son titulaire d'occuper l'immeuble de résidence principale, ce qui est totalement conforme à la *ratio legis*.

V. DIVERS

15. Revente dans les deux ans

La revente d'un bien immeuble acquis au droit de vente réduit peut donner lieu à la restitution de 3/5^e du droit de vente si le même immeuble est revendu dans les deux ans, conformément à l'article 212 C. enr./W. En effet, le texte de l'article 212 est général et fait référence au droit fixé par l'article 44, sans exclure les achats taxés au taux réduit (visé à l'article 44, alinéa 2, C. enr./W).

16. Vente ultérieure de l'usufruit au nu-propriétaire

Rien n'interdit à celui qui a vendu sa nue-propriété moyennant le paiement d'une rente viagère, donc en se réservant l'usufruit, de vendre son usufruit au nu-propriétaire actuel.

En effet, l'usufruitier pourrait décider dans un second temps de finalement quitter son logement pour opter pour une maison de retraite et ainsi bénéficier d'un revenu complémentaire en demandant également un prix converti en rente viagère.

Aux termes de l'article 159, 3^o C. enr./W, sont notamment exemptés du droit proportionnel et soumis au droit fixe général les conventions

(29) Circ. adm. n° 2018/C/112 du 18 septembre 2018, *Rec. gén. enr. not.*, 2019, n° 27.160, p. 26.

(30) « et singulièrement par les notaires, à savoir les tables *SCHRIVERS* » ajoute ladite circulaire alors qu'il existe d'autres tables auxquelles les parties peuvent, en toute liberté, se référer conventionnellement.

ayant pour objet la transmission de l'usufruit au nu-proprétaire, lorsque le droit proportionnel d'enregistrement ou le droit de succession a été payé par le nu-proprétaire, ou par un précédent nu-proprétaire dont il tient ses droits, sur la valeur de la pleine propriété.

En l'espèce, en cas d'application de l'alinéa 2 de l'article 48 (perception limitée à 40 ou 50 % de la valeur vénale), cet article 159, 3° n'est certainement pas applicable.

Dès lors, le rachat en question est soumis, en principe, au droit de 12,5 %. Toutefois, cette vente si elle a lieu selon les conditions imposées par l'article 44, alinéa 2 C. enr./W. (résidence depuis 5 ans, acte authentique) peut être soumise au droit réduit de 6 % (31).

Mais, comme indiqué sous le n° 14, à notre sens, pour les ventes avec réserve d'usufruit sans limitation dans le temps, il faut se référer au premier alinéa de l'article 48, l'article 159, 3° serait applicable.

17. Renonciation à l'usufruit réservé

La renonciation pure et simple à un usufruit n'est, en principe, ni translatrice, ni déclarative de propriété et ne donne donc pas lieu à la perception du droit prévu à l'article 44 C. enr.

Il pourrait toutefois y avoir support à une donation indirecte (la renonciation étant un acte neutre) si la renonciation était faite dans le but de gratifier le bénéficiaire légal de la renonciation, c'est-à-dire si le cadre légal était utilisé pour avantager le bénéficiaire de la renonciation (32).

18. *Quid du bouquet ? Quid de son montant ?*

Tout le prix de vente peut être converti en une rente. Les parties peuvent cependant décider de ne convertir qu'une partie du prix en rente, et l'autre partie sera payée comptant : ce sera le « bouquet ».

Il peut être libéré en une fois, après la signature de l'acte, mais il est également possible de prévoir son étalement dans le temps.

(31) V. n° 11, *supra*.

(32) *Rép. not.*, « Les donations » (E. DE WILDE D'ESMAEL), t. III, LVII, éd. 1995, n° 46; Civ. Namur, 6 septembre 1982, *Rev. rég. dr.*, 1982, p. 295, note J. DEMBLON. L'intention libérale doit cependant être prouvée et ne peut être présumée, même si la renonciation a bénéficié à des proches : L. RAUCENT *Les libéralités*, Louvain-la-Neuve, Académia, Bruxelles, Bruylant et Louvain, Maison du droit, 1991, p. 27., p. 47; L. RAUCENT et I. STAQUET, « Les libéralités et les successions — Examen de jurisprudence (1980-1987) in, *R.C.J.B.*, 1989, p. 671; voy. cependant Civ. Namur, 6 septembre 1982, précité : le jugement admet cette analyse, estimant laconiquement que le nu-proprétaire profitant de la renonciation à un usufruit a reçu une donation indirecte, car la renonciation s'est faite sans contrepartie.

Concernant les viagers occupés, il est habituel que le bouquet représente entre 15 et 25 % de la valeur vénale du bien lorsque le(s) vendeur(s) a(ont) environ 75 ans; ce pourcentage est proche de 30 % lorsque le vendeur est âgé de 85 ans et plus.

Concernant les viagers libres, il est courant que le bouquet soit plus élevé que dans le cadre d'un viager occupé, toutes choses étant égales par ailleurs.

Cela étant sa fixation fait partie de la liberté contractuelle des parties.

Toutefois, ainsi que l'a précisé le Ministre wallon des finances en réponse à une question parlementaire (33), si le bouquet atteint ou dépasse le montant de la rente, la vente en viager doit être requalifiée en vente ordinaire, de sorte que le droit ordinaire s'applique.

La question qui se pose est de savoir ce qu'il faut entendre par « atteint ou dépasse le montant de la rente ».

Il eut été peut-être plus simple et plus prudent de fixer un pourcentage maximum.

19. *Quid en cas de décès prématuré du vendeur ?*

Aux termes des articles 1974 et 1975 du Code civil, tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produira aucun effet et il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat.

Il s'agit d'une présomption irréfragable.

Les conditions cumulatives sont les suivantes :

- le créancier (vendeur) doit être atteint, à la signature du contrat, d'une maladie déterminée;
- le décès doit avoir été provoqué par cette maladie (donc à l'exclusion d'une autre cause);

ET

- le décès doit survenir dans les 20 jours du contrat (initial).

La question qui se pose est de savoir si les droits d'enregistrement perçus sur l'acte d'acquisition, qui en l'espèce, sera un acte authentique seront restitués.

Cette question n'appelle pas de réponse puisque les 20 jours commencent à courir au jour du contrat, en principe le compromis, de sorte

(33) C.R.I.C. Parl. w., 2017-2018, séance du 22 janvier 2018, n° 68, p. 5.

que l'acte authentique, le seul qui autorise la perception du taux réduit de 6 %, ne pourra pas avoir été réalisé dans un délai si court.

20. *Quid en cas de rachat par le créancier de la créance émanant des rentes ?*

L'article 1979 du Code civil dispose que le débirentier ne peut se libérer du paiement de la rente en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés.

La rente ne peut dès lors pas, en principe, être rachetée.

Cette règle n'est cependant pas d'ordre public. L'article 1979 est simplement impératif de sorte qu'après la vente, le débirentier et le créancier pourront décider de convertir la rente en un capital (34).

Une clause de rachat insérée dans un avenant au contrat, après la conclusion de ce contrat, serait également licite. La question du caractère aléatoire de l'acte risque cependant de se poser.

En revanche, si cette faculté est prévue dans la convention, la clause est réputée non écrite.

Que se passerait-il dès lors si X vend sa maison à une société moyennant un prix converti en rente viagère pour voir ultérieurement la société lui proposer de se libérer du paiement de la rente en lui offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés ?

Y aurait-il abus de droit, voire simulation ?

VI. INCIDENCES EN DROITS DE SUCCESSION

21. Fiction de l'article 11 du Code des droits de succession ou 2.7.1.0.9 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* — Généralités

Nous ne pouvons aborder la vente moyennant le paiement d'une rente ou la réserve d'un usufruit sans rappeler le piège que peut constituer une éventuelle application de l'article 11 du Code des droits de succession ou 2.7.1.0.9 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* qui vise expressément la vente, la cession ou l'abandon à titre onéreux de biens meubles ou immeubles par le défunt à un héritier, légataire (situation au jour du décès) ou à une autre personne interposée (situation au jour du contrat et au jour du décès) avec réserve d'usufruit ou moyennant l'abandon de l'usufruit d'un autre bien ou encore moyennant la stipulation à son profit d'un droit viager quelconque.

(34) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 344, citant LAURENT, t. XXVII, n° 293.

L'article 11 du Code des droits de succession est ainsi susceptible de s'appliquer :

- à la vente d'un bien sous réserve de l'usufruit total ou partiel au profit du vendeur;
- à la vente d'un bien moyennant une rente viagère;
- à la vente pour un prix immédiatement converti en une rente ou prestation viagère (telle que l'entretien du vendeur, sa vie durant) (35);
- **à la vente dont le prix est fixé en une rente viagère affectée d'une durée maximale (36); mais l'article 11 du Code des droits de succession ou 2.7.1.0.9 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* est exclu si la rente est fixée pour telle durée, sans considération du décès du crédientier (37).**

L'article 11 du Code des droits de succession ou 2.7.1.0.9 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* s'applique, même si le *de cuius*, outre le droit viager, a stipulé l'abandon à son profit de la propriété d'un autre bien ou le paiement d'un prix.

Dans ce cas toutefois, la présomption de libéralité ne vaut que dans la mesure où la contrepartie de la vente ou de la cession par le *de cuius* consiste dans le droit viager.

Cet article autorise toutefois les contribuables à renverser la présomption légale en prouvant que la convention ne déguise pas une libéralité, même pas une libéralité partielle. La preuve peut ici aussi être établie par tous les moyens de droit commun, témoins et présomptions compris (C. succ., article 13 et VCF, article 3.17.0.0.11).

À cette fin, ils doivent prouver deux choses :

- l'équivalence des prestations (c'est-à-dire que les prestations qui ont été stipulées au profit du défunt étaient l'équivalent de ce que ce dernier a abandonné); et
- l'exécution effective des prestations stipulées au profit du défunt.

22. Équivalence des prestations

L'équivalence des prestations s'apprécie en se plaçant au jour de l'opération de vente, de cession ou d'abandon à titre onéreux des biens immeubles.

(35) Déc. adm. du 21 septembre 1950, *Rép. R.J.*, S11/01-01; Civ. Bruges, 16 décembre 1965, *Rec. gén. enr. not.*, 1967, n° 21.016, p. 113.

(36) Civ. Audenarde, 6 juin 1989, *Rec. gén. enr. not.*, 1991, n° 23.949, p. 127. Cas le plus fréquent actuellement.

(37) Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une vente « en viager » visée par l'article 44, alinéa 2 C. enr/ W.

Elle se détermine par la comparaison entre les valeurs réelles (et non conventionnelles), au moment de la convention, des droits de propriété abandonnés par le *de cuius*, d'une part, et des droits viagers à lui attribués, d'autre part.

Pour calculer cette valeur réelle des droits viagers, l'on ne peut pas recourir aux systèmes forfaitaires des articles 12 et 21 du Code des droits de succession ou 2.7.3.2.11 et 2.7.3.3.2 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit*. Il faut capitaliser, à la date de la convention, le produit annuel escompté du droit viager, d'après la durée présumée de ce droit, en utilisant un taux d'intérêt approprié.

Le produit annuel est, sans doute, l'élément du calcul qui soulève le moins de difficulté. On prendra, selon le cas :

- le montant des arrérages annuels, pour la rente viagère;
- le loyer effectif ou la valeur locative, pour l'usufruit d'un immeuble, ou le droit d'habitation;
- l'intérêt ou le dividende annuel, pour l'usufruit d'une créance ou de valeurs mobilières;
- le coût annuel pour le droit viager à des aliments, soins et hébergement.

Le taux de capitalisation dépendra des conditions du marché financier à l'époque de la vente. On pourra s'en tenir à l'intérêt moyen des placements de « bon père de famille ».

Quant à l'évaluation de la durée probable du droit viager, l'on devra s'en remettre aux tables de mortalité corrigées le cas échéant par les données connues de l'état de santé du *de cuius* à l'époque de la convention (38).

Le résultat sera toujours plus ou moins aléatoire. Mais, dans certaines situations, il sera parfois possible de s'en remettre à des références objectives. Par exemple, lorsque la cession a eu lieu contre paiement d'une rente viagère, l'on considérera qu'il y a équivalence des prestations, si la rente obtenue par le *de cuius* correspond à peu près à celle qu'une compagnie d'assurances lui aurait accordée en échange des droits de propriété abandonnés par lui.

Au demeurant, l'équivalence des prestations n'exige pas l'égalité absolue. Il suffit que la valeur réelle du droit viager ne soit pas trop sensiblement inférieure à celle des droits en propriété. C'est une question de mesure.

(38) Le décès rapide, et non accidentel, du *de cuius* fait naître, dans son chef, une présomption de maladie qui doit être renversée par l'acquéreur, l'attributaire de nue-propriété ou chargé de droit viager; Civ. Bruges, 16 décembre 1965, *Rec. gén. enr. not.*, 1967, n° 21.016, p. 113; Anvers, 22 juin 1975, *Rec. gén. enr. not.*, 1977, n° 22.153, p. 283.

23. Sincérité des prestations viagères

La sincérité de la stipulation des prestations viagères ne peut résulter que de leur exécution effective.

Il ne suffit donc pas que la stipulation des droits viagers soit faite en termes précis dans l'acte de vente, de cession ou d'abandon à titre onéreux des biens immeubles; ni que des quittances ou d'autres actes soient dressés pour affirmer l'exécution de cette stipulation. Il faut prouver l'exercice effectif de ses droits viagers par le défunt, en démontrant qu'il a réellement perçu les arrérages de la rente, qu'il a vraiment exercé son usufruit par la perception des loyers ou l'occupation des biens, ou encore que tous les soins prévus lui ont effectivement été prodigués.

24. Points d'attention

- 1° Pour déterminer le montant de la rente qui correspond au capital abandonné, il faut se placer au jour de la vente mais également tenir compte de la valeur réelle du bien et non de la valeur conventionnelle (39).
- 2° La simple mention dans l'acte notarié par laquelle le vendeur déclare avoir reçu une partie du prix de l'acquéreur, offre trop peu de garanties d'objectivité même s'il est démontré que les personnes concernées disposaient de suffisamment de moyens financiers lors de l'acquisition. La force probante de l'acte notarié ne s'étend pas à la déclaration des parties. Elles doivent prouver qu'elles ont effectivement utilisé ces moyens pour financer cette acquisition. La jurisprudence est constante (40).

25. Réductibilité pour l'exercice effectif de ses droits viagers par le *de cuius*

Le fait que le *de cuius* a réellement exercé les droits viagers que lui conférait l'opération tombant sous le coup de la fiction de legs établie par l'article 11 du Code des droits de succession ou 2.7.1.0.9 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit*, ne prouve pas que cette opération ne déguisait pas une libéralité.

L'exercice effectif des droits viagers du *de cuius* n'empêche donc pas, à lui seul, la perception du droit de succession dans le chef du cocontractant.

(39) Mons, 3 juin 2011, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.378, p. 187; Gand, 13 mars 2007, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, n° 26.499, p. 158.

(40) Civ. Anvers, 2 novembre 1987, *Rec. gén. enr. not.*, 1991, n° 23.962, p. 180, Mons, 9 février 2000, *Rec. gén. enr. not.*, 2000, n° 25.084, p. 422; Anvers, 4 septembre 2007, 2008, *Rec. gén. enr. not.*, n° 25.873, p. 23.

Cependant, l'article 12 du Code des droits de succession ou 2.7.3.2.11 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* permet — s'il est établi que le *de cuius* a réellement joui de son droit viager — d'opérer sur la base imposable des biens en propriété, au jour de l'ouverture de la succession, une réduction proportionnelle à la valeur du droit viager, capitalisée à 4 % au jour de l'opération, en tenant compte du nombre des années entières d'exercice effectif.

Quand le droit viager consiste en une rente, la capitalisation s'opère sur le montant annuel de cette rente réellement encaissé par le *de cuius* (totalité ou partie du montant annuel fixé, lors de l'opération).

S'il s'agit d'un usufruit ou d'un autre droit réel (usage ou habitation), la valeur du revenu annuel à prendre en considération doit être fixée forfaitairement à 4 % de la valeur de la pleine propriété du bien au jour de l'opération.

VII. LES CLAUSES D'ACCROISSEMENT ET DE RÉVERSION

26. Distinction entre clause d'accroissement et de réversion

Dans la pratique fiscale, les clauses d'accroissement et de réversion peuvent parfois poser problème.

Ces deux notions sont d'ailleurs souvent confondues et utilisées l'une pour l'autre. Il existe cependant une différence entre les deux.

L'*accroissement* suppose qu'il existait entre les intéressés, antérieurement à sa réalisation, une indivision ou à tout le moins une communauté, au sens large de ce mot.

Exemples :

Les époux C. et D. ont acquis un bien en indivision. Il est prévu qu'au décès de C. sa part accroitra celle de D.

Les époux C. et D. ont vendu un bien en indivision (ou commun) moyennant le paiement d'une rente à verser aux deux époux de leur vivant et, après le prédécès d'un des deux époux, au survivant.

Lorsque tel n'est pas le cas, il se produit alors une réversion.

Exemple :

C. a acquis un immeuble moyennant le paiement d'une rente viagère ou la réserve d'un usufruit. Il est prévu qu'au décès de C. la rente ou l'usufruit sera réversible sur la tête de D. le conjoint de C.

L'accroissement ou la réversion peuvent être stipulés :

- Dans un testament;
- Dans une donation de valeurs mobilières ou d'immeubles;
- Dans une vente d'immeubles.

Les clauses d'accroissement ou de réversion sont, dans la pratique, souvent liées à une cession actuelle (vente ou donation). À cet égard, la clause d'accroissement est, d'après les critères des articles 14 du Code des droits d'enregistrement ou 2.9.4.1.2 et 2.10.4.0.2 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit*, une disposition indépendante qui est soumise à un impôt séparé de celui qui est perçu dès l'enregistrement de la convention actuelle (41).

Dans une situation bien précise, l'accroissement constitue clairement une disposition dépendante. C'est le cas pour la vente ou la donation réalisée par plusieurs personnes avec réserve d'usufruit ou charge de rente avec accroissement au profit du dernier survivant conformément à une charge imposée aux acquéreurs.

27. Opération à titre gratuit ou onéreux

Dans une convention d'accroissement, chacune des parties reçoit une chance d'obtenir un droit sur la part de l'autre en échange de la chance qu'il donne à l'autre d'obtenir un droit identique sur sa propre part si c'est lui qui survit. L'obligation de l'un forme la cause de l'obligation de l'autre. C'est donc un contrat aléatoire à ranger parmi les contrats commutatifs (Code civil, article 1104) et donc à titre onéreux (42).

Que penser de l'affirmation que les conventions d'accroissement pourraient constituer des libéralités dans la mesure où elles entraînent un appauvrissement sans contrepartie, puisqu'au décès du premier des partenaires, son seul patrimoine s'appauvrit sans contrepartie ? Cet argument est à rejeter, car cette manière de réfléchir aboutit à décider de la qualification d'un acte au moment de son exécution et non au moment de sa conclusion, puisque c'est seulement au moment du premier décès que l'on pourra dire qui s'appauvrit.

En matière d'accroissement, le survivant ne s'enrichit pas gratuitement. Il obtient le prix du risque par lui couru de perdre sa mise.

Ce contrat est donc à ranger dans les contrats à titre onéreux. Ceci entraîne d'une part le fait que le contrat ne pourra pas être requalifié en

(41) E. et A. GENIN, *Commentaire du Code des droits d'enregistrement*, n° 340; *Rapports du Comité d'étude et de législation de la Fédération des notaires*, Dossiers du Comité d'Études et de Législation, 1981, Fédération royale du Notariat belge (éd.), Bruylant, pp. 286 et s.; M. DONNAY, *Rec. gén. enr. not.*, n° 22.325, n° 21; F. BOUCKAERT, *T. Not.*, 1982, 244; *Circ. adm.* n° 17 du 22 octobre 1992, *Rec. gén. enr. not.*, 1993, n° 24.189, p. 97; *T. Not.*, 1994, 94, n° 6 à 9; A. CULOT et D. JUNGERS-POIRÉ, *Rec. gén. enr. not.*, 1992, n° 24.051, p. 5, n° 10 et s.

(42) B. CARTUYVELS, « Les conventions d'accroissement. Quelles difficultés en 2007 ? », *Planification successorale — Aspects civils et fiscaux*, Academia-Bruylant, 2008, p. 229 et les références citées : Civ. Mechelen, 30 mai 2001, reproduit par D. MICHIELS, « Overzicht van Rechtspraak, Tontine & aanwas », *CABG*, 2006/6, 29; F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit Civil, Les successions, Les libéralités*, 3^e édition, 1997, p. 213, note 1, citant J. J. DUPEYROUX, *Contribution à la Théorie de l'acte à titre gratuit*, Paris, L.G.D.J., 1955, n° 45.

libéralité et qu’au niveau fiscal, l’accroissement lors de la réalisation de la clause ne sera pas taxé comme une libéralité (43).

Toutefois ce caractère onéreux fait malgré tout l’objet de discussions. Cette question est en effet posée principalement lorsque les chances de survie des partenaires ne sont pas équivalentes.

Madame M. Puelinckx-Coene (44) fait toutefois remarquer que ce qu’il faut envisager pour que l’on puisse parler de contrat à titre onéreux, ce n’est pas l’égalité objective des prestations, mais l’égalité subjective de celles-ci.

Selon elle « pour qu’il soit question d’acte à titre onéreux, il n’est pas requis que la prestation de l’une des parties soit objectivement équivalente à celle de l’autre partie. Il est seulement nécessaire et suffisant que les prestations de chacun soient subjectivement équivalentes ». Elle ajoute qu’il peut seulement être question de libéralité si les parties ont agi *animo « donandi »*, ce qui est effectivement une question de fait (45).

Ajoutons, à titre d’exemple, que, de par son fonctionnement, toute loterie permet à l’entrepreneur d’échapper à l’aléa, puisque son bénéfice — à savoir la valeur totale des billets émis dont est déduite la valeur des lots et frais d’organisation — dépend de la vente des billets. La question se pose alors de savoir si un tel contrat peut encore recevoir la qualification de contrat aléatoire, alors même que l’une des parties, maîtrisant pour ainsi dire techniquement le risque, organise sa dilution par le recours à un mécanisme extérieur à la relation contractuelle considérée. C’est pourtant le cas.

28. Clause d’accroissement et abus fiscal

Les dispositions contenues dans les articles 18, § 2 du Code des droits d’enregistrement, 106, § 2 du Code des droits de succession et 3.17.0.0.2 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* s’appliquent-elles aux clauses d’accroissement ?

La circulaire fédérale n° 5 du 10 avril 2013 (46) reprend la clause d’accroissement dans sa « liste blanche » des actes juridiques qui ne peuvent pas, en soi, être catalogués comme abus fiscal.

(43) B. CARTUYVELS, « Les conventions d’accroissement. Quelles difficultés en 2007 ? », *Planification successorale — Aspects civils et fiscaux*, Academia-Bruylant, 2008, p. 229 dont nous approuvons l’analyse.

(44) M. PEULINCKX-COENE, « Overzicht van Rechtspraak — Giften (1985-1992) », *TPR.*, 1686, n° 129.

(45) V. également PH. DE PAGE, *Rev. not. belge*, 2/2006, p. 75 qui estime que l’intention libérale pourrait être retenue « en cas de de différence d’âge importante ».

(46) *Rec. gén. enr. not.*, 2013, n° 26.518, p. 251.

La circulaire flamande du 16 février 2015 la reprend également comme opération non suspecte.

De toute évidence, le contribuable à qui l'administration fiscale oppose l'abus fiscal peut établir que son acte se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter l'impôt. Ses motifs ne doivent plus être financiers ou économiques, la volonté de pérenniser son patrimoine peut à notre estime constituer une justification permettant d'empêcher que l'acte soit déclaré inopposable.

On peut également y voir une volonté d'éviter ou de postposer les écueils d'une indivision successorale dont la sortie d'indivision forcée semble inéluctable ou probable dans des intentions affichées ou subodorées de certains héritiers ou légataires.

Un accroissement entre époux constitue également un mode de protection visant à garantir au survivant les revenus des biens transmis et à le prémunir de toute tentation de ses enfants ou beaux-enfants d'exiger la capitalisation de son usufruit.

29. La vente d'un immeuble moyennant constitution d'une rente viagère avec accroissement

On peut normalement partir du principe que, dans ce cas, le dernier survivant a stipulé l'accroissement comme contrepartie pour sa part dans les biens achetés. L'accroissement de la rente ne donne, dans cette conception, ni à la perception d'un droit d'enregistrement, ni à la perception du droit de succession. La clause s'analyse comme une clause à titre onéreux (47).

Cela est également valable :

- Lorsque les biens ont été cédés avec stipulation d'une rente temporaire, c'est-à-dire d'une rente qui cessera d'être due à une date déterminée;
- Lorsque la vente qui est consentie par plusieurs personnes a pour objet des biens appartenant privativement à chacune d'elle;
- Lorsqu'il s'agit d'un contrat ayant pour objet principal et direct la constitution d'une rente, c'est-à-dire lorsqu'une rente est constituée moyennant une somme d'argent fournie par deux personnes avec stipulation de l'accroissement de la rente au profit de la survivante.

(47) *Rép. not.*, Droits de succession, n° 295; M. DONNAY, *Rec. gén. enr. not.*, n° 22.325, n° 19; en sens contraire : Civ. Anvers, 12 janvier 1983, *Rec. gén. enr. not.*, n° 23.217; Chr. Not. vol. IV, p. 26.

Cependant, la clause d'accroissement revient à une donation entre les aliénateurs :

- lorsque les parties l'ont stipulé explicitement;
- lorsque les prestations des vendeurs sont à ce point déséquilibrées que l'accroissement au profit du dernier survivant correspond indubitablement à une donation. En d'autres termes, si la valeur des biens transmis par l'un des vendeurs est minime par rapport à l'ensemble des biens vendus, et, par conséquent par rapport à la rente stipulée, on ne pourrait voir dans la convention uniquement des ventes à charges de rentes; l'accroissement au profit de ce vendeur, en cas de prédécès des autres vendeurs, ne pourrait s'expliquer que par l'existence, à côté de la vente, d'une donation de rente sous condition suspensive.
- Lorsqu'il est stipulé simplement, comme condition de la vente par deux personnes, que cette vente est consentie moyennant une rente payable « jusqu'au décès du survivant des vendeurs », il ne résulte pas nécessairement de cette clause qu'au décès d'un vendeur, sa part dans la rente stipulée est acquise au survivant en vertu de l'acte de vente. Cette clause peut aussi signifier que le décès du dernier vivant est simplement indiqué comme terme final du service de la rente en manière telle que la part du prémourant constitue un élément de sa succession, qu'elle est recueillie par ses héritiers, légataires ou donataires comme les autres biens successoraux, et qu'elle est donc assujettie au droit de succession. Il y a là une question d'interprétation de la convention, qui doit être résolue d'après les circonstances qui peuvent faire apparaître l'intention des parties. À défaut de pareilles circonstances, l'administration fiscale a déjà décidé qu'elle admettait la déclaration des intéressés, sauf son droit d'en contester la sincérité (48). Si le vendeur survivant est précisément le seul héritier ou légataire universel du prémourant, l'absence d'intérêt civil fait que l'administration est pratiquement dans l'impossibilité de contester cette option (49).

Dans les trois cas, l'accroissement rend exigible le droit de donation. L'acceptation de la clause par le bénéficiaire ressort de sa présence dans l'acte de vente. On pourrait toutefois le contester puisque, pour être valable, une donation exige une acceptation en termes exprès (Code civil, article 932, alinéa 1^{er}).

Une autre interprétation possible est que la clause n'est pas comprise par les parties comme une clause d'accroissement, mais comme un dé-

(48) Déc. adm., 3 mars 1891, *Rec. gén. enr. not.*, n° 11.724.

(49) M. DONNAY, *Rec. gén. enr. not.*, n° 22.325, p. 14, n° 12.

lai pour le paiement de la rente. La rente stipulée au profit du prédécédé dépend dans ce cas de sa succession et tombe dans le champ d'application des droits de succession.

Si les vendeurs sont des époux mariés sous un régime de communauté, alors il faut tenir compte de l'article 8 du Code des droits de succession ou 2.7.1.0.6 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit*. En application de ces dispositions, la rente stipulée au profit du dernier survivant pour la moitié ou pour la totalité est supposée, en cas de vente de biens communs ou de biens propres du défunt par des époux mariés sous un régime de communauté, avoir été acquise comme un legs dans l'héritage du prédécédé. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de percevoir les droits d'enregistrement.

30. La vente d'un immeuble moyennant constitution d'une rente viagère avec réversion

Dans le cas de la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère, avec stipulation que cette rente sera réversible, au décès du vendeur, sur la tête d'un tiers, lequel accepte la stipulation faite à son profit, l'acte contient, indépendamment de la vente une libéralité sous condition suspensive.

Puisqu'il s'agit d'une stipulation pour autrui (Code civil, article 1121), cette acceptation ne doit pas être expresse ou solennelle; elle peut être tacite. Lorsque le bénéficiaire de la réversion est présent à l'acte de vente, son acceptation résulte de sa présence même (50).

Le tiers peut aussi accepter la stipulation à son profit postérieurement à l'acte de vente. Mais pour que le droit de donation soit dû, il faut que cette acceptation résulte d'un acte enregistré avant le décès du vendeur ou, tout au moins, devenu obligatoirement enregistrable avant de décès.

Dans toutes ces hypothèses, puisque le bénéficiaire a accepté la stipulation à son profit avant le décès du donateur, il ne peut s'agir que d'une donation sous condition suspensive du prédécès du « donateur ». Cette donation est visée par l'article 4, 3° du Code des droits de succession tel qu'applicable en Régions wallonne et de Bruxelles-Capitale ou 2.7.1.0.3, 3° du *Vlaamse Codex Fiscaliteit*. Cette donation sera soumise à la perception du seul droit fixe général mais, lors du prédécès du « donateur », la donation sera requalifiée en legs fictif en faveur du bénéficiaire et ce seront les droits de succession qui seront exigibles.

À défaut d'acceptation du vivant du donateur, c'est le droit de succession qui sera dû, par application de l'article 8 du Code des droits de

(50) Comp. déc. adm., 30 janvier 1959, *Rec. gén. enr. not.*, n° 20.455, pour la réversion.

succession ou 2.7.1.0.6 du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* (51), d'après le tarif en vigueur au jour du décès du vendeur selon les dispositions du Code des droits de succession ou du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* (52).

Ce qui est dit supra est applicable, notamment, en cas de vente par un époux d'un bien à lui propre moyennant une rente viagère réversible à son décès sur la tête de son conjoint.

Lorsque les deux époux interviennent à l'acte, les termes employés peuvent parfois faire surgir des difficultés d'interprétation quant au point de savoir si l'acte contient seulement une donation sous condition suspensive au profit du conjoint du vendeur portant sur la totalité de la rente, ou si l'acte contient déjà une donation immédiate de la moitié de la rente.

VIII. CONCLUSIONS

31. Les aspects positifs de la faveur fiscale

Nous ne pouvons que louer cette belle initiative. Cette nouvelle disposition est certainement l'une des plus intéressantes et des plus attrayantes de ces dernières années car elle va permettre d'aider ceux qui, par manque de moyens financiers, pourront jouir d'un revenu complémentaire en « échange » de leur habitation.

Et le choix reste vaste, modulable. En effet, il peut s'agir d'un viager libre, d'un viager occupé, d'un viager occupé dans un premier temps, libre par la suite et ce en fonction des besoins du crédientier.

Mais il faut rester réaliste, l'opération n'est pas sans risque tant pour le vendeur que pour l'acquéreur.

Ainsi, que se passera-t-il si, par exemple, le vendeur dans le cas d'un viager libre a tout misé sur cette rente comme revenu complémentaire notamment pour financer sa pension dans le home où il a décidé d'aller vivre alors que le débirentier ne peut plus ou ne veut plus payer lesdites rentes ?

Certes le vendeur possède des garanties, même légales. Il pourra notamment contraindre le débirentier à payer ses rentes, demander la résolution de la vente, ...mais en attendant l'issue du litige, il ne touchera pas ce revenu complémentaire tant attendu et le home ne lui fera pas nécessairement crédit.

(51) Déc. adm. 29 juin 1920, *Rec. gén. enr. not.*, n° 15.671.

(52) M. DONNAY, *Rec. gén. enr. not.*, n° 22.325, pp. 9 et 10, n° 5.

32. Les faiblesses de la faveur fiscale

Si les conditions d'application sont peu nombreuses, il est dommage que le législateur n'ait pas mieux encadré cette nouvelle disposition, notamment en vue de prévenir tous les litiges qui risquent de naître dans le futur.

- Pourquoi ne pas avoir défini ce qu'il entendait par « vente en viager » ?
 - Pourquoi ne pas avoir indiqué ce qu'il acceptait comme bouquet ?
 - Pourquoi avoir modifié l'article 48 C. enr./W. en voulant limiter la base de perception à la valeur de la nue-propriété en utilisant une règle complexe ?
 - Pourquoi ne pas avoir encadrer les agissements futurs des parties (cession de l'usufruit, renonciation à l'usufruit, rachat de la rente,...) ?
-

NOTARIAT, ACTUARIAT ET JEUX DE HASARD

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction	751
I.1. Généralités	751
I.2. Objectifs.....	752
I.3. Cadre	753
II. Droit et jeux de hasard.....	754
II.1. Droit	754
II.1.1. Conditions d'exploitation.....	755
II.1.2. Défaut d'exécution de la loi	755
II.1.3. URL 'S'	757
II.1.3.1. Cadre	757
II.1.3.2. Jurisprudence	757
II.1.3.3. Conséquences : imbroglio.....	759
II.1.3.4. Perspective à ce sujet : cumul	761
II.2. Jeux de hasard. Contexte particulier. Discussions	762
II.2.1. Cadre juridique applicable	762
II.2.2. Notions d'« établissement de jeux de hasard » vs. « bâtiment » et de « URL » vs. « nom de domaine ».....	763
II.2.2.1. Rappel	763
II.2.2.2. Distinction entre un établissement de jeux de hasard et un bâtiment.....	764
II.2.2.3. Distinction entre un nom de domaine et une URL.....	765
II.2.3. Situation identique dans le monde réel et dans le monde virtuel	765
II.2.3.1. Comparaison.	765
II.2.3.2. Position de la Cour Constitutionnelle ...	766
II.2.3.3. La Cour Constitutionnelle et la protection des joueurs	767

II.2.3.4. Cour de Justice de l'union Européenne.	768
II.2.3.5 Conséquences.....	769
II.2.4. La politique de jeux de hasard à la lumière du droit de l'Union européenne	770
II.2.4.1. Incompatibilité avec la politique belge en matière de jeux d'argent au regard du droit de l'Union européenne.....	770
II.2.4.2 Leçons tirées de l'arrêt.....	772
II.2.4.3. Notification à la Commission européenne	775
II.2.5. Proportionnalité de la restriction de cumul des paris et jeux de casino sur un même site Internet	776
II.2.5.1 Position de la question	776
II.2.5.2 Réponse de la Cour	777
II.2.6. Analyse du parquet de la Cour de cassation	778
III. Mathématique et loi sur les jeux de hasard	780
III.1. Protocole.....	780
III.1.1. Cadre	780
III.1.2. Caractère aléatoire, taux de redistribution	782
III.2. Pertinence de l'informatique : exemple adresses IP	783
IV. Influence de l'intelligence artificielle sur les lois et règlements des jeux de hasard	784
V. Perspectives d'évolution de la politique publique des jeux de hasard et de protection des joueurs.....	786
VI. Conclusions :	786

RÉSUMÉ

La contribution traitera du rapport entre le droit des jeux de hasard et la sincérité qui est garantie par les lois des mathématiques dans une perspective de notariat.

Elle rappellera que les jeux de hasard constituent un domaine pluridisciplinaire qui doit rester un tout sui generis et qui englobe le droit (droit constitutionnel, européen, pénal, administratif, fiscal, civil,...), la médecine, l'économie et les sciences notamment informatique et mathématiques.

Ensuite, les grands principes philosophiques et juridiques seront énoncés dans l'examen de cette question mais il sera donné un accent particulier sur le pilier méconnu qui consiste dans l'apport des nou-

velles technologies et des statistiques pour assurer l'honnêteté du jeu de hasard. Il sera fait référence aux protocoles techniques et de métrologie qui ont été validés par la Commission des jeux de hasard en application d'arrêtés royaux qui lui déléguaient cette mission.

Les normes techniques sont de la première importance pour donner un véritable crédit à la politique publique. La délégation de la gestion de cet aspect à des opérateurs ou des experts externes appauvrirait la régulation car elle se couperait de l'information essentielle pour assumer ses missions.

La note évoquera succinctement l'intelligence artificielle et les algorithmes qui font désormais partie des défis de la politique publique des jeux de hasard et de protection des joueurs. Leur utilisation a un impact certain sur les arrêtés royaux d'exécution de la loi de 10 janvier 2010 qui n'ont pas encore vu le jour alors que ces derniers constituent la base essentielle d'une régulation moderne.

Enfin, l'avenir de la politique publique des jeux de hasard sera abordée en conclusion.

I. Introduction

I.1. Généralités

Pour que le phénomène des jeux de hasard reste un domaine qui puisse faire partie d'une politique publique menée par le Parlement et gouvernement, ses composants doivent adhérer à un principe directeur et ne peuvent pas être séparés car sinon, la matière ne serait plus perceptible car il s'agit d'un marché économique modeste. Il reste cependant exemplatif et constitue un laboratoire des évolutions éthique, juridique et technique ainsi que informatique. Diviser par Région ou par type de jeux (casinos, salles de jeux débits de boissons, loterie, paris) entraînerait une politique déséquilibrée au regard des choix qui ont été effectués précédemment par les autorités politiques. L'assemblée nationale française (1) l'a rappelé. Cette nécessité de conserver une approche de tout le jeu de hasard sans morcellement est impérative car les opérateurs ont tous tendance à vouloir échapper à une régulation et de développer des jeux attractifs sans règles de protection, sans fiscalité adaptées au besoin en utilisant des lobbyistes professionnels qui s'adressent à l'autorité publique. L'impact de l'impôt ne peut être sous-estimé. Chaque opérateur veut en effet bénéficier d'un régime dérogatoire pour exploi-

(1) JUANICO (R.) et MYARD (J.) Évaluation de la régulation des jeux d'argent et de hasard 8 février 2017 n° 4456 faisant suite au rapport de la Cour des comptes du 19 octobre 2016 <https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiImLGwv5XfAhUHPFAKHcfMCKMQFjAAegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.assemblee-nationale.fr%2F14%2Frap-info%2Fi4456.asp&usq=AOvVaw1W4JtyPmJfF5uB2Y7M42p>.

ter son offre de jeux sans tenir compte des impératifs d'ordre public. Les exceptions sur le droit commun instauré par la loi du 9 mai 1999 sur les jeux de hasard et de protection des joueurs complétée par la loi du 10 janvier 2010 (loi sur les jeux de hasard) ainsi que les exceptions appliquées en matière de taxation (2) doivent progressivement disparaître ou être réduite. Aucune nouvelle exception ne devrait pouvoir être autorisée afin de maintenir la cohérence imposée par la jurisprudence de la Cour européenne de justice qui reconnaît dans les jeux de hasard un service qui peut être limité pour autant que ces limitations restent proportionnées aux objectifs poursuivis c'est-à-dire la protection des joueurs, la lutte contre la fraude et le blanchiment d'argent (à l'exclusion des rentrées fiscales ou la promotion des bonnes causes) et qu'elles restent cohérentes entre les différentes offres.

Pour qu'une telle cohésion puisse être maintenue, il est essentiel qu'il existe des objectifs clairs et que les bonnes conditions soient réunies pour les promouvoir.

1.2. Objectifs

Le but est de répondre aux défis suivants :

- la protection des mineurs au regard des jeux nouveaux qui mêlent le divertissement et le hasard en particulier les jeux vidéo;
- une meilleure canalisation des paris et de tous les jeux de hasard physiques et/ou en ligne : par la mise en œuvre complète de la loi notamment sur les jeux sur internet;
- la cohérence dans les limitations imposées aux différents types d'offres sur plusieurs plans : nombre d'opérateurs par catégorie, niveaux de protection des joueurs quant à l'implication de la banque des personnes exclues (EPIS), dans l'encadrement de la publicité et des offres promotionnelles, sur la transparence;
- l'évolution technologique de la société numérique dans le cadre des '*smart cities*' qui a comme application le jeu et en particulier les jeux destinés aux plus jeunes;
- le renforcement de l'expertise et de l'indépendance de la Commission des jeux de hasard dont la structure doit mieux répondre aux questions évoquées succinctement ci-dessus.

(2) Par exemple : Les gains parfois pharamineux (plus de 100 millions d'euros) sont exonérés d'impôt. Seul le revenu de ces sommes considérables est sujet à impôt. L'exonération ne devrait viser que les petits voire moyens gains par exemple ceux inférieurs à 100.000 euros pour tous types de gains de jeux.

1.3. Cadre

Une bonne politique publique des jeux de hasard et de protection des joueurs constitue une politique autonome distincte d'une perspective purement économique ou de santé publique. La protection des joueurs constitue une matière « *sui generis* » indépendante de la politique de santé publique.

Elle repose notamment sur une loi pénale spéciale qui implique une police judiciaire et administrative.

Elle forme un outil véritablement stratégique pour le renforcement de la confiance du citoyen dans l'autorité publique d'autant plus que les jeux de hasard les interpellent concrètement et d'une manière permanente.

La confiance est à la fois une condition pour réussir la politique publique mais elle constitue également une contribution au renforcement du crédit des institutions si celles-ci restent immunes aux scandales (3) qui guettent constamment le monde du jeu.

Elle s'illustre notamment dans cinq domaines :

- celui de la protection des joueurs sous tous leurs aspects (interdiction à l'accès, sincérité du jeu, informations, traitement des plaintes...);
- les métiers qui se fondent sur la confiance du public (notaires, policiers, magistrats, huissiers de justice) sont exclus des jeux de hasard les plus agressifs en Belgique;
- à l'égard du régulateur qui ne peut efficacement intervenir que pour autant que sa légitimité soit garantie par un soutien durable de la part du gouvernement et du parlement dans ses actions;
- la sincérité des paris relatifs aux sports qui ont une portée pédagogique et peuvent renforcer le sentiment d'appartenance à une société organisée;
- la solvabilité des opérateurs qui doivent pouvoir faire face à leurs obligations financières à l'égard de leurs créanciers publics et privés.

(3) https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=89&cad=rja&act=8&ved=2ahUKewiDxLaUlp_fAhVJLVAKHUiAcY4UBAWMAh6BAgBEAE&url=https%3A%2F%2Fwww.lesoir.be%2Fart%2F%25252Fdes-dessous-de-table-pour-infléchir-la-loi_t-20070921-00D1XD.html&usg=AOvVaw04qxJvHCieOZt8fhGGj5Sf.

E. MARIQUE, La lutte contre le blanchiment d'argent Les mesures mises en place par la législation belge, in La réglementation des jeux d'argent en ligne en Europe sous la direction de M. TRANNOIS et B. VINCEDEAU Coll. LEJEP Laboratoire d'études juridiques et politiques juin 2016 p. 81.

La gestion au jour le jour de cette confiance est attribuée au régulateur institué par la loi du 7 mai 1999 et s'inspire d'éthique forte et vécue (4). La doctrine (5) voit dans l'étendue de la régulation la capacité de la démocratie de se prémunir contre la corruption. Plus le régulateur peut intervenir, moins la démocratie est malade. Dans cette perspective, toute tentative de réduire la marge de manœuvre de la régulation constitue des attaques à l'égard de la démocratie. Elle peut provenir des opérateurs eux-mêmes public ou privé ou leur lobby mais également des personnes investies d'autorité. Dans ce domaine, l'arme la plus utilisée est la désinformation ou les « *fake news* » à l'égard de la régulation ou des concurrents.

Les grands principes juridiques seront énoncés dans la partie II. Dans la partie III, il sera ensuite donné un accent particulier sur le pilier méconnu qui consiste dans l'apport des statistiques pour assurer l'honnêteté du jeu de hasard. Il sera fait référence aux protocoles techniques et de métrologie qui ont été validés par la Commission des jeux de hasard en application d'arrêtés royaux qui lui déléguaient cette mission. Il sera succinctement abordé dans les parties IV et V respectivement l'influence de l'intelligence artificielle et la perspective d'évolution de la politique publique.

II. Droit et jeux de hasard

II.1. Droit

Les civilistes que sont les notaires seront déçus que la présente ne développera pas les articles 1965 à 1967 du Code civil énoncés au chapitre Du jeu et du pari (6). En effet, la loi sur les jeux de hasard est avant tout une loi de droit pénal (7) spécial inachevée. De nombreuses dispositions devaient être exécutées par des arrêtés royaux qui n'ont pas été publiés quoique parfois notifiés à la Commission européenne (8), notamment l'organisation du secrétariat et le code déontologie des opé-

(4) E. MARIQUE, La politique publique des jeux de hasard en Belgique : entre éthique et objectif lucratif *in* Éthique publique et administrative : la déconvenue ? Sous la direction d'A. PIRAUX et L. WILKIN Pyramides n° 22-2011/2 CERAP ULB, p 161.

(5) P. J. ADAMS Moral Jeopardy, Risks of accepting money from the alcohol, Tobacco and Gambling Industries IRMA Addictions Cambridge Medecine, 2016.

P. J. ADAMS Gambling, Freedom and Democracy Routledge Studies in Social and Political Thought, Taylor & Francis Group New York London, 2008.

(6) Pour cette question, cfr JEUNEHOMME (J-F.), LECARTE (B.) Les contrats de jeux et de paris et les contrats accessoires aux jeux : aspects civils *in* Les contrats spéciaux : développements récents sous la direction de KOHL (B) CUP Commission Université — Palais Université de Liège — Anthémis, vol. 185, novembre 2018, p. 57.

(7) N. HOEKX, E. MARIQUE, Actualité et perspectives des jeux de hasard réel et en ligne *R.D.P.*, 2012, p. 739.

(8) Projets d'arrêtés royaux sur les jeux de hasard et de paris proposés en ligne notifiés à la Commission européenne.

rateurs. Cette pratique a été renouvelée lorsque la loi a été complétée en 2010.

Les jeux médias (licence G2) n'ont pas reçu d'exécution. Ils sont donc interdits. Pour les jeux en ligne par contre, les opérateurs ont été autorisés à exploiter mais les conditions d'exploitation n'ont pas été promulguées.

Les Régions qui sont compétentes pour la taxation des jeux de hasard ont dès 2010 fixé l'assiette et le taux des impôts. Le processus a été remarquable, il s'est opéré au cours de la même année et avec les mêmes bases. Les bases ont été mises en place pour l'exploitation légale des jeux en ligne mais les dispositions réglementaires qui auraient permis d'encadrer sérieusement le jeu en ligne n'ont pas été abordées que d'une manière partielle et prétorienne (9).

Des questions juridiques prégnantes figurent à l'agenda sans qu'aucune réponse ne soit apportée d'une manière satisfaisante. S'il existe une réponse, celle-ci tâtonne faute de choix clair, résultat d'un débat — d'abord universitaire et ensuite parlementaire — de société. Elles se rapportent aux jeux en ligne sur les conditions d'exploitation (A) mais également sur la portée des URL's (B).

II.1.1. Conditions d'exploitation

Ainsi l'article 43/8, § 2, 2^o-5^o qui vise

- les conditions auxquelles les jeux peuvent être offerts et qui portent au minimum sur l'enregistrement et l'identification du joueur, le contrôle de l'âge, les jeux offerts, les règles de jeu, le mode de paiement et les modalités de distribution des prix;
- les modalités de surveillance et de contrôle des jeux de hasard exploités qui portent au minimum sur la condition selon laquelle les serveurs sur les données et la structure du site web sont gérées se trouvent dans un établissement permanent sur le territoire belge;
- le type de jeux qui peuvent être exploités;

II.1.2. Défaut d'exécution de la loi

Les modalités de l'information des joueurs concernant la légalité des jeux offerts par le biais des instruments de la société de l'information n'a pas été mis en vigueur.

Aucune priorité n'a été attribuée à ces dispositions essentielles pour encadrer le jeu en ligne dès lors que le Roi avait permis l'exécution de

(9) Ainsi, l'article 43/8, § 2, 2^o prévoit qu'un arrêté royal sera publié à propos de l'identification du joueur en ligne. L'identification a été mise en place d'une manière prétorienne en toute transparence budgétaire notamment.

l'article 43/8, § 2, 1^o relatif aux conditions qualitatives (10) auxquelles le demandeur doit satisfaire et qui portent au moins sur les éléments suivants :

- la solvabilité du demandeur;
- la sécurité des opérations de paiement entre l'exploitant et le joueur;
- la politique de l'exploitant concernant l'accessibilité de groupes socialement vulnérables aux jeux de hasard;
- le règlement des plaintes.

Dès 2014, des tentatives pour régler les points de l'article 43/8, § 2^o — 5^o ont été, en vain, amorcées par la notification (11) de projets d'arrêtés royaux à la Commission européenne laissant l'autorisation d'exploiter en déshérence. Dès 2013, les membres de la Commission des jeux de hasard avaient adressé une pétition aux ministres responsables pour les jeux de hasard afin que la loi soit exécutée.

Ce manque d'encadrement était patent à tel point qu'en 2017, le gouvernement a introduit un projet de loi modifiant les articles 2, 3, 3*bis*, 10, 11, 15 à 15/4, 39, 43/4, 43/5, 43/8, 54, 58, 61 et 62 de, et insérant l'article 3*ter* dans la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard et la protection des joueurs et, insérant l'article 37/1 dans la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale introduit à la Chambre des représentants le 22 octobre 2018 (12).

Sur les conditions

L'article 15 de ce projet conforte et donne une seconde habilitation au Roi sans résoudre la quadrature du cercle. Ce projet a sans doute envisagé une interdiction de certains jeux en ligne, mais une interdiction par voie d'arrêt royal ne sort pas d'effet utile lorsque cette interdiction est prévue par l'article 4 de la loi. Cet encadrement est absolument nécessaire car plus de 100.000 joueurs souvent âgés de moins de 40 ans avec des charges de famille fréquentent ces sites. Cette absence de directives déséquilibre le marché car à côté d'une offre sans limite génératrice des

(10) AR 21 juin 2011, *Moniteur belge*, 15 juillet 2011

(11) Conseil des ministres du 4 avril 2014. *Projet d'arrêt royal relatif aux conditions auxquelles les jeux de hasard via les instruments de la société de l'information peuvent être offerts et qui portent au minimum sur l'enregistrement et l'identification du joueur, le contrôle de l'âge, les jeux offerts, les règles de jeu, le mode de paiement et le mode de distribution des prix.*

Projet d'arrêt royal relatif aux modalités de surveillance et de contrôle des jeux de hasard exploités sur des sites web autorisés.

Projet d'arrêt royal relatif à la liste des jeux pouvant être exploités par les titulaires d'une licence supplémentaire par le biais des instruments de la société de l'information.

(12) Doc. 54 3327/001.

effets négatifs des jeux, l'offre des jeux physiques est très encadrée. Il est dès lors extrêmement difficile de faire appliquer la loi lorsque le gouvernement néglige d'une manière persistante de prendre des règles que le législateur a souhaitées. Cette abstention est perçue comme une faveur et un encouragement pour jouer en ligne au détriment de l'exploitation par des établissements physiques. Une communication forte et claire de l'autorité s'impose de toute urgence. L'obstacle à franchir pour traiter sérieusement cette question est celle de vouloir maîtriser les aspects techniques, mathématiques etc. Traiter les jeux uniquement sous l'angle marketing ne permet pas véritablement d'appréhender le thème. Car l'essence des jeux repose d'abord sur des bases scientifique — mathématique et ensuite technique. Ces deux piliers échappent à certains opérateurs eux-mêmes mais surtout aux autorités politiques qui ne voient pas dans le jeu les gênes fondamentaux et même les nient comme l'aurait fait Trofim Lyssenko à propos des travaux de Mendel sur l'hérédité au temps sombre de la période stalinienne.

II.1.3. URL 'S

II.1.3.1. Cadre

Une entreprise du secteur a introduit en 2015 devant le Conseil d'État une série de recours en annulation dirigés contre des décisions d'octroi de licences de classe A+, B+ et F1+ pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et l'URL (13) y associée.

Elle soutenait en substance que la loi du 7 mai 1999 interdit l'exploitation par une même société ou par des sociétés différentes des jeux de hasard et des paris par ce biais d'un même nom de domaine et d'une URL y associée.

Soit par exemple les url virtualgames.be/casino, virtualgames.be/casinolive; virtualgames.be/sports disponibles via le site www.virtualgames.be exploitées par des titulaires différents de licence A+, B+ et F1+.

II.1.3.2. Jurisprudence

Par trois arrêts n^{os} 235.744, 235.746 et 235.745, du 13 septembre 2016, après avoir considéré que les interdictions régissant l'exploitation des jeux de hasard et de paris dans des établissements de jeux de hasard (14) ne sont pas applicables à leur exploitation par les instruments de la société de l'information comportant l'usage d'une même

(13) *Uniform Resource Locator*.

(14) Loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, articles 34 et 43/4 et AR du 22 décembre 2010 concernant la forme de la licence de classe F2, article 4.

URL, le Conseil d'État a néanmoins saisi la Cour constitutionnelle sur base de la question préjudicielle suivante :

« *La loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, notamment ses articles 4, 6, 34, 43/4 et 43/8, viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution interprétée en ce sens qu'elle permettrait à un ou plusieurs titulaires de cumuler plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1 +) pour l'exploitation de jeux de hasard via un seul et même nom de domaine (et les URL associées), alors qu'un tel cumul n'est pas autorisé dans le chef des titulaires de licences A, B ou F1, lesquels ne peuvent pas exploiter des établissements de jeux de hasard de classes distinctes en un seul et même lieu physique ?* ».

Le 9 novembre 2017, dans un arrêt n° 129/2017, la Cour constitutionnelle a répondu positivement à la question posée et a dit pour droit qu' : « *en ce qu'elle n'interdit pas le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées, la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution (15)* ».

Il se déduit de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 129/2017 :

- qu'il n'est pas autorisé de cumuler plusieurs licences de classes distinctes pour l'exploitation de jeux de hasard dans le monde réel; dès lors il n'est pas non plus possible de cumuler, dans le chef du même titulaire, plusieurs licences de classes distinctes pour l'exploitation de jeux de hasard en ligne (considérant B.2.3.).
- qu'est interdit le cumul de l'exploitation de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes A+, B+ et F1+ sur le même nom de domaine, donc sur le même site internet, dès lors que le cumul de l'exploitation de plusieurs licences de classes distinctes A, B ou F1 dans le même lieu physique est interdit (considérant B.8.3.)

À cet égard, la Cour relève que :

« *B.8.2. La régulation de jeux de hasard et la limitation de l'offre visent à protéger les joueurs, notamment contre les risques d'assué-*

(15) Le 23 mars 2018, suite de cet arrêt, et conformément à l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le requérant a postulé l'annulation de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs en ce qu'elle n'interdit pas le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées. Au mois de mars 2019, ce recours est pendant devant la Cour.

tude inhérents à ce type d'activité. L'interdiction d'offrir divers types de jeux et paris dans le même endroit physique contribue à la protection des joueurs, dès lors qu'elle les oblige à se déplacer pour accéder à d'autres jeux ou paris. Elle a également pour effet d'éviter que les joueurs ne soient tentés de jouer à d'autres jeux que ceux auxquels ils avaient l'intention de jouer ou de placer des paris alors qu'ils n'en avaient pas l'intention, puisqu'ils ne sont pas directement confrontés avec une offre qu'ils n'avaient pas recherchée.

B.8.3. Ces objectifs sont également ceux qui étaient poursuivis par le législateur lorsqu'il a entrepris de réguler les jeux et paris en ligne.

Il n'est dès lors pas pertinent d'autoriser le cumul de l'offre de plusieurs types de jeux et de paris sur un même site internet, utilisant un nom de domaine unique et une URL unique associée, alors qu'un tel cumul est interdit dans le monde réel. Il est vrai, qu'il est très aisé de se déplacer dans le monde virtuel d'un site à l'autre et qu'il est facile d'ouvrir simultanément plusieurs pages internet sur un même ordinateur, de sorte que l'interdiction de cumul dans le monde virtuel n'a pas la même portée ou le même effet que l'interdiction de cumul dans le monde réel.

Il n'en demeure pas moins que l'obligation de devoir ouvrir plusieurs sites et de devoir à chaque fois s'identifier à nouveau peut constituer un frein pour le joueur. Par ailleurs, l'interdiction de proposer des jeux et paris relevant de classes différentes sur le même site internet permet de diminuer le risque que le joueur soit confronté à une offre qu'il n'a pas recherchée ».

II.1.3.3. Conséquences : imbroglia

Il ne résulte pas de cet arrêt que les articles 4, 6, 34, 43/4 et 43/8 de la loi du 7 mai 1999 violent les articles 10 et 11 de la Constitution, ce que le Conseil d'État a constaté dans son arrêt n° 241.060, du 21 mars 2018, statuant sur renvoi après cet arrêt n° 129/2017.

La Cour s'est bornée à constater l'existence d'une lacune législative extrinsèque qu'il appartient au seul législateur de combler.

À la suite de cet arrêt, le Conseil d'État, ressaisi des causes au motif que l'arrêt n° 129/2017 précité ne concernait que les situations de cumul par plusieurs titulaires de licence et non pas par un même titulaire de licence, a reformulé sa question préjudicielle à la Cour constitutionnelle de la manière suivante(16) :

« La loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs viole-t-elle les ar-

(16) CE, S.A. ROCOLUC, n° 241.059, du 21 mars 2018.

articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle n'interdit pas à un même titulaire de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes d'exploiter des jeux de hasard et des paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées alors que les articles 34 et 43/4 de la loi du 7 mai 1999 interdisent à un même titulaire de licences de classes distinctes d'exploiter des jeux de hasard et d'engager des paris dans un même établissement de jeux de hasard, soit dans les mêmes bâtiments ou les mêmes lieux où sont exploités un ou plusieurs jeux de hasard ? ».

Dans un arrêt n° 109/2018 du 19 juillet 2018, la Cour constitutionnelle a répondu par l'affirmative en considérant ce qui suit :

« Pour les mêmes motifs que ceux de l'arrêt précité [l'arrêt 129/2017], la question préjudicielle posée dans la présente affaire appelle une réponse affirmative.

En ce qu'elle n'interdit pas le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes pour l'exploitation de jeux de hasard et l'engagement de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées, la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs viole les articles 10 et 11 de la Constitution ».

Dans l'intervalle, en date du 23 mars 2018, l'entreprise a introduit un recours en annulation partielle de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs.

L'arrêt n° 108/2018 du 19 juillet 2018 de la Cour constitutionnelle a annulé *« la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs en ce qu'elle n'interdit pas le cumul de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées ».*

Elle précise que *« cette annulation a pour conséquence que la Commission des jeux de hasard ne peut pas délivrer plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1+) pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées ».*

Suite à l'arrêt n° 109/2018 en date du 28 septembre 2018, la requérante a introduit un nouveau recours auprès de la Cour constitutionnelle qui sollicite l'annulation de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard. Au mois de mars 2019, moment de la rédaction de la présente note, l'affaire était pendante devant la Cour.

II.1.3.4. Perspective à ce sujet : cumul

Pour donner suite aux arrêts de la Cour Constitutionnelle, il est (17) envisagé d'introduire une proposition de loi modifiant les articles 27, 58, 63 de et insérant l'article 76/2 dans la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs.

L'idée est une interdiction de principe pour le même titulaire de licence ou pour différents titulaires de licence de cumuler des licences sauf s'il est satisfait à des conditions strictes. Elle vise à éviter qu'un cumul autorisé de licence ouvre le droit pour un casino de proposer des paris en l'absence de licence pour ce faire. Le joueur ne pourra pas être confronté à une offre qu'il n'a pas choisie. Un joueur se trouvant dans un accès commun peut être informé de l'offre générale de jeux, sans toutefois avoir la possibilité de voir les différents jeux de hasard.

Il y est précisé que le joueur doit explicitement donner son accord pour chacun des jeux de hasard relevant des licences cumulées. Un contrat d'adhésion général ne peut être envisagé. La vérification de la banque de données des personnes exclues n'a pas de valeur d'autorisation. Cette proposition rend impossible d'engager au même moment des mises sur différents jeux de hasard. Le joueur ne pourra miser sur un autre jeu de hasard (relevant d'une autre licence) que si le traitement physique de sa mise sur le premier jeu de hasard est clôturé. À l'avenir, suivant cette proposition, le joueur ne pourra plus disposer que d'un seul compte joueur pour l'exploitation de jeux de hasard par le biais des services de la société de l'information.

Le Roi sera chargé de déterminer les spécifications techniques :

- type d'accès
- définitions des exigences sur le serveur

Spécification du compte :

- exigence concernant la mise
- exigence concernant le ticket pour le paris
- dispositions sur les pop up

Au jour de la rédaction de cette contribution, aucun texte n'a été discuté au Parlement à ce sujet. La dissolution des chambres en est le motif.

(17) À la date de la rédaction de ce paragraphe le 7 mars 2019 *Doc.* 54 3327/002, 2018-2019 amendement n° 12, article 11/3 MM. BECQ et GOFFIN. Cette proposition est dissociée de la loi du 7 mai 2019 modifiant la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, et insérant l'article 37/1 dans la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale (*Moniteur belge* du 15 mai 2019).

II.2. Jeux de hasard. Contexte particulier. Discussions

La requérante est une société qui a pour objet l'exploitation, à titre lucratif, de jeux de hasard, titulaire d'une licence de classe B pour l'exploitation d'un établissement de jeux de hasard de classe II.

Elle est aussi titulaire d'une licence complémentaire B+ pour l'exploitation de jeux de hasard par le biais de l'URL.

En 2018, un casino a introduit une demande pour le renouvellement d'une licence complémentaire A+ de jeux de hasard de classe I^{er} par le biais de l'URL.

Sur le nom de domaine, plusieurs sociétés exploitent également des jeux de hasard sur la base de licences de classe B+ ou FA+ :

Une titulaire d'une licence de fournisseurs de classe E gère cette plateforme.

La Commission des jeux de hasard a octroyé à la société exploitante du casino le renouvellement de sa licence A+ en vue d'exploiter des jeux de hasard de classe I par le biais de l'URL.

II.2.1. Cadre juridique applicable

Pour rappel, le législateur n'a pas voulu instaurer une interdiction de cumul de licences dans la loi sur les jeux de hasard. Une interprétation selon laquelle la loi sur les jeux de hasard contient une telle interdiction ne peut être retenue.

En effet, le législateur connaît bien le concept de cumul de différentes licences dans le chef d'une seule personne (morale). À cet égard, il convient de relever que le cumul d'une licence de classe E (pour les fournisseurs de produits et services de jeux) avec une licence d'exploitation (classes A, A+, B, B+, C, D, F1, F1+, F2, G1 et G2) est en revanche interdit. L'article 27, premier alinéa, de la loi sur les jeux de hasard prévoit en effet qu' : « *Il est interdit de cumuler les licences des classes A, A+, B, B+, C, D, F1, F1+, F2, G1 et G2, d'une part, et la licence de classe E, d'autre part, dans le chef de la même personne physique ou morale, que ce soit directement ou indirectement, personnellement ou par l'intermédiaire d'une autre personne physique ou morale* ».

Force est de constater qu'une telle clause d'interdiction a été expressément inscrite dans la loi, alors que le législateur est resté silencieux sur la question du cumul de licences de classe A, B ou F1. Il en résulte que le législateur n'a pas voulu introduire une telle interdiction de cumul dans la loi sur les jeux de hasard.

C'est en ce sens que le conseil d'État s'est prononcé suite à l'arrêt n° 129/2017 de la Cour constitutionnelle (18) : « *Cela n'implique nullement qu'un même titulaire ne puisse « cumuler », soit posséder plusieurs licences de classes distinctes pour l'exploitation de jeux de hasard et de paris dans le « monde réel ». Il s'en déduit qu'il est également possible de cumuler, dans le chef du même titulaire, plusieurs licences de classes distinctes pour l'exploitation de jeux de hasard en ligne.* »

II.2.2. Notions d'« établissement de jeux de hasard » vs. « bâtiment » et de « URL » vs. « nom de domaine »

II.2.2.1. Rappel

Il convient de relever que la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée, dans ses arrêts n° 129/2017 du 9 novembre 2017, n° 108/2018 et n° 109/2018 du 19 juillet 2018, sur la nécessaire distinction entre les notions de nom de domaine et des URL associées. En effet, la question posée initialement par le conseil d'État n'a pas créé le cadre afin de permettre à la Cour de répondre à la question qui se pose vraiment.

Pour rappel, la question préjudicielle donnant lieu à l'arrêt n° 129/2017 du 9 novembre 2017 est formulée comme suit :

« *La loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, notamment ses articles 4, 6, 34, 43/4 et 43/8, viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution interprétée en ce sens qu'elle permettrait à un ou plusieurs titulaires de cumuler plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes (A+, B+ et F1 +) pour l'exploitation de jeux de hasard **via un seul et même nom de domaine (et les URL associées)**, alors qu'un tel cumul n'est pas autorisé dans le chef des titulaires de licences A, B ou F1, lesquels ne peuvent pas exploiter des établissements de jeux de hasard de classes distinctes en un seul et même lieu physique ? »*

Force est de constater que cette question préjudicielle, rédigée de la sorte, n'a pas offert à la Cour la liberté de tenir compte de la distinction existant entre un nom de domaine et un URL.

Ainsi, la partie adverse souligne que la Cour a visé la situation de manières différentes dans son arrêt :

- B.3. : « un seul nom de domaine et une même URL associée »;
- B.4.1. : « sur le même nom de domaine, donc sur le même site internet »;
- B.7. : « sur le même site internet (même nom de domaine et même URL) »;

(18) CE, SA ROCOLUC, n° 241.059, du 21 mars 2018.

— B.8.3. : « un nom de domaine unique et une URL unique associée ».

Cette même confusion a été maintenue dans les arrêts suivants de la Cour, celle-ci se référant, dans ses arrêts n° 108/2018 et n° 109/2018 du 19 juillet 2018 aux motifs exprimés dans l'arrêt n° 129/2017 du 9 novembre 2017.

La situation applicable dans le monde réel (absence d'interdiction) peut être comparée en tout point à la situation qui prévaut dans le monde virtuel.

II.2.2.2. Distinction entre un établissement de jeux de hasard et un bâtiment

Conformément à l'article 2, 3° de la loi sur les jeux de hasard, un établissement de jeux de hasard se définit comme étant « *les bâtiments ou les lieux où sont exploités les jeux de hasard* ».

Si l'on prend l'exemple d'une salle de jeux automatiques (soit un établissement de jeux de hasard de classe II pour lequel son opérateur détient une licence de classe B) située dans un lieu où se trouve également un cinéma et divers magasins, il est permis de considérer d'une part, que la salle de jeux automatiques est située dans un bâtiment contenant d'autres enseignes et que, d'autre part, elle constitue un établissement de jeux de hasard. Dans ce contexte, une distinction est faite entre un établissement de jeux de hasard au sens de la loi sur les jeux de hasard, et un bâtiment, au sens commun du terme.

Conformément à ce qui a été expliqué *supra*, la loi sur les jeux de hasard n'interdit pas à un titulaire de cumuler l'exploitation de plusieurs types de jeux de hasard par le biais de licences de classes distinctes dans le monde réel. Ce principe vaut également dans le monde virtuel.

Par ailleurs, il n'est pas non plus interdit de cumuler l'exploitation de plusieurs licences dans un *même bâtiment*, de sorte qu'une salle de jeux automatiques et un bureau de paris sportifs pourraient coexister au sein de ce même bâtiment. Dans notre exemple, on aurait donc un seul et même bâtiment abritant un établissement de jeux de hasard de classe II (salle de jeux automatiques), un établissement de jeux de hasard de classe IV (pour l'engagement de paris), ainsi qu'un cinéma et des magasins.

En revanche, même à supposer qu'offrir dans une salle de jeux automatiques des jeux de paris parallèlement à des jeux de hasard automatiques serait prohibé, cette interdiction ne serait d'application que lorsque les deux jeux soumis à des licences différentes seraient offerts au sein du *même établissement*. Cette interdiction ne vaudrait toutefois

pas si les jeux de hasard automatiques et de paris étaient offerts dans des établissements distincts, se trouvant toutefois dans les faits au sein du même bâtiment. En effet, les joueurs ne sont pas directement confrontés à l'offre, dès lors qu'ils doivent se déplacer à différents endroits pour jouer. En outre, des enregistrements séparés sont nécessaires et des entrées différentes peuvent également être prévues à cette fin.

II.2.2.3. Distinction entre un nom de domaine et une URL

Ce raisonnement doit être poursuivi dans le monde virtuel, où les jeux de hasard sont offerts sur des sites Internet. Il est en effet permis de considérer l'exploitation de jeux de hasard automatiques et de paris via un seul et même nom de domaine et les URL associées dans le chef d'un seul et même titulaire comme correspondant à l'exploitation de jeux de hasard dans un même « bâtiment » via différents « établissements de jeux de hasard ».

L'accès à une page Web peut en effet se faire en saisissant son URL (« Uniform Resource Locator ») dans un navigateur, soit directement ou à l'aide d'un nom de domaine (19).

Le nom de domaine, s'il peut parfois constituer un URL (par exemple, <http://www.raadvst-consetat.be>) ou en faire partie (<http://www.raadvst-consetat.be/?page=e-procedure&lang=fr>), ne se confond toutefois pas nécessairement avec l'URL.

L'accès à un site de jeux de hasard en ligne correspondant à plusieurs licences et dont le nom de domaine est « ABC » peut impliquer différents URL's correspondant à plusieurs pages du site Internet (www.ABC.be/paris ou www.ABC.be/casinos).

L'URL inclut donc le nom de domaine. Il existe une distinction, en ce que l'URL localise sur le domaine en question certaines données, mais le domaine contient nécessairement l'ensemble des URL. Et même si sur certains sites web, l'ensemble des URL n'est pas accessible depuis le domaine principal (« liens cachés »), le domaine est quand même l'endroit où se retrouve hébergée l'information.

II.2.3. Situation identique dans le monde réel et dans le monde virtuel

II.2.3.1. Comparaison

Ce raisonnement fondé sur la distinction entre, d'une part, le bâtiment et l'établissement et d'autre part, le nom de domaine et l'URL, permet d'assimiler les situations prévalant dans le monde réel et dans le monde virtuel.

(19) Conclusions de l'avocat général Jääskinen présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire C-131/12, *Google Spain*, EU :C : 2013 : 424, note de bas de page 4.

Il est ainsi permis de comparer le bâtiment à un nom de domaine, dès lors qu'ils abritent tous deux plusieurs branches (plusieurs enseignes pour le bâtiment, et plusieurs URL pour le nom de domaine). De la sorte, les URLs correspondent aux établissements de jeux de hasard.

Par ailleurs, l'utilisation d'un URL, de même que l'accès à une page spécifique sur Internet, peut donc être considérée comme le fait de se déplacer entre différents établissements de jeux de hasard, situés dans le même bâtiment.

La loi sur les jeux de hasard n'interdit ni le cumul de plusieurs licences de classes distinctes dans le chef d'un opérateur ni l'exploitation de jeux de hasard relevant de classes distinctes au sein d'un même bâtiment. Les notions prévalant dans le monde réel et dans le monde virtuel sont équivalentes, il n'y a pas de violation des articles 10 et 11 de la Constitution en admettant que des paris et des autres jeux de hasard sont offerts sur un seul nom de domaine pour autant que cela se fait au travers d'URL's clairement différenciés. L'interdiction n'existe ni dans le monde réel ni dans le monde virtuel.

La différence de traitement est justifiée si le Conseil d'État considère que

- la loi sur les jeux de hasard contient une différence de traitement en ce qu'elle interdit cumul de l'exploitation de plusieurs licences de classes distinctes A, B ou F1 dans le même lieu physique, mais en autorisant le cumul de l'exploitation de plusieurs licences supplémentaires de classes distinctes A+, B+ ou F1+ sur le même nom de domaine
- cette différence de traitement est justifiée.

II.2.3.2. Position de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle considère que la différence de traitement reposant sur le caractère réel ou virtuel de l'offre de jeux de hasard et de paris, se fonde sur un critère objectif (20) mais que cette différence de traitement n'est pas pertinente à la lumière des objectifs poursuivis par la loi sur les jeux de hasard.

La Cour estime également qu'un traitement non-différencié aboutirait à un frein additionnel dans le chef des joueurs (potentiels) en ligne de sorte que la prétendue prohibition de cumul de paris et d'autres types de jeux de hasard dans le monde réel devrait aussi s'appliquer dans le monde virtuel. En effet, la Cour a considéré, dans son arrêt n° 129/2017 du 9 novembre 2017 rendu sur question préjudicielle que :

(20) Cour constitutionnelle, arrêt n° 129/2017, 9 novembre 2017, points B.7 et B.8.1.

« B.8.2. La régulation de jeux de hasard et la limitation de l'offre visent à protéger les joueurs, notamment contre les risques d'assuétude inhérents à ce type d'activité. L'interdiction d'offrir divers types de jeux et paris dans le même endroit physique contribue à la protection des joueurs, dès lors qu'elle les oblige à se déplacer pour accéder à d'autres jeux ou paris. Elle a également pour effet d'éviter que les joueurs ne soient tentés de jouer à d'autres jeux que ceux auxquels ils avaient l'intention de jouer ou de placer des paris alors qu'ils n'en avaient pas l'intention, puisqu'ils ne sont pas directement confrontés avec une offre qu'ils n'avaient pas recherchée.

B.8.3. Ces objectifs sont également ceux qui étaient poursuivis par le législateur lorsqu'il a entrepris de réguler les jeux et paris en ligne. Il n'est dès lors pas pertinent d'autoriser le cumul de l'offre de plusieurs types de jeux et de paris sur un même site internet, utilisant un nom de domaine unique et une URL unique associée, alors qu'un tel cumul est interdit dans le monde réel. Il est vrai, ainsi que le relèvent les parties intervenantes, qu'il est très aisé de se déplacer dans le monde virtuel d'un site à l'autre et qu'il est facile d'ouvrir simultanément plusieurs pages internet sur un même ordinateur, de sorte que l'interdiction de cumul dans le monde virtuel n'a pas la même portée ou le même effet que l'interdiction de cumul dans le monde réel. Il n'en demeure pas moins que l'obligation de devoir ouvrir plusieurs sites et de devoir à chaque fois s'identifier à nouveau peut constituer un frein pour le joueur. Par ailleurs, l'interdiction de proposer des jeux et paris relevant de classes différentes sur le même site internet permet de diminuer le risque que le joueur soit confronté à une offre qu'il n'a pas recherchée ».

II.2.3.3. La Cour constitutionnelle et la protection des joueurs

La Cour a attaché ainsi une grande importance à l'objectif de protection du joueur. Préalablement à ces considérations, la Cour n'a cependant pas manqué de souligner l'idée de base sur lequel repose la loi sur les jeux de hasard, à savoir la « canalisation ».

En l'espèce, la Cour s'est mise à la place du législateur en considérant que, à la lumière des objectifs précités, il ne peut pas être pertinent de permettre le cumul de jeux de casino ou automatiques avec des paris sur un même site Internet.

Un véritable test de proportionnalité portant sur une différence de traitement alléguée telle que celle en cause aboutirait à une autre conclusion.

En ce qui concerne l'objectif de canalisation, véritable pilier de la loi sur les jeux de hasard, il convient d'apporter quelques précisions afin de permettre d'en avoir une parfaite compréhension.

L'objectif de canalisation est justifié par le simple constat qu'il existe des gens qui veulent absolument participer aux jeux de hasard et paris et que, pour rencontrer cette assuétude au jeu, une offre illégale est mise en place à partir de laquelle des opérateurs illégaux retirent un profit financier important. Afin de combattre cette offre illégale, la législation sur les jeux de hasard a privilégié une offre légale dûment contrôlée et limitée — ce qui permet indirectement au Trésor public d'en retirer un avantage. Cela a pour conséquence que le joueur est dirigé vers l'offre légale de jeux soumise au contrôle étatique.

Par voie de conséquence, il est impératif de mettre en place une offre légale de jeu qui soit en mesure de faire face à la concurrence des opérateurs illégaux. C'est précisément dans cette optique que la loi sur les jeux de hasard a été amendée en 2010 afin d'autoriser les opérateurs titulaires de licences à offrir des jeux de hasard en ligne. Dans la mesure où les sites Internet d'opérateurs illégaux ne se limitent pas à offrir un seul type de jeu, mais proposent aux joueurs une large gamme de produits de jeux de hasard, la mise en place d'une politique de canalisation effective nécessite impérativement que les opérateurs titulaires d'une licence (soit les opérateurs légaux) soient autorisés sur leurs sites Internet à offrir des produits d'une attractivité identique (voire supérieure), faute de quoi les joueurs se détourneront de leur offre pour se diriger vers celle des opérateurs illégaux. Pour ce faire, le législateur a estimé qu'il était nécessaire d'autoriser l'offre, sur un même site Internet, de jeux de paris et de casinos.

II.2.3.4. Cour de Justice de l'Union européenne

La Cour de justice de l'Union européenne (« Cour de justice » ou « CJUE ») a d'ailleurs confirmé cette position défendue par le Conseil des ministres, et ce à plusieurs reprises. Il y a lieu de se référer notamment à l'arrêt *Placanica*, qui a jugé (21) :

« Dans cette optique, une politique d'expansion contrôlée dans le secteur des jeux de hasard peut être tout à fait cohérente avec l'objectif visant à attirer des joueurs exerçant des activités de jeux et de paris clandestins interdites en tant que telles vers des activités autorisées et réglementées. Ainsi que l'ont relevé notamment les gouvernements belge et français, afin d'atteindre cet objectif, les opérateurs autorisés doivent constituer une alternative fiable, mais en même temps attrayante, à une activité interdite, ce qui peut en soi impliquer l'offre d'une gamme de jeux étendue, une publicité d'une certaine envergure et le recours à de nouvelles techniques de distribution ».

(21) CJUE, arrêt du 6 mars 2007, *Placanica*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, § 55.

Même à considérer qu'il existe une différence de traitement entre les règles applicables dans le monde réel et le monde virtuel, celle-ci s'explique par la nécessaire différence de degré dans l'application de l'objectif de canalisation. Il existe en pratique un grand nombre de sites Internet illégaux qui sont facilement accessibles pour les joueurs belges et sur lesquels il est permis à la fois d'engager des paris et de jouer aux jeux de casinos.

Par contraste, les établissements de jeux de hasard clandestins qui seraient accessibles et dans lesquels des paris seraient engagés parallèlement à l'exploitation de jeux de casinos demeurent beaucoup moins nombreux. Certes, comme l'a précisé la Cour, la loi sur les jeux de hasard ne se fonde pas uniquement sur le seul objectif de canalisation, mais tient également compte de l'objectif de protection du joueur.

II.2.3.5 Conséquences

Par conséquent, ce n'est que dans la mesure où l'objectif de canalisation serait mis de côté qu'il serait compréhensible de considérer qu'un « frein » supplémentaire consistant à interdire le cumul dans le monde virtuel des jeux de casinos et des jeux de paris est une approche logique. En revanche, la réalité s'avère toutefois plus complexe car des éléments additionnels doivent être pris en compte.

À cet égard, la mise en place d'une séparation, sur un même site Internet, entre les paris (notamment sportifs) et les jeux de casinos ou automatiques implique nécessairement une division des mesures de limitation. Prenons l'exemple d'un compte de joueur dont une limite de dépense a été fixée à 500 euros par semaine. Si ce compte est divisé en deux parties, le joueur est alors autorisé à dépenser deux fois la somme maximale, soit 500 euros pour les paris et 500 euros pour les jeux de casinos. Or, ce raisonnement vaut quel que soit l'origine de la limitation : règles impératives (loi, arrêté royal, mesures imposées par la CJH, etc.); mesures prises par l'opérateur afin de prévenir la faillite potentielle d'un joueur; ou mesures décidées par le joueur lui-même pour limiter ses dépenses. Il en résulte qu'une séparation des comptes de joueurs a pour conséquence d'atténuer considérablement les mesures de limitation, et par conséquent d'amoindrir la protection du joueur.

C'est précisément pour cette raison que la Commission européenne déconseille une telle séparation entre les comptes de joueurs. À cet égard, la recommandation de la Commission européenne relative à des principes pour la protection des consommateurs et des joueurs dans le cadre des services de jeux d'argent et de hasard en ligne et pour la pré-

vention des jeux d'argent et de hasard en ligne chez les mineurs (22), adoptée le 14 juillet 2014 et développée *infra*. (23)

En tant qu'instrument de législation indirect, une recommandation, en droit de l'Union européenne, ne s'impose pas aux États membres mais a pour objet d'inviter ses destinataires à adopter un comportement déterminé.

Cette recommandation de 2014, en ce qu'elle insiste sur la nécessité pour un consommateur de disposer, pour chaque opérateur de jeux, « *d'un compte de joueur sur lequel toutes les transactions avec cet opérateur sont traitées* », invite les États membres à privilégier cette méthode permettant un suivi plus strict du comportement du joueur.

En d'autres termes, la Commission européenne considère que lorsqu'un niveau élevé de protection est recherché, un joueur ne peut posséder qu'un seul compte auprès d'un opérateur, et non pas un seul compte de joueur par type de licence dans le cas où ce même opérateur en détiendrait plusieurs.

Sur base de ces considérations, et dans la mesure où la Cour constitutionnelle considère qu'une différence de traitement existe, cette dernière est justifiée par les objectifs de canalisation et de protection du joueur. À tout le moins, la Cour n'a pas tenu compte de toutes les nuances découlant de la complexité de la loi sur les jeux de hasard, en considérant qu'il n'est « *pas pertinent d'autoriser le cumul de l'offre de plusieurs types de jeux et de paris sur un même site internet [...] alors qu'un tel cumul est interdit dans le monde réel* ».

II.2.4. La politique de jeux de hasard à la lumière du droit de l'Union européenne

II.2.4.1. Incompatibilité avec la politique belge en matière de jeux d'argent au regard du droit de l'Union européenne

En tout état de cause, la politique belge en matière de jeux de hasard doit être en conformité avec le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

À suivre la thèse de la Cour constitutionnelle, elle aurait pour conséquence d'imposer des restrictions disproportionnées et contraires au droit de l'Union européenne, tout en compromettant la politique globale poursuivie en matière de jeux de hasard.

(22) Recommandation n° 2014/478/UE, *JOUE*, 19 juillet 2014, L 214/38.

(23) Contra le ministre Geens a déclaré en février 2019 au parlement que la limitation de 500 euros s'appliquait tous les opérateurs confondus et tous les URL's confondus sauf celui de la Loterie Nationale.

À cet égard, il convient de se référer d'abord à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, et notamment à l'arrêt n° 128/2011 du 14 juillet 2011. Cet arrêt démontre que la loi sur les jeux de hasard, telle qu'elle existe depuis 2010 et qui s'applique aux activités en ligne, passe avec succès le test de la Cour constitutionnelle, y compris celui de la compatibilité avec le droit de l'Union.

Il est particulièrement intéressant de se référer aux principaux passages de cet arrêt :

« B.14.1. Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que les États membres sont en droit d'apporter des restrictions à l'exploitation des jeux de hasard sur leur territoire. En effet, les jeux de hasard constituent une activité économique qui peut avoir des conséquences très dommageables tant pour la société, en raison du risque d'appauvrissement des joueurs auquel peut conduire une pratique excessive du jeu, que pour l'ordre public en général, compte tenu notamment des revenus importants qu'ils génèrent. La libre prestation des services dans le domaine des jeux de hasard peut donc faire l'objet de restrictions, conformément à l'article 49, premier alinéa, combiné avec les articles 52 et 62, du TFUE, pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, ou pour des raisons impérieuses d'intérêt général, telles que la prévention de la fraude, la protection des consommateurs contre une incitation à des dépenses excessives liées au jeu et la prévention de troubles de l'ordre social en général (CJCE, 8 septembre 2009, C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol profissional et Bwin International, point 56).

B.14.2. Selon la Cour de justice, les particularités d'ordre moral, religieux ou culturel ainsi que les conséquences moralement et financièrement préjudiciables pour l'individu et la société qui entourent les jeux et les paris peuvent être de nature à justifier l'existence, au profit des autorités nationales, d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comporte la protection du consommateur et de l'ordre social (CJUE, 3 juin 2010, C-258/08, Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd, point 19).

B.14.3. La restriction apportée à la libre prestation des services, imposée en vue de protéger ces intérêts, doit toutefois être propre à garantir la réalisation du ou des objectifs poursuivis, ce qui signifie que cette restriction doit être cohérente, systématique et proportionnée (CJCE, 8 septembre 2009, C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol profissional et Bwin International, points 60 et 61).

B.18.1. La Cour de justice a jugé qu'en matière de jeux de hasard, il convenait en principe d'examiner pour chacune des restrictions imposées par la législation nationale si elle est propre à garantir la réalisation du ou des objectifs invoqués par l'État membre concerné et si elle

ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire (CJUE, 8 septembre 2010, C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, Markus Stoss et autres, point 93).

B.20.1. La Cour doit toutefois encore examiner si la disposition attaquée a des effets disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi. ».

II.2.4.2 Leçons tirées de l'arrêt

Sur base de cet arrêt, il convient de mettre en exergue les principes suivants :

- Il est possible de prévoir des restrictions pour des raisons d'ordre public et/ou de protection du consommateur afin d'amener le joueur vers un environnement contrôlé et de canaliser l'offre d'une façon suffisamment attractive pour combattre l'offre illégale;
- Ces restrictions doivent être strictement adaptées à la réalisation des objectifs poursuivis et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire afin d'atteindre lesdits objectifs;
- Le gouvernement dispose d'une grande marge d'appréciation à cet égard.

La loi belge sur les jeux de hasard qui, en réponse à une offre illégale importante, propose une canalisation de l'offre (au lieu d'une interdiction totale) au moyen d'un système de licence supplémentaire, donc restrictif, a satisfait à ce test.

Dans un arrêt récent de la Cour de justice du 28 février 2018 (24) rendu à propos d'un régime similaire en Hongrie, celle-ci a jugé :

« 40 Le gouvernement hongrois invoque des motifs d'ordre public et de santé publique, soutenant que le contrôle étatique des jeux effectués en ligne est limité et que la règle nationale assure que les jeux de hasard en ligne, qui comportent des risques plus élevés que les jeux de hasard traditionnels, sont réservés à des opérateurs fiables exploitant un casino situé sur le territoire national qui satisfont aux exigences de protection des consommateurs et d'ordre public.

41 S'il est constant que, en raison du manque de contact direct entre le consommateur et l'opérateur, les jeux de hasard accessibles sur Internet comportent des risques de nature différente et d'une importance accrue par rapport aux marchés traditionnels de tels jeux en ce qui concerne d'éventuelles fraudes commises par les opérateurs contre les consommateurs (arrêt du 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, C42/07, EU:C:2009:519, point 70), la règle en cause doit toutefois satisfaire aux conditions résultant de la

(24) CJUE, arrêt du 28 février 2018, *Sporting Odds*, C-3/17, EU:C:2018:130.

jurisprudence de la Cour en ce qui concerne sa proportionnalité (voir, en ce sens, arrêt du 6 mars 2007, Placanica e.a., C338/04, C359/04 et C360/04, EU:C:2007:133, point 48).

42 Plus précisément, afin que soit admise une restriction, telle que celle en cause au principal, selon laquelle un opérateur de jeux de hasard en ligne doit obtenir une concession de casino situé sur le territoire hongrois afin d'être en mesure d'offrir des jeux de hasard en ligne, il doit être établi que cette restriction constitue une condition indispensable pour atteindre l'objectif recherché (voir, en ce sens, arrêt du 9 juillet 1997, Parodi, C222/95, EU:C:1997:345, point 31 et jurisprudence citée).

43 Or, il est manifeste qu'une telle restriction, laquelle revient à réserver aux exploitants de casinos situés sur le territoire national l'accès au marché des jeux de hasard en ligne, dépasse ce qui peut être considéré comme proportionné, dès lors qu'il existe des mesures moins restrictives permettant d'atteindre les objectifs invoqués par le gouvernement hongrois.

44 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la cinquième question que l'article 56 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle nationale, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle l'octroi d'une autorisation pour l'organisation de jeux de hasard en ligne est exclusivement réservé aux opérateurs de jeux de hasard disposant d'une concession de casino situé sur le territoire national, dans la mesure où cette règle ne constitue pas une condition indispensable pour atteindre les objectifs recherchés et qu'il existe des mesures moins restrictives pour atteindre de tels objectifs ».

La distinction entre les approches hongroise et belge est donc étroite. La Hongrie, quant à elle, invoque une restriction similaire sur base de la « fiabilité » des fournisseurs hors ligne, tandis que la Belgique, fait principalement référence aux « conséquences morales et financières préjudiciables pour l'individu et la société », comme motif de justification du système de licence supplémentaire.

Sur base de ces considérations, le système belge devrait à nouveau être en mesure de passer le test de proportionnalité prévu en droit de l'Union européenne. Il convient ainsi d'examiner si une interprétation de la disposition légale ayant pour effet d'exclure que différents jeux supplémentaires soient proposés par un opérateur sur des pages Web différentes (et donc différents URL's) mais sous un nom de domaine unique, est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, à savoir la protection du consommateur contre les risques financiers et la dépendance, ainsi que la lutte contre les opérateurs illégaux.

Or, force est de constater qu'un tel test de proportionnalité n'a pas encore été effectué. Un tel test de proportionnalité est nécessaire afin d'éviter toute violation éventuelle du droit européen (25).

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il appartient aux parties de démontrer que cette restriction supplémentaire est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, faute de quoi le juge national ne peut accepter une telle restriction. La Cour de justice a ainsi considéré dans l'arrêt *Sporting Odds* (26) :

54 Si ces juridictions peuvent être tenues, en application des règles procédurales nationales, de prendre les mesures nécessaires afin de favoriser la production de telles preuves, elles ne sauraient, en revanche, être tenues de se substituer auxdites autorités pour fournir les justifications que ces autorités ont l'obligation de fournir. Si ces justifications ne sont pas apportées du fait de l'absence ou de la passivité desdites autorités, les juridictions nationales doivent pouvoir tirer toutes les conséquences qui découlent d'un tel défaut (arrêt du 14 juin 2017, Online Games e.a., C-685/15, EU:C:2017:452, point 66) ».

La juridiction nationale, en réalisant le test de proportionnalité, ne peut être tenue de se substituer aux autorités de l'État concerné afin de considérer que cette restriction supplémentaire est nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

Il est clair que dans la majorité des États membres de l'UE, les jeux en ligne ne sont autorisés que par des règles restrictives visant à protéger le consommateur, mais qu'aucune interdiction cumulative n'est appliquée au sein de l'Union européenne. La Belgique dispose actuellement d'un — gimes très restrictifs, qui est comparable au régime hongrois en cause dans l'affaire *Sporting Odds*. Les régimes belge et hongrois diffèrent toutefois en ce que la motivation proposée par la Hongrie n'a pas été jugée suffisante par la Cour de justice et que le régime hongrois ne répond pas aux critères de proportionnalité. Compte tenu de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire précitée, ajouter une restriction supplémentaire dans le régime belge reviendrait à donner à la Cour de justice l'occasion de le condamner.

Ainsi, interpréter désormais la loi sur les jeux de hasard en considérant qu'elle contient « une interdiction de cumul », sans que le demandeur n'apporte de preuves quant à la nécessité de cette nouvelle

(25) Il est fait référence sur ce point à l'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018, *Commission v France*, C-416/17, EU:C:2018:811. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que le Conseil d'État en France aurait dû saisir la Cour d'une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union. Pour la première fois, la Cour constate qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne aurait dû interroger la Cour afin d'écartier le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union.

(26) CJUE, arrêt du 28 février 2018, *Sporting Odds*, C-3/17, §§ 53 et s.

approche (et contraire à la pratique prévalant depuis des années) dans le but de protéger le consommateur, porte atteinte à l'ensemble de la politique en matière de jeux de hasard appliquée en Belgique.

II.2.4.3. Notification à la Commission européenne

La directive (EU) 2015/1535 du parlement et du conseil européen du 9 septembre 2015 relative à la procédure d'information en matière de prescriptions techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information oblige que chaque état membre communique les projets de prescriptions techniques à la Commission et s'abstienne de les mettre en vigueur pendant un délai de trois mois.

L'article 1^{er} de la directive définit un service comme tout service de la société de l'information c'est-à-dire chaque service qui est habituellement effectué contre rémunération, par la voie électronique, à distance et à la demande d'un client.

Une liste indicative de services qui ne relèvent pas de cette définition a été établie pour préciser la définition. Entre dans le champ d'application de la définition la règle qui a trait spécifiquement aux services de la société de l'information quand cette règle a dans sa totalité ou pour quelques dispositions spécifiques pour but de réglementer expressément ces services. Cependant, lorsque ces nouvelles règles ne sont pas spécifiquement orientées sur les services de la société de l'information et que ce n'est que d'une manière implicite ou incidente, la directive ne s'applique pas. Ainsi, les services ne sont pas délivrés à distance lorsque la mise à disposition de jeux électroniques est effectuée en présence physique de l'utilisateur. Dès lors, la conclusion peut être tirée que les jeux électroniques ne sont pas des services délivrés à distance et que les règles ayant trait aux licences complémentaires ne sont qu'incidentes au regard de ces services. L'objectif principal de la loi sur les jeux de hasard et le système de licence est d'ailleurs de régler les jeux de hasard dans leur ensemble.

À partir de ce raisonnement, l'obligation d'informer la Commission européenne ne trouve plus à s'appliquer d'une manière systématique. (27)

Les règles qui sont d'application générale (par exemple une interdiction imposée aux mineurs de participer aux jeux de hasard) auront un effet sur les services de la société de l'information mais ne constituent pas des règles techniques au sens de la directive. Les règles qui se singularisent des règles générales et qui s'appliquent à de tels services

(27) CJUE Naczelnik Urzedu Cenego, C-303/15 13 oktober 2016; Berlington Hungary, C98-98/14, 11 juin 2015.

(interdiction de 21 ans pour les paris en ligne) sont soumises à l'obligation de communiquer à la Commission européenne.

Selon les lignes de conduites de la Commission européenne, ce sont les règles expressément applicables aux services de la société de l'information comme les procédures techniques typiques (comme les moteurs de recherches ou les URL's) qui nécessitent une notification.

II.2.5. Proportionnalité de la restriction de cumul des paris et jeux de casino sur un même site Internet

II.2.5.1 Position de la question

La question à se poser est la suivante : existe-t-il des règles moins restrictives pour atteindre l'objectif visé, à savoir la protection du consommateur et la lutte contre les opérateurs illégaux ?

Comme indiqué précédemment, en date du 14 juillet 2014, la Commission européenne a adopté une recommandation relative à la protection des consommateurs et des joueurs dans le cadre des services de jeux d'argent et de hasard en ligne et pour la prévention des jeux d'argent et de hasard en ligne chez les mineurs (28).

Bien que cette recommandation ne soit pas contraignante, elle insiste fortement sur la nécessité pour un consommateur de disposer, pour chaque opérateur de jeux, « *d'un compte de joueur sur lequel toutes les transactions avec cet opérateur sont traitées* » et donc permettant ainsi un suivi bien plus rapproché du comportement du joueur. En d'autres termes, la Commission européenne souligne que, dans un cadre juridique dans lequel un niveau élevé de protection est recherché, un consommateur ne peut posséder qu'un seul compte de joueur auprès d'un opérateur de jeux d'argent, et non pas un seul compte de joueur par type de licence que détiendrait ce même opérateur.

Le système belge, en vertu duquel diverses activités de jeux sous licence sont proposées par le même opérateur sur des pages Web distinctes et portant le même nom de domaine, est en parfaite adéquation avec les exigences recommandées par la Commission.

En effet, si un joueur était obligé d'ouvrir un compte de joueur distinct sur des sites Internet différents pour des services de jeux offerts via plusieurs licences, cela entraînerait une augmentation substantielle du nombre de compte de joueur ainsi qu'une augmentation importante des fonds qui y seraient déposés, ce qui irait indubitablement à l'encontre de ce que préconise la Commission.

(28) Recommandation n° 2014/478/UE, *JOUE*, 19 juillet 2014, L 214/38.

Par ailleurs, il convient de rappeler qu'un consommateur est toujours obligé d'utiliser les fonds de son compte de joueur spécifiquement et exclusivement pour un type de jeu proposé, sans pouvoir utiliser l'argent disponible pour d'autres types de jeux.

Il est parfaitement possible de jouer en toute sécurité sur le site (nom de domaine) d'un seul opérateur avec un compte de joueur via plusieurs pages Web distinctes et donc différents URL's par type de licence, à condition qu'un système de connexion distincte par page Web soit disponible. De cette manière, un mécanisme sécurisé est mis en place afin de protéger le consommateur, d'une manière comparable au monde réel, sans imposer de restrictions supplémentaires disproportionnées et dont la nécessité n'est pas prouvée.

S'agissant des objectifs de protection des joueurs et de limitation de l'offre, la Cour constitutionnelle a relevé à juste titre, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 109/2018 du 19 juillet 2018, « *qu'il est très aisé de se déplacer dans le monde virtuel d'un site à l'autre et qu'il est facile d'ouvrir simultanément plusieurs pages internet sur un même ordinateur, de sorte que l'interdiction de cumul dans le monde virtuel n'a pas la même portée ou le même effet que l'interdiction de cumul dans le monde réel* » (29).

II.2.5.1 Réponse de la Cour

La Cour estime, néanmoins, que cette différence ne permet pas de contredire le fait que devoir ouvrir plusieurs sites ou s'identifier à nouveau peut constituer un frein pour le joueur et, par conséquent, diminuer le risque qu'il soit confronté à une offre qu'il n'a pas recherchée.

Il convient de relever que la Cour omet d'examiner la proportionnalité de la mesure au regard de l'objectif poursuivi par le législateur et se borne à constater qu'il ne serait pas nécessaire d'opérer une distinction entre le monde réel et le monde virtuel, puisque l'objectif de lutte contre l'addiction serait tout autant rempli par l'interdiction d'exercer des activités distinctes sur un même lieu physique que sur un même site Internet.

Les navigateurs permettent un changement de page extrêmement rapide, facilitant ainsi le « jonglage » entre différentes adresses URL. Les facilités des navigateurs permettent aujourd'hui à l'utilisateur d'une part d'ouvrir plusieurs fenêtres ou onglets de façon simultanée pour avoir accès à plusieurs sites en même temps et d'autre part de sauvegarder les sites qui l'intéressent en « favoris », afin d'y accéder en quelques secondes.

(29) Cour constitutionnelle, arrêt n° 109/2018, 19 juillet 2018, point B.8.2. Notons que cet attendu se retrouve également au point B.8.3 de l'arrêt n° 129/2017 du 9 novembre 2017.

Une telle interdiction n'a donc aucune utilité effective pour la protection des consommateurs. En ce sens, et contrairement à ce qu'affirme la Cour constitutionnelle, l'interdiction de proposer des jeux et paris relevant de classes différentes sur le même site internet ne permettrait pas de diminuer le risque que le joueur soit confronté à une offre qu'il n'a pas recherchée.

Force est de constater que l'interdiction de cumuler sur un même site Internet à la fois des paris et des jeux de hasard risque d'être considérée comme une restriction non-proportionnée au regard des objectifs poursuivis par la loi sur les jeux de hasard. Cela rendrait la politique de jeux de hasard de la Belgique non-conforme au droit de l'Union européenne.

Pour rappel, sur le domaine, plusieurs sociétés peuvent exploiter des jeux de hasard sur la base de licences de classe A+, B+ ou FA+ .

Cette question a été débattue au parlement (30). Le député Frédéric a posé la question de savoir si le cumul est interdit. Le ministre a répondu que « la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État examinent toujours le problème du cumul. Le retrait de l'amendement n'a aucune incidence sur les procédures en cours. Le lieu d'exploitation d'un site web de jeux de hasard est une modalité d'exploitation et non une condition pour la demande ou l'octroi d'une licence supplémentaire. Le nom de domaine peut être modifié à tout moment, sans remettre en cause la licence accordée. Si le nom de domaine utilisé pose problème, il doit être modifié le cas échéant. Cela n'a pas d'impact immédiat sur la validité de la licence. La poursuite de l'exploitation dans ces circonstances après un arrêt négatif n'aurait donc pas de répercussions sur la validité de la licence mais pourrait éventuellement donner lieu à une sanction ». Le ministre a encore estimé qu'il convient d'attendre ces développements jurisprudentiels pour ensuite régler cette problématique dans une proposition de loi si l'urgence s'en faisait sentir.

II.2.6. Analyse du parquet de la Cour de cassation

L'avocat général (31) Ria Mortier a, le 8 avril 2019, déposé des conclusions qui sont de nature à préciser ces questions du cumul des URL 's sur les websites. Il s'agit d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 juin 2017 qui avait déclaré non fondée la demande de cesser l'offre sous la licence de salle de jeux en ligne sur un même site qui offre des jeux sous le couvert d'une licence de casino.

Selon le parquet général, il n'y a pas d'obstacle à ce que la licence supplémentaire de paris en ligne permette l'exploitation, sous strictes

(30) *Doc.* sess.2018-219, 54 3327/008, p 13 et p. 15.

(31) C. Cas 1^{re} ch C.18.0249 N Rocoluc / SA Casino Kursaal Blankenberge L'arrêt est attendu le 14 juin 2019c

conditions, de paris au moyen des instruments de la société de l'information :

Sous le chapitre IV avec le titre « Établissements de jeux de hasard », l'article 34, alinéa 1^{er} de la loi sur les jeux de hasard dispose que les établissements de jeux de hasard de classe II sont des établissements dans lesquels sont exploités exclusivement les jeux de hasard autorisés par le Roi. Sous ce même chapitre, l'article 43/4, § 1^{er} dispose que les établissements de classe IV, soit les endroits qui sont uniquement destinés à l'exploitation de l'organisation de paris, doivent disposer d'une licence de classe F1. L'engagement des paris suppose l'obtention d'une licence de classe F2.

Il résulte de ces dispositions que dans le monde réel, il est interdit d'offrir, en un seul endroit, aussi bien des jeux de casino, des jeux automatiques que l'organisation de paris.

La question se pose de savoir si cette interdiction de cumul est également valable pour la proposition de jeux de hasard via les instruments de la société d'information.

On ne saurait déduire de l'article 4, § 1^{er} de la loi qu'il serait interdit d'offrir différents jeux de hasard sur un même site, simplement parce qu'il ne l'autorise pas explicitement.

Les articles 34, alinéa 1^{er} et 43/4 ne concernent que les établissements de jeux de hasard. Sont visés dans cette notion les bâtiments ou lieux où un ou plusieurs jeux de hasard sont exploités (article 2, 3^o). La notion d'instruments de la société d'information est quant à elle définie comme étant les équipements électroniques de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données, qui sont entièrement transmises, acheminées et reçues par fils, par radio, par des moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques (article 2, 10^o). Il ne s'agit donc pas de bâtiments ou lieux dans le sens de l'article 2, 3^o précité.

L'utilisation des instruments de la société d'information n'est pas considérée comme un établissement de jeux de hasard à part, mais comme un medium pour exploiter les jeux de hasard (virtuels) qui sont autorisés dans les établissements de classes I^{er}, II ou IV. L'interdiction de cumul prévue aux articles 34, alinéa 1^{er} et 43/4, § 1^{er} concernant les établissements de classe II et IV vise donc des situations qui ne sont pas identiques ou assez comparables avec l'offre de jeux de hasard et paris via l'utilisation d'une seule et même URL. Les dispositions qui concernent spécifiquement les établissements de jeux, soit notamment les articles 34 alinéa 1^{er} et 43/4, § 1^{er}, ne s'appliquent donc pas à l'utilisation des instruments de la société d'informations.

L'interdiction de cumul telle qu'elle est applicable dans le monde réel ne vaut dès lors pas pour les jeux de hasard proposés via les instruments de la société d'information.

III. Mathématique et loi sur les jeux de hasard

III.1. Protocole

III.1.1. Cadre

Les articles 33, 38, 43, 43/7 et 43/13 délèguent au Roi les règles de fonctionnement des jeux de hasard et les modalités de surveillance et de contrôle des jeux de hasard, notamment par un système informatique approprié.

Pour les jeux de casinos, c'est l'article 1.3.b de l'arrêté royal 8 avril 2003 qui fixe le caractère aléatoire (32).

Les faits et les résultats liés aux jeux doivent dépendre du hasard s'ils sont produits par un générateur de chiffres aléatoires ou par un autre moyen fondé sur l'intervention du hasard. Les actes que posent le joueur ne peuvent pas déterminer le résultat. Le principe de cet article est que les jeux doivent répondre à un caractère aléatoire parfait. Il n'est pas permis d'utiliser un régulateur dans le software qui refait un tirage sur base d'un tirage initial. Les résultats d'un tirage doivent dépendre du hasard.

Test du caractère aléatoire : les mesurages suivants sont réalisés pour déterminer le caractère aléatoire :

- test 3-sigma
- test khi carré
- examen du générateur de hasard.

Les mesurages sont autant que possible réalisés sur une machine réelle pour pouvoir tenir compte des influences du hardware.

Test 3-sigma :

Le test 3-sigma a pour but de contrôler si la répartition aléatoire des résultats des tirages est toujours la même et constante, étant entendu qu'un écart maximum par résultat de tirage de trois fois l'écart type est autorisé, à mesurer par rapport à une moyenne de 1.000 au moins, en fonction du type de jeu. Le nombre de tirages est donc au moins 1.000 x chaque possibilité de tirage.

La formule suivante est utilisée pour déterminer la valeur limite des 3 sigma :

(32) AR 2003/04/8 () Article 1.3.b.

Nombre de symboles possibles : r

La probabilité d'un symbole : $p = 1/r$

La probabilité inverse d'un symbole : $q = 1 - 1/r$

Population d'échantillonnage : n

Probabilité : $E = p*n$ (répartition binomiale)

Le sigma σ de E vaut, pour une distribution binomiale : $\sigma = \sqrt{(p*q*n)}$

Pour une probabilité > 6 , on peut, pour une répartition binomiale, rendre la répartition normale avec le même E et σ comme approximation.

Exemple d'échantillonnage minimal :

Cartes : 52.000 of 53.000

Roulette : 37.000

Dé : 6000

Test khi carré :

Dans le test khi carré, tous les résultats de tirage obtenus sont comparés à la probabilité théorique des résultats de tirage. Le test khi carré est effectué avec une probabilité de dépassement unilatérale de 2,5 %. Ce test donne des informations sur la combinaison de tous les écarts par rapport à la probabilité.

Résultat :

Le mesurage et le calcul doivent donner lieu à un tableau contenant au moins les informations suivantes :

La valeur possible concerne le nombre de possibilités de tirage, par exemple 1, 2, 3, 4, 5 et 6 pour un dé, ou 1 à 52 pour une carte.

Si le jeu est piloté par un logiciel, il faut vérifier dans le code source du logiciel si le tirage de la valeur au hasard donne un chiffre purement aléatoire. Les ouvrages décrivent un certain nombre d'algorithmes connus pour définir un générateur de nombres pseudo aléatoires. Le service contrôle technique vérifie si le générateur de nombres pseudo aléatoires du logiciel a été défini d'après un mécanisme identifiable et reconnu.

Exemples de mécanismes reconnus:

- composite congruential generator
- multiplicative congruential generator (Randu)
- composite multiplicative congruential generator

- multiplicative congruential generator
- portable mixed congruential generator
- combined feedback shift register (SFR) et multiplicative congruential generator.

Le générateur de nombres pseudo aléatoires doit utiliser une valeur de répétition minimale de 1.000.000 renseignée dans le logiciel.

Le déclenchement des faits liés aux jeux ne peut être déterminé que par des paramètres constants. L'utilisation, lors d'une nouvelle partie, de faits ou de résultats liés au jeu, déterminés ou sélectionnés par le joueur dans le cadre de la partie précédente, est autorisé.

Toutefois, ils ne peuvent pas conditionner les faits ou résultats liés au jeu qui, durant la nouvelle partie, doivent dépendre du hasard.

Les résultats d'un jeu peuvent être utilisés pour un jeu suivant. Il faut préciser qu'il s'agit de l'utilisation des résultats d'un seul jeu, à utiliser lors du premier jeu suivant.

Une modification du plan de gain pour une ou plusieurs parties, sur base du score de la partie précédente est autorisée. Dès que le mode alternatif est activé, ce mode doit rester actif jusqu'à ce que toutes les parties pouvant être jouées en mode alternatif aient été effectivement actionnées. Il ne peut pas être possible de quitter le mode de jeu alternatif pendant quelques parties et d'y revenir par la suite.

III.1.2. Caractère aléatoire, taux de redistribution (33)

Il est permis de recourir à plusieurs paramètres qui présentent des taux de redistribution différents et un nombre variable de faits et résultats liés aux gains. Les paramètres supplémentaires doivent inclure tous les niveaux de gains proposés par l'automate et ne peuvent être inférieurs au taux de redistribution minimum.

Test utilisation des paramètres de redistribution :

L'utilisation d'autres niveaux de gains ou d'un compensateur de temps influencent la perte horaire moyenne, la probabilité de gain, le taux de redistribution. Les tests en vigueur doivent être effectués en tenant compte des possibilités de cet article.

AR 2003/04/8 (09276) (Annexe C) Article 1.3.e

Caractère aléatoire, statistique interne

La statistique interne des faits liés aux jeux, dont dispose l'automate pour calculer le taux de redistribution, ne doit influencer en aucune

(33) AR 2003/04/8 (09276) (Annexe C) Article 1.3.d.

manière le générateur de chiffres aléatoires. Ce générateur ne peut en aucun cas être raccordé aux compteurs ou au système de surveillance interne. L'examen du générateur de nombres pseudo aléatoires indique s'il est satisfait à cet article.

AR 2003/04/8 (09276) (Annexe C) Article 1.4

Influences extérieures

Être protégé contre les influences extérieures, en particulier contre les interférences électromagnétiques et électrostatiques et contre les ondes radioélectriques, conformément à la Directive 89/336/CEE.

Le fabricant doit démontrer au moyen d'un rapport de test que les influences extérieures précitées sont remplies. Le respect de EMC Directive 89/336/EEC est jugé suffisant pour répondre à cet article.

III.2. Pertinence de l'informatique : exemple adresses IP

Le mariage du droit des jeux de hasard et des sciences, en l'espèce l'informatique, peut trouver un exemple dans un cas particulier. En violation de l'article 4 de la loi sur les jeux de hasard, il était reproché à un sportif d'avoir parié sur des matchs sur lesquels il avait une influence.

Par un jugement interlocutoire du 1^{er} octobre 2018, la première chambre civile du tribunal de première instance de Gand avait douté qu'il existait suffisamment d'éléments pour prononcer un jugement définitif à propos de cette infraction au motif que ce sportif prétendait que c'était son frère qui avait parié et utilisé le compte joueur commun alors que ses adresses IP étaient liés avec le compte joueur. Dans ce jugement, le tribunal avait douté de la confiance qui pouvait être attribuée à la chaîne informatique qui montrait qui était le joueur.

Par son jugement (34) du 4 février 2019, la même chambre s'est ralliée à la jurisprudence de la Cour de justice de la cour européenne du 18 octobre 2018 (35). Celle-ci estime que le titulaire d'une connexion internet, par laquelle des atteintes aux droits d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichier ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en désignant simplement un membre de sa famille qui avait la possibilité d'accéder à cette connexion. Ce jugement restaure la confiance qui doit pouvoir être accordée aux installations informatiques des fournisseurs d'accès sur internet. Cependant, l'exploitant d'un magasin qui propose gratuitement au public un réseau Wi-Fi n'est pas responsable des violations de droits d'auteur commises par un utilisateur. Toutefois,

(34) Gand 4 février 2019 n RG 17/2611/A, 14880.

(35) CJUE 18 octobre 2018, C-149/17 Bastei Lübbe/Michael Strotzer.

un tel exploitant peut être enjoint de sécuriser son réseau par un mot de passe afin de mettre un terme à ces violations ou de les prévenir (36).

IV. Influence de l'intelligence artificielle sur les lois et règlements des jeux de hasard

L'intelligence artificielle (AI) est définie par M.L. Minsky (37) comme « la construction de programmes informatiques qui s'adonnent aux tâches qui sont accomplies de façon plus satisfaisante par des êtres humains car elles demandent des processus mentaux de haut niveau tels que l'apprentissage perceptuel, l'organisation de la mémoire et le raisonnement critique.

L'AI change l'industrie du jeu en ligne notamment le traitement des données des utilisateurs. Cette technologie recueille les informations sur les sites Web que les joueurs visitent, les publicités qu'ils agrément, les achats qu'ils font, les mises à jour qu'ils publient sur les réseaux sociaux et concevra une stratégie optimale en fonction du potentiel que chaque client. L'AI a été utilisée dans la conception de joueurs artificiels pour le jeu vidéo où le jeu s'adapte au comportement du joueur en utilisant des algorithmes notamment dans les Loot Boxes. Elle bénéficie de l'informatique avec par exemple les cartes graphiques dédiées qui déchargent le processeur principal des tâches graphiques. L'AI peut être utilisée pour « piloter » des personnages artificiels (bots) évoluant dans des mondes virtuels. L'éventail de sujets (recherche de chemin, animation procédurale, planifications stratégiques...) est réalisable par des techniques classiques (38).

La question a été particulièrement vive en matière de Loot boxes dont le dernier développement connu est survenu en janvier 2019 (39). « Il faut assurer que les enfants et les adultes ne soient pas confrontés à des jeux de hasard lorsqu'ils cherchent juste à s'amuser dans un jeu vidéo », a commenté Koen Geens, pour qui il s'agit d'une étape importante dans la protection des joueurs contre des éléments de paris imprévus et leurs influences. (40) De plus dans ces jeux vidéo, un algorithme adaptait parfois le jeu à la personnalité du joueur qui était donc manipulé.

(36) CJUE 15 septembre 2016, C-149/17 Tobias Mc Fadden/Sony Music GmbH.

(37) RUSSEL S., NORVIG P. *Artificial /Intelligence : A modern Approach* (2nd éd.) Prentice Hall, 2003, 932.

(38) POTTINGER (D.) LAIRD (J.) *Game AI : the state of the industry*, Part, *Gamasutra*, 8 novembre 2000 ROBERT (G.), MHiCS, une architecture de sélection de l'action motivationnelle et hiérarchique à systèmes de classeurs pour personnages non joueurs adaptatifs thèse de doctorat, 2005 en ligne.

(39) CASAVECCHIA (T.) EA plie enfin et arrête la vente de points FIFA en Belgique. Une enquête avait été ouverte pour déterminer si le jeu de foot le plus populaire enfreignait la loi belge sur les jeux de hasard. Le rapport de la Commission épinglait la politique de vente de loot boxes (du contenu de jeux virtuels de l'éditeur de jeux vidéo). Trois autres éditeurs avaient déjà retirés les éléments de hasard, *LE SOIR*, 30 janvier 2019, p. 10.

(40) Belga 29 janvier 2019.

Un autre type de jeu de hasard a été confronté à l'AI : le poker.

Le premier programme informatique à avoir gagné un tournoi de poker ace aux joueurs professionnels est Polaris en 2007 (41).

En 2017, lors du tournoi de poker « Brains vs. Artificial Intelligence : uping the Ante » (Cerveaux contre intelligence artificielle : on monte la mise) organisé dans un casino de Pennsylvanie, l'intelligence artificielle Libratus, développée par les chercheurs de l'université Carnegie Mellon de Pittsburgh a été confrontée à des adversaires humains dans le cadre d'une partie marathon étalée sur 20 jours (42). Les joueurs humains opposés à Libratus, tous professionnels de poker, affrontent successivement la machine dans une partie en face à face selon les règles du « no limit Texas Hold'em » (mises non plafonnées). Les parties ont été transmises en direct et durant 8 heures par jour sur la plateforme Twitch.

Au terme de plus 120.000 mains jouées, Libratus accumule 1.7663.250 dollars. Libratus « étudiait chaque nuit, grâce aux ressources d'un supercalculateur situé à Pittsburgh, ses mains jouées au cours de la journée utilisant 15 millions d'heures/processeur de calculs. Cet exemple illustre les progrès accomplis dans le traitement par l'IA des « informations imparfaites » où la réflexion doit prendre en compte les données incomplètes ou dissimulées' estimation des possibilités d'une partie de poker No limit en face à face est d'environ de 10 exposant 160.

La mode du poker est passée après cette démonstration.

Ces exemples débouchent sur des réflexions générales sur les développements futurs des technologies qui pourraient devenir liberticides comme l'est déjà le jeu pathologique. Sur ce questionnement, l'INRIA a publié en 2016 un livre blanc consacré à l'IA (43). Cependant lorsque le jeu de hasard est manipulé par des algorithmes et qu'il s'adapte au comportement des joueurs comme cela a pu être découvert dans les jeux vidéo et de loot boxes, il n'est plus question de jeu de hasard mais d'escroquerie au détriment surtout des jeunes.

(41) REHMEYER (N.), (J.) FOX (N.) RICO (R.), « Ante up, human : The adventures of Polaris the poker-playing robot » *Wired* vol. 16, n° 12, décembre 2008, p. 86.

(42) BOWLINGH (M.), BURCH (N.), JOHANSON (M.) TAMMELIN (O.), « Heads-up Limit Hold'em Poker Is Solved », *Comm. of the ACM*, vol. 60, n° 11, 2017, p. 81.

« Comment une intelligence artificielle ridiculise les meilleurs joueurs de poker », *Numérama.com*, 27 janvier 2017.

(43) INRIA, « Intelligence Artificielle, les défis actuels et l'action d'Inria » Inria, 2016 en ligne https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKÉwj42-yxt5XgAhVSxYUKHcDOC-4QFjABegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.inria.fr%2Factualite%2Factualites-inria%2Fintelligence-artificielle-les-defis-actuels-et-l-action-d-inria&usq=AOvVaw3fUorGBAmvEZgk_hG9ebsK.

V. Perspectives d'évolution de la politique publique des jeux de hasard et de protection des joueurs

Pendant les 10 premières années, la commission des jeux de hasard s'est focalisée sur la technique et a développé son expertise.

À partir de 2010, de nombreuses compétences lui ont été confiées d'une part sur les jeux en ligne qui avaient apparus à la fin du XX^e et qui étaient déjà installés et d'autre part sur les paris qui étaient exploités sans cadre réel. Cependant, les arrêtés d'exécution de la loi n'ont pas été signés par le Roi et de l'encadrement qui devait avoir lieu n'a pas été réalisé.

Au cours des années 2010, le monde politique a négligé la Commission des jeux sous l'influence des opérateurs public ou privé sans valoriser la régulation, source d'équilibre entre la protection des joueurs et exploitation raisonnable des jeux de hasard.

La régulation doit avoir comme point de départ l'organe de régulation lui-même en son fonctionnement et compétences ainsi que les règles applicables aux secteurs des jeux et non pas avoir comme fondement les opérateurs qui prétendent se réguler eux-mêmes. Le régulateur doit rectifier les éventuels dysfonctionnements et lutter contre les exceptions au droit commun des jeux de hasard. En effet, l'autorégulation s'adapte au besoin économique alors que la régulation répond aux questions plus exigeantes de nature éthique, sociale ou technique.

VI. Conclusions

La contribution tente à mettre en exergue l'évolution des jeux de hasard qui restent toujours axés sur une base technique qui ne peut être dissocié des points juridiques.

La complexité de ces aspects techniques ou informatiques va en s'accroissant. S'il n'y a pas de maîtrise du savoir-faire technique par le régulateur ou par l'exploitant belge, ces derniers ne bénéficient pas de crédit à l'égard de l'industrie internationale très créatrice de nouveaux concepts de jeu indispensables pour activer la curiosité des candidats joueurs. Les créateurs peuvent réduire l'étendue des précisions techniques lorsque l'interlocuteur ne pose pas les bonnes questions.

Les aspects mathématiques, techniques et informatiques doivent être le fondement d'une bonne régulation. Les standards sont capitaux pour maîtriser les nouveaux jeux en ligne. Des investissements en savoir-faire et en personnel s'imposent pour faire face aux développements nouveaux prévisibles bien sûr mais plus modestement aux développements actuels qui ont eu lieu très souvent à l'étranger.

C'est dans le détail que se cache le diable.

LÉGISLATION

Arrêté ministériel du 1^{er} juillet 2019 établissant les tables de conversion de l'usufruit visées à l'article 745*sexies*, § 3, du Code civil (1)

Le Ministre de la Justice,

Vu le Code civil, l'article 745*sexies*, § 3, modifié par les lois des 22 mai 2014 et 19 juin 2016;

Vu les propositions transmises par la Fédération royale du notariat belge après avoir pris connaissance des résultats des travaux du Bureau fédéral du Plan et de l'Institut des actuaires en Belgique;

Considérant le Code civil, l'article 624/1, inséré par la loi du 22 mai 2014,

Arrête :

Article 1^{er}. Les tables de conversion de l'usufruit visées à l'article 745*sexies*, § 3, du Code civil sont établies conformément à l'annexe au présent arrêté.

Art. 2. Les tables de conversion de l'usufruit visées à l'article 745*sexies*, § 3, du Code civil sont établies conformément à l'annexe au présent arrêté.

Bruxelles, le 1^{er} juillet 2019.

K. GEENS

(1) Egx = Espérance de vie générationnelle

(2) I = Taux d'intérêt (min 1 %)

(3) Conv. = Taux de conversion de l'usufruit

Sources :

OLO : BNB

Espérances de vie générationnelles : BFP - DGS Calculs : BFP - IABE

Paramètres :

OLO : max entre 1 et moyenne 1^{er} mai 2017 - 30 avril 2019; précompte : 30 %

Vu pour être annexé à notre arrêté du 1^{er} juillet 2019 établissant les tables de conversion de l'usufruit visées à l'article 745*sexies*, § 3, du Code civil.

(1) *Moniteur belge*, 3 juillet 2019, p. 67773.

**Annexe à l'arrêté ministériel du 1^{er} juillet 2019
établissant les tables de conversion de l'usufruit visées à
l'article 745sexies, § 3, du Code civil**

TABLES DE CONVERSION DE L'USUFRUIT

Âge	Hommes			Femmes		
	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)
0	89,88	1,18	65,16	91,21	1,18	65,70
1	88,82	1,18	64,72	90,16	1,18	65,27
2	87,72	1,18	64,26	89,10	1,18	64,84
3	86,62	1,18	63,80	88,02	1,18	64,39
4	85,50	1,18	63,32	86,94	1,18	63,94
5	84,39	1,18	62,84	85,86	1,18	63,48
6	83,27	1,18	62,35	84,78	1,18	63,01
7	82,15	1,18	61,85	83,70	1,18	62,54
8	81,03	1,18	61,35	82,62	1,18	62,06
9	79,91	1,18	60,84	81,53	1,18	61,57
10	78,79	1,18	60,32	80,45	1,18	61,08
11	77,67	1,18	59,79	79,36	1,18	60,58
12	76,54	1,18	59,26	78,28	1,18	60,08
13	75,41	1,18	58,71	77,19	1,18	59,57
14	74,28	1,18	58,16	76,10	1,18	59,05
15	73,16	1,18	57,61	75,02	1,18	58,52
16	72,03	1,18	57,04	73,93	1,18	57,99
17	70,91	1,18	56,48	72,85	1,18	57,45
18	69,79	1,18	55,90	71,76	1,18	56,91
19	68,67	1,18	55,32	70,68	1,18	56,36
20	67,56	1,18	54,73	69,60	1,18	55,80
21	66,45	1,18	54,14	68,51	1,18	55,23
22	65,34	1,18	53,54	67,43	1,18	54,66
23	64,23	1,18	52,93	66,35	1,18	54,08
24	63,12	1,18	52,31	65,26	1,18	53,49
25	62,01	1,18	51,69	64,18	1,18	52,90
26	60,90	1,18	51,05	63,10	1,18	52,30
27	59,79	1,18	50,41	62,01	1,18	51,69
28	58,68	1,18	49,76	60,93	1,18	51,07
29	57,56	1,18	49,10	59,84	1,18	50,44
30	56,45	1,18	48,43	58,76	1,18	49,81

Âge	Hommes			Femmes		
	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)
31	55,34	1,18	47,75	57,68	1,18	49,17
32	54,23	1,18	47,07	56,60	1,18	48,52
33	53,11	1,18	46,37	55,52	1,18	47,86
34	52,00	1,18	45,67	54,44	1,18	47,20
35	50,89	1,18	44,95	53,36	1,18	46,53
36	49,78	1,18	44,23	52,28	1,18	45,84
37	48,67	1,18	43,50	51,20	1,18	45,15
38	47,56	1,18	42,76	50,13	1,18	44,46
39	46,45	1,18	42,01	49,05	1,18	43,75
40	45,34	1,18	41,25	47,98	1,18	43,04
41	44,24	1,18	40,49	46,91	1,18	42,32
42	43,14	1,18	39,71	45,84	1,18	41,59
43	42,04	1,18	38,93	44,78	1,18	40,86
44	40,95	1,18	38,15	43,72	1,18	40,12
45	39,87	1,18	37,36	42,67	1,18	39,38
46	38,79	1,18	36,56	41,62	1,18	38,63
47	37,71	1,18	35,75	40,57	1,18	37,87
48	36,63	1,18	34,93	39,54	1,18	37,11
49	35,57	1,18	34,12	38,50	1,18	36,34
50	34,51	1,18	33,29	37,48	1,18	35,58
51	33,46	1,18	32,46	36,46	1,18	34,80
52	32,42	1,18	31,64	35,44	1,18	34,02
53	31,39	1,18	30,80	34,43	1,18	33,23
54	30,37	1,18	29,97	33,43	1,18	32,44
55	29,37	1,18	29,15	32,43	1,18	31,64
56	28,38	1,17	28,12	31,44	1,18	30,85
57	27,40	1,16	27,09	30,46	1,18	30,05
58	26,43	1,14	25,89	29,49	1,18	29,24
59	25,48	1,12	24,71	28,52	1,17	28,23
60	24,54	1,10	23,54	27,56	1,16	27,23
61	23,61	1,08	22,40	26,60	1,15	26,23
62	22,69	1,05	21,10	25,65	1,13	25,04
63	21,78	1,02	19,83	24,71	1,11	23,87
64	20,88	1,00	18,76	23,77	1,08	22,53
65	19,99	1,00	18,04	22,84	1,05	21,22
66	19,11	1,00	17,32	21,92	1,02	19,94
67	18,25	1,00	16,61	20,99	1,00	18,85

Âge	Hommes			Femmes		
	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)
68	17,39	1,00	15,89	20,08	1,00	18,11
69	16,55	1,00	15,18	19,17	1,00	17,37
70	15,73	1,00	14,49	18,27	1,00	16,62
71	14,91	1,00	13,79	17,38	1,00	15,88
72	14,11	1,00	13,10	16,50	1,00	15,14
73	13,33	1,00	12,42	15,63	1,00	14,40
74	12,56	1,00	11,75	14,78	1,00	13,68
75	11,81	1,00	11,09	13,93	1,00	12,94
76	11,08	1,00	10,44	13,10	1,00	12,22
77	10,38	1,00	9,81	12,29	1,00	11,51
78	9,69	1,00	9,19	11,50	1,00	10,81
79	9,04	1,00	8,60	10,73	1,00	10,13
80	8,40	1,00	8,02	9,99	1,00	9,46
81	7,80	1,00	7,47	9,28	1,00	8,82
82	7,22	1,00	6,93	8,60	1,00	8,20
83	6,68	1,00	6,43	7,95	1,00	7,61
84	6,16	1,00	5,95	7,34	1,00	7,04
85	5,69	1,00	5,50	6,76	1,00	6,51
86	5,24	1,00	5,08	6,22	1,00	6,00
87	4,83	1,00	4,69	5,72	1,00	5,53
88	4,45	1,00	4,33	5,25	1,00	5,09
89	4,10	1,00	4,00	4,82	1,00	4,68
90	3,78	1,00	3,69	4,43	1,00	4,31
91	3,48	1,00	3,40	4,07	1,00	3,97
92	3,21	1,00	3,14	3,73	1,00	3,64
93	2,98	1,00	2,92	3,43	1,00	3,36
94	2,77	1,00	2,72	3,15	1,00	3,09
95	2,57	1,00	2,52	2,90	1,00	2,84
96	2,38	1,00	2,34	2,67	1,00	2,62
97	2,21	1,00	2,18	2,45	1,00	2,41
98	2,05	1,00	2,02	2,25	1,00	2,21
99	1,90	1,00	1,87	2,07	1,00	2,04
100	1,76	1,00	1,74	1,91	1,00	1,88
101	1,64	1,00	1,62	1,76	1,00	1,74
102	1,52	1,00	1,50	1,62	1,00	1,60
103	1,42	1,00	1,40	1,49	1,00	1,47
104	1,32	1,00	1,30	1,37	1,00	1,35
105	1,23	1,00	1,22	1,27	1,00	1,26

Âge	Hommes			Femmes		
	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)
106	1,14	1,00	1,13	1,17	1,00	1,16
107	1,07	1,00	1,06	1,08	1,00	1,07
108	1,00	1,00	0,99	1,00	1,00	0,99
109	0,93	1,00	0,92	0,93	1,00	0,92
110	0,87	1,00	0,86	0,87	1,00	0,86
111	0,81	1,00	0,80	0,81	1,00	0,80
112	0,76	1,00	0,75	0,75	1,00	0,74
113	0,72	1,00	0,71	0,71	1,00	0,70
114	0,68	1,00	0,67	0,66	1,00	0,65
115	0,64	1,00	0,63	0,62	1,00	0,62
116	0,60	1,00	0,60	0,59	1,00	0,59
117	0,57	1,00	0,57	0,56	1,00	0,56
118	0,55	1,00	0,55	0,54	1,00	0,54
119	0,53	1,00	0,53	0,52	1,00	0,52
120	0,17	1,00	0,17	0,17	1,00	0,17

Arrêté ministériel du 1^{er} juillet 2019 (1)
établissant les tables de conversion de la rente viagère visées à
l'article 205bis, § 2, alinéa 4, du Code civil

Le Ministre de la Justice,

Vu le Code civil, l'article 205bis, § 2, alinéa 4, remplacé par la loi du 31 juillet 2017, elle-même modifiée par la loi du 22 juillet 2018;

Vu la proposition du Bureau fédéral du Plan,

Arrête :

Article 1^{er}. Les tables de conversion de la rente viagère visées à l'article 205bis, § 2, alinéa 4, du Code civil sont établies conformément à l'annexe au présent arrêté.

Art. 2. Le présent arrêté entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

Bruxelles, le 1^{er} juillet 2019.

K. GEENS

(1) Egx = Espérance de vie générationnelle

(2) Montant annuel = Montant nominal annuel de la rente viagère

(3) Valeur actuelle = Valeur actuelle du capital correspondant au futur flux des rentes viagères

Sources :

Taux d'intérêts : BNB. Taux des OLO's avec des durées résiduelles de 1 à 30 ans

L'espérance de vie générationnelle : B.F.P., Statbel

Paramètres :

Taux d'intérêts moyens sur la période 1^{er} mai 2018-30 avril 2019

Les taux d'intérêt ne peuvent pas être inférieurs à 0 %

Précompte mobilier : 30 %

(1) *Moniteur belge*, 3 juillet 2019, p. 67765.

**Annexe à l'arrêté ministériel du 1^{er} juillet 2019
établissant les tables de conversion de la rente viagère visées à
l'article 205bis, § 2, alinéa 4, du Code civil**

2019	Valeur actuelle d'une rente viagère de 100 euros par mois (ou 1.200 euros par an)					
Age	Hommes			Femmes		
	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)
0	89,88	1200	68495	91,21	1200	69051
1	88,82	1200	68042	90,16	1200	68614
2	87,72	1200	67567	89,10	1200	68159
3	86,62	1200	67083	88,02	1200	67697
4	85,50	1200	66590	86,94	1200	67227
5	84,39	1200	66090	85,86	1200	66750
6	83,27	1200	65583	84,78	1200	66267
7	82,15	1200	65068	83,70	1200	65778
8	81,03	1200	64546	82,62	1200	65281
9	79,91	1200	64015	81,53	1200	64778
10	78,79	1200	63477	80,45	1200	64269
11	77,67	1200	62931	79,36	1200	63752
12	76,54	1200	62378	78,28	1200	63228
13	75,41	1200	61816	77,19	1200	62698
14	74,28	1200	61247	76,10	1200	62161
15	73,16	1200	60670	75,02	1200	61617
16	72,03	1200	60087	73,93	1200	61067
17	70,91	1200	59497	72,85	1200	60510
18	69,79	1200	58901	71,76	1200	59947
19	68,67	1200	58299	70,68	1200	59377
20	67,56	1200	57692	69,60	1200	58799
21	66,45	1 200	57078	68,51	1200	58214
22	65,34	1200	56456	67,43	1200	57622
23	64,23	1200	55827	66,35	1200	57022
24	63,12	1200	55189	65,26	1200	56414
25	62,01	1200	54543	64,18	1200	55798
26	60,90	1200	53887	63,10	1200	55175
27	59,79	1200	53222	62,01	1200	54544
28	58,68	1200	52549	60,93	1200	53904
29	57,56	1200	51867	59,84	1200	53257
30	56,45	1200	51176	58,76	1200	52602

2019	Valeur actuelle d'une rente viagère de 100 euros par mois (ou 1.200 euros par an)					
	Hommes			Femmes		
	Age	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)
31	55,34	1200	50476	57,68	1200	51939
32	54,23	1200	49766	56,60	1200	51267
33	53,11	1200	49047	55,52	1200	50588
34	52,00	1200	48319	54,44	1200	49900
35	50,89	1200	47582	53,36	1200	49204
36	49,78	1200	46835	52,28	1200	48500
37	48,67	1200	46079	51,20	1200	47789
38	47,56	1200	45315	49,98	1200	46977
39	46,45	1200	44541	48,91	1200	46256
40	45,34	1200	43758	47,84	1200	45528
41	44,24	1200	42967	46,77	1200	44792
42	43,14	1200	42169	45,84	1200	44115
43	42,04	1200	41364	44,78	1200	43358
44	40,95	1200	40553	43,72	1200	42594
45	39,87	1200	39734	42,67	1200	41824
46	38,79	1200	38909	41,62	1200	41049
47	37,71	1200	38075	40,57	1200	40268
48	36,63	1200	37235	39,54	1200	39482
49	35,57	1200	36390	38,50	1200	38691
50	34,51	1200	35540	37,48	1200	37894
51	33,46	1200	34687	36,46	1200	37093
52	32,42	1200	33832	35,44	1200	36287
53	31,39	1200	32976	34,43	1200	35477
54	30,37	1200	32119	33,43	1200	34661
55	29,37	1200	31262	32,43	1200	33842
56	28,38	1200	30405	31,44	1200	33019
57	27,40	1200	29549	30,46	1200	32192
58	26,43	1200	28692	29,49	1200	31362
59	25,48	1200	27834	28,52	1200	30528
60	24,54	1200	26975	27,56	1200	29687
61	23,61	1200	26114	26,60	1200	28842
62	22,69	1200	25248	25,65	1200	27991
63	21,78	1200	24376	24,71	1200	27133
64	20,88	1200	23501	23,77	1200	26266
65	19,99	1200	22623	22,84	1200	25391

2019	Valeur actuelle d'une rente viagère de 100 euros par mois (ou 1.200 euros par an)					
	Hommes			Femmes		
	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)
66	19,11	1200	21744	21,92	1200	24506
67	18,25	1200	20864	20,99	1200	23613
68	17,39	1200	19984	20,08	1200	22711
69	16,55	1200	19106	19,17	1200	21801
70	15,73	1200	18231	18,27	1200	20888
71	14,91	1200	17361	17,38	1200	19971
72	14,11	1200	16496	16,50	1200	19052
73	13,33	1200	15637	15,63	1200	18133
74	12,56	1200	14789	14,78	1200	17213
75	11,81	1200	13953	13,93	1200	16298
76	11,08	1200	13132	13,10	1200	15388
77	10,38	1200	12328	12,29	1200	14487
78	9,69	1200	11545	11,50	1200	13601
79	9,04	1200	10785	10,73	1200	12733
80	8,40	1200	10046	9,99	1200	11889
81	7,80	1200	9337	9,28	1200	11069
82	7,22	1200	8656	8,60	1200	10278
83	6,68	1200	8008	7,95	1200	9521
84	6,16	1200	7396	7,34	1200	8796
85	5,69	1200	6824	6,76	1200	8110
86	5,24	1200	6293	6,22	1200	7462
87	4,83	1200	5801	5,72	1200	6858
88	4,45	1200	5345	5,25	1200	6300
89	4,10	1200	4921	4,82	1200	5787
90	3,78	1200	4530	4,43	1200	5315
91	3,48	1200	4175	4,07	1200	4880
92	3,21	1200	3857	3,73	1200	4481
93	2,98	1200	3572	3,43	1200	4116
94	2,77	1200	3319	3,15	1200	3783
95	2,57	1200	3083	2,90	1200	3479
96	2,38	1200	2858	2,67	1200	3198
97	2,21	1200	2650	2,45	1200	2941
98	2,05	1200	2458	2,25	1200	2704
99	1,90	1200	2281	2,07	1200	2487
100	1,76	1200	2118	1,91	1200	2289

2019	Valeur actuelle d'une rente viagère de 100 euros par mois (ou 1.200 euros par an)					
Age	Hommes			Femmes		
	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)	Egx (1)	I (2)	Tx conv. (3)
101	1,64	1200	1967	1,76	1200	2107
102	1,52	1200	1828	1,62	1200	1941
103	1,42	1200	1700	1,49	1200	1788
104	1,32	1200	1582	1,37	1200	1649
105	1,23	1200	1473	1,27	1200	1523
106	1,14	1200	1373	1,17	1200	1407
107	1,07	1200	1280	1,08	1 200	1302
108	1,00	1200	1195	1,00	1 200	1206
109	0,93	1200	1116	0,93	1200	1119
110	0,87	1200	1044	0,87	1200	1040
111	0,81	1200	978	0,81	1200	968
112	0,76	1200	917	0,75	1200	904
113	0,72	1200	861	0,71	1200	846
114	0,68	1200	811	0,66	1200	795
115	0,64	1200	765	0,62	1200	749
116	0,60	1200	725	0,59	1200	709
117	0,57	1200	688	0,56	1200	675
118	0,55	1200	657	0,54	1200	647
119	0,53	1200	631	0,52	1200	624
120	0,17	1200	200	0,17	1200	200

VENTE. — RENTE VIAGÈRE. — CONTRAT ALÉATOIRE. — CONDITION DE VALIDITÉ. — ALÉA. — APPRÉCIATION EN FAIT. — ABSENCE D'ALÉA. — NULLITÉ FAUTE D'OBJET.

Il résulte des articles 1104 et 1964 du Code civil qu'un contrat est aléatoire lorsque l'équivalence des prestations réciproques auxquelles les parties sont obligées est incertaine parce que l'existence ou la quotité de l'une d'elles dépend d'un événement in certain.

Il s'ensuit que l'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte est essentielle à la validité d'un contrat aléatoire tel le contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère.

En l'absence de cet aléa, pareil contrat est nul faute d'objet, lors même que les conditions d'application des articles 1974 et 1975 du Code civil ne sont pas réunies.

Cass., 3^e ch., 18 septembre 2017

CONCLUSIONS DE M. L'AVOCAT GÉNÉRAL

J. M. GENICOT SUR LE MOYEN UNIQUE DE CASSATION

1. Bref rappel du contexte et de la question

Monsieur G. B. et Madame M. L. sont respectivement les neveu et nièce de Madame L. B. née le (...) et décédée le (...) sans héritier réservataire.

Par compromis du 26 décembre 2007 et acte authentique du 15 février 2008, cette dernière, alors âgée de 86 ans et demi, a vendu, moyennant une rente mensuelle viagère de 650 euros indexable, aux demandeurs, la nue-propriété, pour un montant de 293.880,00 euros, d'un immeuble dont elle était propriétaire à Ixelles, évalué en pleine propriété à 372.000 euros, l'usufruit étant donc estimé à 78.120 euros.

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir décidé que le contrat était nul à défaut d'objet alors qu'il n'a pas constaté légalement l'absence totale d'aléa qui seul est de nature à justifier l'annulation d'un contrat de vente avec constitution d'une rente viagère, et qu'en outre, après avoir rappelé que « la plus ou moins grande différence d'âge entre le créancier et le débiteur n'implique pas en soi une absence d'aléa » il relève qu'« en l'espèce, rien n'indiquait que l'état de santé de feu Madame L. B. était à ce point précaire que (les demandeurs) auraient pu prévoir que celle-ci décéderait quelq ues mois après la vente ».

2. Discussion

a. Définitions — Contrat aléatoire — Aléa

Suivant l'article 1104, alinéa 2, du Code civil, le contrat est aléatoire, « ... lorsque l'équivalent (1) consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties d'après un événement incertain ».

L'article 1964 du même Code lie les effets — gains ou pertes — de ce contrat au caractère incertain d'un événement.

Les textes sont donc clairs sur ce point : le contrat aléatoire exige une équivalence, pour chacune des parties, dans leurs chances respectives de faire des gains ou de subir des pertes, et dont les effets ne peuvent par hypothèse dépendre que de la réalisation d'un événement incertain. En effet, sans cette part d'incertitude, il ne serait plus question, dès la formation du contrat, ni d'aléa ni de chances de gain ou de perte, mais bien de gains ou des pertes effectivement connus ou prévisibles.

L'aléa apparaît donc indissociablement lié à l'incertitude de l'événement (2) : « c'est le risque et l'incertitude de l'événement qui forment l'essence des contrats aléatoires » (3).

Il ressort de la combinaison de ces deux articles, que pour constituer un aléa, digne de fonder un contrat aléatoire, il faut que l'incertitude de l'événement offre à chaque partie qui l'accepte, par l'éventail de ses échéances possibles, l'occasion d'y entrevoir les risques de faire un gain ou de subir une perte. À défaut de cette incertitude, l'équivalence des chances fera défaut.

L'aléa, est ainsi un « événement casuel » (4) ou « incertain », com portant une véritable chance de gain ou de perte (5) et qui dans le cas de la rente viagère à titre onéreux consiste dans l'incertitude de la durée de vie du crédientier, et affecte la quotité de la prestation du débircntier (6), non l'existence des prestations elles mêmes (7).

Il ne faut en effet pas perdre de vue que chaque partie n'accepte en somme le risque d'une perte dans son chef que dans la mesure où elle-même peut envisager la probabilité acceptable d'un gain. Son consentement à l'aléa est au prix de cette condition.

(1) Équivalent qui, selon le 1^{er} alinéa du même article, caractérise la réciprocité des obligations commutatives.

(2) Voy. P. WERY, *Droit des obligations*, Vol. I, Théorie générale du contrat, 2^{ed.}, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 79.

(3) Voir P. A. FENET, Recueil complet d s travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827, tome quatorzième, p. 553.

(4) H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, Bruxelles Bruylant, 1975, n° 291. p. 278.

(5) Cass. 6 septembre 2002. RG C.00.0087.N., *Pas.*, 2002, n° 419.

(6) DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, n° 290, p. 276.

(7) DE PAGE et R. DEKKERS, *op. cit.*, pp. 278 et 338, n° 336.

Or, dans cette relation bilatérale, l'aléa réagit comme le niveau du liquide dans des vases communicants : plus les chances de succès s'élèvent d'un côté, plus elles baissent de l'autre et inversement.

Dès lors que le consentement de chaque partie à accepter les risques d'une perte s'avère conditionné par la compensation des chances d'en recueillir un gain, le rapport inversement proportionnel qui régit la réciprocité de ces aléas respectivement acceptés, emporte inévitablement une relative mais nécessaire équivalence entre les chances, et malchances, de chacun.

Qu'il ressorte par contre des circonstances que toutes les chances de gains ne sont que d'un côté, et l'aléa, privé de sa substance et donc de son objet, disparaît (8).

Ainsi, il ressort de l'arrêt de la Cour du 20 juin 2005 que « l'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte est essentielle à la validité d'un contrat aléatoire tel que le contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère; ... en l'absence de cet aléa, pareil contrat est nul faute d'objet lors même que les conditions d'application des articles 1774 et 1975 du Code civil ne sont pas réunies » (9).

b. Conséquence — Nature du contrat aléatoire

Dans cette approche, une doctrine récente tend d'ailleurs à déceler dans le contrat aléatoire l'expression d'une modalité particulière du contrat commutatif, car :

— il suppose une équivalence dans la chance de gain ou le risque de perte pour chacune des parties d'après un événement incertain (10),

— il repose, sur un équilibre, « mais dans le contrat aléatoire cet équilibre doit exister entre les chances de gagner et les risques de pertes courus respectivement par les deux parties. Celles-ci doivent partir à armes égales » (11).

— cette chance de gain ou se risque de perte est donc placé au centre des chances économiques qui forment la base du contrat (12); « le contrat aléatoire se caractérise par l'existence d'un enjeu dépendant de la réalisation d'un événement incertain placé volontairement par les parties au centre de l'échange économique » (13).

(8) B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires. — Livre III. — Titre XII », *J.T.*, 2004, n° 327 et s., n° 16; Cass. 20 juin 2005, *cit.*, Cass. 9 janvier 1936, *Pas.*, 1936. I, p. 113.

(9) Cass. 20 juin 2005, RG C.04.0549.F, *Pas.*, 2005, n° 358.

(10) B. DUBUISSON, *op. cit.*, n° 6.

(11) B. DUBUISSON, *op. cit.*, n° 16.

(12) B. DUBUISSON, *op. cit.*, n° 3.

(13) P. WERY, *Droit des obligations*, Vol. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 79.

— « ... il convient que cette chance de gain ou de perte soit en principe relativement égale et à l'origine d'une certaine équivalence des prestations, au risque que le contrat ne perde sa nature de contrat commutatif et court le risque d'être disqualifié en libéralité » (14).

— « Dans le plus grand nombre [des contrats aléatoires], chacune des parties court un risque à peu près égal » (15).

— L'aléa implique un équilibre entre « les chances de gain et les risques de pertes causées respectivement par les deux parties. Celles-ci doivent partir à armes égales » (16).

Tel ne sera dès lors manifestement pas le cas dans les hypothèses expressément visées par les articles 1974 et 1975 du Code civil, lorsque la rente viagère est créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ou encore lorsque la crédiérentière est décédée dans les 20 jours de la date du contrat, que les parties aient ou non connu la maladie qui l'a emportée (17).

c. Niveau des chances respectives — Appréciation

L'aléa demeure en règle soumis à l'appréciation souveraine (18) du juge du fond.

L'appréciation du niveau des chances respectives de chacune des parties à faire un gain ou à subir une perte, s'évalue au gré des circonstances de fait de la cause.

Initialement, dans l'appréciation factuelle de cette équivalence des chances, les auteurs du Code civil se bornaient à constater que :

« Le moment qui doit déterminer la perte ou le profit de cette convention parfaitement aléatoire étant un mystère impénétrable, et les éléments qui la composent n'étant aussi que le produit arbitraire des plus capricieuses présomptions, il est impossible d'appliquer à la formation même du contrat les notions certaines du juste et de l'injuste pour lui imposer un prix uniforme et légitime. Le taux de la rente viagère ne peut être que conventionnel, et cette faculté qui en laisse le règlement à

(14) J.-F. ROMAIN « Observations au sujet de la convention de tontine : de l'aléa au pacte sur succession future », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 227.

(15) P. A. FENET, *op. cit.*, p. 536.

(16) B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires. — Livre III. — Titre XII », *J.T.* 2004, n^{os} 327 et s., n^o 6 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 127.

(17) H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V., Bruxelles, Bruylant, 1941, p. 332, n^o 33.

(18) Cass. 25 juin 1982, RG. 3409, *Pas.*, 1982, I, pp. 1261-1267.

la libre volonté des contractants n'est encore favorable qu'à celui que la loi ne dédaigne pas de favoriser » (19).

Cependant, les progrès des statistiques et de la science des probabilités permettent plus d'attribuer plus précisément une valeur économique à la chance de gain ou de perte (20).

Il paraît ainsi permis d'affiner le contrôle de l'équilibre qui semble devoir présider aux chances respectives de gain ou de perte par rapport aux prestations promises dès le moment même de la formation du contrat en faisant notamment état des tables de mortalité (21).

Pour B. Dubuisson, il devrait « y avoir place pour un contrôle marginal de l'équivalence des chances de gain et des risques de pertes encourus par les deux parties (...) Le contrat ne saurait subsister si l'une des deux parties a toutes les chances de perte et quasiment aucune chance de gain » (22).

En fonction des circonstances de la cause et de la volonté des parties, l'absence pure et simple d'aléa ou son inaptitude à accrédi-ter une réciprocité admissible des chances de chacun dès le départ, pourra emporter, selon les cas, la nullité du contrat pour défaut d'aléa voire de prix de vente, la rescision pour lésion, la requalification en donation (23), ou encore l'erreur sur l'objet ou la cause (24).

d. En l'espèce

Les juges d'appel constatent que « la rente est à ce point basse qu'elle est très largement inférieure au revenu annuel qu'aurait pu générer la valeur de la nue-propriété à l'époque de la vente » et qu'« il aurait fallu que Madame L. B. survive encore plus de 37 ans pour espérer se voir payer la totalité de la valeur de la nue-propriété, ce qui compte tenu de son âge au jour de la vente était totalement illusoire ».

Il relèvent en outre que la rente annuelle ne correspond en outre qu'à un taux très inférieur au taux légal ainsi qu'au taux de base minimum de l'épargne applicable à l'époque.

(19) P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1827, tome quatorzième, pp. 552-553.

(20) B. DUBUISSON, *op. cit.* n° 9.

(21) Cass. 25 juin 1982, *Pas.*, 1982, p. 1263; Cass. 6 septembre 2002, RG C.00.0087.N, *Pas.*, 2002, n° 419.

(22) B. DUBUISSON, *op. cit.*, n° 16.

(23) V. BOON, « Certains aspects civils de la revente », *Rev. prat. im.*, 2016, pp. 230-233 ; N. CARETTE, « Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken », *R.W.*, 2006-2007, pp. 702 et s.

(24) R. DUBUISSON, *op. cit.*, n° 16.

Les juges d'appel concluent, en l'absence totale d'aléa en raison de « l'absence d'une chance de gain dans le chef de la crédiérentière et corrélativement l'absence de tout risque chez les débirentiers ».

Ils ont dès lors pu, sur le fondement de ces considérations et constatations factuelles dont le prix de la vente, l'âge de la crédiérentière et le taux de la rente sont des composantes essentielles, légalement décider que « l'absence d'une chance de gain pour la crédiérentière et corrélativement l'absence de tout risque pour les demandeurs », privait le contrat aléatoire de son objet et était par conséquent nul.

Le moyen ne peut être accueilli.

Conclusion

Je conclus au rejet, lequel prive d'intérêt la demande en déclaration d'arrêt commun.

ARRÊT

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 16 octobre 2013 par la cour d'appel de Mons.

Le président de section Christian Storck a fait rapport et l'avocat général Jean Marie Genicot a été entendu en ses conclusions.

II. Le moyen de cassation

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants:

Dispositions légales violées

Articles 1104, alinéa 2, 1108, 1134, 1964 et 1976 du Code civil.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt dit non fondé l'appel des demandeurs et partiellement fondées leur demande nouvelle ainsi que celle de la défenderesse, prononce, par confirmation du jugement entrepris, la nullité de la vente en rente viagère passée par acte authentique du notaire [appelé en déclaration d'arrêt commun] du 15 février 2008, fixe provisionnellement les sommes réciproquement dues par chacune des parties à l'autre en conséquence de cette nullité et rouvre les débats afin que les parties établissent « le décompte précis des sommes dues entre elles en prosécution de cause », par les motifs suivants :

« Absence d'aléa

Le contrat qui stipule l'aliénation d'un bien meuble ou immeuble et qui prévoit comme contrepartie duc par l'acquéreur l'obligation pour celui-ci de payer une rente viagère est un contrat de vente régi par les articles 1582 et 1583 du Code civil auquel est adjoit un contrat aléatoire de rente viagère à titre onéreux régi par l' article 1868 [lire : 1968] de ce Code;

L'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte est essentielle à la validité d'un contrat aléatoire tel qu'un contrat de vente moyennant constitution de rente viagère;

En l'absence d'aléa, un tel contrat est nul à défaut d'objet [...];

Si la plus ou moins grande différence d'âge entre le crédientier et le débientier n'implique pas en soi une absence d'aléa, il n'en est pas de même lorsque l'acquéreur connaissait le risque de décès imminent du crédientier, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, rien n'indiquant que l'état de santé de [la crédientière] était à ce point précaire que [les demandeurs] auraient pu prévoir que celle-ci décéderait quelques mois après la vente;

Il n'y a pas non plus d'aléa si le bien vendu procure à l'acquéreur des revenus égaux ou même supérieurs au montant de la rente. Ainsi, si les loyers de l'immeuble lui permettent de s'acquitter de l'intégralité de la rente due;

Il en est de même dans le cas de la vente d'une nue-propriété lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la rente est à ce point basse qu'elle est très largement inférieure au revenu annuel qu'aurait pu générer la valeur de la nue-propriété à l'époque de la vente;

En effet, la rente annuelle de 7.800 euros (12 x 650 euros) équivaut au revenu généré par la somme de 293.880 euros (prix de la nue-propriété) placée au taux de 2,66 p.c., soit un taux très inférieur au taux légal de 6 p.c. en vigueur à l'époque, taux admis par les [demandeurs] devant le premier juge, ou au taux de base maximum de l'épargne, qui était de 4,25 p.c. en 2008;

Outre un taux pouvant être qualifié de dérisoire pour l'époque, il convient de relever qu'il aurait fallu que [la crédientière] survive encore plus de trente-sept ans pour espérer se voir payer la totalité de la valeur de la nue-propriété, ce qui, compte tenu de son âge au jour de la vente, était totalement illusoire;

La fixation du montant de la rente est en principe libre mais son taux doit être fixé de manière raisonnable afin de respecter le caractère réel et sérieux du prix, ce qui n'est pas le cas en l'espèce;

C'est à tort que les débirentiers soutiennent qu'il faudrait prendre en compte un aléa complémentaire lié à l'usufruit dès lors que celui-ci n'était nullement concerné par la vente litigieuse;

Il en découle l'absence d'une chance de gain pour la crédièntière et corrélativement l'absence de tout risque pour les débirentier ».

Griefs

Il résulte des articles 1104 et 1964 du Code civil qu'un contrat est aléatoire lorsque l'équivalence des prestations réciproques auxquelles les parties sont obligées est incertaine parce que l'existence ou la quotité de l'une d'elles dépend d'un événement incertain.

Le contrat de vente avec constitution d'une rente viagère, régi par les articles 1968 à 1983 du même code, est un tel contrat. L'article 1976 de ce Code dispose que la rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer, le contrat étant, le cas échéant, susceptible d'être rescindé pour lésion de plus de sept douzièmes par application des articles 1674 et suivants dudit Code.

L'arrêt, après avoir rappelé que « la plus ou moins grande différence d'âge entre le crédièntier et le débirentier n'implique pas en soi une absence d'aléa », relève qu'« en l'espèce, rien n'indiqu[ait] que l'état de santé de [la crédièntière] était à ce point précaire que [les demandeurs] auraient pu prévoir que celle-ci décéderait quelques mois après la vente ». Il constate ainsi que la quotité de la prestation à laquelle les demandeurs étaient obligés dépendait d'un événement incertain.

Il n'a dès lors pu décider que le contrat litigieux « est nul à défaut d'objet » aux motifs qu'il n'y a pas d'aléa « dans le cas de la vente d'une nue-propriété lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la rente est à ce point basse qu'elle est très largement inférieure au revenu annuel qu'aurait pu générer la valeur de la nue propriété à l'époque de la vente; [qu']en effet, la rente annuelle de 7.800 euros (12 x 650 euros) équivaut au revenu généré par la somme de 293.880 euros (prix de la nue-propriété) placée au taux de 2,66 p.c., soit un taux très inférieur au taux légal de 6 p.c. en vigueur à l'époque, taux admis par les [demandeurs] devant le premier juge, ou au taux .de base maximum de l'épargne, qui était de 4,25 p.c. en 2008; [qu']outre un taux pouvant être qualifié de dérisoire pour l'époque, il convient de relever qu'il aurait fallu que [la crédièntière] survive encore plus de trente-sept ans pour espérer se voir payer la totalité de la valeur de la nue-propriété, ce qui, compte tenu de son âge au jour de la vente, était totalement illusoire; [que] la fixation du montant de la rente est en principe libre mais [que] son taux doit être fixé de manière raisonnable afin de respecter le caractère réel et sérieux du prix, ce qui n'est pas le cas en l'espèce; [qu']il en découle l'absence

d'une chance de gain pour la crédiérentière et corrélativement l'absence de tout risque pour les débirentiers ».

Ce faisant, il ne constate pas légalement l'absence totale d'aléa qui, seule, est de nature à justifier l'annulation d'un contrat de vente avec constitution d'une rente viagère (violation de toutes les dispositions visées au moyen).

III. La décision de la Cour

Il résulte des articles 1104 et 1964 du Code civil qu'un contrat est aléatoire lorsque l'équivalence des prestations réciproques auxquelles les parties sont obligées est incertaine parce que l'existence ou la quotité de l'une d'elles dépend d'un événement incertain.

Il s'ensuit que l'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte est essentielle à la validité d'un contrat aléatoire tel le contrat de vente moyennant constitution d'une rente viagère.

En l'absence de cet aléa, pareil contrat est nul faute d'objet, lors même que les conditions d'application des articles 1974 et 1975 du Code civil ne sont pas réunies.

Si l'arrêt exclut que la différence d'âge entre les demandeurs et la crédiérentière puisse établir l'absence d'aléa dès lors que « rien n'indiqu[e] que l'état de santé de [celle-ci] était à ce point précaire [qu'ils] au raient pu prévoir [qu'elle] décéderait quelques mois après la vente », il considère, en revanche, par les motifs que le moyen reproduit et critique, que la rente annuelle convenue pour la vente de la nue-propriété « équivalait au revenu généré par [le prix de celle-ci] placé au taux de 2,66 p.c., soit un taux très inférieur au taux légal de 6 p.c. en vigueur à l'époque, [...] ou au taux de base minimum de l'épargne, qui était [alors] de 4,25 p.c. », et que, « outre un taux pouvant être qualifié de dérisoire pour l'époque, [...] il aurait fallu que [la crédiérentière] survive encore plus de trente-sept ans pour espérer se voir payer la totalité de la valeur de la nue-propriété, ce qui, compte tenu de son âge au jour de la vente, était totalement illusoire ».

De ces considérations qui gisent en fait, l'arrêt a pu déduire « l'absence d'une chance de gain pour la crédiérentière et, corrélativement, l'absence de tout risque pour les demandeurs ».

Il décide dès lors légalement que le contrat litigieux « est nul à défaut d'objet ». Le moyen ne peut être accueilli (...)

Par ces motifs,

Rejette le pourvoi et la demande en déclaration d'arrêt commun.

(Sièg. : Ch. Storck, prés. sect., M. Delange, M. Lemal, S. Geubel et A. Jacquemin, cons.;
min. publ. : J. m. Génicot, av; gén., Plaid. : MMes J. Oosterbosch et F. T'Kint.)

BIBLIOGRAPHIE

Nous nous devons d'évoquer ci-après des ouvrages récents consacrés à certains sujets abordés dans différentes contributions.

Tout d'abord, un ouvrage a été consacré à la vente en viager lors de son introduction dans le droit positif belge : Nathalie SCHRYVERS-FRAENKEL, « La vente immobilière en viager », Anthemis, 2017.

Un second vient de paraître sous la plume de Marc PETIT et Philippe VERDONCK, « Vendre en viager : un choix à privilégier », Aspects civils et fiscaux, Larcier, 2019. Contrairement à ce que le titre annonce, le texte couvre de manière beaucoup plus large les ventes immobilières en général.

L'auteur du premier est juriste et agent immobilier ; quant aux seconds, les deux auteurs sont juristes, l'un des deux est fonctionnaire spécialisé en fiscalité et l'autre est également agent immobilier.

On soulignera également l'œuvre abondante de Christian JAUMAIN dont l'ouvrage le plus récent s'intitule « Evaluation des droits viagers », Anthemis, 2019.

CABINET · GENEALOGIQUE · ROCOUR

RECHERCHES D'HÉRITIERS

Pierre ROCOUR
Lic. en Sc. Hist.
Expert judiciaire

Philippe ROCOUR
Lic. en Droit
Lic. en Notariat

Michel ROCOUR
Lic. en Relations
inter. et Adm. publique

Belgique B-4690 BASSENGE, rue des Platanes, 32bis - Tél. (32) 04.286.24.58 - Fax (32) 04.286.44.31
Luxembourg L-4801 RODANGE, route de Longwy, 278 - BP 41 - Tél. et Fax (352) 50.34.29
E-mail cabgeneal.rocour@skynet.be



GENEALOGIE DECUYPER

RECHERCHE D'HÉRITIERS DEPUIS 1942

TEL 02 478 02 36
FAX 02 478 00 68

Rue Abbé Cuypers 3
1040 Bruxelles

info@gendec.be
www.gendec.be

75
EXPERT
SINCE 1942

BVBA THIERRY DE NEUVILLE SPRL

RECHERCHE D'HÉRITIERS – OPSPORING VAN ERFGENAMEN – PROBATE RESEARCH

Place Camille Lemonnier 2 – 1310 LA HULPE
Tél. + 32 (0)2 649 57 84 – Fax + 32 (0)2 648 60 52

Le Répertoire Notarial

Paru récemment :

DROITS D'ENREGISTREMENT ET TVA APPLICABLES AUX VENTES D'IMMEUBLES

Par *André Culot*

Avec la collaboration de *Josse Deblandre, Annick Ghysens, Hilde Pelgroms, Serge Mary et Pierre Van den Eynde*

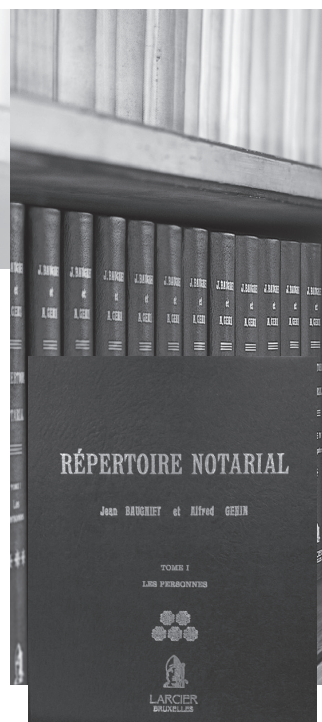
► À paraître :

Mandat

Par *Patrick Wéry*

Règles générales du droit international privé belge et européen

Par *Nadine Watté et Rafaël Jafferli*



DIRECTION SCIENTIFIQUE : M. Charpentier-Harmel, Fr. Georges, J.-L. Van Boxstael, Ph. Vanlatum



Version en ligne

Consultez l'intégralité du *Répertoire Notarial* en ligne sur notre base de données Strada lex Notary, accessible via l'e-notariat.



NOUVEAU dans Strada lex Notary

- ✓ La réorganisation des onglets pour une navigation facilitée dans les documents. L'onglet Encyclopédie disparaît au profit du nouvel onglet *Répertoire Notarial*. Et toutes les autres publications sont rassemblées dans la Librairie.
- ✓ Un accès facilité et plus rapide au *Répertoire Notarial* via le nouvel onglet *Répertoire Notarial*. Grâce à de nouveaux liens raccourcis, vous accédez directement aux différents livres qui composent chacun des tomes de la collection

du *Répertoire Notarial*. Un simple clic sur les titres de ces livres vous permet de consulter, en mode plein écran et en texte intégral, les traités.

- ✓ En préambule de chaque livre du *Répertoire Notarial*, une nouvelle fiche d'orientation vous fournit une liste de documents mis à jour sur la thématique couverte par le livre. De cette manière, vous accédez facilement à des articles de revues portant sur le même thème que celui traité dans le livre.

Pack thématique - Droit notarial

Ne manquez aucune nouvelle parution des Éditions Larcier pertinente en Droit notarial !

Vous souhaitez compléter votre abonnement ? Nous vous proposons un pack thématique en Droit notarial.

Information, démonstration et formation :

Si vous désirez de plus amples informations concernant Strada lex Notary ou si vous souhaitez organiser au sein de votre étude une formation à cet outil, contactez-nous par mail ou par téléphone (info@stradalex.com - 0800 39 067).



Lefebvre Sarrut Belgium s.a.,
Tél. 0800 39 067 (depuis la Belgique)
+32 (0) 2 548 07 13 (depuis l'étranger)
orders@larcier.com

www.larcier.com

Contact Rédaction :

Avenue Brugmann, 451
1180 Bruxelles
d.sterckx@avocat.be
l.sterckx@avocat.be
jean-louis.vanboxstael@uclouvain.be
jean-luc.ledoux@uclouvain.be

Contact Abonnements :

Les communications relatives aux **abonnements**,
aux **ventes** de numéros et aux **facturations**
doivent être adressées exclusivement à :
rev.not.belge@gmail.com

PUBLICITÉ : Tarif 2019

(hors TVA)

	1 insertion	11 insertions
1 PAGE	624 €	3.640 €
1/2 PAGE	375 €	2.500 €
1/4 PAGE	260 €	1.560 €

FICHER PDF 300 DPI À FOURNIR PAR L'ANNONCEUR.

EMPLACEMENT : SUIVANT DISPONIBILITÉ.

PAGE : HAUTEUR 220 mm - LARGEUR 130 mm - **PROCÉDÉ** : Offset.

Les publicités sont justifiées par l'envoi du numéro de la *Revue* les contenant.

Les textes des annonces sont soumis à notre approbation.

Facturation - Paiement dès réception de la facture.

