50e congrès

L'International : le Guide Pratique

Notaires de France

m.j.n. Mouvement Jeune notariat

50e Congrès du Mouvement Jeune Notariat Lisbonne (Portugal) du 10 au 13 octobre 2019

L'International : le Guide Pratique

Remerciements

L'équipe du 50e congrès du Mouvement Jeune Notariat tient à adresser de chaleureux remerciements à l'Union notariale financière (UNOFI) pour son soutien à la réalisation matérielle de cet ouvrage.

Le rapport de congrès est disponible en version « numérique » ou en version « papier » (selon disponibilité) sur simple demande au Mouvement Jeune Notariat : info@mjn.fr

UNOFI

K. Le Garrec, A. Devaux, G. Khairallah, N. Freiji, M.-H. Fremond, C. Daugan, G. Soudey, P.-H. Ollier.

Président : Cédric DAUGAN, notaire à Paris (75).

Rapporteur général : Nadine FREIJI, notaire à Drancy (93).

Rapporteur de synthèse : Monsieur le Professeur émérite à l'Université Paris II Panthéon Assas, Georges KHAIRALLAH.

Rapporteurs :
Pierre DEDIEU, avocat associé – CMS Francis Lefebvre avocats.

Angélique DEVAUX, juriste droit patrimonial international, Cheuvreux Notaires Paris, diplômée notaire, LLM American Law.

Karine LE GARREC, diplômée notaire, référente clientèle internationale, Gestion de patrimoine.

Pierre-Henri OLLIER, diplômé notaire, responsable des Libéralités à l'Hôpital Américain de Paris.

Amélie RETUREAU, avocate counsel – CMS Francis Lefebvre avocats à Neuilly-sur-Seine (92).

Guillaume SOUDEY, notaire (Groupe EXCEN), membre du réseau international LEXUNION à Gardanne (13).

Ont également contribué à la rédaction de l'ouvrage :
Monsieur Olivier CHOMONO, directeur associé et cofondateur de La Curatélaire, Paris (75).

Maître Mounia EL BAHJA, notaire à Rabat, Maroc.

Maître Elie MORHANGE, commissaire-priseur à Drouot, Paris (75).

Philippe PLANTADI, expert en droits de retraite des non-résidents, société Novely Retraite.

Andréa PLUMEL, avocate au barreau de Paris, médiateur référencé auprès du CNMA.

Trésorier : André VOIDE, notaire honoraire (Doubs).

Secrétaire générale : Marie-Hélène FREMOND, (Paris 8e).

C. Daugan
Président

N. Freiji
Rapporteur général

G. Khairallah
Rapporteur de synthèse

P. Dedieu

A. Devaux

K. Le Garrec

P.-H. Ollier

A. Retureau

G. Soudey

O. Chomono

M. El Bahja

E. Morhange

P. Plantadi

A. Plumel

A. Voide
Trésorier

M.-H. Fremond
Secrétaire générale

SOMMAIRE

PARTIE 1 – La vie de la personne 3

TITRE I – La naissance à l'étranger 4

TITRE II – L'union à l'international 22

TITRE III – Le divorce à l'international 61

TITRE IV – Le mandat de protection future notarié et la mobilité internationale de la personne vulnérable 75

TITRE V – Le décès à l'international 83

PARTIE 2 – La vie du patrimoine mobilier et immobilier 111

TITRE I – Principes de fiscalité internationale 112

TITRE II – L'acquisition d'un bien immobilier en France 149

TITRE III – Détention et cession 159

TITRE IV – La fiscalité de la transmission 220

TITRE V – De quelques stratégies de transmission de patrimoine dans un contexte international 240

TITRE VI – Aperçu patrimonial de la philanthropie internationale 256

TITRE VII – Circulation des œuvres et objets d'art et positionnement du commissaire-priseur dans le marché international . 276

PARTIE 3 – Le financement et l'international 295

TITRE Unique – Financement international 296

PARTIE 4 – Focus à l'étranger 337
TITRE I – Expatriation et retraite 338
TITRE II – Le patrimoine des couples mariés et les États-Unis 358
TITRE 3 – Les successions internationales au Maroc 368

PRÉFACE

Le congrès MJN 2018 s'est achevé dans la bonne humeur et le succès, vive le congrès 2019 !

Bravo à l'équipe 2018 pour la qualité de ses interventions.

2019 est l'année du 50e congrès du Mouvement Jeune Notariat.

Le 50e congrès…

50 ans de souvenirs, de joie, de fête, de sérieux.

50 années de travaux, de propositions, de partenariats, de construction intellectuelle.

50 ans, l'équivalent d'une demi-vie à tombeaux ouverts !

La tâche qui nous incombait, à mon équipe et à moi, n'était pas simple mais nous avons retroussé nos manches pour vous offrir un beau moment.

À l'heure où les frontières n'ont plus d'ombres, à l'heure où Sir Phileas Fogg serait à même de boucler son tour du monde en moins de 24h, à l'heure où un simple clic vous propulse à l'autre bout du monde le temps d'un instant…

Admettons-le : nous sommes tous devenus des baladins des temps modernes.

Les professionnels que nous sommes devions nous adapter à cette situation, qu'elle nous touche de près ou de loin.

Le thème était donc tout trouvé : « L'International : Le Guide pratique ».

Praticiens, la matière internationale touche désormais votre quotidien, tant au niveau humain (adoption internationale, GPA, mariage à l'étranger, divorces internationaux, expatriations, retraites), que patrimonial (acquisitions transfrontalières, financement off-shore, trust, fiducie, successions internationales, *estate planning*, mécénat sans frontières).

Par ce congrès, notre souhait est de vous donner le goût pratique de l'international.

Nous vous proposons donc ici un vade-mecum, une boîte à outils inédite afin de vous aiguiller auprès de vos clients étrangers et/ou expatriés.

Il y a 7 ans, comme rapporteur du congrès MJN 2012, je vous emmenais faire le tour du monde du titrement.

Cette fois, un lieu unique : Le Portugal. Une ville : Lisbonne.

Cette capitale a réussi à mélanger traditions, patrimoine, modernisme, vie nocturne trépidante et un excellent climat tout au long de l'année.

Petit pays géographique certes, mais une grande nation d'explorateurs et, plus récemment, une destination phare pour nos charmants retraités.

Viva Portugal, viva MJN !

Cédric Daugan

Président du 50e congrès du Mouvement Jeune Notariat

PARTIE 1

LA VIE DE LA PERSONNE

TITRE I

LA NAISSANCE À L'ÉTRANGER

CHAPITRE UNIQUE

NAISSANCE/FILIATION

« On choisit pas ses parents, on choisit pas sa famille
On choisit pas non plus les trottoirs de Manille
De Paris ou d'Alger pour apprendre à marcher
Être né quelque part
Être né quelque part, pour celui qui est né
C'est toujours un hasard »(1)

Sur les 65,8 millions de personnes vivant en France, au 1er janvier 2014, 58,2 millions sont nées en France et 7,6 millions sont nées à l'étranger, soit 11,6 % de la population.

Catégorie de population(2)	Nombre d'habitants
Personnes nées en France, dont :	**58,2**
de nationalité française	57,6
de nationalité étrangère	0,6
Personnes nées à l'étranger, dont :	**7,6**
de nationalité étrangère	3,6
de nationalité française	4,0
– nées avec la nationalité française	1,7
– ayant acquis la nationalité française	2,3
Ensemble des habitants :	**65,8**

(1) Paroles de « Né quelque part » de Maxime Le Forestier.
(2) Source : INSEE FOCUS nº 38 paru le 13/10/2015.

§ I – *ORIGINE DES SITUATIONS*

Comme les célèbres paroles de Maxime Le Forestier l'ont souligné, être né quelque part à l'étranger est souvent un hasard. Toutefois, tel n'est pas toujours le cas. En effet, à côté des cas classiques de naissances à l'étranger, il existe aussi aujourd'hui de véritables cas d'opportunité.

A/ Cas classiques

Classiquement, le fait pour des parents de donner naissance à l'étranger résultait simplement des circonstances de la vie. Telle est la situation d'un couple binational qui s'installe dans le pays d'origine de l'un des deux ou celui d'un couple qui se marie à l'étranger et décide de rester sur place. Telle est également la situation des personnes expatriées, pour des raisons personnelles ou professionnelles.

Ces couples étant installés dans un pays étranger, naturellement, leurs enfants vont se trouver naître sur un sol étranger.

À côté de ces cas classiques, lesquels n'appellent pas d'observations particulières, du moins pour ce qui concerne l'origine des situations, il existe aujourd'hui de véritables cas d'opportunité.

B/ Cas d'opportunités

Parfois, le fait pour des parents de donner naissance à l'étranger résulte, non pas des circonstances de la vie, mais d'un véritable choix délibéré. Les parents décident volontairement de donner naissance à l'étranger. Nous verrons que dans ces situations volontaires, les termes « *parents* », « *donner naissance* » et « *à l'étranger* » devront être appréciés dans un sens de plus en plus large.

I/ Recours à l'adoption internationale

Aperçu :

Le phénomène n'est pas nouveau. Les conditions et le processus d'adoption en droit interne français relevant fréquemment du « parcours du combattant », de nombreux couples français, désireux d'avoir un enfant, se tournent vers l'adoption d'un enfant né à l'étranger.

L'adoption internationale peut être définie de manière simple comme l'adoption d'une personne d'un pays par une personne ou un couple d'un autre pays.

La tendance est à la baisse dans les 5 principaux pays d'accueil (États-Unis, Italie, Espagne, France et Canada) : on comptait 45 483 adoptions en 2004 contre 11 099 en 2016. Sur cette période, les 5 principaux pays d'origine ont été la Chine, la Russie, l'Éthiopie, le Guatemala et la Colombie.

En ce qui concerne plus spécialement la France, elle a accueilli, en 2017, 685 enfants adoptés à l'international, venant principalement du Vietnam, de la Colombie, de Haïti, de la Thaïlande et de la Côte d'Ivoire(3).

La proportion des adoptions réalisées dans des pays ayant signé la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière

(3) Source : Rapport annuel d'activité 2017 de la Mission de l'Adoption Internationale (MAI).

d'adoption internationale, ratifiée par la France le 30 juin 1998 et entrée en vigueur en France le 1er octobre 1998, augmente.

Il en est de même de la proportion des adoptions réalisées par l'intermédiaire des Organismes Autorisés pour l'Adoption (OAA) dont l'AFA.

Sur un plan pratique, nous recommandons aux candidats à l'adoption de consulter les Fiches par pays, publiées par la Mission de l'Adoption Internationale (MAI) via le site internet du Ministère des Affaires Étrangères(4). Ces Fiches exposent les exigences du droit local, le type de procédure ainsi que le type de décision. Elles expliquent en particulier si la décision d'adoption entraîne ou non la rupture des liens avec la famille d'origine et si l'adoption présente ou non un caractère irrévocable.

Règles de conflit :

– Juridiction compétente :

En France, la demande aux fins d'adoption doit être portée devant le Tribunal de Grande Instance. Il résulte de l'article 1166 alinéa 2 du Code de procédure civile que le tribunal est celui du lieu du domicile de l'adoptant, si ce dernier demeure en France, celui du lieu du domicile de l'adopté, si l'adoptant demeure à l'étranger et le tribunal choisi en France par l'adoptant si l'adoptant et l'adopté demeurent tous deux à l'étranger.

Sur la base de ces critères de rattachement, les parents domiciliés en France peuvent porter devant une juridiction française l'adoption d'un enfant né à l'étranger.

– Loi applicable aux conditions de l'adoption :

Les conditions de l'adoption relèvent de la loi nationale de l'adoptant.

Toutefois, il conviendra de vérifier que la loi nationale de l'adopté accepte l'adoption. Il conviendra également de vérifier les conditions du consentement de l'adopté et les conditions de sa représentation. Par exemple, c'est la loi de l'adopté qui régira sa représentation par son parent biologique.

– Loi applicable aux effets de l'adoption :

Les effets de l'adoption sont gouvernés par la loi du juge qui prononce l'adoption. Elle définit tout d'abord si l'adoption est plénière ou simple et plus largement les conditions de révocabilité de l'adoption.

C'est également la loi du juge qui prononce l'adoption qui régit les obligations alimentaires entre adoptant et adopté, les règles de l'autorité parentale, et la ou les vocations successorales résultant de l'adoption.

II/ Accès à des PMA plus souples

Les personnes désirant avoir des enfants recourent également à l'étranger pour avoir accès à des méthodes de procréation médicalement assistée (PMA), soit plus souples, soit purement et simplement interdites dans leur pays d'origine.

---

(4) https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/les-conditions-de-l-adoption-internationale/les-fiches-pays-de-l-adoption-internationale/

a) De la FIV supplémentaire à l'insémination home made

D'un point de vue strict, la FIV supplémentaire et l'insémination *home made* ne vont pas nécessairement conduire à donner naissance sur le sol étranger. Au contraire, dans la majorité des cas, l'enfant naîtra sur le sol français. Toutefois, si ces situations doivent être ici évoquées, c'est parce qu'elles procèdent bien de la volonté, pour les parents, d'aller chercher à l'étranger une solution dont ils ne disposent pas, *a priori*, sur le territorial national.

En France, pour des raisons tenant plus à la réalité économique qu'à la vérité médicale, le nombre maximum de FIV autorisées est de 4. Plus précisément, il s'agit du nombre de FIV dont le coût est pris en charge totalement par la Sécurité Sociale.

Aussi, il n'est donc rare que des couples français hétérosexuels se rendent à l'étranger, notamment en Espagne, pour tenter une FIV supplémentaire. Tel peut être également le cas d'une femme qui a dépassé l'âge autorisé (43 ans) et qui souhaite néanmoins bénéficier d'une FIV.

De manière plus générale, en France, la législation subordonne le recours à une assistance médicale à la procréation (AMP) au respect de nombreux critères. Un critère commun à toutes les assistances tient à la personne des demandeurs : l'assistance est réservée au seul couple formé d'un homme et d'une femme, vivants, en âge de procréer, mariés ou vivants maritalement depuis au moins deux ans(5). Ce critère exclut donc les couples homosexuels de toute assistance.

Aussi, il n'est donc pas rare de voir ces couples aller chercher à l'étranger une solution, notamment dans des pays où l'assistance, dans un cadre clinique, leur est ouverte(6).

La diversité des législations et la diversité des techniques scientifiques font que les situations sont de plus en plus variées et dépassent très largement le cadre d'une assistance intervenant dans un cadre clinique et sur le sol étranger.

À titre d'illustration, nous citerons le cas des couples de femmes qui achètent à l'étranger, *via* internet, le sperme d'un homme ainsi qu'un kit d'insémination, lesquels leur sont livrés par simple courrier. Dans ces hypothèses de sperme à domicile et d'insémination home made, l'assistance médicale n'est plus totalement médicale dans la mesure où elle intervient hors du cadre clinique et l'assistance n'a plus totalement lieu à l'étranger dans la mesure où elle est livrée à domicile et pratiquée à la maison. Toutefois même si les termes « *parents* », « *donner naissance* » et « *à l'étranger* » doivent être ici appréciés dans un sens très large et même si au final, l'enfant naîtra assurément en France, ces hypothèses doivent être rapprochées et intégrées au sein des cas d'opportunités de naissance à l'étranger dont elles ne constituent finalement qu'une nouvelle forme, une forme 2.0.

Il convient de noter que le Gouvernement français projette de réformer la PMA, notamment ses conditions d'accès. Cette réforme pourrait mettre fin à l'exclusion des couples homosexuels, en consacrant l'accès à la PMA pour tous (toutes).

(5) Article L-2141-2 du Code de la santé publique.

(6) Conseil pratique : faire des photos devant la clinique étrangère, pour alimenter un album photos, lequel sera le cas joint, de manière informelle, par l'avocat, à l'attention du juge, à l'appui d'une requête en adoption de l'enfant du conjoint.

b) Contrat de Gestation pour Autrui (GPA)

Bien que le phénomène reste encore relativement récent, un nombre croissant de naissances à l'étranger trouve son origine dans un contrat de gestation pour autrui (GPA), également appelé « contrat de mère-porteuse ».

Si les personnes désirant avoir des enfants recourent ici à l'étranger, c'est parce que la GPA est purement et simplement interdite en France. La prohibition est à la fois civile et pénale. L'article 16-5 du Code civil consacrant l'indisponibilité du corps humain frappe de nullité « toute convention ayant pour objet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits ». L'article 16-7 du Code civil frappe de nullité « toute convention portant sur la procréation ou la gestion pour autrui ». Enfin, l'article 227-12 du Code pénal punit d'emprisonnement « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don (...) les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître » ainsi que « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le remettre ».

Dans les pays où la GPA est autorisée, son encadrement juridique et ses conditions financières varient très largement d'un pays à un autre.

Sur le plan de l'encadrement juridique, on peut citer les contrats de droit californien, lesquels tendent, à l'aide de plusieurs centaines de pages, à satisfaire à l'exigence américaine du « tout prévoir ». Des clauses gèrent ainsi le risque d'un éventuel attachement de la mère à l'enfant qu'elle porte, alors que d'autres clauses imposent au contraire, à cette dernière, divers interdits allant du régime alimentaire jusqu'aux voyages ou à la pratique de sports dangereux. D'autres clauses encore visent à gérer les conséquences, notamment financières, d'une éventuelle rétractation des parents d'intention.

Les conditions financières varient de même très fortement d'un pays à un autre. À titre indicatif une GPA coûte aujourd'hui environ 120/150 000 $ en Californie contre 30/40 000 € en Ukraine ... où le deuxième enfant fait parfois l'objet d'une promotion « à moitié prix » !

c) Insémination et implantation d'embryons post mortem

Les personnes désirant avoir des enfants peuvent être également tentées de recourir à l'étranger pour avoir accès à une assistance médicale à la procréation *post mortem*. En effet, en l'état actuel du droit français, l'assistance médicale à la procréation *post mortem* est interdite. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique énonce en effet que *« Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons, le décès d'un des membres du couple* (...) ».

Deux jurisprudences françaises sont venues apporter une première brèche à cette interdiction, dans des affaires au contexte en partie international.

La Conseil d'État, dans un arrêt du 31 mai 2016, a autorisé le transfert en Espagne du sperme congelé d'un italien au profit de sa veuve espagnole, relevant que l'enfant né de ce couple étranger n'aura pas de lien avec la France et estimant que le refus des autorités françaises serait une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Quelques mois plus tard, le Tribunal administratif de Rennes, dans un jugement du 11 octobre 2016, a autorisé l'exportation du sperme d'un français décédé au profit de sa veuve française en vue d'une insémination hors de France.

Il convient de noter que dans les deux affaires, les juges ont relevé des circonstances particulières ou exceptionnelles pour justifier leurs décisions : dans la première, plus connue sous le nom d'« Affaire Mariana », l'italien, atteint d'un cancer, avait fait congeler ses gamètes, anticipant un traitement pouvant le rendre stérile. Le couple avait décidé d'entamer une PMA, peu de temps avant le décès. L'homme était décédé avant de pouvoir donner son consentement devant notaire, mais avait laissé un écrit confirmant son souhait. Dans la seconde affaire, la femme française avait perdu non seulement son mari, mais aussi l'enfant qu'elle portait, mort in utero peu avant le terme.

Plus récemment, le Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE), dans son avis 129 en date du 18 septembre 2018(7), s'est dit favorable à l'autoconservation des gamètes et à l'implantation *post mortem* d'embryon sous réserve que l'homme ait, de son vivant, donné son consentement à un transfert après son décès, que la femme respecte un délai minimum de réflexion après le décès, de manière à éviter une décision dans un état de vulnérabilité et que sa demande intervienne toutefois dans un délai maximum, de manière à ce que la naissance de l'enfant ne soit pas trop éloignée du décès du père.

En janvier 2019, les opposants à l'insémination *post mortem* et à l'implantation d'embryon *post mortem* ont déposé une proposition de résolution à l'Assemblée Nationale(8) visant leurs interdictions. Ils développent plusieurs arguments notamment le fait que l'opération revient à donner naissance à un orphelin, soulignant le sentiment ambivalent que l'enfant aura à l'égard de sa mère – lui étant reconnaissant de sa naissance mais lui reprochant simultanément de l'avoir rendu orphelin – ou à organiser la naissance d'un enfant-remède, l'enfant étant voulu comme un remède au deuil de la veuve.

Face à ceux qui voient dans cet enfant, uniquement « l'enfant né d'un mort », les partisans de l'assistance médicale à la procréation *post mortem* voient au contraire dans sa naissance, le respect et la concrétisation du projet parental d'un couple. Nul doute que les débats vont s'accentuer à l'approche du projet du Gouvernement français de révision de la loi de bioéthique.

Dans l'hypothèse où le législateur souhaiterait autoriser prochainement l'insémination *post mortem* et l'implantation d'embryon *post mortem*, le juriste peut, indépendamment de toute considération morale ou assimilée, l'alerter sur plusieurs points :

– La nécessité de s'assurer du consentement spécial du futur père :

À partir du moment où le postulat est de permettre à ce qu'un projet parental puisse aboutir nonobstant la maladie ou le décès de l'un des parents, il conviendra de s'assurer de la réalité du consentement spécial du père à ce que l'assistance conduise

(7) Avis 129 du CCNE en date du 18 sept. 2018 et intitulé « Contribution du Comité Consultatif National d'Ethique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 ».

(8) Proposition de résolution « invitant le Gouvernement à proposer un moratoire interdisant l'insémination *post mortem* et le transfert d'embryons conçus avant le décès de l'homme », présentée à l'Assemblée Nationale le 11 janv. 2019 par M^me^ M. F. Lorho, députée.

précisément à donner naissance après son décès. En d'autres termes, il ne suffira pas que le futur père exprime un consentement général en faveur de la procréation, il devra aussi et surtout exprimer un consentement spécial à ce que cette procréation puisse être réalisée après son décès. Il s'agira donc pour le législateur de prévoir des règles de forme propres à garantir un tel consentement éclairé et certain. Un délai de réflexion préalable à ce consentement pourrait être opportun. De même, la forme de l'acte notarié serait une sécurité. Le législateur devra aussi ne pas perdre de vue la réalité, notamment le fait que ce consentement pourrait intervenir à un moment où le futur père est déjà gravement malade, ce qui, d'un côté, renforce la nécessité de vérifier la clarté de son consentement, mais d'un autre côté, peut rendre impossible le respect d'un formalisme trop lourd.

– La nécessité d'un encadrement temporel :

Comme a pu le souligner le CCNE dans son avis 129, il est essentiel qu'une telle procréation *post mortem* intervienne dans un délai maximum, de manière à ce que la naissance de l'enfant ne soit pas trop éloignée du décès du père. Si des raisons éthiques commandent sans doute un tel délai, des raisons juridiques le justifient également, afin d'éviter toute insécurité juridique, notamment eu égard au règlement de la succession.

– La nécessité de garantir la sécurité juridique du règlement des successions :

On conviendra aisément qu'il est impensable qu'une succession puisse être remise en cause, des années après son règlement, parce que la veuve du défunt a décidé, des années après le décès de son époux, de solliciter une procréation *post mortem*.

En l'état actuel du droit français, un enfant né postérieurement au décès de son auteur hérite de ce dernier. À ce jour, la seule hypothèse visée par la loi est celle d'un enfant qui était conçu au jour du décès, mais qui va naître après le décès de son parent. La procréation *post mortem* pose la question de l'héritage d'un enfant qui serait, non seulement né, mais aussi conçu, après le décès. Difficile d'imaginer qu'on puisse décemment exclure cet enfant du partage de la succession, pour le motif qu'il serait arrivé trop tard ! Il doit donc pouvoir hériter de son parent.

Dès lors, se pose immédiatement la question de la remise en cause de la succession déjà réglée et plus largement, celle de la sécurité juridique. À ce jour, l'héritage de l'enfant conçu avant le décès, mais né après celui-ci, ne pose pas de difficulté particulière dans la mesure où l'enfant naît nécessairement dans les 9 mois qui suivent le décès et dans la mesure où son existence est généralement connue lors du décès. Plus largement, en l'état du droit positif, la sécurité juridique du règlement des successions est assurée par différentes règles de prescription qui encadrent notamment l'acceptation d'une succession et l'action en réduction des libéralités. Ainsi, faute d'avoir accepté une succession, l'héritier est réputé, au bout de 10 ans, renonçant. Quant à l'action en réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, elle se prescrit par 5 ans à compter du décès, ou par 2 ans à compter de la connaissance de l'atteinte, sans pouvoir toutefois excéder un délai de 10 ans à compter du décès. En d'autres termes, l'héritier inconnu et l'héritier inactif ne peuvent plus remettre en cause une succession au-delà de 10 ans. Il convient par ailleurs de noter qu'en toutes hypothèses, même si parfois l'existence de ces héritiers était inconnue de tous lors du décès, ces héritiers existaient bel au bien au jour du décès. Comparé aux héritiers inconnus et inactifs, l'héritier né par procréation *post mortem* présente donc une double particularité : la première est que cet héritier, par hypothèse, n'existait pas au jour du décès ; la seconde est que son droit de remettre en cause une succession trouve

sa cause, non pas dans une décision du défunt (cas de l'héritier caché) ou de l'héritier lui-même (cas de l'héritier inconnu ou inactif) mais dans la décision unilatérale d'une tierce personne, la veuve.

Si la procréation *post mortem* fait l'objet d'un encadrement temporel, de manière à ce que la naissance de l'enfant ne soit pas trop éloignée du décès du père, la période d'insécurité se trouvera alors réduite à ce délai. Toutefois, même si ce délai était relativement court, il ne serait pas acceptable qu'il paralyse le règlement de la succession. En effet, le règlement de la succession est nécessaire pour assurer aux héritiers un accès effectif au patrimoine du défunt (déblocage des comptes bancaires, transfert des biens, vente d'un bien immobilier, paiement des dettes etc). Le règlement de la succession est également indispensable pour permettre le calcul des droits de succession dus ainsi que leur paiement à l'Administration fiscale, lequel paiement doit intervenir en principe dans les 6 mois du décès, à peine de pénalités et intérêts de retard. Force est donc de constater qu'on ne saurait suspendre ce règlement un temps légal pendant lequel la veuve pourrait décider à sa guise de solliciter une procréation *post mortem*.

Il appartiendra donc au législateur de concilier le respect du droit de la veuve à solliciter une procréation *post mortem*, le respect du droit de l'enfant à hériter de son père et la nécessité de permettre le règlement des successions et de garantir la sécurité juridique.

– La question de l'égal accès des parents à la procréation *post mortem* :

Dans chacune des deux affaires ayant donné lieu aux jurisprudences évoquées ci-dessus, la demande d'assistance médicale à une procréation *post mortem* avait été formulée par la veuve et la décision a consisté pour les juges à autoriser l'exportation du sperme du mari décédé en vue d'une insémination de sa femme.

Dans l'hypothèse où le législateur viendrait à autoriser prochainement l'insémination *post mortem* et l'implantation d'embryon *post mortem* en faveur des femmes, la question de l'accès des hommes à une assistance à la procréation *post mortem* se poserait. Quid du veuf qui souhaiterait utiliser les gamètes de son épouse décédée pour mener à bien leur projet d'avoir un enfant ? Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes commande de poser la question. Toutefois, on devine rapidement que si la question doit être posée pour l'homme dans les mêmes termes, la réalisation effective d'une procréation *post mortem* à son profit n'a pas la même portée pratique dans la mesure où elle supposerait l'intervention d'une gestatrice pour porter l'enfant conçu avec les gamètes du couple. En d'autres termes, cela supposerait une GPA.

§ II – *CONSÉQUENCES DES SITUATIONS*

Que la naissance à l'étranger résulte des simples circonstances de la vie ou qu'elle procède d'une véritable intention voire d'une institution répréhensible, le fait de naître à l'étranger n'est pas sans conséquences sur les plans pratique, juridique et administratif.

Au surplus, le fait de naître d'un « contrat étranger », inconnu du droit français voire interdit par lui, pose bien entendu un certain nombre de difficultés supplémentaires.

A/ Impact sur la Nationalité

Le fait de naître à l'étranger peut tout d'abord avoir une conséquence sur la nationalité de l'enfant.

Lorsqu'un enfant naît en France, il acquiert automatiquement la nationalité française. En effet, la nationalité française peut s'acquérir par le sol.

Au contraire, lorsque l'enfant naît à l'étranger, la nationalité française ne peut s'acquérir par le sol. La loi française acceptant toutefois l'acquisition de la nationalité également par le sang, l'enfant né à l'étranger sera français si l'un au moins de ses parents possède la nationalité française.

Le droit français accepte la double nationalité ou plus largement, la pluri nationalité. L'enfant né à l'étranger pourra donc posséder, outre la nationalité française, une autre nationalité, par exemple, celle du pays de sa naissance.

Exemple : un enfant né aux États-Unis, de parents de nationalité française, aura la double nationalité française (par le sang) et américaine (par le sol).

Il convient de mesurer l'importance de la nationalité :

– La nationalité a tout d'abord une portée en droit interne.

En effet, elle confère à l'enfant un certain nombre de droits et de devoirs. Ces attributs classiques de la nationalité sont des plus variés et s'étendent du droit de vote à une élection jusqu'à la protection par l'État de ses ressortissants.

– La nationalité a aussi et surtout une portée dans un cadre international.

L'attention des praticiens sera ici plus particulièrement attirée sur deux impacts :

Impact sur l'applicabilité et sur l'application des conventions internationales :

La nationalité peut tout d'abord constituer le critère d'applicabilité d'une convention internationale. En effet, certaines conventions signées par la France ne sont applicables qu'aux ressortissants français. En d'autres termes, l'applicabilité même de la convention suppose que la personne possède la nationalité française. Citons, à titre d'exemple, la convention fiscale franco-monégasque du 1er avril 1950 visant à éliminer les doubles impositions en matière de succession. Contrairement à la grande majorité des conventions fiscales, lesquelles sont fondées sur la résidence, la convention franco-monégasque se fonde au contraire sur la nationalité et n'est applicable qu'aux ressortissants français et monégasques.

Par ailleurs, lorsqu'une convention est applicable, la nationalité peut constituer un élément impactant l'application *in concreto* des dispositions de la convention. Citons, à titre d'exemple, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 et le règlement UE du 24 juin 2016 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, lesquels prévoient tout deux que le régime matrimonial des époux est soumis, à défaut de résidence habituelle commune, à la loi de la nationalité commune du couple. En d'autres termes, la nationalité constitue ici, non plus un critère d'applicabilité de l'instrument juridique, mais un facteur de rattachement qui va donc influencer directement la situation juridique de la personne, par exemple, son régime matrimonial.

Impact sur les lois susceptibles d'être choisies par *profesio juris* :

Un nombre croissant d'instruments européens ayant pour objet de déterminer la loi applicable à une situation juridique présentant un élément d'extranéité ne se contentent pas uniquement d'édicter une règle de conflit de lois, mais offrent également aux intéressés le droit de choisir eux-mêmes la loi applicable à leur situation. Ce choix est toujours encadré et les lois susceptibles d'être choisies sont limitativement énumérées. Parmi elles, figure très souvent la loi de la nationalité. Citons, à titre d'exemple, le règlement successoral européen du 4 juillet 2012 qui permet de choisir, comme loi applicable à l'ensemble de sa succession, la loi de sa nationalité, aux lieu et place de la loi de sa résidence habituelle. Citons également le règlement dit Bruxelles II *bis* du 17 novembre 2003 qui permet de choisir, comme loi applicable à son divorce, la loi de sa nationalité. La nationalité constitue ici un facteur de rattachement permettant à l'intéressé de rattacher volontairement sa situation (par exemple, sa succession ou son divorce) à une loi qui lui est plus familière.

Ces instruments de règlement des conflits de lois, notamment les instruments de droit européen, accorde une place de plus en plus grande à l'autonomie de la volonté. Les praticiens doivent s'en réjouir, mais ils doivent aussi s'emparer de cette liberté, dans la définition de leur stratégie, en particulier, en matière de droit patrimonial de la famille. Leur attention est donc ici attirée sur l'importance de la nationalité et sur son impact sur ces stratégies.

B/ Accès au territoire national

L'enfant étant né à l'étranger, la question de son accès au territoire français se pose. Fréquemment, cette question se pose même immédiatement après la naissance, soit parce que les parents expatriés désirent organiser un voyage en France à l'effet de présenter leur héritier à leurs familles restées en France, soit parce que les parents souhaitent simplement rentrer chez eux, dans les cas évoqués où la naissance à l'étranger procède d'une véritable intention.

Les modalités d'accès au territoire français vont dépendre d'une part, des documents dont disposent l'enfant et d'autre part, de son pays d'origine.

Si l'enfant dispose d'un passeport délivré par son État de naissance, en raison par exemple du fait que cet État accorde la nationalité par le sol, l'enfant se trouvera alors soumis aux règles de visas que la France applique à l'égard des ressortissants de cet État. Ainsi, l'enfant pourra bénéficier d'une exemption de visa s'il détient le passeport d'un État dont les ressortissants bénéficient d'une telle exemption. Par exemple, un enfant né aux États-Unis pourra accéder au territoire français, sans visa, sur présentation de son passeport américain. Au contraire, si l'enfant détient le passeport d'un État dont les ressortissants ne sont pas exemptés par la France de visa, il devra alors solliciter un visa auprès du Consulat de France de son État de naissance.

Dans les hypothèses où l'enfant ne dispose pas d'un passeport délivré par son État de naissance – ce qui est le cas dans certains pays autorisant la GPA –, l'enfant devra donc solliciter, auprès du Consulat de France de son État de naissance, la délivrance d'un laissez-passer. En cas de refus, il lui sera alors possible de saisir le Tribunal administratif de Paris en référé liberté.

C/ Obtention d'un passeport français

Une fois l'enfant entré sur le territoire français, l'enfant pourra solliciter un passeport français, sur le fondement de la nationalité par le sang si l'un au moins de ses parents possède la nationalité française, comme évoqué ci-avant.

La demande devra être notamment accompagnée de l'acte de naissance étranger, le cas échéant traduit et apostillé.

À noter que la délivrance d'une carte nationale d'identité est de droit dès lors que l'on détient un passeport français.

À ce stade, l'enfant né à l'étranger est désormais présent sur le sol français, possède la nationalité française et dispose d'un passeport et d'une carte d'identité. Il lui reste encore à obtenir un acte de naissance français.

D/ Nécessité de Transcription

Le fait de naître à l'étranger a par ailleurs une conséquence sur les formalités d'État civil à accomplir.

Lorsqu'un enfant naît en France, les parents ont uniquement l'obligation de déclarer sa naissance à l'État civil. Cette déclaration est encadrée de diverses conditions de lieu et de délai, lesquelles ne posent, en pratique, aujourd'hui, plus aucune difficulté dans la mesure où les hôpitaux et maternités françaises prennent en charge ces formalités (à vérifier). Les parents obtiennent alors un acte français d'État civil, plus précisément un acte de naissance.

Au contraire, lorsque l'enfant naît à l'étranger, les parents vont devoir, non seulement respecter les formalités locales de déclaration des naissances – pour obtenir un acte de naissance étranger –, mais également et ensuite, requérir la transcription de cet acte de naissance étranger à l'État civil français. Cette transcription est effectuée par le Service Central d'État Civil du Ministère des Affaires Étrangères, lequel est situé à NANTES (44941), 11 rue de la Maison Blanche.

Ce Service, central et déconcentré, est compétent pour tous les évènements d'État civil survenus à l'étranger et qui concernent des ressortissants français : naissance, reconnaissance, adoption, mariage, divorce, décès.

La demande de transcription doit être effectuée auprès du Consulat de France (ou du service consulaire de l'Ambassade de France) situé dans le pays sur le territoire duquel l'enfant est né. Elle doit être accompagnée de l'acte de naissance étranger, de sa traduction et le cas échéant d'une Apostille(9).

La transcription rend l'évènement d'État civil survenu à l'étranger opposable à tous.

E/ Cas difficile de réception par la France de la Filiation : la GPA

Aux conséquences juridiques et administratives liées au fait de naître à l'étranger, s'ajoutent certaines difficultés supplémentaires, parfois complexes, lorsque la naissance résulte d'un « contrat étranger », inconnu du droit français voire interdit par lui.

(9) Lorsque l'acte de naissance est américain, l'Apostille est de niveau fédéral.

À titre préliminaire, il convient de noter que le recours à l'étranger est parfois totalement invisible. La FIV supplémentaire pratiquée à l'étranger ou une insémination home made demeurera totalement invisible en France s'il s'agit d'un couple hétérosexuel ou d'une personne célibataire. Le même recours le sera beaucoup moins pour un couple lesbien.

Mais c'est surtout la réception des naissances à l'étranger issues d'une GPA qui a donné lieu, en France et plus largement en Europe, aux jurisprudences les plus évolutives. Le sujet étant toujours au cœur de l'actualité la plus récente, il est ici proposé de revenir un instant sur l'évolution du droit positif français en la matière. On doit notamment cette évolution à la détermination des époux Mennesson, un couple français ayant eu recours à une gestatrice en Californie, laquelle a donné naissance, en 2000, à leurs deux jumelles. Depuis, le couple se bat pour obtenir la transcription complète, en France, des actes de naissance californiens qui les désignent comme parents légaux des jumelles.

Rappelons, pour commencer, que l'article 47 du Code civil dispose qu'un acte étranger fait foi sauf s'il ne correspond pas à la réalité.

Dans un premier temps, la jurisprudence a refusé de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une GPA sur les registres français d'État civil. La Cour de cassation validait ces refus de transcription au nom de l'ordre public international et de la fraude.

Il faut bien comprendre les enjeux. Les parents et les enfants concernés se retrouvaient dans une situation délicate et précaire : les enfants ne pouvaient pas obtenir la nationalité française, les parents d'intention ne disposaient pas de l'autorité parentale, les enfants n'avaient aucune vocation successorale, etc.

Une Circulaire du 25 janvier 2013, dite « Circulaire Taubira », est venue améliorer le statut de ces enfants, en leur permettant de circuler en France et d'avoir la nationalité française si leur père biologique est français. Le Conseil d'État a validé cette circulaire.

Par un arrêt du 26 juin 2014, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a condamné la France, en jugeant que le respect de la vie privée de l'enfant suppose qu'il puisse établir sa filiation. La Cour a déplacé ainsi le débat de l'intérêt de la société vers l'intérêt de l'enfant.

La Cour de cassation a donc obtempéré, par un arrêt d'Assemblée plénière du 3 janvier 2015, lequel autorise, sur le fondement de l'article 47 du Code civil, la transcription en France de l'acte de naissance de l'enfant. Toutefois, si la Haute Cour accepte la désignation du père, elle refuse, dans des arrêts du 5 juillet 2017, la désignation de l'épouse comme mère au motif que l'acte de naissance nie la réalité de l'accouchement. Le résultat concret est donc une transcription partielle de l'acte de naissance étranger : en d'autres termes, l'acte de naissance français ne mentionnera qu'un seul parent, savoir au cas particulier le « père ».

La Cour achève son œuvre prétorienne en invitant le conjoint à recourir à l'adoption, considérant, dans les mêmes arrêts de 2017, que le recours à la GPA ne fait pas obstacle à l'adoption. Il sera même précisé que ladite adoption peut être une adoption simple et même une adoption plénière.

À ce stade, la position française était claire et le processus semblait donc arrêté : dans un premier temps, transcription seulement partielle de l'acte de naissance

étranger avec désignation du seul père et dans un second temps, recours par la « mère d'intention » à l'adoption de l'enfant de son conjoint. La Cour de cassation estime avoir ainsi satisfait au contrôle de proportionnalité de la Cour européenne, dans la mesure où l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'enfant se trouve compensée par la possibilité pour le parent d'intention, évincé lors de la transcription, de recréer le lien de filiation grâce à l'adoption.

Il convient ici de noter que la position française actuelle n'a pas les mêmes conséquences selon que les parents d'intention sont un couple hétérosexuel, gay ou lesbien. En effet, le parent dont la filiation est initialement établie ne peut être aujourd'hui qu'un homme. S'il s'agit d'un couple hétérosexuel, l'épouse de cet homme pourra ensuite obtenir l'adoption. Il en est de même de l'époux de cet homme, s'il s'agit d'un couple gay, avec la particularité qu'il leur faudra choisir dès le départ lequel des deux sera le parent légal et lequel sera le parent adoptif. En revanche, un couple de femmes ne pourra obtenir aucune reconnaissance en France d'une GPA, puisque la filiation initiale ne pourra être établie pour aucune de ces deux femmes.

Un récent rebondissement a permis de reposer la question de la transcription complète de l'acte de naissance étranger. Ce rebondissement tient au nouvel article L. 452-1 du COJ, issu de la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la Justice du XXIe siècle, qui permet de demander le réexamen d'une affaire définitivement jugée s'il résulte d'un arrêt de la CEDH que la décision a été rendue en violation des Droits de l'Homme. C'est la matière de la GPA qui fait l'objet de la toute première utilisation de cette nouvelle procédure et les requérants ne sont autres que les époux Mennesson eux-mêmes, toujours déterminés à obtenir la transcription complète des actes de naissance californiens qui les désignent comme parents légaux de leurs jumelles (désormais âgées de 18 ans !). L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, le 4 octobre 2018, choisi de saisir, pour avis consultatif, la CEDH, utilisant pour la première fois, la procédure consultative introduite par le Protocole n° 16 à la Convention. Plus précisément, la Haute juridiction française pose trois questions :

– celle de savoir si sa jurisprudence, qui refuse la transcription de l'acte de naissance mentionnant, comme mère légale, la mère d'intention est conforme ou non à l'article 8 de la Convention,

– puis, celle de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention,

– enfin, dans l'affirmative, celle de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint permet de satisfaire ledit article 8.

À première vue, on pouvait – naïvement – penser que ces questions allaient amener la CEDH à dire laquelle de la réalité juridique et de la réalité biologique doit l'emporter. En d'autres termes, la vraie mère est-elle la mère génétique ou la mère de droit ?

Pour la jurisprudence actuelle française, la seule réalité est celle de l'accouchement : selon l'adage *Mater certa semper est*, la vraie mère est celle qui accouche. Même si autrefois, la mère qui accouche était assurément la mère génétique de l'enfant, il convient de noter que la position du droit français n'est pas, à proprement parler, fondée sur la vérité génétique. La filiation paternelle en est la meilleure illustration : sa transcription ne pose aucune difficulté à la France, alors même que la paternité biologique ne fait l'objet d'aucune vérification.

Faire prévaloir, pour la CEDH, la vérité biologique aurait consisté à consacrer que la vraie mère est la mère génétique de l'enfant. Cette position poserait deux difficultés. Tout d'abord, cela conduirait à créer une inégalité entre les mères, qui devraient justifier d'un lien génétique, et les pères, à qui, en l'état actuel des choses, rien n'est demandé. Nul doute qu'une telle discrimination fondée sur le sexe ne serait pas dans l'esprit des Droits de l'Homme !

Mais aussi et surtout, cela conduirait à créer une différence de traitement entre les mères d'intention elles-mêmes, selon qu'elles ont donné ou non leurs gamètes à l'enfant. Les mères d'intention, donneuses de gamètes, se verraient obtenir une transcription complète et obtiendraient donc la filiation par naissance, alors que les mères d'intention, qui n'ont pas donné (ou qui n'ont pas pu donner) leurs gamètes, devraient se contenter d'une filiation par le biais de l'adoption. Une telle discrimination entre les femmes selon qu'elles sont fécondes ou stériles n'est pas chose souhaitable.

Plus largement, retenir la vérité génétique reviendrait à maintenir d'une part, l'exclusion partielle des couples hétérosexuels (dont la femme est stérile) ainsi que des couples gays de la filiation par naissance, contraignant ceux-ci non seulement à recourir à l'adoption, mais aussi, par conséquent, au mariage, et d'autre part, l'exclusion totale des couples lesbiens (ces derniers ne pouvant, par hypothèse, pas obtenir l'établissement de la filiation initiale). Il en résulterait, là encore, des discriminations fondées ici sur l'orientation sexuelle.

L'autre solution pouvait être, pour la CEDH, de faire prévaloir la réalité juridique. L'idée est simple et consisterait à consacrer que les parents légaux d'un enfant sont ceux qui sont mentionnés sur son acte de naissance. Aussi, dès lors que l'acte de naissance étranger est conforme à la loi étrangère et dénué de fraude, il devrait alors faire l'objet d'une transcription complète à l'État civil français.

Une telle solution présenterait l'avantage de mettre fin à toutes les discriminations évoquées ci-dessus. En effet, les parents légaux pourront être indifféremment un couple hétérosexuel, gay ou lesbien et ce, même s'ils ne sont pas génétiquement les parents de l'enfant. En France, cette position a été défendue par certaines juridictions du fond. Citons par exemple, un jugement du TGI de Nantes en date du 8 mars 2018 qui, dans une affaire où les parents d'intention étaient deux hommes, a ordonné la transcription complète d'un acte de naissance américain les mentionnant tous deux comme parents légaux, au motif que cet acte était conforme à la réalité juridique instituée par cet État américain(10).

Faire prévaloir la réalité juridique revient donc à s'affranchir totalement de la réalité de l'accouchement et à considérer uniquement les parents légaux tels qu'ils sont définis par la loi étrangère.

Certains considèreront qu'il n'est pas acceptable de confier à une loi étrangère une institution aussi importante que celle de la filiation. Rien n'est pourtant ici très révolutionnaire. La même situation existe déjà, dans notre droit, pour d'autres institutions importantes, comme par exemple le mariage, d'où la reconnaissance par la France des mariages polygames valablement conclus à l'étranger.

(10) Il convient de noter que la position de la juridiction nantaise est importante dans la mesure où elle se trouve compétente pour toute la France, compte tenu de la présence à Nantes du Service Central d'État civil du Ministère des Affaires Étrangères.

Par un avis consultatif en date du 10 avril 2019, la CEDH a répondu à la sollicitation française. En résumé, si la Cour consacre un droit à reconnaissance de la filiation entre l'enfant né d'une GPA et sa mère d'intention, elle refuse de créer une obligation de transcription de l'acte de naissance étranger et accepte la voie de l'adoption.

Plus précisément, en ce qui concerne la première question posée par la France, la Cour a considéré que l'intérêt supérieur de l'enfant exige l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever et de subvenir à ses besoins, ainsi que sa possibilité de vivre dans un environnement stable. Elle considère donc que le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance de la filiation entre l'enfant et sa mère d'intention, consacrant ainsi un droit à reconnaissance de la filiation entre l'enfant né d'une GPA et sa mère d'intention.

En ce qui concerne la troisième question, après avoir précisé que la durée de l'incertitude dans laquelle se trouve l'enfant quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention devait être aussi brève que possible, la Cour a refusé d'imposer aux États une obligation de transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il mentionne la mère d'intention comme mère légale, considérant que le choix des moyens de reconnaissance de la filiation relèvent de la marge d'appréciation des États et peuvent consister en l'adoption, sous réserve de son effectivité et de sa célérité.

S'agissant de la France, cet avis valide donc le système issu de la jurisprudence de la Cour de cassation (transcription partielle puis adoption par la conjoint). En effet, seul est contraire au droit au respect de la vie privée de l'enfant, le refus par une législation d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents d'intention, même s'ils ne sont pas ses parents biologiques. En d'autres termes, il n'y a violation de la Convention que s'il y a refus total de filiation. Or, tel n'est pas le cas en France, puisque le droit positif accorde l'adoption et permet ainsi l'établissement de la filiation.

Cet avis doit être salué, en ce qu'il consacre un droit à reconnaissance de la filiation entre l'enfant né d'une GPA et sa mère d'intention.

Toutefois, on peut regretter que la CEDH ne se soit pas emparée de la question de savoir laquelle de la réalité juridique et de la réalité biologique doit l'emporter. D'ailleurs, la Cour n'a pas répondu un mot sur la deuxième question posée par la France : celle de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Doit-on déduire de ce silence, qu'il n'y a pas donc lieu de distinguer ? Cela reviendrait à considérer que la réalité biologique n'a donc pas à être prise en considération.

En consacrant le droit à reconnaissance de la filiation entre l'enfant né d'une GPA et sa mère d'intention, la Cour a implicitement mais nécessairement fait prévaloir la réalité juridique sur la réalité biologique. Toutefois, seule l'obligation de transcription complète de l'acte de naissance étranger aurait constitué une consécration de la réalité juridique. La Cour a refusé cette voie. Il n'est donc pas consacré que les parents légaux d'un enfant sont ceux qui sont mentionnés sur son acte de naissance.

Bref, en ne se prononçant pas de façon expresse sur la question de la distinction entre les enfants selon qu'ils sont conçus ou non avec les gamètes de la mère

d'intention et en n'allant pas au bout de la consécration juridique de l'acte de naissance étranger, la Cour a – probablement sciemment – éludé, en grande partie, la délicate de question de la réalité juridique et de la réalité biologique.

Cet avis doit en revanche être critiqué en ce qu'il considère l'adoption comme une voie suffisante.

Tout d'abord, pareille position revient à contraindre ces couples non seulement à recourir à l'adoption, mais aussi, par conséquent, au mariage.

Ensuite, il ne faut pas perdre de vue que l'adoption n'est possible que si le parent légal y donne son consentement. Le sort du parent d'intention dépendra donc du bon vouloir de son conjoint et ce, pendant une période très longue. Si finalement, après les longs mois de préparation de la GPA et après les 9 mois de la gestation, le parent légal refusait de consentir à l'adoption, le parent d'intention se verrait alors exclure de la filiation. Tel serait également sa situation, si l'un des membres du couple venait, à l'issue de la même période, à introduire un divorce.

Enfin, le processus de l'adoption qui requiert la transcription partielle de l'acte de naissance, puis le consentement à l'adoption par acte notarié et enfin le prononcé par le Tribunal de Grande Instance, suppose inéluctablement une certaine durée, laquelle proche d'une année, ce qui satisfait peu à l'exigence, pourtant posée par le même avis, que l'incertitude de l'enfant quant à sa filiation soit aussi brève que possible.

Eu égard aux contraintes et aux frais et délais qu'elle suppose, il est donc critiquable d'imposer la voie de l'adoption au parent d'intention. Pareille voie sera d'autant plus mal acceptée par le parent d'intention s'il a donné ses gamètes et se trouve être le parent biologique de l'enfant.

Enfin, cet avis ne répond pas, semble-t-il, à la situation des couples de femmes, lesquelles sont, en l'état, totalement exclues du système français (filiation et adoption) faute de pouvoir établir une filiation initiale.

Depuis cet avis, il est possible de relever un jugement du TGI de Nantes du 23 mai 2019 ordonnant la transcription complète à l'État civil français d'un acte de naissance américain, mentionnant comme parents d'une fillette née d'une mère porteuse à Orlando (Floride), son père biologique américain et sa mère d'intention française.

Ce jugement a été présenté comme une « *première judiciaire en France* » en ce qu'il reconnaît la « mère d'intention ». Pareille présentation est sinon erronée du moins excessive, dans la mesure où le Tribunal de Nantes ne fait ici que poursuivre sa jurisprudence antérieure en faveur d'une transcription complète(11).

Ce jugement doit toutefois être relevé dans la mesure où il est postérieur à l'avis de la CEDH du 10 avril 2019 et marque donc la volonté de la juridiction nantaise – compétente pour toute la France – de poursuivre sa jurisprudence dissidente de celle de la Cour de cassation.

Par ailleurs, ce jugement présente également un intérêt dans la mesure où contrairement à la CEDH qui avait soigneusement évité la question, la juridiction

(11) Cf. : jugement ci-dessus visé du TGI de Nantes en date du 8 mars 2018 ordonnant la transcription complète d'un acte de naissance américain mentionnant deux hommes comme parents légaux.

nantaise s'est avancée sur la délicate question de la réalité juridique et de la réalité biologique. En effet, le TGI de Nantes a motivé sa décision par le fait que l'enfant avait été conçu avec les gamètes de la mère d'intention. Rappelons que son jugement du 8 mars 2018, ordonnant la transcription complète d'un acte de naissance américain mentionnant deux hommes comme parents légaux, faisait prévaloir la réalité juridique, à savoir que les parents légaux d'un enfant sont ceux qui sont mentionnés sur son acte de naissance. Ce jugement de 2018 était d'autant plus significatif que les parents d'intention étaient deux hommes.

En motivant son jugement de 2019 par le fait que l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention, le TGI de Nantes fait ici, au contraire, prévaloir la réalité génétique. En d'autres termes, la vraie mère serait la mère de droit (réalité juridique) sous réserve toutefois de démontrer que l'enfant a été conçu avec ses gamètes (réalité génétique).

Si cette preuve du lien génétique est une condition supplémentaire à la transcription complète, alors cette jurisprudence sera vite perçue comme étant, non pas une « avancée inédite pro GPA », mais une « régression », dans la mesure où elle exclut de la transcription complète les couples hétérosexuels dont la femme est stérile et les couples gays.

Enfin, ce jugement mérite d'être relevé car le TGI de Nantes a également motivé sa décision par le fait que « *la solution qui a été proposée par la Cour de cassation* » (transcription partielle puis adoption) « *n'était pas possible, dans le cas d'espèce, Monsieur (…) étant de nationalité américaine et ne pouvant demander la transcription partielle de l'acte de naissance de son enfant sur les registres français* ».

À juste titre, les juges ont donc souligné qu'en l'état actuel du droit français, aucune possibilité de reconnaissance du lien de filiation maternelle n'était offerte à l'enfant, ce qui constituait bien une atteinte significative au droit au respect de sa vie privée.

Force est de constater, devant ces récentes jurisprudences, que la réception des naissances à l'étranger issues d'une GPA reste délicate et que la question de la transcription partielle ou complète à l'État civil français des actes de naissance étrangers mentionnant les parents d'intention est loin d'être réglée.

Proposition : introduire une GPA à la française

À l'instar de toute pratique ou institution au carrefour de la science, de l'éthique et du droit, la question de la reconnaissance de la GPA suscite de vifs débats dans notre société. Quelle que soit l'opinion de chacun, le juriste se doit de constater qu'aujourd'hui des enfants naissent bel et bien de la GPA. Le juriste de droit international se doit également de constater que la GPA est autorisée par la loi, dans certains pays, comme au Canada, dans certains États des États-Unis (Texas et Californie) et du Mexique, au Royaume-Uni, en Thaïlande et en Ukraine, sans citer les pays où elle est autorisée par la jurisprudence. Face à ce double constat de l'existence d'enfants et de l'existence de lois étrangères, la France pourrait continuer à tirer, tant bien que mal, les conséquences sur notre territoire de situations nées à l'étranger, étant ici souligné toutefois que la conséquence consiste ici en la personne d'un enfant.

Nous proposons, au contraire, que la France s'empare de cette question, comme elle a su le faire par le passé pour l'adoption ou l'IVG, et introduise dans notre droit,

une GPA « à la française », c'est-à-dire, une GPA reprenant les valeurs françaises et notamment républicaines :

– le recours à la GPA française devrait, comme toute PMA, être gratuite. En effet, seule une gratuité permet de garantir une égalité d'accès, par opposition à la situation actuelle où compte tenu de son coût élevé et de son extranéité, la GPA se trouve de fait réservée aux couples aisés,

– la prestation fournie par la gestatrice devrait, à l'instar des dons d'ovocytes et des dons de sperme, être non rémunérée. Bien entendu, un certain nombre de frais devront lui être remboursés, cette prise en charge devra être assurée par la Sécurité Sociale, afin de satisfaire l'exigence de gratuité et d'égalité d'accès,

– la GPA française ne pourrait intervenir, comme toute PMA, que dans un cadre clinique, permettant ainsi de garantir une sécurité médicale et sanitaire, par opposition aux dérives actuelles,

– cet encadrement clinique permettrait, dans les éventuels cas particuliers, d'encadrer l'accès par un comité éthique, au cas par cas.

TITRE II

L'UNION À L'INTERNATIONAL

CHAPITRE I

LA DÉTERMINATION DU RÉGIME MATRIMONIAL DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

Nul doute de l'importance de la matière dans notre pratique notariale quotidienne.

La détermination du régime matrimonial pour les couples mariés se retrouve dans tous les actes journaliers que nous régularisons au nom et pour le compte de personnes engagées dans les liens du mariage : le contrat de mariage par excellence, mais aussi lors d'une acquisition, une vente, un divorce, une succession ou même un acte de constitution de société.

À l'échelon international, la détermination du régime matrimonial est tout autant importante. Toutefois, la question est épineuse. Tout d'abord, tous les États ne connaissent pas la notion de régime matrimonial. Ensuite, il n'existe pas dans le monde d'harmonisation relative aux régimes matrimoniaux(1) dans le sens d'un régime matrimonial universel. Chaque État pose en effet les jalons qui viennent gouverner les règles entre les époux et les effets de leur mariage à l'égard de leurs biens et des tiers. Enfin, dans le temps le régime matrimonial n'est pas immuable ; il évolue parfois à l'issue même des époux entraînant une véritable insécurité juridique pour les couples mobiles.

Vu de notre hexagone, le droit international privé français est lui-même complexe et ne facilite pas la tâche du notaire et des couples mariés – Admettons-le ! À ce jour, il comprend trois sets de règles de conflits de lois applicables en fonction de la date de célébration du mariage des époux.

Afin de s'y retrouver, nous aborderons de façon pratique ces trois systèmes. L'idée étant de permettre à chacun d'entre nous de mieux s'orienter dans les méandres de

(1) À l'exception de l'accord franco-Allemand sur le régime de la participation aux acquêts du 4 févr. 2010 ; D. nº 2013-488 du 10 juin 2013 portant publication de l'accord.

la détermination du régime matrimonial dans l'ordre international ! Nous ne rentrons donc pas dans des détails tant rappelés par les meilleurs ouvrages sur le sujet et articles de doctrine conséquents.

§ I – *PREMIÈRE ÉTAPE : QUELLE EST LA DATE DE CÉLÉBRATION DU MARIAGE ?*

La première étape consiste pour le praticien à s'interroger sur la date de célébration du mariage car c'est elle qui indique en effet sous quel set de règles de droit international privé français se trouvent les époux afin de déterminer leur régime matrimonial.

3 périodes sont à distinguer :

Mariages célébrés avant le 1er septembre 1992 : Application des règles françaises de droit commun

Mariages célébrés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 : Application des règles de la Convention de La Haye du 14 mars 1978

Mariages célébrés depuis le 29 janvier 2019 : Application des règles issues du Règlement Européen sur les Régimes Matrimoniaux du 24 juin 2016.

§ II – *QUELLE LOI POUR LES ÉPOUX MARIÉS AVANT LE 1er SEPTEMBRE 1992 ?*

Pour les époux mariés avant le 1er septembre 1992, les règles françaises de droit international privé concernant la détermination du régime matrimonial relèvent de la jurisprudence française qui consacre le principe de l'autonomie de la volonté des époux. Cela veut dire que les époux sont libres de déterminer la loi applicable à leur régime matrimonial.

L'expression de la volonté peut être expresse ou implicite ; et à défaut il peut résulter d'un choix tacite.

A/ Un choix exprès

La situation est alors très simple : les époux au moyen d'un contrat de mariage par exemple ont exprimé vouloir choisir une loi applicable à leur régime matrimonial et de manière subséquente un régime matrimonial.

En principe, le choix de loi n'est pas conditionné. Il peut donc s'agir de n'importe quelle loi ! Autrement dit, un choix de loi que l'on qualifierait comme éloigné des parties mais exprimé dans un contrat de mariage est valable.

Exemple :

Deux époux de nationalité française et résidant en France dans les années 80' se sont mariés en 1987 à Rome en Italie, ils ont choisi la loi Italienne applicable à leur régime matrimonial. Ce choix de loi est valable quand bien même les époux n'entretiennent pas de liens objectifs avec l'Italie.

B/ Un choix implicite

La cour de cassation précise que « la volonté présumée des époux ne doit être recherchée, pour la détermination de leur régime matrimonial, que s'il n'existe pas de choix exprès fait par les conjoints »(2). En d'autres termes, si le choix de loi n'est pas clairement exprimé, il faut le rechercher au moment de la célébration du mariage. Ce choix de loi peut par exemple résulter des termes employés dans le contrat de mariage tel les articles du Code civil ou encore de l'autorité qui a établi le contrat de mariage, comme le notaire français(3).

Ce cas est d'ailleurs très répandu pour tous les contrats de mariage régularisés pour les mariages avant le 1er septembre 1992, où très souvent aucune clause relative à la loi applicable au régime matrimonial n'est indiquée. En revanche, il est quasiment systématiquement indiqué les articles du Code civil faisant référence au régime matrimonial choisi.

C/ Un choix tacite

En l'absence de choix exprès, la jurisprudence française constante et datant de 1935(4) précise que la loi applicable au régime matrimonial des époux mariés présentant un lien d'extranéité relève de la volonté des époux. Il y a donc lieu de rechercher quelle fut été la volonté des époux au moment de la célébration du mariage. Mais sur quels critères les interroger ? Il faut rechercher la volonté commune des époux de localiser les intérêts pécuniaires du ménage. Selon la jurisprudence française, les époux sont présumés avoir localisé leurs intérêts pécuniaires à leur premier domicile matrimonial. Le premier domicile matrimonial est estimé à deux ans d'après le CRIDON. Toutefois, il s'agit d'une présomption simple. Ainsi, il a été jugé qu'un couple maroco-algérien marié volontairement devant le consul du Maroc en France selon le régime marocain de la séparation de biens quand bien même leur premier domicile matrimonial était en France(5). La volonté expresse de se marier devant les autorités consulaires entraîne d'après la jurisprudence choix de loi.

En pratique, il faut être prudent ! À défaut de contrat de mariage, il ne faut pas imposer un régime matrimonial aux époux par déduction de faits approximatifs. Il est conseillé d'interroger ces derniers sur leur vie matrimoniale depuis la célébration de leur mariage. À défaut d'éléments précis, il pourra être conseillé aux époux de procéder par acte séparé à une déclaration de loi applicable à leur régime matrimonial afin de lever toute incertitude.

(2) Cass. 1re civ., 6 juillet 1988, Rev. Crit. DIP 1989, p. 360, note G. Khairallah.

(3) Hélène Péroz, Eric Fongaro, Droit International Privé Patrimonial de la Famille, LexisNexis, 2e édition, no 426.

(4) Cass. req., 4 juin 1935, arrêt Zelcer.

(5) Cass. 1re civ., 22 nov. 2005.

Suggestion de clause relative au régime matrimonial dans la comparution des personnes :

Précision étant ici faite que M.. ..... , marié(e) en ..... (citer pays / État) avant l'entrée en vigueur de la convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux du 14 mars 1978, déclare avoir établi son premier domicile matrimonial aussitôt après la célébration de son mariage en ..... (citer pays / État) pour une durée de ...., de sorte que d'après les règles de droit commun sur les régimes matrimoniaux, la loi applicable au régime matrimonial des époux ..... est la loi ..... (citer pays / État) et plus précisément le régime légal de .....

Enfin, il est à noter que pour tous les époux mariés avant le 1er septembre 1992, la loi applicable à leur régime matrimonial est pérenne. En d'autres termes, la loi applicable au régime matrimonial ne change pas au cours du mariage, sauf volonté contraire.

§ III – *QUELLE LOI S'APPLIQUE AUX ÉPOUX MARIÉS ENTRE LE 1er SEPTEMBRE 1992 ET LE 28 JANVIER 2019 ?*

La convention de La Haye du 14 mars 1978 prend le relais de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial des époux mariés à compter du 1er septembre 1992, date à laquelle elle est entrée en vigueur en France. Pour mémoire, la convention ne lie que la France, le Luxembourg et les Pays-Bas. Pour ces trois pays seulement il existe une harmonisation des règles de conflits, en revanche les autres États européens conservent pour cette période leurs propres règles de conflits de lois en la matière(6).

Bien que ne liant que trois États, il n'empêche que la convention de La Haye s'applique de façon universelle. En d'autres termes, le notaire français est lié par la convention quand bien même les époux sont de nationalité autre que française, hollandaise ou luxembourgeoise ou encore quand bien même les époux se sont mariés dans un État autre que les trois cités.

Nous étudierons ici deux situations récurrentes de notre pratique :

Le cas où les époux n'ont pas désigné de loi applicable à leur régime matrimonial et celle-ci est à rechercher.

Le cas où les époux ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial mais celle-ci est à vérifier.

A/ Rechercher une loi applicable au régime matrimonial – une loi par défaut

Le cas est fréquent puisque à vrai dire peu de couples établissent de contrat de mariage ou de déclaration de loi applicable au moment de la célébration de leur mariage, le sujet étant probablement peu romantique. Pourtant comme on le verra l'absence de désignation de loi applicable au régime matrimonial entraîne dans

(6) L'Autriche et le Portugal ont signé la convention mais ne l'ont pas ratifiée.

certaines situations l'application d'une loi par défaut dont on est peu familier et un régime matrimonial non souhaité.

L'article 4 de la convention de La Haye instaure les règles aux critères objectifs de détermination par défaut de la loi applicable au régime matrimonial et pose un principe et de nombreuses exceptions.

I/ Principe : loi de la première résidence habituelle après le mariage

Il y a lieu en l'espèce de rechercher la première résidence habituelle des époux après leur mariage. Il s'agit d'une notion de faits, le notaire doit alors questionner les époux sur leur vie matrimoniale après leur mariage, leur lieu de vie.

En pratique, la résidence habituelle sera assez facile à prouver, les époux peuvent la justifier au moyen de taxe d'habitation, facture d'électricité, assurances logements, ou carte de résident pour certains États.

Une telle preuve pourrait être annexée à l'acte dont la détermination de la loi applicable est posée afin de lever tous soupçons ou incertitudes futures.

Suggestion de clause :

En effet M et M^me^ +++, marié(e)s en +++ (citer pays / État) après l'entrée en vigueur de la convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux du 14 mars 1978, déclarent avoir établi leur première résidence habituelle après la célébration de leur mariage en +++ (citer pays / État), de sorte que d'après les règles de droit international privé, la loi applicable au régime matrimonial des époux ++++ est la loi ++++ (citer pays / État) et plus précisément le régime légal de +++.

Un justificatif de leur première résidence habituelle est ci-annexé.

Ce régime matrimonial n'a pas fait l'objet de modification judiciaire ou conventionnelle.

II/ Exception : la loi nationale commune des époux

Le recours à la loi nationale commune des époux sera dès lors que les époux ont tous les deux la loi nationale commune d'un État contractant qui a fait une déclaration en faveur de sa loi. En l'espèce, seuls les Pays-Bas ont effectué cette déclaration en faveur de la loi nationale commune plutôt que la loi de la résidence habituelle après le mariage.

Exemple :

Deux époux néerlandais se sont mariés en 1996 à Paris et résident depuis leur mariage à Paris, ils sont tous deux soumis au régime néerlandais de la communauté universelle.

Exception à l'exception : la loi de la nationalité commune s'efface dès lors que les époux conservent leur résidence habituelle après leur mariage dans l'État dans lequel ils résidaient tous deux au moins 5 ans avant le mariage.

Exemple :

Deux époux néerlandais se sont mariés en 1996 à Paris où ils résidaient tous les deux depuis 1989, ils sont soumis au régime français de la communauté de biens réduite aux acquêts.

La loi de la nationalité commune s'appliquera encore lorsque les époux n'ont pas établi de première résidence habituelle après le mariage.

Exemple :

Deux époux marocains se sont mariés à Rabat en 1995. Monsieur s'est installé en France tandis que Madame est restée au Maroc. D'un point de vue français, ils sont soumis au régime marocain de la séparation de biens.

Attention ! Si au bout d'un certain nombre d'années Madame rejoint Monsieur en France, ils y établiront ainsi leur première résidence habituelle, et tomberont de facto sous l'application de la loi française et du régime de la communauté de biens réduite aux acquêts. Deux lois viendront donc se succéder dans le temps posant ainsi des difficultés de liquidation du régime matrimonial.

III/ Exception : la loi de l'État qui présente les liens les plus étroits

Cette hypothèse visée est rare en pratique certes, mais existe. Il s'agit du cas où les époux n'ont ni résidence commune ni nationalité commune. La solution se reporte ainsi sur la loi de l'État avec lequel les époux entretiennent des liens les plus étroits.

En pratique, il faudra rechercher l'État par exemple sur lequel les époux possèdent des biens ou encore le lieu de célébration du mariage.

En pratique encore, il sera plus que bienveillant de conseiller aux époux de procéder à une déclaration de loi applicable au régime matrimonial afin de suspendre toute incertitude sur la question.

IV/ Exception : la mutabilité automatique de la loi applicable

Le point noir du changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial peut être défini à l'article 7 de la Convention de La Haye. Fort critiqué en doctrine et par les praticiens, la convention de La Haye prévoit le mécanisme par lequel une loi initialement applicable à un régime matrimonial peut changer en cours de vie matrimoniale. Ainsi en fonction des faits, plusieurs lois successives peuvent s'appliquer à un même couple marié, mais par-là surtout, différents régimes matrimoniaux !

Tel sera le cas lorsque les époux fixent leur résidence habituelle dans l'État de leur nationalité commune et tel sera le cas lorsque les époux ont fixé leur résidence habituelle commune dans un État pour une durée de dix ans.

Exemple :

Les époux Poisson sont tous les deux de nationalité française. Ils se sont mariés à New York en 2012 sans avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage ou convention matrimoniale assimilée. Les époux Poisson sont au regard de la convention de La Haye soumis au régime matrimonial de l'État de New York assimilé à une séparation de biens puisqu'ils y ont établi leur première résidence habituelle après le mariage. Monsieur Poisson rentre en France en janvier 2018 et acquiert un bien immobilier locatif à Paris, il s'agit alors d'un bien personnel. En juillet de la même année, M^me^ Poisson rentre en France avec les enfants. Il s'opère alors un changement automatique de loi en faveur de la loi française. Il y a en effet convergence entre la nationalité commune des époux et l'état de résidence. Monsieur Poisson décide d'acquérir un nouveau bien immobilier en septembre 2018, celui-ci tombera dans la communauté de biens réduite aux acquêts.

Exemple :

Les époux Klein se sont mariés à Berlin en Allemagne en 2001 où ils ont résidé jusqu'en 2005 avant d'emménager à Strasbourg. Ils sont ainsi soumis au régime allemand de la communauté différée des augments depuis leur mariage jusqu'en 2015 année du changement automatique de loi en faveur de leur état de résidence, la France et le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts.

B/ Vérifier un choix de loi exprimé

Il arrive que dans les méandres du droit international privé, des époux conscients des difficultés patrimoniales dans un contexte international aient exprimé un choix de loi gouvernant leurs relations patrimoniales. Puisque rapide, il est tentant de conclure que ce choix de loi exprimé s'applique automatiquement. À y regarder de près, il faut rappeler que la convention de La Haye certes propose aux époux de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial, encore faut-il que ce choix soit correct.

La convention de La Haye prévoit en effet un choix limité avant le mariage, il ne peut s'agir qu'une des lois suivantes :

1. *la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;*
2. *~~la~~ la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;*
3. *~~la~~ la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.*

Ou encore, *en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.*

En pratique, il convient de bien lire le contrat de mariage ou la convention matrimoniale assimilée et s'assurer que le choix de loi exprimé correspond bien à un des choix prévus par la convention de La Haye.

Exemple :

Deux époux français résidant en France se marient à Las Vegas, État du Nevada en 2012. Ils y établissent une convention matrimoniale devant un avocat qui applique le droit de l'État du Nevada. Les époux ne connaissent aucun lien de rattachement avec l'État du Nevada autre que le lieu de célébration du mariage, ainsi la convention matrimoniale ne pourra être retenue pour établir la loi applicable au régime matrimonial. En revanche, la loi dans lequel les époux ont établi leur première résidence habituelle après leur mariage sera applicable, en l'espèce la France.

C/ Vérifier la validité du contrat établi

Si un choix de loi applicable a été exprimé par les époux encore faut-il qu'en la forme il soit valable pour être applicable. Ainsi le notaire doit en plus de la vérification du choix de loi, apprécier celle de la forme du contrat. Pour être valable d'après la convention de La Haye, le contrat de mariage doit respecter une des deux lois, savoir : celle applicable au régime matrimonial ou celle applicable au lieu de conclusion du contrat de mariage (solution dite *locus regit actum*)

Exemple :

Deux époux de nationalité américaine ont établi à New York un contrat de mariage sous seing privé dans l'État de New York, prévoyant une séparation de biens, ce contrat de mariage sera valable.

En revanche, deux français qui établissent en France un contrat de mariage sous seing privé entre deux avocats et choisissant la loi française applicable à leur régime matrimonial n'est pas valable, il en sera différemment pour un couple franco-britannique qui établit en France un contrat de mariage sous seing privé dans lequel ils choisissent la loi britannique applicable à leurs relations patrimoniales.

En pratique, il est important de vérifier que la forme de la convention est respectée à défaut de quoi le choix de loi est considéré comme nul. La loi applicable au régime matrimonial sera donc celle établie d'après l'article 4 de la Convention de La Haye.

D/ La convention de La Haye est-elle la seule convention applicable aux époux mariés après le 1er septembre 1992 ?

La question peut surprendre tant on distingue systématiquement les trois périodes en doctrine.

Toutefois, il est bon de rappeler comme le souligne Mariel Revillard dans son incontournable ouvrage sur le « droit international privé et européen : pratique notariale », la convention de La Haye de 1978 précise qu'elle ne « *déroge pas aux instruments internationaux auxquels un État contractant est ou sera partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente convention* »(7).

(7) Convention de La Haye du 14 mars 1978, art. 20.

Ainsi La convention franco-italienne du 3 juin 1930 est toujours applicable pour les époux mariés entre le 7 janvier 1935 et le 10 juin 1940 donnant compétence à la loi nationale commune des époux et visant le cas des époux italiens en France et français en Italie.

Il faut également signaler la convention franco-polonaise du 5 avril 1967 entrée en vigueur le 1er mars 1969 et la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 entrée en vigueur le 1er décembre 1972 continuant à jouer entre la France et la République de Slovénie, la Serbie, le Monténégro, la Bosnie-Herzégovine et le Kosovo. Elle ne lie plus la France et la Croatie, ni la France et la Macédoine.

§ IV – *QUELLE LOI APPLICABLE POUR LES ÉPOUX MARIÉS DEPUIS LE 29 JANVIER 2019 ?*

L'année 2019 est décidément internationale ! En effet, outre deux congrès nationaux sur le sujet, les couples mobiles en Europe ont été mis à l'honneur avec l'entrée en vigueur le 29 janvier de cette année du Règlement Européen du 26 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

Le règlement européen sur les régimes matrimoniaux répond à ce besoin d'harmonisation des règles de conflits sur le sujet pour les couples en Europe. Pour autant, il ne s'applique pas à l'ensemble des pays européens puisque seuls dix-huit pays(8) sont liés par le règlement. Toutefois comme pour les autres règlements, son application est universelle. Ainsi les règles prévues dans le règlement s'appliquent quand bien même les époux se sont mariés dans un état tiers ou sont des ressortissants d'états tiers.

Les règles de détermination que nous exposerons rapidement ici sont celles qui s'appliquent par défaut uniquement aux époux mariés à compter du 29 janvier 2019 (entendu le 29 janvier inclus). Les règles relatives au choix de loi sont étudiées *infra*.

Comme pour le régime de la Convention de La Haye, en l'absence de détermination de loi applicable à leur régime matrimonial, les époux ne sont pas laissés pour compte. Le texte européen prévoit ainsi qu'à défaut l'état de la première résidence habituelle commune des époux après le mariage(9) vient déterminer la loi applicable au régime matrimonial. À la différence du régime précédent, il s'agit bien de la première résidence habituelle après le mariage.

Exemple :

Les époux Bertin se sont mariés à Lyon le 1er mars 2019 où ils sont restés une dizaine de jours proches de leur famille après le mariage avant de rejoindre Rome

(8) Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Slovénie et Suède.

(9) Règlement Européen 2016/1103, art. 26.

où ils résident ensemble aujourd'hui. Les époux Bertin sont ainsi mariés sous le régime de la loi italienne. La loi italienne gouvernera l'ensemble du patrimoine des époux situé en Europe.

À ce principe, il y a des exceptions. Ainsi à défaut de première résidence habituelle commune après le mariage, la loi nationale commune est retenue pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial. Toutefois, ce critère sera exclu si les époux ont deux nationalités communes.

En pratique, ce cas de figure se trouvera rare. Aussi, il devra être suggéré aux époux de fixer par acte séparé et d'après les règles posées à l'article 22 et suivants du Règlement européen une déclaration de loi applicable à leur régime matrimonial.

Enfin si les époux n'ont ni première résidence habituelle commune, ni nationalité commune (ou ni résidence habituelle commune et deux nationalités communes) la loi de l'État présentant des liens étroits avec les époux est alors applicable.

En pratique, bien que le cas se présentera rarement il faudra tenir compte de la situation des biens, du lieu de célébration du mariage ou encore d'une nationalité des époux. Là encore pour lever toute incertitude présente et future, il est important que le notaire suggère une déclaration de loi applicable au régime matrimonial aux époux.

Enfin par exception et dans des cas seulement exceptionnels, la loi applicable par défaut au régime matrimonial des époux mariés à compter du 29 janvier 2019 peut être celle de la dernière résidence habituelle commune des époux. Cette exception ne peut être appliquée que par une autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial(10). La demande ne peut émaner que d'un des époux lequel doit démontrer que le couple avait sa dernière résidence habituelle dans un état en particulier et cela pendant une période bien plus longue que celle de la première résidence habituelle de sorte que les époux avaient considéré ce dernier état comme celui par lequel ils avaient organiser leurs rapports patrimoniaux. Cet article du règlement européen peut être perçu comme une bombe à retardement. En effet, la saisine judiciaire se glissera souvent dans le cadre d'un contentieux entre les époux.

En pratique, une fois n'est pas coutume l'article 26-3 du règlement européen doit amener les notaires à conseiller leurs clients de fixer la loi et les règles applicables au régime matrimonial.

Afin de s'y retrouver dans les diverses règles et régimes, il est ici présenté de façon synthétique les principes applicables dans le temps.

(10) Règlement Européen 2016/1103, art. 26-3.

Époux mariés	AVANT 01/09/1992 Droit commun	ENTRE 1992 → 2019 Conv. La Haye	APRÈS 29/01/2019 Règlement UE
LORS DU MARIAGE			
Choix de loi	Contrat de mariage	Déclaration de loi applicable (DLA) - loi nationale de l'un - loi résidence habituelle de l'un - loi situation immo	Déclaration de loi applicable (DLA) - loi nationale de l'un - loi résidence habituelle de l'un
Loi matrimoniale (à défaut de choix)	Loi du 1er domicile commun	→ Loi de la 1ère résidence habituelle commune /!\ 3 exceptions → loi de la nationalité commune - à défaut de résidence commune et de nationalité commune → loi liens les plus étroits	→ Loi de la 1ère résidence habituelle commune - à défaut → loi de la nationalité commune - à défaut de résidence commune et de nationalité commune → loi liens les plus étroits

Époux mariés	AVANT 01/09/1992 Droit commun	ENTRE 1992 —› 2019 Conv. La Haye	APRÈS 29/01/2019 Règlement UE
CHANGEMENT EN COURS DE MARIAGE			
Mutabilité automatique de la loi	NON	OUI /!\ 3 cas → loi de la résidence habituelle commune (non rétroactif)	NON
Changement volontaire de loi			
- Avant 1992	Impossible si interdit par la loi matrimoniale initiale		
- Entre 1992 et 2019	Art. 6 Conv. La Haye	Art. 6 Conv. La Haye - loi nationale de l'un - loi résidence habituelle de l'un - loi situation immo (rétroactif, sauf conv. contraire)	
- A partir de 2019	Art. 22 Règlement UE	Art. 22 Règlement UE	Art. 22 Règlement UE - loi nationale de l'un - loi résidence habituelle de l'un (non rétroactif, sauf convention contraire)

CHAPITRE II

LE CONTRAT DE MARIAGE « INTERNATIONAL »

« *Ainsi la somptueuse atmosphère d'une fête agissait sur les esprits au moment de signer le contrat. Lors de la crise, les lampions allumés flambaient sur leurs ifs, et le roulement des premières voitures retentissait dans la cour. Les deux notaires dînèrent avec les deux fiancés et la belle-mère. Le premier clerc de Mathias, chargé de recevoir les signatures pendant la soirée en veillant à ce que le contrat ne fût pas indiscrètement lu, fut également un des convives* »(11).

Le notaire est en France l'acteur incontournable du contrat de mariage puisqu'il joue un rôle préventif compte tenu de la gravité des conséquences du contrat entre les époux et vis-à-vis des tiers(12).

La présence du notaire réduit ainsi les vices de fond et de forme, et donc la remise en cause ultérieure du contrat, voire sa nullité ce qui engendrait on le comprend de lourdes conséquences pour les époux d'une part et les tiers d'autre part.

C'est ainsi au notaire que revient la lourde tâche de s'assurer que le contrat de mariage régularisé entre les futurs époux remplisse l'intégralité des conditions de fond et de forme du contrat.

Mais son rôle ne s'arrête pas sur ce point. Le notaire n'est pas limité qu'à une simple rédaction du contrat retranscrivant ainsi les volontés et choix des futurs époux, le notaire est également tenu d'un devoir de conseil dont la mission est d'informer les parties sur le fond du contrat et ses conséquences. Pour ce faire et afin de garantir sa responsabilité(13), le notaire doit s'informer sur la situation personnelle, familiale, professionnelle et patrimoniale des futurs époux, mais aussi sur leurs intentions. Le conseil doit être donné aux futurs époux concrètement au regard de leur situation personnelle en les éclairant et en appelant leur attention de manière complète et circonstanciée sur la portée, les effets et les risques sur les régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations. En d'autres termes, le conseil donné doit être « sur-mesure »(14).

Dans un contexte de mobilité accrue des personnes, le « sur-mesure » inclut la dimension internationale du contrat de mariage et oblige le notaire à sortir des sentiers battus en s'intéressant de près à l'intention même des parties qui dans ce contexte pourrait être remise en cause par une juridiction étrangère, notamment

(11) Honoré de Balzac, Le Contrat de Mariage, Scène de la privée (1835).

(12) Voir en ce sens : JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 30 : Contrat de mariage. – Forme, Publicité, Antériorité ; Michel Grimaldi, *Droit Patrimonial de la Famille*, Sixième édition, Édition Dalloz, p. 85, n° 121.09 et suivants.

(13) *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 3e édition, 132.101.

(14) « *Cette obligation suppose donc que les notaires soient en capacité de prouver qu'ils ont rédigé une consultation sur-mesure aux futurs époux. Afin de se prémunir d'éventuels contentieux, le recours à un écrit semble inévitable* ». Cass. 1re civ., 3 oct. 2018, n° 16-19619, commentaire Paula Peltzman, *Gaz. Pal.* 8 janv. 2019, n° 339h8, p. 54.

dans les paysde *common law* où la place du contrat est prépondérante. Le notaire doit ainsi revoir le contenu mais aussi la forme du contrat de mariage tels connus classiquement dans nos études et s'intéresser aux éléments d'extranéité existants entre les futurs époux voire anticiper ceux à venir. Il est nécessaire de s'affranchir des clauses types et de se les réapproprier afin que le contrat de mariage puisse voyager, traverser les frontières et devenir le véritable « passeport patrimonial des couples mariés ».

§ I – *L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DES FUTURS ÉPOUX CONSACRÉE*

Les futurs époux sont potentiellement tous des époux internationaux. Les futurs époux peuvent au moment de la conclusion du contrat de mariage être de nationalité différente, résider dans un État différent de leur État d'origine, posséder des biens dans plusieurs pays. Dans le futur, les époux peuvent changer de résidence plusieurs fois, acquérir de nouveaux biens dans des pays différents.

L'idée du contrat de mariage international réside dans la volonté que ce contrat puisse satisfaire naturellement aux exigences de forme et/ou de fond de droit français mais aussi celles de droit étranger puisqu'il aura vocation à s'exécuter dans une voire plusieurs juridictions étrangères, en raison notamment d'une résidence à l'étranger, d'une acquisition, d'une vente, d'un divorce ou d'un décès. Le notaire doit alors auditer les parties sur leurs volontés et leurs intentions afin d'apporter un conseil et une rédaction circonstanciée.

Puisqu'il s'agit d'un contrat, son préambule amènera le rédacteur à en définir les contours, savoir un lexique juridique approprié et un rappel de l'intention des parties.

A/ Un préambule : lexique juridique et intention des parties

Lexique Juridique : Le vocabulaire juridique renvoie à des notions et concepts qui sont propres à une langue mais aussi à la législation d'un pays donné. D'un État à l'autre, les mots utilisés peuvent avoir une définition ou une portée différente.

Compte tenu de la diversification des langues et des juridictions, le contrat de mariage international peut inclure en préambule un lexique juridique circonstancié venant préciser le sens et la portée des principaux mots utilisés.

Suggestion de clause :

« Aux fins du présent contrat, on entend par :

Époux : Personne unie dans les liens du mariage avec une autre personne »

L'intention des parties : L'intention des parties en préambule du contrat de mariage vient tout d'abord préciser le champ matériel du contrat. Il s'agit de définir l'objet même du contrat dans des termes étayés, savoir les droits et obligations de chacun des époux relatifs à l'ensemble de leur patrimoine dans leurs rapports entre eux et à l'égard des tiers. Cela peut surprendre le juriste français, mais il faut garder à l'esprit

que tous les États ne connaissent pas forcément de législation encadrant les droits et obligations des époux pendant le mariage tel au Royaume-Uni[15].

Exemple :

Il conviendra d'encadrer la notion de régime matrimonial et de dissolution du mariage qui peut prendre fin de différentes manières d'un État à l'autre[16].

Le préambule permet de déterminer le champ géographique du contrat. En effet, le but du contrat de mariage « international » est de pouvoir circuler, ainsi il est important de préciser que le contrat de mariage s'appliquera quel que soit la résidence des époux et la situation des biens meubles et immeubles composant leur patrimoine pendant leur mariage.

Toutefois, il faut alerter les parties sur les limites de l'exécution du contrat en raison notamment des règles d'ordre public de l'État du for (cf. *infra*).

Enfin, le préambule nécessite de préciser les éléments qui sont exclus de son périmètre.

Exemple :

Exclusion des règles relatives au droit des successions, à l'exception des avantages matrimoniaux qui pourraient prendre effet en cas de dissolution du mariage par décès en droit français. En revanche, cela ne dispense pas le notaire d'informer les parties sur les règles successorales en matière internationale et notamment de la possibilité de désigner la loi applicable à sa future succession au moyen d'une disposition à cause de mort.

Suggestion de clauses :

« Article XXXX – champ d'application matériel du présent contrat

Le terme « régime matrimonial » recouvre l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution ».

« Article XXXX – Exclusion des règles relevant du droit des successions

Les futurs époux entendent et conviennent que, sauf l'effet d'un avantage matrimonial prévu aux termes des présentes prenant effet uniquement en cas de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, le présent contrat ne régit pas les règles applicables en cas de succession de l'un des futurs époux, nonobstant le fait que le conjoint survivant ait ou non une vocation successorale dans la succession de son époux ».

(15) « *The starting oint for the financial relations of the spouses today is that marriage as such has no effect on their proprietary or other financial relationships* ». Jens M. Scherpe, England and Wales, A jurisdiction wihtout a matrimonial property regime, Régimes Matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe, Société de Législation Comparé, Volume 23.

(16) En droit français, le mariage se dissout par la mort de l'un des époux ou par le divorce légalement prononcé (Code civil français, Article 227). En Mauritanie par exemple, la répudiation vient s'ajouter aux causes de dissolution du mariage.

B/ Le choix de la loi applicable au régime matrimonial

I/ Le principe de l'autonomie de la volonté en droit européen

a) De l'intérêt de choisir une loi applicable au régime matrimonial

Le principe de l'autonomie de la volonté repose sur l'idée que les époux sont libres d'organiser leurs relations patrimoniales et par là la possibilité de choisir la loi qui sera applicable à leurs rapports patrimoniaux(17).

L'intérêt premier de choisir une loi applicable à son régime matrimonial permet d'écarter une loi applicable par défaut qui serait insatisfaisante pour le couple.

Exemple :

Un couple de français dont la résidence habituelle commune après le mariage serait située en Allemagne. Ce couple serait au regard des critères de rattachement posés par le Règlement Européen sur les régimes matrimoniaux soumis au régime allemand de la communauté de biens différée des augments, et qui pourrait ne pas répondre à leurs besoins communautaires à la française.

Dans la même perspective, il est à noter que ledit règlement européen ne retient pas le mécanisme du renvoi lorsque la loi applicable par défaut est celle d'un État tiers(18) le tout afin de préserver l'unité de la loi applicable au régime matrimonial. Si la résidence habituelle commune des époux après leur mariage est située dans un état tiers, la loi de cet état devient applicable à leur régime matrimonial.

Exemple :

Un couple de français s'établit au Maroc après leur mariage. Le droit marocain renvoie à la loi nationale des époux, pour autant en dépit de ce renvoi et d'un point de vue européen, la loi applicable au régime matrimonial des époux sera la loi marocaine prévoyant une séparation de biens.

Enfin, choisir la loi qui sera applicable au régime matrimonial des époux mobiles permet d'écarter l'insécurité juridique établie à l'article 26 § 3 du règlement européen où un époux peut demander aux autorités judiciaires l'application de la loi de la dernière résidence habituelle. Il s'agit certes d'une clause d'exception qui ne peut jouer que de façon exceptionnelle et circonstanciée, toutefois elle ne peut jouer qu'à la demande d'un seul des époux et être décidée par une autorité judiciaire, ce qui suppose une saisine judiciaire et donc un contentieux. Procéder à une déclaration de loi applicable au régime matrimonial prévient ainsi d'un futur contentieux entre les époux ou leurs ayants droits.

b) Des critères objectifs

L'intérêt étant démontré, le contrat de mariage « international » nécessite donc de choisir la loi qui sera applicable au régime matrimonial, mais quelle loi au juste ?

(17) Patrick Wautelet, Le droit européen des régimes matrimoniaux des couples, Société de Législation comparée, P. 201-202 ; H. Peroz et E. Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2e éd., LexisNexis, 2017, 196, nº 572.

(18) Règlement Européen Régimes Matrimoniaux, art. 32.

On ne reviendra pas sur les critères de la Convention de La Haye de 1978 qui sont à l'heure de notre congrès devenus en partie obsolète(19). Les critères de la convention de La Haye ne peuvent donc plus être utilisés par des futurs époux ou des époux aux fins de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial. Pour une étude complète de ces critères, on renverra nos lecteurs et auditeurs aux nombreux articles et ouvrages parus depuis 1978 jusque très récemment(20).

Les critères contemporains de choix de loi applicable au régime matrimonial par lesquels le notaire français est lié sont posés par le Règlement Européen sur les régimes matrimoniaux du 24 juin 2016, on le rappelle entré en vigueur depuis le 29 janvier 2019 et applicables aux couples mariés à compter du 29 janvier 2019(21). Ces critères orientent les couples à choisir une loi avec laquelle ils présentent des liens étroits(22).

Deux critères de rattachement que l'on peut qualifier de proximité sont retenus(23). Il peut ainsi s'agir soit de :

a) la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention;

ou b) la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention.

Critère de résidence habituelle

Le règlement européen sur la loi applicable au régime matrimonial comme le règlement succession n'offre pas de définition de la résidence habituelle(24). C'est une notion de faits. Il doit s'agir de la résidence stable et permanente d'un des époux au moment de la conclusion de la convention, peu importe si celle-ci est différente après le mariage. Le choix porte sur l'instant de la conclusion du contrat.

---

(19) Pour rappel, les critères de la Convention de La Haye sont toujours applicables aux couples mariés entre le 1er septembre 1992 et le 29 janvier 2019 afin de déterminer la loi applicable par défaut.

(20) Mariel Revillard, Droit International privé et européen : pratique notariale, *Defrénois*, 9e édition, p. 265 et s. ; Hélène Peroz, Eric Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, Éd. LexisNexis, 2e édition p. 157.

(21) Rectificatif au règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JOUE, L 183 du 8 juillet 2016 prévoit que le chapitre III du règlement 2016/1103 « n'est applicable qu'aux époux qui se sont mariés ou qui ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial à partir du 29 janvier 2019 » Bull. CRIDON Paris, 15.02-01.03.19, no 4-5, p. 19.

(22) Règlement Européen 2016/1103, considérant 43 et 45) ; Marianne SEVINDIK, Le choix de la loi applicable, Règlement (UE) 2016/1103 Régimes Matrimoniaux, Règlement (UE) 2016/1104 Partenariats Enregistrés, Bruxelles 23 octobre 2018 ; Christine Bridge, Le nouveau droit communautaire des régimes matrimoniaux (Loi applicable et limitation des risques d'insécurité juridique), Les Petites Affiches, 9 oct. 2017, no 201, p. 9.

(23) Règlement Européen 2016/1103 DU CONSEIL du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, Article 22.

(24) Éric Fongaro, Le choix de la loi applicable au régime matrimonial, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière no 16, 20 avril 2018, 1166.

Critère de nationalité

Le critère de la nationalité est un critère large. Il peut en effet tant s'agir de la nationalité commune des époux, ou bien de l'un d'entre eux seulement. Le critère de la nationalité est un critère inhérent à la personne puisque l'attribution d'une nationalité est donnée par un État. Cette ouverture du critère de la nationalité s'explique notamment par le remaniement des règles d'attribution de la nationalité par les États où de moins en moins le mariage confère automatiquement la nationalité à un époux(25).

Il ne peut s'agir que de la nationalité dont dépend l'époux au moment de la conclusion de la convention. On ne peut donc retenir une hypothétique nationalité. Celle-ci doit être effective et justifiée au moment de la signature de la convention(26).

Le critère de la nationalité présente néanmoins des difficultés

Une *première* difficulté se pose dans l'hypothèse où un des futurs époux ou époux posséderaient plusieurs nationalités. Quel choix exercer ? Une nationalité prime-t-elle sur l'autre ? Le règlement ne se prononce pas sur le choix de loi entre plusieurs nationalités mais suggère que dans cette hypothèse le choix porte bien sur « un » État dont un des futurs époux ou époux possède la nationalité. Les conflits de nationalité ne sont pas tranchés par le règlement mais relèvent du droit national(27), aussi le conflit de nationalité ne doit pas « influencer la validité du choix de la loi applicable effectué conformément au présent règlement ». Le choix effectué est un choix objectif. La personne choisie la loi dont elle possède la nationalité et non la loi de l'État avec lequel elle entretient des liens étroits(28). D'apparence ouvrant une sorte de *forum shopping*, il faut garder à l'esprit que le choix de loi doit tout de même être intentionnel, répondre à un choix commun des époux.

Une *seconde* difficulté se pose lorsque l'État désigné ne connaît pas un système unifié, comme c'est le cas par exemple aux États-Unis, au Canada, au Royaume-Uni ou encore en Espagne. Quelle loi faut-il précisément désigner ? Dans cette hypothèse, le règlement européen(29) distingue deux situations selon si l'État désigné connaît des règles internes de conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux ou pas.

---

(25) Patrick Wautelet, Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples, Société de Législation comparée, p. 205.

(26) Le notaire n'est pas un juriste compétent pour juger de la régularité au regard des règles d'immigration d'une personne physique. Toutefois, le notaire doit s'assurer de la nationalité effective du ressortissant, d'autant quand la nationalité sera le critère retenu pour régir les règles patrimoniales des époux pendant le mariage. En pratique, une copie certifiée conforme de la pièce d'identité ou passeport sera annexée au contrat de mariage. Au surplus, si la nationalité du futur époux est due à un changement de nationalité copie du décret ou de son équivalent étranger pourra être annexé à l'acte.

(27) Considérant 50 « *la question de savoir comment considérer une personne possédant plusieurs nationalités constitue une question préalable qui n'entre pas dans le champ d'application et devrait relever du droit national* ».

(28) Patrick Wautelet, Le droit européen des régimes matrimoniaux des couples, Société de Législation comparée, P. 207 ; H. Peroz et E. Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2e ed., LexisNexis, 2017, 196, nº 572.

(29) Règlement Européen 2016/1103, Article 33.

Dans l'hypothèse où l'état désigné connaît lui-même des règles de conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, ces règles doivent alors être prises en compte. Cela suppose en amont de la rédaction du contrat de prendre attache auprès d'un juriste de droit local pour bien connaître les règles de conflits applicables(30). Dans l'hypothèse où l'état désigné ne connaît pas lui-même des règles de conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux(31), la référence à la nationalité s'entend « comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle les époux présentent des liens étroits ». Ce critère pallie ainsi la défaillance de conflits de lois interne de l'état désigné. Il ne s'agit plus là d'un critère objectif mais subjectif, écartant ainsi la volonté des époux. Pour y remédier, il faut que le choix de loi coïncide avec celui de l'état avec lequel le couple a des liens les plus étroits(32).

La loi retenue doit être celle répondant aux critères retenus par le règlement. En d'autres termes, un choix de loi qui porterait sur un droit dérivé serait nul et non avenu et serait applicable la loi par défaut en vertu des critères de l'article 26 du règlement.

En pratique, le notaire doit informer les futurs époux des différents choix de loi possibles offerts aux couples et inviter ces derniers à choisir une loi qui leur ressemble, savoir une loi avec laquelle les époux entretiennent des liens étroits. Ce sera le cas par exemple d'un français et d'un allemand qui résident en France et choisissent la loi française ou encore deux français qui résident en Belgique et finalement choisissent le droit français.

Suggestion de clause

Informés par le notaire soussigné des choix de lois possibles offerts par le Règlement Européen du (UE) 2016/1103 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux, en tant que de besoin et conformément à son article 22, Monsieur +++ et Madame ++++ déclarent vouloir soumettre l'intégralité de leurs relations juridiques et financières à la loi de l'État de ++++,

****** variante 1 : nationalité ******

loi de la nationalité de M +++++++ au jour de la conclusion des présentes.

Une copie du passeport de M +++++ est ci-annexée.

****** Variante 2 : résidence habituelle *******

loi de la résidence habituelle de M +++++ au jour de la conclusion des présentes

Une copie d'un justificatif de résidence habituelle de M +++ est ci-annexée.

(30) Valérie Parisot, Le droit européen des régimes matrimoniaux des couples, Société de Législation comparée, p. 333 et p. 336.

(31) Ce qui est le cas aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni.

(32) Véronique Parisot, Le droit Européen des régimes patrimoniaux des couples, Société de Législation comparée, p. 341-342.

c) Étendue du choix de loi : une loi unique

Le grand intérêt des règlements européens de droit de la famille dont le règlement sur les régimes matrimoniaux repose sur le principe de l'**unité**(33) de la loi dans un souci de sécurité juridique. Ainsi la loi choisie s'applique à l'ensemble du patrimoine des époux, quelle que soit la nature des biens qui le composent et leurs situations. Le morcellement de lois n'est plus. Le choix de loi partielle est donc exclu(34). Sur ce point, on ne pourra plus choisir la loi de situation des biens immobiliers, critère autrefois connu de la Convention de La Haye et très souvent appliqué par la pratique(35). Pour le notariat français, le règlement européen sur les régimes matrimoniaux renoue ainsi avec le système jurisprudentiel français, qui était applicable aux époux mariés avant le 1er septembre 1992 lequel consacrait l'impérativité du caractère unitaire du régime(36).

d) La loi choisie par les époux n'est pas la loi française

Le notaire français peut-il établir un contrat de mariage dans lequel la loi applicable au régime matrimonial est une loi autre que la loi française ?

Le notaire français est avant tout un juriste de droit français, titulaire d'un diplôme d'aptitude aux fonctions de notaires ou diplôme de notaire lequel délivré par l'état français avec pour base l'étude du droit notarial français, et ce n'est pas les quelques heures de droit comparé ou de droit international privé inscrit dans son cursus universitaire qui font du notaire français un juriste de droit étranger. La question peut donc surprendre ! Pour autant, si les actes notariés doivent être écrits en langue française, rien n'interdit au notaire français d'établir un contrat de mariage dont la loi applicable au régime matrimonial et donc son contenu serait une loi différente de celle pour laquelle il a été formé. Bien au contraire, la Convention de La Haye hier et le règlement européen sur les régimes matrimoniaux aujourd'hui l'y incite. D'application universelle, la loi choisie que ce soit celle basée sur le critère de la nationalité ou celui de la résidence habituelle peut-être celle d'un état membre mais aussi d'un état tiers, offrant ainsi une multitude de choix de lois possible.

Exemple :

Sur requête de futurs époux Brésiliens résidant en France, le notaire français peut établir un contrat de mariage dans lequel la loi brésilienne est la loi applicable au régime matrimonial.

Pour des questions de connaissances juridiques et de responsabilité professionnelle évidente, ce cas de figure sera plutôt rare en pratique.

(33) Règlement Européen 2016/1103, Article 21.

(34) Considérant 43 « Pour des raisons de sécurité juridique, et afin d'éviter le morcellement du régime matrimonial, la loi qui s'y applique devrait régir le régime matrimonial dans son ensemble, c'est-à-dire l'intégralité du patrimoine couvert par ledit régime, quelle que soit la nature des biens et indépendamment du fait que ceux-ci sont situés dans un autre État membre ou dans un État tiers ».

(35) On pense en particulier aux nombreuses déclarations de loi applicable effectuées par le biais de l'article 6 de la Convention de La Haye avec adoption de la communauté universelle par les clients anglo-saxons au moment de l'acquisition d'un bien immobilier en France dans le but souvent d'échapper à la réserve héréditaire de droit français.

(36) Cass. 1re civ., 12 juin 1979, *D.* 1980. 202, note F. Boulanger, Rev. Crit. DIP 1981, p. 491, note H. Battifol.

Toutefois, le contrat pourra être reçu en la forme authentique française sur modèle émanant d'un juriste de droit étranger.

Au surplus et bien que coûteux s'il se présente[37], le recours à un certificat de coutume très détaillé notamment relevant des principes mêmes du régime matrimonial étranger (entendu de droit autre que français), des droits et obligations des époux et de l'étendue de leurs droits en cas de dissolution du régime matrimonial sera nécessaire à la bonne rédaction du contrat. Le certificat de coutume devra être traduit en langue française, voire légalisé ou apostillé selon, pour être annexé au contrat de mariage. Au surplus, un entretien en présence d'un juriste de droit étranger assurant la bonne compréhension par les futurs époux est nécessaire.

e) L'assurance de l'effectivité du choix de loi

On vient de le voir, le notaire français, attaché aux règles de droit européen, respecte le principe de l'autonomie de la volonté des époux dans la détermination de la loi applicable à leur régime matrimonial. Toutefois, le conseil du notaire ne s'arrête pas sur ce point. Encore faut-il s'assurer de l'effectivité du choix retenu. En effet, si le principe de l'autonomie est largement reconnu, tous les états, par définition tiers au règlement européen, ne le reconnaissent pas. Dans cette hypothèse, seules les règles de conflits de l'état du for s'appliqueront. Dans d'autres situations, quand bien même le principe de l'autonomie de la volonté est consacré, les critères de rattachement de l'état du for ne sont pas toujours semblables aux critères retenus par le règlement européen. Il faut alors s'adapter, cela ne veut pas dire s'écarter des critères européens mais s'assurer que le critère retenu sera reconnu dans l'état où le contrat aura potentiellement vocation à s'exécuter.

Exemple :

Un couple franco-allemand résidant en Italie, qui opte pour la loi italienne et qui après le mariage part finalement s'installer à New York, puis divorcent.

Les États-Unis sont un état tiers au Règlement Européen sur les régimes matrimoniaux, comme ils l'étaient avec la Convention de La Haye. De quelle manière sera apprécié le choix de loi compris dans un contrat de mariage français par le juge américain ? Le droit américain traditionnellement basé sur le principe de la liberté contractuelle reconnaît ainsi tout naturellement le choix de loi applicable au régime matrimonial dans un contrat de mariage[38]. Les époux peuvent ainsi librement par contrat choisir la loi applicable à leurs relations financières que celle-ci adopte un régime séparatiste ou un régime communautaire. En conséquence, les tribunaux sont par principe liés par le choix de loi exprimé par les époux dans leur contrat.

Toutefois, le choix de loi exprimé par les époux, qui par définition est étranger au système connu du juge américain, sera-t-il reconnu et exécuté par ce dernier ? La question est tout à fait légitime quand on connaît la place de l'équité dans les pays de common law.

(37) Patrick Wautelet, *op. cit.*, « Travailler sur base d'un contrat soumis à une loi étrangère s'avérera dès lors plus onéreux et plus risqué. Seule une collaboration poussée avec un professionnel formé à la loi choisie peut garantir l'efficacité du choix ». p. 210.

(38) Restatement (Second) Conflict of Laws, § 258 ; Uniform Premarital Agreement Act (UPAA) (1983) § 3 (a) 7 ; Uniform Premartial and Marital Agreements Act (UPMAA) (2012) § 4.

En effet, tout d'abord le juge américain n'est pas lié par les critères de résidence habituelle et/de ou nationalité retenue par le Règlement Européen puisqu'il n'en est pas membre. Non plus, il n'existe de critères de rattachement objectif aux États-Unis. Les critères sont davantage subjectifs. Ainsi si le choix de loi est admis, il peut toutefois être écarté(39) *par les tribunaux américains si celui-ci n'entretient pas de relation particulière avec le couple*(40). *Cela pourrait être le cas du contrat de mariage établi entre ce couple composé d'un français et d'un allemand qui choisissent la loi italienne applicable à leur régime matrimonial, compte tenu qu'il s'agit de la loi de l'État dans lequel ils ont tous les deux leur résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat. Si le couple Franco-germanique s'installe quelque temps après son mariage aux États-Unis, la loi italienne, pourtant désignée par le couple et applicable au régime matrimonial, pourrait très certainement être écartée par le tribunal américain estimant que celle-ci n'a au bout de quinze ans de mariage par exemple plus aucun rapport avec la vie matrimoniale du couple.*

Le critère de la mobilité dans le temps est d'ailleurs souvent retenu par les tribunaux américains pour écarter un choix de loi considérant que les parties ont abandonné leur accord initial sur le choix de loi après s'être installées aux États-Unis, cet abandon correspondant finalement à l'intention des parties(41).

Ensuite, la loi choisie pourra tout autant être écartée si dans son application celle-ci se révèle contraire à l'ordre public de l'état dans lequel elle doit s'exécuter. Sur ce point par exemple, la doctrine américaine(42) *s'interroge si le choix d'un régime de séparation de biens étranger serait applicable dans le sens où les règles du contrat peuvent interférer sur le partage des biens qui lui relève davantage de l'équité que du partage des biens stricto sensu.*

Exemple :

Un couple franco-allemand qui s'installe en Égypte. En droit égyptien, les conflits de lois ne reconnaissent pas systématiquement le choix de loi applicable au régime matrimonial. Ainsi d'après le Code civil égyptien(43)*, si un des conjoints est de nationalité égyptienne au moment du mariage, seule la loi égyptienne sera applicable en matière de mariage et des effets du mariage y compris les effets patrimoniaux. En revanche, si les deux époux sont étrangers, seule la loi nationale du mari sera applicable aux effets patrimoniaux du couple. Un couple composé d'un époux allemand et d'une épouse française résidant en Italie qui choisit la loi italienne applicable à leur régime matrimonial, ledit contrat ne portera aucun effet en Égypte. Seule la loi allemande sera applicable et reconnue en Égypte en dépit d'un choix de loi même motivé et circonstancié dans le contrat de mariage.*

(39) Restatement (Second) Conflict of laws, § 187.

(40) J.R. v.E.M., 44 Misc. 3d 1211(A).997 N.Y.S.2d 669 (Sup 2014) ; Stein-Sapir v. Stein-Sapir, 52 A.D.2d, 115, 382, N.Y.S. 2d 799 (1st Dep't 1976).

(41) Ana Laquer Estin, *Marriage and divorce conflicts in international perspective*, Duke Journal of Comparative and International Law, Spring 2017, 515.

(42) M. Read Loore, American Law Institute, *Practical Tax and Estate Planning for non citizens who reside in the United States*, 2012, 678-679.

(43) Article 10-28 du Code civil Égyptien.

En pratique, afin de s'assurer de l'efficacité du choix de loi, le notaire en charge de la rédaction du contrat de mariage doit en amont interroger les futurs époux ou époux sur leurs futurs projets internationaux. Ont-ils pour objectif de s'installer dans un pays étranger, si oui lequel et pour combien de temps ? Le choix de loi devra répondre aux critères du droit européen certes mais également s'accorder avec le potentiel pays d'exécution.

C/ Clauses de juridictions

Le règlement européen sur les régimes matrimoniaux recouvre également le domaine de la compétence judiciaire dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial présentant un élément d'extranéité. Le règlement prévoit la possibilité à l'article 7(44) pour les époux d'organiser une élection de for dès lors qu'il y aura à un moment donné de leur vie matrimoniale lieu de trancher une question portant sur leur régime matrimonial.

Cette possibilité est toutefois limitée. Tout d'abord, l'élection de for ne peut intervenir que dans les cas prévus à l'article 6 du règlement, savoir en dehors des cas de succession ou de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage. Ce qui laisse un champ d'application assez restreint.

Ensuite, le choix de loi est encadré lui-aussi. Les futurs époux ne peuvent choisir que le juge de l'état membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22, loi de la résidence habituelle d'un époux ou de la nationalité d'un époux au moment de la désignation ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), ou les juridictions de l'état membre dans lequel le mariage a été célébré ont une compétence exclusive pour statuer sur les questions concernant leur régime matrimonial.

En présence d'une élection de for, le juge désigné par les futurs époux est exclusivement compétent. Mais attention, il ne peut que s'agir de la loi d'un état membre, les parties ne peuvent pas établir une clause de juridiction portant sur la loi d'un état tiers au règlement. Ainsi un couple franco-polonais résidant en Pologne ne peut choisir le juge polonais pour statuer sur ces questions, puisque la Pologne n'est pas membre du règlement européen sur les régimes matrimoniaux. En revanche, rien n'empêche ce couple de choisir la loi polonaise applicable à leur régime matrimonial puisque loi nationale d'un des époux. Toutefois, la cohérence juridique veut que le juge choisi pour les questions relatives à l'interprétation du régime matrimonial soit le même que celui de la loi choisie pour régir les règles du régime matrimonial(45).

---

(44) Règlement Européen Régimes Matrimoniaux, Art .7 « *Élection de for 1. Dans les cas visés à l'art. 6, les parties peuvent convenir que les juridictions de l'État membre dont la loi est applicable en vertu de l'article 22 ou de l'article 26, paragraphe 1, point a) ou b), ou les juridictions de l'État membre dans lequel le mariage a été célébré ont une compétence exclusive pour statuer sur les questions concernant leur régime matrimonial. 2. La convention visée au paragraphe 1 est formulée par écrit, datée et signée par les parties. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite* ».

(45) Marie-Christine de Lambertye-Autrand, Le droit européen des régimes matrimoniaux des couples, Société de Législation comparée, p. 103.

§ II – *LE CONSENTEMENT DES PARTIES*

La validité au fond du contrat de mariage passe nécessairement par le consentement des parties tant sur le choix de la loi applicable au régime matrimonial que sur les autres clauses relatives au contenu même du contrat. L'article 24 du Règlement Européen 2016/1103 pose ainsi le principe général selon lequel l'existence de l'accord et la validité matérielle tant du choix de loi que de toute clause issue de ce choix de loi relève de la loi choisie dans le contrat par les parties si celle-ci était valable. En clair, on soumet la validité du consentement au droit interne de la loi déclarée par les parties dans le contrat que celle-ci soit valable ou pas, c'est-à-dire à une loi putative.

Il faut bien comprendre que la notion de consentement est indépendante de celle relative à la capacité des époux, puisque la notion de capacité est expressément exclue du champ d'application du règlement(46). La question de savoir si le consentement relatif aux clauses du contrat est valable ou non se posera en cas de désaccord entre les époux sur le choix de loi et ses conséquences patrimoniales, tel au moment d'un divorce provoquant le partage des biens du couple. Il ne suffit pas que les termes du contrat soient écrits, datés et signés par les époux pour être valables ; les termes du contrat doivent au surplus avoir été consentis clairement par les époux afin de leur garantir la sécurité juridique et un meilleur accès à la justice. En droit français, le contrat pourrait être écarté sur des fondements basés sur l'erreur, le dol ou la violence(47).

En droit français, il n'existe pas de délai minimum entre la signature du contrat de mariage et la célébration du mariage. Pourtant, on pourrait imaginer que la signature du contrat de mariage dans un délai très rapproché de la célébration du mariage pourrait selon les faits être requalifiée de sorte de pression pré-mariage entraînant une absence de consentement.

Tout praticien que nous sommes, nous avons le devoir de nous assurer du consentement des parties au moment de la préparation et de la signature de tout contrat. S'il est difficile d'identifier des cas de pression psychologique par exemple, dès lors que la situation présente un élément d'extranéité comme dans l'hypothèse d'un couple bi-national, le notaire doit s'assurer de la bonne compréhension par l'époux non français de la portée du contenu du contrat ce qui implique son consentement quant au choix de la loi applicable et de son contenu.

En pratique, la rencontre et les échanges avec les futurs époux ainsi que l'envoi systématique d'un projet d'acte avant la signature du contrat sont des étapes indispensables à la mise en évidence du consentement.

Au surplus, si un des époux ne comprend pas le français, la traduction de l'acte dans la langue de confort de l'époux non francophone ainsi que la présence d'un traducteur de préférence assermenté sont obligatoires.

Si la nécessité d'un consentement semble une évidence, son existence doit transparaître dans le contrat même et c'est en sens que nous devons adapter les clauses

(46) Règlement Européen 2016/1103, Article 1er, 2. a).
(47) Code civil français, Article 1130.

du contrat de mariage. En effet, rappelons que le règlement européen prévoit une clause « trappe » permettant à l'époux qui déclare ne pas avoir consenti au choix de loi ni aux clauses incluses dans la convention de mariage de se fonder sur la loi applicable dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie pour contester le choix de loi ainsi que son contenu. Il s'agit d'une appréciation de faits. C'est au vue des circonstances de l'espèce (et espérons-le, peu fréquentes) que ladite dérogation pourra s'appliquer.

En ce sens, la seule indication du consentement des parties dans l'acte notarié est-elle suffisante pour attester du consentement ? Ne devrait-on pas dans ces circonstances s'assurer du consentement libre et éclairé par une audition individuelle et préalable de chacun des futurs époux par le notaire, voire un juriste tiers comme il est d'usage dans les pays anglo-saxons ? La question est ouverte !

§ III – *L'ÉTENDUE DU CONTRAT DE MARIAGE INTERNATIONAL OU LES CLAUSES RELATIVES AU RÉGIME MATRIMONIAL CHOISI*

A/ La nature des clauses choisies : Un clausier circonstancié

Le choix du régime matrimonial

La loi choisie est une première étape, le choix du régime matrimonial en est une seconde. Le règlement européen n'enferme pas le choix du régime matrimonial. Le choix est libre pourvu qu'il s'agisse d'un régime matrimonial appartenant à la loi choisie. Les futurs époux ou époux peuvent ainsi tout autant choisir un régime légal qu'un régime conventionnel. Le règlement européen inclut en effet dans la définition du régime matrimonial notamment « toutes les règles facultatives qui peuvent être fixées par les époux conformément à la loi applicable »[48].

En pratique, les mécanismes du régime matrimonial choisi devront être détaillés comme pourrait l'être un certificat de coutume. Il ne suffit pas de faire référence aux articles du Code civil français pour le cas d'un choix de régime français mais d'expliquer son contenu, le sens et la portée des dispositions du Code civil relatifs à la composition des patrimoines, aux pouvoirs respectifs des époux, leurs responsabilités, les règles de dissolution et de liquidation du régime matrimonial. Il faut garder à l'esprit que ce contrat de mariage international a vocation à voyager et donc à s'exécuter hors de France. Or, tout juriste étranger ne connaît pas forcément les subtilités du Code civil français, il lui faut donc les lui présenter.

Le régime primaire

L'unité de la loi telle décrite *supra* s'étend également au régime primaire si celui-ci existe dans la loi choisie. En effet le règlement semble inclure le régime primaire dans la notion de régime matrimonial laquelle est définie[49] comme « l'ensemble des règles

(48) Règlement Européen 2016/1103, considérant 18.
(49) Règlement Européen 2016/1103, art. 3.

relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution » et le considérant 18 précise que la notion de régime matrimonial englobe « non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent pas déroger, mais aussi toutes les règles facultatives qui peuvent être fixées par les époux conformément à la loi applicable, ainsi que les règles supplétives de la loi applicable ».

La pédagogie de la rédaction du contrat de mariage international oblige le notaire à rappeler les règles du régime primaire de la loi choisie. Ainsi, si la loi française est choisie par les parties, la rédaction d'un paragraphe relatif aux règles impératives en droit français(50) sera inclus et détaillé dans le contrat de mariage.

Suggestion de clause : Choix pour la loi française – rappel de la règle de l'article 215 alinéa 3 du Code civil français

« Article xxxx – CONSENTEMENT DES ÉPOUX POUR LA VENTE DU LOGEMENT DE FAMILLE (article 215 alinéa 3 du Code civil)

Conformément à l'article 215 alinéa 3 du Code civil français compris dans le régime primaire impératif, les deux époux doivent donner leur accord pour disposer des biens et droits par lesquels est assuré le logement de la famille quand bien même lesdits biens et droits immobiliers sont des biens personnels (ou biens propres) à l'un des époux ».

B/ Limites contractuelles : Attention aux clauses prohibitives

L'unité de la loi telle décrite *supra* connaît des limites classiques du droit international que sont les mécanismes de l'ordre public international(51) ou les lois de police(52). Ainsi, si le clausier du contrat de mariage doit être détaillé, on ne peut toutefois insérer n'importe quel type de clause.

Le cas des obligations alimentaires

Dans le cadre de la rédaction d'un contrat de mariage entre un français et un britannique ou un américain par exemple, il ne sera pas rare que l'époux anglo saxon interroge le notaire sur la possibilité d'inclure une clause relative à la contractualisation de la prestation compensatoire(53). En effet, dans les pays anglo saxon, le contrat de mariage a un objet beaucoup plus large que son semblable français. Le *prenup* anglais ou américain inclut les questions relatives aux compensations financières et alimentaires en cas de divorce.

(50) Code civil français, Articles 203 à 226.
(51) Règlement Européen 2016/1103, art. 31.
(52) Règlement Européen 2016/1103, art. 30.
(53) Aux États-Unis la majorité des États autorisent la possibilité de contractualiser la prestation compensatoire par contrat de mariage. Toutefois, ladite clause reste soumise à l'appréciation des juges quant à sa mise en œuvre. Linda J. Ravdin, *Premarital Agreements, Drafting and Negotiation*, ABA, Section of Family Law, Second Edition (2017), p. 117.

Si le droit français est choisi pour être applicable au régime matrimonial, il sera impossible comme chacun sait d'inclure dans le contrat de mariage de tels éléments puisque contraire à l'ordre public français(54).

En revanche, il est admis par la jurisprudence française la validité de ces clauses contenues dans des contrats de mariage de droit étranger(55) en application de l'ordre public international(56) à l'exception de celles contenant renonciation par les époux à toute demande d'aliments post-divorce(57).

En pratique, si la loi applicable retenue est la loi française, il est nécessaire d'exclure expressément les règles relatives aux obligations alimentaires, à l'exception des clauses de juridiction, afin d'éviter toute contrariété avec l'ordre public français d'une part et toute contrariété concernant l'interprétation du champ d'application du contrat de mariage français par une juridiction étrangère d'autre part.

Suggestion de clause :

Article XXXX Exclusion des règles relatives aux obligations alimentaires

S'agissant des obligations alimentaires nées de la dissolution du mariage et notamment en cas de divorce, les futurs époux reconnaissent qu'elles couvrent notamment les concepts français de « *devoir de secours* » et « *prestation compensatoire* » et toute autre prestation ordonnée par un tribunal et destinée à assurer à la suite de la dissolution du mariage. Par suite, il est expressément prévu par les époux que le présent contrat ne s'applique pas aux obligations alimentaires en cas de divorce.

L'efficacité du contenu des clauses

La loi applicable au régime matrimonial désignée, les époux sont libres d'inclure les clauses qu'ils souhaitent en conformité avec cette législation. Cependant, le notaire en charge de la rédaction du contrat doit s'intéresser à l'efficacité des clauses choisies dans l'état où le contrat devra s'exécuter. Il n'est pas envisagé ici la rédaction d'un contrat « *100 % worldwide secure* » exécutable dans le monde entier, puisqu'il existe près de 200 juridictions dans le monde connaissant des règles et spécificités indépendantes. Toutefois, lorsqu'un couple nous consulte en vue de l'établissement d'un contrat de mariage dans une optique d'expatriation post-mariage par exemple,

(54) Louis Perreau-Saussine et Rémi Canales, Les prenuptial agreement et le notaire français, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 4 déc. 2015, 1225.

(55) Par exemple en droit allemand. Mariel Revillard, Droit International Privé et européen : Pratique Notariale, Édition Defrénois, 9e éd., p. 276, n° 472.

(56) Comm. CE, règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

(57) Cass, 1re civ, 8 juill. 2015, n° 14-17.880 : suggère qu'une loi étrangère autorisant les époux à renoncer par avance à demander des aliments post-divorce heurte un principe essentiel du droit français du divorce. Alain Devers, Droit International Privé Notarial, La Semaine Juridique Notariale n° 50, 11 déc. 2015, 1235.

le notaire doit s'assurer que les clauses choisies seront efficaces dans le pays d'installation des futurs époux.

Exemple :

On retiendra que la clause intégrale d'attribution de la communauté au profit du conjoint survivant n'est pas reconnue dans les pays de droit musulman du Maghreb.

En Suisse, si les avantages matrimoniaux sont reconnus ils ne peuvent toutefois pas porter atteinte à la réserve des descendants ; en effet la clause de partage inégal du régime matrimonial y est analysée comme une disposition de dernières volontés.

Au Québec, la déclaration de loi applicable au régime matrimonial est admise, toutefois l'exécution du régime matrimonial étranger ne doit pas contrevenir aux règles du « patrimoine familial » de droit québécois(58).

L'aspect fiscal, bien que hors champ du contrat de mariage, ne doit pas être négligé pour autant dans le choix du régime matrimonial et de son contenu. On soulignera que de nombreux États européens ne connaissent pas l'exonération fiscale des droits de succession entre époux. Avantager un conjoint dans le cadre du contrat de mariage peut en conséquent perdre de son intérêt au plan fiscal. Ce sera le cas par exemple avec la mise en œuvre d'un avantage matrimonial de droit français sur des biens situés en Belgique ou au Pays-Bas(59) lesquels soumettent les biens attribués au conjoint survivant par l'effet de ces clauses aux droits de mutation à titre gratuit.

La nature même des clauses insérées dans le contrat devra être analysées en collaboration avec un confrère de droit étranger afin de s'assurer là encore de leur pleine efficacité.

§ IV – *LES RÈGLES DE FORMALISME*

A/ Forme écrite

L'instrumentum au service du notaire

Que ce soit dans le cadre de la convention de La Haye(60) ou du règlement européen sur les régimes matrimoniaux(61), le contrat écrit est de principe, la preuve en est ainsi facilitée. Le contrat de mariage ou convention matrimoniale doit faire l'objet d'un écrit, daté et signé par les futurs époux. Le choix de loi applicable au régime matrimonial doit également faire l'objet d'un écrit daté et signé par les futurs époux(62)

Le choix de loi applicable au régime matrimonial ne nécessite pas *strico sensu* qu'il soit exprimé dans un contrat de mariage. Le droit français ne l'impose pas non plus.

(58) Marjorie Devisme, Le Patrimoine familial en droit Québecois, *JCP* N 4, 25 janv. 2019, act. 183.
(59) Mariel Revillard, Droit International privé et européen : pratique notariale, Éd. *Defrénois*, 2014, exemple 69, p. 218.
(60) Article 12 de la Convention de La Haye 1978 : « Il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux ».
(61) Règlement Européen 2016/1103, Article 25.
(62) Règlement Européen 2016/1103, Article 23.

Aussi, on peut tout à fait concevoir le choix de la loi applicable au régime matrimonial sous la forme d'une option au moment de la célébration du mariage, pourvu que l'acte de mariage soit bien écrit, daté et signé des parties(63) Toutefois, la pratique notariale française prêche naturellement pour l'insertion du choix de loi dans un acte notarié dont tous ici lecteurs et auditeurs du 50e Congrès du MJN connaissent les vertus supérieures à l'acte sous seing privé, pourvu que la déclaration faite par les époux soit expresse(64). La convention matrimoniale en revanche, prendra en France la forme d'un « acte notarié en la présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires »(65).

Au surplus, le texte de droit européen ajoute que toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

Le Règlement Européen prévoit un formalisme accru dans certaines circonstances. En effet, si des règles formelles supplémentaires sont imposées de la part des états membres dans lesquels les époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat, celles-ci s'appliquent. On pense notamment aux règles de publicité de certains états tels les Pays-Bas(66) où le contrat de mariage pour être valable doit être non seulement signé par devant notaire mais au surplus il doit être enregistré pour des questions d'opposabilité aux tiers ; en France, pour rappel le contrat de mariage ne nécessite pas une inscription sur un registre particulier, toutefois, tous contrats de mariage établis en France ou à l'étranger doit être déclaré sur les registres du mariage au moment de la célébration du mariage en France afin que le contrat puisse être opposable aux tiers en France(67).

Le notaire français saisi de la rédaction d'un contrat de mariage dont un des futurs époux réside dans un autre état membre au règlement européen 2016/1103 devra systématiquement se renseigner sur les règles formelles prescrites dans cet état afin de s'assurer de la pleine validité du contrat de mariage qu'il régularise(68). Le manquement du respect de ce formalisme entraîne la nullité de l'acte.

Suggestion de clause :

Article XXXX – FORMALISME DE LA PRESENTE CONVENTION

Les époux ++++ et +++++ déclarent avoir à ce jour leur résidence habituelle en France.

(63) Exemple de l'Italie.

(64) Cass. 1re civ., 13 déc. 2017, nº 16-27.216, FS-PBI.

(65) Code civil français, Article 1394 et suivants.

(66) Aux Pays-Bas le contrat de mariage doit être enregistré sur les registres des régimes matrimoniaux et une copie est gardée au registre du tribunal appelé « rechtbank ». Si le contrat de mariage n'a pas été enregistré, il ne produit aucun effet à l'égard des tiers.

(67) Article 75 du Code civil français.

(68) Pour un éventail des règles formelles en Europe, voir Valérie Avena-Robardet, Alice Maier-Bourdeau, Nicolas Nord, Panorama des formalités du contrat de mariage dans l'Union Européenne, AJ Famille 2018, P. 668.

Ou

Monsieur +++++ déclare avoir à ce jour sa résidence habituelle en France.

En droit français, en application de l'article 1394 du Code civil, *toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires***.**

Au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage.

Si l'acte de mariage mentionne qu'il n'a pas été fait de contrat, les époux seront, à l'égard des tiers, réputés mariés sous le régime de droit commun, à moins que, dans les actes passés avec ces tiers, ils n'aient déclaré avoir fait un contrat de mariage.

Le notaire soussigné déclare qu'il est remis à l'instant même juste après la signature du présent acte un certificat de contrat de mariage que les époux devront remettre à l'officier d'état civil.

Au surplus, l'article 1395 du Code civil prévoit que *les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration***.**

Les époux déclarent vouloir se marier à la mairie de ++++ le +++++.

Le présent contrat de mariage prendra ainsi effet au jour de la célébration du mariage.

La réception en France du contrat de mariage étranger.

La rédaction du contrat de mariage « international » appelle par ailleurs le notaire à s'interroger sur la réception en France du contrat de mariage rédigé à l'étranger. Sous l'égide de la convention de La Haye, la validité de la forme du contrat relève de la loi interne applicable au régime matrimonial ou celle en vigueur au lieu où le contrat a été passé. Les critères finalement choisis sont des critères traditionnels du droit international. Ainsi le *Prenuptial Agreement* établi entre deux américains en la forme sous seing privé aux États-Unis est valable en France(69).

Toutefois pour les époux mariés après le 29 janvier 2019, la validité formelle du choix de loi applicable au régime matrimonial et la validité formelle du contrat de mariage s'apprécient également d'après les règles de formalisme imposé par l'état de la résidence habituelle des futurs époux au moment de la conclusion de la convention.

(69) *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*, 2012, Section 6, *Formation Requirements* commentaires sur le contrat de mariage oral.

Exemple :

Un contrat de mariage sous seing privé établi par devant deux lawyers américains de l'État de New York entre un Américain résidant à New York et un Français résidant à Paris ne sera pas reconnu en France puisque celui-ci n'est pas établi en la forme notarié prescrite par l'état de résidence d'un des époux. Le couple franco-américain se retrouvera d'un point de vue européen soumis à la loi de la première résidence habituelle commune après la célébration du mariage.

En pratique, le notaire devra s'interroger sur les formalités du pays dans lequel le contrat a été établi et requérir un certificat de coutume auprès d'un juriste de droit local afin de s'assurer de la validité dudit contrat. Le contrat valablement passé à l'étranger produira ses effets en France sans qu'il y ait besoin de requérir un exequatur. Le contrat devra être traduit en langue française pour sa bonne compréhension d'autant s'il doit faire l'objet d'une annexe d'un acte notarié français.

B/ Un formalisme répondant aux standards internationaux

Le notaire en charge de rédiger un contrat de mariage international doit s'interroger sur la recevabilité de l'acte qu'il a établi quant au contenu des clauses qu'il y insère bien entendu, mais également quant à la forme. On l'a vu précédemment, en France le contrat de mariage est passé par devant notaire. La forme notariée se suffit-elle à elle-même pour garantir la reconnaissance et l'exécution du contrat à l'étranger, notamment dans les pays de *common law ?*

Comment sera exécuté le contrat de mariage français établi par un notaire, par définition conseil commun des époux devant une juridiction de *common law ?*

Exemple :

Aux États-Unis, la loi du lieu où le contrat de mariage est établi gouverne sa validité et son interprétation, tandis que la loi du lieu où le contrat doit être exécuté régit son application et sa conformité à l'ordre public(70)*. Les difficultés d'exécution du contrat de mariage étranger devant les juridictions américaines surviennent lorsque les procédures d'élaboration du contrat sont trop éloignées des « standards américains » tels le recours aux conseils indépendants et la révélation du patrimoine au moment de la signature du contrat*(71)*.*

(70) Auten v. Auten, 124 N.E. 2d 99, 101 (N.Y. 1954).

(71) *l'Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA) promulgué en 1983 : À noter que seuls 28 États ont adoptés le UPAA, savoir : Arizona, Arkansas, Californie, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Floride, Hawaï, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Jersey, Nouveau Mexique, Caroline du Nord, Dakota du Nord, Oregon, Rhode Island, Dakota du Sud, Texas, Utah, Virginie. Pour une étude complète : *The Uniform Premarital Agreement Act and Its Variations Throughout the States*, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 23, 2010, 355. *L'Uniform Premarital and Marital Agreement Act* (UPMAA) de 2012 : À ce jour, seuls deux États Dakota du Nord et Colorado ont introduits le UPMAA dans leurs législations internes.

Le recours aux conseils indépendants

Une majorité des états aux États-Unis requière que les époux aient pu bénéficier de conseils indépendants lors de la rédaction de leur contrat de mariage assurant ainsi le consentement des parties, la négociation et donc l'équilibre du contrat. Le recours aux conseils indépendants démontre auprès des tribunaux en cas de conflits que les parties connaissent bien les termes du contrat et que le contrat a été régularisé de manière volontaire(72). Au surplus, certains états requièrent que le recours aux conseils indépendants ait été reçu suffisamment de temps avant le mariage(73). D'autres pays de *common law* requièrent ce même formalisme comme le Royaume-Uni(74), la Nouvelle Zélande(75), le Canada(76), l'Australie(77) ou encore Hong Kong(78).

En pratique, deux avocats pratiquant le droit international de la famille, qu'ils soient français ou étrangers, feront ainsi office de conseils indépendants. Leur intervention devra être mentionnée dans le contrat ainsi que la date de leur intervention. Il ne semble pas nécessaire de rendre les avocats signataires du contrat de mariage, la seule déclaration de leur intervention devrait suffire aux tribunaux afin de considérer le conseil indépendant rempli. Toutefois, une attestation de leur part confirmant le conseil donné pourra être annexé à l'acte.

Le rôle de conseil du notaire n'est pas pour autant effacé, puisqu'en droit français il est attaché à l'acte notarié. Le principal inconvénient pour les couples internationaux reste le coût. En plus du coût de l'acte notarié, s'ajoute celui du recours à deux conseils indépendants. Il est indispensable de ne pas reculer devant la dépense mais d'assurer au contrat la sécurité juridique lors de sa circulation et de son exécution en dehors des frontières.

Suggestion de clause

Article XXXX – Consultation préalable auprès de conseils juridiques indépendants

Chacun des futurs époux déclare avoir pris attache auprès d'un conseil juridique indépendant de son choix préalablement à la signature des

(72) Sandra Kennedy, *Ignorance is not bliss: Why States should adopt California's independent counsel requirement for the enfoceability of prenuptial agreements*, 52 Fam, Ct. Rev. 709 (2014).

(73) Gordon v. Gordon, 25 So, 3d 615 (Fla. Dist. Ct App 2009) Un tribunal de Floride a jugé la présentation du contrat dix jours avant le mariage insuffisant pour requérir les conseils indépendants ; Mamot v. Mamot, 813 N.W 2d 440 (Neb. 2012) La Cour du Nebraska a jugé la présentation du contrat cinq jours avant le mariage comme un temps insuffisant pour requérir le conseil indépendant.

(74) *Radmacher (formerly Granatino)* v Granatino [2010] UKSC 42.

(75) *The Property (Relationship) Act* de 1976, Section 21F requière à peine de nullité que chacun des époux ait reçu un conseil indépendant, lesquels conseils (avocats) doivent eux-mêmes certifier dans le contrat que chacun des époux a bien reçu une explication sur les effets et implications du contrat avant sa signature.

(76) Provinces d'Alberta, Ontario, Newfoundland, New Brunswick, et Prince Edward Island.

(77) Family Law Act 1975, section 90 G (I)(b).

(78) *SA vs. SPH* [2014].

présentes afin d'obtenir tous conseils juridiques sur le contenu, l'application, et les conséquences du présent contrat de mariage et choix de loi et régime matrimonial.

Monsieur +++ déclare ainsi avoir été conseillé par Maître ++++, avocat au barreau

Une attestation de Maître +++++ est ci-annexée.

Madame ++++ déclare ainsi avoir été conseillée par Maître +++, avocat au barreau de ++, professionnellement domiciliée au cabinet +++, le 22 +++.

Une attestation de Maître +++ est ci-annexée.

La révélation des patrimoines

Parce que les futurs époux sont des cocontractants spéciaux, un certain nombre de législations internes de *common law* exige que les époux aient préalablement pris connaissance du contenu du patrimoine et des revenus de l'un et de l'autre (*total financial disclosure*)(79). Le contrat de mariage doit contenir une liste complète des biens appartenant à chacun des époux avant le mariage, voire les attentes futures comme par exemple les intérêts à venir d'un bien.

En pratique, un état descriptif du patrimoine(80) de chacun des époux devra nécessairement être inclus ou annexé au contrat de mariage français. De même, il serait prudent de recourir à un expert indépendant afin de procéder à l'évaluation des biens, peu importe leur nature, propres ou communs, et indépendamment du régime matrimonial choisi.

Suggestion de clause

Article XXXX – Patrimoine existant des futurs époux

Les futurs époux déclarent avoir eu connaissance du patrimoine existant de l'un et de l'autre bien avant ce jour en même temps que le projet du présent contrat de mariage, savoir le ++++++.

Un état descriptif et estimatif complet et exhaustif du patrimoine des futurs époux certifié sincère par eux, demeure ci-annexé.

(79) *Estate of Halmaghi*, 457 N.W. 2d 356, 359 (Mich. Ct. App. 1990) Le tribunal a retenu que le contrat de mariage établi en Allemagne devant notaire n'était pas valide parce qu'il ne contenait pas un listing des biens des futurs époux.

(80) Un état descriptif du patrimoine est déjà obligatoire pour le régime français de la participation aux acquêts (Art. 1570 ali.2 et 3 du Code civil) et pour le régime franco-allemand de la participation aux acquêts (Art. 8 de l'Accord du 4 févr. 2010).

§ V – *LA MISE À JOUR DU CONTRAT DE MARIAGE*

La vie n'est pas un long fleuve tranquille, le mariage non plus. La vie matrimoniale des époux évolue. Les besoins du jeune couple sans enfants ne sont pas ou plus les mêmes que celui avec jeunes enfants et sont encore éloignés de celui dont les enfants ont quitté le nid. Les besoins d'un couple recomposé diffèrent de celui d'une union de première noce. Au fil de la vie, les rapports patrimoniaux entre les époux évoluent donc, et à chaque étape il parait nécessaire de vérifier si sa situation matrimoniale semble toujours adaptée à ses besoins.

En cas d'absence de contrat de mariage préalable à l'union des époux, on l'a vu précédemment et selon la date de mariage des époux, ces derniers sont soumis à une loi applicable à leur régime matrimonial par défaut. Il peut s'agir d'une loi qui leur ressemble ou une loi dont ils sont en réalité très éloignés. La déclaration de loi applicable au régime matrimonial et par incidence le choix du régime matrimonial pendant le mariage permet de fixer les règles matrimoniales entre les époux ou encore d'écarter une loi dite « insatisfaisante ». En effet, rappelons que la déclaration de loi applicable peut intervenir « à tout moment »(81), au cours du mariage inclus.

La désignation de la loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage

Les époux peuvent *désigner* au cours du mariage la loi applicable à leur régime matrimonial. Il sera notamment visé ici le cas où la désignation de la loi applicable au régime matrimonial pose difficultés.

Exemple :

Le cas d'époux mariés avant le 1er septembre 1992 qui ont résidé successivement dans différents pays où il s'avère difficile de désigner de façon sûre la loi qui est applicable à leurs rapports patrimoniaux et en conséquence leur régime matrimonial.

Les époux peuvent *désigner* la loi applicable à leur régime matrimonial en cours de mariage afin de prévenir des effets subis et néfastes du principe de la mutabilité automatique prévue par la Convention de La Haye de 1978 qui rappelons-le subsiste toujours pour les époux mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 (inclus).

Exemple :

Un couple franco-allemand marié en 2017 en France dont la résidence habituelle après le mariage a été la France, part en 2019 s'installer en Espagne et cela jusqu'en 2030. D'un point de vue français et en application des règles de droit international privé français issues de la Convention de La Haye de 1978, le régime matrimonial initial de ce couple franco-allemand est le régime français de la communauté de biens réduite aux acquêts. À compter de 2029 et à défaut de déclaration, la loi espagnole se substituera automatiquement à la loi française. Avant leur départ pour l'Espagne, le notaire pourra sensibiliser le couple à l'intérêt de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial.

(81) Règlement Européen 2016/1103, considérant 45.

La modification de la loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage

Les époux peuvent *modifier* au cours du mariage la loi applicable à leur régime matrimonial. Il sera notamment visé ici les situations dans lesquelles la loi applicable initiale – celle par défaut ou celle choisie – est ou est devenue insatisfaisante pour les époux.

Exemple :

En avril 2019, un couple de français a établi sa première résidence habituelle commune après son mariage au Maroc. Madame a arrêté de travailler pour élever ses enfants. Les époux investissent en France afin de préparer dans un futur éloigné leur retour et aussi assurer leur retraite. Le règlement européen 2016/1103 n'admet pas le renvoi, ainsi pour tout le patrimoine situé en France, les époux seront considérés comme mariés sous le régime de la séparation de biens de droit marocain. Or, les époux ont une conception communautaire du mariage et non séparatiste. La modification de la loi applicable au régime matrimonial en faveur de la loi française et l'adoption du régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, permet de rattraper le manquement de désignation initial au régime matrimonial et ainsi de choisir une loi appropriée aux objectifs des époux.

La *modification* de la loi applicable au cours du mariage est également utilisée comme outil de gestion internationale du patrimoine pour les couples mariés. Dans un cadre strictement international, et dès lors qu'un élément d'extranéité existe, les époux ont la possibilité par le truchement de la modification de la loi applicable à leur régime matrimonial de changer leur régime matrimonial. L'objectif peut dès lors être « d'enrichir un conjoint, protéger un patrimoine familial, protéger un époux des risques professionnels de son conjoint, anticiper la protection d'un enfant handicapé »(82).

Exemple :

« Partage équitable de l'enrichissement au sein d'un couple franco-anglais(83).

Un étudiant, installé à Londres, rencontre une Anglaise. Le couple, décide de se marier. Monsieur souhaite créer une entreprise, Madame souhaite arrêter de travailler pour s'occuper des futurs enfants. Leur objectif est triple et consiste à la fois à protéger Madame des risques professionnels de Monsieur, tout en associant Madame à l'enregistrement généré par Monsieur, à l'exclusion toutefois de l'enrichissement du patrimoine professionnel, la valeur de l'entreprise devant rester appartenir à M. seul. En l'absence de choix, la loi normalement applicable est la loi anglaise, loi de la résidence commune, laquelle ne permettrait pas de satisfaire de tels objectifs. Une désignation de la loi applicable, en faveur de la loi française, loi de la nationalité de Monsieur, permettra d'opter pour un régime français de participation aux acquêts avec clause conventionnelle d'exclusion du patrimoine professionnel. Ainsi, Mme sera protégée des créanciers professionnels de Monsieur. Elle participera à l'enrichissement du couple, sauf l'exception de la valeur de son entreprise. La loi nouvelle a donc permis de satisfaire les trois objectifs du couple ».

(82) Guillaume Soudey, La volonté des parties au cœur des règlements – les implications pratiques. Le patrimoine des couples internationaux saisi par le droit de l'union européenne : les règlements européens du 24 juin 2016, Presses Universitaires d'Aix-Marseille. P. 51.

(83) Exemple tiré de Guillaume Soudey, *id.*

La loi désignée ou la nouvelle loi choisie doit être soit celle de la nationalité d'un des époux ou celle de la résidence habituelle d'un des époux au moment de la conclusion du contrat. Les critères sont les mêmes que pour ceux utilisés pour une désignation de loi avant le mariage(84) (cf. *supra*).

La modification de la loi applicable n'a d'effet que pour l'avenir. De principe, la modification de la loi applicable n'est pas rétroactive. L'absence de rétroactivité entraîne donc la présence de deux lois voire plusieurs selon les situations applicables à une seule et même vie matrimoniale. La liquidation future du régime matrimonial peut ainsi s'avérer plus difficile notamment dès lors qu'il s'agit de rechercher à quelle phase et donc loi se rapporte un bien ou une dette. Comme le souligne Patrick Wautelet, « il ne sera pas toujours possible de dresser une cloison étanche entre les deux périodes »(85).

Exemple :

Un couple de français mariés en 1993 à Paris, s'installe en Allemagne en 2003 et acquière un bien immobilier en France en juin 2019. La loi française est applicable au régime matrimonial des époux car ils ont établi leur première résidence habituelle après leur mariage en France, mais depuis 2013, ils sont soumis au régime allemand de la communauté de biens réduite aux acquêts du fait de la mutabilité automatique du régime matrimonial au bout de 10 ans. En 2019, ils modifient la loi applicable à leur régime matrimonial et opte pour la loi française. Trois régimes matrimoniaux se succèdent ainsi, la loi française de 1993 à 2013, la loi allemande de 2013 à 2019, puis la loi française à compter de la modification de loi en 2019. La nature (commun ou personnel) des biens acquis en cours du mariage variera en fonction de la phase matrimoniale dans laquelle l'acquisition aura été réalisée.

Toutefois, conventionnellement les époux pourront décider de la rétroactivité de la loi applicable au régime matrimonial permettant ainsi de simplifier les relations patrimoniales entre les époux au moyen d'une loi unique. En revanche, le règlement européen pose une limite importante à la rétroactivité laquelle ne peut porter atteinte au droit des tiers. Cette clause de réserve vise les biens et dettes acquis par les époux avant la modification de la loi.

Suggestion de clause

« *Article XXX – date d'effets de la présente déclaration*

L'article 22 du Règlement Européen sus-visée prévoit :

« *2. Sauf convention contraire des époux, le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage n'a d'effet que pour l'avenir.*

3. Aucun changement rétroactif de la loi applicable en vertu du paragraphe 2 ne porte atteinte aux droits des tiers résultant de cette loi **».**

(84) Règlement Européen 2016/1103, art. 22.
(85) Patrick Wautelet, *op. cit.*, p. 218.

Conformément à l'article 22 2. du Règlement Européen précité, et en vertu du principe d'autonomie de la volonté, les époux expriment ici leur volonté de faire remonter les effets de la présente déclaration à la date de leur mariage, ceci sous réserve des droits des tiers.

Cette décision est expressément prise par les époux, dûment avertis des dispositions de l'article 1397-4 du Code civil issu de la loi du 28 octobre 1997 qui semblent écarter la rétroactivité de la prise d'effet d'une telle déclaration. Les époux maintiennent cependant cette décision, en raison notamment du fait qu'en vertu de l'article 55 de la Constitution française de 1958, les traités (et donc cette Convention) ont une valeur supérieure à la loi.

Les époux conviennent expressément au surplus que si cette décision s'avérait non conforme, en vertu d'une interprétation future défavorable du Règlement Européen précité à cet égard, comme pour toute autre raison, la présente déclaration conservera toute sa force, les effets en étant simplement limités à l'avenir, la déclaration ne prenant effet alors qu'à compter du présent acte **».**

La modification de la loi applicable au régime matrimonial incluant la rétroactivité de la nouvelle loi choisie entraîne une liquidation du régime matrimonial. La liquidation du régime matrimonial pourra être immédiate et incluse dans l'acte de modification de loi ou bien ultérieure au moment de la liquidation du nouveau régime, savoir au moment d'un divorce ou d'une succession. Il n'y a pas d'obligation de liquidation immédiate du régime matrimonial toutefois, une liquidation concomitante à la modification de la loi est préférable puisqu' elle se fait en présence des deux époux et souvent lorsque ces derniers sont en bon termes.

La désignation – ou la modification – de la loi applicable au régime matrimonial est un acte volontaire et expresse. Le considérant 46 du règlement précise qu'aucun changement de loi ne peut intervenir sans demande expresse des parties. Ainsi, le changement n'est ni automatique, ni unilatéral. En ce sens, la jurisprudence française s'aligne sur le texte européen puisqu'un arrêt de la première chambre civile de la cour de Cassation en 2017(86) précise que « la déclaration, mentionnée dans des actes notariés poursuivant un autre objet, ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle le régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse portant désignation de la loi applicable ».

En pratique, il s'agira d'établir par acte séparé la désignation de loi applicable ou de modification de loi applicable au régime matrimonial. La simple désignation dans le paragraphe comparution d'un acte d'acquisition est à proscrire, elle n'emporte pas de manière expresse le choix de loi entre les parties. Par ailleurs, il s'agit d'un acte personnel qui ne lie que les époux, l'insertion dans un acte d'acquisition ne permettra pas souvent aux époux de retrouver cette déclaration en cas de revente du bien.

(86) Cass. 1re civ., 13 déc. 2017, nº 16-27.216 : *JurisData* nº 2017-025514 ; *JDI* 2018, 7, p. 563, note H. Péroz ; *JCP* N 2018, nº 5, 1094, note D. Boulanger.

Quel régime matrimonial choisir dans la nouvelle loi ?

Une loi peut contenir différents régimes matrimoniaux. En France, on compte deux grandes familles de régimes matrimoniaux, celle des régimes dit communautaires avec le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, la communauté de biens meubles et acquêts et la communauté universelle, et celle des régimes dit séparatistes avec le régime de la séparation de biens et celui de la participation aux acquêts. Si le premier est le régime légal, les autres rentrent dans la catégorie des régimes conventionnels.

En cas de modification de loi applicable au régime matrimonial pour la loi française, quel régime choisir ? Doit-on obligatoirement choisir le régime par défaut de la communauté de biens réduite aux acquêts ou bien peut-on choisir un des régimes conventionnels ?

La question a été tranchée lorsque le droit international privé français faisait application de la convention de La Haye. En effet, l'article 1397-2 du Code civil prévoie que lorsque des époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial en vertu de la Convention de La Haye, ils peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux(87).

Qu'en est-il depuis l'entrée en vigueur du règlement européen sur les régimes matrimoniaux ? Au jour de la rédaction du présent ouvrage, le législateur français n'a pas encore inséré dans ses livres la possibilité de choisir un régime matrimonial. Il n'existe pas à première vue de raisons objectives pour que le législateur s'oppose à la liberté du choix du régime matrimonial lors d'une désignation de loi. En revanche, la circulaire du 24 avril 2019 émise par le Ministère de la Justice précise que « le choix de loi applicable n'oblige pas les parties à se soumettre impérativement au régime légal de la loi choisie. Ils pourraient ainsi choisir un régime conventionnel permis par cette loi »(88). Les risques sont négligeables. Dans l'attente, d'une modification textuelle de l'article 1397-1 à 1397-3 du Code civil, avec les réserves qui existent et qui sont à rappeler, il semble que les époux peuvent choisir le régime matrimonial de leur choix lors de la modification de la loi applicable à leur régime matrimonial.

Dans quel délai modifier la loi applicable au régime matrimonial ?

Le règlement européen sur les régimes matrimoniaux n'enferme pas la modification de la loi applicable dans un délai particulier. La modification de loi peut être effectuée à tout moment, il n'y a pas non plus de limites aux nombres de changements de lois.

Quel formalisme pour la modification de la loi applicable au régime matrimonial ?

Le formalisme de la modification de la loi applicable prévu par le règlement européen est le même que celui prévu pour la désignation. Il n'est pas prévu de procédure judiciaire, en revanche, la convention doit être « formulée par écrit, datée

(87) Art. 1397-3 du Code civil.
(88) Ministère de la Justice, Circulaire du 24 avr. 2019, Fiche 3 : la loi applicable.

et signée par les deux époux »[89]. Aussi, « Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

Au surplus, il y a lieu de respecter les règles de formalisme supplémentaires – quand elles existent – si l'État membre dans lequel un des époux réside ou les deux en prévoient (cf. *supra*).

En France, la présente déclaration devra être portée en marge sur l'acte de mariage des époux à la demande d'un des époux ou de l'un d'eux conformément à l'article 1303-3 du Code civil.

Problématique pratique de réception des contrats de mariage et/ou modification de loi applicable au régime matrimonial lorsque les futurs époux ou époux résident à l'étranger.

Comme il a été précisé *supra* la forme de la convention matrimoniale a son importance. Pour rappel, la validité formelle du choix de loi (article 23) s'applique également à la validité formelle d'une convention matrimoniale. Ainsi si le choix de loi porte sur la loi française alors la convention matrimoniale devra être reçue sous la forme notariée (Art. 1394 Code civil).

Comment recevoir l'acte notarié lorsque les futurs époux ou époux résident hors de France et plus précisément dans un pays de *common law* qui ne connaît pas l'acte notarié ? Jusqu'au 31 décembre 2018, les consulats de France disposaient, à l'exception de ceux situés en Europe, d'attributions notariales. Ils pouvaient ainsi recevoir des actes authentiques émanant d'un notaire en France. Nombreux étaient alors les contrats de mariage et/ou déclarations de loi applicable au régime matrimonial reçus par le consulat permettant ainsi un accès aux Français de l'étranger aux actes notariés français sur place. Tel n'est plus le cas depuis le 1er janvier 2019 où les attributions notariales ont été supprimés dans les consulats, à l'exception du consulat général de France d'Abidjan et de celui de Dakar[90]. Dans l'hypothèse où les futurs époux ou époux ne pourraient voyager jusqu'en France, la solution pourrait consister à recevoir l'acte notarié français par procuration. En effet, le droit français autorise que la convention matrimoniale soit signée par son mandataire. Toutefois, la procuration devra également être reçue dans la forme authentique locale. Le processus est lourd et complexe. De plus, un tel acte établi par procuration risque de ne pas être reconnu à l'étranger où notamment les pays de *common law* exigent que la convention matrimoniale soit signée par les futurs époux ou époux. Face à la mise en œuvre de la suppression des attributions notariales et l'introduction du règlement des régimes matrimoniaux, les futurs époux ou époux qui souhaitent établir une convention matrimoniale et choisir la loi française applicable à leur contrat tout en résidant dans un pays de *common law* n'ont guère de possibilité. La simplification des lois rend finalement l'accès au droit plus compliqué.

(89) Règlement européen 2016/1103, art. 23.
(90) Arrêté du 17 déc. 2018.

Proposition :

Le 50e Congrès du Mouvement Jeune Notariat propose ainsi que soit rendu possible pour le notaire français de recevoir des actes notariés dans les consulats français. Si le client ne peut se déplacer, alors le notaire doit pouvoir venir au client et ainsi combler la défaillance de l'État. Les Français de l'étranger sont nombreux et doivent bénéficier du même accès au droit que les Français de France.

TITRE III

LE DIVORCE À L'INTERNATIONAL

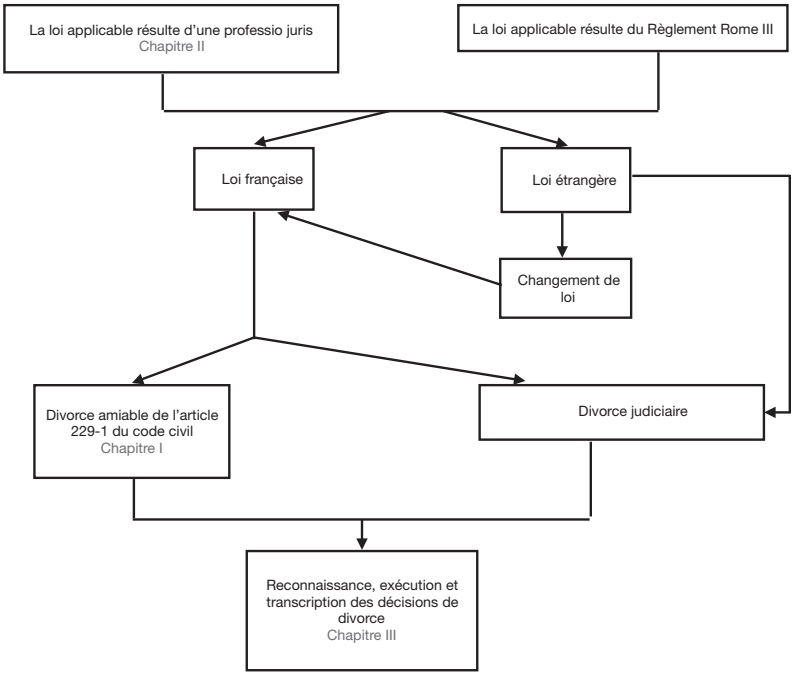
CHAPITRE UNIQUE

SCHÉMA PRATIQUE : LE DIVORCE À L'INTERNATIONAL

Le schéma et les développements ici présentés ont vocation à attirer l'attention du praticien sur les points particuliers qui peuvent se présenter face au divorce d'un couple présentant un élément d'extranéité. Il n'est pas question de revenir sur les détails de la législation et des règlements en vigueur, ceux-ci sont fort bien traités par les différents ouvrages et articles qui se multiplient depuis plusieurs années en matière de droit international (notamment le Rapport du 115e Congrès des Notaires de France « L'international »).

Il s'agit davantage de concilier et de réfléchir à la mise en œuvre pratique des dispositions internes et internationales. Le tableau ci-dessous est prétexte à développer des points qui méritent une attention particulière en matière de désunion.

Le divorce à l'international



§ I – *TERRITORIALITÉ DU DIVORCE SANS JUGE*

A/ L'absence de règles de territorialité

En instaurant le divorce conventionnel à l'article 229-1 du Code civil, le législateur n'a pas prévu de règle de territorialité, ni en ce qui concerne l'extranéité liée à un état membre, ni en ce qui concerne l'extranéité liée à un état tiers.

S'agissant précisément des états membres, il convient de s'interroger sur le point de savoir si le Règlement européen Bruxelles II *bis* s'applique ou non au divorce sans juge.

Reportons-nous à l'article 2 qui définit les termes utilisés par le Règlement :

– Le point 4) définit le terme « *décisions* » par lequel il faut entendre « *toute décision de divorce (…)* ». Dans un sens, le texte ne semblerait donc pas se limiter aux décisions juridictionnelles et s'appliquerait au divorce amiable du Code civil français.

Nous relevons d'ailleurs les propos d'un auteur qui considère que la compétence des avocats et des notaires français doit être envisagée au regard des dispositions du Règlement Bruxelles II *bis*. En effet, en retenant une définition large de « la

juridiction » visée par ledit Règlement, l'auteur soumet le divorce de l'article 229-1 du Code civil aux règles de compétence territoriale prévues par l'article 3 dudit Règlement, au même titre que les divorces judiciaires(1).

– Toutefois, l'article 3 du Règlement précise qu'il s'agit des juridictions appelées à « *statuer* ». Or, les professionnels intervenants dans le divorce amiable n'ont pas pour rôle de statuer sur les questions relatives au divorce. La fiche 6 de la circulaire du Ministère de la Justice du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel précise d'ailleurs que les règles de compétence du Règlement Bruxelles II *bis* ne concernent que les juridictions appelées à rendre une décision. « *Or, dans la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel, les notaires (…) ne rendent aucune décision, de sorte qu'ils ne sont pas des juridictions au sens de ce règlement* ».(2)

La fiche 2 de la circulaire CIV/05 du Ministère de la Justice du 24 avril 2019 rappelle que « *la notion de juridiction inclut les autorités judiciaires et les notaires à condition qu'ils exercent des fonctions juridictionnelles. Ce n'est pas le cas des notaires français, même lorsqu'ils sont commis dans le cadre d'une procédure de partage judiciaire (…) Ainsi, les notaires français qui interviennent en matière de régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des PACS ne sont pas soumis aux règles de compétences du règlement* ».Cette circulaire ne concerne pas directement l'application du Règlement Bruxelles II *bis* mais ceux relatifs aux régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés(3). Il nous semble toutefois que la définition de juridiction qui y est exposée peut être transposée à la question qui nous intéresse.

Dans le même sens, des auteurs considèrent que le Règlement Bruxelles II *bis* ne peut régir le divorce conventionnel dans la mesure où le notaire ne joue pas de rôle constitutif lors de l'enregistrement de la convention(4).

La question demeure ainsi discutée mais en l'absence de règle de territorialité distinctement stipulée et dès lors que la loi française est applicable, le notaire français pourrait être amené à déposer toutes conventions, alors même que les parties seraient de nationalité étrangère, non domiciliées en France. Il semble même que rien n'impose aux avocats d'exercer en France, les avocats pourraient ainsi être inscrits au barreau d'un autre état(5).

B/ Conséquences et limites de l'absence de règle de territorialité

L'hypothèse d'époux ne présentant aucun lien avec la France sauf leur intérêt pour la procédure de divorce amiable restera probablement un cas très marginal puisque l'on imagine mal des époux solliciter un divorce de droit français alors que rien ne les rattache à la France.

---

(1) Divorce extrajudiciaire et territorialité : faut-il s'inquiéter ? David Boulanger, Semaine juridique notariale et immobilière n° 8, 24 fév. 2017.

(2) Bulletin officiel du Ministère de la Justice n° 2017-06 du 30 juin 2017 – JUSC1638274C.

(3) Circulaire n° CIV/05 du 24 avr. 2019 de présentation des dispositions des Règlement UE n° 2016/1103 et 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

(4) 115e Congrès des Notaires de France.

(5) Le divorce sans juge en droit international privé. Alain Devers. *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2017, dossier 5.

Toutefois, l'on rencontrera des époux bi-nationaux ou des étrangers résidant en France qui devront faire reconnaître et exécuter la décision de divorce amiable française dans un autre pays que la France. Il conviendra alors de les informer, et de soulever les hypothèses qui pourraient mettre en échec ce type de divorce :

1 – Il s'agit notamment de l'hypothèse dans laquelle le divorce reviendrait sur le terrain judiciaire. En effet, les dispositions du Règlement Bruxelles II *bis* s'imposeraient alors au juge qui se verrait obligé de vérifier s'il est compétent et appliquerait les dispositions relatives à la territorialité. La stratégie du divorce amiable des époux pourrait alors être mise en échec.

2 – Il s'agit encore des modalités de reconnaissance et d'exécution de la décision (cf. *supra*).

Le rôle de conseil du notaire est ici primordial, que ce soit au moment d'un choix de loi ou alors que des époux le consultent afin de connaître les modalités de leur divorce et de procéder à la liquidation du régime matrimonial. Il lui appartiendra de mettre en garde les parties sur les risques à adopter le divorce amiable de droit français dès lors qu'aucun lien d'extranéité ne les rattache à la France ou que le divorce devra être exécuté à l'étranger. Pour le cas ou cette procédure serait tout de même adoptée, nous recommandons de les faire reconnaître par écrit qu'ils ont été mis en garde des limites de leur choix sur les points suivants :

– l'incertitude pesant sur l'applicabilité des règles de territorialité du Règlement Bruxelles II *bis* au divorce amiable,

– les modalités de reconnaissance de leur divorce à l'étranger.

Comme souvent en droit international, la collaboration avec nos confrères étrangers s'avèrera précieuse afin de connaître, au moyen d'une consultation ou d'un certificat de coutume, les modalités de droit interne de reconnaissance du divorce amiable français. De nombreux pays, même s'ils ne les prononcent pas, reconnaissent les divorces prononcés sans le concours d'un juge en ajoutant parfois des critères de reconnaissance.

Exemple :

Exemple de la Suisse

L'article 25 de la loi fédérale sur le droit international privé pose les critères de reconnaissance d'une décision étrangère :

si la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'État dans lequel la décision a été rendue était donnée,

si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive,

s'il n'y a pas de motif de refus au sens de l'article 27 de la LFDIP (celui-ci posant notamment la limite de l'ordre public suisse).

Ces dispositions concernent les « décisions » et le juge suisse a récemment eu l'occasion d'affirmer qu'un divorce conventionnel prononcé à l'étranger est une décision au sens de l'article 25 de la loi. Il peut dès lors être reconnu en Suisse (Jdt 2017 III p. 130 c.3). Le juge a par ailleurs posé l'exigence que l'autorité auteur de l'acte ait pu se convaincre de la volonté de divorcer des conjoints (TF, Praxis 2002 n.87, c3c).

À ce jour, il nous semble recommandé d'informer et de laisser la porte ouverte aux époux sur l'alternative judiciaire que représente le divorce sur demande acceptée

des articles 233 et suivants du Code civil, notamment dans les hypothèses dans lesquelles le pays où la reconnaissance sera requise ne connaît que les formes judiciaires de divorce.

➦ **CLAUSE D'AVERTISSEMENT**

Les époux se reconnaissent informés par le notaire soussigné qu'en l'état actuel de la législation, le droit ... ne connaît pas de forme de divorce par un autre moyen qu'une décision judiciaire.

Compte tenu du caractère récent et exceptionnel de la procédure de divorce par consentement mutuel des articles 229 et suivants du Code civil français, la pleine reconnaissance de ce divorce en ... n'est pas assurée.

Les parties déclarent que le notaire a informé les parties qu'une des solutions pour remédier à ces incertitudes pourrait être de rejudiciariser leur divorce, notamment en engageant une procédure de divorce sur demande acceptée.

Enfin, ajoutons que compte tenu des incertitudes et du rôle de conseil que le notaire est amené à jouer en matière de divorce amiable avec un élément d'extranéité, il nous semble judicieux qu'il intervienne avant le stade du dépôt. Le cas échéant, il n'aura pas eu l'occasion de délivrer ses conseils et d'informer les époux des incertitudes de mise en oeuvre du divorce amiable à l'étranger.

§ II – *PROFESSIO JURIS*

La désignation de la loi applicable est régie par l'article 5 du Règlement Rome III(6). Relevons ici que le champ d'application dudit Règlement ne se restreint pas aux procédures judiciaires. Il s'applique au divorce par consentement mutuel de droit français autrement appelé « divorce sans juge » de l'article 229-1 du Code civil. Les époux qui choisissent le divorce sans juge doivent ainsi se soumettre aux règles de conflit de loi dudit Règlement européen.

A/ Modalités du choix de loi

La professio juris doit être expresse et peut être faite jusqu'à la saisine de la juridiction(7).

I/ Le moment du choix de loi

a) Avant le mariage

Avant le mariage : elle peut faire l'objet d'une clause du contrat de mariage.

(6) Règlement UE nº 1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de alina.

(7) Articles 5 et 7 du Règlement Rome III.

i - Désignation précoce

Par hypothèse, lorsque le choix de loi est fait à l'occasion de la conclusion d'un contrat de mariage, le divorce interviendra un temps certain après que le choix ait été fait. Il est par conséquent conseillé au rédacteur du contrat de justifier, au sein de la désignation, le/les critères autorisant le choix de loi (résidence, nationalité des époux). En effet, le choix intervient à un moment où la situation des époux présente un caractère d'extranéité. Néanmoins, compte tenu de la mobilité des couples, cet élément international pourrait avoir disparu au moment du divorce. Il n'en demeure pas moins que le choix de loi est valable puisque les critères de désignation sont appréciés au moment de la conclusion de la convention de choix.

Inversement, un choix de loi effectué alors que la situation des époux ne présentait pas d'élément d'extranéité au jour où le choix a été fait ne sera pas valable alors même que par la suite, et/ou au moment du divorce, l'élément international aura apparu.

Dans le prolongement, nous recommandons d'attirer l'attention des époux sur les conséquences d'un choix de loi précoce, lequel pourrait, compte tenu de la mobilité, perdre son sens quelques années plus tard. Était-il à ce point utile d'anticiper ? Le notaire jouera alors son rôle de conseil, plus-value indispensable, notamment en matière internationale. En effet, il relève de la mission du notaire de maintenir en adéquation la situation juridique des époux avec leur situation personnelle/professionnelle qui, dans un contexte international, évolue parfois très rapidement. Afin de les guider vers cette démarche et d'attirer leur attention, il peut être envisagé de prévoir une clause spécifique en ce sens dans l'acte de désignation ou le contrat de mariage :

➥ **MISE À JOUR DU CONTRAT**

Les époux se reconnaissent informés par le notaire soussigné de la nécessité, afin de maintenir l'efficacité du contrat dans le temps, de l'informer des évènements majeurs de leur vie familiale, patrimoniale et professionnelle ; ces informations délivrées de manière régulière, permettant le cas échéant de mettre à jour les conventions des parties et poursuivre ainsi l'objectif recherché par les époux ; ainsi que de la nécessité de communiquer périodiquement avec le notaire, par exemple une fois par an, afin que celui-ci soit mis en mesure de déterminer si les changements législatifs intervenus impactent les conventions des parties et ainsi délivrer son conseil de la manière la plus complète possible.

ii - Les limites de la professio juris précoce

– Saisine de la juridiction d'un état tiers

Par hypothèse, la désignation de loi est faite sous l'empire de la loi d'un for qui autorise cette désignation. Toutefois, il y a lieu d'attirer l'attention des époux sur la dichotomie entre le for saisi et la loi désignée par eux. Alors que le for est un état membre lié par le Règlement européen, leur désignation de loi sera efficace. En revanche, cette efficacité n'est pas assurée pour le cas où ils saisissent la juridiction d'un état tiers. En effet, si la juridiction d'un état tiers est saisie, elle appliquera ses

propres règles de conflit de loi. Si l'on prend pour exemple les États-Unis, le droit applicable en matière de divorce est celui de l'état du for, le tribunal compétent étant de manière générale celui du domicile de l'un ou l'autre des époux(8). La professio juris, bien que valable, encourra le risque de rester sans effet, la loi applicable sera déterminée selon les propres règles du for saisi.

Exemple :

Exemple britannique

Si un juge britannique est saisi d'une demande en divorce, il appliquera sa propre loi, ses propres règles de relations patrimoniales entre époux. Sauf à ce que le droit britannique reconnaisse la professio juris dans les mêmes formes que le Règlement européen, le juge ne sera pas tenu par la désignation de loi effectuée en vertu du Règlement Rome III. Plus particulièrement, précisons que les causes de prononcé du divorce sont plus limitées Outre Manche. Ainsi, si la situation des époux ne correspond à aucune des causes de rupture du divorce, il ne pourra pas y être prononcé. Les époux, pourraient alors se tourner vers les causes de divorce françaises et leur professio juris retrouverait son efficacité en vertu du Règlement européen alors obligatoirement applicable par le juge, l'avocat ou le notaire.

Dans un tel cas, il appartient aux conseils de dissuader les clients de désigner cette loi ou de rappeler ses limites par l'avertissement suivant :

➦ **AVERTISSEMENT**

Les parties sont pleinement conscientes et informées que le Règlement Rome III est, à ce jour, applicable dans dix-sept États membres de l'Union européenne, que si une action relative au divorce ou à la séparation de biens est portée devant la juridiction d'un pays tiers, ladite juridiction n'étant pas tenue par les dispositions du Règlement Rome III, la pleine exécution de cette désignation n'est alors pas assurée.

– Discrimination/solution contraire à l'ordre public du for

La désignation, par des époux algériens résidant en France de la loi algérienne en tant que loi de leur nationalité commune, sera valable selon le Règlement Rome III. Toutefois, cette professio juris demeurera inefficace dans l'hypothèse où la loi algérienne choisie contiendrait des dispositions discriminatoires/inégalitaires. Les juridictions françaises saisies écarteraient alors ce choix de loi pour appliquer la loi du for (article 10 du Règlement).

b) La modification de la professio juris

Lorsque la désignation de loi a été faite au sein du contrat de mariage ou d'un changement de régime, se pose la question des modalités de modification de ce choix. Doit-il répondre aux conditions de changement de régime matrimonial ?

De manière générale, le Règlement ne prévoit pas la désignation obligatoire sous la forme authentique. Il laisse toutefois aux états membres la liberté d'imposer des

(8) Marris V. Sockey C.A Okl, 170 F.2d 599.

formes obligatoires de désignation. Dès lors, le choix peut être effectué par acte sous seing privé, dès lors que la désignation est datée et signée par les deux époux et que les éventuelles règles formelles supplémentaires de l'état membre participant de résidence habituelle du/des époux au moment du choix sont respectées.

La France n'impose pas de désignation par acte authentique.

Lorsque la professio juris est une disposition du contrat de mariage, il nous semble qu'elle demeure autonome et n'entre pas dans les dispositions relatives au choix du régime matrimonial. Par ailleurs, et pour abonder dans le sens de certains auteurs, nous pensons qu'il n'y a pas lieu d'ajouter du formalisme supplémentaire là où le Règlement n'en prévoit pas. En effet, le parallélisme des formes n'est pas une condition de la modification(9).

c) Choix de loi tardif

La professio juris peut être faite ou modifiée jusqu'à l'introduction de l'instance (art. 5, 2).

Dans le cadre du divorce amiable et bien qu'il ne s'agisse pas d'une mention obligatoire de la convention de divorce (article 229-3 C. civ.), nous ne saurions que trop conseiller aux parties de désigner expressément, au sein de leur accord, la loi française comme loi applicable (à condition que les critères soient remplis). En effet, l'application de la loi française conditionnant l'utilisation de cette procédure amiable, cette désignation expresse aura le mérite de prouver que le sujet de la loi applicable a été soulevé par les conseils, discuté par eux (et éventuellement mis en balance avec d'autres lois potentiellement applicables) et qu'ils sont parvenus à un accord sur sa désignation, accord formalisé par la professio juris inscrite dans la convention de divorce.

Officiellement, le notaire n'intervient qu'en bout de course dans la procédure du divorce sans juge. Toutefois, nous constatons une pratique des avocats et des notaires, consistant à travailler ensemble dès l'élaboration de la convention. Il appartient à ce moment au notaire de soulever ce point et ainsi faire progresser les pratiques qui se mettent en place en matière de divorce par consentement mutuel et de collaboration avocat/notaire.

La circulaire du Ministère de la Justice du 26 janvier 2017 précitée plaide d'ailleurs en ce sens puisqu'il y est recommandé de « *vérifier que le divorce relève bien de la loi française et de le mentionner expressément dans la convention de divorce pour le principe du divorce et pour chacun de ses effets* ».

Le divorce demandé dans un pays différent de celui où le mariage a été célébré – difficultés liées aux conceptions différentes de l'union

L'article 13 du Règlement Rome 3 autorise le juge à refuser de statuer si sa propre loi, la loi du for (pas nécessairement la loi applicable), ne considère pas le mariage comme valable.

(9) Alain Devers et Michel Farge, Le nouveau droit international privé du divorce – À propos du Règlement Rome III sur la loi applicable au divorce. *Droit de la famille* nº 6, juin 2012, étude 13.

La question du mariage homosexuel relève directement de cette disposition, question délicate dans la mesure où nombre d'états membres ne reconnaissent pas le mariage homosexuel. Dès lors, le sort de ces unions, hors du pays qui a présidé à leur célébration, reste incertain. De manière générale, plusieurs conceptions coexistent : une première attitude consiste à refuser de reconnaître et de faire produire ses effets au mariage. Autrement dit, les états membres qui ne reconnaissent pas la validité du mariage homosexuel ou qui le prohibent dans leur loi interne, refusent de traiter cette union comme un mariage et de prononcer le divorce. Une autre attitude consiste à accueillir le mariage lorsqu'il a été valablement célébré à l'étranger, c'était le cas de la France avant l'adoption du mariage entre personnes de même sexe. Enfin, dans une autre conception, des états peuvent tenter de faire entrer le mariage dans une catégorie d'union connue de leur droit, par exemple le partenariat lorsqu'il existe entre personnes de même sexe.

Il nous semble qu'à défaut de définition de la notion de mariage, le Règlement a bien vocation à s'appliquer aux unions de personnes de même sexe, alors même que tous les pays membres ne les reconnaissent pas. Il revient ensuite aux juridictions de l'état membre saisi de considérer les conditions dans lesquelles ladite union sera considérée comme valable et reconnue et, le cas échéant, de se ranger derrière la disposition de l'article 13.

De manière concrète, la question de la loi applicable au divorce va se poser en des termes particuliers et le notaire exercera ici encore son activité de conseil afin d'avertir les époux sur les difficultés pratiques. Prenons l'hypothèse où la loi applicable aux effets patrimoniaux de l'union ne reconnaît pas le mariage homosexuel. Quelle attitude adopter ? Lorsqu'il s'agit d'une désignation expresse de loi applicable par les époux, il va sans dire que le notaire devra exercer son devoir de conseil afin de dissuader les époux de désigner une loi conduisant à des difficultés de mise en oeuvre pratique.

Lorsque la règle de conflit française conduit à l'application d'une loi prohibant le mariage de personnes de même sexe, quelle attitude adoptera le praticien ? Certains auteurs considèrent que la question ne relève pas de la loi du for mais de la loi du pays prohibant l'institution. Ledit pays apportera alors sa propre réponse et pourra refuser de reconnaître les effets du divorce prononcé à l'étranger.

§ III – *RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS*

Rappelons préalablement la distinction entre la reconnaissance et la force exécutoire des décisions.

On parle de reconnaissance lorsqu'il s'agit de conférer une efficacité substantielle à une décision. Il s'agit d'une question de statut personnel, le divorce sera reconnu dans les conditions prévues par les lois du pays où la reconnaissance est demandée après production des justificatifs du divorce de droit français.

La force exécutoire quant à elle permet de procéder à des actes d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes.

A/ Reconnaissance et exécution de la décision de divorce prononcée en France

I/ Reconnaissance et exécution au sein d'un état membre

a) Reconnaissance

Le Règlement Bruxelles II *bis* prévoit que les décisions rendues dans un état membre sont reconnues dans les autres états sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à aucune procédure(10). Toutefois, le Règlement reconnaît à un état la possibilité d'écarter le divorce dans certaines hypothèses, peu nombreuses et strictement encadrées et notamment si la décision est contraire à l'ordre public de l'état membre requis(11). Ces motifs de non reconnaissance laissent penser que la reconnaissance et l'exécution du divorce sans juge pourront donner lieu à des débats devant les juridictions d'un autre état membre. Dès lors, nous pouvons nous interroger sur le point de savoir si le prononcé du divorce par une autorité judiciaire pourrait constituer un élément d'ordre public dans certains états membres.

b) Exécution

L'article 46 prévoit que « les actes authentiques (...) ainsi que les accords exécutoires entre les parties (...) sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions ».

S'agissant du divorce conventionnel, le dépôt simple de la convention tel qu'il est prévu dans le Code civil ne confère pas l'authenticité à la convention. C'est pourquoi nombre d'auteurs recommandent de procéder à un dépôt de la convention en présence des parties avec reconnaissance d'écriture et de signature afin de lui conférer un caractère authentique et ainsi lui donner force exécutoire dans le pays membre requis.

Le Règlement prévoit une procédure d'exequatur simplifiée au sein de l'UE, procédure mise en oeuvre au moyen de la délivrance de certificats annexés au Règlement. La juridiction de l'état membre requis sera saisie sur production du certificat délivré par l'autorité compétente.

---

(10) Article 21.

(11) Article 22 Motifs de non-reconnaissance des décisions de divorce, de séparation de biens ou d'annulation du mariage.

Une décision rendue en matière de divorce, de séparation de biens ou d'annulation du mariage n'est pas reconnue :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'état membre requis ;

b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;

c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'état membre requis ; ou

d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre état membre ou dans un état tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'état membre requis.

Pour ce faire, le Règlement prévoit la délivrance de trois certificats visés aux articles 39 et 41 (Modèles en annexe I et II et III du Règlement). S'agissant du divorce amiable, seul le certificat de l'annexe 1 prévu par l'article 39 peut être délivré par le notaire (article 509-3 du Code de procédure civile). En effet, il vise la décision matrimoniale, alors que les deux autres visent le droit de visite et la responsabilité parentale, domaines dans lesquels le notaire n'est pas habilité à intervenir.

Le certificat de l'annexe II de l'article 39 vise la responsabilité parentale et requiert des informations qui ne relèvent pas des attributions notariées. Celui de l'article 41 ne peut pas l'être puisqu'il attrait au droit de visite, or le notaire n'entend pas les enfants, cas de figure nécessitant la saisine du juge.

Afin de remédier à ces difficultés, la circulaire du 26 janvier 2017 (fiche 10) prévoit une rejudiciarisation partielle du divorce lorsqu'il s'agit des mesures relatives aux enfants. S'agissant des mesures relatives au droit de visite, le recours au juge aux affaires familiales d'une demande d'homologation de la convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou, la saisine, dans l'État requis, d'une demande en déclaration de la force exécutoire.

➦ **ADDENDUM**

Le conseil de l'union européenne a adopté la refonte du Règlement Bruxelles II bis le 25 juin 2019. Sa nouvelle version, le Règlement Bruxelles II ter, sera applicable à compter du 2 juillet 2022. Les modifications apportées ont notamment pour objet de clarifier les règles de transmission des actes et accords extrajudiciaires, notamment les accords en matière de divorce. Ainsi, la réécriture de l'article 2 éclairci le champ d'application des règles relatives à la transmission du divorce extra-judiciaire. Le règlement vise dorénavant « l'accord » pour l'application du chapitre IV relatif à la reconnaissance et à l'exécution. Il s'agit de "l'acte qui n'est pas un acte authentique, qui a été conclu par les parties dans les matières relevant du champ d'application du réglement et qui a été enregistré par une autorité publique notifiée à cet effet la commission par un État membre (…)". Le divorce extra-judiciaire est ici visé et relèvera, pour sa reconnaissance et son exécution, du règlement Bruxelles II ter, pour les accords enregistrés après son entrée en application.

II/ Reconnaissance et exécution au sein d'un État tiers

La décision de divorce est reconnue et exécutée dans l'État tiers selon les conventions particulières liant la France et l'État requis ou selon le droit interne de l'État requis.

Eu égard au caractère exceptionnel et peu répandu de la nouvelle procédure de divorce conventionnel, la reconnaissance du divorce sans juge, sans décision juridictionnelle ni sans acte authentique semble aléatoire. Ainsi, la reconnaissance pourrait être refusée si la loi française n'est pas la loi applicable au regard des règles de conflit de loi du pays tiers. La question de l'ordre public pourra également être soulevée si le prononcé du divorce judiciaire est un élément essentiel dans le pays concerné.

Le notaire ne pourra donc pas garantir aux époux que la convention de divorce sera efficace. Il lui faudrait déterminer tous les pays dans lesquels la convention sera

amenée à être exécutée et déterminer les conditions que pose ledit pays pour la reconnaissance ou non du divorce amiable français, tâche certes intéressante mais laborieuse et chronophage.

Exemple :

Aux États-Unis, les jugements prononcés à l'étranger ne bénéficient pas de la reconnaissance et de l'exécution automatique. Ils peuvent toutefois être reconnus à trois conditions: que le tribunal soit compétent pour trancher la question, que la procédure ait été équitable, que la décision ne soit pas contraire à l'ordre public de l'État requis (Hilton v. Guyot 159 US 113, 202, 16S Ct. 139, 158, 40L, Ed95, 122 (1895).

Exemple :

Au Maroc, l'article 114 du Code de la famille marocain prévoit qu'en cas de divorce par consentement mutuel, le juge tente de concilier les deux époux autant que possible et, si la conciliation s'avère impossible, il autorise que soit pris acte du divorce et qu'il soit instrumenté. Sur ce fondement, le tribunal de première instance d'Oujda, par un jugement du 29 janvier 2018 a refusé d'accorder l'exequatur au divorce amiable de droit français, celui-ci étant contraire à l'ordre public marocain.

B/ Reconnaissance et exécution de la décision de divorce prononcée à l'étranger

En France, la reconnaissance de plein droit d'une décision étrangère en dehors de tout Règlement européen ou convention internationale a été posée par l'arrêt Bulkley du 28 février 1860 puis plus récemment rappelé par l'arrêt Cornelissen(12) ; La reconnaissance intervient de plein droit.

Aux termes de cette jurisprudence, les décisions étrangères sont reconnues et ne souffrent pas contestation à trois conditions : la compétence du juge étranger, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure, l'absence de fraude à la loi. Dès lors, une décision qui heurterait l'ordre public international français serait dépourvu de reconnaissance. Il en sera notamment ainsi d'un jugement portant atteinte au principe d'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale(13) ou encore de la loi marocaine qui ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire, ni dommages intérêts pour l'épouse(14) ou encore d'une loi établissant une discrimination sexiste.

L'exécution fera ensuite l'objet d'une procédure d'exequatur.

§ IV – *TRANSCRIPTION DE LA DÉCISION DE DIVORCE*

A/ Transcription des décisions rendues dans les États membres

L'article 21.2 prévoit que les décisions relatives à la désunion sont transcrites sur les registres de l'état civil sur simple demande.

(12) Cass. civ. 1re, 20 févr. 2007 nº 05.14.082.
(13) Cass. civ. 1re, 4 nov. 2010 nº 09-15.302.
(14) Cass. civ. 1re, 16 juill. 1992 nº 91-11.262.

B/ Transcription des décisions rendues dans les États tiers

Dans beaucoup d'États, la transcription de la décision de désunion des nationaux n'est que facultative. Toutefois, le défaut de transcription engendre parfois des conséquences. Ainsi, en Allemagne, les époux dont la célébration du mariage a eu lieu en Allemagne continuent d'être considérés comme mariés tant que le divorce n'a pas été transcrit. La transcription devient en quelque sorte nécessaire si ce n'est obligatoire.

Au sein d'autres États, la transcription est obligatoire afin de rapporter la preuve du célibat retrouvé.

§ V – *TABLEAU DES DISPOSITIFS CONVENTIONNELS EUROPÉENS EN MATIÈRE DE DIVORCE*

Tableau 1

Domaine	Dispositif	Application	États membres participants
Loi applicable au divorce et à la séparation de corps	Règlement Rome III nº 1259/2010 du 20 décembre 2010	Actions judiciaires engagées et professio juris conclues à compter du 21/06/2012	Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Portugal, Roumanie, Slovénie
Compétence/ reconnaissance/ exécution des décisions matrimoniales et en matière de responsabilité parentale	Bruxelles II *bis* nº 2201/2003 du 27 novembre 2003	Actions judiciaires intentées, actes authentiques reçus et accords entre parties conclus à compter du 1er mars 2005 pour les États membres à cette date (entrée en vigueur le 1er août 2014) et dans les États qui ont ensuite adhéré à l'UE à compter de leur date d'adhésion (1/01/2007 Bulgarie et Roumanie, 1/07/2013 Croatie)	Tous les États membres sauf le Danemark

Domaine	Dispositif	Application	États membres participants
Obligations alimentaires (prestation compensatoire)	Règlement 4/2009 du 18 décembre 2008 renvoyant au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007	Procédures engagées, transactions judiciaires approuvées ou conclues et actes authentiques conclus à compter du 18 juin 2011 sous réserve des dispositions particulières en matière de reconnaissance, de déclaration de force exécutoire et d'exécution (art. 75)	Tous les États membres
Effets patrimoniaux du mariage	Règlement 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 ou Convention de La Haye du 14 mars 1978 ou Droit commun	À partir du 29 janvier 2019/Entre le 1er septembre 1992 et le 29 janvier 2019/avant le 1er septembre 1992	Règlement européen : la Suède, la Belgique, la Grèce, la Croatie, la Slovénie, l'Espagne, la France, le Portugal, l'Italie, Malte, le Luxembourg, l'Allemagne, la République tchèque, les Pays-Bas, l'Autriche, la Bulgarie, la Finlande et Chypre/Convention de La Haye : France, Luxembourg, Pays-Bas

TITRE IV

LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE NOTARIÉ ET LA MOBILITÉ INTERNATIONALE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE

CHAPITRE UNIQUE

LE MANDAT DE PROTECTION

§ 1 – *INTRODUCTION*

La personne qui souhaite se prémunir du risque de son incapacité future, temporaire ou définitive, à défendre ses intérêts dispose depuis maintenant dix ans d'un outil autorisant un mode de protection conventionnel et déjudiciarisé.

Le mandat de protection future introduit dans le Code civil français par la loi nº 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs permet à toute personne majeure d'anticiper l'organisation de sa propre protection en désignant librement un ou plusieurs mandataires pour veiller sur ses biens, et accessoirement sur sa personne, en cas de nécessité.

L'augmentation de la durée de la vie dans de nombreux pays, conjuguée à la démocratisation des déplacements internationaux a multiplié le nombre de personnes atteignant l'âge de la retraite faisant le choix de poursuivre leur vie à l'étranger. L'amplification de ce phénomène ouvre de nouvelles questions de droit international privé liées à la gestion ou la vente de biens appartenant à des personnes susceptibles de souffrir à terme d'une altération de leurs facultés personnelles.

Le choix de la forme authentique du mandat de protection future semble s'imposer dans le contexte d'une reconnaissance transnationale des dispositifs de protection. Mais cet outil peut-il prétendre répondre efficacement à toute la dimension du sujet ?

Dans un premier temps, il s'agit d'étudier les moyens disponibles pour organiser la poursuite de la volonté du mandant au-delà de nos frontières, puis dans un second

temps de rechercher les procédés autorisant la reconnaissance du pouvoir des parties dans leurs rapports avec les tiers.

§ II – *LE PRIMAT DE LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE ANTICIPÉE*

L'introduction d'un dispositif de protection conventionnelle dans notre Code civil donne vie au concept de l'autonomie de la volonté, selon les principes que la volonté humaine est suffisamment forte pour se donner elle-même sa propre loi et que les individus sont les meilleurs défenseurs de leurs propres intérêts(1).

La régularité du consentement à la date de l'établissement du mandat de protection future est une condition *sine qua non* de validité de l'acte anticipatoire. Lorsque que le mandat est conclu sous seing privé, le contreseing d'avocat peut lui conférer une force probante renforcée faisant foi de l'écriture et de la signature des parties, sans n'emporter toutefois ni date certaine ni force exécutoire(2). Par ailleurs la limitation des pouvoirs du mandat sous seing privé appelle une procédure d'autorisation difficilement exportable dès qu'il s'agit de conclure des actes de dispositions(3). La saisine du juge s'effectue par requête qui donne lieu en retour à la réception d'une convocation pour la tenue d'une audience au tribunal d'instance en présence du mandant et du mandataire(4).

Seul sera évoqué dans la présente étude le mandant conclu par acte authentique constituant en France le plus haut degré de preuve(5) qui fait foi de ce que le notaire écrit avoir personnellement accompli ou constaté(6).

La poursuite de la volonté du mandant consignée dans son mandat dépend de la loi applicable lors de son établissement. Par ailleurs sa résidence future hors de nos frontières doit permettre au mandant de bénéficier opportunément des lois locales si ces dernières lui offrent un cadre plus favorable que la loi française.

A/ Le lieu d'établissement du mandat

I/ Sur le sol français

Le mandat établi par acte authentique est reçu par un notaire choisi par le mandant. L'acceptation du mandataire est faite dans les mêmes formes(7). L'application du mandat de protection future est valable sur le territoire français comme en dehors, en vertu de l'article 3 du Code civil qui dispose que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

Lorsque le mandant est de nationalité étrangère, la Convention de La Haye du

(1) Emmanuel Kant – Fondements de la métaphysique des mœurs, La Pléiade, Œuvres philosophiques tome II, 1985.
(2) Article 1374 du Code civil.
(3) Articles 496 et 493 du Code civil et décret nº 2008-1484 du 22 déc. 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle.
(4) Article 1259-3 du Code de procédure civile.
(5) Cour de cassation, Chambre civile 1, du 20 mars 1973, 71-12.135, Publié au bulletin.
(6) Article 1371 Code civil.
(7) Article 489 du Code civil.

13 janvier 2000[8] précise utilement en son article 15 qu'à défaut de stipulation contraire, l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte pour être exercés lorsqu'il sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts, sont régies par la loi de l'état de sa résidence habituelle fixé au moment de l'accord.

Par son choix de fixation du lieu au moment de la conclusion de l'acte et non de sa prise d'effet, la Convention fournit une règle de stabilité nécessaire à l'anticipation de la liberté de circulation du mandant.

II/ L'établissement ou la légalisation du mandant auprès d'un consulat français

Lorsque le mandat est établi par un Français de l'étranger, il convient de s'interroger sur le moyens mis à sa disposition pour conclure son acte sous la forme authentique.

Depuis le 1er janvier 2019, seuls les consulats de Dakar et d'Abidjan restent désormais en mesure de recevoir des actes authentiques, tel qu'il résulte des deux arrêtés du 17[9] et du 28 septembre 2018[10]. En dehors du Sénégal et de la Côte d'Ivoire il convient de s'adresser à un notaire de droit civil choisi sur une liste établie par l'état concerné. Cette liste est notamment disponible auprès de l'Union Internationale du Notariat (UINL). L'acte devra par la suite être légalisé par le consulat français du pays de résidence.

Les formalités souvent lourdes et coûteuses de légalisation d'un acte public peuvent être remplacées par le régime de l'apostille qui facilite la circulation des actes entre deux états signataires de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961[11].

B/ L'aménagement de la règle de conflit de lois

La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 étend les obligations issues de la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées à la population des adultes vulnérables par la reprise des dispositions de ses articles 18 et 32 relatifs à la liberté de circulation et à la coopération internationale.

L'article 15 de la Convention de La Haye réaffirme ainsi la primauté de la volonté du mandant qui peut déroger aux modalités de rattachement de la loi applicable par défaut à son lieu de résidence habituelle. Ainsi le mandant peut décider, à condition que son choix soit exprès, que l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation seront régis par un autre État dont il possède la nationalité ou dans lequel il a résidé précédemment. Pour la gestion de son patrimoine, le mandant peut en outre désigner individuellement les lois de chacun des États dans lesquels sont situés ses biens.

---

(8) Convention de La Haye du 13 janv. 2000 sur la protection internationale des adultes.

(9) Arrêté du 17 déc. 2018 fixant la liste des postes diplomatiques et consulaires dans lesquels sont exercées des attributions notariales.

(10) Arrêté du 28 sept. 2018 portant abrogation de l'arrêté du 18 déc. 2017 fixant la liste des postes diplomatiques et consulaires dans lesquels sont exercées des attributions notariales.

(11) Convention de La Haye du 5 oct. 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

À noter que les modalités d'exercice des pouvoirs de représentation reconnus au mandataire seront régies par la loi de l'État où ils seront exercés[12].

I/ La désignation d'un pays contractant

La Convention garantit la reconnaissance du mandat de protection future ou de dispositifs similaires dans un autre État contractant, même lorsque ce dernier ne dispose pas d'institution de ce type en vertu de son droit interne[13]. Cette disposition donne au mandant l'assurance que les mesures qu'il a prises concernant ses affaires seront respectées au sein de cet espace.

II/ La désignation d'un pays non contractant

La Convention est dite à un caractère universel de sorte que même si la loi visée est celle d'un État ne l'ayant pas ratifiée, la désignation a vocation à s'appliquer selon le droit en vigueur de l'État désigné, sans possibilité de retour à la législation du pays d'origine (Articles 18[14] et 19[15]).

Il conviendra d'étudier l'ordre juridique interne du pays de destination afin de s'assurer, en amont, de la conformité de son fonctionnement avec les aspirations du mandant ainsi que de la reconnaissance de cette désignation dans son droit international privé.

Afin de pallier le risque de défaut de concordance des textes il semble prudent d'ajouter à l'acte désignant la loi applicable, une clause alternative faisant référence de manière générique à toutes autres lois nationales régissant la protection des adultes qui ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles.

III/ La rédaction d'un acte transnational

Lorsque le ou les pays de résidence future du mandant sont connus, le notaire peut prendre part à la rédaction d'un acte organisé selon des stipulations communes et spécifiques aux instruments de chacun des états visés, afin d'en faciliter l'application au-delà de nos frontières. Outre la réunion dans un seul acte des conditions cumulatives nécessaires à la reconnaissance de l'instrument dans chacun des états, rien ne semble s'opposer à ce que l'acte transnational soit établi en plusieurs langues. L'obligation d'usage de la langue française dans les actes authentiques tel qu'il en résulte de l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 et du décret du 2 thermidor an II[16] n'ont ni pour objet ni pour effet de prohiber l'usage de traductions lorsque l'utilisation de la langue française est assurée[17].

---

(12) Article 15 3. de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000.

(13) Article 27 de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000.

(14) Les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un État non contractant.

(15) Au sens du présent chapitre, le terme « loi » désigne le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

(16) Décret du 20 juill. 1794 du 2 thermidor an 2 : nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire français, être écrit qu'en langue française.

(17) Article 76 de la loi n° 2017-256 du 28 févr. 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique.

§ III – *LA RECONNAISSANCE DU POUVOIR DES PARTIES*

Une fois le mandat activé, le mandataire sera investi d'un pouvoir de représentation incluant tous les actes patrimoniaux que le tuteur accomplit seul ou avec une autorisation. Toutefois, le mandataire ne pourra pas conclure d'acte de disposition à titre gratuit sans l'autorisation du juge des tutelles(18).

La validation hors de nos frontières de l'activation du mandat repose sur la concordance des modalités encadrant sa prise d'effet en vue de la reconnaissance ultérieure de la régularité des actes conclus par le mandant ou par son mandataire.

A/ Les modalités de prise d'effet du mandat

Sur le terrain de la mobilité des populations, la Convention propage le principe de la reconnaissance du mandat de protection future dans la sphère du droit international privé. Seul un nombre limité de motifs peut fonder un refus de reconnaissance(19) :

Selon les différentes législations le mandat de protection future est regardé hors de nos frontières soit comme une procuration générale qui poursuit ses effets au delà de la situation d'incapacité rencontrée par le mandat, soit n'entrant en jeu qu'à la date de la survenance de cette incapacité. Parallèlement la subsidiarité reconnue au mandat conditionne sa prévalence sur les autres dispositifs de protection disponibles localement.

I/ Le principe de nécessité et la date de prise d'effet du mandat

a) Le principe de nécessité

Dans le Code civil, le principe de nécessité est inscrit en section 1 des dispositions générales régissant les mesures de protection juridiques des majeurs. Cette nécessité est d'ordre médical par opposition aux situations de prodigalité, d'intempérance ou d'oisiveté aujourd'hui exclues des causes d'activation du dispositif(20). La prise d'effet du mandat de protection future français repose ainsi sur la production d'un certificat médical établi par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Ce certificat non circonstancié atteste que le mandant se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles.

Une condition aussi spécifique de validité de la prise d'effet du mandat semble difficilement transposable en dehors de nos frontières. Cette exigence ne s'applique fort heureusement qu'aux Français ayant établi leur résidence habituelle en France. S'agissant des ressortissants français résidant dans un état contractant (Autriche, Écosse, Estonie, Finlande, Lettonie, Monaco, République Tchèque et Suisse), les modalités d'exercice du mandat sont régies par la loi du pays où le ressortissant a sa résidence habituelle. Pour les pays non signataires et en l'absence de convention

(18) Article 490 du Code civil.
(19) Article 22 de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000.
(20) Ancien art. 488 du Code civil en vigueur jusqu'au 1er janv. 2009.

bilatérale spéciale, la mise en œuvre et l'exécution du mandat de protection future est soumise aux règles de droit international privé local(21).

b) La date de prise d'effet du mandat

Un certain nombre de pays reconnaît l'effectivité du dispositif de protection conventionnel à compter de la date de sa publication, de son homologation, ou son enregistrement. La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a prévu la publication du mandat de protection future sur un registre spécial, dont les modalités et l'accès doivent être réglés par décret en Conseil d'État. Dans l'attente de la publication du décret, il semble de première importance d'étudier en amont de sa rédaction les conditions d'enregistrement ou d'homologation du mandat dans le pays de destination, et d'y procéder proactivement lors de son activation.

Une autre forme de publicité consistera par la suite à informer directement l'ensemble des établissements financiers en vue de l'annulation de toute procuration établie sur les actifs du mandant. Le risque d'actes concurrents entre mandataires sera ainsi évité. Il sera possible de contester l'acte irrégulier et la responsabilité de l'établissement financier pourra être engagée(22).

II/ Le principe de subsidiarité

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a placé le mandat de protection future en première position des dispositifs de protection. Il prime désormais sur l'application des règles des régimes matrimoniaux ainsi que sur le recours à une mesure de protection judiciaire(23).

Lorsque l'existence du mandat de protection est révélée tardivement, soit postérieurement à l'ouverture par exemple d'une curatelle ou d'une tutelle, il se substitue de droit à la mesure judiciaire(24).

À défaut de reconnaissance de cette subsidiarité par le droit local, le mandant risque de se voir imposer une mesure de protection ainsi que la désignation d'un représentant légal potentiellement différent du mandataire qu'il a expressément nommé. En réponse à cette éventualité, il semble prudent de mettre en œuvre par acte notarié séparé concomitamment à la rédaction du mandat, la faculté offerte par l'article 448 du Code civil de désigner une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur en cas de nécessité. En cas d'échec du mandat, le mandant se réserve l'option d'être *a minima* pris en charge par la personne de son choix.

B/ La régularité des actes

Une fois la prise d'effet du mandat reconnu, la régularité des actes repose sur la double acceptation de l'autonomie du majeur protégé et de celle de son représentant légal.

---

(21) Question écrite n° 03037 de Mme Joëlle Garriaud-Maylan publiée au *JO* Sénat du 1er février 2018, p. 390 et réponse du Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères publiée au *JO* Sénat du 31 mai 2018, p. 2688.

(22) Article 17 de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000.

(23) Article 428 du Code civil.

(24) Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 4 janv. 2017, 15-28.669, Publié au bulletin.

I/ La sphère d'autonomie du mandant

La loi du 5 mars 2007 ne lie pas le fait de vulnérabilité à la perte de capacité. Ainsi le mandat de protection future qui emprunte partie de son fonctionnement au droit des contrats se singularise des effets de la représentation judiciaire en maintenant le mandant dans l'exercice de ses droits(25). Ses actes ne bénéficient que d'une protection *a posteriori* par l'action de rescision pour simple lésion ou de réduction en cas d'excès(26).

II/ La sphère d'autonomie du mandataire

Dans le sillage de la recommandation du Conseil de l'Europe(27) qui pose le principe du respect des souhaits et des sentiments de la personne, l'article 480 du Code civil est garant du libre choix du mandataire dans un entourage affectif, familial, ou professionnel. Une personne morale peut également être désignée à condition de figurer sur une liste prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles.

La liberté de choix du mandataire est encadrée par les articles 395 et 445 du Code civil qui écartent de la mission de représentation :

- Les mineurs non émancipés, sauf s'ils sont le père ou la mère du mandant ;
- Les majeurs qui bénéficient d'une mesure de protection juridique ;
- Les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée ;
- Les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit par décision de justice ;
- Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux à l'égard de leurs patients ;
- Le fiduciaire à l'égard du constituant.

a) L'étendue des pouvoirs du mandataire

Les modalités d'exercice des pouvoirs de représentation reconnus au mandataire seront régies par la loi de l'état où ils sont exercés(28). Dans la pratique, lorsque le mandataire voudra faire valoir à l'étranger les droits qu'il tire du mandat français, il pourra demander à l'autorité locale habilitée la délivrance d'un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés(29).

On peut regretter que l'obligation de délivrance de copies ou d'extrait de jugement relatif à l'ouverture d'une mesure de protection juridique(30) prévue à l'article 1440 du Code de procédure civile ne se traduise dans la Convention que par une faculté offerte aux états contractant.

---

(25) Article 1159 du Code civil.

(26) Article 488 du Code civil.

(27) Recommandation n° R (99) du Comité des ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

(28) Article 15 3. de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000.

(29) Articles 23 et 38 de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000.

(30) Obligation certes inopérante pour le mandat de protection future en France, non soumis à l'enregistrement à ce jour.

b) Le contrôle du mandataire

Il n'est pas de pouvoir sans responsabilité, ni de responsabilité sans contrôle.

Le mandataire a une obligation de faire l'inventaire des biens de la personne protégée dès la mise en œuvre du mandat dans les conditions de l'article 1260 du Code de procédure civile et sans bénéficier des délais de trois et six mois accordés au curateur de la curatelle renforcée ou au tuteur(31).

Outre l'actualisation de l'inventaire au cours du mandat, le mandataire doit rendre annuellement compte de sa gestion au notaire qui en assure la vérification selon les modalités stipulées dans le mandat.

Le notaire peut recourir aux services professionnels de tout tiers, personne physique ou morale pour la conduite de la mission de contrôle du compte de gestion à condition que cette hypothèse soit envisagée au moment de la ratification de l'acte. L'article 479 alinéa 3 du Code civil offre toute latitude à l'imagination créative du notaire pour l'organisation des modalités de contrôle du mandat afin d'assurer que le mandataire soit en mesure de rendre compte de l'ensemble de sa mission exécutée hors de nos frontières. Le contrôleur désigné communique le compte de gestion approuvé par ses soins au notaire qui en assure la conservation, auxquels sont annexées toutes pièces justificatives utiles.

§ IV – *CONCLUSION*

L'observation des législations étrangères sur la protection juridique des majeurs fait apparaître un mouvement général de réformes des régimes de protection.

Entre la liberté civile inadaptée à la situation des personnes les plus fragiles et la privation de jouissance de droits organisée par les mesures de protection judiciaires, les nouveaux textes s'efforcent de prendre en compte au mieux les besoins individuels des personnes et ouvrent la possibilité d'anticiper l'organisation de sa propre protection et tout en conservant sa capacité.

La personne qui se projette dans une future mobilité internationale sera probablement plus rassurée par une approche sur-mesure dessinée dans les salons feutrés des études notariales que par la mise en place d'une réponse standardisée adoptée dans l'urgence à l'étranger et dont le fonctionnement risque de se trouver fort éloigné de ses attentes en termes de respect de ses libertés individuelles et de reconnaissance de son autonomie résiduelle.

La mise en place d'un mandat de protection future combinée aux règles de lois applicables et de coopération entre États telle que proposées par La Convention de La Haye du 13 janvier 2000, offre au notaire la possibilité d'intégrer la question délicate de la mobilité internationale de la personne vulnérable dans sa réflexion stratégique et d'en dessiner les solutions aux côtés son client.

(31) Article 486 du Code civil.

TITRE V

LE DÉCÈS À L'INTERNATIONAL

CHAPITRE UNIQUE

RÉGLER UNE SUCCESSION INTERNATIONALE : STEP BY STEP

Régler une succession internationale n'est aujourd'hui plus réservée aux études parisiennes ou celles de la Côte d'Azur. L'international est partout. La libre circulation des personnes en Europe a créé *de facto* des situations *cross border*. Il existe en effet pas moins de 450 000 successions internationales qui sont réglées chaque année en Europe pour environ un patrimoine de 123 billions d'euros. Les personnes sont de plus en plus mobiles. Elles s'installent dans des pays différents, des couples bi nationaux se forment, ils se marient dans un État autre que celui dans lequel ils sont nés ou ont grandi, acquièrent des biens dans plusieurs pays, et enfin meurent et emportent avec leur mobilité des éléments d'extranéité. La matière est enrichissante mais pour autant en demeure complexe. C'est avec méthodologie qu'il faut alors aborder le déroulement du règlement d'une succession internationale.

§ I – *IDENTIFIER ET APPRÉHENDER UNE SUCCESSION INTERNATIONALE*

A/ Le notaire et la saisine d'un dossier de succession « international »

En France, ce sont les notaires qui sont en charge de régler les successions. C'est le cas dans nombreux États européens mais dans d'autres pays, comme ceux de tradition *common law*, le tribunal se charge de répartir les biens entre les héritiers.

Le notaire français se verra saisi d'une succession bien souvent dès lors que le défunt aura déposé en France un testament ou encore lorsque ce dernier y possédait des biens qu'ils soient meubles (un simple compte bancaire) ou immeubles. Parfois

encore, le notaire peut se voir saisi parce qu'un héritier ou légataire seul réside en France et que son intervention est nécessaire pour des raisons fiscales.

Plusieurs situations dans lesquelles le notaire se fera interprète, conseil et acteur du droit international des successions.

B/ Mais au fait, le dossier de succession dont je suis saisi est-il « international » ?

Lors de l'ouverture d'une succession, c'est une des premières questions que nous devons nous poser. Comment identifier l'élément « international » ?

Une succession sera qualifiée « internationale » dès lors qu'elle présente un élément d'extranéité.

Venant du latin *extraneus*, qui signifie étranger, le Larousse définit l'extranéité comme « qualité juridique étranger ». On peut ainsi conclure qu'une succession est dite internationale dès lors qu'elle présente un élément juridique étranger, savoir non français. L'élément étranger s'identifie à plusieurs niveaux : la nationalité du défunt et/ou des héritiers, légataires (par définition autre que française), le lieu du décès (autre que la France) la situation des biens mobiliers et/ou immobiliers (autre qu'en France), le domicile du défunt et/ou des héritiers, légataires (autre que la France) et la résidence fiscale du défunt et/ou des héritiers, légataires (autre que la France).

Exemple :

Nadine est franco-québécoise et hérite par testament de sa mère Françoise décédée à Montréal, Québec, Canada de la moitié de son patrimoine situé au Québec. La succession de Françoise est-elle internationale ? Il n'y a à première vue aucun lien avec la France, puisque le défunt est décédé à l'étranger et son patrimoine est situé à l'étranger. Toutefois, une des héritières est résidente fiscalement en France. Recevant une partie du patrimoine de sa mère, un dépôt de pièces de succession au rang des minutes d'un notaire français sera nécessaire pour étayer le dépôt de la déclaration de succession en application de l'article 750 ter 3 du Code général des impôts et de la convention entre la France et le Canada tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en date du 2 mai 1975.

En pratique, en plus de ces éléments objectifs, il est important de questionner la famille du défunt pour savoir si à un moment de sa vie la personne dont on est saisie de la succession n'a pas connu une vie « internationale » s'assurant ainsi de ne pas passer à côté d'un élément d'extranéité.

Collecter les éléments nécessaires au règlement de la succession

Comme pour tous dossiers de succession, le notaire doit obtenir des héritiers et ou légataires le maximum d'information concernant la situation familiale et patrimoniale du défunt.

Éléments concernant la situation familiale du défunt et de ses héritiers/légataires

Les pièces d'état-civil telles actes de naissance, mariage ou décès sont émises par les autorités étatiques. Lorsque l'acte est émis par une autorité étrangère, celui-ci doit être soit apostillé soit légalisé selon afin de produire ses effets en France(1). À noter qu'en Europe, le Règlement européen du 6 juillet 2016 entré en vigueur le 16 février 2019 a mis en place une dispense d'apostille et/légalisation pour les actes couverts par son champ matériel dont les actes d'état civil.

En pratique : Les pièces d'état civil établies en langue étrangère devront être traduites en français de préférence par un traducteur assermenté, lesquels seront ensuite annexées aux actes de succession.

À noter que dans certains pays obtenir une copie d'un acte de naissance est coûteux(2). Ainsi, aux États-Unis ou au Royaume Uni il est d'usage de remettre aux praticiens l'original de l'acte de naissance à charge pour lui de le redonner en fin d'instruction de dossier.

Si la succession est dévolue selon les règles de droit étranger, un acte de dévolution étranger sera demandé et déposé au rang des minutes du notaire. Dans les pays où la succession est directe et aux personnes comme en Suisse on parlera de certificat d'héritier, en Belgique d'acte d'hérédité. Dans les pays où la succession est indirecte et aux biens, comme au Royaume-Uni on demandera une copie du *Letters of Administration* lorsque la personne décède *ab intestat* et une copie du *Grant of Probate* lorsque le défunt a laissé un testament, les deux documents étant délivrés par le *Probate Court* (ou *Registry*). À noter que dans les pays membres du Règlement Européen sur les Successions du 4 juillet 2015, un Certificat Successoral Européen (CSE) peut être délivré par l'autorité compétente. Le CSE fera office d'acte de dévolution et sur cette base seront dressés les actes français de succession.

Enfin, lorsqu'il semble difficile d'appréhender une dévolution successorale dans un contexte international le recours au généalogiste peut être recommandé. Un généalogiste successoral effectuera les démarches de recherche des héritiers. Une confirmation de dévolution successorale pourra ainsi être annexée aux actes notariés de succession.

Éléments concernant la situation patrimoniale du défunt

Les héritiers et/ou légataires doivent apporter au notaire les éléments de patrimoine nécessaires à leur transmission. Les biens situés à l'étranger doivent également être portés à la connaissance du notaire, même si celui-ci n'est pas compétent pour procéder aux inscriptions sur le fichier foncier étranger ou encore si le bien étranger est fiscalement imposé hors de France. En effet, une approche globale de la succession permet au notaire de mieux appréhender le dossier. Par ailleurs, au plan fiscal il faut rappeler qu'en l'absence de convention fiscale bilatérale évitant les doubles

(1) Cf. Tableau récapitulatif de l'état actuel du droit conventionnel en matière de légalisation disponible sur www.diplomatie.gouv.fr (dernière mise à jour 5 mars 2019).

(2) Coût de 20 dollars aux États-Unis.

impositions en matière de droits de succession, les héritiers et ou légataires résidents fiscal en France de biens de succession étrangers sont imposables aux droits de mutation à titre gratuit en France dès lors qu'ils y ont eu leur domicile fiscal pendant au moins six années au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle ils reçoivent les biens(3). En d'autres termes, en plus d'être imposable sur les biens situés en France, ils le sont sur les biens situés à l'étranger. De ce fait, la connaissance du patrimoine mondial du défunt est essentielle.

En pratique, le notaire devra remettre aux héritiers/et légataires une lettre de mission rappelant l'obligation de porter à la connaissance du notaire l'ensemble du patrimoine du défunt inclus celui situé à l'étranger. La lettre de mission devra également comporter une liste de l'ensemble des biens type qui doivent être portés à sa connaissance, de manière non restrictive et non exhaustive.

En présence, d'héritiers et ou légataires étrangers, la pédagogie et le conseil concernant le rôle du notaire et le déroulement d'une succession en France s'imposent.

La recherche de testament.

Le testament fait partie intégrante des pièces à remettre au notaire.

En France, le notaire interrogera le Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés (FCDDV) afin de vérifier si le défunt avait déposé auprès d'un confrère un testament. À noter que le FCDDV de Venelles est aujourd'hui interconnecté avec treize autres pays européens(4). Pour les autres pays européens et la Suisse, le site internet de l'Association du Réseau Européen des Registres Testamentaires donne les indications sur le processus d'interrogation des registres de testament pays par pays(5).

Pour ce qui est d'un possible testament rédigé et fait à l'étranger, le notaire pourra interroger notamment les banques étrangères dans lesquelles le défunt avait des comptes bancaires afin de savoir si un testament y a été déposé.

C/ Le testament est fait en pays étranger, comment l'appréhender ?

Le défunt peut avoir pris des dispositions testamentaires à l'étranger. Ledit testament peut porter sur l'ensemble de la succession ou encore sur des biens situés en France seulement.

Devant un testament fait en pays étranger, plusieurs formalités civiles et fiscales s'imposent.

Au regard des règles civiles, il y a lieu de distinguer les mesures d'ouverture et d'exécution des testaments.

---

(3) Art. 750 *ter* 3 du CGI.

(4) Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Estonie, Grèce, Hongrie, Lettonie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Slovaquie.

(5) http://www.arert.eu/Informations,24.html.

Mesures d'ouverture des testaments

En droit international privé français, les mesures d'ouverture des testaments sont régies par la loi du lieu de découverte du testament. Le contrôle de la validité du testament est alors effectué par le pays dans lequel le testament a été découvert.

Dans les pays de *common law*, la procédure de vérification de validité du testament s'effectue par la procédure du *probate*. Il s'agit d'une procédure judiciaire par laquelle le juge accepte la validité du testament. Au Royaume-Uni le juge rend ainsi un *grant of probate* lorsque la succession est testamentaire(6). Aux États-Unis, un *probate* est également rendu par le *Probate Court* qui accepte la validité du testament et nomme le *personnal representative* qui sera en charge ensuite de contacter les banques et du transfert des biens.

Validité quant à la forme du testament étranger

Comme le souligne Mariel Revillard dans son ouvrage sur le droit international privé et européen, les difficultés soulevées par la forme des testaments sont rares en pratique puisque la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la forme des testaments à laquelle la France est liée pose un éventail très large des conflits de lois en la matière assurant ainsi une validité formelle quasi systématique des testaments. À noter que la convention de La Haye de 1961 n'impose pas une condition de réciprocité pour être applicable. En revanche, elle s'impose au notaire français en tant que norme juridique internationale relative à la validité formelle des testaments.

Ainsi, un testament sera considéré comme valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne :

- Du lieu où le testateur a disposé
- Ou d'une nationalité possédée par le testateur ; soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès
- Ou du lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès
- Ou du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès
- Ou pour les immeubles, du lieu de leur situation.

Exemple :

Le testament fait en la forme olographe par un américain en France est valable puisque conforme à la loi du lieu où le testateur a disposé. En revanche, le testament olographe fait par un américain en Floride ne sera pas valable, sauf à ce qu'il ait été établi en la présence de témoins(7).

(6) Le juge rend des *letters of administration* lorsque le défunt décède *ab intestat*.
(7) Florida Stat Section 732-502.

Testament authentique

Mesures de conservation des testaments

En droit international privé français, les mesures de conservation des testaments sont également régies par la loi de découverte du testament.

Mesures d'exécution des testaments

En droit international privé français, les mesures d'exécution des testaments sont régies par la loi du lieu d'exécution. Lorsque le testament porte sur des biens français, le testament fait en pays étranger devra être déposé au rang des minutes du notaire aux fins d'exécution en France. La copie du testament fait en pays étranger dûment apostillée ou légalisée selon, ainsi que sa traduction établie par un traducteur assermenté pourront aussi être déposées au rang des minutes du notaire.

En pratique, l'acte de dépôt devra être enregistré au service des impôts soit du domicile du testateur s'il en a conservé un, sinon à celui de son dernier domicile connu en France, et dans le cas où le testament contient des dispositions d'immeubles qui y sont situés, il doit être en outre, enregistré au service des impôts de la situation de ces immeubles.

Lorsque le défunt était non-résident, le droit d'enregistrement de 125 euros se règle au service des impôts des non-résidents de Noisy Le Grand puis est enregistré dans chaque service des impôts où le défunt possédait des biens immobiliers(8).

D/ Les clefs de la réussite du règlement d'une succession internationale

Une succession internationale fait appel à des notions étrangères à notre système, non pas sur le plan juridique uniquement, mais aussi sur le plan culturel également.

Problématique de langage : un obstacle récurrent de la pratique notariale des successions internationales est la langue dans laquelle le notaire doit communiquer.

L'extranéité fait appel à l'étranger, l'étranger renvoie à l'international, l'international aux langues.

Une vraie difficulté du notaire français réside dans la communication avec l'étranger, que ce soit le client de nationalité étrangère ou l'interlocuteur étranger, comme par exemple l'avocat ou le banquier.

Pratiquer le droit international dans nos dossiers nécessite de pratiquer les langues étrangères. C'est une évidence ! Mais malheureusement peu peuvent prétendre pratiquer avec une certaine aisance la langue de Shakespeare ou celle de Cervantes. L'apprentissage d'une langue juridique étrangère doit faire partie intégrante de notre cursus afin de mieux répondre aux besoins de notre clientèle étrangère de plus en plus importante. En pratique, un client étranger sera davantage rassuré si le notaire s'adresse en sa langue de confort ou celle de business, comme l'anglais.

(8) BOI-ENR-DG 40-10-30-20120912, § 170, 180 et 190.

La pédagogie made in Droit International : à la différence d'un client français qui connaît le système français et ses subtilités, un client étranger est quant à lui souvent ignorant du système français en général donc encore moins du règlement d'une succession en France. Le rôle du notaire est parfois même totalement méconnu. Aussi, pour le notaire français une certaine pédagogie s'impose. Il ne sera pas inutile de définir avec des mots simples et dans la langue des héritiers, les tenants et aboutissants du rôle du notaire et du bon déroulement d'une succession en France ainsi qu'une explication de la tarification des actes (émoluments et honoraires inclus).

Suggestion de définition du notaire en anglais(9) :

A *Notaire* is a specialized lawyer with public authority who draws up authenticated contracts on behalf of clients. The *Notaire* operates in different vaious legal areas of law and taxation, including family law (adoption, marriage contracts, gifts between spouses, inter vivos distribution, wills and inheritance) property law, business, law, rural law and environmental law.

The Minister of Justice appoints the Notaire by decree and the *Notaire* remains under the Minister's continuing authority. This continuing authority is required because the Notaire acts on behalf of the State, and is responsible for authenticating contracts and other legal documents under French law. If a *Notaire* authenticates a document, then it is a guarantee of that document's legality and authenticity.

Une fois le dossier et les pièces reçues, l'analyse juridique peut débuter. Le premier réflexe consiste alors à s'interroger sur la loi applicable à la succession.

§ II – *DÉTERMINER LA LOI SUCCESSORALE APPLICABLE À LA SUCCESSION*

A/ Définition de la loi successorale et enjeux

En droit international des successions, il n'existe pas à ce jour de règles universelles de transmission du patrimoine du défunt, dans le sens de règles communes de transmission. Chaque État connaît ses propres règles qui parfois sont assez proches. Par exemple la France et la Belgique connaissent le même système de transmission directe et à la personne. Toutefois, si les deux pays connaissent la réserve héréditaire variable selon le nombre d'enfants, en Belgique(10) la quotité disponible est de la moitié (1/2) lorsque le défunt laisse trois enfants et plus tandis qu'elle est seulement du quart (1/4) en France.

Parfois encore, les règles de transmission sont très éloignées car elles répondent à un système juridique différent. Dans les pays de *common law* la succession est indirecte et aux biens, avec une quasi-absence de notion de réserve héréditaire.

En l'absence d'un droit successoral substantif commun voire international, on est donc face à une ou plusieurs lois successorales applicables selon les situations.

(9) Angélique Devaux, De Anna Beckner, Margaret Ryznar, The Trust as More Than A Common Law Creature, 41 Ohio N.U.L. Rev. 91 (2014) ; pour plus de détailshttps://www.notaires.fr/en/notaire/role-notaire-and-his-principal-activities/role-notaire.

(10) Réforme fédérale entrée en vigueur le 1er septembre 2018.

Définir la loi successorale qui va être applicable au dossier de succession qui vient de s'ouvrir est l'élément majeur du déroulement de la succession. En effet, c'est la loi successorale qui précisera les règles d'ouverture de la succession, les règles de vocation successorale, de pouvoirs, de transmission et de partage(11).

Mais selon la situation donnée, quelle(s) loi(s) successorale(s) s'applique(nt) ? C'est la règle de conflit de loi qui vient déterminer l'application d'une loi plutôt qu'une autre et la majorité des états connaît dans son droit interne qu'il soit issu de règlements, de lois ou de jurisprudence, des règles de conflit de lois en matière successorale.

À ce niveau encore, les règles de conflits de lois varient d'un état à l'autre. Certains pays ont une approche unitaire du règlement de la succession. Un seul critère de rattachement, une seule et unique loi s'applique. La loi unique peut être celle de la nationalité(12), de la dernière résidence du défunt(13), de la résidence habituelle(14) ou encore du dernier domicile(15). D'autres pays ont une approche scissionniste, savoir selon le type de bien, la loi successorale diffère. Par exemple, la loi du domicile(16), ou celle de la dernière résidence ou encore celle de la nationalité s'applique aux meubles et celle de situation des biens aux biens immobiliers.

Le notaire saisi d'une succession internationale doit donc répondre à la question suivante : quelle loi s'applique à la succession ? En droit international privé français des successions, il y existe une distinction qui s'opère entre un « avant » l'entrée en vigueur du règlement européen du 4 juillet 2012(17) et un « après ». La date de distinction est celle du 17 août 2015, date d'entrée en vigueur du règlement européen des successions, dit « règlement succession » au long de ce chapitre. Ainsi, tous les décès intervenus avant le 17 août 2015 sont soumis aux règles françaises de droit international privé des successions, et pour les décès intervenus à compter du 17 août 2015, il y a lieu de se référer aux règles de droit communautaire devenu partie intégrante du droit international privé français(18).

B/ Successions ouvertes avant le 17 août 2015

Bien que les successions ouvertes avant le 17 août 2015 se fassent de plus en plus rares, certaines sont encore en cours, et d'autres ne sont pas encore liquidées. Ainsi, un rappel du système antérieur n'est pas anodin. Les successions internationales ouvertes avant le 17 août 2015 sont régies par les règles françaises de droit international privé qui retient un système scissionniste en opérant une distinction selon la nature des biens qu'ils soient meubles ou immeubles.

---

(11) Pour une étude approfondie de la loi successorale, voir Mariel Revillard, *op. cit.* n^{os} 947 et s.

(12) Exemples : Andorre, Maroc.

(13) Exemples : Norvège, Danemark.

(14) C'est le cas pour les états liés par le Règlement Européen sur les Succession du 4 juillet 2012 dont les successions sont ouvertes depuis le 17 août 2015.

(15) Exemple : Monaco depuis l'entrée en vigueur de la loi monégasque n° 1.448 du 28 juin 2017.

(16) Le cas dans de nombreux pays de *common law*.

(17) Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

(18) Constitution française du 4 octobre 1958, art. 55.

Successions immobilières :

Les biens immobiliers sont soumis à leur loi de situation autrement appelée *lex rei sitae* sur le fondement de l'article 3 alinéa 2 du Code civil. La jurisprudence sur ce point est constante, « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Comme le souligne les auteurs Mariel Revillard(19), Hélène Peroz et Eric Fongaro(20), cette solution permet de soumettre la loi successorale à une loi unique qui est en outre celle de la propriété du bien facilitant ainsi sa transmission. En revanche, si une personne possède des biens immobiliers dans différents pays, alors plusieurs lois successorales peuvent être applicables avec autant de difficultés que de lois.

Exemple :

Monsieur Dupont est décédé à Lyon le 20 juin 2015 et possède un appartement à Paris et un appartement à Londres. L'appartement à Londres sera dévolu selon le droit britannique qui connaît également un système scissionniste tandis que celui situé à Paris sera dévolu selon le droit français.

En pratique l'acte de notoriété mentionnera les règles successorales applicables. Il sera précisé que le droit français s'appliquera uniquement pour la dévolution immobilière située en France.

La déclaration de succession présentera ainsi une double dévolution successorale selon les deux lois applicables.

Successions mobilières :

D'après les règles posées par la jurisprudence française, les successions mobilières ouvertes avant le 17 août 2015 sont quant à elles soumises à la loi du dernier domicile du défunt. L'arrêt *Labedan* précise ainsi « *attendu que d'après l'ancienne règle, toujours subsistante, c'est la règle mobilia sequuntur ersonam, les meubles héréditaires sont réputés exister au lieu d'ouverture de la succession et qu'en conséquence leur dévolution est régie par la loi du dernier domicile du défunt*(21) ».

La notion de domicile est entendue au sens civil et non fiscal et relève des faits d'après l'appréciation souveraine des juges du fond.

La règle de conflit antérieure pose la question de la qualification. Comment qualifier un bien héréditaire d'immeuble ou de meuble ?

La qualification du bien héréditaire s'opère *lege fori* savoir selon la loi française lorsque la succession est soumise au notaire français. Ainsi selon le droit français un bien héréditaire est immeuble soit par sa nature, sa destination, ou par l'objet auquel il s'applique(22) et meuble par nature ou détermination de la loi(23). En pratique, la difficulté a notamment porté sur la qualification des parts de société civile

(19) Mariel Revillard, Droit International Privé et Européen : pratique notariale, Éd. *Defrénois*, 9e édition, nos 912 et s.

(20) Hélène Peroz et Eric Fongaro, Droit International Privé Patrimonial de la Famille, Éd. LexisNexis, 2e édition, nos 689 et s.

(21) *Arrêt Labedan*, Cass. civ., 19 juin 1939, Defrénois 1941, art. 25910.

(22) Code civil, art. 517 et s.

immobilière (SCI) lesquelles sont qualifiées de biens meubles et non immeubles(24) quand bien même la SCI était étrangère.

Exemple :

Exemple application double lois.

William de nationalité britannique et domicilié à Londres est décédé en 2014 laissant pour venir à sa succession 4 frères et sœurs dont deux germains Anna et Bill et deux consanguins Chase et David. Il laisse en France un appartement dans les Alpes, des meubles meublants et un compte bancaire au Crédit Agricole. Par combinaison des règles de conflits françaises et britanniques, l'appartement dans les Alpes sera soumis à la loi successorale française, tandis que les meubles meublants et le compte bancaire seront soumis à la loi successorale britannique. Deux lois successorales différentes, deux dévolutions différentes. En effet le droit britannique considère qu'en l'absence de testament et en présence d'une succession en ligne collatérale seuls les frères et sœurs germains héritent en proportion égale(25), tandis qu'en droit français il existe une égalité entre les frères et sœur germains, utérins ou consanguins. Ainsi les biens mobiliers situés en France seront dévolus à Anna et Bill à hauteur de la moitié chacun, tandis que le bien immobilier situé en France sera dévolus à Anna, Bill, Chase et David pour un quart chacun.

En pratique, l'acte de notoriété devra indiquer la dévolution mobilière et la dévolution immobilière.

Suggestion de clause :

Personne décédée

+++

Exposé concernant la loi applicable (rappel des règles françaises de droit international privé en matière de succession)

+++

En application de ce qui précède, la succession de ++++ est scindée en l'application de deux lois pour les biens situés en France, savoir :

→ La loi française (I), en ce qui concerne le(s) bien(s) immobilier(s) en France, régit en conséquence la dévolution, la transmission, l'administration, l'option successorale, et le partage de la succession. La « succession

(24) Code civil, art. 527 et s.

(24) Cass. ass. plén. 2 octobre 2015 nº 14-14.256, la Cour de cassation a considéré que les parts d'une société immobilière de droit monégasque constituent des biens incorporels de nature mobilière et non des biens immobiliers. Par conséquent, leur taxation relève de l'article 6 de la convention franco-monégasque sur les successions et sont imposées dans l'État de résidence du défunt.

(25) Administration of Estates Act 1925, art. 46.

immobilière » désignera ici les seuls droits immobiliers *sis* en France, dépendant de la succession du défunt.

→ La loi d'Angleterre et du Pays de Galle (II), en ce qui concerne le(s) bien(s) meubles en France, régit la dévolution, la transmission, l'administration, l'option successorale, et le partage de la succession. La « succession mobilière » désignera ici les droits mobiliers *sis* en France, dépendant de la succession du défunt.

Les difficultés pratiques de la règle du dernier domicile : le renvoi(26)

La règle de conflit française de scission amène le notaire à appliquer la loi successorale étrangère lorsque le défunt avait son dernier domicile hors de France. Dans cette hypothèse, le notaire ne doit pas s'arrêter à l'application telle qu'elle de la loi étrangère mais rechercher si la loi étrangère accepte sa compétence ou la rejette. Dès lors qu'elle l'accepte, le notaire se tient à l'application de la loi étrangère (cf. *supra*). Toutefois, dans certaines situations, la loi étrangère décline sa compétence car sa propre règle de conflits renvoie à une autre loi. Il s'agit là de l'application du mécanisme juridique du renvoi. Le renvoi est accepté en droit français. Il existe deux types de renvoi, le renvoi au premier degré et le renvoi au second degré.

Lorsque la loi désignée renvoie à la loi française, on parle de renvoi au premier degré.

Lorsque la loi désignée renvoie à une loi tierce, on parle de renvoi au second degré.

Exemple :

Un français est domicilié en Italie, il laisse des biens meubles et immeubles en France ainsi que des biens meubles en Italie. Les biens immeubles situés en France seront soumis à la loi française. Le notaire saisi considère que les biens meubles situés en France sont soumis à la loi du dernier domicile du défunt, la loi italienne. Mais que dit la loi italienne en matière de règles de conflits de lois des successions ? La loi italienne renvoie à la loi nationale du défunt, donc la loi française. On est dans un cas de renvoi au premier degré, et ainsi le notaire français appliquera la loi française tant aux biens mobiliers et immobiliers situés en France.

Si le défunt avait été de nationalité marocaine, la loi italienne aurait renvoyée à la loi marocaine. On parlerait de renvoi au second degré et le notaire français aurait appliqué la loi française aux biens immobiliers situés en France et la loi marocaine au biens meubles situés en France.

En pratique et dès lors qu'une loi étrangère est applicable, il est recommandé de recourir aux services d'un juriste de droit local et de demander un certificat de coutume précisant les règles de conflits en matière de succession applicables aux biens mobiliers et les règles en matière de renvoi.

Autres difficultés pratiques : ordre public et fraude à la loi

Ces points sont développés *infra*.

(26) Pour un développement complet des règles en matière de renvoi, voir Hélène Peroz et Eric Fongaro, op. cit. n^{os} 701 et s.

C/ Successions ouvertes depuis le 17 août 2015

Le règlement européen sur les successions du 4 juillet 2012 est d'une avancée exceptionnelle en matière de règlement des successions internationales puisqu'il met fin aux conflits de lois en Europe(27) en la matière. Ainsi une seule et même loi s'applique à la succession d'un individu ce qui facilite le règlement de la succession. Au surplus, le règlement a élaboré un nouvel outil le certificat successoral européen (CSE) qui est le premier acte juridique commun ; un acte au standard européen reconnu et exécutoire en Europe.

Quelques éléments clefs à retenir du règlement succession :

Caractère universel. Le règlement succession est dit « universel » savoir il s'applique dès lors que la loi du for saisie est un état membre au règlement, mais surtout peu importe la nationalité du défunt ou sa dernière résidence(28). Ainsi si la personne décédée était de nationalité marocaine, résidait au Japon mais possédait des biens en France (meubles ou immeubles) le règlement succession d'applique.

Unité de la loi successorale. Le règlement succession pose comme principe celui de l'unité de la loi successorale(29), savoir une seule et même loi s'applique à une situation peu importe que les biens soient de nature mobilière ou immobilière. En d'autres termes, on ne raisonne plus d'après la nature des biens mais d'après les règles de détermination de la loi successorale applicable. Cela étant, on le verra *infra*, il arrive des situations en présence d'état tiers que l'unité successorale soit rompue.

La portée de la loi successorale. Le règlement européen(30) définit la portée de la loi successorale des causes d'ouverture de la succession jusqu'au partage successoral.

Domaine matériel et exclusion. Le règlement succession s'applique aux successions à cause de mort et ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives. De même, il ne s'applique pas à l'état des personnes, à la capacité, aux régimes matrimoniaux, à la formalité des dispositions à cause de mort formulées oralement, les questions relatives à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des trusts ou encore l'inscription au registre des droits immobiliers(31).

Introduction de la *profession juris*. Le règlement succession a introduit la possibilité pour une personne de désigner de son vivant la loi successorale qui sera applicable à sa future succession. Il s'agit pour la pratique française d'une nouveauté, puisque jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement succession la *professio juris* n'était pas admise. Toutefois, et pour éviter tout *forum shopping*, le choix de la loi successorale est limité à la nationalité de la personne au moment de la désignation ou au moment de son décès(32).

(27) À l'exception du Royaume Uni, du Danemark et de l'Irlande qui ne sont pas partis au règlement et qui en conséquent continue d'appliquer leurs propres règles de conflits.
(28) Règlement Succession, art. 20.
(29) Règlement Succession, art. 21 et 22.
(30) Règlement Succession, art. 23.
(31) Règlement succession, art. 1.
(32) Règlement Succession, art. 22.

I/ Loi successorale par défaut

Résidence habituelle du défunt

Le règlement succession pose le principe selon lequel la loi successorale par défaut est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès(33). Le règlement succession ne donne pas de définition de la résidence habituelle, il s'agit d'une appréciation de faits. La résidence habituelle devant relever une situation stable avec l'État concerné. Les considérants 23 et 24 du règlement précise néanmoins que « l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. La résidence habituelle ainsi déterminée devrait révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement ».

Les critères retenus pour déterminer la résidence habituelle sont donc subjectifs pouvant ainsi créer des difficultés d'interprétation lorsque la personne décédée vivait dans plusieurs résidences telles dans l'affaire Johnny Hallyday. Dans un jugement en date du 28 mai 2019(34) le tribunal de Grande Instance de Nanterre prend ainsi en compte des éléments variés à la fois objectifs tels que la durée et la régularité de la présence en France du chanteur empruntée à la notion de résidence fiscale aux moyens de preuve public (compte instagram, interviews dans la presse) et des éléments subjectifs comme les conditions et les raisons de la présence en France de l'artiste. Dans un arrêt en date du 29 mai 2019(35), la cour de cassation a quant à elle retenu comme élément celui de la nationalité du défunt (américaine en l'espèce) et l'exercice de sa profession dans un État donné, la rédaction de son testament dans ce même État, la détention d'un patrimoine immobilier dans un État et enfin la présence majoritaire de sa famille dans cet État. En cas de désaccord sur la détermination de la résidence habituelle, il n'appartient pas au notaire de trancher mais au juge.

→ En pratique et lorsque l'ensemble des héritiers/légataires sont d'accord sur ce point, l'acte de notoriété viendra préciser la détermination de la loi successorale à la succession.

La résidence habituelle du défunt peut avoir été fixée dans un État membre ou un État tiers.

Lorsque la résidence habituelle du défunt est fixée dans un État membre du règlement, que ce soit la France ou un autre État, application de cette loi sera faite. En effet, aucun renvoi ou principe de scission ne sera appliqué puisque le règlement succession est venu harmoniser les règles de conflits en matière successorale en Europe. Ainsi, si la résidence habituelle est en Allemagne par exemple, la loi successorale sera la loi allemande et celle-ci s'imposera au notaire de la dévolution jusqu'au partage même portant sur des biens situés en France.

(33) Règlement Succession, art. 21.1.
(34) TGI Nanterre, 28 mai 2018, Affaire Laura Smet David Smet c/ Laeticia Boudou veuve Smet.
(35) Cass. civ. 1re, 29 mai 2019, (18-13.383).

Suggestion de clause – État membre au Règlement succession :

« Application du règlement successoral européen – Loi applicable à la succession

En application du règlement de l'Union européenne numéro 650-2012 pris en son article 21-1, la loi civile applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. Les héritiers reconnaissent et déclarent que la personne décédée avait sa résidence habituelle au moment de son décès à Paris (75001) en France et que la personne décédée n'a pas formulé de manière expresse le choix de sa loi nationale pour régir l'ensemble de sa succession, de sorte qu'en application de l'article 21-1 du règlement européen succession, la loi applicable à la succession de M. ++++ est la loi française ».

La résidence habituelle du défunt au moment de son décès peut avoir été fixée dans un État tiers, entendu au Règlement Succession, y compris le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande qui sont des États tiers.

Dans cette hypothèse, il ne faut pas regarder seule la loi de l'État tiers, mais il y a lieu de prendre en compte les règles de conflits de cet État tiers afin d'appréhender la loi successorale, lesquelles peuvent soit renvoyer(36) à la loi d'un État membre, ou à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi. Le renvoi a été admis dans le règlement successions afin de garantir une certaine cohérence au niveau international, permettant ainsi « d'éviter l'application d'une loi successorale étrangère, en facilitant la tâche des juridictions européennes saisies en vertu du Règlement »(37). En revanche, dans nombre de situation le renvoi rompt avec l'unité de la loi successorale applicable à la succession et aboutit à une scission de loi comme nous avions en droit international privé français avant l'entrée en vigueur du Règlement successions.

En pratique, dès lors que la loi de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès est fixée dans un État tiers il y a lieu de recourir aux services d'un juriste local afin de connaître les règles de confits applicable en matière de succession. L'opinion légale du juriste local devra être traduite en français, puis légalisée ou apostillée selon afin d'être annexée à l'acte de notoriété.

Suggestion de clause – État tiers au Règlement succession – renvoi

Règles de conflit de la loi d'Angleterre et du Pays de Galles

Application du règlement successoral européen – Loi applicable à la succession

(36) Règlement Successions, art. 34.

(37) Andrea Bonomi, Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012, 1re édition, Bruylant, p. 510.

En application du règlement de l'Union européenne numéro 650-2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, dit « règlement successions » pris en son article 21, 1. la loi civile applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. Toutefois, en application de l'article 34 du même règlement, lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient : a) la loi d'un État membre ; ou b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi.

Les requérants reconnaissent et déclarent que la personne décédée avait sa résidence habituelle au moment de son décès à Londres, Angleterre et Pays de Galles (Royaume Uni) et que la personne décédée n'a pas formulé de manière expresse le choix de sa loi nationale pour régir l'ensemble de sa succession ; de sorte qu'en application de l'article 21,1. Du règlement européen succession, la loi applicable à la succession de Monsieur +++++ est la loi d'Angleterre et du Pays de Galles (England and Wales).

État tiers

Le Royaume Uni n'a pas participé à l'adoption du « règlement successions ». Le Royaume Uni est par conséquent considéré comme un État tiers au « règlement successions ».

Règles de droit international privé d'Angleterre et du Pays de Galles

Il est ici relaté les termes de l'opinion légale établie par Maître +++++, du cabinet ++++ en date du +++ traduite de l'anglais par le cabinet +++ relative aux règles de conflit d'Angleterre et du Pays de Galles « En vertu du droit international privé d'Angleterre et du Pays de Galles, compte tenu du domicile de +++, le régime juridique en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles devrait s'appliquer à la succession de ses biens, où qu'ils se trouvent dans le monde. Cependant, cette règle est soumise au régime juridique français applicable aux biens immobiliers français. Dès lors, le droit de l'Angleterre et du Pays de Galles s'applique à la succession des biens mobiliers et immobiliers de ++++ situés en Angleterre, ainsi qu'aux biens mobiliers situés en France ».

Loi applicable à la succession immobilière en France : Renvoi à la loi Française pour les biens immobiliers situés en France.

En vertu de l'application des règles de conflit de lois d'Angleterre et du Pays de Galles précitées, il est fait renvoi à la loi française pour les biens immobiliers situés en France. Ledit renvoi à la loi française est accepté en application de l'article 34 du « règlement successions » précité.

Le renvoi tel qu'il est appliqué lorsque la résidence habituelle du défunt était au Royaume Uni entraîne l'application de deux lois successorales aux biens situés en France comme cela était le cas avant l'entrée en vigueur du Règlement Successions.

Ainsi, il y aura lieu en pratique de distinguer la dévolution selon la loi mobilière et immobilière (cf. *supra*).

Jusqu'ou peut aller le renvoi ?

L'article 34 n'impose pas de limite aux renvois. Ainsi, à la lecture du texte on pourrait imaginer connaître une situation dans laquelle il existe une succession de renvoi, dans lequel le règlement ne précise pas de porte de sortie(38).

Toutefois, dès lors que le renvoi s'effectue au profit de la loi d'un État membre ou un État qui accepte sa compétence, le renvoi est stoppé.

Exemple :

Une personne de nationalité britannique réside à Andorre et laisse des biens immobiliers à Andorre, au Royaume-Uni et en France. La résidence habituelle du défunt est située à Andorre qui est un État tiers au Règlement Successions dont les règles de conflits en matière successorale renvoie à la loi de la nationalité du défunt en l'espèce le Royaume-Uni, lequel est également un État tiers au Règlement Européen qui accepte le renvoi mais prévoit dans ses règles de conflits une scission entre les biens meubles dévolus selon la loi du domicile et les biens immeubles dévolus selon leur lieu de situation. À noter que la notion de domicile en droit britannique est différente de celle de résidence en droit européen. Si le défunt avait pour domicile of origin le Royaume Uni, alors la loi successorale applicable aux biens meubles est la loi britannique, et celle aux biens immobiliers, la loi de situation (Loi française pour les biens situés en France). Dans l'hypothèse où le défunt a totalement rompu les liens avec le Royaume Uni ce dernier pourra conclure que son domicile of choice se situe à Andorre. La principauté d'Andorre devra alors accepter ce renvoi au second degré de sorte que la loi Andorran puisse s'appliquer aux biens meubles tant situés à Andorre qu'au Royaume-Uni.

Renvoi et *professio juris* : le renvoi est expressément exclu du Règlement Succession(39) dès lors que le défunt avait établi un choix de loi valable. Ainsi, si une personne de nationalité britannique a exprimé dans son testament sa volonté que les lois d'Angleterre et du Pays de Galle s'appliquent, alors celles-ci s'appliqueront quand bien même le Royaume-Uni prévoit un système de scission et renvoie à la loi française pour les biens immobiliers situés en France. Le renvoi à la loi française sera ignoré.

Cependant, pour des raisons d'ordre public international ou lois de police la loi applicable en vertu du règlement pourra se voir écarter (cf. *supra*).

Exception à la résidence habituelle : les liens manifestement étroits.

Il peut arriver dans certaines rares exceptions que le défunt était résident dans un État de façon exceptionnelle. Le « règlement successions » pallie cette éventualité et dispose en son article 21 § 2 « *Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus*

(38) Andrea Bonomi ajoute : « *L'article 34 ne précise pas la démarche à suivre pour sortir de cette impasse* », *op. cit.* p. 517.

(39) Règlement Succession, art. 34.2.

étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État ».

Sont visés par exemple les cas de personnes diplomates ou consuls décédés(40) dans un État où ils sont en mission par définition autre que leur résidence habituelle ou encore le cas d'une personne résidante dans un État pour des raisons de soins uniquement.

Bien entendu la mise en œuvre de cette clause de sauvegarde sera rare en pratique, elle doit d'ailleurs être utilisée de façon exceptionnelle comme le souligne le règlement. L'exception présente l'avantage de corriger l'application d'une loi qui finalement ne serait pas celle de la résidence habituelle du défunt dans le sens de celle avec laquelle il entretient effectivement des liens forts mais présente un caractère d'insécurité juridique. Sa mise en œuvre doit donc rester exceptionnelle et justifiée.

En pratique, la mise en œuvre de la clause d'exception devra être justifiée et faire l'objet d'une unanimité entre les ayants droits. À ce titre, il pourra être annexé tout justificatif prouvant la mise en œuvre de l'exception, comme par exemple le paiement de la taxe d'habitation d'un appartement en France alors que le défunt était soigné en Suisse et y est décédé.

L'insécurité juridique liée à la clause d'exception rappelle sans aucun doute l'intérêt de conseiller nos clients sur la désignation de la loi successorale à leur succession.

II/ La loi successorale choisie

Introduction de la profession juris en droit français

D'un point de vue juridique français, la grande innovation du « règlement successions » réside dans l'introduction dans notre droit de la *professio juris*, savoir de la possibilité de choisir de son vivant la loi applicable à sa succession future. Le « règlement successions » rompt ainsi avec le droit international privé français qui ne reconnaissait pas cet outil.

Un outil de gestion internationale du patrimoine

La *professio juris* est un vrai outil de gestion internationale du patrimoine qui n'est plus à démontrer mais toujours à promouvoir dans nos études. En effet, il permet clairement dans des situations de mobilité internationale de la personne de canaliser la loi successorale qui sera applicable et ainsi d'écarter toute insécurité liée notamment à la notion de résidence habituelle et de sa fixation dans le temps. En quelque sorte, la *professio juris* garantit la sécurité juridique du règlement de la succession internationale et prévient ainsi le « changement de la loi applicable pouvant résulter du transfert de la résidence habituelle »(41).

Quelle loi choisir ?

Le « règlement successions » encadre précisément le choix de loi possible afin d'éviter tout *forum shopping* c'est-à-dire la possibilité de choisir n'importe quelle loi

(40) Hélène Peroz et Eric Fongaro, *op. cit.* n° 814-815.
(41) Bonomi et Wautelet, *op. cit.* Art. 22, n° 9.

applicable à sa succession. Ainsi une personne physique peut « choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'état dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès »(42).

Le critère retenu par le règlement européen est celui de la nationalité, élément objectif indépendant de la volonté du testateur. Il eut été en effet plus facile de choisir une résidence qu'une nationalité, puisque l'obtention d'une nationalité relève du droit national et non de la volonté de l'individu.

Il peut s'agir de la nationalité que l'on possède au moment où le choix est effectué ou bien de celle que l'on possédera au moment du décès. La sécurité juridique et *l'estate planning* prêchent naturellement pour un choix en faveur de la nationalité au moment où la désignation est effectuée. Le choix de la nationalité à venir est source d'insécurité juridique et de difficultés de planification.

Par ailleurs, peu importe que la loi nationale soit celle d'un état membre ou pas, puisque le règlement se veut universel. En d'autres termes, la loi choisie peut-être celle d'un état tiers.

Difficultés liées au critère de la nationalité.

Système non unifié.

Le critère de la nationalité n'est pas sans difficultés. En effet, lorsque le testateur est un national d'un pays non unifié comme l'Espagne ou les États-Unis, quelle loi nationale retenir ?

Dans cette hypothèse, le règlement prévoit que les règles de droit interne de conflits de lois doivent s'appliquer(43). « Dans l'hypothèse où l'état comprend plusieurs systèmes de droits ou ensemble de règles applicables à différentes catégories de personnes en matière de succession, toute référence à la loi de cet état s'entend comme faite au système de droit ou à l'ensemble de règles déterminé par les règles en vigueur dans cet état »(44).

Exemple :

Une personne de nationalité libanaise choisie la loi libanaise applicable à sa succession en France. La succession sera soit soumise au droit musulman applicable au Liban, soit au droit commun libanais selon que le défunt était de confession musulmane ou non.

En présence d'un système non unifié et dont les règles de conflits de lois ne sont pas certaines(45), il est conseillé dans un premier temps de bien préciser l'état dont relève la personne qui devra par ailleurs avoir des liens manifestement proches de cet état.

(42) Règlement succession, art. 22 § 1.

(43) Règlement successions, art. 36.

(44) Georges Khairallah, La détermination de la loi applicable à la succession, Droit Européen des Successions Internationales, La Règlement du 4 juill. 2012, *Defrénois*, Lextenso Éditions, 2013, nº 146.

(45) Véronique Legrand, Les effets limités de la *professio juris*, Les petites Affiches, 24 mai 2019, nº 104 p. 61.

Exemple :

Aux États-Unis, on parle de citoyenneté américaine qui se définit au niveau fédéral. Or, il existe 50 états dont le contenu du droit successoral est différent. Il est juridiquement incorrect de désigner la « loi américaine », quelle loi alors retenir ? Le droit américain de la Common Law distingue la notion de domicile d'origine de celle de choix. Un audit auprès d'un conseil local se verra nécessaire afin de trancher la loi qui devra être choisie. Par ailleurs, le choix de loi devra être justifiée par tout moyen de preuve comme un permis de conduire de l'état.

Pluri-nationalité

Une même personne physique peut avoir plusieurs nationalités. Dans cette hypothèse, on pourrait qualifier la pluri-nationalité comme une chance. En effet, en matière d'*estate planning* avoir plusieurs nationalités ouvre un panel de choix de loi possible à sa future succession, un comparatif juridique s'imposera donc. Toutefois, avoir plusieurs nationalités suppose un choix ! En effet, le choix de loi se révélerait insatisfaisant et non sécurisant si le testateur faisait uniquement référence à sa nationalité sans préciser laquelle. En pratique, le choix d'une loi nationale plutôt qu'une autre devra être explicite et justifiée par tout document prouvant la nationalité d'un individu.

Le changement de nationalité

La nationalité est appréciée au moment même du choix. Le choix effectué en faveur d'une loi nationale dont le testateur avait la nationalité au moment du choix reste valable quand bien même il aurait changé de loi depuis.

Comment choisir ?

Le règlement successions précise que le choix de loi en faveur de la loi nationale doit être « formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulté des termes d'une telle disposition »(46). Une disposition à cause de mort s'entend au sens du règlement successions « comme un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral »(47). Ainsi, le choix de loi contenu dans un acte de donation-partage français ou un pacte successoral allemand est valable.

En pratique et en droit français on privilégiera le testament car c'est l'outil juridique pour cause de mort qui circule le mieux. La forme testamentaire retenue (olographe, authentique ou internationale) variera selon les pays concernés.

(46) Règlement succession, art. 22 § 2.
(47) Règlement successions, art. 3.

Suggestion de formule de *professio juris* **:**

À ce jour, de nationalité française ainsi justifiée par la production de la copie de mon passeport ci-joint, je déclare en application de l'article 22 et 23 du Règlement Européen nº 650/2012 *du Parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* **sur les successions que l'ensemble de mes biens tant mobiliers qu'immobiliers composant ma succession soit régie par la loi +++** *y compris aux effets de toute donation consentie durant le temps de mon vivant. Cette clause correspondant à ma volonté trouvera à s'appliquer même si le Règlement européen nº 650/2012 sus-énoncé n'est plus en vigueur au jour de l'appréciation de cette clause*.

Il appartiendra à la loi applicable à la validité en la forme de la disposition à cause de mort de fixer les formalités exigées afin que le choix de loi soit valable(48) et celle au fond pour déclarer valable le choix de loi.

Comment reconnaître un choix de loi ?

Le choix de loi en faveur de la loi nationale peut être exprimé de façon expresse ou tacite. De façon expresse, il se reconnaîtra facilement. La difficulté réside tout de même à s'assurer que l'individu était un national de l'état choisi au moment du choix de loi exprimé. Le choix sera en revanche tacite lorsqu'il « résultera des termes » de la disposition à cause de mort. Comme le souligne Andrea Bonomi(49), « un choix tacite n'est pas purement hypothétique ou présumé ». Le choix est tacite lorsqu'il résulte de la volonté implicite du *de cujus*. Il peut s'agir par exemple de la référence aux articles du Code civil français fait par une personne de nationalité française ou encore les références à *Administration of Estate Act 1925* inclus dans un testament fait par une personne de nationalité britannique.

Pour les dispositions prises antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement succession, le règlement dispose « *Si une disposition à cause de mort, prise avant le 17 août 2015, est rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent règlement, cette loi est réputée avoir été choisie comme loi applicable à la succession* ». Bien qu'il n'existe pas de position doctrinale sur ce point, cette disposition invite le notaire à rechercher si le défunt avait eu l'intention de choisir la loi applicable à sa succession et s'il avait eu conscience de la possibilité de choix de loi offert.

(48) Règlement successions, art. 27.
(49) Andrea Bonomi, *op. cit.*, p. 323.

Suggestion de clause – application de l'article 22-1 du Règlement successions

En application du règlement de l'Union Européenne 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, dit « règlement successions » pris en son article 22, « Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès (…) le choix doit être formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition »

Aux termes d'un testament en date du +++ Monsieur +++++ a déclaré vouloir soumettre sa succession à la loi de ++++ État dont il est ressortissant au jour de son choix.

Une copie de la pièce d'identité de Monsieur ++++ est ci-annexée.

Il résulte de l'article 34-2 du règlement successions les termes suivants : « Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30 ».

Par combinaison des articles 22 et 34 du règlement successions, la loi applicable à la succession mobilière et immobilière des biens situés en France de Monsieur ++++ est régie par la loi de l'État de ++++.

Quid de la donation entre époux régularisée avant l'entrée en vigueur du règlement ? La doctrine est divisée sur la question. Le CRIDON de Paris juge en effet que la donation entre époux est un pacte successoral valable en France et valant choix de loi en faveur de la loi française en présence d'époux français, tandis que M^e^ Jean Gasté et M^e^ Xavier Richard(50), rapporteurs du 115^e^ Congrès des notaires sur l'international estiment que la donation entre époux établie avant l'entrée en vigueur du règlement ne puisse valoir *professio juris* puisqu'à l'époque en droit français le mécanisme n'était pas reconnu.

En pratique, il faut être prudent ! La mise en évidence d'une *professio juris* implicite se fait au cas par cas. Il faudra bien analyser les termes du testament français ou étranger et interroger les ayants droit sur les volontés du défunt. Pour rappel, la loi choisie devra tendre vers l'application d'une unité successorale et coïncider avec l'État dont le défunt entretenait des liens étroits. Toute référence à des éléments extrinsèques comme la forme du testament ou la langue de la disposition pour cause de mort ne constituent pas des éléments permettant de retenir un choix de loi implicite.

(50) Valérie Marmey-Ravau et Frédéric Varin, Professio Juris implicite dans le règlement successions : Quand retenir ? Solution Notaire Hebdo, 4 avr. 2019, n° 12.

Loi nationale choisie – absence de renvoi

Le choix de loi est un formidable outil de planification successorale puisqu'il permet à un individu d'organiser sa succession en fonction d'une seule et unique loi peu importe la situation des biens ou leur nature, sous réserve toutefois de l'acceptation du choix de loi dans les pays tiers concernés. Le choix de loi fait tomber le renvoi(51) quand bien même la loi choisie est celle d'un état tiers permettant ainsi une unité successorale parfaite.

En pratique, il faut alors non plus réfléchir en droit interne français mais en droit étranger. Pour ce faire, il sera nécessaire d'obtenir une opinion légale d'un juriste de droit local afin de bien appréhender l'ensemble des concepts de droit étranger.

§ III – *L'APPLICATION DU DROIT ÉTRANGER*

L'application du droit étranger par le jeu de la *professio juris* appelle le droit français à s'adapter. Dans certaines situations l'adaptation ne se produira pas et la loi successorale sera corrigée voire écarter. Dans d'autres situations l'adaptation devra se produire et la pratique notariale devra composer avec les outils de droit étranger.

A/ Les correctifs à la loi successorale

Que la loi successorale soit applicable par défaut (loi de la résidence habituelle) ou par choix (loi de la nationalité) il peut arriver que celle-ci ne puisse s'appliquer correctement notamment pour des raisons d'ordre public international ou bien de fraude à la loi

I/ Correctif d'ordre public international

L'ordre public international est un concept de droit international permettant à un état d'écarter une loi étrangère qui se révèlerait incompatible avec des notions essentielles de droit interne. Comme le résume Monsieur le Professeur Louis Perreau-Saussine « l'ordre public international est un mécanisme tout à la fois de défense de l'ordre juridique français, d'éviction des normes étrangères et de comparaison entre le droit français et le droit étranger »(52). Il faut ainsi que le contenu de la loi étrangère de principe applicable se révèle totalement incompatible avec des fondamentaux de droit interne. Cela pourrait être le cas lorsque la loi successorale étrangère est celle d'un pays de droit musulman donnant aux héritiers hommes une part deux fois plus importante qu'aux héritières femmes. La discrimination successorale basée sur le genre est incompatible avec les principes fondamentaux européens des droits de l'homme. Le raisonnement est effectué *in*

(51) Règlement successions, art. 34-2.

(52) Louis Perreau-Saussine, L'ordre Public International : Notions et Conditions de Mise en Œuvre, *JCP* N n° 29, 20 juillet 2018, 1248.

concreto, savoir selon le cas d'espèce. Aussi, si un des héritiers invoque l'application de la loi étrangère comme discriminatoire, alors le notaire devra écarter ladite loi étrangère et proposer une formule de transaction(53).

Suggestion de clause de transaction – acte de notoriété

Loi applicable à la succession de Monsieur +++

Détail et contenu de la loi applicable [...]

Contrariété à l'ordre public.

Madame ++++ héritière de Monsieur +++ soulève le principe de contrariété à l'ordre public français des dispositions susvisées en ce qu'elles créent une discrimination basée sur le genre entre les héritiers.

Les héritiers conviennent d'un commun accord d'écarter dans ses effets la loi ++++ et retenir une égalité parfaite entre les héritiers de Monsieur ++++, de sorte que chacun des héritiers recevra une quote-part égale dans la succession mobilière et immobilière des biens situés en France de Monsieur +++.

Ordre public international et réserve héréditaire

Dès la publication du règlement européen sur les successions en 2012 la question s'est posée de savoir si la réserve héréditaire telle connue en droit français était un principe d'ordre public international soulevant les passions doctrinales(54). Il est vrai que les français et notamment la pratique notariale semble attachée à la notion de réserve héréditaire(55). Toutefois, il a été jugé dans les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le même jour du 27 septembre 2017 que la réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international(56). L'attendu de principe commun précise qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ».

Ces deux décisions ont été rendues dans des successions ouvertes avant l'entrée en vigueur du règlement successions, toutefois, elles sont écrites et doivent être lues à la lumière du texte européen.

(53) Richard Crone, Difficultés pratiques de liquidation du régime matrimonial et des successions dans les relations franco-marocaines, *JCP* N n° 29, 20 juillet 2018, 1252.

(54) Michel Grimaldi, Brèves Réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755.

(55) 108e Congrès des notaires de 2012 a notamment proposé « *Que le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire de droit français soit reconnu dans l'ordre public international et que celle-ci puisse donc être, le cas échéant, opposée, par application de l'article 35 du Règlement européen sur les successions, à l'application de la loi désignée par ledit Règlement, dès lors que les juridictions françaises sont compétentes en vertu dudit Règlement, – Que les dispositions d'une loi étrangère ne soient cependant écartées à ce titre, que si la loi successorale désignée ne prévoit aucun dispositif protecteur équivalent à la réserve de droit français et si la situation présente des liens étroits avec le système juridique français, – Que les notaires français, saisis dans ces hypothèses, recherchent l'accord entre les héritiers, et, à défaut, les renvoient devant les tribunaux français* » à lire les questions qui se suivent.

(56) Cass. civ. 1re, 27 sept. 2017, n° 16-13151 et 16-17198.

En pratique, cela signifie qu'au nom de l'ordre public international français on ne peut pas écarter l'application de la loi étrangère parce qu'elle ignore la notion de réserve héréditaire comme dans les pays de *common law*. Cependant, la Cour de cassation invite le lecteur et le patricien à interpréter la décision et le principe *in concreto* savoir au regard de la situation présentée. Ainsi, si le défunt laisse des enfants « dans une situation de précarité économique ou de besoin(57) » dans ce cas, le juge pourrait être amené à atténuer l'effet de la loi étrangère et accorder des droits aux enfants dans le besoin écartés pourtant de la succession de leur auteur. La mise en œuvre de l'ordre public international dans cette hypothèse relève davantage des tribunaux que du notaire. En pratique, le notaire pourra ainsi exposer les règles de droit positif en la matière et inviter les héritiers à saisir les tribunaux afin que ces derniers jugent l'opportunité de mise en œuvre de l'ordre public international et aussi de façon concrète les taux et valeurs à retenir(58).

II/ Correctif lié à la fraude à la loi

La fraude à la loi ne peut être empêchée par les mécanismes du règlement successions(59). Le débat réside dans l'utilisation de la fraude à loi pour écarter une loi applicable à la succession par défaut ou choisie. En effet, la loi applicable choisie ou non relève de l'application des critères du règlement successions, donc en principe valable. La mise en œuvre de la fraude à la loi voudrait alors que celui qui dispose d'un intérêt à agir démontre que la loi applicable à la succession a été retenue dans le seul but de détourner la loi normalement applicable(60). Le cas de figure se présentera peu en pratique. On pourrait s'interroger par exemple sur le changement de nationalité dans le seul but d'écarter la loi applicable de la première nationalité. Par exemple, une personne de nationalité française s'installe aux États-Unis et obtient au bout de 10 ans la citoyenneté américaine et déclare celle-ci applicable à sa future succession. Il faudrait alors prouver que le seul but de sa démarche était d'éluder la loi successorale, ce qui compte-tenu des critères d'obtention difficile de citoyenneté américaine parait compliqué en pratique mais pas impossible.

B/ L'adaptation du droit étranger par la pratique notariale

La *professio juris* soulève des difficultés pratiques d'adaptation du droit français au droit étranger devenu applicable. La *professio juris* demande ainsi aux systèmes juridiques de composer, s'adapter afin que la transmission du patrimoine au moment du décès se passe sans encombre. Tel sera le cas par exemple lorsque la loi applicable est celle d'un pays de *common law*. Il faut alors composer avec la procédure de *probate* et le rôle des exécuteurs testamentaires ou administrateurs de la succession. Une difficulté en pratique peut intervenir concernant l'exécution en France d'un *probate* rendu par un tribunal étranger. S'il n'y a pas besoin de demander l'exequatur(61), le

(57) A. Bonomi et P. Wautelet, *op. cit.*, p. 597, n° 34. G. Khairallah et M. Revillard, *op. cit.* p. 59 n° 132 et p. 57 n° 128.

(58) Delphine Vincent, Réserve héréditaire et ordre public international. – Mise en œuvre des arrêts du 27 sept. 2017, *Droit de la Famille*, n° 5, mai 2018, étude 13., n^{os} 29 et s.

(59) Règlement successions, considérant 26.

(60) Affaire Caron, Cass. civ. 1re, 20 mars 1985, 82-15.033.

(61) M. Revillard, *op. cit.* n° 988.

probate rendu par le tribunal étranger est en principe valable uniquement pour les biens se trouvant dans la juridiction de ce tribunal. Par exemple, en droit américain lorsqu'un *probate* est rendu dans l'état de New York, une seconde procédure de *probate* appelée *ancillary probate* devra être ouverte dans l'état de Floride pour les biens qui s'y trouvent. Quid pour les biens situés en France ? La portée de la loi successorale inclut les pouvoirs des exécuteurs et administrateurs, ainsi si ceux-ci sont limités au territoire sur lequel le *probate* a été prononcé, il y a lieu en pratique de solliciter le juge français afin d'obtenir un nouveau *probate* pour les biens situés en France.

Chaque cas étant différent, il conviendra en pratique de recourir systématiquement à une opinion légale d'un juriste local et de l'interroger sur la portée du *probate* en dehors de sa juridiction.

L'application du droit étranger nous demande également d'adapter le droit français aux outils de droit étranger comme pour le cas de l'institution du *trust*.

Ne seront pas développées en intégralité les problématiques liées au *trust* parce qu'elles méritent un chapitre entier. Il sera cependant exposé la problématique de transfert du bien immobilier situé en France par voie successorale au profit d'un *trust*.

Comment adapter notre pratique notariale en présence d'un *trust* légalement constitué à l'étranger et dont la loi applicable au *trust* et la loi successorale sont une loi d'un état tiers ? Le règlement successions prescrit le principe de l'adaptation de droits réels, savoir « *Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'état membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet état en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés* »(62). La France n'a au jour de la rédaction des présentes toujours pas ratifié la Convention de La Haye sur les trusts en date du 1er juillet 1985. Doit-on alors titrer le bien immobilier situé en France au nom du *trustee* ? Il n'existe pas à ce jour de position ferme. Toutefois, Le 115èmeCongrès des notaires dédié à l'international précise que « rien ne devrait s'opposer dans ces conditions à ce que le bien qui est situé en France et attribué au trustee soit publié au nom de ce dernier ès-qualités »(63). En pratique, on pourrait imaginer que le bien soit titré au nom du trustee avec en colonne B pour charge le nom des bénéficiaires. Cela paraît possible notamment lorsqu'il est conféré au *trustee* le droit de vendre les biens immobiliers à charge pour lui de répartir le produit de la vente entre un ou plusieurs bénéficiaires.

À noter toutefois que dans l'hypothèse où l'exécuteur testamentaire a été mandaté par le testateur de vendre les biens dépendant de la succession il peut être dispensé de dresser une attestation immobilière après le décès du *settlor*. En effet d'après une réponse de l'Association Mutuelle des Conservateurs, article 1265, Bulletin de l'Association Mutuelle des Conservateurs, n° 338 à 391, juillet à décembre 1982 confirmée après l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 dans un courrier adressé au CRIDON de Paris le 5 novembre 2009 dont la solution est reprise dans le Bulletin de l'Association Mutuelle des Conservateurs 2009/2010, art. 1939 lorsque l'exécuteur testamentaire est habilité à vendre les biens héréditaires, en l'absence d'héritiers réservataires, il n'est pas nécessaire d'établir une attestation notariée.

(62) Règlement successions, art. 31.

(63) 115e congrès des notaires de France, Bruxelles 2 au 5 juin 2019, L'international, n° 4282.

§ IV – *CALCULER LES DROITS DE SUCCESSION DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL*

La transmission du patrimoine d'une personne à une autre entraîne souvent une taxation. L'État a droit à sa part sur la transmission. Aussi, en France le dépôt et le paiement des droits de succession doit être effectué dans les 6 mois du décès lorsque le décès à eu lieu en France et dans les 1 an du décès lorsque celui-ci s'est produit en dehors de la France. Il faut donc souvent agir vite.

Il n'existe pas à ce jour de règles fiscales communes ni harmonisées en matière de droits de succession. Chaque État se réserve le droit d'imposer de façon plus ou moins large les transmissions de patrimoine pour cause de mort. Le droit d'imposer relève en effet du pouvoir souverain de l'État. S'il n'existe pas d'harmonisation des règles fiscales en matière de succession, il existe en revanche des conventions bilatérales entre les États dont la mise en œuvre permet d'éviter les doubles impositions. La mise en œuvre des conventions bilatérales en matière de succession s'effectuera dès lors qu'il y a une double imposition.

Avant d'étudier les conventions bilatérales en matière de succession, il sera rappelé les règles de territorialité française en matière de droits de mutation à titre gratuit (DMTG).

A/ Les règles de territorialité françaises des DMTG

La territorialité des droits de succession et donation est régie à l'article 750 *ter* du Code général des impôts, lequel distingue trois situations pour lesquelles la fiscalité française des DMTG s'applique :

1°. Si le défunt avait son domicile fiscal en France au sens de l'article 4B du Code général des impôts (CGI), c'est-à-dire celui retenu en matière d'impôt sur le revenu : Dans cette hypothèse, l'ensemble du patrimoine mobilier et immobilier du défunt qu'il soit situé en France et/ou hors de France est taxable en France. L'assiette taxable inclut également les fonds publics, parts d'intérêts, les biens ou droits composant un trust de droit étranger et les produits qui sont capitalisés, créances et généralement toutes les valeurs mobilières françaises ou étrangères de quelque nature qu'elles soient. Les héritiers ou légataires, même ceux établis hors de France, ne sont donc pas exempts de droits de succession en France dans cette hypothèse.

2°. Si le défunt avait son domicile fiscal hors de France, une taxation en France est tout autant envisageable à raison des biens meubles et immeubles situés en France ou encore parts d'intérêts, biens ou droits composant un trust et produits qui y sont capitalisés, créances et valeurs mobilières françaises. Par conséquent, quand bien même le défunt et ses héritiers sont tous non-résidents en France, ils restent assujettis aux droits de succession en France pour les biens qui y sont situés.

3°. Enfin, lorsqu'un héritier ou un légataire est domicilié fiscalement en France, des droits de succession seront également dus en raison des biens meubles et immeubles situés en France ou hors de France et notamment les fonds publics, parts d'intérêts, biens ou droits composant un trust et produits qui y sont capitalisés, créances et généralement toutes les valeurs mobilières françaises ou étrangères de quelque nature qu'elles soient reçues par lui. Dans cette hypothèse, toutefois, la taxation ne joue que si l'héritier a eu son domicile fiscal en France pendant au moins

6 ans au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle il reçoit les biens ; période qui peut ne pas être continue.

Ces règles de territorialité large s'appliquent sous réserve des dispositions des conventions fiscales bilatérales.

B/ Application des conventions fiscales

Les conventions fiscales conclues par la France répartissent les droits en fonction du domicile fiscal du défunt et de la situation des biens successoraux. La France a conclu peu de convention bilatérale visant à éliminer les doubles impositions en matière de fiscalité successorale. En effet, seules 38 conventions sur les successions ont été signées par la France(64).

Les conventions fiscales accordent parfois à l'État de résidence l'imposition sous réserve de celle applicable aux biens immobiliers et dans d'autres situations elles répartissent l'imposition(65). L'élimination de la double imposition peut quant à elle se réaliser soit en application du crédit d'impôt, soit en application du taux moyen.

Chaque convention est unique et son champ d'application ne lie que les États signataires. Chaque convention se lie ainsi de manière autonome.

C/ Élimination des doubles impositions : mécanisme de droit interne

Les règles de territorialité large peuvent conduire une même succession à être imposée dans deux voire plusieurs États. Lorsqu'il n'existe pas de convention bilatérale entre les États, le droit interne peut pallier l'élimination des doubles impositions. L'article 784 A du CGI pose en effet la possibilité de déduire l'impôt éventuellement acquitté à l'étranger sur des biens meubles ou immeubles situés à l'étranger(66). Par conséquent, les biens français ou situés en France qui seraient taxables à l'étranger ne pourraient pas être imputés sur les droits de succession en France. Par ailleurs, le montant de la déduction de l'impôt étranger ne peut être supérieur à l'impôt français dû en raison de ces mêmes biens taxables et l'évaluation des biens étrangers devra s'effectuer selon les mêmes règles fiscales du droit français.

La fiscalité des droits de succession est complexe car chaque situation est unique au regard des règles fiscales. Toutefois, elle doit être maîtrisée et faire l'objet de conseils constants auprès des clients notamment eu égard aux larges critères d'imposition en France. Il faut garder à l'esprit qu'une succession d'apparence non française et donc non taxable en France peut se révéler taxable en France en raison de la domiciliation d'un des héritiers.

Exemple :

Une personne décède à Hong Kong où elle avait son domicile. Elle laisse des biens à Hong Kong et en France, avec un héritier à Hong Kong et un héritier en France. La France n'est pas liée par une convention bilatérale avec Hong Kong. Aussi, les droits de succession seront dus en France sur la base de l'article 750 ter 2° du CGI c'est-à-dire en raison des biens « français » pour l'héritier résident fiscal à

(64) Liste des conventions disponibles au Bulletin officiel des Finances Publiques-Impôts : http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/2509-PGP.html.

(66) Convention franco-belge.

(67) Guillaume Micolau, Successions Internationales : élimination des doubles impositions en l'absence de convention fiscale, La revue fiscale du patrimoine n° 5, mai 2017, 5.

Hong Kong et sur la base de l'article 750 ter 3° du CGI c'est-à-dire en raison du patrimoine « mondial » pour l'héritier résidant fiscal en France, créant inévitablement un « déséquilibre fiscal » entre les deux héritiers.

§ V – *PROPOSITIONS*

Compte de la mobilité constante des personnes physiques, de la détention du patrimoine d'une personne dans plusieurs états il est devenu incontournable pour le notaire français de maîtriser les règles de droit international privé mais pas seulement. Comme on vient de le voir, l'entrée en vigueur du règlement succession a bouleversé les habitudes du notaire tant à la fois dans sa réflexion que dans sa pratique rédactionnelle. Il doit nécessairement s'adapter au droit étranger. L'adaptation passe nécessairement par la connaissance du droit étranger. Le 50e Congrès du Mouvement Jeune Notariat suggère d'intégrer dans le cursus notarial un stage obligatoire de 9 à 12 mois dans un cabinet étranger afin pour le notaire stagiaire de se formaliser avec le langage juridique étranger, le système juridique étranger et la culture d'un autre pays.

Enfin, le règlement successions a été d'une avancée considérable pour les successions en Europe puisqu'il a mis fin aux conflits de lois. Cette avancée n'est que partielle puisqu'elle écarte de son champ d'application notamment toutes questions liées à la fiscalité de la transmission. Or, la fiscalité ne peut être traitée à part. Elle fait partie intégrante du règlement d'une succession. Tous les états européens ne sont pas liés entre eux par des conventions bilatérales fiscales en vue d'éliminer les doubles impositions en matière de succession. À défaut de règles fiscales communes entre les états membres de l'Union Européenne, le 50e Congrès du Mouvement Jeune Notariat suggère d'établir un règlement européen en vue d'harmoniser les règles de territorialité de l'impôt sur les droits de mutation à titre gratuit et d'éviter les doubles impositions en Europe.

PARTIE 2

LA VIE DU PATRIMOINE MOBILIER ET IMMOBILIER

TITRE I

PRINCIPES DE FISCALITÉ INTERNATIONALE

CHAPITRE I

LES CONVENTIONS FISCALES, AU CŒUR DE LA FISCALITÉ INTERNATIONALE

Section I – Généralités

Le droit fiscal international permet de régler les modalités d'imposition des opérations internationales, c'est-à-dire des opérations mettant en jeu plusieurs juridictions. Il peut s'agir par exemple d'un résident d'un État percevant des revenus dans un autre État.

Le droit fiscal international met en jeu :

- le droit interne des États ;
- le droit conventionnel, c'est-à-dire les conventions fiscales internationales bilatérales signées entre les États ;
- les traites et conventions internationales, et notamment le droit européen.

L'articulation des deux premières sources (droit interne et droit conventionnel) permet de déterminer le partage de l'imposition entre les deux États ainsi que les conditions de cette imposition.

Ces problématiques de droit fiscal international se posent essentiellement lorsqu'une opération ou un revenu peut être soumis aux droits internes de deux États (voire plus), afin de régler le traitement fiscal applicable à des opérations ou des flux transfrontaliers, mais aussi pour régler d'éventuels conflits de résidence entre deux États.

Ces conventions fiscales internationales sont des traités internationaux dont l'objet est purement fiscal. Ces conventions règlent les relations entre deux États concernant

un certain nombre d'impôts (impôt sur le revenu et sur la fortune généralement et parfois droits de succession et de donation). Elles permettent ainsi de répartir le droit d'imposer et d'éliminer la double imposition existante, le cas échéant.

À cette fin, la convention fiscale internationale distingue l'état de résidence – qui correspond à l'état dans lequel le bénéficiaire du revenu a son domicile, sa résidence, son siège de direction effectif – et l'état de la source – l'état de l'origine du revenu, du lieu de situation du bien qui produit le revenu ou dans lequel l'activité s'exerce.

Pour chaque type de revenus (revenus d'entreprise, revenus et gains immobiliers, revenus salariaux, revenus d'activités indépendantes, dividendes, redevances, pensions, autres revenus), ces conventions prévoient que ce revenu :

- peut être exclusivement attribué à l'un des deux états (état de résidence du bénéficiaire en général) ;
- peut être attribué à l'état de source, avec ou sans limitation.

Elles contiennent par ailleurs des dispositions plus générales :

- la clause de résolution des conflits de résidence, sur la base des critères successifs indiqués par la convention bilatérale ;
- la clause de limitation des doubles impositions, qui détermine selon les articles concernés les modalités de neutralisation de la double imposition dans l'état de résidence :
  - exonération avec prise en compte pour la détermination du taux effectif,
  - crédit d'impôt égal à l'impôt dû dans l'état de résidence,
  - crédit d'impôt égal à l'impôt prélevé dans l'autre état,
  - crédit d'impôt fictif (supérieur à l'impôt prélevé dans l'état de source),
- en cas de double imposition, résolution par une procédure d'accord amiable entre les administrations concernées ;
- la clause anti-abus qui permet de limiter les effets de la convention soit dans certaines circonstances (recherche d'un avantage fiscal) soit afin de permettre à l'état de résidence d'appliquer certains dispositifs anti-abus de son droit interne expressément cités (par exemple les articles 209 B, 123 *bis*, 238 A ou 155 A du Code général des impôts – « ***CGI*** ») ;
- la clause d'assistance administrative qui vise l'échange d'information entre administrations et qui peut également prévoir une assistance en matière de recouvrement des impôts ;
- la clause de non-discrimination, qui peut prévoir qu'un national ou un résident d'un état (personne physique ou morale) ne peut être traité plus défavorablement dans l'autre état qu'un résident de cet autre état.

Section II – **Impact de l'instrument multilatéral sur les conventions fiscales bilatérales**

La grille d'analyse traditionnelle des conventions internationales bilatérales a toutefois été chamboulée par l'entrée en vigueur d'un nouvel outil : l'instrument

multilatéral pour la mise en œuvre du plan BEPS a pour objet de permettre la modification des conventions fiscales bilatérales sans passer par des négociations entre chacun des états parties. Il contient des normes minimales (une clause anti-abus générale et un dispositif d'arbitrage en matière de fiscalité), auxquelles il n'est en principe pas possible de déroger, et des normes autres que minimales, qui peuvent ne pas être appliquées, en intégralité ou partiellement.

L'instrument multilatéral a été signé le 7 juin 2017 par 67 pays et juridictions, et reste depuis ouvert à la signature par de nouveaux états. Au 9 avril 2019, 87 états avaient signé l'instrument multilatéral. Parmi ces 87 états, 25 l'avaient ratifié.

Il est entré en vigueur à compter du 1er juillet 2018 pour les cinq premiers états ayant déposé leur instrument de ratification. Pour les autres états et juridictions, il entre en vigueur le 1er jour du mois suivant la période de trois mois à compter du dépôt de leur instrument de ratification. La France a déposé son instrument de ratification auprès de l'OCDE le 26 septembre 2018. L'instrument multilatéral est donc entré en vigueur le 1er janvier 2019.

Même lorsqu'il est entré en vigueur pour un état, l'application effective de l'instrument multilatéral n'est ni systématique, ni immédiate.

Chaque état doit d'abord notifier les « conventions couvertes », c'est-à-dire les conventions qu'il souhaite modifier au moyen de l'instrument multilatéral. Une fois qu'une convention fiscale a été notifiée par les deux parties, elle devient une convention fiscale couverte par la convention multilatérale. Il se peut ainsi que toutes les conventions fiscales signées par un état ne soient pas impactées par la convention multilatérale. Il faut donc dans un premier temps identifier si une convention fiscale fait partie de la liste des conventions couvertes par les deux états parties à cette convention. La France souhaite ainsi voir couvertes 91 de ses 138 conventions fiscales bilatérales.

Dans un second temps, il faut identifier les notifications ainsi que les réserves des états. Pour chacune des conventions couvertes, l'état indique en effet les options de mise en œuvre qu'il souhaite appliquer et notifie les dispositions existantes qui seront modifiées par la convention multilatérale. L'état peut également dans certains cas émettre des réserves. Pour une convention fiscale couverte donnée, la réserve s'applique à l'état qui l'a émise mais s'impose à l'autre juridiction contractante. Les notifications et les réserves doivent en principe être signalées lors de la signature de l'instrument multilatéral, puis confirmées lors du dépôt de l'instrument de ratification. Elles peuvent également être complétées ultérieurement. Pour les articles offrant des options, il faut comparer les options prises par les deux états contractants.

L'instrument multilatéral propose, en fonction des dispositions, quatre types de clauses, qui ont des effets concrets différents sur les conventions fiscales bilatérales couvertes :

- celles qui s'appliquent à la place d'une disposition existante, mais ne s'appliquent pas en l'absence d'une disposition existante ;
- celles qui s'appliquent à la place ou modifient une disposition existante, si une telle disposition existe et si les deux juridictions contractantes ont fait le même choix ;

• celles qui s'appliquent en l'absence d'une disposition existante, si les deux juridictions contractantes ont fait le même choix et ont notifié l'absence d'une telle disposition dans la convention fiscale couverte ;

• celles qui s'appliquent à la place ou en l'absence de disposition existante, quelle que soit la situation.

L'interprétation de l'Instrument multilatéral se trouve dans la note explicative, qui a été adoptée en même temps que la convention.

Section III – Interprétation des conventions fiscales internationales

§ 1 – *PRINCIPES DE PRIMAUTÉ ET DE SUBSIDIARITÉ DES CONVENTIONS INTERNATIONALES*

La primauté du droit conventionnel sur le droit interne est clairement établie par l'article 55 de la Constitution qui indique que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Cependant, la primauté des conventions internationales ne peut jouer que pour autant que la loi française soit d'abord susceptible de trouver application.

Le Conseil d'État a ainsi consacré un principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales par rapport au droit interne français, d'abord dans un arrêt d'assemblée du 19 décembre 1975 (CE 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895) puis, de manière expresse et solennelle, dans un arrêt Schneider Electric (CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider Electric), où il a indiqué que :

« *si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions peut, en vertu de l'article 55 de la Constitution, conduire à écarter, sur tel ou tel point, la loi fiscale nationale, elle ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition ; que, par suite, il incombe au juge de l'impôt, lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle convention, de se placer d'abord au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie et, dans l'affirmative, sur le fondement de quelle qualification ; qu'il lui appartient ensuite, le cas échéant, en rapprochant cette qualification des stipulations de la convention, de déterminer – en fonction des moyens invoqués devant lui ou même, s'agissant de déterminer le champ d'application de la loi, d'office – si cette convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale* ».

Ce principe apparaît essentiellement comme une méthode d'utilisation des conventions fiscales bilatérales.

Il résulte de ce principe de subsidiarité que le juge français doit qualifier le revenu selon le droit interne avant d'appliquer les conventions. Il n'est par ailleurs pas lié par l'interprétation et la qualification d'un juge étranger (sauf lorsque la convention revoit à la définition de l'État de source pour la qualification d'un terme de la convention non défini). Un exemple de ce principe d'autonomie figure dans la décision Malet prise par le Conseil d'État le 26 février 1992. Dans cet arrêt, les jetons

de présence de source américaine étaient qualifiés en droit américain de bénéfices non commerciaux. Le Conseil d'État a refusé de suivre cette qualification en considérant qu'il s'agissait de revenus de capitaux mobiliers dont l'imposition était attribuée aux États-Unis.

Le législateur a intégré la portée de ce principe, puisque le droit interne français contient désormais des dispositions anti-abus opérant une requalification juridique de certains revenus destinée à faire échec aux conventions fiscales. L'article 123 *bis* du CGI, qui permet de taxer entre les mains d'un associé personne physique domicilié en France les profits d'une entité financière étrangère soumise à un régime fiscal privilégié prévoit ainsi que les bénéfices en cause sont « *réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers* » de l'associé. Cette rédaction permet d'appliquer l'article conventionnel relatif aux revenus distribués, qui accorde au pays de résidence du bénéficiaire le droit d'imposer le revenu (sous réserve éventuellement d'une retenue à source plafonnée), alors que la clause des bénéfices d'entreprise aurait accordé à l'État d'établissement de la société un droit exclusif d'imposer les bénéfices de celle-ci (en l'absence d'établissement stable dans l'autre État).

Pour le Conseil d'État, les conventions fiscales internationales n'ont pas pour effet de créer un système fiscal supranational, mais simplement de corriger les dispositions des lois fiscales internes afin d'éviter une double imposition. Ainsi, en cas de conflit de lois entre deux États, la convention permet-elle de suppléer à la carence des dispositions de droit interne. Les conventions ne créent pas pour un État le pouvoir d'opérer une imposition qui n'existe pas dans le droit interne, elles peuvent seulement ôter à l'un des États le droit d'imposer qu'il tient de son droit interne. En effet, les conventions ne prévoient pas de règle d'assiette ou de recouvrement et ne peuvent donc créer une imposition dont le principe et le régime ne seraient pas prévus par le droit interne.

En pratique, il est dans tous les cas nécessaire de prendre en compte à la fois les dispositions du droit interne et celles des conventions fiscales internationales. Ainsi, dans un contexte international, il convient :

- de qualifier le revenu selon le droit interne français ;
- de déterminer si ce revenu est imposable en France selon le droit interne français ;
- de vérifier si la convention applicable a pour effet de priver ou limiter le droit d'imposer de la France ;
- d'appliquer dans ce cadre les règles d'assiette et les modalités d'impositions prévues par le droit français, en les adaptant selon les dispositions conventionnelles (prise en compte dans l'assiette imposable du crédit d'impôt conventionnel et imputation de ce crédit d'impôt sur l'impôt dû).

Les conventions s'ajoutent au droit interne des États mais ne s'y substituent pas.

La décision du Conseil d'État du 11 avril 2008, Cheynel(1) apporte des précisions sur la portée du principe de subsidiarité en matière de résidence. Transposée à la

(1) CE 11 avr. 2008 n° 285583, 10e et 9e s.-s, Cheynel, RJF 7/08, n° 769, concl. C. Landais, BDCF 7/08, n° 83.

notion de résidence fiscale, l'articulation des principes de primauté et de subsidiarité des conventions fiscales aboutit à la méthodologie suivante :

- le contribuable peut-il être considéré comme un résident de France au sens de l'article 4 B du CGI, ce qui est susceptible d'entraîner un assujettissement illimité sur ses revenus de source mondiale ;
- si le contribuable est considéré comme domicilié en France en droit interne, il convient de rechercher si, dans l'ordre international, une convention fiscale fait obstacle à l'application des dispositions fiscales françaises.

  o En premier, lieu, il convient de vérifier si la résidence du contribuable peut être considérée comme française au regard de la convention qui contient en principe une clause de règlement des conflits de résidence lorsqu'une personne peut être considérée comme un résident des deux États. À cet égard, les conventions fiscales reprennent généralement le modèle OCDE qui définit un résident d'un État comme « *toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence (..) ou de tout autre critère de nature analogue* ».

  o Si la résidence est attribuée à l'autre État, la France ne conserve en principe le droit d'imposer que les revenus de source français, sous réserve des stipulations conventionnelles. Si la résidence est au contraire attribuée à la France, alors elle conserve le droit d'imposer sans restriction les revenus de source française mais doit respecter les stipulations conventionnelles s'agissant des revenus trouvant leur source dans l'autre État contractant.

Pour que les critères conventionnels de résolution des conflits de résidence puissent être opposés à l'administration fiscale, il faut donc que le contribuable puisse être considéré comme un résident de chacun des deux États contractant au sens de la Convention. Selon les définitions retenues par le modèle OCDE, cela suppose que le contribuable concerné soit (i) assujetti à l'impôt dans chaque État et (ii) qu'il le soit en raison des critères de résidence de droit interne.

Il ne suffit donc pas d'être assujetti à l'impôt dans un État : il faut l'être en vertu de critères propres et non simplement de la provenance de ses revenus. Le Conseil d'État a ainsi précisé dans une décision de 2011[(2)] que : « *la circonstance que M. A ait été soumis à l'impôt sur le revenu en Allemagne au titre des années d'imposition en litige ne suffisait pas, par elle-même, à lui conférer la qualité de résident d'Allemagne au sens des stipulations précitées, dès lors qu'il avait pu être assujetti à cet impôt en raison de la seule disposition de revenus de source allemande* ».

Cette affaire concernant un Allemand domicilié à Monaco (et non en Allemagne) qui cherchait à pouvoir se considérer comme « résident » d'Allemagne au sens de la convention franco-allemande, afin de pouvoir bénéficier d'une clause de non-discrimination de cette convention et d'éviter une imposition forfaitaire en France. La qualité de résident d'Allemagne au sens conventionnel lui a logiquement été refusée dès lors qu'il n'était pas domicilié fiscalement en Allemagne (selon les critères de résidence allemands) mais avait été assujetti à l'impôt sur le revenu allemand par voie de retenue à la source à raison de dividendes de source allemande.

Par ailleurs, la qualité de résident en droit local n'est en principe pas une condition suffisante : il est par ailleurs nécessaire qu'elle se traduise par un assujettissement

(2) CE 24 janv. 2011 n° 316457, Moghadam, RJF 4/11, n° 490.

effectif aux impôts visés par la convention. À cet égard, la jurisprudence du Conseil d'État tend à nier la qualité de résident au sens de la convention rédigée selon le modèle OCDE :

- aux entités assujetties mais bénéficiant d'une exonération d'impôt statutaire.

Le Conseil d'État a ainsi considéré(3) que dans le cadre des conventions fiscales franco-allemande et franco-espagnole, ne pouvaient être considérées comme assujetties à l'impôt au sens de la convention des entités exonérées d'impôt dans cet état, à raison de leur statut ou de leur activité, l'intéressé ne peut être regardé comme assujetti à cet impôt.

- aux entités assujetties à un impôt faible ou forfaitaire.

Dans une décision de 2016(4) le Conseil d'État a estimé qu'une société offshore exonérée de l'imposition de droit commun de ses bénéfices au Liban mais soumise à une imposition annuelle forfaitaire réduite, ne pouvait être considérée comme résidente du Liban au sens de la convention fiscale franco-libanaise. Le mode forfaitaire d'imposition était par ailleurs en cause, le Conseil d'État reprochant à la cour administrative d'appel de ne pas avoir vérifié si l'impôt forfaitaire libanais « *était de nature identique ou analogue aux impositions auxquelles la convention s'applique* ».

Ces décisions, prises concernant des personnes morales, sont en principe transposables à des personnes physiques et il conviendra donc de faire preuve de prudence en cas d'option pour un régime d'exonération (régime impatrié italien en matière d'impôt sur la fortune, de droits de donation ou succession), ou pour un régime forfaitaire (Italie, Suisse...).

On peut toutefois se poser la question de savoir si la décision du Conseil d'État aurait été identique si ces entités avaient été soumises à un impôt faible ou nul en application des règles de droit commun. Le maintien d'une telle exigence à l'endroit de personnes domiciliées dans des états où l'impôt n'existe pas (pays du Golfe par exemple) semblerait d'autant plus excessif qu'il ferait perdre tout effet utile à des conventions conclues par la France en connaissance de cause.

§ II – *PRINCIPE D'AGGRAVATION*

La question se pose de savoir si une convention fiscale peut avoir pour effet de rendre imposable en France un revenu non compris dans le champ territorial de l'impôt français. C'est ce qu'on appelle le pouvoir aggravateur des conventions fiscales.

La pratique de la plupart des états admet que les normes des conventions fiscales ne s'imposent aux normes de droit interne que dans la mesure où elles sont moins contraignantes pour le contribuable. Le principe de préservation des avantages accordés par le droit interne est fréquemment exprimé par une clause spéciale insérée dans une convention fiscale et acquiert alors la valeur de norme conventionnelle(5).

(3) CE 9-11-2015, nº 370054 et 371132 : FR 51/15 inf. 7 p. 14.
(4) CE, 20 mai 2016, nº 389994, Easy Vista.
(5) Bernard Castagnède, « Précis de fiscalité internationale », PUF, 2010, p. 320.

Ce principe semblait bien avoir été admis par le juge fiscal dans un arrêt du Conseil d'État du 17 décembre 1984(6). Dans cette affaire, un américain résidant en France s'est vu imposer des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu en raison d'une activité exercée dans un pays tiers. L'application intégrale de la convention aurait conduit à imposer à la fois en France et aux États-Unis les revenus d'origine ni française, ni américaine. Dans les conclusions sous cette affaire, le commissaire du gouvernement M. Fouquet affirmait que « *l'administration a toujours interprété la règle de supériorité des conventions fiscales internationales sur la loi interne antérieure comme ne pouvant aboutir à une aggravation de la situation du contribuable par rapport au droit interne* ».

Suivant cette approche, qui découle en réalité du principe de subsidiarité des conventions fiscales, ces dernières ne pourraient donc qu'alléger ou supprimer des obligations fiscales, mais non les aggraver ou en créer de nouvelles.

Il convient toutefois de s'interroger sur la portée de ce principe en présence de dispositions du droit interne français renvoyant aux conventions fiscales s'agissant du champ pour définir le champ d'application de l'impôt sur le revenu ou de l'IS.

A/ Personnes physiques

L'article 4 A du CGI prévoit que les résidents fiscaux de France sont imposés sur l'ensemble de leurs revenus mondiaux. Il est donc ici difficile d'alourdir leur imposition dès lors que celle-ci est déjà totale.

L'article 4 A du CGI prévoit également que les non-résidents fiscaux de France sont imposables uniquement sur leurs revenus de source française. Ces revenus de source française sont définis à l'article 164 B du CGI.

Deux dispositions légales prévoient cependant une possible aggravation des modalités d'imposition des non-résidents par renvoi à la convention fiscale applicable :

- l'article 4 *bis* 2 du CGI précise que « *sont également passibles de l'impôt sur le revenu : les personnes de nationalité française ou étrangère, ayant ou non leur domicile fiscal en France, qui recueillent des bénéfices ou revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions* ».

- l'article 165 *bis* du CGI prévoit que « *nonobstant toute disposition contraire du présent Code, sont passibles en France de l'impôt sur le revenu tous revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions* ».

Le droit interne français prévoit ainsi que les conventions fiscales internationales relative aux doubles impositions peuvent permettre d'imposer un contribuable qui n'aurait pas été imposable en France compte-tenu des dispositions de droit interne relatives à la seule territorialité.

B/ Personnes morales

En vertu de l'article 209-I du CGI, les personnes morales ayant un caractère lucratif au sens de l'article 206 du CGI par la forme ou au regard de la nature de leurs

(6) CE 17 déc. 1984, n° 47293, RJF 2/85 n° 308 et conclusions Dr. Fisc. 11/85 comm. 553.

activités, ne sont assujetties à l'impôt sur les sociétés en France qu'à raison des bénéfices :

- réalisés dans les entreprises exploitées en France ;
- mentionnés aux a, e, e *bis* et e *ter* du I de l'article 164 B du CGI (revenus et gains immobiliers de source française) ; ou
- dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions.

Cette dernière hypothèse a été introduite par la loi nº 59-1472 du 28 décembre 1959, dont l'exposé des motifs précisait la portée :

« *Pour faciliter la conclusion de conventions internationales relatives aux doubles impositions, il est prévu que la France pourra accepter à l'avenir l'insertion dans ces conventions de clauses attribuant à notre pays le droit d'imposer certaines catégories de revenus même s'il s'agit de revenus non imposables normalement d'après la législation française interne* ».

L'article 209-I du CGI a donc été conçu pour permettre, conformément aux stipulations d'une convention fiscale, une imposition non expressément prévue en droit français.

Cette analyse est celle retenue par Emmanuel Glaser dans ses conclusions relatives à la décision prise par le Conseil d'État dans l'affaire Overseas Thoroughbred Racing stud farm (CE 30 juillet 2009, nº 296471) puisqu'il y relève que :

- dans ses décisions Interhome(7) et Midex(8), le Conseil d'État a appliqué directement les dispositions conventionnelles pour fonder l'imposition, sans chercher d'abord à vérifier si l'imposition avait été régulièrement établie au regard de la loi nationale ;
- l'article 209-I du CGI permet à la France d'imposer des revenus résultant de l'activité à l'étranger d'entreprises françaises qui, en principe, ne seraient pas imposables en France en application du principe de territorialité de l'impôt ;
- les revenus qui peuvent être imposés sur le fondement d'une convention ne doivent être non imposables en France que du fait du choix français en matière de territorialité de l'impôt et non d'une exonération expresse.

Cette analyse a été suivie par le TA de Montreuil, qui a conclu que l'exonération expresse prévue à l'article 244 *bis* C du CGI faisait obstacle à l'attribution à la France du droit d'imposer une plus-value afférente à une participation inférieure au seuil de 25 % prévu à l'article 244 *bis* B du CGI en application de la convention fiscale conclue entre la Chine et la France(9). Il s'agit toutefois à ce stade d'une décision isolée de tribunal administratif et il ne peut être exclu que, saisi d'un dossier similaire, le Conseil d'État tranche la question de manière plus rigoriste, considérant qu'une exonération de droit interne français ne peut priver d'effet utile le pouvoir d'aggravation qui résulte de l'application conjuguée de l'article 209-I du CGI et de la convention fiscale applicable. Ce risque nous semble toutefois limité dans le cadre d'une société soumise à l'IS car à la différence de l'article 165 *bis* du CGI, qui prévoit que sont passibles de l'impôt sur le revenu en France tous les revenus dont l'imposition a été attribuée à la France par une convention internationale « *nonobstant toute disposition contraire du présent code* », l'article 209-I ne contient pas un tel principe.

(7) CE 20 juin 2003, nº 224407, Sect., Interhome AG.
(8) CE 5 avr. 2006 nº 281098, Midex.
(9) TA Montreuil, 18 nov. 2011, nº 1005653, 10e ch. Griveau.

CHAPITRE II

NOTIONS DE RÉSIDENCE FISCALE

Section I – Définition posée par le droit interne français

L'article 4 A du CGI pose le principe de territorialité des personnes physiques en droit français. Cet article prévoit ainsi que :

« *Les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus.*

Celles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française. »

Afin de déterminer les règles applicables en matière d'impôt sur le revenu, il convient donc d'abord de définir la résidence fiscale du contribuable.

Les critères de droit interne français définissant la résidence fiscale d'un contribuable sont posés à l'article 4 B du CGI. Ainsi :

« *1. Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4 A :*

a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ;

b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ;

c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques.

2. Sont également considérés comme ayant leur domicile fiscal en France les agents de l'État qui exercent leurs fonctions ou sont chargés de mission dans un pays étranger et qui ne sont pas soumis dans ce pays à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus. »

Ces critères sont alternatifs, l'administration pouvant indifféremment utiliser n'importe lequel de ces critères.

Nous allons détailler ci-dessous les critères de la résidence fiscale en droit français, étant précisé que la résidence doit être appréciée à l'égard de chaque membre du foyer fiscal. Ainsi, même en l'absence de foyer fiscal séparé, il est possible qu'un seul des conjoints soit domicilié en France au sens de l'article 4 B du CGI. Dans cette hypothèse les conjoints continuent à déposer une déclaration commune au nom du foyer, mais en appliquant des règles de territorialité différente.

§ 1 – *FOYER OU LIEU DU SÉJOUR PRINCIPAL*

Le foyer s'entend généralement « *du lieu où la personne ou sa famille (conjoint et enfants à charge) habite normalement, c'est-à-dire du lieu de la résidence habituelle, si celle-ci a un caractère permanent* »(10).

Selon le Conseil d'État, cette notion permet de considérer comme domiciliée en France une personne qui est amenée à séjourner temporairement hors de France (même pendant la plus grande partie de l'année) en raison des nécessités liées à sa profession ou de circonstances exceptionnelles, dès lors que la famille continue normalement d'habiter en France (CE 3 novembre 1995, Larcher).

En pratique, le foyer d'une personne en France est déterminé en s'appuyant sur un faisceau d'indices, parmi lesquels :

- la résidence fiscale ou la durée des séjours du conjoint(11) ;
- le lieu de scolarisation des enfants ;
- les consommations d'électricité et de téléphone ainsi que les dépenses de vie courante (retrait d'argent en espèces, achats aux environs du domicile) qui attestent d'une occupation effective et régulière(12) ;
- la déclaration volontaire de son lieu de résidence en France : souscription de déclarations de revenus, taxe d'habitation à titre de résidence principale ;
- la mention d'une adresse française sur certains documents : contrats de travail, bulletins de salaire, relevés bancaires.

Alternativement le lieu de séjour principal est réputé être situé en France lorsqu'une personne y séjourne à titre principal, quelles que soient les conditions de ce séjour et le lieu de séjour de sa famille.

L'administration fiscale distingue traditionnellement dans la définition du domicile fiscal quatre critères alternatifs mais un arrêt du Conseil d'État a rappelé le caractère subsidiaire du critère du séjour principal par rapport à celui du foyer de sorte que, conformément à la lettre de l'article 4 B du CGI, il n'y a lieu de rechercher le séjour principal que lorsque le foyer n'est pas déterminé de façon certaine (CE 3 novembre 1995, Larcher).

En règle générale, doivent être considérées comme ayant en France le lieu de leur séjour principal les contribuables qui y séjournent pendant plus de 6 mois (183 jours) au cours d'une année donnée ou ceux qui ont séjourné en France pendant une durée nettement supérieure à celle des séjours effectués dans n'importe quel autre pays (CE, 19 novembre 1969, n° 75925, reprise au BOFIP). Ainsi, une personne qui séjourne plus de six mois en France au cours d'une année est réputée domiciliée en France. Toutefois, même si elle séjourne moins de six mois en France, elle peut être réputée domiciliée en France, si elle y séjourne plus longtemps que dans n'importe quel autre pays.

---

(10) BOI-IR-CHAMP-10 n° 100 et suivants.

(11) Conseil d'État, 9 déc. 1988, n° 62909.

(12) CAA Paris, 21 nov. 1995, Frydman ; CAA Lyon, 28 juin 2011, Altmann ; CAA Nantes, 10 juill. 2014, n° 12PA03956.

La doctrine administrative précise qu' « *il n'y a pas lieu de s'attacher à la règle des six mois pour l'imposition des revenus de l'année au cours de laquelle le contribuable acquiert un domicile en France ou, au contraire, transfère son domicile à l'étranger* »(13). Il nous semble qu'au-delà même du seuil des 183 jours, c'est le critère même de séjour principal qui cesse d'être pertinent dans la mesure où (i) il a vocation à s'apprécier sur une année fiscale, donc sur une pleine année civile et permettrait de considérer comme un résident fiscal français toute personne partie après le 30 juin d'une année, (ii) apprécié sur une durée plus courte, le critère du séjour principal n'a plus de sens : en raisonnant ainsi, une personne non résidente aurait systématiquement un séjour principal en France durant ses séjours temporaires dans ce pays.

Ni la loi, ni la jurisprudence ne donnent en revanche de méthode pour décompter les jours de séjour en France. On peut cependant relever que :

- la jurisprudence fait une distinction entre les simples passages en France et les séjours effectifs sur le territoire national, seuls caractérisant un domicile fiscal en France (CAA Paris, 11 décembre 1990, n° 450, Porcu) ;
- les décisions parlent dans certains cas de « *résider pendant 302 jours dans une chambre d'hôtel en France* » (CE, 5 juillet 1961, n° 37182) ; « *résidait à l'hôtel, que [pour] des séjours n'excédant pas 65 à 70 jours par an* » (CE, 22 octobre 1962, n° 36505) ; ce qui semble faire implicitement référence aux nuitées ;
- la jurisprudence ne semble pas prévoir la prise en compte de demi-journées mais l'appréciation devrait se faire par journées entières. Une décision de la cour administrative d'appel de Paris fait ainsi expressément référence à un séjour en France « *durant un nombre de journées entières* » (CAA Paris, 11 décembre 1990, n° 450, Porcu, précitée) ;
- la doctrine administrative ne donne pas non plus d'éclairage particulier sur la manière de prendre en compte les jours de présence et se contente de reprendre les jurisprudences précitées.

Le fait que la jurisprudence du Conseil d'État, reprise dans le BOFIP, établisse un séjour principal dans l'hypothèse d'une présence de 183 jours en France semble confirmer l'idée que les journées doivent faire l'objet d'une allocation intégrale au profit d'un état et ne peuvent faire l'objet d'une allocation double au profit de deux états. À défaut, on pourrait avoir un total de jours excédant 635 jours, avec par exemple un séjour de 183 jours en France et de 200 jours dans un autre état. Le critère des 183 jours serait donc inopérant. S'agissant d'un critère subsidiaire au foyer, il semblerait par ailleurs cohérent qu'il soit entendu comme le lieu où le contribuable réside, c'est-à-dire celui où il dort. Le fait de retenir les nuitées permet en principe une allocation non ambigüe à un seul état.

La pratique de l'administration fiscale française consiste à relever toute trace de présence en France au titre d'une journée pour en conclure que la personne a séjourné en France au titre de cette journée (relevés de cartes bancaires, chèques, billets d'avion ou de train, factures d'essence, etc.). Il s'agit toutefois d'une présomption réfragable et, en pratique, si le contribuable a pu démontrer qu'il n'a fait que transiter en France sans y dormir, il est en général admis de ne pas tenir compte de cette journée dans le décompte des jours passés en France.

(13) BOI-IR-CHAMP-10 n° 150.

§ II – *ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE PRINCIPALE*

Cette condition est réputée remplie si le contribuable exerce dans un territoire son activité principale, salariée ou non, c'est-à-dire celle à laquelle il consacre le plus de temps effectif, même si celle-ci ne dégage pas l'essentiel de ses revenus (le critère relatif aux revenus ne s'applique que si le critère de durée est inopérant ; BOI-IR-CHAMP-10, n° 220).

La circonstance que le contribuable ne perçoive aucune rémunération directe en contrepartie de ses activités exercées en France ne fait pas obstacle à ce qu'elles puissent être considérées comme une activité professionnelle au sens de l'article 4 B du CGI. Ainsi le Conseil d'État a-t-il validé le fait que le gérant non rémunéré d'une société française pouvait être regardé comme ayant exercé une activité professionnelle à titre principal en France (CE 26 mai 2010, n° 296808, Beckman).

§ III – *CENTRE DES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES*

Il s'agit du lieu où le contribuable a effectué ses principaux investissements, où il possède le siège de ses affaires, et d'où il administre ses biens. Cela peut être également le lieu où le contribuable a le centre de ses activités professionnelles ou d'où il tire la majeure partie de ses revenus.

En cas de pluralité d'activités ou de sources de revenus, il semble se dégager de la jurisprudence du Conseil d'État que le centre des intérêts économiques du contribuable se trouve dans le pays d'où l'intéressé tire la majeure partie de ses revenus bruts.

Afin d'apprécier le lieu de situation réel des intérêts économiques du contribuable, l'administration et le juge analysent la source des revenus et le lieu de situation de l'ensemble du patrimoine. Si le contribuable possède en France des biens immobiliers et des comptes bancaires et portefeuilles de valeurs mobilières, il s'agira d'examiner si les revenus et le patrimoine qu'il détient dans un autre État (qui peut être distinct de son État de domiciliation) sont supérieurs à ses revenus de source française ou à la valeur des biens situés en France.

Ainsi, une personne n'exerçant aucune profession en France et qui se borne à gérer en France un portefeuille de valeurs mobilières étrangères déposées à l'étranger doit être considérée comme ayant hors de France le centre de ses intérêts économiques (BOI-IR-CHAMP-10 n° 240).

La jurisprudence a également reconnu que doit être regardé comme ayant hors de France le centre de ses intérêts économiques un étranger qui gère un portefeuille de valeurs mobilières étrangères déposé à l'étranger, même si l'intéressé a transféré certains capitaux en France et pris une participation dans une société française, les revenus correspondants étant très inférieurs à ceux dont il a la jouissance à l'étranger (CE, 17 janvier 1962, n° 49931, Dupont).

Ce n'est donc pas le lieu de gestion du portefeuille qui compte principalement mais plutôt sa composition (valeurs mobilières françaises ou étrangères).

A contrario, un contribuable qui possède en France six appartements, perçoit d'importants revenus de source française et dispose dans ce pays d'un important portefeuille de valeurs mobilières, doit être regardé comme ayant en France le centre de ses intérêts économiques au sens de l'article 4 B, 1-c du CGI, alors même qu'il assure en Tunisie la gérance d'une société et y possède un patrimoine dont l'importance est sensiblement moindre (CE, 17 mars 1993, n° 85894, Memmi).

De même, un contribuable est regardé comme ayant le centre de ses intérêts économiques en France au sens de l'article 4 B, 1-c du CGI lorsqu'il dispose dans ce pays d'une résidence lui appartenant, qu'il y supporte la totalité des charges de l'exploitation d'un haras et qu'il y détient des comptes bancaires sur lesquels il perçoit des revenus professionnels (CE, 11 avril 2008, n° 285583, Cheynel).

Enfin, dans un arrêt Caporal, le Conseil d'État a retenu que le seul fait de posséder un patrimoine en France sans établir que ce patrimoine était productif de revenu, est insuffisant pour caractériser le centre des intérêts économiques dans ce pays dès lors que le contribuable faisait valoir qu'il percevait à l'étranger d'important revenus d'activités professionnelles (CE 27 janvier 2010, RJF 4/10, n° 311).

Un retraité vivant au Cambodge et disposant uniquement de pensions de sources française a le centre de ses intérêts économiques en France (CE 17 juin 2015, n° 371412).

Il s'agit donc de comparer les revenus perçus en France et à l'étranger. La comparaison entre les patrimoines ne vient qu'en second lieu à titre subsidiaire. Les éléments de patrimoine non productifs de revenus semblent donc secondaires, la notion de centre des intérêts économiques ne se confondant pas avec celle de situation patrimoniale. Elle vise le lieu d'où est tiré l'essentiel des revenus, qu'ils proviennent de l'activité professionnelle ou des placements. Ce principe retenu en matière d'impôt sur le revenu n'a pas selon nous à être adapté en fonction de l'impôt concerné : la volonté du législateur était de fixer une définition de la résidence en droit interne, déterminée par référence à l'impôt sur le revenu.

La détermination de la résidence en droit interne est sous réserve des conventions fiscales internationales qui peuvent, en cas de confit de résidence entre les deux États constants, proposer des critères autonomes pour trancher ce conflit et attribuer la résidence à l'un des deux États. En principe la portée de la convention fiscale doit être limitée aux impôts couverts par cette convention, ce qui implique qu'un même contribuable puisse avoir une résidence duale : une personne peut par exemple être considérée comme domiciliée fiscalement en France en matière de droits de mutation à titre gratuit (en application de l'article 4 B du CGI, parce qu'elle aurait son activité principale en France) mais pas en matière d'impôt sur le revenu (par application des règles de la convention fiscale limitée à l'impôt sur le revenu et la fortune).

Par exception à ce principe, la doctrine administrative permettait d'étendre à l'ISF le statut de non-résident résultant d'une convention ne couvrant que l'impôt sur le revenu n'est plus opposable (BOI-PAT-ISF-20-20-20130610, n° 20) :

« *Les conventions applicables à l'impôt sur la fortune ou, à défaut, aux impôts sur le revenu doivent être prises en considération pour résoudre les problèmes relatifs à la définition du domicile fiscal. En effet, dans les relations avec les États liés à la France par une convention, le domicile fiscal des contribuables au regard de l'ISF doit être apprécié, en l'absence de disposition applicable audit impôt, selon les règles prévues en matière d'impôt sur le revenu.* »

L'ISF n'est plus, et la même extension n'a pas été reprise clairement en matière d'IFI. Il semble toutefois que le renvoi effectué par le n° 10 du BOI-PAT-IFI-10-20-20 vers le BOI-INT-DG-20-20-80, dont le n° 20 prévoyait cette tolérance en matière d'ISF assurerait la survivance de l'ancienne doctrine et sa transposition à l'IFI.

En tout état de cause, le même principe n'existe pas en matière de droits de mutation à titre gratuit.

Section II – **Définition de la résidence en droit conventionnel**

C'est l'article 4 du modèle OCDE des conventions fiscales internationales qui traite de la notion de la résidence fiscale.

Cet article est rédigé de la façon suivante :

« *1. Au sens de la présente Convention, l'expression « résident d'un État contractant » désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet État ainsi qu'à toutes ses subdivisions politiques ou à ses collectivités locales. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située.*

2. Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne physique est un résident des deux États contractants, sa situation est réglée de la manière suivante :

a) cette personne est considérée comme un résident seulement de l'État où elle dispose d'un foyer d'habitation permanent ; si elle dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux États, elle est considérée comme un résident seulement de l'État avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (centre des intérêts vitaux) ;

b) si l'État où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut pas être déterminé, ou si elle ne dispose d'un foyer d'habitation permanent dans aucun des États, elle est considérée comme un résident seulement de l'État où elle séjourne de façon habituelle ;

c) si cette personne séjourne de façon habituelle dans les deux États ou si elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident seulement de l'État dont elle possède la nationalité ;

d) si cette personne possède la nationalité des deux États ou si elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des États contractants tranchent la question d'un commun accord.

3. Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, elle est considérée comme un résident seulement de l'État où son siège de direction effective est situé. »

À la différence des critères français qui sont alternatifs (il suffit de satisfaire à l'un des critères, quel qu'il soit, pour que la résidence soit française), les critères conventionnels sont successifs : il convient de les prendre dans l'ordre, et de ne passer au critère suivant que si le critère précédant n'a pas permis d'affecter la résidence à l'un des deux États.

§ I – *FOYER D'HABITATION PERMANENT*

La doctrine administrative(14) française a précisé que le foyer d'habitation permanent ne se confond pas avec le foyer au sens de l'article 4 B du CGI. Un contribuable ne peut avoir qu'un seul foyer au sens du droit français (le lieu où se trouvent ses attaches personnelles et familiales), mais il peut avoir plusieurs foyers permanents d'habitation au sens conventionnel.

Selon les commentaires de l'OCDE (C (4) nº 12), il doit s'agir d'une habitation aménagée et réservée à l'usage de l'intéressé « d'une manière durable, par opposition au fait du séjour à un certain endroit dans des conditions telles que ce séjour apparaisse comme devant être limité à une courte durée ».

Le foyer permanent d'habitation désigne toute forme de logement (maison, appartement, chambre) que l'intéressé en soit propriétaire, locataire, ou occupant à titre gratuit. Il doit l'avoir aménagé ou réservé à son usage d'une manière durable, et doit pouvoir l'habiter en tout temps même si au cours d'une année il ne s'y est jamais rendu(15). L'habitation permanente s'oppose aux séjours morcelés, par nature de courtes durées, motivés par des considérations professionnelles (voyages d'affaires, stages) ou d'agrément(16).

En pratique, pour apprécier l'existence d'un foyer d'habitation permanent, la jurisprudence va plus loin que le simple constat de la disposition d'un logement et intègre dans son analyse une appréciation qualitative, en s'intéressant à l'utilisation de ce logement. Le Conseil d'État tient notamment compte des attaches familiales. En effet, de nombreuses décisions concluent qu'une personne dont l'épouse (ou la concubine) et les enfants résident en France, qui travaille et vit à l'étranger pendant la semaine, et qui revient en France le week-end avec sa famille a son foyer d'habitation en France. De manière symétrique, le Conseil d'État a pu conclure qu'une personne qui a fait construire sa maison en Belgique, qui y vivait avec son épouse et y exerçait la profession d'architecte ne disposait pas d'un foyer en France même s'il y possédait de nombreux biens immobiliers, et y faisait de nombreux séjours(17). Enfin, dans un arrêt plus récent, le Conseil d'État semble lier l'existence d'un foyer d'habitation permanent à l'occupation effective de la maison dont le contribuable avait la propriété en France(18).

Une personne peut disposer d'un foyer d'habitation permanent dans les deux États, voire d'aucun foyer dans les eux États. Il faut alors passer au critère suivant.

---

(14) Instruction du 22 mai 2003, 14 B-3-03 : commentaires de la convention franco-algérienne, que l'administration a érigé en modèle pour toutes les conventions comportant les mêmes dispositions. Position déjà affirmée par le Conseil d'État et explicitée par le commissaire du gouvernement O. Fouquet sous CE 26 janv. 1990, M. Renck.

(15) *Ibid.*

(16) Commentaires de l'OCDE publiés en juillet 2014 relatifs à l'article 4, § 2 du modèle de convention.

(17) CE 23 mars 1988, nº 48131, L.

(18) CE 15 déc. 2004, nº 259771, Wattine.

§ II – *CENTRE DES INTÉRÊTS VITAUX*

En application de ce critère, une personne est considérée comme résidente du pays avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits, c'est-à-dire dans le pays où est situé le centre de ses intérêts vitaux.

Les liens personnels font référence aux relations familiales et sociales de l'intéressé ainsi que ses activités de la vie courante. Ces différents critères doivent faire l'objet d'une appréciation globale permettant de conclure à l'existence de liens plus forts avec un pays qu'avec l'autre. En pratique, il convient de tenir compte d'éléments tels que : l'intégration à la vie sociale locale, les dépenses de la vie courante, les soins médicaux, l'immatriculation d'une voiture, la consommation d'électricité et de téléphone, l'inscription sur les listes électorales, les débits de cartes bancaires qui attestent d'achats fréquents et réguliers aux abords du domicile, etc.

Le Conseil d'État a indiqué que les liens économiques se définissaient principalement au regard de l'origine des revenus. Il a ainsi jugé qu'il ne suffit pas de constater qu'un contribuable possède en France un patrimoine, constitué de biens immobiliers et d'avoirs en compte courant dans des sociétés de golf, mais il faut rechercher si ce patrimoine était productif de revenus et tenir compte du fait que le contribuable percevait d'importants revenus de son activité professionnelle (d'armateur en Grèce dans les faits ayant donnés lieu à l'affaire jugée par le Conseil d'État(19)).

§ III – *SÉJOUR HABITUEL*

Ce critère est souvent difficile à mettre en œuvre car l'État dans lequel l'intéressé séjourne habituellement n'est pas nécessairement celui dans lequel il séjourne le plus longtemps au cours d'une année donnée. Selon les commentaires de l'OCDE, une même personne peut avoir un séjour habituel dans les deux États contractants.

Ni l'administration ni la jurisprudence ne définissent clairement le moment à partir duquel les séjours effectués en France deviennent habituels au sens des conventions fiscales.

Les journées prise en compte ne se limitent pas aux séjours dans le lieu présumé du foyer français. Tous les séjours peuvent être pris en compte. Le juge de l'impôt peut ainsi reconnaître un séjour habituel dans les deux États à un contribuable qui séjourne dans un État pour son activité professionnelle et ne vient dans l'autre que pour les vacances et les fins de semaines(20). Ce principe a été repris par l'administration fiscale(21) :

« *Il peut donc exister un séjour habituel dans chaque État, hypothèse qui peut survenir alors même que le décompte des jours passés dans un État serait supérieur au décompte des jours passés dans l'autre État* ».

Pour documenter ce critère, il est recommandé de tenir et conserver un agenda personnel, et de conserver ses cartes de transports, ainsi que ses justificatifs de

(19) CE 27 janv. 2010, n° 294784.
(20) CE 26 janv. 1990, Renck, n° 69853, RJF 3/90, n° 240, *précité*.
(21) Instruction précitée du 22 mai 2003, 14 B-3-03, n° 17.

paiement (par exemple en les agrafant dans son agenda). À défaut, il peut être compliqué pour le contribuable de retracer et prouver ses jours de présence dans un État trois ans après les faits, en cas de contrôle fiscal.

Si la preuve de la présence en France incombe à l'administration fiscale, elle s'efforce en pratique à retourner cette charge sur le contribuable. En effet, en cas de contrôle, l'administration s'efforce de reconstituer un agenda « à charge », en s'appuyant notamment sur les documents qu'elle est susceptible d'obtenir dans le cadre de son droit de communication (relevés bancaires, cartes de voyage, utilisation des relevés téléphoniques, enquêtes de voisinage...). Sur la base des journées de présence en France, elle établit une présomption de séjour et c'est alors au contribuable de prouver qu'il n'était pas en France.

Les séjours effectués dans les pays tiers sont en principe neutres pour l'appréciation de ce critère, qui s'apprécie dans un cadre bilatéral.

§ IV – *NATIONALITÉ*

Si les critères précédents ne permettent pas de déterminer une résidence fiscale unique, il convient de s'attacher à celui de la nationalité.

Cela signifie en pratique que les français non-résidents dans une situation ambiguë sont plus exposés à une requalification de leur domicile fiscal que des étrangers que des nationaux de l'autre état placés dans la même situation.

Section III – Contentieux de la résidence fiscale

Compte-tenu des règles de territorialité en droit interne français, l'administration fiscale française a intérêt à rechercher la résidence fiscale en France du contribuable. Elle pourra ainsi imposer le contribuable sur l'ensemble de ses revenus mondiaux.

Les critères alternatifs posés par le droit interne français sont pour la plupart très factuels. Comme évoqué précédemment, l'administration fiscale s'appuie ainsi sur un faisceau d'indices permettant de situer la résidence fiscale dans tel ou tel État (cf. §II.2.a.i).

L'administration dispose de moyens d'investigation importants, au moyen notamment des droits de communication qu'elle peut exercer. Elle se procure en général les informations suivantes :

- liste des comptes bancaires ou contrats d'assurance vie ouverts en France ;
- relevés bancaires des banques françaises ;
- liste des véhicules à moteurs immatriculés en France au nom du contribuable ;
- liste des abonnements (téléphonie, internet, câble) ;
- remboursements opérés par la sécurité sociale ;
- détail des trajets en avion ou en train (billets nominatifs) ;
- liste des biens immobiliers situés en France ;

- informations relatives à la scolarité des enfants.

Grâce à la multiplication des échanges d'information, l'administration française demande de manière systématique à l'administration de l'autre État :

- une attestation de résidence du contribuable et des avis d'imposition détaillant l'assiette déclarée et les modalités d'imposition ;
- la copie des comptes bancaires étrangers.

La situation du contribuable n'est pas la seule étudiée. En effet, celle de son conjoint et/ou de ses enfants peuvent également avoir un impact sur la résidence fiscale du contribuable.

La résidence fiscale du contribuable est donc une situation à étudier au cas par cas. De ce fait, le contentieux de la résidence fiscale est assez fourni et permet d'avoir de nombreux exemples d'application des différents critères alternatifs de la résidence fiscale en droit interne français.

CHAPITRE III

TERRITORIALITÉ DES PRÉLÈVEMENTS SOCIAUX

Seules les personnes physiques domiciliées en France sont en principe assujetties aux prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine.

Par exception, les non-résidents sont toutefois soumis à ces prélèvements à raison de leurs revenus d'immeubles sis en France (qui ne sont pas exploités dans le cadre d'une activité professionnelle)(22) ou de leurs plus-values immobilières de source française lorsqu'elles sont réalisées directement ou indirectement par des personnes physiques et soumises au prélèvement de l'article 244 *bis* A du CGI(23).

Le taux global des contributions sur les revenus du patrimoine et les revenus de placement est de 17,2 %. Et se décompose de la façon suivante :

- CSG : 9,2 % ;
- CRDS : 0,5 % ;
- Prélèvement de solidarité : 7,5 %.

La CSG sur les revenus immobiliers soumis à prélèvement libératoire ainsi que la CSG sur les plus-values immobilière ne sont pas déductibles, ce qui est également le cas de manière générale pour la CRDS et le prélèvement de solidarité.

Il est précisé que la CSG et la CRDS sont assimilés à de l'impôt sur le revenu. Pour l'application des conventions et sont donc en principe couvertes par les

(22) Article L 136-6 du CSS.
(23) Article L 137-7 du CSS.

stipulations des conventions fiscales internationales[24]. Ainsi quand une plus-value de cession de parts de société à prépondérance immobilière n'est pas imposable en France en vertu des dispositions d'une convention fiscale, les prélèvements sociaux ne sont en principe pas non plus applicables.

Pour les revenus et gains réalisés à compter du 1er janvier 2019, ne sont plus redevables de la CSG et de la CRDS les personnes domiciliées dans un État de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse qui relèvent en matière d'assurance maladie d'une législation soumise à ces dispositions et qui ne sont pas à la charge d'un régime obligatoire de sécurité sociale français[25]. Les résidents de ces États satisfaisant aux conditions posées par le texte sont donc uniquement soumis au prélèvement de solidarité de 7,5 %.

Les résidents des autres États ou les résidents de ces États qui relèvent d'un régime obligatoire français restent quant à eux soumis aux contributions de 17,2 %.

Après quelques errements, le législateur a ainsi entendu tirer les conséquences des dispositions du règlement (CE) nº 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

En effet, par un arrêt du 26 février 2015 « De Ruy*ter* », la Cour de Justice de l'Union Européenne a été amenée à se prononcer sur l'articulation des prélèvements sociaux applicables aux revenus du patrimoine avec le Règlement européen 1408/71. La Cour a expressément confirmé que le règlement relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté Européenne doit être interprété en ce sens que des prélèvements sur les revenus du patrimoine, qu'ils participent au financement des régimes obligatoires de sécurité sociale, présentent un lien direct et pertinent avec certaines des branches de sécurité sociale énumérées à l'article 4 dudit règlement et relèvent donc du champ d'application de ce règlement, alors même que ces prélèvements sont assis sur les revenus du patrimoine des personnes assujetties, indépendamment de l'exercice par ces dernières de toute activité professionnelle.

Il ressort de cette jurisprudence qu'un contribuable relevant d'un régime de sécurité sociale non français ne peut se voir assujetti aux contributions sociales françaises au titre de ses revenus du patrimoine.

À la suite de cette décision, le législateur français avait modifié l'affectation budgétaire des prélèvements sociaux sur les revenus du capital avec pour objectif leur mise en conformité avec le droit communautaire. Cette mise en conformité a réorienté le produit des prélèvements sur revenus du capital vers des organismes servant uniquement des prestations non contributives, c'est-à-dire ne donnant pas automatiquement droit à des prestations.

Malgré cette réforme, ces prélèvements sociaux restent selon nous contraires au règlement européen lorsqu'ils s'appliquent à des contribuables qui sont soumis à un régime de sécurité sociale d'un État étranger. En effet, le principe de l'unicité de législation prévu par le règlement s'applique aux législations relatives aux prestations vieillesse qui relèvent de l'article 3 du règlement (prestations « contributives »), ainsi

(24) BOI-INT-DG-20-20-100 nº 110.
(25) Article 26 de la Loi de financement de la sécurité sociale pour 2019.

qu'aux prestations spéciales en espèces à caractère « non contributif » visées à l'article 70 et définies à l'annexe X.

Cette analyse a été confirmée par une décision récente du Conseil d'État(26), saisi dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dans laquelle celui-ci conclut que le contribuable était fondé à demander l'annulation du paragraphe 80 des commentaires administratifs publiés le 1er août 2018 au bulletin officiel des finances publiques (BOFiP) – impôts sous la référence BOI-RFPI-PVINR-20-20 au motif que :

« *Le principe d'unicité de législation posé par l'article 11 du règlement du 29 avril 2004 s'oppose à ce que les plus-values immobilières réalisées en 2018 par les non-résidents qui relèvent du champ d'application territorial et personnel de ce règlement soient assujetties à la contribution sociale généralisée et au prélèvement social affectés au fonds de solidarité vieillesse, à la contribution sociale généralisée et à la contribution au remboursement de la dette sociale affectées à la caisse d'amortissement de la dette sociale ainsi qu'au prélèvement social et à la contribution additionnelle à ce prélèvement affectés à la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie.* »

Sur le fond l'analyse du Conseil d'État est la suivante :

- Le prélèvement de solidarité sur les produits de placement mentionnés à l'article 1600-0 S du CGI n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) nº 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

- L'allocation de solidarité aux personnes âgées, régie par les articles L. 815-1 et suivants du Code de la sécurité sociale (CSS), constitue une prestation d'aide sociale relevant de la solidarité nationale dont l'objet est de garantir un revenu minimal à ses bénéficiaires. Elle se rapporte à la couverture du risque vieillesse énuméré à l'article 3 du règlement du 29 avril 2004. Cette allocation, qui est mentionnée à l'annexe X de ce règlement en ce qui concerne la France, constitue donc une prestation spéciale en espèces à caractère non contributif au sens de son article 70. Elle entre ainsi dans son champ d'application.

- Les compensations versées dans les conditions prévues à l'article L. 135-2 du Code de la CSS par le fonds de solidarité vieillesse (FSV) aux régimes de retraite en contrepartie de la validation de trimestres d'assurance vieillesse au titre desquels aucune cotisation d'assurance vieillesse n'a été versée par l'assuré social correspondent à la prise en charge de périodes ainsi prises en compte lors de l'ouverture du droit à pension de l'assuré social. Bien qu'elles relèvent d'un dispositif de solidarité, ces compensations présentent un lien direct et suffisamment pertinent avec les prestations de vieillesse mentionnées au d) de l'article 3 du règlement du 29 avril 2004. Elles doivent par suite être regardées comme entrant dans son champ d'application.

- Il résulte des dispositions des articles 6 et 16 de l'ordonnance nº 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale et des textes auxquels ils renvoient qu'au 1er janvier 2018, la contribution sociale généralisée (CSG), à concurrence d'une fraction de 0,60 point, et la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS), perçue au taux de 0,5 %, sont affectées à la caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES) et destinées à contribuer à l'apurement des déficits de la sécurité sociale. Elles doivent, pour l'application de l'article 3 du règlement du 29 avril 2004, être regardées comme affectées de manière spécifique

(26) CE, 16 avr. 2019, nº 423586, M. Lafont.

et directe au financement du régime de sécurité sociale français. Elles relèvent par conséquent de son champ d'application.

• Par un arrêt nº C-372/18 du 14 mars 2019, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), saisie d'une question préjudicielle relative au prélèvement social et à la contribution additionnelle à ce prélèvement affectés au financement de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA), a dit pour droit que l'article 3 du règlement du 29 avril 2004 doit être interprété en ce sens que des prestations, telles que l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) et la prestation compensatoire du handicap (PCH), doivent, aux fins de leur qualification de « prestations de sécurité sociale » au sens de cette disposition, être considérées comme étant octroyées en dehors de toute appréciation individuelle des besoins personnels du bénéficiaire, dès lors que les ressources de ce dernier sont prises en compte aux seules fins du calcul du montant effectif de ces prestations sur la base de critères objectifs et légalement définis. Par ailleurs, l'APA et la PCH, qui sont des prestations portant sur le risque de dépendance et qui visent à améliorer l'état de santé et la vie des personnes dépendantes, tout en présentant des caractéristiques qui leur sont propres, doivent être assimilées à des « prestations de maladie », au sens du a) de l'article 3, paragraphe 1, du règlement du 29 avril 2004. Il en résulte que le prélèvement social et la contribution additionnelle à ce prélèvement affectés au financement de la CNSA doivent, pour l'application de l'article 3 du règlement du 29 avril 2004, être regardés comme affectées de manière spécifique et directe au financement du régime de sécurité sociale français. Ils relèvent par conséquent du champ d'application de ce règlement.

CHAPITRE IV

NOTIONS DE PRÉPONDÉRANCE IMMOBILIÈRE

La notion de société prépondérance immobilière (« **SPI** ») est un concept central dans la fiscalité immobilière internationale française, également repris dans les conventions fiscales conclues par la France. Il s'agit toutefois d'un concept à géométrie variable, dont la définition varie selon les impôts concernés ou selon qu'elle est utilisée dans un cadre interne ou international.

Section I – En droit interne français

Les définitions de la prépondérance immobilière sont nombreuses en droit interne, avec les points d'attention suivants pour le calcul du ratio de prépondérance immobilière :

• prise en compte au numérateur des immeubles affectés à l'exploitation commerciale, industrielle, agricole, artisanale ou libérale de l'entité qui les détient ?

• prises en compte des immeubles comptabilisés en stocks ?

- prise en compte de certains droits immobiliers (contrat de crédit-bail) ?
- exclusion des sociétés cotées ?
- périmètre des actifs pris en compte : français ou mondiaux ?
- date à laquelle le ratio doit être déterminé.

§ I – *TABLEAU DE SYNTHÈSE*

Le tableau ci-après présente de manière synthétique les différentes définitions de la prépondérance immobilière.

	Nature des éléments cédés, donnés ou détenus	Éléments à prendre en compte au numérateur	Éléments à prendre en compte au dénominateur	Valeur des éléments d'actifs à prendre en compte au numérateur	Date d'appréciation de la prépondérance immobilière
Article 150 UB du CGI (PV IR)	Cession par une personne physique d'une participation dans une société non cotée relevant des articles 8 à 8 *ter* du CGI établie en France	Immeubles ou droits immobiliers situés ou non en France et non affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole, ou à l'exercice d'une profession non commerciale Titres de sociétés à prépondérance immobilière	Totalité des éléments de l'actif de la société	Valeur vénale	Clôture des trois exercices qui précèdent celui au cours duquel intervient la cession. En cas de cession moins de trois ans après la constitution de la société, clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, date de la cession.

	Nature des éléments cédés, donnés ou détenus	Éléments à prendre en compte au numérateur	Éléments à prendre en compte au dénominateur	Valeur des éléments d'actifs à prendre en compte au numérateur	Date d'appréciation de la prépondérance immobilière
Article 219, I-a *sexies*-O du CGI (PV IS)	Cession d'une participation dans une société non cotée par une société soumise à l'impôt sur les sociétés (plus-value à long terme)	Immeubles ou droits immobiliers situés ou non en France ou droits afférents à un contrat de crédit-bail et non affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole, où à l'exercice d'une profession non commerciale	Totalité des éléments de l'actif de la société	Valeur vénale	Exercice précédent l'exercice social au cours duquel les titres de la société sont cédés ou date de la cession des titres
Prélèvement de l'article 244 *bis* A du CGI	Cession d'une participation dans une société non cotée ou une société cotée si détention de plus de 10 % du capital	Immeubles ou droits portant sur des immeubles situés en France	Totalité des éléments d'actif français	Non indiqué	Clôture des trois exercices qui précèdent celui au cours duquel intervient la cession. En cas de cession moins de trois ans après la constitution de la société, clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, date de la cession.

	Nature des éléments cédés, donnés ou détenus	Éléments à prendre en compte au numérateur	Éléments à prendre en compte au dénominateur	Valeur des éléments d'actifs à prendre en compte au numérateur	Date d'appréciation de la prépondérance immobilière
Article 726 du CGI (droits d'enregistrement)	Cession d'une participation dans une société non cotée, française ou étrangère	Immeubles et droits réels immobiliers détenus en France, peu importe que les immeubles ou droits soient affectés à la propre exploitation de la personne morale Titres de sociétés à prépondérance immobilière	Totalité des éléments d'actif de la société	Valeur vénale	Jour de la cession ou a cours de l'année précédant la cession des participations
Article 164 B du CGI (définition des revenus de source française)	Cession d'une participation dans une société non cotée	Immeubles ou droits immobiliers situés ou non en France et non affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole, ou à l'exercice d'une profession non commerciale Titres de sociétés à prépondérance immobilière	Totalité des éléments d'actif de la société	Valeur vénale	Clôture des trois exercices qui précèdent celui au cours duquel intervient la cession. En cas de cession moins de trois ans après la constitution de la société, clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, date de la cession.

	Nature des éléments cédés, donnés ou détenus	Éléments à prendre en compte au numérateur	Éléments à prendre en compte au dénominateur	Valeur des éléments d'actifs à prendre en compte au numérateur	Date d'appréciation de la prépondérance immobilière
Article 750 *ter* du CGI (DMTG)	Cession d'une participation dans une société française non cotée	Immeubles non affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole, ou à l'exercice d'une profession non commerciale détenus en France Droit réels immobiliers détenus en France	Totalité des éléments d'actif français	Non indiquée	Date de la donation ou de l'ouverture de la succession

§ II – *COMMENTAIRES ADDITIONNELS / PRÉCISIONS*

A/ Plus-values des particuliers domiciliés en France (article 150 A *bis* et 150 UB du CGI)

L'article 150-0 A qui régit le régime des plus-values mobilières des particuliers domiciliés en France exclut de ce régime les plus-values relevant des articles 150-UB qui vise les plus-values attachées à des SPI relevant de l'article 8 du CGI (sociétés translucides fiscalement).

Il en résulte que les cessions de sociétés soumises à l'IS réalisées par des personnes physiques domiciliées en France relèvent dans tous les cas du régime des plus-values mobilières (flat tax de 30 %), même lorsqu'elles sont à prépondérance immobilière.

En revanche l'article 150-UB prévoit que « *les gains nets retirés de cessions à titre onéreux de droits sociaux de sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 ter, dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits portant sur ces biens, sont soumis exclusivement au régime d'imposition prévu au I et au 1° du II de l'article 150 U* ». Ainsi les cessions de parts de sociétés de personnes à prépondérance immobilière relèvent non pas du régime des plus-value mobilières mais des plus-values immobilières.

Conformément aux dispositions de l'article 150-UB du CGI, « *sont considérées comme sociétés à prépondérance immobilière les sociétés dont l'actif est, à la clôture des*

trois exercices qui précèdent la cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles ou des droits portant sur des immeubles, non affectés par ces sociétés à leur propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale. Si la société dont les droits sociaux sont cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession ».

Il suffit donc que la société n'ait pas été à prépondérance immobilière à la clôture de l'un des trois exercices précédant la cession pour que la cession relève du régime des plus-values mobilières, étant précisé que les immeubles affectés à l'exploitation de la société ne sont pas pris en compte au numérateur du ratio.

L'administration a précisé que la notion d'immeubles affectés à l'exploitation aux seules immobilisations ne visait pas les immeubles en stock(27) des marchands de biens.

B/ Prépondérance immobilière au sens de l'article 151 *septies* B du CGI

Les plus-values immobilières relevant de l'impôt sur le revenu réalisées dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole sont imposées après application d'un abattement de 10 % par année de détention au-delà de la cinquième année. Cet abattement s'applique aux droits ou parts de sociétés à prépondérance immobilière définis de la façon suivante :

« *2° Des droits ou parts de sociétés dont l'actif est principalement constitué de biens immobiliers bâtis ou non bâtis qui sont affectés par l'entreprise à sa propre exploitation ou de droits ou parts de sociétés dont l'actif est principalement constitué des mêmes biens, droits ou parts.* »

C/ Prépondérance immobilière au sens de l'article 164 B, I e) *ter* 5° du CGI

Les sociétés à prépondérance immobilière sont définies comme « *des organismes, quelle qu'en soit la forme, non cotés sur un marché français ou étranger, autres que ceux mentionnés au 3° du e bis, dont l'actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens et droits mentionnés au 1° du e bis [à savoir des biens immobiliers situés en France ou des droits relatifs à ces biens]. Si l'organisme dont les parts, actions ou droits sont cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession* ».

D/ Prépondérance immobilière au sens de l'article 219, I-a *sexies*-O du CGI

La définition de la prépondérance immobilière énoncée à l'article 219, I-a *sexies*-0 *bis* du CGI est propre au régime des plus-values à long terme des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés (BOI-IS-BASE-20-20-10-30 n° 30, 31-12-2013). Sa particularité par rapport aux autres définitions est qu'elle incorpore dans le seuil de 50% les droits afférents à des contrats de crédit-bail.

(27) BOI-RFPI-SPI-10-20, n° 100.

L'article 219, I-a *sexies*-O *bis* du CGI indique ainsi que :

« *Sont considérées comme des sociétés à prépondérance immobilière les sociétés dont l'actif est, à la date de la cession de ces titres ou a été à la clôture du dernier exercice précédant cette cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles, des droits portant sur des immeubles, des droits afférents à un contrat de crédit-bail conclu dans les conditions prévues au 2 de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier ou par des titres d'autres sociétés à prépondérance immobilière. Pour l'application de ces dispositions, ne sont pas pris en considération les immeubles ou les droits mentionnés à la phrase précédente lorsque ces biens ou droits sont affectés par l'entreprise à sa propre exploitation industrielle, commerciale ou agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale.* »

La doctrine administrative précise que les immeubles ou droits principalement affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale ne sont pas pris en compte pour l'appréciation du pourcentage de 50 %, qu'ils soient inscrits à son actif ou qu'ils soient détenus par l'intermédiaire d'une société elle-même à prépondérance immobilière (BOI-IS-BASE-20-20-10-30 n° 80 s.).

Elle indique également que tous les immeubles inscrits à l'actif doivent être retenus pour apprécier la prépondérance immobilière, qu'ils soient situés en France ou à l'étranger.

Lorsque les titres sont cédés, la loi prévoit que la prépondérance immobilière s'apprécie à la date de cession ou à la clôture du dernier exercice précédant la cession. Mais elle ne donne aucune indication pour les titres provisionnés. L'administration n'est pas fondée à considérer que le caractère immobilier prépondérant s'apprécie obligatoirement à la date de clôture de l'exercice de l'entreprise détentrice des titres qui constate une provision (CE 14-10-2015 n° 387249 : RJF 1/16 n° 8).

E/ Prépondérance immobilière au sens de l'article 244 *bis* A du CGI

Selon les dispositions de cet article, les sociétés sont à prépondérance immobilière lorsque :

- pour les sociétés cotées, leur « *actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens et droits mentionnés au 3 [biens immobiliers/parts de sociétés…], lorsque le cédant détient directement ou indirectement au moins 10 % du capital de la société dont les parts ou actions sont cédées. Si la société dont les parts ou actions sont cédées n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession* » ;

- pour les sociétés non cotées, leur « *actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens ou droits mentionnés au 3 [biens immobiliers/parts de sociétés…].* Si l'organisme dont les parts, actions ou droits sont cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession ».

F/ Prépondérance immobilière au sens de l'article 726 du CGI

Les cessions de participations dans des sociétés à prépondérance immobilière sont soumises à un droit de 5 % qu'il s'agisse d'actions ou de parts sociales.

Selon cet article, « *est à prépondérance immobilière la personne morale, quelle que soit sa nationalité, dont les droits sociaux ne sont pas négociés sur un marché réglementé d'instruments financiers au sens de l'article L. 421-1 du Code monétaire et financier ou sur un système multilatéral de négociation au sens de l'article L. 424-1 du même code et dont l'actif est, ou a été au cours de l'année précédant la cession des participations en cause, principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France ou de participations dans des personnes morales, quelle que soit leur nationalité, dont les droits sociaux ne sont pas négociés sur un marché réglementé d'instruments financiers au sens de l'article L. 421-1 du Code monétaire et financier ou sur un système multilatéral de négociation au sens de l'article L. 424-1 du même code et elles-mêmes à prépondérance immobilière. Toutefois, les organismes d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux ne sont pas considérés comme des personnes morales à prépondérance immobilière* ».

G/ Prépondérance immobilière au sens de l'article 750 *ter* du CGI

L'article 750 *ter* du CGI relatif aux droits de mutation à titre gratuit prévoit notamment que :

« *[…] Pour l'application du premier alinéa, tout immeuble ou droit immobilier est réputé possédé indirectement lorsqu'il appartient à des personnes morales ou des organismes dont le donateur ou le défunt, seul ou conjointement avec son conjoint, leurs ascendants ou descendants ou leurs frères et sœurs, détient plus de la moitié des actions, parts ou droits, directement ou par l'intermédiaire d'une chaîne de participations, au sens de l'article 990 D, quel que soit le nombre de personnes morales ou d'organismes interposés. La valeur des immeubles ou droits immobiliers possédés indirectement est déterminée par la proportion de la valeur de ces biens ou des actions, parts ou droits représentatifs de tels biens dans l'actif total des organismes ou personnes morales dont le donateur ou le défunt détient directement les actions, parts ou droits.*

Sont considérées comme françaises les créances sur un débiteur qui est établi en France ou qui y a son domicile fiscal au sens du même article ainsi que les valeurs mobilières émises par l'État français, une personne morale de droit public française ou une société qui a en France son siège social statutaire ou le siège de sa direction effective, et ce quelle que soit la composition de son actif.

Sont également considérées comme françaises les actions et parts de sociétés ou personnes morales non cotées en bourse dont le siège est situé hors de France et dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés sur le territoire français, et ce à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société.

Pour l'application des deuxième et quatrième alinéas, les immeubles situés sur le territoire français, affectés par une personne morale, un organisme ou une société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale ne sont pas pris en considération.

[…]. »

Selon la doctrine administrative BOI-ENR-DMTG-10-10-30 n° 80 et s. :

- L'actif de la personne morale étrangère en cause doit être principalement constitué d'immeubles bâtis ou non bâtis situés sur le territoire français ou de droits réels immobiliers portant sur ces biens (usufruit, droit d'usage, ...) ou de titres de personnes morales elles-mêmes à prépondérance immobilière.

- Ne sont pas pris en considération les immeubles situés sur le territoire français, affectés par la personne morale à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale.

- En revanche, sont à prendre en considération pour apprécier la notion de prépondérance immobilière :

  - o les immeubles donnés en location, qu'il s'agisse de la location d'immeubles d'habitation nus ou meublés ou de la location d'immeubles à usage industriel ou commercial munis ou non du mobilier ou du matériel nécessaires à leur exploitation ;

  - o les immeubles constituant le stock immobilier de sociétés de construction-vente ou de sociétés qui se livrent à une activité de marchand de biens ;

  - o les titres de sociétés elles-mêmes à prépondérance immobilière.

En définitive, pour déterminer si une personne morale étrangère est à prépondérance immobilière, il convient de comparer à la valeur totale de l'actif social situé en France, la valeur des immeubles et droits réels immobiliers appartenant à la société et situés dans notre pays (autres que les immeubles affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale, tels qu'ils ont été définis ci-avant). La société est à prépondérance immobilière, si la valeur des immeubles et droits immobiliers situés en France représente plus de 50 % de la valeur de l'actif social situé en France. Les actions ou parts d'une personne morale étrangère à prépondérance immobilière détenues par des personnes physiques non domiciliées en France sont soumises aux droits de mutation à titre gratuit à concurrence de la proportion existant entre la valeur des immeubles situés sur le territoire français et celle de l'actif total de la société située tant en France qu'à l'étranger.

À noter que la Cour d'appel de Paris a jugé, le 17 mars 2006[28], qu'une personne physique non-résidente de France devait être assujettie à l'ISF à raison des parts sociales qu'elle détenait dans une société étrangère qui détenait elle-même des parts d'une SCI propriétaire de biens ou droits immobiliers en France. Dans le calcul de la prépondérance immobilière, l'administration fiscale a retenu les parts de la SCI détenues par la société étrangère, en considérant que ces parts étaient assimilables à des « droits portant sur des immeubles ». Elle en a donc conclu que la société étrangère était une société à prépondérance immobilière et, de ce fait, que ces parts devaient être considérées comme françaises en application de l'article 750 *ter*, 2° du CGI qui pose pour principe que sont considérées comme françaises les actions et parts de sociétés ou personnes morales non cotées en bourse dont le siège est situé hors de France et dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés sur le territoire français, et ce à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société.

(28) CA Paris 17 mars 2006 n° 04-10556, 1re ch. B, Regazzacci.

Section II – **En droit conventionnel**

La définition de la prépondérance immobilière diverge selon les conventions fiscales.

En effet, les conventions les plus anciennes n'ont généralement aucun article spécifique relatif aux plus-values réalisées sur la cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière. Il convient alors dans ce cas de se référer à l'article relatif aux plus-values de cession et de se reporter au cas de cession d'immeuble ou de titres de sociétés.

Au fur et à mesure des années, les conventions ont commencé à évoluer. Certaines prévoient aujourd'hui des dispositions spécifiques et de plus en plus sophistiquées. C'est le cas notamment des conventions signées avec le Luxembourg, le Royaume-Uni, les États-Unis ou encore l'Allemagne.

En général la convention permet l'imposition des parts ou actions de sociétés à prépondérance immobilière en France. Le dispositif peut être plus ou moins étendu. Par exemple, certaines conventions très extensives prévoient que les gains provenant de l'aliénation d'actions, parts ou autres droits dans une société, une fiducie ou une institution comparable, dont l'actif est constitué pour au moins 50 % de sa valeur, ou tire au moins 50 % de sa valeur, directement ou indirectement (par l'interposition d'une ou plusieurs entités), de biens immobiliers situés dans un État contractant ou de droits portant sur de tels biens, est imposable dans cet État. Lorsque tel est le cas, il est en général prévu que, pour l'application de cette disposition, ne sont pas pris en considération les biens immobiliers affectés par une telle société à sa propre exploitation industrielle, commerciale ou agricole, ou à l'exercice par elle d'une profession indépendante.

Cette rédaction permet alors une imposition généralisée au lieu de situation de l'immeuble (comme en principe pour les cessions directes d'immeubles). La définition est alors conforme à l'article 244 *bis* A du CGI et permet ainsi d'imposer en France les plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière françaises réalisées par des sociétés de capitaux étrangers.

À noter que la nouvelle convention franco-luxembourgeoise (qui devrait s'appliquer à compter de 2020) prévoit en son article 13 paragraphe 4 que « *les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions, parts ou autres droits dans une société, une fiducie ou toute autre institution ou entité sont imposables dans l'État si, à tout moment au cours des 365 jours qui précèdent l'aliénation, ces actions, parts et autres droits tirent plus de 50 % de leur valeur, directement ou indirectement, de biens immobiliers situés dans cet autre État* ».

Cette nouvelle convention reprend en substance la même définition de la prépondérance immobilière que la version actuelle mais elle élargit la période de référence aux 365 jours précédant la cession quand la version actuelle ne vise que le jour de la cession.

La jurisprudence a déjà eu à analyser la nature des parts de sociétés à prépondérance immobilière dans un contexte international, notamment pour l'application de l'article 750 *ter* du CGI.

Ainsi, par un arrêt du 2 novembre 2015 (Cass. ass. plén., 2 novembre 2015, n° 14-14.256), la Cour de cassation a jugé que des parts de sociétés étrangères à prépondérance immobilière en France sont, en l'absence de stipulations conventionnelles contraires, des biens de nature mobilière et non pas des biens immobiliers pour l'application des conventions fiscales relatives aux droits de mutation à titre gratuit. Cette décision réaffirme ainsi la nature de biens incorporels de nature mobilière qu'il y a lieu de donner à des parts de sociétés même lorsqu'elles sont à prépondérance immobilière en France.

Dans cette affaire, des héritiers, d'une personne physique de nationalité marocaine domiciliée à Monaco et possédant des parts d'une société civile particulière monégasque à prépondérance immobilière en France, ont estimé que la transmission des parts n'était pas imposable en France en application de la convention fiscale franco-monégasque. Or, l'administration a rapporté ces parts à l'actif successoral sur le fondement de l'article 750 *ter*, 2° du CGI en considérant qu'elles étaient rattachées à des immeubles sis en France et devaient donc être imposées en France en application de l'article 2 de la convention sur les biens immobiliers. La Cour a jugé que les parts de la SCI monégasque relevaient de l'article 6 de la convention, qui vise les actions et parts sociales, et non pas de l'article 2, relatif aux immeubles et droits immobiliers.

Les actions ou parts de sociétés à prépondérance immobilière qui ne sont pas définies en droit comme étant des immeubles, ne devraient pas être considérées comme des immeubles pour l'application de la convention, mais devraient être traitées comme des « autres biens » (ce qui exclut en principe l'imposition en France lorsque le défunt n'était pas résident de France, si la convention suit le modèle OCDE).

CHAPITRE V

PRINCIPES APPLICABLES EN MATIÈRE DE TVA

Les principes applicables, en matière de TVA, pour déterminer si une opération doit être soumise à la taxe sont très différents de ceux évoqués ci-dessus. L'analyse TVA doit donc toujours être menée en parallèle de celle réalisée pour les besoins des autres impôts et taxes.

Ainsi, c'est au niveau du vendeur/prestataire qu'il convient de se placer pour déterminer si une opération entre dans le champ d'application de la TVA. La qualité et le lieu d'établissement des parties peuvent avoir des conséquences mais uniquement pour certaines opérations, et, dans un second temps.

Nous rappellerons, tout d'abord, brièvement, ces règles de détermination du régime de TVA d'une opération, avant de préciser certaines particularités dans le domaine immobilier et dans un contexte international.

Section I – Bref rappel des règles de détermination du régime de TVA d'une opération

Ces règles sont issues de la transposition, dans le CGI, des dispositions de la Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée.

Elles peuvent être résumées comme suit :

Les questions permettant de déterminer le régime de TVA applicable une opération		
1	L'opération est-elle une livraison de bien ou une prestation de services ?	Seules les livraisons de biens (meubles ou immeubles) et les prestations de services (en ce compris les opérations sur les biens meubles incorporels) peuvent être soumises à la TVA.
2	Le vendeur ou le prestataire agit-il en qualité d'assujetti à la TVA ?	Une livraison de bien ou une prestation de services ne peut être soumise à la TVA que si elle est réalisée dans le cadre d'une activité économique. Ainsi, la cession d'un bien par un particulier en dehors de tout objectif d'entreprise ne peut pas être soumise à la TVA.
3	L'opération est-elle réalisée à titre onéreux ?	Une opération est réalisée à titre onéreux si le vendeur/prestataire reçoit une contrepartie qui présente un lien direct avec l'opération réalisée. Ainsi, une opération réalisée à titre gratuit ne peut pas être soumise à la TVA.
4	L'opération est-elle soumise aux règles de TVA françaises ?	Les règles de TVA françaises s'appliquent : – sur les ventes de biens lorsque l'objet de la vente est physiquement en France (au moment de la vente ou, en cas de transport au départ ou à l'arrivée), – sur les prestations de services lorsque certaines conditions liées à la nature du services, au lieu de son exécution et/ou du lieu d'établissement des parties. Ainsi, la vente d'un immeuble dans un autre pays ne peut pas être soumise à la TVA française.
5	L'opération n'est pas exonérée de TVA par une disposition expresse sans possibilité d'opter pour son application ?	La liste des opérations exonérées de TVA est fixée par le Code Général des Impôts. Il s'agit par exemple, des prestations de soins, d'enseignement, de certaines opérations bancaires et financières. Pour certaines de ces opérations exonérées, le CGI prévoit que le vendeur/prestataire peut opter pour l'application de la TVA.

Les questions permettant de déterminer le régime de TVA applicable une opération		
6	Quelle est la base d'imposition de cette TVA ?	En principe, la TVA est déterminée sur le prix total de l'opération. Le CGI prévoit des hypothèses dans lesquelles la TVA est assise sur la marge bénéficiaire réalisée.
7	Quel est le taux de TVA applicable ?	Par défaut, le taux de TVA applicable est le taux de 20 %. Certaines opérations peuvent être soumises à un taux différent par une disposition expresse du CGI.
8	Cette TVA doit-elle être versée au Trésor par le vendeur/prestataire ou par le client ?	Il s'agit de déterminer le redevable de la TVA. Par défaut, le redevable de la TVA sur une opération est celui qui la réalise (i.e. le vendeur ou le prestataire). Certaines dispositions du CGI prévoient une règle d'inversion du redevable (désignée parfois sous le vocable de « cas d'autoliquidation »), c'est alors au client de verser la TVA au Trésor avant de pouvoir la déduire ou non selon le régime qui lui est applicable en matière de droit à déduction.

Section II – Précisions sur l'application de ces règles pour les opérations portant sur des immeubles

✓ Le vendeur ou le prestataire agit-il en qualité d'assujetti à la TVA ?

Il convient toujours de vérifier si le vendeur/prestataire (personne morale ou personne physique) agit en qualité d'assujetti à la TVA, c'est-à-dire s'il réalise l'opération dans le cadre d'une activité économique.

À cet égard, plus que la structure de détention, même si nous verrons qu'elle n'est pas indifférente, en matière immobilière, c'est la question de l'affectation de l'immeuble qui va être essentielle.

Les assujettis à la TVA sont définis par l'article 256 A du CGI comme les personnes qui effectuent de manière indépendante une activité économique, quels que soient le statut juridique de ces personnes, leur situation au regard des autres impôts et la forme ou la nature de leur intervention. Les activités économiques visées se définissent comme toutes les activités de producteur, de commerçant ou de prestataire de services. Le texte précise également qu'est notamment considérée comme une activité économique une opération comportant l'exploitation d'un bien meuble corporel ou incorporel en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence.

Ce texte n'est pas la fidèle transposition des dispositions de la Directive 2006/112/CE précitée en ce qui concerne la qualité d'assujetti. En effet, là où le texte français vise « *l'exploitation d'un bien meuble corporel ou incorporel en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence* », le texte européen lui couvre « *l'exploitation d'un bien corporel ou incorporel en vue d'en tirer des recettes ayant un caractère de permanence* ».

Ainsi, à la lumière de la Directive, dans le secteur immobilier, les activités de location immobilière devraient conférer la qualité d'assujetti à la TVA.

Toutefois, l'administration fiscale s'appuie sur la rédaction de l'article 256 A du CGI et sur la référence à la seule exploitation d'un « bien meuble » pour considérer que les opérateurs ont un choix. La doctrine publiée(29) précise expressément pour les personnes physiques et les sociétés civiles qui ne sont pas assujetties à la TVA par ailleurs (i.e. au titre d'autres activités) :

– d'une part, que l'administration ne saurait faire obstacle à ce qu'un investisseur immobilier qui entend placer ses opérations dans une logique économique ne puisse en tirer les conséquences au regard de la TVA, et notamment se voir enregistrer comme assujetti et exercer le droit à déduction de la taxe d'amont, ainsi que se prévaloir de sa qualité pour l'application des régimes de faveur en matière de droits de mutation ;

– mais que, d'autre part, l'encaissement de loyers ne suffit à caractériser une opération économique par nature imposable à la TVA. Ainsi, la présomption selon laquelle un investisseur qui loue un immeuble dont il est propriétaire n'agit qu'à ce titre demeure : en conséquence, il n'y a pas lieu d'assujettir d'office cet investisseur à raison de ces opérations alors même qu'il en tire des revenus à caractère permanent.

Finalement, par ses commentaires, l'administration fiscale reconnaît une distinction entre l'activité d'un investisseur agissant à titre privé, non assujetti par ailleurs, qu'il soit individuel ou organisé en société civile, et qui tient au simple exercice du droit de propriété (qui demeure selon elle en dehors du champ d'application de la TVA), et celle d'un investisseur professionnel dont les opérations constituent une activité économique en ce qu'elles sont effectuées dans le cadre d'un objectif d'entreprise ou dans un but commercial. Le premier pourra décider, s'il y trouve un intérêt, notamment, en ce qui concerne le droit à déduction de la TVA, de revendiquer la qualité d'assujetti à la TVA, le second le sera de plein droit.

Si le vendeur/prestataire n'agit pas en qualité d'assujetti, la question de la TVA sur l'opération qu'il réalise ne se pose plus : elle est hors du champ d'application de la taxe et ne pourra pas y être soumise.

Soulignons que la réalisation de l'opération en qualité de non-assujetti interdit l'exercice de tout droit à déduction de la TVA grevant les dépenses engagées pour la réaliser et ferme l'accès à certains régimes de faveur en matière de droits de mutation à titre onéreux (régime des engagements de construire et de revendre).

Au contraire, si le vendeur/prestataire agit en qualité d'assujetti, l'opération entre dans le champ d'application de la TVA et il convient alors de déterminer quel est son traitement en répondant aux questions énumérées dans le tableau ci-dessus.

Il faut toutefois également garder à l'esprit que la qualité d'assujetti, si elle peut permettre l'exercice d'un droit à déduction de la TVA, entraîne également des contraintes administratives (immatriculation à la TVA, émission de factures, etc.) et dans certaines hypothèses des frottements de TVA si l'activité exercée est bien une activité économique mais qu'elle est exonérée.

(29) BOI-TVA-IMM-10-10-10-10-20120912, § 40 et s.

✓ L'opération réalisée par l'assujetti est-elle soumise aux règles de TVA françaises ?

Il s'agit, à ce stade, de vérifier si la livraison du bien ou la prestation de services entre dans le champ d'application territorial de la TVA française (est-ce bien l'État français qui doit percevoir la TVA ?) et si elle bénéficie ou non d'une exonération.

En ce qui concerne les opérations portant sur des immeubles, la TVA française est susceptible d'être applicable dès que l'immeuble auquel elles se rapportent est situé en France.

Il en est ainsi de la cession d'un actif immobilier qui ne peut être soumise à la TVA française que s'il est situé en France (article 258 du CGI), mais également des prestations de services de travaux immobiliers ou d'un agent immobilier qui sont taxables au lieu de situation de l'immeuble auquel elles se rapportent (article 259 A, 2° du CGI).

✓ Cette TVA doit-elle être versée au Trésor par le vendeur/prestataire ou par le client ?

Par principe, le redevable (c'est-à-dire celui qui doit verser la TVA au Trésor) est celui qui réalise l'opération, le vendeur du bien ou le prestataire de services (article 283, 1 du CGI).

Mais cette règle souffre de nombreuses exceptions pour lesquelles va s'appliquer une « inversion du redevable », c'est alors le client qui, sous certaines conditions, doit collecter la TVA et la verser au Trésor. Dans le langage courant, cette situation est souvent désignée sous le terme de « cas d'autoliquidation », en ce sens que c'est le client lui-même qui liquide la TVA et la verse au Trésor.

Au cas particulier, la plus importante de ces exceptions est celle prévue par l'article 283, 1, al. 2 du CGI.

Ce texte dispose que :

« *[…], lorsqu'une livraison de biens ou une prestation de services mentionnée à l'article 259 A est effectuée par un assujetti établi hors de France, la taxe est acquittée par l'acquéreur, le destinataire ou le preneur qui agit en tant qu'assujetti et qui dispose d'un numéro d'identification à la TVA en France. Le montant dû est identifié sur la déclaration mentionnée à l'article 287.* »

Ainsi, l'opération réalisée par un assujetti non-établi en France au profit d'un client qui dispose d'un numéro d'identification à la TVA en France est soumise à cette règle d'inversion du redevable.

Ce texte s'applique notamment aux opérations immobilières(30), mais en pratique, le sujet est particulièrement complexe.

Nous examinons dans les parties concernées l'application de cette règle, mais il convient de la garder à l'esprit dès que le vendeur/prestataire qui réalise l'opération n'est pas établi en France.

(30) BOI-TVA-IMM-10-20-30-20160302, § 10.

➦ Les notions de siège de l'activité économique et d'établissement stable pour les besoins de la TVA

Le lieu du siège de l'activité économique d'un assujetti est déterminé en matière de TVA sur la base d'un faisceau d'indices(31).

Doivent ainsi être pris en considération : le siège statutaire de la société, le lieu de son administration centrale, le lieu de réunion de ses dirigeants sociaux et celui, habituellement identique, où est arrêtée la politique générale de cette société.

D'autres éléments, tels que le domicile des principaux dirigeants, le lieu de réunion des assemblées générales, le lieu où sont tenus les documents administratifs et comptables ou celui du déroulement principal des activités financières, notamment bancaires, peuvent également être pris en compte.

En cas de contradiction d'indices, le lieu du siège de l'activité économique est en définitive le lieu où sont adoptées les décisions essentielles concernant la direction générale de la société, ou encore celui où sont exercées les fonctions d'administration centrale de celle-ci.

L'établissement stable en matière de TVA(32) est caractérisé par l'existence sur le territoire considéré d'une structure présentant un degré suffisant de permanence et apte, du point de vue de l'équipement humain et technique, à rendre possible la réalisation de l'opération(33).

En matière immobilière, il peut être indiqué que la seule propriété d'un immeuble donné en location en France ne devrait pas caractériser un établissement stable pour les besoins de la TVA. Cette solution résulte d'une réponse ministérielle ancienne(34) qui n'a pas été reprise au BOFIP mais qui est toujours appliquée en pratique.

Cette solution nous paraît également applicable aux opérations d'achats en vue de la revente d'immeubles situés en France.

(31) BOI-TVA-CHAMP-20-50-10, 12092012, § 100 et s.

(32) CJCE, 20 févr. 1997, aff. C 260/95, DFDS A/S et CJCE, 17 juill. 1997, aff. C 190/95, Aro Lease.

(33) Soulignons qu'une seconde notion d'établissement stable, l'établissement stage « preneur » existe en matière de TVA mais nous n'en traiterons pas dans le cadre du présent rapport.

(34) Rép. Philibert : AN 9-3-1992 p. 1124 n° 50054 (solution toutefois non reprise au BOFIP).

TITRE II

L'ACQUISITION D'UN BIEN IMMOBILIER EN FRANCE

CHAPITRE UNIQUE

FISCALITÉ ATTACHÉE À L'ACQUISITION

L'acquisition d'un bien immobilier directement ou via celle des titres de la société qui le détient déclenche le paiement des droits d'enregistrement et/ou de la TVA. Il faut distinguer trois situations : l'acquisition d'un immeuble situé en France, l'acquisition d'une société de personnes et l'acquisition d'une société de capitaux.

Section I – Acquisition d'un immeuble situé en France

§ 1 – *TVA*

La détermination du régime de TVA applicable à la vente d'un immeuble, et donc par symétrie à son acquisition, suppose de suivre une analyse en plusieurs étapes. Ces étapes sont décrites en détail dans la partie relative à la cession de l'actif immobilier (voir Titre III – Chapitre 2).

Il en résulte que selon la qualité du vendeur, la nature de l'actif, son affectation et l'exercice éventuel d'une option pour la TVA, l'acquisition peut :

– Ne pas supporter de TVA, si le vendeur est un non-assujetti ou si l'opération est exonérée de TVA sans transfert de droit à déduction ;

– Ne pas être grevée de TVA en tant que telle, mais entraîner un transfert de droit à déduction du vendeur au profit de l'acquéreur (article 207, III, 3 de l'annexe II au CGI) ;

- Être grevée de TVA sur la marge ou sur le prix total ;
- Être dispensée de TVA en application de l'article 257 *bis* du CGI.

Dans la première hypothèse, l'acquéreur n'aura par hypothèse pas à se poser la question de ses droits à déduction de la TVA, mais ce sujet doit être traité s'il engage des dépenses liées à l'immeuble grevées de TVA (notamment, la réalisation de travaux).

Dans toutes les autres, ce sujet devra être traité en amont de l'acquisition puisqu'il va avoir un impact direct sur le coût de l'acquisition.

Comme indiqué précédemment, le régime applicable ne dépend pas des modalités de détention de l'actif mais de son affectation. C'est, en effet, cette affectation qui va conférer ou non à l'acquéreur la qualité d'assujetti à la TVA, condition nécessaire mais non suffisante à l'exercice de tout droit à déduction de la TVA.

Si le bien est acquis en qualité d'assujetti, ce n'est que dans l'hypothèse où il est affecté à une activité effectivement soumise à la TVA qu'un droit à déduction pourra être exercé.

TVA sur le prix d'acquisition ?		Conséquences pour l'acquéreur
NON	Le vendeur est un non-assujetti à la TVA	N/A
	La vente a été exonérée de TVA sans transfert de droit à déduction	N/A
	La vente a été exonérée de TVA et le vendeur a délivré à l'acquéreur une attestation de transfert de droit à déduction	L'acquéreur est en droit de déduire le montant de TVA mentionnée sur l'attestation de transfert s'il immobilise l'actif et l'affecte à une activité soumise à la TVA.
	La vente a été dispensée de TVA (article 257 *bis* du CGI)	L'acquéreur assujetti ne sera tenu de reverser une fraction de la TVA antérieurement déduite par son vendeur (le cas échéant) que s'il cesse d'affecter l'actif à une activité locative au moins en partie soumise à la TVA.
OUI	TVA sur la marge ou sur le prix total	Cette TVA sera déductible : – Immédiatement si l'actif est affecté à une activité soumise à la TVA (par exemple, une location soumise à la TVA ou sa revente s'il s'agit d'un immeuble neuf) ; – A la date de la revente soumise à la TVA sur option si l'actif est un immeuble ancien acheté en vue de la revente. Cette TVA ne sera pas déductible et constituera un coût : – Si l'actif est utilisé pour les besoins privés de l'acquéreur ; – Si l'actif est affecté à une activité exonérée de TVA (par exemple, une location exonérée de TVA). Dans certaines conditions, un droit à déduction pourra être exercé lors de la revente de l'actif si celle-ci est soumise à la TVA.

Lorsque le bien est affecté par l'acquéreur à une activité soumise à la TVA, il convient de vérifier en amont de l'acquisition les formalités fiscales qui lui incombent à ce titre. Il peut s'agir, notamment, de s'immatriculer à la TVA en France et d'exercer l'option pour la taxation volontaire des loyers pour un acquéreur non établi en France ou, dans d'autres hypothèses, de s'immatriculer à la TVA en France et de renoncer à la franchise en base(35) si elle était applicable.

Par ailleurs, si l'acquisition est grevée de TVA et que l'acquéreur est en droit de la récupérer, il conviendra d'anticiper le délai de remboursement de cette TVA selon la procédure applicable à l'assujetti (notamment en fonction de son établissement en France ou non).

§ II – *DROITS DE MUTATION À TITRE ONÉREUX*

A/ Champ d'application

Les immeubles sont entendus au sens du droit civil. Il s'agit ainsi des immeubles par nature (terrains, constructions), par destination (matériel affecté à l'exploitation d'un fond agricole par exemple), par l'objet auquel ils s'appliquent (usufruit d'immeuble, droit d'usage ou d'habitation) ou par détermination de la loi (certaines indemnités attachées à des immeubles par exemple).

B/ Territorialité

Les ventes d'immeubles situés en France, que les contractants soient résidents ou non-résidents, sont en principe soumises aux droits de mutation à titre onéreux en France. L'impôt de mutation est en effet un impôt réel qui atteint les biens situés sur le territoire français.

Lorsque la vente de l'immeuble français est constatée par un acte passé à l'étranger, elle ne peut pas être soumise à la formalité unique au service chargé de la publicité foncière. En revanche, elle doit être déclarée au service des impôts de la situation des biens dans le mois de l'entrée en possession(36). La mutation est alors soumise aux droits de mutation dans les conditions de droit commun(37).

C/ Assiette

Les droits de mutation sont liquidés sur le prix exprimé, en y ajoutant toutes les charges en capital ainsi que toutes les indemnités stipulées au profit du cédant(38).

Notons toutefois que l'administration fiscale peut substituer au prix exprimé la valeur vénale de l'immeuble, si elle estime qu'il y a insuffisance de prix(39).

(35) Il faut souligner que le régime de la franchise en base ne s'applique pas aux assujettis non établis en France.
(36) Article 638 du CGI.
(37) Article 662 du CGI.
(38) Article 683 du CGI.
(39) Article L. 17 du LPF.

D/ Taux

Les droits d'enregistrement sont composés de :

- un droit départemental, dont le taux est en principe de 3,80 %. Toutefois, les départements ont la possibilité de modifier annuellement ce taux, dans une fourchette comprise entre 1,20 % et 4,50 %. En pratique, la plupart des départements appliquent un taux de 4,50 % ;

- une taxe additionnelle perçue au profit de la commune ou d'un fonds de péréquation départemental, au taux de 1,20 % ;

- un prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement du droit départemental, assis sur ce dernier au taux de 2,37 %.

Le taux global de taxation s'élève par conséquent en pratique à 5,81 % (5,09 % si le taux du droit départemental est le taux de principe).

Certaines mutations bénéficient toutefois d'un régime spécial se traduisant par l'application d'un taux réduit de 0,715 % : 0,7 % de droit départemental, et 2,14 % de prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement assis sur le montant du droit départemental.

Pour rappel, à ces droits d'enregistrement s'ajoute la contribution de sécurité immobilière au taux de 0,10 %.

Taux des droits de mutation à titre onéreux (en l'absence d'application de tout régime dérogatoire)					
Nature de l'actif	**Terrain à bâtir**		**Terrain non à bâtir**	**Immeuble neuf**	**Immeuble ancien**
Vendeur assujetti à la TVA	Cession soumise à la TVA sur le prix total : 0,715 %	Cession soumise à la TVA sur la marge : 5,81 %	5,81 %	0,715 %	5,81 %
Vendeur non-assujetti à la TVA	5,81 %				

E/ Paiement

Les droits d'enregistrement doivent en principe être intégralement acquittés avant l'accomplissement de la formalité.

Concernant leur redevable, deux notions sont à distinguer : celle de l'obligation au paiement et celle de la contribution au paiement.

- En matière d'obligation au paiement, l'article 1705, 5° du CGI prévoit que les contractants sont solidairement débiteurs des droits pour le paiement au Trésor public. La partie présentant l'acte à l'enregistrement est obligée d'acquitter l'intégralité des droits dès lors que la formalité est indivisible. Ainsi, la clause mettant les droits

à la charge d'une partie déterminée n'est pas opposable à l'administration(40). Les contractants sont solidaires non seulement des droits à percevoir lors de la formalité, mais également le cas échéant des suppléments de droits dont l'exigibilité est établie ultérieurement.

• En matière de contribution au paiement, l'article 1712 du CGI prévoit que les droits sont supportés par le nouveau possesseur en cas de mutation constatée par un acte civil ou judiciaire, et par la partie à laquelle l'acte profite dans les autres cas. Les contractants ont la possibilité de déroger à ces règles de contribution au paiement en déterminant contractuellement librement le débiteur final de l'impôt(41).

F/ Régimes de faveur

Certains régimes de faveur permettent de bénéficier du taux réduit de droits d'enregistrement ou d'un abattement sur leur assiette.

En particulier, deux de ces régimes de faveur sont applicables aux assujettis à la TVA lorsqu'ils prennent un engagement de revendre ou de construire.

• L'article 1115 du CGI prévoit que les acquisitions d'immeubles réalisées par des personnes assujetties à la TVA sont exonérées de droits de mutation quand l'acquéreur prend l'engagement de revendre dans un certain délai. L'acquéreur est alors seulement redevable du droit de vente au taux réduit de 0,715 %. Les cessions de parts de société immobilières sont quant à elle totalement exonérées.

Le délai est en principe de cinq ans à compter de l'acquisition. Il est ramené à deux ans pour les reventes d'immeubles par lots déclenchant un droit de préemption des locataires (« ventes à la découpe »).

À défaut de revente dans le délai imparti, les droits d'enregistrement qui auraient dû bénéficier de l'exonération doivent être acquittés spontanément dans le mois suivant l'expiration du délai. Ils sont assortis des intérêts de retard, qui courent depuis le premier jour du mois suivant la date d'expiration du délai de présentation de l'acte d'achat à la formalité(42). En cas de revente partielle d'un immeuble acquis pour un prix global, les droits dont la perception a été différée sont calculés sur la différence entre le prix d'acquisition de la totalité du bien et le prix de revente de la fraction pour laquelle l'engagement a été respecté(43).

Il est possible de substituer à l'engagement de revendre un engagement de construire, qui vaut accomplissement de l'engagement de revendre. Cette substitution se matérialise par l'envoi au service des impôts, par courrier recommandé avec avis de réception, d'une déclaration précisant l'objet et la consistance des travaux prévues et le montant des droits exonérés(44). Le délai de quatre ans pour construire court à compter de la date de la substitution.

• L'article 1594-0 G, A du CGI prévoit l'exonération de droits de vente (sous réserve du droit fixe prévu par l'article 691 *bis* du CGI, d'un montant de 125 euros) lorsque l'acquéreur s'engage dans l'acte de vente à achever dans un délai de quatre ans les travaux conduisant à la production d'un immeuble neuf ou nécessaires pour

(40) BOI-ENR-DG-50-10-20 n° 20.
(41) BOI-ENR-DG-50-10-20 n° 220.
(42) BOI-ENR-DMTOI-10-50 n° 110.
(43) BOI-ENR-DMTOI-10-50 n° 110.
(44) Article 266 *bis*, V de l'annexe III au CGI.

terminer un immeuble inachevé. Ce délai est toutefois prolongeable annuellement sur demande adressée au directeur des finances publiques du lieu de situation de l'immeuble. Cette exonération est soumise à des conditions de superficie.

À l'expiration du délai de quatre ans, éventuellement prorogé, l'acquéreur doit justifier de l'achèvement des travaux. Faute de justification, l'acquéreur est tenu d'acquitter spontanément les droits, assortis des intérêts de retard, dans le mois qui suit l'expiration du délai.

Il est possible de substituer un engagement de revendre à l'engagement de construire, dans les cinq ans de l'engagement initial et à la condition que l'acquéreur soit toujours tenu par son engagement de construire. Cette substitution est rétroactive et le délai de cinq ans court à compter de l'acquisition.

Section II – Acquisition d'une société de personnes détenant l'immeuble

Les droits d'enregistrement dus lors de l'acquisition d'une société de personnes non soumise à l'impôt sur les sociétés diffèrent selon que la société est à prépondérance immobilière ou non. En matière de droits d'enregistrement, la notion de prépondérance immobilière est définie par l'article 726 du CGI (cf. II, 3, a, vii). Par hypothèse, nous nous intéressons à l'acquisition d'une société à prépondérance immobilière en France.

§ I – *ASSIETTE ET TAUX*

Les droits d'enregistrement sont assis sur le prix exprimé et le capital des charges qui peuvent s'ajouter au prix, ou sur une estimation des parties si la valeur réelle est supérieure au prix augmenté des charges. Là encore, l'administration a en vertu de l'article L 17 du LPF la possibilité d'asseoir les droits d'enregistrement sur la valeur vénale réelle, si elle est supérieure au prix déclaré ou à l'estimation des parties.

Pour les cessions réalisées du 1er janvier 2012 au 30 décembre 2014, une règle particulière d'assiette était applicable : « *l'assiette du droit d'enregistrement comprend, à concurrence de la fraction des titres cédés, la valeur réelle des biens et droits immobiliers détenus, directement ou indirectement, au travers d'autres personnes morales à prépondérance immobilière, après déduction du seul passif afférent à l'acquisition desdits biens et droits immobiliers ainsi que la valeur réelle des autres éléments d'actifs bruts* ». Les dettes qui n'étaient pas afférentes à l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier n'étaient pas déductibles de l'assiette des droits d'enregistrement. Cette règle a été abrogée par la seconde loi de finances rectificative pour 2014. Les règles d'assiette sont désormais identiques à celles de sociétés qui ne sont pas à prépondérance immobilière.

L'article 726, I-2° du CGI prévoit que les cessions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilières sont soumises aux droits d'enregistrement au taux proportionnel de 5 %. Ce taux s'applique aussi bien aux cessions de parts sociales que d'actions, c'est à dire aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux.

§ II – *TERRITORIALITÉ*

L'acquisition d'une société étrangère à prépondérance immobilière en France est soumise aux droits d'enregistrement selon les mêmes modalités que l'acquisition d'une société française présentant les mêmes caractéristiques.

Cette règle n'a pas toujours été claire. Les juges du fond avaient en effet considéré que la cession des titres d'une société étrangère à prépondérance immobilière n'était pas soumise aux droits d'enregistrement en France alors qu'elle possédait l'essentiel de son patrimoine en France(45).

La loi nº 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 a clarifié cette situation en posant à l'article 718 *bis* du CGI le principe que les cessions de participations dans les personnes morales à prépondérance immobilière en France au sens de l'article 726, I-2º du CGI sont soumises aux droits d'enregistrement. Cette disposition est applicable aux actes passés depuis le 1er janvier 2010.

L'article 635, 2, 7º *bis* du CGI pose quant à lui le principe selon lequel les cessions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière (toujours au sens de l'article 726, I-2º du CGI) sont soumises obligatoirement à l'enregistrement dans un délai d'un mois à compter de leur date, qu'elles soient constatées dans un acte ou non. Cette règle vaut également, depuis le 1er novembre 2011, lorsque les cessions sont réalisées à l'étranger et quelle que soit la nationalité des parties.

Par conséquent, toutes les cessions de sociétés étrangères à prépondérance immobilière en France sont désormais soumises aux droits d'enregistrement en France.

Ces cessions de participation sont soumises, comme les cessions de sociétés françaises, aux droits d'enregistrement au taux de 5 %. L'article 718 *bis* précise que le cas échéant, un crédit d'impôt étranger est imputable. Ce crédit d'impôt est égal au montant des droits d'enregistrement effectivement acquittés dans l'État d'immatriculation de chacune des personnes morales concernées, conformément à la législation de cet État et dans le cadre d'une formalité obligatoirement d'enregistrement de chacune de ces cessions. Le crédit d'impôt est imputable séparément pour chacune cession, dans la limite de l'impôt français afférent à chacune des cessions en cause.

§ III – *FORMALITÉS*

La formalité à accomplir consiste dans l'enregistrement de l'acte de cession ou, en l'absence d'acte, dans le dépôt de la déclaration spéciale 2759-SD.

---

(45) TGI Nice, 27 sept. 2007, nº 05-1327, 3e ch. C., Turretini (jugement définitif concernant la cession par acte authentique enregistré à Monaco de parts sociales d'une SCI monégasque qui était propriétaire d'un immeuble en France, les cédants et acquéreur n'étant pas résidents fiscaux français) et CAA Aix-en-Provence, 19 nov. 2009, nº 08-16847, 1re ch. B, DGI / Samuelson (arrêt définitif).

§ IV – *DÉCOTE POUR FISCALITÉ LATENTE ET TUP POST-ACQUISITION*

Afin d'assurer la neutralité fiscale et d'éliminer tout risque de double imposition ou de double déduction dans le cas de la cession de parts de sociétés de personnes, le Conseil d'État a posé dans l'arrêt Quemener un mécanisme de correction du prix de revient des parts de sociétés de personnes. Ainsi, en application de cette jurisprudence(46), la plus-value ou moins-value constatée à l'occasion de la cession des parts d'une société de personnes est calculée par différence entre, d'une part, la valeur des titres au jour de la cession (égale à leur valeur vénale) et d'autre part, leur prix de revient retraité des profits déjà imposés et des pertes déjà déduites pris en compte dans la valeur vénale des titres au jour de l'opération de cession.

En effet, aux plans économique et comptable, la valeur vénale des titres d'une société prend en compte (i) soit les profits non distribués par la société mais déjà imposés au niveau de son associé (majoration de la valeur des titres), soit (ii) les pertes non comblées mais déjà déduites par l'associé (minoration de la valeur des titres).

En d'autres termes, lorsque les profits imposés chez l'associé (ou les pertes déduites) ne sont pas distribués par la société (ou comblées par l'associé), la cession des titres de ladite société peut entraîner une double imposition (ou une double déduction) chez l'associé, la plus-value générée par la cession incluant le profit (ou la perte) déjà imposée (ou déduite) chez ce dernier.

Afin de résoudre cette difficulté, le Conseil d'État a jugé que la plus-value de cession des titres d'une société de personnes non soumises à l'IS correspond à la différence entre le prix de vente des titres et leur prix de revient,

- minoré, d'une part, des profits imposés chez l'associé et non distribués par la société et, d'autre part, des pertes comblées par l'associé et,
- majoré, d'une part, des pertes déduites par l'associé mais non comblées et, d'autre part, des profits distribués par la société.

Cet arrêt, rendu en matière de plus-values professionnelles, a été étendu aux plus-values des particuliers par l'arrêt Baradé(47). Le Conseil d'État a également confirmé récemment que cette méthode s'applique en cas de dissolution par confusion de patrimoine de la société cédée réalisée peu de temps après son acquisition(48).

En application de ce principe, la pratique de marché ne prévoyait en principe pas de décote pour fiscalité latente en cas d'acquisition de titres d'une société translucide. En effet, l'application du principe Quemener, conjuguée à la réévaluation des actifs immobiliers par le cessionnaire, suivie d'une dissolution sans liquidation de la société translucide, permettait d'éviter une telle décote.

Afin d'illustrer cette pratique, prenons l'exemple suivant : une société soumise à l'impôt sur les sociétés acquiert une SCI non soumise à l'impôt sur les sociétés pour sa valeur vénale. L'immeuble est porteur d'une plus-value latente. À la suite de la cession, la SCI réévalue son immeuble, ce qui entraîne chez l'acquéreur un profit de réévaluation taxable. À la suite de cette réévaluation, l'acquéreur effectue une

(46) Conseil d'État 16 févr. 2000, établissement Quémener : RJF 3/00 n° 334.
(47) CE, 5 mars 2005, n° 248825, Baradé.
(48) CE, 27 juill. 2015, n° 362025, SA MEA.

transmission universelle de patrimoine (TUP). L'application de la jurisprudence Quemener à cette TUP entraîne une moins-value d'annulation des titres, qui se compense avec le profit de réévaluation. Cette opération permet donc au cessionnaire de ne pas être imposé sur la plus-value latente que portait l'immeuble acquis.

Cette pratique a été confortée par l'administration fiscale, en particulier dans un rescrit général publié en 2007[49].

Elle a cependant été mise à mal en 2016 par l'arrêt Lupa, qui a posé une importante limite au correctif Quemener[50]. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a posé le principe selon lequel ce mécanisme ne peut trouver à s'appliquer que si la société confondante supporte une double imposition effective. En cas de prix d'achat des titres de la société égal à la valeur de l'actif net la société dissoute, il ne pourrait donc pas être fait application du dispositif Quemener. Notons que dans ce cas d'espèce, les sociétés luxembourgeoises avaient utilisé les stipulations favorables, entre temps modifiées, de la convention fiscale franco-luxembourgeoise, pour également réévaluer en franchise d'impôt leurs biens immobiliers français.

Cet arrêt, qui semblait notamment aller à l'encontre du rescrit précité repris par la doctrine administrative, a par conséquent entraîné une grande incertitude quant à l'application de la jurisprudence Quemener aux opérations futures. De ce fait, la pratique a réintégré un principe de décote pour fiscalité latente dans la fixation du prix des transactions sur parts de SCI.

Par une décision Fra SCI de plénière fiscale rendue le 24 avril 2019, le Conseil d'État a abandonné cette jurisprudence Lupa[51]. Le Conseil d'État a supprimé la condition de double imposition effective de l'associé réalisant la TUP, en jugeant que la cour d'appel avait commis une erreur de droit en refusant l'application du correctif Quemener au motif que le prix d'achat de la société reflétait la valeur réelle des immeubles sous-jacents et non leur prix de revient comptable historique dans les livres de la société dissoute.

Cet arrêt remet donc en cause la portée de la décision Lupa. Par conséquent, l'acquéreur d'une SCI devrait à nouveau être en mesure de neutraliser les plus-values existantes sur les biens détenues par la SCI, et la pratique n'a plus à intégrer une décote pour fiscalité latente.

§ V – *CAS PARTICULIER : LES SOCIÉTÉS TRANSPARENTES*

L'article 728 du CGI prévoit que les cessions d'actions ou de parts de sociétés, autres que les sociétés visées à l'article 1655 *ter* du CGI, conférant à leur possesseurs le droit à la jouissance d'immeubles ou de fractions d'immeubles, sont réputées avoir pour objet lesdits immeubles ou fractions d'immeubles pour la perception des droits d'enregistrement.

Cet article pose donc une présomption légale concernant les sociétés transparentes. La Cour de cassation a toutefois opéré un glissement pour appliquer l'article 728 à des cessions de parts de sociétés non transparentes.

(49) Rescrit du 11 déc. 2007, n° 2007/54 (FE) ; BOI-BIC-PVMV-40-30-20 n° 90.
(50) CE, 6 juill. 2016, n° 377904 et n° 377906, Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France.
(51) CE, plén. fisc., 24 avr. 2019 n° 412503, min. c/ Sté Fra SCI.

Dans l'arrêt Chicoyneau de Lavalette(52), la Cour de cassation a ainsi estimé que dans le cas d'espèce, la cession des parts était réputée avoir pour objet l'immeuble qui était possédé par la société civile immobilière, en retenant que le but recherché par les acquéreurs des parts sociales était d'être les seuls propriétaires d'un immeuble, actif unique de la société, affecté à leur habitation à titre de résidence secondaire, de sorte que la cession de la totalité des parts sociales aux quatre membres de la famille leur a conféré le droit à la jouissance de l'immeuble au sens de l'article 728 du CGI.

De même, dans le cas d'un achat des parts suivi d'une dissolution(53), la Cour de cassation a estimé que l'opération consistant, dans le seul but de réaliser une opération immobilière, à céder la totalité des actions d'une société, conférait à la société cessionnaire la maîtrise juridique des organes de la société cédante et donc le droit, au sens de l'article 728 du CGI, à la jouissance de l'immeuble constituant son actif social.

Ce dernier arrêt est repris par le Bofip, en illustration du principe selon lequel pour l'application de l'article 728 du CGI, il n'y a pas lieu de s'attacher à l'objet de la société dont les parts sont cédées, ni à son activité réelle, mais uniquement aux prérogatives que ces parts confèrent à leur détenteur ainsi qu'à la finalité de l'opération(54).

L'administration fiscale semble donc encline à suivre la jurisprudence dans son glissement consistant à appliquer les dispositions de l'article 728 du CGI à la cession de parts de sociétés non transparentes. La pratique de place est de continuer à appliquer les droits prévus à l'article 726, ce qui ne soulève dans les faits pas d'objections de la part des services d'enregistrement.

Section III – Acquisition d'une société soumise à l'IS détenant l'immeuble

Les règles concernant l'assiette, le taux, les formalités et la territorialité sont identiques à celles relatives aux sociétés non soumises à l'impôt sur les sociétés. L'article 726 du CGI ne distingue en effet pas selon le type de société en ce qui concerne les sociétés à prépondérance immobilière.

Il est fréquent que soit appliquée une décote pour fiscalité latente, correspondant à une fraction de la plus-value latente de l'actif immobilier dans les comptes de la société. En effet, la vente des parts d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés est constitutive d'un transfert de fiscalité latente du cédant vers l'acquéreur de la société : ce dernier sera redevable de cet impôt latent lors de la vente ultérieure de l'immeuble. L'acquéreur des parts de la société demande donc en principe une décote afin de tenir compte de cette fiscalité latente, mais également d'un moindre amortissement à venir.

La jurisprudence admet la possibilité d'une telle décote pour fiscalité latente, à condition que le contribuable démontre qu'elle correspond à une pratique de marché.

---

(52) Cass. com., 10 déc. 2003, nº 1806 F-D, Chicoyneau de Lavalette.
(53) Cass. com., 14 nov. 2006, nº 1245 F-BP, Sé Promotion 3000.
(54) BOI-ENR-DMTOM-40-30 nº 20.

TITRE III

DÉTENTION ET CESSION

CHAPITRE I

FISCALITÉ ATTACHÉE À LA DÉTENTION DU BIEN SITUÉ EN FRANCE

Section I – Imposition des revenus locatifs

§ 1 – *DÉTENTION PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE NON RÉSIDENTE*

A/ Détention directe de l'immeuble

L'article 164 B du CGI prévoit que constituent des revenus de source française les revenus d'immeubles sis en France ou de droits relatifs à ces immeubles.

Les modalités de déclaration et d'imposition des revenus sont similaires à celles des résidents. L'assiette est également identique, puis les charges attachées au bien immobilier sont déductibles dans les mêmes conditions que pour les résidents fiscaux français.

Les non-résidents sont en principe imposés de la même façon sous réserve d'une imposition minimum de 20 % jusqu'à 27 519 € et 30 % pour la quote-part des revenus excédant ce seuil(55).

L'assujetissement aux prélèvements sociaux doit toutefois faire l'objet d'une attention particulière.

---

(55) Cette imposition minimum est prévue à l'article 197 A du CGI, modifié conformément au A du II de l'article 13 de la loi nº 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, avec une application rétroactive aux revenus perçus ou réalisés à compter du 1er janvier 2018.

I/ Location nue : revenus fonciers

Les revenus fonciers constituent l'une des catégories de revenus passibles de l'impôt sur le revenu. Ils sont pris en compte dans le revenu global du contribuable et soumis au barème progressif.

Les revenus imposables comprennent à la fois les revenus fonciers proprement dits tirés de la location de l'immeuble mais également les revenus accessoires comme par exemple les revenus de la location du droit d'affichage ou la location du toit pour des antennes de téléphonie mobile. Il convient également de prendre en compte les dépenses incombant au propriétaire mais mises à la charge des locataires.

Certaines dépenses peuvent être déduites des recettes pour le calcul du revenu imposable. Il s'agit notamment des dépenses de réparation, d'entretien ou d'amélioration, des dépenses acquittées pour le compte des locataires et restant définitivement à la charge des propriétaires, des provisions pour charges de copropriété, des frais de gestions, primes d'assurances, intérêts de dettes ou encore indemnités d'éviction.

Dans le cas des recettes comme des dépenses, le montant à retenir pour la détermination du revenu imposable est celui effectivement encaissé (pour les recettes) ou acquitté (pour les dépenses) au cours de l'année de l'imposition même s'il se rapporte à une période antérieure ou postérieure.

Les revenus fonciers des non-résidents sont soumis à des acomptes contemporains dans le cadre du passage au prélèvement à la source, selon le même dispositif que pour les résidents.

Les contribuables dont le revenu foncier est inférieur à 15 000 € sont soumis de plein droit à un régime d'imposition simplifié appelé le « micro-foncier ». Ce régime permet d'imposer uniquement 70 % des recettes puisqu'il permet d'appliquer un abattement de 30 % sur le revenu brut.

II/ Location meublée : revenus industriels et commerciaux

Les mêmes principes s'appliquent que pour les revenus fonciers :

- application des nouveaux taux minimum d'imposition applicables aux non résidents (20 % pour la quote-part inférieure à 27 519 € et 30 % au-delà de ce montant) ;
- au plan social :
  - o si le chiffre annuel est inférieur à 23 000 €, application des prélèvements sociaux aux taux de 17,2 %, réduit à 7,5 % pour les résidents d'États de l'UE, de l'EEE ou de Suisse non soumis en France à un régime de protection sociale obligatoire ;
  - o application du régime général ou du RSI au-delà : discutable pour les non-résidents ;
- possibilité de bénéficier du régime dit des « micro BIC » permettant de bénéficier d'un abattement forfaitaire de 50 % si le chiffre d'affaires n'excède pas 70 000 € (voire 71 % pour les gîtes de tourisme) ;
- application du prélèvement à la source et des acomptes contemporains.

B/ Détention au travers d'une société de personnes interposée

Les règles mentionnées ci-dessus sont applicables aux revenus fonciers tirés de la détention d'un bien immobilier par une société civile immobilière relevant du régime fiscal des sociétés de personnes. En effet, ces sociétés sont des sociétés translucides fiscalement. À ce titre, leurs résultats sont déterminés et calculés au niveau de la société mais sont imposables entre les mains de leurs associés. Ainsi, si une personne physique détient un immeuble au travers d'une société civile immobilière soumise au régime fiscal des sociétés de personnes, les revenus tirés de la location du bien détenu par la société seront imposés au niveau de l'associé personne physique dans la catégorie des revenus fonciers et selon les règles évoquées précédemment. La société civile interposée devra déclarer ses revenus sur le formulaire 2072 prévu à cet effet.

Corrélativement, les distributions effectuées par la société ne sont pas imposables entre les mains des associés.

En cas de location meublée, l'interposition d'une SCI n'est pas adaptée puisqu'elle ne peut en principe exercer que des activités de nature civile alors que la location meublée est assimilée fiscalement à une activité commerciale. L'exercice d'une activité meublée par une société civile entraîne donc son assujettissement à l'IS. Le changement de régime fiscal de la société peut générer par ailleurs l'imposition de ses plus-values latentes, le cas échéant.

Pour ces raisons, en cas de location meublée, il est fiscalement plus adapté d'interposer une SNC plutôt qu'une SCI (avec le risque juridique de la responsabilité non seulement illimitée mais aussi solidaire entre les associés).

En cas d'interposition d'une société civile française translucide entre l'investisseur non-résident et le bien immobilier français, la convention fiscale bilatérale n'est plus applicable sauf si elle contient des dispositions spécifiques visant expressément ce type de situations. Le Conseil d'État a confirmé cette analyse en 2011, précisant qu'il convient de vérifier si la convention avec l'état de résidence des associés s'oppose à l'imposition en France(56).

Une SCI non soumise à l'impôt sur les sociétés peut mettre à disposition gratuite de ses associés le bien immobilier dont elle est propriétaire, cette opération étant alors réalisée sans frottement fiscal. L'utilisation d'une SCI avec mise à disposition gratuite du bien doit cependant être envisagée prudemment par les résidents fiscaux de certains états. En effet, la translucidité peut être difficilement reconnue à l'international. Ainsi, depuis 2005, l'administration fiscale britannique considère les SCI françaises comme opaques d'un point de vue fiscal(57). En théorie, ses associés britanniques peuvent donc être imposés au Royaume-Uni à l'impôt sur le revenu sur la base de l'avantage en nature procuré par l'utilisation privée de la résidence détenue par la SCI. L'administration britannique a toutefois émis des recommandations afin de ne pas pénaliser ses résidents qui détiennent des résidences secondaires en France *via* une SCI française. Elle permet d'éviter l'imposition de cet avantage en nature si plusieurs

(56) CE, 11 juill. 2011, nº 317024, Plén., *Sté Quality invest*.
(57) HMRC Internal Manual, INTM180030, 9 janv. 2018.

conditions sont respectées. Notamment, la SCI française doit être détenue par des personnes physiques uniquement, elle doit détenir un seul bien immobilier destiné à une utilisation normale par la famille et son gérant doit en être associé(58).

§ II – *DÉTENTION AU TRAVERS D'UNE SOCIÉTÉ DE CAPITAUX FRANÇAISE*

Les sociétés soumises à l'IS sont imposables sur les loyers perçus dans la catégorie des bénéficies industriels et commerciaux.

A/ Taux de l'IS

Le taux l'impôt sur les sociétés (IS) jusqu'à 25 % en 2022. Pour atteindre cet objectif, le taux applicable aux PME dont le CA est inférieur à 7,63 M€ va évoluer de la manière suivante :

Tranche de bénéfice	Année d'ouverture de l'exercice			
	2019	2020	2021	2022
< 38 210 €	15 %	15 %	15 %	15 %
Entre 38 210 € et 500 000 €	28 %	28 %	6,5 %	25 %
> 500 000 €	31 %			

En matière de BIC, les dotations aux amortissements viennent en déduction des bénéfices imposables.

L'amortissement consiste à répartir le coût d'un élément d'actif sur sa durée d'utilisation. Il peut être limité dans le temps en raison d'un critère physique (usure), technique (obsolescence), juridique (période de protection légale ou contractuelle) ou économique (cycle de vie des produits générés).

L'amortissement peut être de type linéaire, c'est-à-dire avec des annuités constantes, ou dégressif, c'est-à-dire avec une déduction fiscale d'annuités décroissantes. Des régimes dérogatoires existent également en fonction notamment du type de bien.

S'agissant d'un bien immobilier, l'amortissement porte uniquement sur les constructions, le terrain n'étant pas amortissable.

En conséquence, il convient de répartir la valeur du bien entre la valeur de la construction, qui pourra bénéficier d'un amortissement, et la valeur du terrain, exclu de l'amortissement. La quote-part allouée à la construction et au terrain a un impact non négligeable sur l'assiette taxable. En effet, la valeur du terrain peut atteindre plus de 50 % de la valeur totale du bien, comme cela peut être le cas à Paris ou dans certaines localités prestigieuses.

L'amortissement des constructions doit être en principe calculé par composant. Il convient donc de définir un plan d'amortissement par composant de l'immeuble,

(58) HMRC Internal Manual, EIM11373, 16 avr. 2018.

à savoir la structure du bien, les fenêtres, les huisseries... En effet, chacun de ces éléments a une utilisation et une durée de vie différente. Au plan fiscal, les composants sont en principe amortis sur leur durée réelle d'utilisation.

À titre indicatif, les taux d'amortissement qui ont été les plus couramment admis en pratique par l'administration sont les suivants :

- bâtiments commerciaux : 2 à 5 % ;
- bâtiments industriels : 5 % ;
- immeubles à usage de bureaux : 4 % ;
- maisons d'habitation : 1 à 2,5 %.

S'agissant des durées d'amortissement, il est généralement retenu les durées suivantes :

- agencements : 5 à 18 ans ;
- aménagements intérieurs : 15 ans ;
- câblages techniques : 15 ans ;
- chauffage : 20 à 30 ans ;
- climatisation, désenfumage : 20 ans ;
- électricité : 15 à 25 ans ;
- étanchéité :15 ans, toiture : 25 ans ;
- façades : 20 à 40 ans ;
- finitions, second œuvre, abords : 10 à 18 ans ;
- groupe électrogène : 25 à 30 ans ;
- installations générales, ascenseurs : 15 à 25 ans ;
- installations techniques : 10 à 25 ans ;
- menuiseries extérieures : 25 ans ;
- plomberies, canalisations : 25 ans ;
- protection incendie : 20 ans ;
- revêtements de sols : 7 à 12 ans.

Le gros œuvre ou la structure (composant principal de l'immeuble) peut être amorti dans les comptes sur une durée de 40, 50, 60 ou 70 ans.

En appliquant un amortissement à la valeur de la construction, l'assiette des revenus est ainsi réduite. Toutefois, cet avantage est en réalité une simple avance de trésorerie ; intéressant donc sur le court terme. Lors de la cession du bien et de la réalisation d'une plus-value le cas échéant, c'est la valeur nette comptable du bien qui sera retenue. Par conséquent, les amortissements seront repris dans la base taxable.

B/ Sur la déductibilité des intérêts

La déductibilité des intérêts versés par une société civile immobilière à ses associés à raison des sommes que ces derniers mettent à la disposition de la société en sus de leur part de capital, et notamment sous forme de compte courant d'associé, est soumise à plusieurs limitations.

Tout d'abord, la déduction fiscale des intérêts servis aux associés n'est possible que si le capital social de la société civile est entièrement libéré. Le taux maximum des intérêts déductibles versés à des associés est par ailleurs limité à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit, pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à deux ans. Par exemple, le taux moyen est de 1,47 % pour une entreprise clôturant son exercice au 31 décembre 2018.

Les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés et non membres d'un groupe fiscal ainsi que les sociétés de personnes détenues par des associés soumis à l'impôt sur les sociétés ne peuvent déduire leurs charges financières nettes que dans une certaine limite déterminée en fonction de leur résultat avant impôts, intérêts, dépréciations et amortissements (Ebitda fiscal), de leur appartenance ou non à un groupe consolidé et de leur situation de sous-capitalisation.

Les entreprises non sous-capitalisées peuvent déduire leurs charges financières nettes dans la limite de 30 % de l'Ebitda fiscal ou de 3 millions d'euros par exercice lorsque ce montant est supérieur.

L'Ebitda fiscal est déterminé à partir du résultat fiscal soumis à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun ou au taux réduit en faveur des PME, avant applicable du plafonnement des charges financières nettes et avant imputation des déficits mais après application, le cas échéant, d'abattements et déductions retenus pour l'assiette de l'impôt. Le résultat ainsi défini est ensuite retraité.

Il est majoré des charges financières entrant dans le périmètre des charges financières nettes, des dotations aux provisions pour dépréciation déductibles, des dotations aux amortissements déductibles et des plus-values soumises aux taux de 15 % et 19 %.

Il est minoré des produits financiers entrant dans le périmètre des charges financières nettes, des reprises de provisions pour dépréciation imposables, des reprises d'amortissement imposables et de la fraction d'amortissement compris dans les plus ou moins-values d'actifs et des moins-values soumises aux taux de 15 % et 19 %.

La quote-part de résultat issue de la participation de l'entreprise dans une société de personnes n'est pas retraitée.

En cas de sous-capitalisation, le plafond est limité à 10 % de l'Ebitda ou 1 million d'euros si le montant est supérieur.

Une entreprise est sous-capitalisée lorsque le montant moyen de ses dettes vis-à-vis d'entreprises liées au sens de l'article 39, 12 du CGI excède une fois et demie le montant de ses fonds propres.

Une clause de sauvegarde écarte l'application du nouveau dispositif en cas de sous-capitalisation si la société ou le groupe intégré montre que son ratio d'endettement, déterminé par le rapport entre ses dettes et ses fonds propres, n'excède pas celui du groupe consolidé auquel elle appartient.

L'acquisition d'un bien immobilier français par une société de capitaux française détenue par un non-résident ne pose pas de problématique particulière hormis la question de la retenue à la source pratiquée sur les dividendes ou autres revenus distribués versés par l'entité française à ses associés non-résidents. L'article 119, 2

du CGI prévoit en effet que les revenus distribués par une société française à des non-résidents personne physique ou personne morale font en principe l'objet d'une retenue à la source. Le taux de la retenue à la source, prévu par l'article 187 du CGI et qui est bien entendu applicable sous réserve de taux conventionnels plus favorables, varie selon la qualité du bénéficiaire :

- 12,8 % pour les personnes physiques ;
- 15 % pour les organismes sans but lucratif dont le siège se situe dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen. Sont toutefois exonérés de la retenue, sous certaines conditions, les dividendes distribués à une société mère établie dans l'un de ces États ;
- 30 % pour les autres revenus distribués ;
- 75 % pour les revenus payés hors de France dans un état ou territoire coopératif au sens de l'article 238-0 A(59), et ce quel que soit le domicile fiscal ou le siège social du bénéficiaire des revenus. De ce fait, il n'est dans ce cas pas nécessaire de rechercher le lieu de résidence fiscal du bénéficiaire. Toutefois, si le bénéficiaire effectif est domicilié ou établi dans un état avec lequel la France a conclu une convention fiscale et justifie de sa qualité de résident de cet état, il peut alors demander l'application des dispositions de la convention.

§ III – *DÉTENTION AU TRAVERS D'UNE ENTITÉ ÉTRANGÈRE*

Lorsqu'une société étrangère dispose de biens immobiliers français, la question se pose de savoir si cette entité :

- peut être assujettie à l'impôt sur les sociétés en France ;
- ou à défaut être assimilée à une société de personnes française.

En présence d'une entité étrangère, il faut effectuer une application combinée des articles 206 et 209, I du CGI, relatifs respectivement à l'activité lucrative ou non de la société et à la territorialité afin de déterminer si cette entité étrangère est assujettie à l'impôt sur les sociétés en France.

A/ L'article 206 du CGI : champ d'application de l'IS, le critère de lucrativité

L'article 206 du CGI détermine l'assujettissement à l'IS d'une société à raison du caractère lucratif de son activité ou de sa forme. Deux critères alternatifs sont ainsi appliqués afin de déterminer si une société étrangère qui exerce une activité en France y est soumise à l'impôt sur les sociétés : le critère de l'activité et le critère de la forme.

(59) L'article 31 de la loi n° 2018-898 du 23 oct. 2018 relative à la lutte contre la fraude a ajouté à la liste des ETNC résultant des critères définis par l'article 238-0 A, 1 et 2 les États et territoires figurant sur l'annexe I relative à la liste de l'Union européenne des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales, liste dite « noire ». À cet égard, l'article 238-0 A, 2 *bis* nouveau distingue d'une part les états ou territoires inscrits sur la liste européenne au motif qu'ils facilitent la création de structures ou de dispositifs extraterritoriaux destinés à attirer des bénéfices qui n'y reflètent pas une activité économique réelle, et d'autre part ceux inscrits parce qu'il ne respectent pas au moins l'un des autre critères européens, à savoir la transparence fiscale, l'absence de mesures fiscales préférentielles potentiellement dommageable ou la mise en œuvre du projet Beps. Seule la première catégorie est concernée par la retenue à la source au taux de 75 %.

L'administration fiscale suit ce raisonnement en considérant qu'une société étrangère qui possède un immeuble à usage commercial ou d'habitation donné en location est également passible de l'impôt sur les sociétés en raison de sa forme ou du caractère lucratif de l'opération(60).

I/ Le critère de l'activité

Quelle que soit sa forme juridique, une société qui exerce une activité lucrative en France y est passible de l'impôt sur les sociétés en application de l'article 206, 1 du CGI.

Le Conseil d'État juge ainsi qu'une Anstalt liechtensteinoise qui détient des immeubles en France est passible de l'impôt sur les sociétés en France, dès lors que son objet statutaire est commercial(61). La même solution a été dégagée concernant une Anstalt dont l'objet statuaire consistait en la réalisation d'affaires commerciales, même si son unique activité avait consisté à mettre à la disposition gratuite de ses associés un appartement à Cannes(62).

Le Haute juridiction est allée plus loin en retenant la même solution dans le cas d'une Anstalt dont les statuts excluaient l'exercice d'une activité commerciale(63). En l'espèce, la société mettait à disposition gratuite de tiers un immeuble. Le Conseil d'État a jugé qu'une activité de mise à disposition gratuite ne constitue pas en elle-même une activité commerciale, mais que c'est l'objet poursuivi qui détermine l'existence d'un but lucratif. Or, une activité de gestion de patrimoine présente en principe un caractère lucratif si le patrimoine est géré dans le seul intérêt de personnes privées. Afin de ne pas être assujettie à l'impôt sur les sociétés, la requérante aurait dû notamment apporter des éléments relatifs à l'identité des bénéficiaires de son activité, afin de justifier son but non lucratif.

II/ Le critère de la forme

Le second critère est relatif à la forme de la société : une société est assujettie à l'impôt sur les sociétés si elle est constituée sous une forme juridique relevant de cet impôt. En présence d'une société étrangère, il faut déterminer à quel type de société française la société étrangère est assimilable (société soumise à l'impôt sur les sociétés ou société de l'article 8 du CGI).

Les critères d'assimilation d'une société française à une société étrangère ont été posés en 2014 par l'arrêt Sté Artemis(64) : il faut tenir compte de l'ensemble des éléments de droit étranger applicables à une société étrangère, à l'exception de son régime fiscal, afin de l'assimiler à une société française. Lorsque, sur la base de ces critères, l'assimilation est possible, il faut appliquer le régime français dont relève l'entité française comparable. Au cas d'espèce, le Conseil d'État avait assimilé un general partnership du Delaware à une société de personnes de l'article 8 du CGI.

(60) BOI-IS-CHAMP-60-10-30 n° 340.
(61) CE, 31 mars 1993, n° 082395, 9e et 8e s.-s., *Gioza Etablissement*.
(62) CAA Marseille, 7 avr. 2009, n° 06-2890, 4e ch., *Sté Arevir Etablissement*.
(63) CE, 27 févr. 2013, n° 354994, 8e et 3e s.-s., *Établissement Poudix*.
(64) CE Plén., 24 nov. 2014, n° 363556, *Sté Artemis*.

La jurisprudence qui a suivi a essentiellement porté sur les « *Limited Liability Company* » américaines et semble encore contradictoire sur les critères d'assimilation à utiliser dans ce cas.

Le Conseil d'État, dans l'arrêt Emerald Shores, a considéré que la méthode de l'assimilation s'appliquait aux LLC et a mis en avant le critère essentiel de la responsabilité des associés(65). Cette affaire concernait une LLC qui avait pour seul objet la mise à disposition gratuite d'une villa qu'elle possédait en France à ses associés personnes physiques. L'arrêt d'appel avait relevé que le régime fiscal des LLC est selon la loi américaine, en l'absence d'option pour l'impôt sur les sociétés, celui du partnership, assimilable à celui d'une société de personnes au sens de l'article 8 du CGI. Le Conseil d'État a cassé pour erreur de droit cet arrêt d'appel qui avait écarté l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés de la LLC en se fondant sur le seul régime fiscal applicable aux États-Unis, et alors même que son capital était composé de parts impliquant la limitation de la responsabilité de leurs détenteurs. Dans son arrêt de renvoi, la Cour administrative d'appel de Marseille a toutefois considéré que la responsabilité limitée des associés ne suffisait pas en soi à assimiler une LLC à une société de capitaux française(66). Par cet arrêt de renvoi, la Cour a donc refusé l'assimilation de principe des LLC à des SARL françaises, dès lors que les LLC constituent une catégorie hybride de sociétés empruntant aux associations loi 1901 et aux sociétés commerciales, que leurs formalités de constitution sont différentes de celles des sociétés de capitaux françaises, et qu'elles disposent d'une plus grande latitude dans le choix de leur mode de gestion et de direction que les SARL françaises.

Dans une autre affaire, la Cour administrative d'appel de Nancy a quant à elle au contraire jugé que la responsabilité limitée des associés permettait d'assimiler une LLC à une société de capitaux française(67).

Récemment, l'arrêt Sté World Investment s'est prononcé sur renvoi sur l'assimilation d'une LLC du Delaware qui avait pour seule activité la mise à disposition à titre gratuit d'un immeuble situé à Paris(68). Après avoir estimé que l'activité de la société était non lucrative, le Cour administrative de Paris a examiné sa forme sociale afin de déterminer si elle était assimilable à une société de capitaux française. Elle a relevé que la société avait été créée avec un faible capital social et des titres répartis de façon égalitaire entre les membres d'une même famille, avec un droit prioritaire de souscription en cas d'émission de nouvelles parts, et que les associés étaient responsables des dettes de la société. Elle en a déduit que la société peut être assimilée à une société passible de l'impôt sur les sociétés à raison de sa forme sociale. Cet arrêt s'inscrit donc dans la lignée de l'arrêt Sté Artemis et nuance la prépondérance du critère de la responsabilité des associés.

La jurisprudence relative aux LLC est donc encore balbutiante et parfois contradictoire.

(65) CE, 27 juin 2016, n° 386842, 9e ch., *Sté Emerald Shores LLC*.
(66) CAA Marseille, 2 févr. 2017, n° 16MA02619, *Sté Emerald Shores LLC*.
(67) CAA Nancy, 16 nov. 2017, n° 16NC00503.
(68) CAA Paris, 2e ch., 19 déc. 2018, n° 18PA01750.

Concernant cette fois-ci une société anonyme monégasque, le Conseil d'État a refusé l'assimilation à une société de capitaux française alors même que la responsabilité de l'associé était limitée, du fait de nombreuses différences avec les sociétés de capitaux françaises(69). Notamment, la société monégasque était inscrite au registre des sociétés civiles(70).

En conclusion, si l'assimilation à une société de capitaux française des sociétés dont les associés ont une responsabilité limitée et qui sont soumises à l'impôt sur les sociétés dans le pays de leur siège ne pose pas de difficulté particulière, l'assimilation des sociétés de personnes est en revanche plus problématique. En particulier, la jurisprudence concernant les LLC ne semble pas encore arrêtée de façon claire. Cette jurisprudence met en avant le fait que l'exercice d'assimilation peut être délicat, et que l'utilisation d'une société étrangère doit être regardée avec la plus grande prudence.

B/ L'article 209, 1 : champ d'application de l'IS, le principe de territorialité

Le principe de territorialité en matière d'IS est fixé par l'article 209, I qui prévoit que les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France, de ceux mentionnés aux a, e, e *bis* et e *ter* du I de l'article 164 B ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions.

À la suite de l'arrêt *Overseas*(71), dans le cadre duquel le Conseil d'État avait conclu que la simple location d'un bien immobilier en France pouvait ne pas relever du champ territorial de l'IS, la loi 2009-1674 de finances rectificative pour 2009 a modifié l'article 209-1 afin de viser expressément les bénéfices « *mentionnés aux a, e, e bis et e ter du I de l'article 164 B* », c'est-à-dire tous les revenus d'immeubles sis en France et les plus-values tirées de la cession d' immeubles ou de parts de sociétés à prépondérance immobilière.

Le droit interne français et les conventions fiscales conclues par la France donnent généralement le droit d'imposer les revenus issus d'un immeuble à l'état de situation de l'immeuble. L'absence d'établissement stable en France ne permet donc en principe pas aux sociétés étrangères qui détiennent un bien immobilier en France d'échapper à cette imposition.

Cette solution est affirmée de longue date par le Conseil d'État. Dans un arrêt de 1980 concernant une société suisse percevant des revenus tirés de la location d'un immeuble situé en France, il a ainsi jugé que cette société était passible de l'impôt sur les sociétés, alors même qu'elle ne disposait pas d'établissement stable en France et n'exerçait en France aucune activité(72).

---

(69) CE, 24 mai 2006, 3e et 8e s.-s., no 278737, *Sté immobilière Saint-Charles*.

(70) Notons que le droit monégasque des sociétés anonymes prévoit que celles-ci sont immatriculées soit au répertoire du commerce et de l'industrie, soit au répertoire des sociétés civiles, selon qu'elles ont ou non un objet commercial.

(71) CE, 31 juill. 2009, no 296471, *Sté Overseas Thoroughbred*.

(72) CE, 30 mai 1980, no 12790, 8e et 9e s.-s.

Le Conseil d'État est même allé plus loin en jugeant que lorsqu'une entreprise étrangère perçoit des revenus immobiliers de source française imposables en France en vertu de la convention fiscale, la notion d'établissement stable n'est pas applicable. Comme le relève Bruno Gouthière, « *il y a éviction de l'article 5 (établissement stable) par l'article 6 (revenus immobiliers), une société ne pouvant être imposable en France simultanément sur le fondement de l'un et l'autre article* »(73). L'exploitation d'un immeuble en France par une société étrangère peut constituer un établissement stable en France (par exemple s'il y a en France un agent dépendant de la société étrangère), mais l'existence d'un tel établissement stable n'est pas nécessaire pour imposer les revenus immobiliers.

Section II – TVA

Ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, c'est l'affectation de l'immeuble qui va déterminer la qualité d'assujetti à la TVA de son propriétaire ainsi que les éventuels droits à déduction de la TVA grevant son acquisition ou les dépenses engagées notamment pour la réalisation de travaux.

C'est également l'affectation de l'immeuble qui va, dans certaines hypothèses, déterminer le taux de TVA applicable aux travaux et la nécessité de soumettre à la TVA une éventuelle livraison à soi-même sur ces travaux.

§ I – *LES DIFFÉRENTES AFFECTATIONS ENVISAGEABLES*

Pour mémoire, l'utilisation de l'immeuble exclusivement à des fins personnelles ne confère pas la qualité d'assujetti à la TVA et n'ouvre aucun droit à déduction de la TVA.

La situation est, en principe, différente si le bien est affecté à une activité économique qui va conférer au propriétaire la qualité d'assujetti à la TVA au titre de cet actif (voir cependant la spécificité reconnue par l'administration fiscale pour les propriétaires personnes physiques ou organisées en société civile non assujettie par ailleurs – Voir Titre I – Chapitre V) et lui permettre de déduire la TVA grevant ses dépenses si l'activité est effectivement soumise à la TVA.

Dans le cadre du présent rapport nous n'entrerons pas dans le détail de la situation dans laquelle l'actif est affecté à l'activité professionnelle non-immobilière de l'acquéreur (par exemple, achat du local dans lequel est exercée l'activité professionnelle de l'acquéreur). L'acquéreur a alors, par ailleurs, la qualité d'assujetti au titre de cette activité professionnelle et ses droits à déduction de la TVA seront ceux dont il dispose au titre de cette activité.

Nous examinerons successivement l'affectation à une activité locative, puis à la revente.

---

(73) Bruno Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, Éditions Francis Lefebvre, 12e édition, nº 66945.

A/ L'affectation de l'actif à une activité locative

La location immobilière est une activité exonérée de TVA (article 261 D du CGI) qui en principe ne confère aucun droit à déduction au bailleur. Toutefois, il existe plusieurs exceptions à cette règle.

Les loyers exonérés de TVA sont passibles de la contribution sur les revenus locatifs (2,5 % des recettes locatives) lorsque l'immeuble est achevé depuis plus de 15 ans au 1er janvier de l'année et que le bailleur est une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés ou une société de personnes dont un membre au moins est passible de l'impôt sur les sociétés. Ne sont donc pas soumis à cette contribution les bailleurs personnes physiques et les sociétés de personnes dont aucun associé est soumis à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun.

I/ La location de locaux nus à usage professionnel (TVA sur option)

L'article 260, 2° du CGI ouvre au bailleur de locaux nus à usage professionnel la possibilité d'opter pour la TVA sur les loyers.

L'option peut être exercée par le bailleur quelle que soit la qualité du preneur à la condition que les locaux soient utilisés pour les besoins de son activité. Toutefois, si le preneur est un non-assujetti (par exemple, certains organismes sans but lucratif), le bail doit mentionner expressément que le bailleur a opté pour la TVA.

L'option pour la taxation des loyers doit être exercée par le bailleur par courrier adressé au service des impôts dont il dépend dans les quinze jours du commencement de son activité locative (combinaison des articles 295 de l'annexe II au CGI et 286 du CGI). Soulignons que l'administration fiscale prévoit, dans ses commentaires, que l'option prend effet au premier jour du mois auquel elle est exercée ce qui peut dans certaines situations être plus favorable que le délai de quinze jours prévu par les textes.

L'option peut être exercée avant le commencement de l'activité locative, voire avant même l'acquisition de l'actif qui sera donné en location. Selon les situations, il peut donc être pertinent d'exercer l'option avant même cette acquisition.

En théorie, l'option peut être exercée par courrier simple, toutefois, l'enjeu de sa bonne réalisation impose de l'exercer par courrier recommandé avec accusé de réception ou équivalent en terme probatoire.

Ce courrier doit indiquer l'exercice de l'option et désigner l'actif concerné (l'option doit être formulée immeuble par immeuble).

Lorsque l'option pour la taxation volontaire des loyers est formulée, c'est le bailleur, même non établi en France, qui est redevable de la TVA en France(74).

L'option couvre obligatoirement une période initiale de neuf années, dont celle au cours de laquelle elle a été exercée.

Elle peut être dénoncée à tout moment à partir du 1er janvier de la neuvième année civile qui suit celle au cours de laquelle elle a été exercée (ou au cours de laquelle

(74) BOI-TVA-DECLA-10-10-20-20190515, § 30.

l'immeuble a été achevé), cette dénonciation prenant effet à compter du 1er jour du mois au cours duquel elle est formulée auprès du service des impôts (voir article 194 de l'annexe II au CGI).

Cette dénonciation doit faire l'objet, comme l'option elle-même, d'une déclaration expresse.

II/ L'hébergement (directement ou par la conclusion d'un bail au profit de l'exploitant d'une structure rendant des prestations d'hébergement)

Les locations occasionnelles, permanentes ou saisonnières de logements meublés ou garnis à usage d'habitation sont en principe exonérées de TVA (article 261 D, 4° du CGI). Elles n'ouvrent alors aucun droit à déduction de la TVA grevant les dépenses afférentes au logement concerné.

Toutefois, en application de l'article 261 D, 4° du CGI, l'exonération prévue pour les locations meublées ne s'applique pas :

« *a. Aux prestations d'hébergement fournies dans les hôtels de tourisme classés, les villages de vacances classés ou agréés et les résidences de tourisme classées (…) ;*

b. Aux prestations de mise à disposition d'un local meublé ou garni effectuées à titre onéreux et de manière habituelle, comportant en sus de l'hébergement au moins trois des prestations suivantes, rendues dans des conditions similaires à celles proposées par les établissements d'hébergement à caractère hôtelier exploités de manière professionnelle : le petit déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et la réception, même non personnalisée, de la clientèle. »

Ces différentes activités que nous qualifierons sous le terme générique d'activité d'hébergement sont soumises au taux intermédiaire de la TVA de 10 % (article 279, a du CGI).

L'administration fiscale française commente ces dispositions de la manière suivante(75) :

- sur le petit-déjeuner : l'exploitant doit disposer des moyens nécessaires pour être en mesure, si besoin, de fournir le petit-déjeuner à l'ensemble des locataires selon les usages professionnels, c'est-à-dire, au choix de l'exploitant, soit dans les chambres ou appartements, soit dans un local aménagé permettant la consommation sur place des denrées, situé dans l'immeuble ou l'ensemble immobilier ;

- sur le nettoyage des locaux : le nettoyage des locaux doit être effectué de manière régulière. Cette condition est remplie même lorsque l'exploitant ne fournit pas effectivement un service régulier de nettoyage, mais dispose des moyens lui permettant de proposer un tel service au client durant son séjour, selon une périodicité régulière. Le critère du nettoyage n'est pas respecté si l'exploitant se contente d'un nettoyage au début et en fin de séjour ;

- sur le linge de maison : l'exploitant doit disposer des moyens nécessaires pour être en mesure de fournir pendant le séjour le linge de maison à l'ensemble des locataires ;

(75) BOI-TVA-CHAMP-10-10-50-20, § 40.

- sur la réception : l'exploitant doit disposer durant la période de location des moyens nécessaires pour être en mesure de proposer un service de réception même non personnalisé de la clientèle.

Elle ajoute que « *sur la base de ces critères, l'imposition est susceptible de s'appliquer notamment à l'exploitation de chambres d'hôtes, de maisons ou appartements meublés, de résidences pour étudiants, de maisons de retraite* »(76).

En toute hypothèse, le local doit comporter tous les éléments mobiliers indispensables pour une occupation normale par le client.

Soulignons que l'exploitant peut faire appel à un tiers pour l'exécution de tout ou partie des prestations annexes (traiteur, entreprise de nettoyage), dès lors qu'il demeure seul responsable vis-à-vis des clients de la prestation hôtelière fournie et qu'il en perçoit directement la totalité du prix au moyen d'une note établie sous son nom commercial. En pratique, cela implique que les contrats de location conclus avec les occupants incluent les différents services proposés et que les entreprises tierces adressent leurs factures à l'exploitant (jamais directement aux noms des occupants).

La mise en œuvre d'une activité de para-hotellerie est parfois envisagée comme une solution permettant la déduction de la TVA sur l'acquisition alors même que l'acquéreur entend utiliser à titre personnel son bien.

Il convient alors de garder à l'esprit que la mise en place d'une telle activité suppose notamment :

- **une véritable recherche de clients à héberger,**
- **sa réalisation effective et donc l'utilisation de l'immeuble par des tiers,**
- **en principe, le paiement de la TVA pour les périodes d'utilisation personnelle par le propriétaire.**

L'article 261 D, 4° du CGI prévoit également que ne sont pas exonérées de TVA :

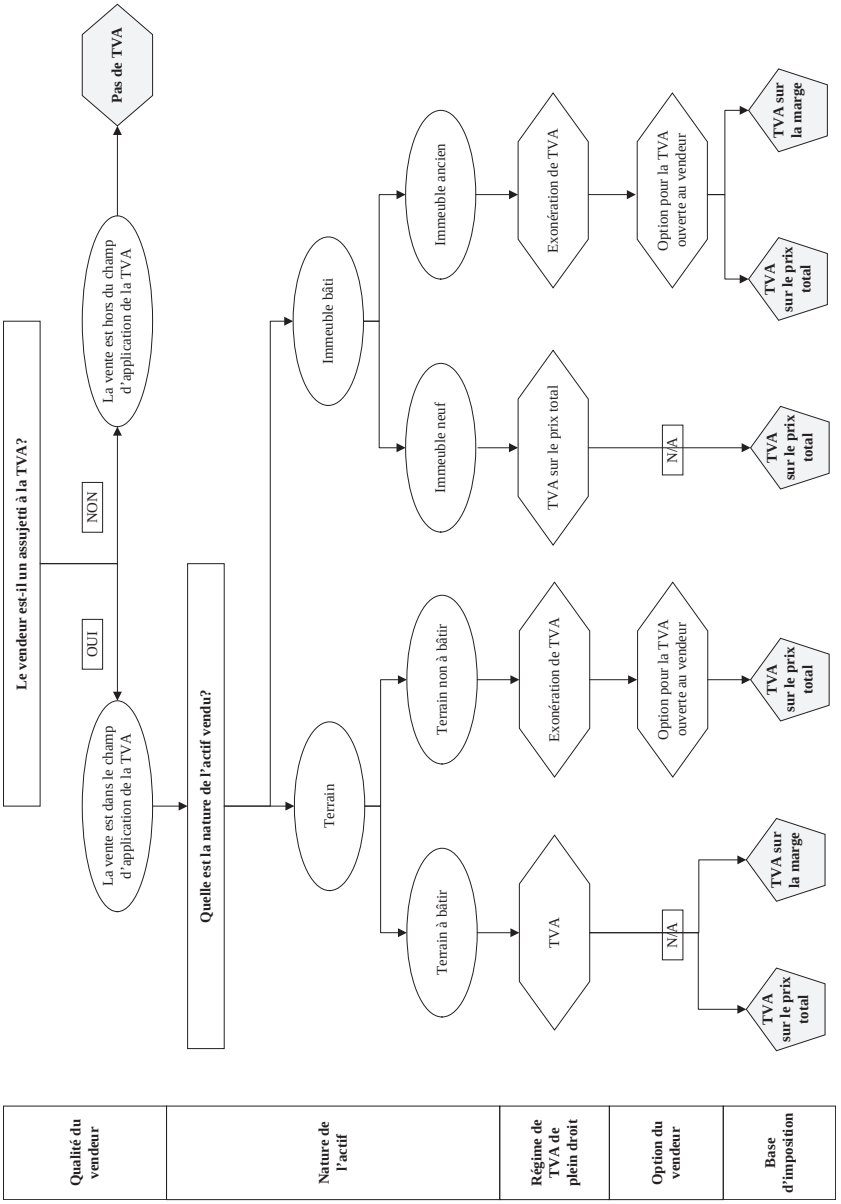
« *[les] locations de locaux nus, meublés ou garnis consenties à l'exploitant d'un établissement d'hébergement qui remplit les conditions fixées aux a ou b, à l'exclusion de celles consenties à l'exploitant d'un établissement mentionné à l'article L. 633-1 du Code de la construction et de l'habitation dont l'activité n'ouvre pas droit à déduction* ».

L'hypothèse visée est celle de la location à une personne réalisant une activité d'hébergement.

Par ailleurs, l'article 260 D du CGI prévoit que toutes les locations de locaux dont la destination finale est le logement meublé sont soumises au même régime de TVA que la prestation d'hébergement (taxation ou exonération).

Par conséquent, lorsque les locaux ne sont pas la propriété de la société d'exploitation, mais d'un tiers (foncière ou personne physique) qui les lui met à disposition par un contrat de bail, le régime de TVA applicable entre le propriétaire et la société d'exploitation est le même que celui qui s'applique dans les relations entre l'exploitant et les occupants (en ce compris le taux de TVA applicable aux loyers qui est alors le taux intermédiaire de 10 %).

(76) BOI-TVA-CHAMP-10-10-50-20, § 40 à 60.


Qualité du vendeur
Nature de l'actif
Régime de TVA de plein droit
Option du vendeur
Base d'imposition
Le vendeur est-il un assujetti à la TVA?
OUI
NON
La vente est dans le champ d'application de la TVA
La vente est hors du champ d'application de la TVA
Pas de TVA
Quelle est la nature de l'actif vendu?
Terrain
Immeuble bâti
Terrain à bâtir
Terrain non à bâtir
Immeuble neuf
Immeuble ancien
TVA
Exonération de TVA
TVA sur le prix total
Exonération de TVA
N/A
Option pour la TVA ouverte au vendeur
N/A
Option pour la TVA ouverte au vendeur
TVA sur le prix total
TVA sur la marge
TVA sur le prix total
TVA sur le prix total
TVA sur la marge
TVA sur le prix total

Dans les hypothèses de location indirecte, lorsque le bailleur n'est pas établi en France et que le client (preneur de la prestation d'hébergement ou exploitant de l'établissement d'hébergement) est immatriculé à la TVA en France, le bailleur doit émettre une facture sans TVA et il appartient au preneur d'autoliquider la TVA au taux de 10 % (voir Titre I – Chapitre V).

III/ La location de locaux équipés

Les locations de locaux à usage professionnel (magasins, ateliers, salles de spectacles, etc.) munis de mobilier, du matériel ou des installations nécessaires à l'exercice de l'activité constituent des prestations de services soumises à la TVA de plein droit.

Toutefois, le caractère taxable de la location est susceptible d'être remis en cause s'il est considéré que l'équipement est insuffisant. Dans ce contexte, il peut être envisagé de formuler une option pour la taxation des loyers pour s'assurer du caractère taxable de la location et ne pas mettre en péril l'exercice de droits à déduction de la TVA.

Lorsque le bailleur n'est pas établi en France et que le locataire est immatriculé à la TVA en France, le bailleur doit émettre une facture sans TVA et il appartient au preneur d'autoliquider la TVA (voir Titre I – Chapitre V).

IV/ Les autres locations immobilières soumises à la TVA de plein droit

Bien que ces situations soient rares en pratique, il faut noter que l'article 261 D, 2° du CGI exclut du bénéfice de l'exonération prévue en faveur des locations de terrains non aménagés et de locaux nus :

- les locations d'immeubles nus qui constituent pour le bailleur un moyen de poursuivre, sous une autre forme, l'exploitation d'un actif commercial ;
- celles qui constituent pour le bailleur un moyen d'accroître ses débouchés ;
- celles consenties par des bailleurs qui participent aux résultats de l'entreprise locataire.

Enfin, la location isolée d'emplacements de stationnement est également soumise à la TVA de plein droit.

B/ L'affectation de l'actif à la revente

L'achat de l'immeuble en vue de sa revente est susceptible de conférer la qualité d'assujetti à la TVA et donc d'ouvrir un droit à déduction de la TVA. Ce droit à déduction peut être immédiat ou différé en fonction de la nature de l'actif.

Si l'immeuble acquis en vue de sa revente est un immeuble neuf, le propriétaire peut déduire la TVA grevant son acquisition immédiatement.

Dans l'hypothèse où l'immeuble acquis en vue de la revente est un immeuble ancien, l'acquéreur ne pourra déduire la TVA ayant grevé son acquisition (voire les

travaux engagés en vue de la vente) que lors de la revente et à la condition que celle-ci soit soumise à la TVA. En effet, la cession d'immeuble ancien est exonérée de TVA, taxable sur option.

§ II – *LA RÉALISATION DE TRAVAUX SUR L'IMMEUBLE*

A/ La question du taux de la TVA applicable aux travaux

La France a fait usage de la possibilité ouverte par la Directive 2006/112/CE d'appliquer un taux réduit de TVA sur certains travaux immobiliers (article 279-0 *bis* du CGI).

En application de ce texte, sont donc soumis à la TVA au taux réduit (actuellement le taux de 10 %, voire le taux de 5,5 % pour certains travaux de rénovation ou d'amélioration énergétique), la plupart des travaux d'amélioration, de transformation, d'aménagement et d'entretien portant sur des locaux à usage d'habitation, achevés depuis plus de deux ans.

Les travaux concourant à la livraison d'un immeuble neuf en matière de TVA demeurent soumis au taux normal de la TVA.

Le bénéfice du taux intermédiaire est réservé aux travaux portant sur des locaux à usage d'habitation. Ainsi, si l'actif est affecté à une activité locative taxable (par exemple, l'hébergement), les travaux seront soumis au taux normal de la TVA (BOI-TVA-LIQ-30-20-90-10-20140919, § 280).

Cette condition d'affectation remplie, la qualité du preneur des travaux est indifférente : il peut s'agir du particulier propriétaire ou locataire du bien mais également, par exemple, d'un marchand de biens.

L'application du taux intermédiaire ou réduit de TVA est subordonnée à la remise par le preneur des travaux à son prestataire d'une attestation. Ce document dont les modèles sont disponibles sur le site de l'administration fiscale permet au preneur de garantir à son prestataire que les différentes conditions d'application du taux intermédiaire ou réduit sont réunies.

Dans l'hypothèse où les travaux sont réalisés sur un immeuble affecté à une activité taxable (de plein droit ou sur option), c'est le taux normal de la TVA qui s'applique, mais la taxe peut alors être déductible pour le bailleur.

B/ L'éventuelle taxation d'une livraison à soi-même

La réalisation de travaux sur l'immeuble peut entraîner dans certaines situations l'obligation de soumettre à la TVA une livraison à soi-même (article 257, II, 1 du CGI).

Sans entrer dans les détails de ce point particulièrement technique, il faut impérativement garder à l'esprit que, dans l'hypothèse d'un bien qui n'est pas intégralement affecté à une activité soumise à la TVA, la réalisation de travaux concourant à la livraison d'un immeuble neuf (article 257, I, 2, 2° du CGI et BOI-TVA-IMM-10-10-20-20170802, § 170 et s.) peut entraîner un frottement de TVA important si le bien est détenu par un assujetti. Il pourrait s'agir, par exemple, d'un

bien qui ferait l'objet des travaux de rénovation lourde (i.e. qui concourent à la livraison d'un immeuble neuf) et qui serait (i) détenu par un propriétaire ayant la qualité d'assujetti mais (ii) affecté à une activité locative partiellement soumise à la TVA.

Section III – L'impôt sur la fortune immobilière (IFI)

L'impôt sur la fortune (ISF) a été remplacé par la loi de finances pour 2018 par l'impôt sur la fortune immobilière (IFI).

Les personnes domiciliées en France au 1er janvier de l'année d'imposition font l'objet d'un assujettissement illimité, alors que les autres sont soumis à l'IFI à raison de leurs seuls biens imposables situés en France.

La localisation de la résidence fiscale étant appréciée au 1er janvier de l'année d'imposition, un transfert du domicile fiscal en cours d'année est indifférent pour les modalités d'application de l'IFI. Le principe symétrique s'applique aux personnes qui transfèrent leur domicile fiscal en France (ils ne seront assujettis à l'IFI en qualité de résident qu'au titre de l'année suivant leur arrivée en France). Le législateur a par ailleurs maintenu l'exonération déjà applicable pour l'ISF et qui concerne les personnes physiques s'installant en France sans y avoir résidé au cours des cinq années civiles précédant l'installation de leur résidence fiscale en France.

L'article 964 du CGI prévoit ainsi que dans ce cas, ces résidents ne sont imposables que sur leurs actifs immobiliers détenus en France. L'ensemble des actifs immobiliers « étrangers » sont donc hors du champ de l'IFI et le restent pour une durée de cinq années, l'exonération prenant fin au 31 décembre de la cinquième année qui suit celle au cours de laquelle le domicile fiscal a été établi en France. L'exonération s'applique quelle que soit la nationalité du contribuable s'installant en France et sans prise en compte des raisons motivant cette installation.

Certaines conventions fiscales conclues par la France (notamment celles conclues avec l'Allemagne, l'Autriche, le Canada, l'Espagne, les États-Unis et l'Italie) contiennent déjà un dispositif spécifique d'exonération pour les étrangers qui viennent s'installer en France. Ces dispositifs diffèrent du régime de droit interne en ce qu'ils s'appliquent généralement sous réserve de la nationalité des contribuables et qu'ils prévoient parfois la possibilité d'une interruption temporaire de résidence de trois ans.

§ I – *ACTIFS IMPOSABLES*

Les actifs des non-résidents imposables à l'IFI sont les biens et droits immobiliers situés en France, les parts ou actions de sociétés ou organismes détenant directement ou indirectement des immeubles situés en France ainsi que certains autres biens assimilés détenus par le contribuable. En cas de détention indirecte, il est précisé que certains immeubles affectés à une exploitation industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ne sont pas pris en compte pour la détermination de la fraction imposable des parts.

En cas de détention indirecte de biens immobiliers, l'état d'implantation de la société ou de l'organisme interposé est indifférent en droit interne : seul importe le lieu de situation des immeubles. Ainsi, les parts ou actions de sociétés françaises, détenues par un contribuable non-résident, et qui détiennent elles-mêmes des actifs immobiliers situés hors de France ne rentrent en principe pas dans le champ d'application de l'IFI.

L'article 965 du CGI prévoit que l'assiette de l'impôt est désormais constituée par la valeur nette au 1er janvier de l'année de :

- l'ensemble des biens et droits immobiliers appartenant au redevable ; et
- des parts ou actions des sociétés et organismes possédés par le redevable à hauteur de la fraction de leur valeur représentative de biens immobiliers détenus directement ou indirectement, quel que soit le nombre de niveaux d'interposition, par la société ou l'organisme.

L'IFI est dû annuellement par les personnes physiques domiciliées en France ou hors de France dont la valeur nette du patrimoine imposable est, au 1er janvier de l'année, supérieure à 1,3 million d'euros.

La valeur vénale des titres de sociétés non cotées est déterminée selon les mêmes règles que pour l'ISF. Cependant, étant donné que ces mêmes parts doivent être déclarées uniquement à hauteur de la fraction de leur valeur représentative de biens immobiliers, il est nécessaire d'appliquer un ratio immobilier à la valeur vénale des titres afin d'obtenir in fine la valeur à déclarer à l'IFI.

Ce ratio est obtenu de la manière suivante : valeur vénale réelle des biens imposables détenus directement ou indirectement par la société / valeur vénale réelle de l'ensemble de l'actif de la société.

Le ratio immobilier sera fonction de la valeur vénale réelle des biens imposables détenu directement ou indirectement par la société. Ce ratio sera réduit si les immeubles détenus par la société sont affectés, soit à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de la société qui les détient, soit à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale d'une autre société du groupe.

En effet, en cas d'affectation de l'immeuble à une activité éligible, ce dernier est exclu du numérateur du ratio immobilier et est pris en compte uniquement au dénominateur, ce qui conduit mécaniquement à une réduction du ratio immobilier, voire à un ratio immobilier nul si la société ne détient aucun autre actif immobilier que celui affecté à son activité.

Il est à noter que la simple gestion, par une société, de son patrimoine immobilier, ne peut constituer une activité éligible.

L'IFI s'applique à la valeur nette du patrimoine imposable. Certaines dettes grevant ce patrimoine peuvent donc venir en déduction de son assiette dès lors :

- qu'elles existent au 1er janvier de l'année d'imposition ;
- qu'elles sont à la charge personnelle du redevable ou de l'une des personnes constituant le foyer fiscal ;
- qu'elles sont afférentes à certaines dépenses engagées pour les besoins d'un actif taxable à l'IFI ;

• qu'elles sont justifiées par tous modes de preuve compatibles avec la procédure écrite (article 974 du CGI).

Ainsi s'agissant des emprunts contractés par le contribuable, celui-ci doit démontrer qu'ils sont affectés à des actifs taxables, ce qui rend leur déduction discutable en cas de refinancement. La doctrine administrative prévoit à cet égard qu'une dette rachetée par un établissement bancaire peut rester déductible, ce qui est une approche plutôt minimaliste de la notion de refinancement.

À l'inverse, lorsqu'une dette est souscrite par une société interposée entre le contribuable et le bien immobilier, elle est en principe déductible pour la détermination de la valeur des parts imposable entre les mains du contribuable. Ce n'est que si cette dette est affectée à un actif imposable que sa déductibilité peut être remise en cause.

§ II – *LIMITATIONS À LA DÉDUCTIBILITÉ DES DETTES*

Les articles 973 et 974 du CGI prévoient par ailleurs des règles anti-abus pour prévenir d'éventuels schémas d'optimisation fiscale.

A/ Évaluation des sociétés

Les règles prévues par l'article 973 du CGI pour valoriser les parts ou actions entrant dans le champ de l'IFI, précisent qu'il convient de ne pas prendre en compte les dettes contractées directement ou indirectement par la société (ou l'organisme) :

• pour l'acquisition auprès d'un redevable ainsi que de son conjoint et de ses enfants mineurs d'un actif imposable ;

• auprès d'un redevable (et/ou son conjoint et ses enfants mineurs), pour l'acquisition d'un actif imposable, ou pour financer des dépenses afférentes à ces biens et droits, l'exclusion de la dette ne jouant qu'à proportion de la participation du redevable (conjoint et enfants mineurs) dans la société ou l'organisme ;

• auprès d'une société ou d'un organisme contrôlé, au sens du 2° du III de l'article 150-0 B *ter*, directement ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés interposées, par le redevable ou un membre de son groupe familial pour l'acquisition d'un actif imposable ou pour financer des dépenses afférentes à cet immeuble, cette fois encore, de la participation du redevable (conjoint et enfants mineurs) dans la société ou l'organisme.

Pour ces trois cas, la clause anti-abus ne s'applique pas si le redevable justifie que le prêt n'a pas été contracté dans un objectif principalement fiscal. L'administration a précisé dans sa doctrine administrative que les emprunts contractés avant le 1er janvier 2018 (date d'entrée en vigueur de l'IFI) pouvaient en principe être considérés comme n'ayant pas été souscrit dans un but principalement fiscal.

• auprès du groupe familial comprenant le redevable, le conjoint, les enfants mineurs, les ascendants, descendants, frères et soeurs, pour l'acquisition d'un actif imposable ou pour financer des dépenses afférentes à ces biens et droits, mais, cette fois encore, à proportion de la participation du redevable (y compris du conjoint et de leurs enfants mineurs, à l'exclusion du groupe familial plus large) ;

Pour ce cas uniquement, la clause anti-abus ne s'applique pas si le redevable justifie du caractère normal des conditions du prêt, notamment du respect du terme des échéances, du montant et du caractère effectif des remboursements.

À compter du 1er janvier 2019, l'article 973 III du CGI prévoit par ailleurs que les prêts *in fine* contractés par les sociétés et affectés à l'achat de biens imposables ne sont déductibles qu'après application d'un amortissement linéaire notionnel courant sur la durée du prêt. Le même dispositif prévoit également d'assimiler les prêts sans terme à des prêts in fine d'une durée de 20 ans, ce qui pourrait concerner nombre de prêts d'associés prenant la forme d'un simple compte courant créditeur.

Les dettes correspondant à des contrats *in fine* sont ainsi déductibles chaque année à hauteur du montant total de l'emprunt, diminué d'une somme égale à ce même montant multiplié par le nombre d'années écoulées depuis le versement du prêt et divisé par le nombre d'années total de l'emprunt.

Les dettes correspondant à des prêts sans terme sont déductibles dans la limite du montant total de l'emprunt diminué d'une somme égale à un vingtième de ce montant par année écoulée depuis le versement du prêt. La période de référence court à compter de la date de conclusion du prêt, fût-elle antérieure à l'entrée en vigueur de l'IFI. En revanche ni la loi ni la doctrine ne contiennent de précisions sur le traitement applicable en cas de refinancement de prêts *in fine*. Même si le fait de recharger la déductibilité d'un prêt in fine en le refinançant peut sembler contraire à l'objectif du législateur, rien dans les textes ne semble s'y opposer pour autant qu'un tel refinancement ne soit pas effectué dans un but principalement fiscal. Ce dispositif ne vise que les prêts afférents à l'achat d'un bien imposable (à l'exclusion par exemple du financement de travaux d'amélioration).

La doctrine administrative précise qu'il doit être tenu compte de la réintégration des dettes résultant des dispositions de l'article 973 II du CGI non seulement pour la valorisation des titres des société à l'IFI, mais également en cas de chaîne de détention, pour la valorisation du ratio immobilier des sociétés interposées.

B/ Autres limites à la déductibilité des dettes posées par l'article 974 du CGI

L'article 974 vise uniquement les dettes contractées personnellement par le redevable et les membres de son foyer au sens de l'IFI.

Comme c'est désormais également le cas pour les sociétés, l'article 974 II du CGI prévoit que les dettes contractées par le redevable et correspondants à des prêts prévoyant le remboursement du capital au terme du contrat contractés pour l'achat d'actifs imposables doivent faire l'objet d'un amortissement notionnel sur la durée du prêt.

Un dernier correctif est prévu au IV de l'article 974 concernant les dettes contractées par le contribuable, selon lequel, lorsque la valeur des biens taxables détenus par le contribuable excède 5 M€, et que les dettes affectées à ces biens représentent plus de 60 % de la valeur d'actif brut, alors le montant des dettes excédant ce seuil de 60 % n'est déductible qu'à hauteur de 50 %. Ce dispositif de « rabot » ne contient pas de clause de sauvegarde et s'applique donc quelle que soit la nature des prêts ou les conditions dans lesquelles le financement a été octroyé. Les prêts bancaires sont concernés par ce mécanisme.

§ III – *CONSÉQUENCES DU PASSAGE DE L'ISF A L'IFI POUR LES NON-RÉSIDENTS*

Ce passage de l'ISF à l'IFI a sensiblement allégé la note pour la plupart des redevables de l'ISF domiciliés en France mais n'a pas été aussi favorable pour les non-résidents, qui échappaient déjà à l'imposition de leurs placements financiers et qui se retrouvent exposés aux nouvelles limitations apportées à la déduction des dettes, avec une incertitude sur l'application des conventions fiscales, sans pouvoir bénéficier du mécanisme du plafonnement.

En effet, contrairement aux nouvelles règles d'assiette et d'évaluation des actifs imposables, le traitement des situations « internationales » n'a pas fait l'objet de profondes modifications par rapport à celui qui existait déjà pour l'ISF. Les principes généraux qui gouvernaient l'application de l'IFI dans un cadre international sont restés les mêmes que ceux en vigueur à l'époque de l'ISF : les personnes domiciliées en France au 1er janvier de l'année d'imposition(77) font l'objet d'un assujettissement illimité, alors que les autres sont soumises à l'IFI à raison de leurs seuls biens imposables situés en France. Le domicile fiscal des contribuables est déterminé par l'article 4 B du CGI et sous réserve des dispositions des conventions fiscales internationales.

À cet égard, la tolérance administrative qui prévoyait que « *l'application des conventions qui ne concernent que les impôts sur le revenu est également admise afin d'éviter qu'une même personne ne soit considérée comme domiciliée en France au regard de l'impôt de solidarité sur la fortune et domiciliée dans un autre État ou Territoire en ce qui concerne l'impôt sur le revenu* »(78) n'a pas été reprise clairement en matière d'IFI. Il semble toutefois que le renvoi effectué par le nº 10 du BOI-PAT-IFI-10-20-20 vers le BOI-INT-DG-20-20-80, dont le nº 20 prévoit cette tolérance en matière d'ISF devrait permettre de revendiquer le maintien de cette mesure. À défaut, cela signifierait que lorsqu'une personne est domiciliée dans un état ayant conclu avec la France une convention fiscale couvrant uniquement l'impôt sur le revenu, des contribuables qui pouvaient être considérés comme des non-résidents en matière d'ISF par extension des critères conventionnels seraient susceptibles d'être désormais considérés comme résidents fiscaux de France en matière d'IFI par application des critères de l'article 4 B du CGI. Tel serait par exemple le cas pour une personne disposant d'un foyer unique dans l'autre état, mais dont le centre des intérêts économiques se trouverait en France.

La réforme permet toutefois aux non-résidents de ne plus être imposables à raison de certains biens non immobiliers, et notamment sur :

- les participations supérieures à 10 % dans des sociétés françaises (sauf à concurrence des immeubles qu'elles détiennent) ; ou
- les biens meubles situés en France (imposés selon leur valeur réelle ou sur la base du forfait de 5 %).

Mais le passage à l'IFI modifie également le champ d'application de l'impôt pour les non-résidents qui détiennent indirectement des actifs immobiliers. Pour rappel, les non-résidents étaient notamment redevables de l'ISF sur :

- les parts de sociétés non cotées à prépondérance immobilière ;

(77) Article 964 du CGI.
(78) BOI-PAT-ISF-20-20-20130610, nº 50 – retiré.

• les biens ou droits immobiliers détenus au travers de sociétés dont le contribuable détenait la majorité du capital, conjointement avec son groupe familial.

L'IFI pourra désormais s'appliquer quelle que soit la proportion des immeubles détenus indirectement dans l'actif de la société. Par ailleurs, il ne sera plus nécessaire de détenir au moins 50 % du capital de la société interposée, l'IFI pouvant en effet s'appliquer quelle que soit la participation détenue dans l'entité interposée.

Par exception, lorsque le contribuable non-résident détient moins de 10 % du capital et des droits de vote avec les membres de son foyer, ne sont pas prises en compte :

• les parts ou actions de sociétés ou organismes exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. La doctrine administrative précise à cet égard que l'activité opérationnelle doit être exclusive, mais accepte par tolérance qu'elle soit significativement prépondérante, c'est-à-dire que la valeur vénale des actifs affecté à cette exploitation représente au moins 80 % de la valeur vénale de l'ensemble de ses actifs et du chiffre d'affaires total ;

• les participations dans les sociétés au titre desquelles le contribuable est dans l'incapacité, de bonne foi, d'obtenir les informations nécessaires à l'estimation de la fraction imposable (en l'absence de contrôle de fait ou de disposition de la jouissance sur le bien immobilier).

En conclusion, avec le passage à l'IFI, les non-résidents sont devenus, sous réserve des conventions fiscales, imposables sur les participations comprises entre 10 % et 50 % dans les sociétés détenant des immeubles situés en France sans être à prépondérance immobilière au sens de l'ISF, voire dans certains cas sur les participations inférieures à 10 % dans ces mêmes sociétés.

Par ailleurs, les actions de sociétés cotées détenant directement ou indirectement des immeubles entrent désormais dans le champ d'application de l'IFI alors qu'elles étaient exclues du champ d'application de l'ISF pour les non-résidents (sauf participation supérieure à 50 %), et ce même en cas de prépondérance immobilière. Par exception, les participations inférieures à 5 % dans les SIIC continuent d'échapper à l'IFI (pour les résidents comme pour les non-résidents).

S'agissant des actifs immobiliers ou assimilés, les cas d'amélioration sont rares. L'un d'entre eux concerne les contribuables non-résidents précédemment soumis à l'ISF au titre d'une participation inférieure à 10 % dans une société à prépondérance immobilière, et qui ne sont désormais plus imposables s'ils ne sont pas en capacité de déterminer le ratio.

Par ailleurs, l'assimilation de certains droits ou contrats à des actifs immobiliers dans le cadre de l'IFI est de nature à accroître l'assujetissement de non-résidents qui n'étaient, sauf exception, pas soumis à l'ISF sur les biens en cause. C'est le cas des biens suivants :

• contrat de crédit-bail ou d'un contrat de location-accession (article 971 du CGI) ;

• unités de compte de contrats d'assurance-vie ou de bons ou contrats capitalisation rachetables (article 972 du CGI).

L'assujetissement à l'IFI au titre des contrats d'assurance-vie ou de capitalisation français ou étrangers à raison des UC immobilières françaises vient dégrader la

situation des détenteurs non-résidents qui échappaient jusqu'alors à l'ISF sur ces actifs financiers.

S'agissant de la déduction des dettes, les non-résidents étaient déja soumis à la contrainte de devoir justifier de leur caractère affecté à des biens taxables, ce qui était une source de difficulté importante en cas de refinancement. De même, en cas de société interposée, l'article 885 T *ter* prévoyait déjà un mécanisme de réintégration de dettes souscrites auprès de créanciers non-résidents par une société à prépondérance immobilière. Le Conseil d'État a cependant conclu à l'illégalité de la doctrine commentant ce dispositif par une décision du 19 septembre 2018 en considérant que la réintégration prévue par l'article 885 T *ter* du CGI devait nécessairement se limiter aux seules créances détenues par le contribuable lui-même, afin notamment de ne pas porter atteinte à la liberté de circulation des capitaux protégée par le droit de l'Union européenne.

Les arguments utilisés pour faire échec à l'ancien dispositif de l'article 885 T *ter* ne sont pas transposables aux restrictions résultant de l'article 973 du CGI. En effet, ce dispositif anti-abus a désormais vocation à s'appliquer à l'ensemble des contribuables redevables de l'IFI, que ces derniers soient résidents ou non-résidents. Par ailleurs, contrairement au régime de l'article 885 T *ter* applicable sous l'ISF, il existe une clause de sauvegarde limitant l'application du dispositif anti-abus à des situations anormales ou abusives.

Dans un contexte international, il nous semble que, sauf exception, les conventions fiscales reprenant le modèle OCDE devraient s'appliquer à l'IFI. Un certain nombre de conventions visant l'impôt sur la fortune ne contiennent pas de clause relative aux sociétés à prépondérance immobilières ni de clause de participation substantielle.

En règle générale, ces conventions prévoient que :

- la fortune constituée par des biens immobiliers est imposable dans l'état où ces biens sont situés ;
- tous les autres éléments de la fortune d'un résident d'un état ne sont imposables que dans cet état.

Dans ce cas, dans la mesure où les parts de sociétés ne sont pas des immeubles mais relèvent de la catégorie « autres éléments de la fortune » elles sont en principe exclusivement imposables dans l'état de résidence du contribuable, ce qui prive la France du droit d'imposer.

Certaines conventions prévoient toutefois que la fortune constituée par des actions, parts ou autres droits dans une société, une fiducie ou une institution comparable, dont l'actif est principalement constitué directement ou indirectement, de biens immobiliers situés dans un état contractant ou de droits portant sur de tels biens, est imposable dans cet état. Dans le cadre conventionnel, la prépondérance immobilière doit en principe s'analyser par rapport à l'ensemble des actifs mondiaux de la société.

Si la prépondérance immobilière de la société est caractérisée, les parts ou actions correspondantes seront en principe soumises à l'IFI en France à hauteur de leur valeur représentative des actifs immobiliers français détenus directement ou indirectement.

Certaines conventions fiscales contiennent enfin un dispositif prévoyant que la fortune constituée par des actions, parts ou autres droits, qui font partie d'une participation substantielle dans une société qui est un résident d'un État, est imposable dans cet État. Ces conventions précisent le plus souvent qu'il existe une participation substantielle lorsqu'une personne, seule ou avec des personnes apparentées, détient directement ou indirectement des actions, parts ou autres droits dont l'ensemble ouvre droit à au moins 25 % des bénéfices de la société. Cette clause devrait donc permettre à la France d'assujettir à l'IFI des non-résidents au titre de la détention de parts de sociétés françaises qui ne sont pas à prépondérance immobilière en France lorsque le seuil de 25 % est atteint.

Dans tous les cas, les conventions fiscales devraient faire échec à l'imposition en France des contrats d'assurance-vie ou des contrats de capitalisation.

Il convient enfin de noter que des mécanismes de détermination de l'impôt sont plus favorables pour les résidents. En effet, ceux-ci bénéficient, au contraire des non-résidents, du plafonnement de l'IFI et de l'imputation des impôts payés à l'étranger. L'administration permet toutefois l'application du plafonnement aux « non-résidents Schumacker », c'est-à-dire aux personnes domiciliées dans un État membre de l'UE qui sont dans une situation comparable à celle des résidents français dans la mesure où ils tirent de France la totalité ou la quasi-totalité de leurs revenus.

C'est un paradoxe qui existait déjà avec l'ISF, le transfert du domicile fiscal en France permettra donc dans certains cas d'atténuer la charge d'IFI du contribuable, *a fortiori* s'il peut bénéficier de l'exonération d'IFI sur ses biens étrangers au titre des 5 premières années passées en France.

Section IV – Taxe de 3 %

En application des dispositions des articles 990 D et suivants du CGI, les personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables, français ou étrangers, qui, directement ou par entité interposée, possèdent un ou plusieurs immeubles en France (ou des droits réels sur ces immeubles) sont redevables d'une taxe annuelle égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles ou droits.

Les entités assujetties doivent en principe déposer avant le 16 mai de chaque année une déclaration n° 2746 accompagnée du paiement de la taxe.

Il existe cependant de nombreux cas d'exonération qui permettent d'échapper à la taxe de 3 % ainsi qu'aux obligations déclaratives annuelles.

N'y sont notamment pas assujetties les entités dont les immeubles situés en France représentent moins de 50 % des actifs français détenus directement ou indirectement. Ne sont pas pris en compte dans le calcul des 50 % les immeubles affectés à l'activité professionnelle autre qu'immobilière ou affectés à l'activité d'une autre entité avec laquelle il existe un lien de dépendance au sens de l'article 39, 12 du CGI. À cet égard, il convient de noter que les actifs détenus en stocks, s'ils sont exonérés de taxe de 3 %, doivent être inclus au numérateur pour les besoins du calcul du ratio de prépondérance immobilière. En pratique, cela a pour effet d'assujettir à la taxe de 3 % les sociétés détenant des actifs inscrits en stock et en immobilisation même

si la valeur des biens comptabilisés en stock est supérieure à celle de ceux comptabilisés en immobilisations.

Dans une décision récente(79) qui semble peu justifiée juridiquement la Cour d'appel de Paris a considéré que les créances détenues par une société holding sur une société interposée dans la chaîne de détention de l'immeuble ne doivent pas être prises en compte au numérateur pour la détermination du ratio de prépondérance immobilière de la holding.

Dans cette affaire, la société de Jersey Cacique Investment détenait 50 % de la société anglaise Petrach holding qui détenait elle-même la quasi-totalité du capital de la SCI Petrach possédant un bien immobilier valant environ 6 M€. Cacique Investment possédait par ailleurs une créance d'environ 7 M€ sur la SCI Petrach. Cacique Investment a considéré qu'elle n'était pas à prépondérance immobilière dans la mesure où la quote-part de la valeur du bien immobilier figurant au numérateur du ratio (6 M€) était inférieur à 50 % de la valeur totale des actifs français détenus directement (13 M€ = somme de 6 M€ de valeur d'immeuble + 7 M€ de valeur de créance).

La Cour d'appel a estimé que « *ce mode de calcul, ainsi que révélé par l'administration fiscale, reviendrait à prendre deux fois en compte la valeur de l'immeuble, une première fois directement, une seconde fois par anticipation de son prix de vente, que ce mode de calcul procédant d'une approche purement abstraite ne peut pas être retenu* ».

Le raisonnement adopté surprend car la société avait respecté les termes de l'article 990 E du CGI. Le mode de calcul du ratio découlait donc d'une approche juridique et non abstraite. C'est plutôt la décision de la cour qui repose sur le concept abstrait de la double prise en compte de la valeur du bien par anticipation du prix de vente. Doit-on comprendre que la Cour considère qu'en cas de cession du bien, le compte courant sera remboursé par le prix de cession et que dès lors la créance reflèterait également la valeur du bien ? Les considérants de la cour ne convainquent pas, et il faut espérer que la Cour de cassation vienne annuler cette décision (même si on ne peut pas exclure qu'elle la maintienne en la motivant différemment).

Sont toutefois exonérées les personnes morales qui prennent, à la date d'acquisition de l'immeuble, l'engagement de communiquer à l'administration, sur sa demande, certaines informations concernant le ou les immeubles et les actionnaires, associés ou autres membres détenant plus de 1 % des actions, parts ou autres droits, à condition que ces personnes morales aient leur siège en France, dans un État membre de l'Union européenne ou dans un pays ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ou dans un État ayant conclu avec la France un traité comportant une clause d'égalité de traitement. La doctrine administrative(80) admet toutefois que l'engagement « puisse être souscrit dans un délai de deux mois suivant la date d'acquisition du bien, du droit ou de la participation ».

Aucune modalité particulière n'est prescrite en ce qui concerne la forme de l'engagement. Celui-ci devra être établi sur l'honneur et signé par un représentant autorisé de l'entité juridique.

---

(79) CA de Paris, 7 mai 2018, n° 16/03476 (OF suppl. 2018 n° 1477).

(80) BOI-PAT-TPC-20-20 n° 450, 12 sept. 2012.

Conformément à l'article 313-0 BR *bis* de l'annexe III au CGI, l'engagement prévu par le 3° -d de l'article 990 E doit être déposé :

- pour les entités juridiques qui ont leur siège en France et pour celles qui exercent leur activité dans un ou plusieurs établissements, au service des impôts des entreprises du lieu du principal établissement ;
- pour les entités juridiques autres que celles visées à l'alinéa précédent qui, directement ou par personne interposée, possèdent un ou plusieurs immeubles situés en France ou sont titulaires de droits réels portant sur ces biens, au service des impôts des entreprises du lieu de situation de ces biens ; toutefois, si l'application de cette règle conduit à une pluralité de lieux de dépôt, l'engagement relatif à l'ensemble des immeubles concernés doit être déposé au service des impôts des entreprises de la Direction de résidents de l'étranger et des services généraux (DRESG) 10, rue du Centre – TSA 20010 – 93465 Noisy-Le-Grand Cedex(81).

Certaines entités peuvent être exonérées sans avoir déposé de déclaration 2746 ou d'engagement, lorsque les obligations déclaratives mises à leur charge par le CGI des impôts satisfont à l'objectif d'information de l'administration. Il en est ainsi notamment des sociétés immobilières non soumises à l'IS qui donnent leurs immeubles en location ou en confèrent la jouissance à leurs associés (qui ne se confondent pas avec les sociétés transparentes visées à l'article 1655 *ter*), des SCPI autorisées à faire publiquement appel à l'épargne et des sociétés de pluripropriété visées à l'article 239 *octies* du même Code, tenues au dépôt des déclaration n° 2038-SD, n° 2072-S-SD ou n° 2072-C-SD. L'exonération ne vaut que pour autant que ces sociétés « respectent leurs obligations déclaratives »(82).

Par exception, les sociétés civiles immobilières non transparentes sont dispensées du dépôt de la déclaration n° 2072, à la condition notamment qu'elles l'aient souscrite au titre de l'année au cours de laquelle la société a été constituée et qu'aucune modification ne soit intervenue dans les derniers éléments portés à la connaissance de l'administration relatifs, en particulier, à la répartition du capital de la société et aux immeubles qu'elle possède.

En cas de défaut de déclaration (et en l'absence d'exonération) l'administration peut recouvrer le montant de la taxe au moyen de la procédure de taxation d'office prévue pour les droits d'enregistrement et taxes assimilées.

La doctrine précise toutefois que cette procédure n'est applicable « *que si le redevable défaillant n'a pas régularisé sa situation dans les trente jours de la notification d'une mise en demeure préalable à cette procédure* »(83).

Cette tolérance permet ainsi à une entité n'ayant pas déposé dans les délais ses déclarations 2746 de régulariser sa situation spontanément ou au titre d'une première demande des services fiscaux. La même tolérance n'existe toutefois pas s'agissant de la correction d'erreurs dans la déclaration déposée et l'administration n'hésite pas dans certains cas à réclamer directement le paiement de la taxe en cas d'erreur matérielle. Il conviendra à cet égard de mesurer si le droit à l'erreur prévu par la loi ESSOC du 10 août 2018 est de nature à apporter un confort complémentaire aux contribuables.

(81) Inst. 7 août 2008, 7 Q-1-08 n° 114 ; BOI-PAT-TPC-20-20 n° 430, 12 sept. 2012.
(82) BOI-PAT-TPC-20-20, n° 380.
(83) BOI-PAT-TPC-30-20171004, n° 10.

La taxe de 3 % peut être un enjeu important dans les opérations de cession/acquisition des sociétés à prépondérance immobilière. En effet, toutes les sociétés interposées entre la société propriétaire de l'actif immobilier et la société débitrice de l'impôt sont solidairement tenues, vis-à-vis de l'administration fiscale, au paiement de la taxe de 3 %. L'acheteur doit donc vérifier, avant l'acquisition, que la taxe de 3 % a bien été payée sur les 6 dernières années (par exemple pour la taxe 2014, la prescription sera acquise le 1er janvier 2021) ou que le ou les biens immobiliers ont bien été déclarés par toutes les sociétés de la chaîne de détention.

Il est parfois difficile d'obtenir ces informations auprès des sociétés. En effet, celles-ci peuvent détenir d'autres actifs en sus de l'actif objet de la transaction et ne souhaitent pas toujours donner des informations sur l'ensemble de ces actifs. Sans ces informations, les deals peuvent ne pas se réaliser ou des clauses de garanties ou des séquestres de documentation peuvent être mises en place afin de sécuriser ce risque fiscal lié à la solidarité de la taxe de 3 % (avec l'idée de faire jouer la tolérance en déposant les déclarations manquantes à la première mise en demeure).

Section V – Taxes locales

§ I – *TAXE FONCIÈRE*

Tout propriétaire d'un immeuble bâti ou non bâti, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, est en principe soumis à la taxe foncière.

La taxe foncière est établie pour l'année entière d'après les faits existants au 1er janvier de l'année. C'est donc le propriétaire au 1er janvier de l'année qui sera soumis à la taxe foncière même si le bien est cédé en cours d'année. Il est dans ce cas généralement prévu dans l'acte de vente que le vendeur et l'acheteur se partagent l'imposition au prorata du nombre de mois pendant lesquels chacun a été propriétaire du bien.

Un non-résident fiscal de France qui possède un bien en France au 1er janvier N sera donc soumis à la taxe foncière sur ce bien au titre de l'année N.

§ II – *TAXE D'HABITATION*

La taxe d'habitation est due pour tous les locaux meublés affectés à l'habitation, les locaux meublés occupés par les sociétés, associations et organismes privés et non soumis à la cotisation foncière des entreprises et enfin les locaux meublés sans caractère industriel ou commercial occupé par les organismes de l'État et des collectivités territoriales ainsi que par les établissements publics autres que les établissements publics scientifiques, d'enseignement et d'assistance.

Les personnes physiques ou morales qui ont la disposition ou la jouissance de tels locaux, que ce soit en tant que propriétaire, locataire ou occupant à titre gratuit, sont soumises à cette taxe dès lors qu'ils ont la possibilité d'occuper le bien à tout moment. Il faut donc qu'ils s'en réservent la jouissance.

Un non-résident fiscal de France qui possède un bien en France et dont il se garde la jouissance pour quelques séjours ponctuels en France sera donc soumis à la taxe

d'habitation sur ce bien. Au contraire, s'il possède un bien en France qu'il loue, et dont il n'a par conséquent pas la jouissance, il ne sera pas soumis à la taxe sur ce bien puisque ce sera le locataire, qui dispose du bien, qui sera imposé à ce titre.

§ III – *TAXE SUR LES LOGEMENTS VACANTS*

Cette taxe est applicable dans les communes appartenant à des agglomérations de plus de 50 000 habitants où existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements.

La taxe frappe les logements habitables volontairement laissés inoccupés depuis au moins un an au 1er janvier de l'année d'imposition. Les redevables sont les personnes physiques ou morales qui ont la qualité de propriétaire du logement, d'usufruitier ou de preneur d'un bail à construction, d'un bail à réhabilitation ou d'un bail emphytéotique.

L'assiette de la taxe est constituée par la valeur locative du logement retenue pour la taxe d'habitation.

Le taux d'imposition varie en fonction de la durée de vacance du bien : 12,5 % la première année d'imposition et 25 % à compter de la deuxième.

L'imposition est établie annuellement dans la commune de situation du logement. Aucune obligation déclarative n'incombe aux contribuables. Le contrôle, le recouvrement, le contentieux, les garanties et les sanctions de la taxe sont régis comme en matière de taxe foncière sur les propriétés bâties.

CHAPITRE II

CESSION À TITRE ONÉREUX

Section I – Vente d'un bien immobilier par un non-résident

La cession d'un bien immobilier peut entraîner, outre l'imposition de la plus-value elle-même, des conséquences en matière de TVA.

§ I – *L'IMPOSITION DE LA PLUS-VALUE DE CESSION*

Est envisagée ici la cession à titre onéreux, par un non-résident fiscal de France, d'un immeuble bâti ou non bâti (construction ou terrain) situé en France.

A/ Cession d'un bien immobilier par une personne physique non-résidente

Comme déjà évoqué, les non-résidents sont imposés en France sur l'ensemble de leurs biens français conformément aux articles 4 A et 164 B du CGI.

Or l'article 164 B, e *bis*) prévoit que doivent être considérés comme des revenus de source française « *les plus-values mentionnées aux articles 150 U, 150 UB et 150 UC, au 6 ter de l'article 39 duodecies et au f du 1° du II de l'article 239 nonies, lorsqu'elles sont relatives (...) à des biens immobiliers situés en France ou à des droits relatifs à ces biens* ».

Le principe de l'imposition en France, sous réserve des conventions fiscales étant ainsi établi, il reste à déterminer les modalités d'imposition. La plus-value de cession ainsi réalisée sera soumise :

- au prélèvement libératoire de 19 % prévu à l'article 244 *bis* A du CGI ;
- à la taxe maximale de 6 % sur les plus-values immobilières excédant 50 000 € prévue à l'article 1609 *nonies* G du CGI (pour les cessions de biens autres que des terrains à bâtir) :

Montant de la plus-value imposable (€)	Montant de la taxe (€)
De 50 001 à 60 000	2 % PV – [(60 000-PV) × 1/20]
De 60 001 à 100 000	2 % PV
De 100 001 à 110 000	3 % PV – [(110 000-PV) × 1/10]
De 110 001 à 150 000	3 % PV
De 150 001 à 160 000	4 % PV – [(160 000-PV) × 15/100]
De 160 001 à 200 000	4 % PV
De 200 001 à 210 000	5 % PV – [(210 000-PV) × 20/100]
De 210 001 à 250 000	5 % PV
De 250 001 à 260 000	6 % PV – [(260 000-PV) × 25/100]
Supérieur à 260 000	6 % PV

- aux contributions sociales de 17,2 %, ou 7,5 % pour les personnes domiciliées au sein de l'UE, de l'EE ou de Suisse non soumis en France à un régime de sécurité sociale obligatoire ;
- à l'obligation de désigner un représentant fiscal sauf lorsque le cédant est domicilié, établi ou constitué dans un état membre de l'UE, ou de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement de l'impôt.

Les modalités de détermination de la plus-value réalisée par les contribuables domiciliés en France sont les mêmes que pour les résidents (application des abattements pour durée de détention).

La base d'imposition est calculée en retranchant le prix d'acquisition de l'immeuble au prix de cession.

- Le prix de cession s'entend du prix stipulé à l'acte. Il peut être augmenté, le cas échéant, des charges en capital et indemnités stipulées dans le contrat de vente au profit du vendeur et diminué des frais de cession. Ces frais de cession regroupent les sommes versées à un intermédiaire ou à un mandataire pour la cession, les frais

liés aux certifications et diagnostics obligatoires, les frais de mainlevée d'hypothèque, les honoraires d'architecte, les indemnités d'éviction versées au locataire et la TVA acquittée par le vendeur. Il peut également s'agir des frais de représentation fiscale éventuellement supportés par le cédant.

Prix de cession =

prix stipulé à l'acte + charges et indemnités stipulées au profit du vendeur

– frais de cession

• Le prix d'acquisition, quant à lui, s'entend du prix effectivement versé lors de l'achat du bien tel qu'il a été stipulé dans l'acte, augmenté des charges et indemnités stipulées au profit du cédant et majoré des frais d'acquisition, pour leur montant réel ou pour un montant évalué forfaitairement à 7,5 % du prix d'acquisition si celui-ci est plus favorable. Enfin, le prix d'acquisition peut être majoré des dépenses de construction, reconstruction, agrandissement et amélioration pour leur montant réel ou, s'agissant des immeubles bâtis acquis depuis plus de 5 ans, pour un montant forfaitaire égal à 15 % du prix d'acquisition (même en l'absence de travaux).

Prix d'acquisition =

prix stipulé à l'acte + charges et indemnités stipulées au profit du cédant + frais d'acquisition

(réel ou forfait de 7,5 %)

+ dépenses de travaux (réel ou forfait de 15 % si bien acquis depuis > 5 ans)

Lorsque l'immeuble cédé est détenu depuis plus de 5 ans, la plus-value est diminuée d'un abattement pour durée de détention. Le tableau ci-dessous indique le taux applicable par année de détention en fonction de l'impôt concerné (impôt sur le revenu ou prélèvements sociaux) :

Impôts	De la 5e à la 21e année	Au terme de la 22e année	Pour chaque année au-delà de la 22e année
Impôt sur le revenu	6 %	4 %	La plus-value est exonérée
Prélèvements sociaux	1,65 %	1,60 %	9 %

Il convient enfin de noter que certaines plus-values peuvent bénéficier d'un abattement exceptionnel de 70 ou 85 %.

Exemple :

Exemple récapitulatif :

Une personne physique résidant aux États-Unis détient un immeuble acheté en janvier 2007 pour un prix de 4 000 000 € qu'elle revend 7 500 000 € en mars 2019. Le calcul de la plus-value est le suivant :

Prix de vente (i)	7 500 000
Prix d'acquisition (ii)	4 000 000
Frais d'acquisition (7,5 %) (iii)	300 000
Dépenses de travaux (15 %) (iv)	600 000
Prix d'achat (v) = (ii)+(iii)+(iv)	4 900 000
Plus-value (i)-(v)	2 600 000
Abattement pour durée de détention (IR)	2 600 000 × [6 % × (12-5)] = 1 092 000
Abattement pour durée de détention (CS)	2 600 000 × [1,65 % × (12-5)] = 330 300
Plus-value après abattement (IR)	1 508 000
Plus-value après abattement (CS)	2 269 700
Impôt sur la plus-value (19 %)	286 520
Contributions sociales (17,2 %)(84)	390 388
Surtaxe (6 %)	90 480
Imposition globale	767 388

Le prélèvement dû par le cédant est acquitté lors de l'accomplissement de la formalité de l'enregistrement ou, à défaut, dans le mois de la cession, au vu de la déclaration n° 2048-IMM. En cas de détention du bien depuis au moins 30 ans, le contribuable est ainsi dispensé de déclarer la plus-value.

À noter enfin qu'un certain nombre de plus-values sont exonérées d'impôt. Il s'agit notamment (liste non exhaustive) :

- de la cession de l'ancienne résidence principale le 31 décembre l'année qui suit celle du transfert de domicile fiscal hors de France ;
- prix de cession n'excédant pas 15 000 €.

La plupart des conventions fiscales internationales conclues par la France prévoient que les plus-values réalisées lors de la cession d'immeubles sont imposables dans l'État où les biens sont situés. Ainsi, dès lors que l'immeuble cédé est situé en France, la plus-value devrait être imposée en France.

Le cédant est en principe tenu de désigner sur la déclaration un représentant en France qui peut être soit une banque, soit l'acheteur, soit un particulier agréé par l'administration, soit un organisme ayant reçu une habilitation générale. Ce représentant s'occupe des formalités et du paiement du prélèvement pour le compte du cédant non-résident. Aucun représentant n'est obligatoire lorsque le cédant est domicilié dans un État de l'Union Européenne, en Islande ou en Norvège.

B/ Cession d'un bien immobilier par une personne morale non-résidente

Le prélèvement de l'article 244 *bis* A s'applique à raison des cessions de biens immobiliers réalisées par des personnes morales situées à l'étranger, quelle que soit

(84) Dans l'hypothèse d'une personne physique soumise à un régime de sécurité sociale d'un État membre de l'UE, EEE ou de la Suisse, seul le prélèvement de solidarité au taux de 7,5 % serait dû.

leur forme et quel que soit le lieu de résidence des associés, sous réserve des conventions fiscales.

Le prélèvement s'applique au taux normal de l'impôt sur les sociétés soit 31 % pour les cessions réalisées en 2019 (25 % en 2025).

Lorsqu'il est dû par une société résidente d'un état membre de l'Union européenne ou d'un état partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI, le prélèvement prévu à l'article 244 *bis* A du CGI est déterminé selon les mêmes règles d'assiette que celles prévues en matière d'impôt sur les sociétés, dans les mêmes conditions que celles applicables à la date de la cession aux personnes morales résidentes de France (en l'absence de pertes réalisées par ailleurs, la seule différence est donc le paiement anticipé de l'impôt par l'effet du prélèvement).

Lorsque le prélèvement est dû par une société résidente d'un état autre que ceux mentionnés ci-dessus, les plus-values sont déterminées par différence entre, d'une part, le prix de cession du bien et, d'autre part, son prix d'acquisition, diminué pour les immeubles bâtis d'une somme égale à 2 % de son montant par année entière de détention.

L'amortissement de 2 %, applicable au prix d'acquisition lorsque le cédant n'est pas assujetti à l'impôt sur le revenu, est déterminé par année entière de détention calculée de quantième à quantième et concerne les seuls immeubles bâtis, à l'exclusion des terrains et des titres de sociétés à prépondérance immobilière. Il convient donc de faire abstraction, pour le calcul de cet amortissement, de la fraction du prix d'acquisition qui correspond à la valeur du terrain.

En principe, la fraction du prix d'acquisition correspondant à la valeur de l'immeuble bâti à retenir est celle mentionnée dans l'acte authentique d'acquisition ou encore la valeur d'inscription initiale à l'actif.

À défaut de ventilation préalable qui permette d'identifier cette fraction, et à titre de règle pratique, il convient de retenir une valeur de terrain égale à 20 % du montant global d'acquisition, y compris en cas de cession d'un lot de copropriété. Ainsi, il appartient à la société cédante qui entend se prévaloir d'une répartition différente, d'en apporter la justification, l'administration appréciant sous le contrôle du juge la répartition eu égard à chaque situation spécifique.

Pour l'application de ces dispositions, le prix d'acquisition s'entend du prix effectivement payé par le cédant, majoré, le cas échéant, des seules dépenses de construction, reconstruction ou agrandissement qui présentent le caractère d'immobilisations par nature, à condition qu'elles aient été effectivement supportées par le propriétaire, que leurs montant et paiement soient justifiés et qu'elles n'aient pas déjà été déduites pour la détermination du revenu imposable. Sont donc exclus de l'assiette de l'amortissement, les frais d'acquisition du bien.

La justification du caractère réel de ces dépenses et de leur paiement résulte de la production des factures correspondantes que la société doit normalement conserver à l'appui de sa comptabilité et des justificatifs des règlements par la société.

Les frais de représentation fiscale supportés par le contribuable domicilié hors de France viennent en diminution du prix de cession pour le calcul de la plus-value brute.

Ce prélèvement n'est pas libératoire de l'impôt, comme il l'est pour les personnes physiques, mais est imputable sur l'impôt sur les sociétés. Cela signifie que la société étrangère doit en principe déposer une liasse fiscale au titre de l'exercice de la cession dans laquelle figure le montant de sa plus-value.

Il convient de relever que l'article 990 F du CGI prévoit que le représentant désigné par le cédant est également responsable du paiement de la taxe de 3 % restant due à cette date, en cas de cession de l'immeuble par une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable non établi dans un autre État membre de l'UE ou dans un autre État de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement de l'impôt.

La doctrine administrative précise à cet égard que la solidarité ne joue que pour la taxe de 3% due au titre de l'année de la cession(85) :

« *En cas de cession d'un immeuble appartenant à l'entité juridique entre le 1er janvier et le 15 mai d'une année déterminée, le représentant désigné sur la déclaration de plus-value sera personnellement tenu au paiement de la taxe afférente à cet immeuble, qui deviendra exigible le 15 mai de l'année considérée. Il encourt la même responsabilité si la cession intervient après le 15 mai de l'année en cause, si la taxe n'a pas été acquittée.*

Il est également tenu au paiement du complément de taxe au titre de ladite année mis en recouvrement à la suite d'une procédure de rectification.

En revanche, le représentant ne doit pas être recherché en paiement de la taxe qui n'a pas été réglée par l'entité juridique et qui est due au titre des années antérieures non prescrites. »

Pour que la responsabilité du représentant puisse être valablement engagée, l'engagement de payer qu'il a souscrit sur la déclaration de plus-value doit viser expressément la taxe de 3 %.

C/ Cas particulier des cessions d'immeubles relevant de profits de promoteurs ou marchands de biens (personnes physiques ou morales)

L'article 244 *bis* du CGI prévoit l'application d'un prélèvement spécifique aux profits mentionnés à l'article 35 du CGI (qui vise notamment les profits de marchands de biens, lotisseurs ou promoteurs...) lorsqu'ils sont réalisés par des personnes physiques ou des sociétés (quelle qu'en soit la forme) non-résidentes, qui n'ont pas d'établissement en France.

Le taux du prélèvement est fixé au taux normal de l'IS (31 % actuellement).

Il est toutefois porté à 75 % lorsque le cédant est domicilié, établi ou constitué hors de France dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, sauf s'ils apportent la preuve que les opérations auxquelles correspondent ces profits ont principalement un objet et un effet autres que de permettre leur localisation dans un État ou territoire non coopératif.

Ce prélèvement est opéré au service des impôts lors de la présentation de la formalité d'enregistrement ou à défaut dans le délai de deux mois prévu pour l'accomplissement de la formalité fusionnée.

(85) BOI-PAT-TPC-30, n° 60 et suivants.

Il est libératoire pour les personnes physiques mais pas pour les personnes morales.

Il s'impute sur le montant de l'impôt sur les sociétés dû par le cédant au titre de l'année de réalisation des profits. Pour les personnes morales et organismes résidents d'un État de l'Union européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non coopératif au sens de l'article 238-0 A, l'excédent du prélèvement sur l'impôt dû est restitué.

§ II – *LA TVA*

A/ Détermination du régime de TVA applicable : généralités

La détermination du régime de TVA applicable à la vente d'un immeuble suppose de suivre une analyse en plusieurs étapes.

La première question qui doit être traitée est celle de la qualité d'assujetti à la TVA du vendeur. En effet, dans l'hypothèse où le vendeur est un non-assujetti à la TVA, la cession qu'il réalise est hors du champ d'application de la TVA. En d'autres termes, la cession par un non-assujetti d'un immeuble ne peut plus jamais être soumise à la TVA depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2010 (loi nº 2010-237 du 9 mars 2010, article 16).

Cette question tranchée, et dans l'hypothèse où le vendeur a la qualité d'assujetti à la TVA, se pose ensuite la question de la nature de l'actif vendu. À cet égard, les règles applicables en matière de TVA conduisent à distinguer deux catégories d'actifs, chacune se subdivisant en deux sous-catégories : les immeubles (au sens de constructions) qui peuvent être neufs ou anciens et les terrains qui peuvent être à bâtir ou non.

L'immeuble neuf est celui qui est achevé depuis moins de 5 ans à la date de la vente. *A contrario*, l'immeuble ancien est donc achevé depuis plus de 5 ans à la même date. Le décompte des 5 années, qui a également des conséquences importantes en matière de droit de mutation à titre onéreux, se fait à compter de la date de dépôt en mairie de la déclaration attestant de l'achèvement et de la conformité des travaux.

Le terrain à bâtir est défini comme un terrain sur lequel des constructions peuvent être autorisées en application des documents qui caractérisent leur situation au regard des règles d'urbanisme (article 257, I, 2, 1º du CGI) quelles que soient les intentions de l'acquéreur.

Le terrain non à bâtir est défini *a contrario*.

À l'issue de cet exercice de qualification, le régime de TVA est ébauché : les ventes de terrains à bâtir et d'immeubles neufs par des assujettis sont toujours soumises à la TVA, alors que celles de terrains non à bâtir et d'immeubles anciens, toujours par des assujettis, sont en principe exonérées de TVA. Il faut donc encore déterminer l'assiette de la TVA lorsqu'elle s'applique et les modalités d'option pour la taxation pour les opérations exonérées de TVA.

À cet égard, le régime le plus simple est celui de la cession de l'immeuble neuf par un assujetti. Dans cette situation, la cession est toujours soumise à la TVA sur le prix total.

La cession d'un terrain non à bâtir, en principe, exonérée de TVA peut être soumise à la taxe sur option du vendeur (article 260-5° *bis* du CGI). Cette option pourra présenter un intérêt pour le vendeur si celui-ci a engagé des dépenses grevées de TVA sur l'immeuble et souhaite pouvoir déduire cette TVA.

La cession de l'immeuble ancien peut également être soumise à la TVA sur option formulée par le vendeur dans l'acte. Dans cette dernière hypothèse, la détermination de la base d'imposition est complexe et se fait dans les mêmes conditions que pour les cessions de terrain à bâtir.

Il faut rappeler qu'en matière de TVA, le principe est celui de l'application de la TVA sur toutes les sommes, valeurs, biens ou services reçus ou à recevoir par le vendeur assujetti en contrepartie de son opération de la part de l'acheteur, à l'exclusion de la TVA elle-même (article 266 et 267 du CGI). La TVA s'applique donc par principe sur le prix total sauf dérogation expresse.

En matière immobilière, pour les terrains à bâtir et les immeubles anciens soumis à la TVA sur option du vendeur, l'article 268 du CGI met en place une telle exception en disposant que la vente est soumise à la TVA sur la marge « *si l'acquisition par le cédant n'a pas ouvert droit à déduction de la TVA* ».

La notion d'ouverture d'un droit à déduction sur l'acquisition a été précisé par l'administration fiscale dans sa doctrine publiée(86). Il n'y a ouverture d'un droit à déduction que si l'acquisition a été grevée de TVA (ou a donné lieu à un transfert de droit à déduction) et si l'actif a été acquis en qualité d'assujetti. Soulignons sur ce dernier point, que l'administration fiscale considère également qu'il y a eu ouverture d'un droit à déduction si le bien a été acquis pour des opérations économiques exonérées de TVA.

Appliqué à la lettre, l'article 268 du CGI conduirait donc à soumettre à la TVA sur la marge l'ensemble des cessions de terrains à bâtir et d'immeubles anciens (dans ce dernier cas, uniquement lorsque le vendeur aura opté pour la taxation) pour lesquels le vendeur n'a pas déduit de TVA lors de sa propre acquisition.

Toutefois, la lecture très restrictive faite par l'administration fiscale de cet article est différente ce qui donne lieu à un abondant contentieux. Cette lecture peut être résumée comme suit (toujours à la condition que l'acquisition n'ait pas ouvert droit à déduction de la TVA) :

– Lorsque le bien acquis est un terrain à bâtir qui est revendu après division, l'administration fiscale considère que la TVA doit être calculée sur le prix total mais « admet » l'application de la TVA sur la marge(87).

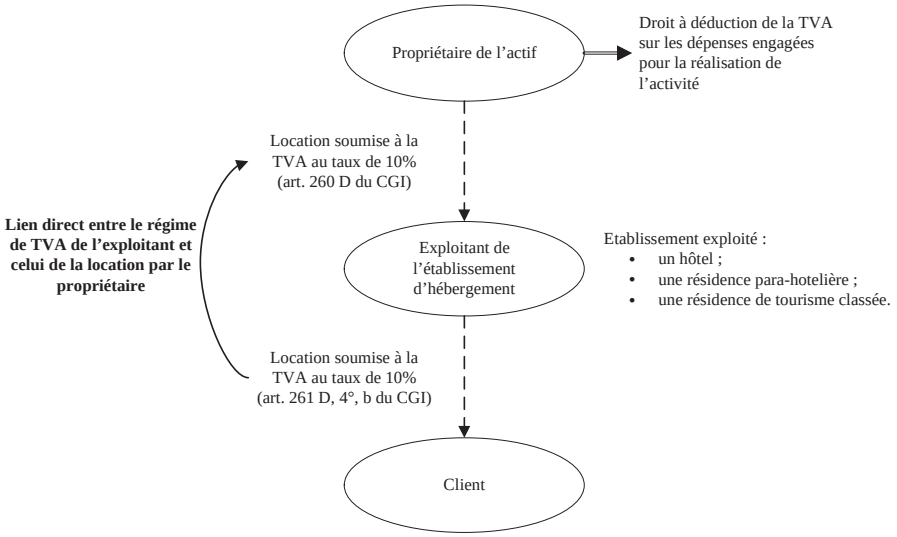
– Lorsque le bien est un immeuble ancien qui va être démoli pour être revendu comme un terrain à bâtir, l'administration fiscale considère que la TVA doit impérativement être calculée sur le prix total. Cette position n'est pas partagée parles juridictions administratives et devrait donner lieu rapidement à une décision du Conseil d'État(88).

---

(86) BOI-TVA-IMM-10-20-10-20160302, § 30 à 90.

(87) RM Laure de la Raudière 15 mars 2016, JOAN n° 94061 ; question n° 96679 de M. Dominique Bussereau, JOAN 20/09/2016 p. 8522 ; question n° 94538 M. Gilles Savary, JOAN 20/09/2016 p. 8514 puis Rep. Vogel Sen. 17 mai 2018, n° 04171.

(88) CAA Lyon, 20 déc. 2018, PROMIALP, n° 17LY03359.



B/ La question de l'application de l'article 257 *bis* du CGI

Lorsque l'immeuble va être intégralement affecté par l'acquéreur à une activité locative soumise, en tout ou partie, à la TVA et que le vendeur lui avait donné la même affectation, une autre question doit être examinée pour déterminer correctement le régime TVA applicable à la cession : l'éventuelle application de la dispense de TVA prévue par l'article 257 *bis* du CGI.

Cet article introduit en 2006 dans la législation française dispose que :

« *Les livraisons de biens et les prestations de services, réalisées entre redevables de la taxe sur la valeur ajoutée, sont dispensées de celle-ci lors de la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit, ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens.*

Le bénéficiaire est réputé continuer la personne du cédant, notamment à raison des régularisations de la taxe déduite par ce dernier, ainsi que, s'il y a lieu, pour l'application des dispositions du e du 1 de l'article 266, de l'article 268 ou de l'article 297 A. »

Si les premières applications de ce texte ont visé les opérations de restructurations telles que les fusions ou les apports partiels d'actifs, l'administration fiscale en a très sensiblement augmenté le champ d'application en indiquant dans un rescrit du 12 septembre 2006 que les cessions d'immeubles attachés à une activité de location immobilière pouvaient être dispensées du paiement de la TVA sur son fondement. D'autres rescrits, puis la jurisprudence, ont ensuite confirmé l'application de cette dispense aux cessions d'actifs immobiliers si certaines conditions sont réunies.

Ces conditions sont les suivantes :

- l'immeuble doit être affecté principalement et durablement tant par le vendeur que par l'acquéreur à une activité locative ;

- cette affectation doit être intégrale ;
- l'activité locative doit être en tout ou partie soumise à la TVA.

La condition d'affectation principale et durable à une activité locative est respectée lorsque le bien est immobilisé à l'actif d'une personne morale. À défaut de bilan (détention directe par une personne physique), la preuve de cette affectation va résulter d'un faisceau d'indices (durée de détention, modalités de financement...).

Il faut noter que l'application de cet article à des schémas de location résidence de tourisme a été confirmée par une réponse ministérielle (Question écrite nº 05176 de M. André Lejeune Réponse du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi publiée dans le JO Sénat du 04/09/2008 – page 1780).

Cette dispense s'applique aux immeubles affectés à une activité directe ou indirecte d'hébergement.

Lorsque ses conditions d'application sont réunies, l'article 257 *bis* du CGI conduit à faire disparaître la cession pour les besoins de la TVA. L'acquéreur est alors réputé continuer la personne de son vendeur et il faudra veiller à annexer à l'acte de vente un état des droits à déduction exercés par ce dernier pour permettre à l'acquéreur de procéder aux éventuelles régularisations ultérieures.

C/ La question du redevable de la TVA lorsqu'elle est applicable

Comme indiqué précédemment, en application de l'article 283, 1, al. 2 du CGI, lorsque le vendeur n'est pas établi en France au sens de la TVA et que l'acquéreur est immatriculé à la TVA en France, la TVA éventuellement applicable sur l'opération doit dans certains cas être collectée par le client (voir Titre I – Chapitre V).

Sur le fondement de la doctrine administrative commentant cette disposition(89), il peut être considéré que :

– Si la cession de l'actif est soumise à la TVA de plein droit sur le prix total (immeuble neuf ou certains terrains à bâtir), la TVA sera versée au Trésor par l'acquéreur identifié à la TVA en France.

– Si la cession est soumise à la TVA sur option, le vendeur demeure redevable de la TVA par parallélisme avec la solution adoptée par la doctrine pour l'activité de location immobilière.

La difficulté se pose lorsque la cession est soumise à la TVA de plein droit sur la marge. En effet, dans cette situation, il n'existe pas de disposition claire sur l'application ou non de l'article 283, 1 du CGI. Les premiers commentaires de l'administration fiscale sur ce dispositif d'inversion du redevable en 2006 excluaient de son champ d'application (i.e. le vendeur non établi en France demeure le redevable de la TVA sur la cession) « *les opérations soumises à la TVA "sur marge"* » (BOI 3 A-9-06, nº 105 du 23 juin 2006 § 4). Toutefois, cette exclusion n'a pas été reprise dans la documentation actuellement en vigueur.

Confronté à une telle hypothèse, il conviendra de faire valider la solution appliquée par l'administration fiscale.

(89) BOI-TVA-DECLA-10-10-20-20190515, § 10 et s.

D/ Conséquence du régime de TVA appliqué à la cession pour le vendeur assujetti

Le principe de neutralité qui fait loi en matière de TVA conduit les opérateurs à déduire la TVA sur leurs dépenses à la condition qu'elles concourent à la réalisation d'une opération elle-même soumise à la TVA.

Dans ce cadre, quelles sont pour le vendeur, les conséquences du régime applicable à sa cession ?

- La vente est soumise (de plein droit ou sur option) à la TVA (sur la marge ou le prix total) :

  o Le vendeur qui a antérieurement récupéré l'intégralité de la TVA sur ses dépenses relatives à l'actif n'a pas à modifier cette situation.

  o Le vendeur qui n'a pas récupéré l'intégralité de la TVA sur ses dépenses relatives à l'actif doit vérifier que la soumission de la vente à la TVA ne lui ouvre pas droit à un droit à déduction complémentaire.

- La vente est exonérée de TVA :

  o Le vendeur doit vérifier si cette exonération n'a pas de conséquences sur ses droits à déduction antérieurement exercés (notamment, exigibilité d'une régularisation de la TVA antérieurement déduite en application de l'article 207 de l'annexe II au CGI).

  o Le vendeur doit s'assurer que la formulation d'une option pour la TVA sur la cession ne lui serait pas favorable.

- La vente bénéficie des dispositions de l'article 257 *bis* du CGI :

  o Le vendeur doit transmettre à l'acquéreur un état des droits à déduction exercés au titre de l'actif.

Cette analyse doit être effectuée très en amont de la vente puisqu'elle est susceptible d'avoir un impact sur la détermination du prix de cession.

Section II – Vente de parts ou actions de SPI par un non-résident

Il convient de préciser les conséquences d'une telle vente au regard de l'impôt dû au titre de la plus-value.

§ I – *CESSION DES PARTS PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE NON-RÉSIDENTE*

À titre liminaire, il convient de rappeler que conformément aux dispositions de l'article 164 B f) 1., le prélèvement prévu à l'article 244 *bis* B du CGI s'applique aux plus-values résultant de la cession ou du rachat de droits sociaux, lorsque les droits détenus directement ou indirectement par le cédant dont les titres sont rachetés, sont émis par une société soumise à l'impôt sur les sociétés et ayant son siège en France ; lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant, avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années.

Lorsqu'elles sont imposables, les plus-values réalisées par les particuliers lors de la cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux sont soumises à un prélèvement forfaitaire unique (PFU) de 12,8 %. Ce taux est toutefois porté à 75 % lorsque le cédant est situé dans un ETNC à moins qu'il ne prouve que les opérations ont principalement un objet et un effet non fiscal. Ce prélèvement est libératoire de l'impôt sur le revenu. Les plus-values ne supportent pas les prélèvements sociaux.

Ce prélèvement prévu à l'article 244 *bis* B s'applique toutefois « *sous réserve des dispositions de l'article 244 bis A* » ce qui signifie que si la société dont les parts sont cédées est une société française soumise à l'IS, à prépondérance immobilière au sens de l'article 244 *bis* A, alors c'est ce dernier dispositif qui doit s'appliquer et non celui de l'article 244 *bis* B.

Le prélèvement de l'article 244 *bis* A du CGI s'applique quant à lui sous réserve des conventions fiscales. Or certaines conventions qui prévoient que les plus-values de cession de biens immobiliers sont imposables dans l'État de situation des biens (i) n'étendent pas la définition des biens immobiliers aux parts de sociétés à prépondérance immobilière, et (ii) ne contiennent pas de clause plus-values faisant référence à la notion de sociétés à prépondérance immobilière. Dans cette hypothèse, c'est en principe la clause « autres revenus » qui s'applique, attribuant l'exclusivité du droit d'imposer au pays de résidence du cédant.

Lorsque la convention fiscale bilatérale contient une clause prévoyant que les plus-values réalisées par le résident d'un État à raison de la cession de titres de sociétés dont l'actif est principalement constitué de biens immobiliers situés dans l'autre État sont imposables dans cet autre État, alors la France est potentiellement en droit d'appliquer le prélèvement. Mais l'analyse ne doit pas s'arrêter là : en effet, la définition de la prépondérance immobilière au sens conventionnel n'est pas nécessairement identique à la définition française. Elle peut ainsi ne prévoir qu'un seul niveau d'interposition, comme c'est le cas de la convention fiscale franco-néerlandaise, ou bien ne pas exclure les biens immobiliers affectés à l'exploitation de la société qui les détient. La date d'appréciation de la prépondérance peut également s'avérer différenciante : à défaut de précision, limiter l'appréciation de la prépondérance au jour de la cession et non à la clôture des trois exercices précédant comme un droit interne. Dans des modèles de conventions plus récents, comme la nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise signée le 20 mars 2018 qui devrait être applicable à compter du 1er janvier 2020, la prépondérance immobilière est validée si « *à tout moment au cours des 365 jours qui précèdent l'aliénation, ces actions parts ou droits tirent plus de 50 % de leur valeur, directement ou indirectement, de biens immobiliers (…) situés dans cet autre État* ». la formule « à tout moment » est assez ambigüe, mais il faut en principe la comprendre comme « à un moment quelconque ».

L'article 164 B du CGI prévoit que constituent des revenus ou gains de source française les plus-values qui résultent de la cession :

- des droits sociaux de sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 *ter* dont le siège social est situé en France et dont l'actif est principalement constitué directement ou indirectement de biens et droits mentionnés au 1° ;

- des parts de fonds de placement immobilier ou à des parts ou droits dans des organismes de droit étranger qui ont un objet équivalent et sont de forme similaire,

dont l'actif est, à la date de la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens et droits mentionnés au 1° ;

• d'actions de SIIC ou de SPPICAV dont l'actif est, à la date de la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens immobiliers ou assimilés ;

• de parts, d'actions ou d'autres droits dans des organismes, quelle qu'en soit la forme, non cotés sur un marché français ou étranger, dont l'actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens et droits mentionnés au 1° du e *bis*. Si l'organisme dont les parts, actions ou droits sont cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession.

La plus-value de cession ainsi réalisée sera soumise (comme en cas de cession de bien immobilier) :

• au prélèvement libératoire de 19 % prévu à l'article 244 *bis* A du CGI ;

• à la taxe maximale de 6 % sur les plus-values immobilières excédant 50 000 € prévue à l'article 1609 *nonies* G du CGI ;

• aux contributions sociales de 17,2 %, ou 7,5 % pour les personnes domiciliées au sein de l'UE, de l'EE ou de Suisse non soumis en France à un régime de sécurité sociale obligatoire ;

• à l'obligation de désigner un représentant fiscal sauf lorsque le cédant est domicilié, établi ou constitué dans un État membre de l'UE, ou de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement de l'impôt.

Les plus-values sont calculées par différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition.

• Le prix de cession s'entend, pour les titres non cotés, du prix effectif convenu entre les parties et, pour les titres cotés, du cours de bourse auquel la transaction est conclue. Ce prix est augmenté des charges et indemnités stipulées au profit du cédant ou d'un tiers, à quelque titre que ce soit, en rémunération de l'opération. Ce prix est diminué du montant des frais et taxes acquittés par le cédant.

Prix de cession =

prix stipulé à l'acte ou cours de bourse auquel la transaction a été conclue + charges et

indemnités stipulées au profit du cédant ou d'un tiers

– frais et taxes acquittés par le cédant

• Le prix d'acquisition s'entend du prix pour lequel les titres ont été acquis à titre onéreux par le cédant ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, de la valeur retenue pour la détermination des droits de mutation. Les frais d'acquisition, comme les commissions, les honoraires d'experts, les droits d'enregistrement et de frais d'acte, payés par le redevable de l'impôt en sa qualité de cédant, majorent le prix d'acquisition.

Prix d'acquisition =

prix stipulé à l'acte + frais d'acquisition

L'article 244 *bis* A prévoit toutefois que lorsque le prélèvement mentionné au I est dû par des contribuables assujettis à l'impôt sur le revenu, les plus-values sont déterminées selon les modalités définies au I et aux 2° à 9° du II de l'article 150 U, aux II et III de l'article 150 UB et aux articles 150 V à 150 VD. Ce renvoi général permet de soutenir que l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150 VC du CGI devrait pouvoir s'appliquer pour la détermination de l'assiette imposable de la plus-value de cession de parts de SPI, quelle que soit le régime fiscal de la société. Ainsi, à la différence des cession réalisées par les résidents de France, on ne distingue pas selon que la société dont les titres sont cédés est soumise à l'IS ou pas.

De même, en cas d'échange de titres, le renvoi opéré par l'article 244 *bis* A au II et III de l'article 150-UB permettent à l'associé non-résident de bénéficier du régime de sursis d'imposition prévu par ce texte, là où un résident français aurait pu être soumis au régime de report prévu à l'article 150-0B *ter*, avec une imposition immédiate de la soulte.

Les modalités d'imposition sont ainsi similaires à celles décrites ci-avant en cas de cession d'immeuble par une personne physique non-résidente aux différences près :

- Absence d'application d'un abattement de 2 % par an sur le prix d'acquisition comme en matière de cession d'immeuble par certains non-résidents ;
- Absence de solidarité du représentant fiscal concernant la taxe de 3 %.

§ II – *CESSION DES PARTS DE SPI PAR UNE PERSONNE MORALE NON-RÉSIDENTE*

La remarque liminaire figurant au 2.2.1. est également valable ici.

La cession des parts d'une SPI au sens de l'article 164 B du CGI[90] par une personne morale non résidente est soumise au prélèvement de l'article 244 *bis* A du CGI, sous réserve des conventions fiscales applicables. À cet égard, la plupart des commentaires faits au 2.2.1. restent valables, à la différence près que si la cession n'entre pas dans le champ d'application d'une clause visant spécifiquement les plus-values de cession de parts de sociétés à prépondérance immobilière, alors elle devrait relever de la clause traitent des bénéficies d'entreprise, qui prévoit que les profits sont imposés au lieu de résidence de la société, sauf s'ils peuvent être rattachés à un établissement stable situé dans l'autre État. La simple détention de parts ne traduit en principe pas l'existence d'un établissement stable en France, mais l'administration se livre parfois à des requalifications lors que la sociétés cédante est dépourvue de substance dans son État de siège, et qu'elle s'appuie sur des personnes travaillant en France (notamment dans les filiales) pour mener à bien ses opérations d'acquisition, de financement ou de cession.

(90) Parts, d'actions ou d'autres droits dans des organismes, quelle qu'en soit la forme, non cotés sur un marché français ou étranger, dont l'actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens et droits mentionnés au 1° du e *bis*.

Le prélèvement s'applique au taux normal de l'impôt sur les sociétés (31 % actuellement) et n'est pas libératoire : il s'impute sur le montant de l'impôt sur les sociétés dû par le cédant.

CHAPITRE III

FISCALITÉ ATTACHÉE À LA TRANSMISSION

Pour les conséquences de la transmission, cf. développements ci-après figurant dans la partie dédiée à la fiscalité de la transmission.

CHAPITRE IV

STRUCTURATION DU PATRIMOINE IMMOBILIER DES NON-RÉSIDENTS

Section I – La structuration fiscale des investissements étrangers en France

§ 1 – *QUESTIONS GÉNÉRALES*

Lorsqu'un résident fiscal étranger souhaite investir dans un bien immobilier en France, un certain nombre d'informations doivent d'abord être collectées. Il convient ensuite d'analyser l'objectif de l'investissement, puisque sa structuration fiscale en dépend étroitement. Enfin, l'ensemble de ces paramètres devra être pris en compte pour les besoins de la TVA.

A/ Informations générales à collecter

En vue de pouvoir lui recommander la structuration la plus adaptée, il est utile d'obtenir les informations suivantes de la part de l'investisseur :

- résidence du contribuable et des différents membres de sa famille ;
- nationalité ;
- situation familiale, régime matrimonial ;
- origine des fonds ;
- aperçu du patrimoine mobilier et immobilier détenu, directement ou indirectement, en France et à l'étranger, par l'investisseur et son groupe familial.

À la suite de ces informations générales, il est indispensable de se renseigner sur les éléments qui ont un impact sur le choix de structuration de l'investissement.

B/ Éléments de réflexion impactant le choix de structuration

De nombreux paramètres sont à prendre en considération du point de vue fiscal en cas d'investissement immobilier en France. Ces différents paramètres ont un impact sur l'imposition de l'acquisition, mais aussi de la détention et de la cession du bien immobilier.

I/ Jouissance personnelle ou investissement locatif

Il est primordial de savoir si l'acquisition immobilière a lieu en vue d'une jouissance personnelle du bien acquis ou de sa mise en location (location nue ou en meublé) même partielle.

- Si l'acquisition s'effectue en vue d'une jouissance exclusive par l'investisseur et sa famille, une détention directe ou via une société qui permet une mise à disposition gratuite (c'est à dire les sociétés translucides, à l'exclusion des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés) sera privilégiée.

  En cas de détention via une société soumise à l'IS, ou via une société de personnes détenue par une société soumise à l'IS, la mise à disposition gratuite au profit de l'associé ou d'un membre de sa famille est en effet constitutive au plan fiscal d'un acte anormal de gestion (qui peut éventuellement avoir pour corolaire un abus de bien social ou un abus de confiance au plan juridique selon la forme sociale de l'entité concernée).

  La matérialisation d'un tel acte anormal de gestion entraîne en principe (i) la réintégration pour la détermination du résultat imposable(91) de la société (ou de son associée soumise à l'IS s'il s'agit d'une société translucide) des loyers de marché qu'elle aurait normalement dû percevoir et (ii) l'imposition des associés sur l'avantage en nature correspondant à cette mise à disposition gratuite ou à prix comme une distribution imposable dans la catégorie des revenus mobiliers, sur le fondement de l'article 109, 1 du CGI(92).

- En cas d'investissement locatif, une structure soumise à l'impôt sur les sociétés peut en revanche s'avérer plus avantageuse, pour les raisons suivantes :

  o le taux d'imposition : à l'impôt sur le revenu, le contribuable est imposé au taux marginal de 45 %, auquel s'ajoutent les prélèvements sociaux(93) et le cas échéant la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus d'un taux compris entre 3 et 4 %, ce qui peut aboutir à un taux d'imposition allant jusqu'à 66,2 %. Dans le cas d'une société à l'impôt sur les sociétés, les revenus locatifs sont compris dans le bénéfice social soumis au taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés, qui est plus faible(94) ;

(91) BOI-BIC-PDSTK-10-10-20 n° 220.

(92) BOI-RPPM-RCM-10-20-20-10 n° 70 ; par exemple : CE, 4 févr. 1977, n° 83219, plén.

(93) Au taux de 17,2 %, ou 7,5 % si la personne physique est résidente de l'Espace économique européen et n'est pas à la charge obligatoire d'un régime de sécurité sociale français.

(94) 31 % actuellement avec une baisse progressive vers un objectif de 25 % en 2022. Notons à cet égard que les 38 120 premiers euros de bénéfices sont en principe soumis au taux réduit d'impôt sur les sociétés de 15 % (art. 219, I-b du CGI).

o l'assiette d'imposition est également potentiellement plus intéressante. En effet, l'impôt sur les sociétés permet la déduction des amortissements relatifs aux constructions, ce qui permet une base d'imposition plus réduite (mais corrélativement la plus-value imposable constatée lors de la cession du bien sera augmentée d'autant puisqu'elle est déterminée par rapport à la valeur nette comptable des biens).

Le choix d'une structure soumise à l'impôt sur les sociétés réinvestissant ses produits nets dans de nouveaux actifs (capitalisation) est particulièrement adaptée au projet consistant à se constituer un patrimoine immobilier de rendement dans la durée.

● Les mêmes règles sont transposables pour les sociétés étrangères : lorsqu'une personne morale étrangère est imposable en France à l'impôt sur les sociétés en raison de sa forme ou de son activité (cf. 2.2-d), la nécessité de facturer un loyer au titre de la mise à disposition du bien immobilier s'applique dans les mêmes conditions que pour une société française. De nombreux arrêts illustrent cette règle. Le Conseil d'État a par exemple déjà jugé qu'une *Anstalt* du Liechtenstein avait commis un acte anormal de gestion en mettant une résidence à disposition d'un tiers, avec comme seule contrepartie la prise en charge des frais d'entretien courant et de gardiennage(95).

En revanche, la jurisprudence admet l'absence de facturation d'un loyer dans le cas de sociétés non commerciales sans but lucratif. Le Conseil d'État a ainsi estimé qu'une société anonyme monégasque immatriculée au répertoire national des sociétés civiles monégasques, et dont l'unique objet était de mettre ses biens immobiliers gratuitement à la disposition de son actionnaire, ne commettait pas d'acte anormal de gestion(96). D'une part, le fait, pour une personne morale qui ne serait pas pour un autre motif passible de l'impôt sur les sociétés de mettre gratuitement un bien immobilier à disposition de son actionnaire ne constitue pas, par lui-même, une activité lucrative. D'autre part, malgré sa dénomination et la responsabilité limitée de ses actionnaires, la société ne pouvait être regardée comme commerciale par sa forme.

II/ Investissement long terme ou court terme

● Si une revente à court terme est envisagée, une structure soumise à l'impôt sur les sociétés peut être plus intéressante.

En effet, la plus-value de cession par une société soumise à l'impôt sur les sociétés d'un bien inscrit à son bilan est imposable au taux normal de l'impôt sur les sociétés(97). Le taux d'imposition de la plus-value sera donc plus attractif (taux marginal de 25 % à compter de 2022).

Ce taux est plus favorable qu'en cas de détention directe ou via une structure translucide (taux marginal de 40,5 % (imposition proportionnelle au taux de 19 % + prélèvements sociaux au taux de 7,5 % ou 17,2 % + surtaxe de 6 % au-delà de 260 K€ de plus-value, sans compter l'éventuelle CEHR de 3 % ou 4 %).

(95) CE, 24 févr. 1986, nº 54253 et 54256.

(96) CE, 24 mai 2006, nº 278737, 3e et 8e s.-s., min. c/ Société immobilière « Saint-Charles ».

(97) Rappelons que pour l'exercice 2019, le taux d'impôt sur les sociétés pour les entreprises dans le chiffre d'affaires est inférieur à 7,63 millions d'euros est de 15 % pour la tranche de bénéfices imposable entre 0 et 38 120 €, 28 % pour la tranche entre 38 120 € et 500 000 € et 31,1/3 % pour la tranche excédant 500 000 € (art. 219 du CGI).

Par ailleurs, en cas de détention en direct ou via une société translucide, une revente rapide du bien expose le cédant à un risque de requalification de son activité en marchand de biens, entraînant une requalification en profit commercial de la plus-value réalisée (imposition au barème progressif, avec un taux marginal de 45 % et des majorations pouvant monter à 80 % pour activité occulte). Réalisée dans une SCI, ce type d'opérations peut entraîner la requalification globale de la SCI et son assujettissement à l'IS, entraînant l'imposition des plus-values latentes sur les autres biens détenus. En principe ce type de requalification suppose de prouver l'intention spéculative au moment de l'achat, et l'existence d'une activité habituelle supposant au moins deux opérations.

Enfin, en cas de revente rapide, l'assiette de la plus-value n'est pas plus élevée dans la sphère de l'IS puisque soit il n'y aura pas eu d'amortissement (comptabilisation de l'immeuble en stock) soit cet amortissement aura été proportionnellement faible.

- Au contraire, si un investissement à long terme est envisagé avec un objectif de revente, sans activité locative continue ou significative dans l'intervalle, alors une détention en directe ou au travers d'une société translucide semble préférable.

En effet dans ce cas les amortissements pour durée de détention permettent de réduire la plus-value imposable sera réduite annuellement à compter de la cinquième année de détention, pour aboutir à une exonération totale d'IR au bout de 22 ans et de prélèvements sociaux au bout de 30 ans. Le taux effectif d'imposition de l'IR peut donc devenir plus intéressant que celui de l'impôt sur les sociétés, *a fortiori* si l'objectif du contribuable est d'appréhender personnellement le produit de la cession, puisqu'en cas d'interposition d'une société soumise à l'IS, le taux d'imposition de 25 % viendra s'ajouter l'imposition de la distribution à la flat tax de 30 % (12,5 % pour un non résident).

À l'inverse, dans l'hypothèse d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés, la plus-value augmente mécaniquement du fait des amortissements pratiqués. Cette affirmation est toutefois à nuancer : il convient d'examiner la répartition entre les terrains et les constructions(98), seules ces dernières étant amortissables. Les terrains n'étant, par nature, susceptibles d'aucune diminution de valeur par l'effet du temps, ne peuvent en effet faire l'objet d'aucun amortissement. Si l'essentiel de la valeur est constitué par des terrains, les amortissements seront donc faibles et ne feront que peu augmenter la plus-value.

De plus, d'autres abattements sont applicables en cas de détention directe ou via une société translucide, par exemple l'abattement exceptionnel de 70 % pour les cessions de terrains à bâtir et d'immeubles bâtis lorsque l'acquéreur s'engage à démolir les constructions existantes pour reconstruire des logements, lorsque ces terrains ou immeubles sont situés en zone tendue et que la promesse unilatérale ou synallagmatique de vente est signée et à date certaine entre le 1er janvier 2018 et le 31 décembre 2020(99).

---

(98) Le Conseil d'État a précisé dans un arrêt récent la méthode de ventilation du prix de revient d'un ensemble immobilier entre des constructions et le terrain sur lequel elles se situent : CE, 15/02/2016, nº 367467, SARL Daves Place des États-Unis.

(99) Article 28 de la loi nº 2017-1775 du 28 déc. 2017 de finances rectificative pour 2017.

III/ Objectif de conservation et transmission vs objectif de revente avec gain

Si l'acquéreur a pour objectif de transmettre le bien, alors recourir à l'emprunt au travers d'une société interposée et/ou mettre en place un démembrement de propriété dès le départ peuvent s'avérer des pistes de réflexion opportunes (cf. I-2-e).

La structuration de l'acquisition au travers d'une société ayant recours à l'emprunt a plusieurs vertus :

- réduire la valeur des parts de la société à leur montant nominal, ce qui permet de procéder à des donations en pleine propriété ou en nue-propriété sur la base d'une assiette réduite ;
- de permettre un refinancement de la dette sans que l'administration ne puisse venir contester la déductibilité de la dette de refinancement sur le fondement de ce qu'elle aurait perdu son affectation au bien taxable (risque en cas de donation du bien grevé de sa dette d'acquisition) ;
- permettre aux enfants d'acquérir les parts pour une valeur faible dès l'origine et de profiter de l'augmentation de valeur de la société (par la prise de valeur du bien ou par le remboursement progressif de la dette de la société grâce aux loyers).

Le recours à une société n'est pas nécessaire, mais il est conseillé. En cas de détention du bien en direct, il reste possible de procéder à la donation de l'actif immobilier français avec la dette qui lui est attachée. Enfin, il est également possible de combiner les deux techniques précitées en mettant en place un démembrement de propriété avec endettement égal à la valeur du bien.

§ II – *LA PRISE EN COMPTE DE LA TVA DANS CES ARBITRAGES : L'AFFECTATION DE L'IMMEUBLE*

Parallèlement à ces différents arbitrages, la question de la TVA va se poser principalement lorsque l'acquisition de l'immeuble en sera grevée ou que ce dernier devra faire l'objet de travaux significatifs eux-mêmes soumis à la taxe.

Comme développé ci-avant, c'est l'affectation de l'immeuble et la qualité d'assujetti à la TVA qu'elle est susceptible de conférer à son propriétaire qui sont primordiaux en la matière.

La qualité de non-assujetti interdit, en principe, à son titulaire l'exercice de tout droit à déduction de la TVA et lui ferme l'accès aux régimes de faveur de l'engagement de construire et de l'engagement de revendre en matière de DMTO (voir Titre II – Chapitre I).

Au contraire, si l'activité confère la qualité d'assujetti à la TVA et qu'elle est effectivement soumise à la TVA (et non exonérée), l'assujetti pourra déduire la TVA grevant les dépenses engagées pour la réaliser. Il pourra également bénéficier le cas échéant des régimes de faveur précités en matière de DMTO. La prudence s'impose au contraire dans l'hypothèse où le propriétaire a la qualité d'assujetti mais pour une activité exonérée de TVA (notamment location à usage d'habitation). Dans cette situation, outre les contraintes administratives, le propriétaire peut subir un frottement TVA dans son opération s'il doit réaliser des travaux concourant à la livraison d'un immeuble neuf.

Ainsi, l'investisseur agissant à titre privé qui réalise une activité exonérée de TVA (par exemple, une activité de location à usage d'habitation) n'aura que très rarement intérêt à revendiquer la qualité d'assujetti à la TVA dans les conditions décrites par la doctrine administrative (voir Titre I – Chapitre V). Au contraire, celui qui réalise une activité taxable y trouvera le plus souvent son compte. Chaque situation doit donner lieu à une analyse approfondie prenant en considération la nature de l'activité envisagée, son caractère taxable ou exonéré, le volume des dépenses grevées de TVA engagées ou encore le nombre d'opérations réalisées et à venir par l'opérateur afin de s'assurer qu'il demeure dans le cadre d'un investissement à titre privé.

Ces principes étant posés, il convient de vérifier leur application dans les hypothèses les plus fréquentes.

A/ L'affectation exclusive à l'usage personnel du propriétaire

L'acquisition pour la seule utilisation directe par le propriétaire personne physique ne confère pas la qualité d'assujetti et n'ouvre donc aucun droit à déduction de la TVA.

B/ L'affectation à une activité locative

L'affectation à une activité locative confère la qualité d'assujetti à la TVA sous la réserve de l'opérateur agissant à titre privé qui ne souhaite pas revendiquer la qualité d'assujetti (voir Titre I – Chapitre V).

L'assujetti bénéficiera d'un droit à déduction de la TVA sur ses dépenses à la condition que l'activité locative réalisée soit soumise à la TVA (voir Titre III – Chapitre I). Pour mémoire, il doit s'agir de l'une des activités suivantes :

- La location de locaux nus à usage professionnel (soumise à la TVA sur option sur bailleur) ;
- La location de locaux équipés ;
- L'hébergement ;
- La location d'emplacements de stationnement ;
- Certaines activités locatives commerciales.

Au contraire, la location à usage d'habitation est une activité exonérée de TVA qui ne créée donc aucun droit à déduction de la TVA pour le bailleur.

Cela étant, à défaut de pouvoir déduire la TVA grevant les dépenses engagées pour un immeuble utilisé par son propriétaire pour son usage personnel ou donné en location à usage d'habitation, les travaux réalisés pourront, sous certaines conditions, bénéficier du taux intermédiaire de TVA (voir Titre III – Chapitre I) limitant ainsi leur coût TTC.

C/ L'affectation à une activité d'achat-revente

L'achat d'un immeuble en vue de sa revente confère également, en principe, la qualité d'assujetti à la TVA à celui qui le réalise.

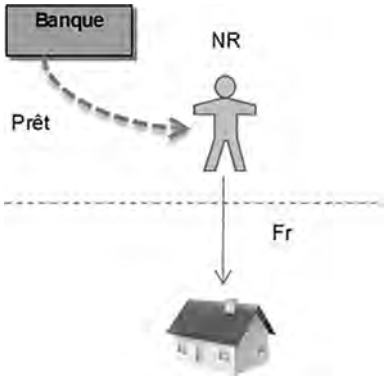
Cette activité peut, sous certaines conditions, ouvrir droit à déduction de la TVA. En effet, la revente d'un immeuble peut être soumise ou non à la TVA selon la date

à laquelle elle intervient à compter de son achèvement ou parce que le vendeur exerce une option en ce sens. La taxation de la cession créera, dans cette situation, un droit à déduction de la TVA chez le vendeur. Un tel droit peut également être exercé si l'immeuble est affecté, pendant une certaine durée, à une activité taxable entre son achat et sa revente (article 207, IV, 3 de l'annexe II au CGI).

Les deux tableaux ci-après résument ces différentes hypothèses selon que l'acquisition est réalisée soit par une personne physique ou une société civile constituée pour le seul investissement privé de ses associés, soit par une autre personne morale.

§ III – *SYNTHÈSE : STRUCTURES DE DÉTENTION HABITUELLES POUR UN INVESTISSEUR NON-RÉSIDENT*

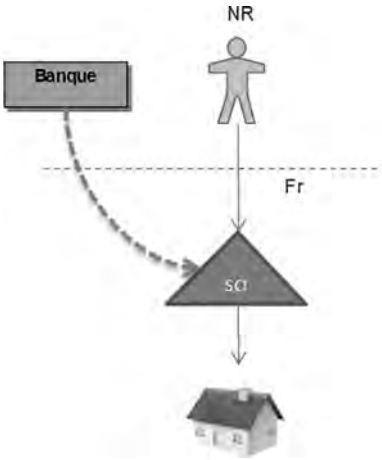
A/ Détention en direct



Détention en direct par un particulier NR		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
Acquisition	Possibilité de revendiquer l'application de la doctrine administrative permettant d'être considéré comme un non-assujetti à la TVA même si l'actif est donné en location	Pas de possibilité de bénéficier des régimes de l'engagement de construire ou de revendre (DMTO) si l'acquéreur est non-assujetti
Revenus	Jouissance gratuite possible	En cas de location, imposition en France du non-résident avec un taux élevé : Taux minimum de 37,5 % ou 47,2 % pour un loyer supérieur à 27 519 € Max 66 % (avec CEHR)

Détention en direct par un particulier NR		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
Plus-value de cession	– Exonération progressive avec exonération totale après 22 ans – Possibilités d'exonérations pour les anciens résidents français	En cas de cession rapide : – taux élevé d'imposition (32,5 % pour un résident UE et 42,2 % sinon + CEHR) – risque de requalification en marchand de biens (imposition max 66 %) + majorations
IFI		Déduction des dettes seulement si elles sont affectées au bien Règle du rabot (déduction limitée à 50 % de la dette excédant 60 % de la valeur du bien pour les contribuables avec une valeur d'immeubles excédant 5 M€)
Transmission		– Imposition en France – Déduction des dettes uniquement si affectées au bien

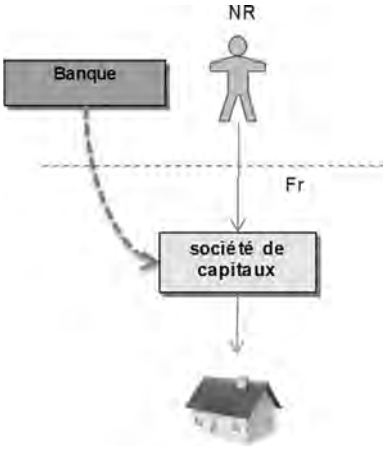
B/ Détention au travers d'une société civile française translucide



Détention au travers d'une société civile française translucide		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
Acquisition	Possibilité de revendiquer l'application de la doctrine administrative permettant d'être considéré comme un non-assujetti à la TVA même si l'actif est donné en location En cas de cession des parts, application des droits de mutation à titre onéreux sur la valeur nette de dette	Pas de possibilité de bénéficier des régimes de l'engagement de construire ou de revendre (DMTO) si l'acquéreur est non-assujetti
Revenus	Mise à disposition gratuite possible	En cas de location, imposition en France du non-résident avec un taux élevé : Taux minimum de 37,5 % ou 47,2 % pour un loyer supérieur à 27 519 € Max 66 % (avec CEHR)
Plus-value de cession	– Exonération progressive avec exonération totale après 22 ans – Possibilités d'exonérations pour les anciens résidents français – Possibilité de se prévaloir du délai de détention du bien par la SCI, s'il est supérieur au délai de détention des parts – Possibilité de ne pas être imposé en France en cas de cession des parts (cf. certaines conventions fiscales)	En cas de cession rapide : – taux élevé d'imposition (32,5 % pour un résident UE et 42,2 % sinon + CEHR) – risque d'assujetissement de la SCI à l'IS
IFI	Structuration simple qui permet de sécuriser la déduction de la dette initiale ou de refinancement (sauf dispositif anti-abus de l'article 973 du CGI) Non assujettissement par l'effet de certaines conventions fiscales (si absence de prépondérance immobilière ou parfois sans condition)	
Transmission	Permet de déduire la dette de l'assiette imposable Non assujettissement par l'effet de certaines conventions fiscales (si absence de prépondérance immobilière ou parfois sans condition)	Les créances sur la SCI restent des biens situés en France, imposables en France en cas de transmission sauf convention fiscale

Détention au travers d'une société civile française translucide		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
Autre	Le recours à une SCI plutôt qu'à une détention directe est souvent lié l'organisation patrimoniale. Une SCI permet en effet de dissocier la propriété et le pouvoir. Ainsi, l'exercice du pouvoir au sein de la SCI ne nécessite pas la détention de la majorité des parts, et la majorité des votes est librement fixée par les statuts(100). De ce point de vue, une SCI est un très bon outil de transmission : elle permet par exemple à des parents de conserver le contrôle d'un patrimoine immobilier tout en en organisant la transmission à leurs enfants. Le dépôt d'une 2072 dispense du formalisme pour la taxe de 3 %	

C/ Détention au travers d'une société française soumise à l'impôt sur les sociétés



(100) Article 1852 du Code civil.

Détention au travers d'une société française soumise à l'IS		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
Acquisition	En cas de cession des parts, application des droits de mutation à titre onéreux sur la valeur nette de dette En l'absence de prépondérance immobilière droits de 0,1 % au lieu de 5 % si SA ou SAS Si la société est assujettie à la TVA, possibilité de bénéficier des régimes de l'engagement de construire ou de revendre (DMTO)	Pas de possibilité de revendiquer l'application de la doctrine administrative permettant d'être considéré comme un non-assujetti à la TVA même si l'actif est donné en location
Revenus	Déduction des dotations aux amortissement sur les constructions Taux de l'IS : 15 % pour les profits inférieurs à 38 120 € et 31 % au-delà (25 % en 2022)	Pas de mise à disposition gratuite
Plus-value de cession	Taux de l'IS : 15 % pour les profits inférieurs à 38 120 € et 31 % au-delà (25 % en 2022) RAS sur distribution de 12,8 % (voire 0 si holding UE ou avec une convention favorable) En cas de cession des parts ou actions, imposition de la PV en France (avec application du prélèvement puis de l'IS) sauf dispositions conventionnelles contraires	Détermination de la plus-value imposable par rapport à la VNC (réintégration des amortissements)
IFI	Déduction de la dette initiale ou de refinancement plus aisée (sauf dispositif anti-abus de l'article 973 du CGI) Non assujettissement par l'effet de certaines conventions fiscales (si absence de prépondérance immobilière ou parfois sans condition)	
Transmission	Permet de déduire la dette de l'assiette imposable Non assujettissement par l'effet de certaines conventions fiscales (si absence de prépondérance immobilière ou parfois sans condition)	Les créances sur la société sont des biens situés en France, imposables en France en cas de transmission

Détention au travers d'une société française soumise à l'IS		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
Autre		Engagement ou déclarations pour la taxe de 3% Si la société est assujettie à la TVA mais que l'activité réalisée est exonérée (ex : location habitation), risque de frottement TVA en cas de réalisation de travaux importants sur l'immeuble

D/ Détention au travers d'une société étrangère : l'assimilation des sociétés étrangères aux catégories précitées

Détention au travers d'une entité étrangère assimilée à une société de capitaux		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
Acquisition	Si la société est une SPI, en cas de cession des parts, application des droits de mutation à titre onéreux sur la valeur nette de dette Si ce n'est pas une SPI, pas de droits d'enregistrement en France Possibilité de bénéficier des régimes de l'engagement de construire ou de revendre (DMTO)	Pas de possibilité de revendiquer l'application de la doctrine administrative permettant d'être considéré comme un non-assujetti à la TVA même si l'actif est donné en location Vérification existence d'un établissement stable TVA en France
Revenus	– Déduction des dotations aux amortissement sur les constructions – Taux de l'IS : 15 % pour les profits inférieurs à 38 120 € et 31 % au-delà (25 % en 2022) – Eventuelle application de la RAS prévue au 115 *quinquies*	Imposition en France (*via* un établissement stable ou sans établissement stable) Pas de jouissance gratuite
Plus-value de cession	Taux de l'IS en cas de cession du bien : 15 % pour les profits inférieurs à 38 120 € et 31% au-delà (25 % en 2022) – RAS sur distribution de 12,8 % – Eventuelle application de la RAS prévue au 115 *quinquies*	Détermination de la plus-value imposable par rapport à la VNC (réintégration des amortissements) – Prélèvement 244 *bis* A du CGI à acquitter au plus tard dans le mois de la cession : 31 % actuellement

Détention au travers d'une entité étrangère assimilée à une société de capitaux		
Imposition	**Avantages**	**Inconvénients**
IFI	Déduction de la dette initiale ou de refinancement plus aisée (sauf dispositif anti-abus de l'article 973 du CGI) Non assujettissement par l'effet de certaines conventions fiscales (si absence de prépondérance immobilière ou parfois sans condition)	
Transmission	Permet de déduire la dette de l'assiette imposable Non assujettissement par l'effet de certaines conventions fiscales (si absence de prépondérance immobilière ou parfois sans condition) Les créances sur la société ne sont pas situées en France, et ne sont donc pas imposable en France en cas de transmission	
Autre		Engagement ou déclarations pour la taxe de 3 % Si la société est assujettie à la TVA mais que l'activité réalisée est exonérée (ex : location habitation), risque de frottement TVA en cas de réalisation de travaux importants sur l'immeuble

§ IV – *RISQUES INHÉRENTS AUX STRUCTURATIONS PLUS « EXOTIQUES »*

L'investissement dans des biens immobiliers en France *via* des mécanismes fiscaux moins « conventionnels » que ceux évoqués précédemment conduit de manière générale à des incertitudes, des obligations déclaratives plus lourdes et le cas échéant des taux d'imposition plus élevés. Une attention particulière doit ainsi être apportés aux investissements réalisés *via* des trusts, des fiducies, des organismes sans but lucratif ou des entités situées dans des États ou territoires non coopératifs.

A/ Investissements *via* des trusts

Le trust est une institution issue du droit anglo-saxon qui n'existe pas en tant que tel en droit français. Depuis la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, un trust étranger crée toutefois des effets en France.

Le trust est défini par l'article 792-0 du CGI comme l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer

un bien ou des droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé. Cette notion de trust est extensive, puisqu'elle vise non seulement les trusts de droit anglo-saxons mais aussi les fondations de famille par exemple.

Se pose donc la question du régime fiscal applicable aux biens immobiliers français détenus par des non-résidents via une entité entrant dans la définition de l'article 792-0 du CGI.

I/ Obligations déclaratives

À titre liminaire, la détention directe ou indirecte de biens immobiliers *via* un trust soulève des obligations déclaratives relativement lourdes prévues par l'article 1649 AB du CGI(101).

Deux séries de déclarations doivent être déposées :

- une déclaration dite événementielle au titre de la constitution, la modification et l'extinction du trust ; et
- une déclaration dite annuelle de la valeur vénale des biens et droits placés dans le trust et de leurs produits capitalisés au 1er janvier de l'année.

Ces obligations doivent être remplies par l'administrateur du trust dès lors que le trust comprend au moins un bien ou droit situé en France, au sens de l'article 750 *ter* du CGI, au 1er janvier de l'année de la déclaration(102).

En cas de non-respect de ces obligations déclaratives, une pénalité égale au montant le plus élevé entre 20 000 euros ou 12,5 % de la valeur des actifs du trust, augmentée le cas échéant du prélèvement spécifique de 1,5 % applicable aux trusts, est encourue. À cet égard, le constituant du trust et ses bénéficiaires sont responsables solidairement.

II/ Impôt sur la fortune

Les actifs immobiliers situés en France et entrant dans le champ d'application de l'impôt sur la fortune immobilière placés dans un trust sont compris dans le patrimoine du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant pour leur valeur vénale nette au 1er janvier de l'année d'imposition. Si le constituant n'est pas domicilié en France, seuls les actifs situés en France sont concernés.

En cas de défaut dans la déclaration d'impôt sur la fortune immobilière, les actifs immobiliers sont soumis à un prélèvement spécifique au taux de 1,5 %(103).

III/ Distribution et produits du trust

En application de l'article 120-9° du CGI, les produits distribués par un trust sont imposés entre les mains du bénéficiaire domicilié en France comme des revenus de

(101) Les modalités d'application de ces obligations déclaratives sont codifiées aux art. 344 G *sexies*, 344 G *septies* et 344 G *octies* de l'annexe III au CGI.

(102) BOI-PAT-ISF-30-20-30 n° 290.

(103) L'article 990 J du CGI codifie ce prélèvement spécifique et expose les conditions de son application et ses modalités.

capitaux mobiliers, quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le trust. Ces revenus sont donc soumis en France au prélèvement forfaitaire unique (30 % avec prélèvement de l'acompte avant le 15 du mois suivant celui de la perception de la distribution).

Lorsque la distribution est effectuée au profit du constituant (par ailleurs bénéficiaire) ou d'un bénéficiaire réputé constituant, il nous semble possible de soutenir que les distributions ne sont imposables qu'à concurrence du montant excédant les apports effectués par le constituant, ou le montant du capital et des revenus capitalisés existants au moment du décès du constituant s'agissant du bénéficiaire réputé constituant. Le fait que l'article 120, 9° indique que les produits distribués par un trusts sont imposables « *quelle que soit la consistance des biens ou droits placés dans le trust* » ne nous semble pas faire obstacle à cette analyse. À la différence des distributions opérées par les sociétés, il n'existe pas de règle détaillant la qualification en revenu ou remboursement d'apports des sommes ou actifs transférés par un trust.

Au-delà des produits distribués par le trust, les profits du trust sont également susceptibles d'être imposés entre les mains du constituant ou des bénéficiaires. En effet, l'article 123 *bis* du CGI prévoit que lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10 % au moins d'une fiducie ou institution comparable-établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette entité juridique sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique dans la proportion des droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement lorsque l'actif ou les biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable sont principalement constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants.

L'adaptation de ce dispositif aux trusts n'est pas évidente, dans la mesure où il est difficile de parler de « droits financiers » en présence d'un trust discrétionnaire et irrévocable. Dans ce contexte, l'application de l'article 123 *bis* est aussi incertaine que contestable dans la mesure où :

- le redevable légal de l'impôt n'est pas défini de manière suffisamment claire : les textes issus de la réforme de 2011 prennent soin de désigner, selon les cas, l'administrateur, le constituant ou le bénéficiaire ;
- les droits financiers respectifs des bénéficiaires ne sont habituellement pas déterminés : il n'existe pas de règle prévoyant de répartir proportionnellement les droits financiers entre les bénéficiaires désignés comme le prévoit la doctrine administrative en matière d'ISF/IFI (concernant les bénéficiaires réputés constituants).

L'application de ce texte entraîne pour le contribuable les conséquences négatives suivantes :

- imposition des contribuables alors qu'ils n'ont pas effectivement perçu de revenu ;
- l'assiette imposable est réhaussée à 125 % du revenu réel ou notionnel de l'entité ;
- l'application de ce dispositif dans le cadre d'un contrôle fiscal entraîne l'application de majorations de 80 % et d'une prescription décennale ;

• lorsque l'entité juridique est établie ou constituée dans un État ou territoire n'ayant pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France, ou qui est non coopératif, le revenu imposable de la personne physique ne peut être inférieur au produit de la fraction de l'actif net ou de la valeur nette des biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable, calculée dans les par application d'un taux de rendement forfaitaire.

Il existe toutefois deux atténuations légales aux effets de ce dispositif, ayant pour objet d'éviter une double imposition des revenus :

• l'impôt acquitté localement sur les bénéfices ou revenus positifs en cause par l'entité juridique est déductible du revenu réputé constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne physique, à condition d'être comparable à l'impôt sur les sociétés ;

• les revenus distribués ou payés à une personne physique par une entité juridique ne constituent pas des revenus imposables au sens de l'article 120, sauf pour la partie qui excède le revenu imposable déterminé en application de l'article 123 *bis* du CGI.

En général les trusts ne sont pas soumis à l'impôt dans leur juridiction, ce qui les expose à l'application de cette règle anti-abus. Les trusts détenant principalement des biens immobiliers restent exposés à ce dispositif, car il est rare qu'ils détiennent des biens immobiliers directement. En effet, en cas de détention directe, la propriété immobilière devrait alors être enregistrée au nom des administrateurs, avec des risques de mutations imposables en cas de changement de trustees.

IV/ Taxe de 3 %

Les trusts sont redevables de la taxe de 3 % sur les biens immobiliers détenus en France. Cette inclusion des trusts dans le champ d'application de la taxe de 3 % malgré leur absence de personnalité morale a été confirmée par le Conseil d'État le 9 mai 2019(104).

B/ Investissements *via* des sociétés situées dans des ETNC

La loi de finances rectificative du 30 décembre 2009 a introduit en droit français la notion d'États et territoires non coopératifs, à l'article 238-0 A du CGI. Cet article a été modifié par la loi du 23 octobre 2018 de lutte contre la fraude pour ajouter aux États et territoires non coopératifs au sens du droit interne les juridictions qui figurent sur la liste noire de l'Union européenne. Un certain nombre de dispositions fiscales visent spécifiquement les transactions mettant en jeu de tels États, en les soumettant en principe à des taux d'imposition défavorables.

Ainsi, les dividendes payés dans un ETNC par une société soumise à l'impôt sur les sociétés en France sont soumis à une retenue à la source au taux de 75 %(105).

En revanche, les plus-values immobilières réalisées par des sociétés situées dans des ETNC ne sont pas soumises à un taux défavorable. En effet, loi de finances nº 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificatives pour 2014 avait prévu

(104) CE, 9 mai 2019, nº 426431.
(105) Articles 119 *bis*, 2 et 187, 2 du CGI.

que le taux serait porté à 75 % pour les personnes domiciliées, établies ou constituées dans les ETNC. Mais cette disposition a été jugé non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel(106). Le taux ordinaire applicable aux plus-values immobilières réalisées par des sociétés, c'est-à-dire celui de l'impôt sur les sociétés, est donc applicable même dans le cas des ETNC.

Les loyers seront en principe également soumis à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun en France (31 %).

Les profits immobiliers réalisés en France seront toutefois réputés distribués à des associés non-résidents en application des dispositions de l'article 115 *quinquies* du CGI et soumis à une retenue à la source de 75 %. La présomption légale de distribution souffre la preuve contraire. La liquidation provisoire peut être ultérieurement révisée si la base de la retenue excède le montant total des revenus que la société a distribués au cours de la période de douze mois suivant la clôture de l'exercice.

C/ Organismes à but non lucratif

I/ Organismes à but non lucratif français

En principe, les associations relevant de la loi du 1er juillet 1901, déclarées ou reconnues d'utilité publique, ne peuvent que posséder les biens immobiliers nécessaires à leur activité, c'est-à-dire les locaux destinés à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres, ainsi que les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles proposent.

La loi relative à l'économie sociale et solidaire (ESS) du 31 juillet 2014 a cependant étendu la capacité juridique de certaines associations, sous certaines conditions (notamment, l'association doit être déclarée depuis au moins trois ans, et l'ensemble de ses activités doit être d'intérêt général et éligible au mécénat). Ces associations peuvent désormais détenir un patrimoine immobilier de rapport, lorsque celui-ci a été acquis à titre gratuit, c'est-à-dire via une donation ou un legs.

Les associations sans but lucratif supportent l'impôt sur les sociétés au taux de 24 % sur les revenus provenant de la location des immeubles dont elles sont propriétaires(107).

Les plus-values immobilières ne sont quant à elles pas soumises à imposition.

En revanche, si cette location peut être qualifiée d'activité lucrative, l'organisme sera redevable de l'impôt sur les sociétés de droit commun.

L'interdiction de principe de détenir un bien immobilier est tempérée par la possibilité pour une association sans but lucratif de détenir une société civile immobilière, la détention de titres de sociétés n'étant pas interdite. Ce mode de détention présente un intérêt fiscal. L'interposition d'une SCI transparente fiscalement permet en effet d'échapper à l'imposition des revenus fonciers perçus via cette SCI, puisque l'article 206, 5 du CGI prévoit que seuls sont imposables les revenus des immeubles dont une association est propriétaire et ceux auxquels elle a vocation en qualité de membre d'une société de copropriété transparente. Cette analyse a été

(106) CC, n° 2014-708 DC.
(107) Articles 206, 5-a et 219 *bis*, al. 1 du CGI.

confirmé par la réponse ministérielle Beauguitte de 1975(108), non reprise au Bofip mais qui devrait conserver son intérêt.

II/ Organismes à but non lucratif étrangers

Les organismes sans but lucratif dont le siège est situé dans un autre État membre de l'Union européenne, en Norvège, en Islande ou au Liechtenstein doivent être soumis au titre de leurs revenus de source française au même régime que les organismes sans but lucratif dont le siège social est situé en France, sauf stipulations ou dispositions de droit interne équivalentes ou plus favorables. Pour cela, ils doivent en principe obtenir de l'administration française une attestation selon laquelle ils satisferaient aux conditions requises pour bénéficier des dispositions favorables de l'article 206, 5 du CGI si leur siège était situé en France(109). Cette doctrine administrative fait suite à un arrêt du Conseil d'État qui a mis en avant la restriction à la libre circulation de capitaux qui résulterait d'un traitement différencié des organismes sans but lucratif français et étrangers(110).

La question du caractère lucratif ou non de l'organisme étranger et de son caractère comparable à un organisme sans but lucratif français est source de débats.

Dans l'arrêt *Fondation Calouste Gulbenkian* rendu en 2016 par la Cour administrative d'appel de Versailles, concernant une plus-value immobilière réalisée par une fondation ayant son siège situé au Portugal(111). La Cour administrative d'appel a jugé que la fondation n'exerçait pas d'activité lucrative sur un marché concurrentiel et selon des méthodes commerciales, en dépit de l'importance de ses dépenses de communication. Le débat se cristallisait également autour des dirigeants, dont le nombre était supérieur au plafond prévu par la loi française, et de leur rémunération, également supérieure aux plafonds prévus. La Cour administrative d'appel a toutefois considéré que les rémunérations du président et des membres exécutifs du conseil d'administration, dont l'ensemble ne représentait que 2,7 % de la masse salariale et 0,9 % des ressources, n'étaient pas disproportionnées. De ce fait, elle a conclu au caractère objectivement comparable à un organisme sans but lucratif français.

D/ Fiducie

Le mécanisme de la fiducie a été introduit par la loi 2007-211 du 19 février 2007. La fiducie est définie par l'article 2011 du Code civil comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

La loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a permis aux particuliers agissant dans le cadre de leur gestion privée de constituer une fiducie. Le constituant et le fiduciaire doivent obligatoirement être résidents d'un État de l'Union européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une

(108) Rép. Min. Beauguitte, JOAN 1er juill. 1975 nº 18984.
(109) BOI-RPPM-RCM-30-30-10-70 nº 130 à 170.
(110) CE, 13 fév. 2009, nº 298108.
(111) CAA Versailles, 22 sept. 2016, nº 14VE01037, 6e ch., min c. Fondation Calouste Gulbenkian.

convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Il n'y a en revanche pas de telle obligation pour le(s) bénéficiaire(s).

La loi impose la rédaction écrite d'un contrat de fiducie, qui doit obligatoirement être rédigé par notaire et faire l'objet d'une publicité foncière si un bien immobilier est fiducié.

À titre liminaire, notons que la fiducie-libéralité est prohibée en droit français : il n'est pas possible d'utiliser la fiducie à des fins de transmission à titre gratuit, sous peine de nullité.

Le régime de la fiducie est marqué par une volonté de neutralité :

- un mécanisme prévoit la neutralisation des plus-values constatées lors du transfert d'un bien en fiducie, et ainsi de ne pas tirer de conséquences sur le plan fiscal du transfert de propriété vers le patrimoine fiduciaire(112). Cette neutralité repose sur plusieurs conditions, à défaut desquelles la mise en fiducie des biens ou droits immobiliers s'analyse comme une cession à titre onéreux génératrice de plus-value :
  - o le constituant doit être le ou l'un des bénéficiaires désignés dans le contrat de fiducie ;
  - o le fiduciaire doit inscrire, dans les écritures de son patrimoine fiduciaire, les biens ou droits transférés pour leur prix ou valeur d'acquisition par le constituant.
- Au cours de la vie de la fiducie, dans la situation où l'objet de la fiducie est la gestion d'un patrimoine privé, le principe retenu est le même que pour les sociétés de personnes fiscalement translucides(113). Ainsi, pour les plus-values immobilières réalisées par l'intermédiaire d'une fiducie à laquelle les immeubles concernés ont été précédemment transférés par des personnes physiques, il est fait application des abattements pour durée de détention, avec prise en compte de la date d'acquisition par le constituant.

Les actifs immobiliers entrant dans le champ de l'IFI et transférés dans un patrimoine fiduciaire sont compris dans le patrimoine du constituant.

- Toutefois, dans un contexte international, l'application d'une telle neutralité peut être problématique. Les conventions fiscales bilatérales n'abordent en effet pas la question des fiducies. Cela peut par exemple poser un problème dans le cas où le fiduciaire serait résident d'un État étranger qui ne reconnaîtrait pas le principe de translucidité de la fiducie et imposerait le fiduciaire. L'utilisation d'une fiducie aux fins d'acquisition d'un bien immobilier dans un contexte international est par conséquent à envisager avec la plus grande prudence.

(112) Article 238 *quater* N du CGI.
(113) Article 238 *quater* O du CGI.

TITRE IV

LA FISCALITÉ DE LA TRANSMISSION

CHAPITRE I

TERRITORIALITÉ DES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

Section I – Droit interne

Les principes de territorialité applicables aux transmissions par décès ou aux donations sont régis par l'article 750 *ter* du CGI.

Selon ce texte, la transmission sera soumise aux droits de mutation à titre gratuit en France, sous réserve des stipulations des conventions internationales éventuellement applicables, dans les cas suivants :

- si le défunt ou le donateur est domicilié en France au jour du décès ou de la donation ; ou
- si le bénéficiaire est domicilié en France au jour du décès ou de la transmission, et qu'il a par ailleurs été domicilié en France au sens de l'article 4 B du CGI pendant au moins 6 années au cours de la période de 10 ans précédant le décès ou la donation ; ou
- si les biens objet de la transmission sont situés en France.

Si le défunt ou le donateur est domicilié hors de France, il convient donc d'opérer la distinction suivante :

- Si le bénéficiaire est domicilié en France au jour de la transmission et l'a été pendant au moins aux moins six ans au cours des dix dernières années, tous les biens meubles ou immeubles reçus par le bénéficiaire situés en France ou hors de France sont imposables en France.
- Si le bénéficiaire est domicilié hors de France (ou l'a été pendant moins de 4 ans sur les 10 années précédant la transmission), seuls les biens français qu'il reçoit sont imposables en France.

À cet égard, il convient de relever que si le bénéficiaire d'une transmission effectuée par un non-résident est âgé de moins de 6 ans et que la donation porte sur des biens situés hors de France, alors les droits de mutation français ne sont pas applicables.

Les biens situés en France s'entendent :

• des biens qui ont une assiette matérielle en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer ; il s'agit des immeubles, meubles corporels, fonds de commerce exploités en France, etc(114) ;

• des biens incorporels français. Il s'agit, en particulier, des créances sur un débiteur domicilié en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer, des valeurs mobilières émises par l'État français, une personne morale de droit public française ou une société qui a, en France, son siège social statutaire ou le siège de sa direction effective et ce quel que soit la composition de son actif, des brevets d'invention, marques de fabrique concédés ou exploités en France, etc(115) ;

• des actions ou parts de sociétés étrangères non cotées en bourse et à prépondérance immobilière en France, qui sont visées au 4e alinéa de l'article 750 *ter*, 2° du CGI. La prépondérance de ces sociétés est caractérisée lorsque leur actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés sur le territoire français, et ce, à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société. Selon l'administration, la prépondérance immobilière est appréciée par la comparaison des seuls biens situés en France(116). Cette approche critiquable a été approuvée par la Cour d'appel de Paris à propos de l'ancien ISF(117). Pour l'application de cette disposition ne sont pas pris en considération les immeubles situés sur le territoire français, affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale ;

• les biens immobiliers français détenus indirectement, lorsque le défunt ou le donateur, seul ou conjointement avec son conjoint, leurs ascendants, descendants, ainsi que leurs frères et sœurs, détient directement ou indirectement plus de 50% des actions ou parts des entités interposées.

Les biens situés en France s'entendent également des biens ou droits composant un trust ainsi qu'aux produits qui y sont capitalisés.

En cas de transmission de titres de sociétés visés au 2° de l'article 750 *ter* (sociétés à prépondérance immobilières ou sociétés contrôlées par le groupe familial détenant directement ou indirectement des immeubles), l'assiette imposable est dans les deux cas limitée à la quote-part de la valeur des titres représentative des biens immobiliers ou des parts représentatives de ces biens(118).

---

(114) BOI-ENR-DMTG-10-10-30 n° 90, 12-9-2012.

(115) BOI-ENR-DMTG-10-10-30 n° 100, 12-12-2012.

(116) BOI-ENR-DMTG-10-10-30 n° 140, 12-12-2012.

(117) CA Paris, 17 mars 2006, n° 04-10556, 1re ch. B, Regazzacci : RJF 8-9/06 n° 1120 ; arrêt définitif).

(118) Pour les sociétés à prépondérance immobilière, le texte prévoit uniquement « à proportion de la valeur (des biens ou droits immobiliers) par rapport à l'actif total de la société, sans faire référence aux actions ou parts de sociétés interposées. La cohérence du régime exigerait néanmoins que les modalités de détermination de l'assiette soit la même pour les deux types de sociétés immobilières, car certaines entités pourront relever cumulativement des deux branches de l'article 750 *ter* 2 du CGI.

Section II – Droit conventionnel

§ I – *GÉNÉRALITÉS*

La France a signé une quarantaine de conventions internationales destinées à éviter les doubles impositions en matière de droits de succession. Un nombre limité d'entre elles couvre également les donations (Allemagne, Italie, États-Unis, Guinée, Nouvelle Calédonie, Portugal, Suède, St Pierre-et-Miquelon).

Ces conventions concernent les successions impliquant un défunt/donateur ayant son domicile dans l'un des deux État alors que le légataire/bénéficiaire est domicilié dans l'autre État ou que les biens transmis sont situés dans l'autre État.

Les principes posés par le droit interne français à l'article 750 *ter* du CGI s'appliquent sous réserve des conventions fiscales qui peuvent donc y déroger. En général, ces conventions reprennent le modèle OCDE de 1982, qui :

- reconnaît à l'État du domicile du défunt le droit d'imposer la totalité de la succession ;
- permet à l'État de situation d'imposer également un nombre limité de biens situés dans cet État (biens immobiliers, participations substantielles dans des sociétés ayant leur siège dans cet État, participations dans des sociétés à prépondérance immobilière, biens meubles) ;
- accorde un crédit d'impôt dans l'État de résidence au titre de l'impôt perçu dans l'État de situation des biens.

§ II – *ARTICULATION AVEC L'ARTICLE 750 ter S'AGISSANT DE LA RÉSIDENCE DU LÉGATAIRE/BÉNÉFICIAIRE*

Il convient de noter que contrairement au droit interne français aux fins duquel la résidence du bénéficiaire est un critère de rattachement à l'impôt, les conventions fiscales ne prennent en principe pas en compte la résidence fiscale des héritiers ou donataires (souvent parce qu'elles sont été conclues après l'inclusion du critère lié à la résidence de l'héritier/bénéficiaire à l'article 750 *ter* du CGI).

Seule la convention fiscale franco-allemande du 12 octobre 2006 prend en considération leur résidence fiscale. En effet, l'article 11 de cette convention prévoit que, nonobstant les dispositions de l'article 9, qui pose le principe de l'imposition exclusive dans l'État de résidence pour les biens non situés dans l'autre État, lorsqu'un bénéficiaire était domicilié en France au moment du décès ou de la donation, la France peut imposer tous les biens reçus par cette personne.

Il en résulte deux conséquences importantes :

- les conventions fiscales ont pour effet, sauf exception, de priver la France du droit d'appliquer l'article 750 *ter*, 3° du CGI, c'est-à-dire d'imposer en France une succession ou donation lorsque le défunt ou donateur est un non résident, que le bien est situé hors de France mais que le bénéficiaire est un résident fiscal de France. Cette conclusion est reprise au sein de la doctrine administrative(119).

(119) BOI-ENR-DMTG-10-10-30 n° 420.

• la clause de résolution de conflit de résidence ne couvre que la situation du défunt/donateur, et ne permet donc pas de régler un éventuel conflit de résidence concernant le légataire/dinatoire. La résidence de ce dernier doit ainsi être analysée à l'aune des seuls critères alternatifs de l'article B du CGI, ce qui augmente les risques d'attraction de son domicile en France. Une personne habitant hors de France mais percevant l'essentiel de ses revenus en France ou exerçant son activité principale en France pourrait ainsi voir son domicile être rattaché à la France dans le cadre d'une transmission.

§ III – *ARTICULATION AVEC L'ARTICLE 750 ter S'AGISSANT DES BIENS IMMOBILIERS DÉTENUS INDIRECTEMENT*

S'agissant des immeubles détenus indirectement, les conventions fiscales conclues par la France contiennent en général une clause prévoyant la possibilité pour l'État de situation des immeubles d'imposer les titres émis par des sociétés qui tirent l'essentiel de leur valeur de biens immobiliers situés dans cet État.

Il en résulte que les titres de sociétés étrangères qui détiennent des immeubles situés en France sans être à prépondérance immobilière ne sont pas imposables en France, même si le défunt ou le donateur, conjointement avec son groupe familial élargi, en détient plus de la moitié des actions.

Par ailleurs la définition de la prépondérance immobilière en droit interne n'est pas la même que celle de l'article 750 *ter*, telle qu'interprétée par l'administration et la jurisprudence. En effet, en droit interne français, une société est à prépondérance immobilière si la valeur des immeubles ou des parts de SPI qu'elle détient excède la valeur de la totalité de ses actifs français, alors qu'en droit français c'est la valeur des actifs mondiaux qu'il convient de prendre en compte au dénominateur.

Section III – **Crédit d'impôt de droit interne (article 784 A du CGI)**

L'article 784 A du CGI prévoit un mécanisme de crédit d'impôt imputable sur l'impôt français à hauteur de l'impôt payé à l'étranger en cas de succession ou de donation.

Le texte prévoit que :

« *Dans les cas définis aux 1° et 3° de l'article 750 ter, le montant des droits de mutation à titre gratuit acquitté, le cas échéant, hors de France est imputable sur l'impôt exigible en France. Cette imputation est limitée à l'impôt acquitté sur les biens meubles et immeubles situés hors de France.* »

Ainsi, dans le cas où le défunt/donateur a son domicile fiscal en France, le montant des droits acquittés hors de France sur les biens situés hors de France est imputable sur l'impôt dû en France. De la même façon, lorsque le défunt/donateur a son domicile hors de France et que la mutation est imposable en France compte tenu du domicile fiscal en France de l'héritier/donataire, un crédit d'impôt égal aux droits payés hors de France sur cette mutation est imputable à l'impôt français.

Il convient de noter que seuls sont pris en compte les impôts étrangers acquittés à raison de biens étrangers. Aucun crédit d'impôt n'est imputable lorsque des biens situés en France sont imposés à l'étranger. Ce pourrait être notamment le cas de valeurs mobilières françaises déposées à l'étranger.

Enfin, l'impôt étranger, lorsqu'il est imputable, est limité au montant de l'impôt français sur les biens meubles ou immeubles situés hors de France.

Le crédit d'impôt prévu à l'article 784 A du CGI n'est en revanche pas applicable en cas de transmission de biens français entre non-résidents. Ce qui signifie qu'une double imposition est alors possible en l'absence de convention fiscale. À l'instar de l'approche usuellement adoptée en la matière serait alors tentant de considérer que les droits acquittés hors de France constituent une charge venant minorer l'assiette imposable française.

CHAPITRE II

MODALITÉS D'APPLICATION DES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

Les mutations à titre gratuit, qu'elles découlent d'une succession ou d'une donation, relèvent de régimes fiscaux similaires.

En France, les droits de mutation à titre gratuit sont calculés sur la part nette revenant à chaque bénéficiaire. Une fois le calcul de la part nette effectuée, le calcul des droits comporte deux principales étapes : l'application d'abattement sur la part nette de chaque redevable puis l'application du barème.

Section I – Application d'abattements sur la part nette de chaque redevable

§ I – *DROITS DE SUCCESSION*

La part nette revenant à chaque bénéficiaire est diminuée d'un abattement dont le montant est de 100 000 € pour les descendants en ligne directe (art. 779, I du CGI).

Un abattement de 15 932 € est appliqué sur la part de chaque frère et sœur vivant ou représenté par suite de prédécès ou de renonciation, l'abattement se divisant entre les représentants d'après les règles de la dévolution légale.

Un abattement de 7 967 € est pratiqué en faveur des neveux et nièces et un abattement de 159 325 € est applicable aux handicapés.

À défaut d'application de ces abattements, un abattement de 1 594 € est applicable.

§ II – *DROITS DE DONATION*

Les abattements précités sont également applicables en cas de donation à l'exception du dernier abattement de 1 594 €.

Les dons de sommes d'argent reçus par un enfant, un petit-enfant, un arrière-petit-enfant ou, à défaut d'une telle descendance, reçus par un neveu ou une nièce, sont exonérés de droits de donation dans la limite de 31 865 € à la double condition :

- que le donateur ait, à la date de la donation, moins de 80 ans, et ;
- que le bénéficiaire de la donation soit majeur ou mineur émancipé.

Cette exonération se cumule avec les abattements présentés ci-dessous.

Les donations entre époux ou entre partenaires de Pacs bénéficient d'un abattement de 80 724 €.

Les donations consenties par des grands-parents (quel que soit leur âge) à leurs petits-enfants ouvrent droit à un abattement de 31 865 € par part.

Les donations consenties par des arrière-grands-parents (quel que soit leur âge) à leurs arrière-petits-enfants bénéficient d'un abattement de 5 310 € par part.

Section II – Barèmes

Le calcul des droits selon un barème qui varie en fonction du lien existant entre le défunt/donateur et le bénéficiaire

La valeur ainsi retenue est soumise à un barème qui, s'agissant des transmissions en ligne directe et des donations entre époux et partenaires d'un Pacs, est le suivant :

Fraction de part nette taxable		Tarif applicable
N'excédant pas	8 072 €	5 %
Compris entre	8 072 € et 12 109 €	10 %
	12 109 € et 15 932 €	15 %
	15 932 € et 552 324 €	20 %
	552 324 € et 902 838 €	30 %
	902 838 € et 1 805 677 €	40 %
Au-delà de	1 805 677 €	45 %

S'agissant des transmissions entre frères et sœurs, le barème est le suivant :

Fraction de part nette taxable		Tarif applicable
N'excédant pas	24 430 €	35 %
Au-delà de	24 430 €	45 %

Enfin, concernant les autres transmissions, le taux applicable est de :

- 55 % pour les transmissions entre parents jusqu'au 4ème degré inclusivement et ;
- 60 % au-delà ou entre personnes non parentes.

Section III – Particularités relatives à certaines situations

§ I – *PARTICULARITÉS RELATIVES AUX DROITS DE SUCCESSION*

La loi prévoit un certain nombre d'exonérations des droits de mutation à titre gratuit. Nous évoquons ici les exonérations applicables uniquement aux droits de succession et non aux droits de donation.

Nous pouvons citer par exemple, la part revenant au conjoint survivant ou au partenaire de Pacs est totalement exonérée de droits de succession.

De même, la part reçue par chaque frère ou sœur du défunt est exonérée de droits de succession à la triple condition :

- que le frère ou la sœur soit, au moment de l'ouverture de la succession, célibataire, veuf, divorcé ou séparé de corps ;
- qu'il soit, au moment de l'ouverture de la succession, âgé de plus de 50 ans ou atteint d'une infirmité le mettant dans l'impossibilité de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence ;
- qu'il ait été constamment domicilié avec le défunt pendant les cinq années précédant le décès.

D'autres exonérations sont motivées par la qualité du défunt ou du successeur (victimes de guerre, successions des sapeurs-pompiers décédés dans le cadre de leur fonction...).

On peut enfin citer des exonérations liées à la nature du bien transmis, par exemple les réversions de rentes viagères entre parents en ligne directe échappent aux droits de mutation à titre gratuit.

§ II – *PARTICULARITÉS RELATIVES AUX DROITS DE DONATION*

Lorsqu'elles portent sur des immeubles, les donations donnent, en sus des droits de mutation à titre gratuit, ouverture à la taxe de publicité foncière de 0,60 % à laquelle s'ajoute le prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement de 2,37 %.

Les règles d'évaluation des biens sont en principe similaires à celles relatives aux droits de succession. Toutefois, concernant le patrimoine immobilier, il convient de noter que l'abattement de 20 % pour l'évaluation de la résidence principale ainsi que le forfait mobilier de 5 % ne sont pas applicables.

§ III – *PARTICULARITÉS RELATIVES AUX TRUSTS*

La loi prévoit des faits générateurs d'imposition spécifique en lien avec les trusts (décès du constituant du trust ou d'un bénéficiaire réputé constituant du trust), mais également des taux d'imposition particuliers.

L'article 792-0 *bis* du CGI prévoit ainsi que dans les cas où la qualification de donation et celle de succession ne s'appliquent pas, les biens, droits ou produits capitalisés placés dans un trust qui sont transmis aux bénéficiaires au décès du constituant sans être intégrés à sa succession ou qui restent dans le trust après le décès du constituant sont soumis aux droits de mutation par décès dans les conditions suivantes :

« *a) Si, à la date du décès, la part des biens, droits ou produits capitalisés qui est due à un bénéficiaire est déterminée, cette part est soumise aux droits de mutation par décès selon le lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire ;*

b) Si, à la date du décès, une part déterminée des biens, droits ou produits capitalisés est due globalement à des descendants du constituant, cette part est soumise à des droits de mutation à titre gratuit par décès au taux applicable à la dernière tranche du tableau I de l'article 777 ;

c) La valeur des biens, droits ou produits capitalisés placés dans le trust, nette des parts mentionnées aux a et b du présent 2, est soumise à des droits de mutation à titre gratuit par décès au taux applicable à la dernière tranche du tableau III du même article 777. »

Les redevable des droits de mutation à titre gratuit mentionnés aux b et c est alors l'administrateur du trust. À défaut et dans le cas où l'administrateur du trust est soumis à la loi d'un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A ou n'ayant pas conclu avec la France une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement, les bénéficiaires du trust sont solidairement responsables du paiement des droits.

Par exception, lorsque l'administrateur du trust est soumis à la loi d'un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A ou lorsque le trust a été constitué après le 11 mai 2011 et que, au moment de la constitution du trust, le constituant était fiscalement domicilié en France au sens de l'article 4 B, les droits de donation et les droits de mutation par décès sont dus au taux sanction de 60 %.

CHAPITRE III

MODALITÉS PERMETTANT DE RÉDUIRE L'IMPACT DES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

Section I – **Prise en charge des droits par le donateur**

En cas de succession, c'est nécessairement l'hériter ou le légataire qui doit acquitter les droits de succession.

En cas de donation, c'est en principe le bénéficiaire de la donation est le redevable des droits de mutation à titre gratuit, mais cette règle n'est toutefois pas impérative :

en vertu de l'article 1712 du CGI, le donateur peut choisir de prendre à sa charge les droits de mutation à titre gratuit dus sur le bien transmis, sans que cette prise en charge ne constitue une libéralité additionnelle imposable.

Plus le taux effectif applicable à la donation est élevé, plus cette option est intéressante. Ainsi, dans l'hypothèse de parents ayant déjà effectué des donations conséquentes à leurs enfants et dont le patrimoine en cas de succession serait imposé à 45 %, la prise en charge des droits dans le cadre d'une donation permet de passer à un taux effectif d'imposition de 45/145, soit 31 %. Autrement dit, si un patrimoine de 100 est transmis par succession les droits dus seront de 45 et le net en poche de 55, alors qu'en cas de donation avec prise en charge des droits à hauteur de 31 le net passera à 59.

Dans le cadre d'une situation transfrontalière, il conviendra de s'assurer que le mécanisme de prise en charge des droits français ne constitue pas une libéralité imposable dans l'autre État.

Enfin il est rappelé que lorsque le donateur prend à sa charge les droits de donation, les droits de donation ne constituent pas une charge augmentative de prix de revient susceptible de réduire la plus-value de cession ultérieurement réalisée par le donataire. Ainsi, lorsqu'une cession rapide de l'objet de la donation est envisagée, il peut s'avérer plus opportun de faire supporter le coût de celle-ci par le donataire, notamment s'il fait partie du même foyer fiscal que le donateur en matière d'impôt sur le revenu.

Section II – **Démembrement de propriété**

La donation en nue-propriété est une technique classiquement utilisée dans la mesure où elle permet :

- de réduire l'assiette des droits de donation à la seule valeur de la nue-propriété, dont la valeur est décotée par rapport à celle de la valeur en pleine propriété du bien ;
- d'anticiper la transmission et de ne pas soumettre aux droits de donation la valeur de l'usufruit au jour du décès.

L'évaluation de la valeur de l'usufruit et de la nue-propriété est donnée par le barème de l'article 669 du CGI, qui fait dépendre la valeur de la nue-propriété de l'âge de l'usufruitier et est définie de la façon suivante :

Age de l'usufruitier	Valeur de l'usufruit	Valeur de la nue-propriété
Jusqu'à 20 ans	90 %	10 %
De 21 à 30 ans	80 %	20 %
De 31 à 40 ans	70 %	30 %
De 41 à 50 ans	60 %	40 %
De 51 à 60 ans	50 %	50 %
De 61 à 70 ans	40 %	60 %

Age de l'usufruitier	Valeur de l'usufruit	Valeur de la nue-propriété
De 71 à 80 ans	30 %	70 %
De 81 à 90 ans	20 %	80 %
À partir de 91 ans	10 %	90 %

Dans un contexte international, il convient toutefois d'être particulièrement prudent lors de l'utilisation de la méthode du démembrement. En effet, cette méthode fonctionne dans les pays civilistes qui reconnaissent cette technique mais certains pays, et notamment les pays anglosaxons, ne connaissent pas ce mécanisme et pourraient donc, dans le cas de transmissions internationales, le remettre en cause, en considérant que l'usufruitier a conservé la pleine propriété des biens. Ce risque existe *a fortiori* en présence d'un quasi-usufruit.

Section III – Donation avec charge

Le donateur peut insérer dans l'acte de donation une clause imposant au donataire certaines charges comme par exemple l'obligation de verser au donateur une rente viagère, d'assurer l'entretien d'un proche, d'entretenir la maison familiale, d'organiser les obsèques du donateur, de financer les études d'un enfant…

La charge est ainsi une obligation imposée par le donateur au donataire, dans l'intérêt de l'un des deux, voire d'une tierce personne (dans le cas du financement des études d'un enfant par exemple). A noter toutefois que la loi interdit les conditions ou charges impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs.

La condition peut également être un événement futur comme par exemple « *je donnerai à mon fils cet immeuble lorsqu'il aura obtenu son diplôme* ». Dès que l'événement survient, la propriété du bien est transmise au donataire, mais avec un effet rétroactif à la date de la donation. Au jour de l'obtention du diplôme, le fils sera réputé propriétaire de l'immeuble depuis la date de la donation. À l'inverse, les droits de mutation seront calculés à la date d'obtention du diplôme, la rétroactivité ne s'appliquant pas sur le plan fiscal.

Enfin, une donation peut être consentie sous condition résolutoire, dans ce cas, la donation est effective dès le jour de rédaction de l'acte et les droits de mutation sont immédiatement exigibles. Elle sera annulée si la condition résolutoire se réalise ultérieurement, mais les droits ne sont pas restitués. La plus courante est la clause de retour qui prévoit que le donateur récupérera le bien si le donataire décède avant lui.

L'intérêt d'une donation avec charges d'un point de vue fiscal est de réduire l'assiette de droits de donation. L'article 776 *bis* du CGI permet en effet de déduire, pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit, les dettes qui ont été contractées par le donateur pour l'acquisition ou dans l'intérêt des biens objet de la donation, qui sont mises à la charge du donataire dans l'acte de donation, et dont la prise en charge par le donataire est notifiée au créancier.

Cette déduction de la base imposable est subordonnée à plusieurs conditions, détaillées par l'administration fiscale(120) :

- la dette doit être affectée au bien ; le lien entre la dette transférée et le bien transmis est indispensable selon l'administration. Pour que la dette soit considérée comme affectée, il convient de s'assurer d'un lien juridique suffisant entre le prêt à l'actif. Notamment, le prêt doit être qualifié de prêt immobilier, il doit prévoir une garantie sur l'immeuble (privilège du prêteur de deniers, hypothèque) ainsi qu'une clause de remboursement anticipé. Dans ce contexte, le refinancement des prêts peut entraîner la perte de leur déductibilité. L'administration admet toutefois la déductibilité de la nouvelle dette en cas de rachat du prêt par une autre banque. Il faut là encore veiller à maintenir le lien juridique entre la dette et l'actif (référence expresse, remboursement anticipé, etc.) En tout état de cause, la déductibilité est limitée au solde de l'emprunt d'acquisition.

- la reprise de la dette par le donataire doit apparaître crédible, notamment compte tenue des moyens propres du donataire. À cet égard, il est préférable d'éviter une garantie du donateur.

- un formalisme minimum doit être observé. L'acte de donation doit tout d'abord détailler les dettes transmises, avec mention de l'identité du créancier. La prise en charge de la dette par le donataire doit ensuite être notifiée au créancier.

- enfin, le donataire doit démontre qu'il a supporté le paiement effectif des dettes mises à sa charge, sans que cette démonstration puisse être requise par l'administration au-delà de la troisième année suivant celle de leur échéance telle qu'elle est mentionnée dans l'acte de donation.

Pour un non résident, il peut ainsi s'avérer plus intéressant fiscalement de financer un bien au travers d'un prêt bancaire, plutôt qu'avec ses liquidités, car cela permet en principe de déduire de l'assiette des droits de mutation la dette attachée à l'immeuble. Mais comme en matière d'IFI, il est dans ce cas recommandé de plutôt structurer l'acquisition au travers d'une société civile, de manière à limiter le risque de discussion sur le caractère affecté de la dette, notamment en cas de refinancement.

Section VI – Cession du bien

Dans certains cas, la cession d'un bien peut constituer une solution pour assurer sa transmission. Ce type de solution peut notamment s'envisager pour transmettre un bien à certains bénéficiaires uniquement. Pour que cette solution soit fiscalement intéressante par rapport à une donation notamment, il faut que la cession n'entraîne pas un coût fiscal trop important.

Une cession familiale peut ainsi s'envisager à raison de biens ne recelant pas de plus-value ou dont la plus-value est exonérée (immeuble ou parts de SCI détenu depuis plus de 30 ans par exemple). Mais il faut aussi tenir compte des droits de mutation à titre onéreux et des frais attachés à la cession (5 % sur des parts de SCI ou de sociétés à prépondérance immobilière, 0,1 % sur des actions de sociétés ne relevant pas de l'article 726 du CGI).

(120) BOI-ENR-DMTG-20-30-10 n° 140 s.

Ce type de transmission est pratiqué par les non-résidents fortunés disposant de biens immobiliers d'une valeur importante en France : la cession aux enfants est envisageable lorsque ceux-ci disposent d'avoirs suffisants et elle se traduit en général par un coût nettement inférieur aux droits de mutation à titre gratuit. Cette solution doit toutefois être mise en œuvre avec prudence, pour ne pas risquer une requalification en donation dans le cadre de la procédure d'abus de droit. Il convient à cet égard d'éviter les situations suivantes :

- vente à un prix inférieur au marché ;
- vente aux enfants avec crédit vendeur ;
- vente aux enfants précédée ou suivie d'une donation de liquidités pour un montant équivalent.

Exemple :

Exemple chiffré :

Un non-resident détient un immeuble d'une valeur de 7 500 000 € acheté en 2007 pour un prix de 4 000 000 € qu'il veut transmettre à sa fille.

Droits de mutation	
Valeur de marché	*7 500 000*
Base taxable des droits de mutation (ligne directe)	*7 400 000*
Droits de mutation dus	***3 092 394***
Plus-value	
Prix de vente	*7 500 000*
Prix d'acquisition	*4 000 000*
Coûts d'acquisition	*300 000*
Majoration pour travaux	*600 000*
Prix d'achat	*4 900 000*
Plus-value	***2 600 000***
Abattement pour durée de détention (IR)	*936 000*
Plus-value (IR)	***1 664 000***
Abattement pour durée de détention (CS)	*257 400*
Plus-value (CS)	***2 342 600***
Impôt sur la plus-value	***316 160***
Contributions sociales	***402 927***
Surtaxe	***99 840***
Imposition totale	***818927***

Exemple :

Dans cet exemple, la fiscalité liée à la cession est inférieure à la fiscalité liée à la transmission à titre gratuit.

CHAPITRE IV

DUTREIL-SUCCESSION (ARTICLE 787 B DU CGI)

Section I – **Le pacte Dutreil est une option intéressante dans un contexte international**

L'article 787 B du CGI prévoit un mécanisme appelé « pacte Dutreil » qui permet d'exonérer de droits de mutation à titre gratuit 75 % de la valeur des parts ou actions de sociétés transmises, sous réserve du respect d'un certain nombre de conditions. Ce dispositif particulièrement optimisant dans des situations purement françaises peut également être utilisé dans un contexte de transmission international impliquant une société française ou des résidents français.

Ce dispositif peut d'autant plus être envisagée dans un contexte international que son champ d'application n'est pas limité territorialement : il peut s'appliquer à raison d'une société française ou étrangère déployant son activité en France ou à l'étranger. On peut donc imaginer d'y recourir pour la transmission d'un groupe familial étranger à un enfant domicilié en France depuis plus de 6 ans.

En France, cette exonération partielle est souvent combinée avec des donations en nue-propriété. À titre d'exemple, pour des donateurs âgés de moins de 71 ans révolus, la valeur de la nue-propriété résultant du barème de l'article 669 du CGI est de 60 % de la pleine propriété. Conjuguée avec un pacte Dutreil la donation de la nue propriété des parts d'une société éligible à l'exonération partielle sera imposée à un taux inférieur à 6.75 %. En tenant compte de la prise en charge des droits par le donateur, le taux effectif d'imposition marginal passe en deçà de 6,32 %.

Autre possibilité, en cas de mutation par décès, cette solution peut être combinée avec un paiement différé et fractionné des droits conformément à l'article 396 de l'annexe III au CGI. Dans un contexte international, le recours à cette mesure peut toutefois rendre problématique l'imputation à l'étranger d'un crédit d'impôt au titre de l'impôt français dans la mesure où il n'aurait pas été payé à la date de l'imposition dans l'autre État.

Section II – **Modalités d'application**

L'exonération partielle s'applique aux transmissions :

- de parts ou actions de sociétés (quel que soit leur régime fiscal) exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale qui ont fait l'objet d'un engagement collectif de conservation.

À noter que les parts ou actions de sociétés exerçant une activité civile accessoire peuvent bénéficier du régime de faveur dès lors que l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale a un caractère prépondérant c'est-à-dire que le chiffre d'affaires procuré par cette activité correspond à au moins 50 % du chiffre d'affaires

total et que le montant de l'actif brut immobilisé correspond à au moins 50 % du montant total de l'actif ;

• de parts ou actions de sociétés interposées, c'est-à-dire de sociétés détenant, soit directement soit indirectement par l'intermédiaire d'une autre société, une participation dans la société dont les titres font l'objet de l'engagement collectif de conservation.

À noter que dans le cas d'un double niveau d'interposition, l'exonération de 75 % s'applique sur la valeur des droits sociaux de la société détenus directement par le redevable dans la limite de la fraction de la valeur de l'actif brut de celle-ci représentative de la participation directe ou indirecte ayant fait l'objet de l'engagement.

L'application du régime de faveur est par ailleurs subordonnée aux conditions suivantes :

• Les parts ou actions de la société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale doivent avoir fait l'objet d'un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de deux ans commençant à courir à compter de l'enregistrement de l'acte le constatant. Cet engagement doit porter sur au moins 10 % des droits financiers et 20 % des droits de vote attachés aux titres émis par la société s'il s'agit d'une société cotée ou 17 % des droits financiers et 34 % des droits de vote lorsque la société n'est pas cotée (nouveaux taux applicables aux pactes conclus à compter du 1er janvier 2019). Ces pourcentages doivent être respectés tout au long de la durée de l'engagement collectif de conservation des titres. Cet engagement, qui devait être souscrit par au moins deux personnes propriétaires de titres, peut désormais être pris par une seule personne dès lors que l'ensemble des conditions sont remplies. Dans le cas d'une interposition de société(s), l'engagement doit être pris par la personne morale qui détient directement la participation dans la société dont les titres font l'objet de l'engagement de conservation. L'engagement de conservation est nécessairement constaté par un acte (acte authentique ou acte sous seing privé).

• Au moment de la transmission, chacun des héritiers ou légataires doit à son tour s'engager, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, à conserver les titres transmis pendant une période de quatre ans, commençant à courir à compter de l'expiration de l'engagement collectif de conservation des titres. Chacun des bénéficiaires s'oblige en conséquence à conserver directement ou indirectement les titres mais aucun engagement écrit n'est nécessaire.

• L'un des héritiers ou légataires ayant pris l'engagement individuel de conservation, ou l'un des associés ayant souscrit l'engagement collectif de conservation des titres, doit exercer dans la société, pendant la durée de l'engagement collectif et pendant les trois années qui suivent la transmission, son activité principale (s'il s'agit d'une société de personnes) ou l'une des fonctions de direction énumérées à l'article 885 O *bis*, 1° du CGI (s'il s'agit d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés), à savoir notamment les gérants de SARL, le président du conseil d'administration, le directeur général et les directeurs généraux délégués, les membres du directoire ou encore le président du conseil de surveillance dans les SA.

Comme évoqué précédemment, l'exonération partielle prévue par le « pacte Dutreil » est en principe applicable aux sociétés opérationnelles (activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale). Dès lors, l'activité financière des sociétés holdings les exclut normalement du champ d'application de l'exonération partielle

(BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519 n° 50). Toutefois, la doctrine administrative précitée admet que les dispositions de l'article 787 B du CGI sont applicables aux transmissions à titre gratuit de parts ou actions de sociétés holdings animatrices de leur groupe de sociétés, toutes les autres conditions devant être par ailleurs remplies.

La doctrine administrative définie les holdings animatrices comme « celles qui participent activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers » (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519 n° 50).

Ni la loi, ni la doctrine ne prévoient un seuil minimal de détention afin de qualifier une holding d'animatrice. Néanmoins, la pratique conduit l'administration à exiger une détention contrôlante ou à défaut d'être l'actionnaire prépondérant. La distinction entre sociétés holdings passives et animatrices relèvent essentiellement de l'appréciation des situations de fait.

On relèvera en premier lieu que pour qu'il y ait holding, il faut être en présence d'un groupe de sociétés. Il suffit de deux sociétés dès lors qu'elles entretiennent des relations de mère à filiale (Cass. com. 2-6-1992 n° 958 P).

Par ailleurs, le redevable doit faire état d'éléments concrets de nature à établir l'influence réelle de la holding sur la politique du groupe, l'activité ou le fonctionnement de sa ou de ses filiales. Il ne suffit pas d'établir que la holding dispose des moyens d'influer sur la politique du groupe, il faut justifier que ces moyens sont effectivement mis en œuvre. Une telle preuve est apportée lorsqu'il existe des conventions avec les filiales imposant à ces dernières de respecter la politique générale du groupe exclusivement définie par la société holding (Cass. com. 8-2-2005 n° 191 F-PB, confirmé sur renvoi par CA Paris 7-7-2006 n° 05-12395 ; dans le même sens, CA Paris 14-10-2005 n° 03-16746, 1re ch., sect. B) ou par la constatation de l'intervention essentielle de son dirigeant dans la détermination de la politique et le contrôle du groupe, attestée par les comptes rendus des conseils d'administration et les rapports des commissaires aux comptes (Cass. com. 27-9-2005 n° 1324 FS-PB; BOI-PAT-ISF-30-30-40-10 n° 210).

Toutefois, sont insuffisants à établir la preuve du caractère animateur d'une holding :

- l'identité des dirigeants du holding et de sa filiale (en ce sens, par exemple, Cass. com. 15-2-1994, n° 454 D ; BOI-PAT-ISF-30-30-40-10 n° 190) ;
- l'importance de la participation détenue par la holding dans le capital de la filiale. Par exemple, le fait que la société holding détienne 95 % de sa filiale ne suffit pas à établir l'exercice d'un rôle d'animation effective au sein du groupe formé par les deux sociétés (Cass. com. 8-7-1997 n° 1787 D) ;
- le seul soutien financier d'une filiale en qualité d'actionnaire, en se portant caution de ses financements et en concluant une convention de trésorerie avec elle (Cass. com. 6-5-2014 n° 13-11.420, n° 428 F-PB).

La copie de l'acte portant engagement collectif de conservation des titres ainsi que l'attestation de la société dont les titres font l'objet de l'engagement certifiant que cet engagement est en cours au jour de la transmission et qu'il a porté jusqu'à cette

date sur le quota de titres requis pour le bénéfice du régime doivent être joints à la déclaration de succession ou l'acte de donation.

Section III – Non respect des conditions

En cas de non-respect de l'engagement collectif de conservation des titres, tous les héritiers ou donataires, doivent, en principe, acquitter le complément de droits de mutation à titre gratuit majoré des intérêts de retard.

Toutefois, en cas de cession des parts ou actions, les autres signataires échappent à la remise en cause s'ils conservent leurs titres jusqu'au terme initialement prévu et que les seuils de détention restent atteints ou si le cessionnaire s'associe à l'engagement à raison des titres cédés, sous réserve dans ce cas que l'engagement soit reconduit pour une durée minimale de deux ans.

Notons toutefois que la loi de finances pour 2019 a limité la remise en cause de l'engagement collectif en cas de cession partielle des titres engagés au profit d'un autre signataire. En effet, l'administration considérait que la cession partielle de titres placés sous un engagement collectif ou individuel de conservation était une cause de déchéance pour la totalité des titres qui y avaient été placés par le signataire concerné. Désormais, lorsque l'héritier, le donataire ou le légataire ayant revendiqué l'exonération, cédera une partie des titres engagés au profit d'un autre signataire de l'engagement collectif, son exonération partielle ne sera remise en cause qu'à hauteur des seuls titres cédés mais sera maintenue pour le surplus des titres qu'il conservera.

Section IV – Apport à une holding de titres sous engagement

La loi de finances pour 2019 a par ailleurs refondu totalement le dispositif d'apport des titres placés sous engagements au profit d'une société holding.

Les héritiers, donataires ou légataires ayant souscrit un engagement individuel de conservation sont autorisés à apporter ensuite à une holding les titres qui en sont encire grevés sans encourir la remise en cause de l'exonération partielle appliquée.

Cette possibilité, qui était déjà ouverte durant la phase de l'engagement individuel de conservation, est désormais également possible au cours de l'engagement collectif qui précède, y compris lorsque la holding était signataire de l'engagement collectif.

Cette possibilité concerne aujourd'hui non seulement les titres de sociétés exerçant directement une activité éligible de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale mais également les titres d'une société interposée détenant directement des sociétés précitées sous la condition qu'à l'issue de l'apport et jusqu'au terme des engagements de conservation, la valeur réelle de l'actif brut de la holding bénéficiaire de l'apport soit composée à plus de 50 % de participations indirectes dans la société cible. Cet assouplissement n'est toutefois applicable dans que la limite d'un

seul niveau d'interposition puisqu'à la suite de l'apport il existera donc deux niveaux d'interposition entre la société cible et les associés personnes physiques.

Enfin, ce nouveau dispositif est soumis à la condition qu'au minimum 75 % du capital et des droits de vote de la holding soient détenus par les bénéficiaires de l'exonération partielle et par les signataires de l'engagement collectif et que la direction directe de la holding soit assurée par l'un d'entre eux jusqu'au terme des engagements de conservation.

Ces mesures offrent une plus grande souplesse intégrer des titres sous engagement dans des restructurations familiales. Par ailleurs, en cas de transmission du groupe familial à un seul des enfants, il devient possible de faire une donation des titres à cet enfant, sous Dutreil, à charge pour lui de reverser une soulte à ses frères et sœurs. Le donataire des titres peut ensuite procéder à l'apport de ceux-ci grevés de la soulte à une holding, qui pourra soit refinancer la dette correspondant aux soultes par un prêt bancaire, soit la rembourser progressivement au gré des distributions de dividendes. Ce type de schéma permet à l'ensemble des enfants de profiter de l'exonération partielle, et au donataire des titres de profiter du régime mère fille au niveau de la société holding (en évitant ainsi les 30 % d'imposition sur les dividendes avant remboursement des soultes).

Le contribuable aura enfin la possibilité d'opter pour un paiement différé de 5 ans et fractionné en 21 échéances semestrielles pendant 10 ans des droits si la transmission porte sur 5 % au mois du capital d'une société exerçant une activité commerciale, industrielle, agricole, artisanale ou libérale, ou dur une holding animatrice de son groupe. En cas de donation-partage avec soulte, le bénéfice du paiement fractionné ou différé ne peut toutefois être accordé qu'au seul attributaire des parts sociales ou actions(121).

La cession de plus du tiers des biens ayant bénéficié du paiement différé et fractionné des droits de mutation à titre gratuit dus sur les transmissions d'entreprises entraîne pour le cédant l'exigibilité immédiate des droits en suspens.

L'apport pur et simple à une société de plus du tiers des biens reçus à titre gratuit n'entraîne pas la déchéance du régime de faveur lorsque le bénéficiaire prend dans l'acte d'apport l'engagement de conserver les titres obtenus en contrepartie de son apport jusqu'à l'échéance du dernier terme du paiement fractionné. Cet engagement doit être mentionné dans l'acte d'apport(122).

En revanche, les apports à titre onéreux ou mixte entraînent pour le cédant l'exigibilité immédiate des droits en suspens dès lors que la valeur des biens ainsi apportés représente au jour de l'apport plus du tiers de la valeur des biens professionnels reçus à titre gratuit pour lesquels l'héritier, le légataire ou le donataire a sollicité le bénéfice du paiement différé et fractionné.

Ainsi le régime du différé fractionné n'est en principe pas compatible avec la solution évoquée précédemment d'une donation sous Dutreil avec soulte, suivie d'un réapport à titre onéreux des titres grevés des soultes.

---

(121) RM Debré n° 6014, JO débats AN du 26 févr. 2013 p. 2200.
(122) RM Valleix n° 7047, JO AN du 7 févr. 1994 p. 628.

Exemple :

Exemple d'application directe du mécanisme du pacte Dutreil

Hypothèses :

- *transmission des parts de la société 1*
- *la société 1 est une société opérationnelle*
- *les sociétés ne sont pas cotées*

Solution :

- *il n'y a aucun niveau d'interposition ici*
- *l'engagement collectif doit être souscrit par l'associé qui détient la participation dans la société dont les titres sont éligibles au mécanisme du pacte Dutreil ainsi que par au moins un autre associé*
- *la chaîne de participations doit demeurer inchangées (ou être revues à la hausse) à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement collectif*

Exemple :

Exemple en cas d'interposition de sociétés (simple niveau d'interposition)

Hypothèses :

- *transmission des parts de la société 1*
- *la société 1 n'est pas une société opérationnelle ni une holding animatrice*
- *la société 2 est une société opérationnelle*
- *les sociétés ne sont pas cotées*

Solution :

- *il y a ici un simple niveau d'interposition car la société 1 n'est pas éligible au mécanisme du pacte Dutreil*
- *l'engagement collectif doit être souscrit par la société qui détient la participation dans la société dont les titres sont éligibles au mécanisme du pacte Dutreil ainsi que par au moins un autre associé*
- *la chaîne de participations doit demeurer inchangées (ou être revues à la hausse) à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement collectif*

Exemple :

Exemple en cas d'interposition de sociétés (double niveau d'interposition)

Hypothèses :

- *transmission des parts de la holding familiale à un enfant*
- *la société 1 ne peut pas être qualifiée de société commerciale ou opérationnelle ni de holding animatrice*
- *la société 2 est une société opérationnelle éligible au mécanisme du pacte Dutreil*
- *les sociétés ne sont pas cotées*

Solution :

- *il y a un ici un double niveau d'interposition car ni la holding familiale ni la société 1 ne sont éligibles au mécanisme du pacte Dutreil*
- *l'engagement collectif doit être souscrit par la société qui détient la participation dans la société dont les titres sont éligibles au mécanisme du pacte Dutreil ainsi que par au moins un autre associé*
- *la chaîne de participations doit demeurer inchangées (ou être revues à la hausse) à chaque niveau d'interposition pendant toute la durée de l'engagement collectif*

CHAPITRE V

PURGE DE LA PLUS-VALUE AU MOMENT DE LA TRANSMISSION

Le principe en droit interne français est que les mutations à titre gratuit purgent la plus-value latente que recelait le bien donné chez le donateur ou le défunt.

En application de l'article 150-0 A-1 du CGI, seules sont en principe susceptibles de générer des plus-values imposables les cessions à titre onéreux. En présence d'un donateur ou d'un défunt non résident, il convient toutefois de s'assurer que la transmission n'est pas un fait générateur d'imposition de la plus-value dans l'autre État, comme c'est le cas par exemple au Canada. Dans ce cas la question de l'imputation de l'impôt acquitté hors de France sur l'impôt français est problématique car les deux impôts n'ont pas la même nature (impôt sur le revenu / droits de donation) même en présence d'une convention fiscale.

En l'absence de convention fiscale, l'article 784 A du CGI ne devrait pas permettre d'imputer l'impôt sur le revenu acquitté hors de France puisqu'il n'octroie de crédit d'impôt qu'au titre « *des droits de mutation à titre gratuit acquitté, le cas échéant, hors de France* ».

En droit interne français, il existe toutefois des situations dans lesquelles la donation ne purge pas la plus-value attachée aux biens donnés :

- Pour les titres issus de stock options dans le cadre de plans accordés à compter du 20 juin 2007, la donation des titres levés entraîne l'imposition du gain d'acquisition entre les mains du donateur ;
- S'agissant des titres issus d'un apport cession ayant relevé des dispositions de l'article 150-0 B *ter* du CGI, ce dispositif prévoit que la plus-value en report est imposée au nom du donataire en cas de cession, d'apport, de remboursement ou d'annulation des titres dans un délai de dix-huit mois à compter de leur acquisition par le donateur ou lorsque l'une des conditions mentionnées au 2° du I du présent article n'est pas respectée.

Le principe de la purge de la plus-value de cession trouve par ailleurs ses limites lorsque les biens cédés ont été reçus dans le cadre d'une libéralité non déclarée ou insuffisamment déclarée. Le Conseil d'État a ainsi considéré[123] « *que si, pour le calcul de la plus-value taxable lors de la cession des actions, le prix d'acquisition des actions obtenues à titre gratuit doit être fixé à la valeur retenue pour le calcul des droits de mutation en vertu des dispositions du 1 de l'article 150-0 D du Code général des impôts, sauf à l'administration d'établir que la valeur retenue pour le calcul des droits de mutation était dépourvue de toute signification, cette valeur ne peut être utilement invoquée dans l'hypothèse où elle a été retenue pour le calcul des droits de mutation dans une déclaration de don manuel déposée après la cession des actions* ».

Il convient dès lors d'être vigilant en cas de donation à une personne domiciliée en France depuis moins de 6 ans ou d'installation en France d'un non résident ayant

(123) Conseil d'État, 3e / 8e SSR, 25 nov. 2015, 378004.

reçu des biens à titre gratuit : la donation devra être formalisée avec externalisation de la valeur du bien transmis, afin d'éviter une discussion pour la détermination de la plus-value de cession du bien.

Il convient enfin de relever que dans de nombreux États étrangers, la transmission d'un bien à titre gratuit ne purge pas la plus-value attachée aux biens donnés, qui est transférée au donataire ou à l'héritier. C'est le cas en Italie, où la donation de titres suivie de leur cession par le donataire entraîne l'imposition de ce dernier sur la plus-value constatée par rapport au prix de revient du donateur.

TITRE V

DE QUELQUES STRATÉGIES DE TRANSMISSION DE PATRIMOINE DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL

CHAPITRE UNIQUE

STRATÉGIES DE TRANSMISSION

Introduction à l'*Estate planning* :

L'estate planning peut être défini comme la préparation d'une succession internationale. Il s'agit d'une action préventive visant à anticiper et à optimiser la transmission d'un patrimoine dans un contexte international. À l'instar des stratégies internes ou nationales, l'estate planning va consister en une optimisation de la transmission et ce, tant sur le plan civil que sur le plan fiscal.

La difficulté de la matière tient au fait qu'il n'est pas possible de se contenter de prolonger à l'étranger des stratégies nationales. En d'autres termes, l'*estate planner* ne saurait se contenter de définir une solution interne et de vouloir ensuite l'étendre à l'international. L'extranéité de certains éléments de la situation impose en effet de tenir compte du droit et de la fiscalité des autres États concernés.

L'*estate planner* se doit donc d'abandonner une approche unilatérale et nationale au profit d'une approche concertée et internationale. Une fois les souhaits et objectifs du client bien définis, la bonne méthodologie de l'*estate planner* pourrait être résumée ainsi :

– Réaliser un audit civil et fiscal de la situation : il s'agit ici d'analyser la situation en l'état, d'abord sur le plan civil, en appliquant les règles de droit international privé, de source nationale, européenne, voire internationale, puis sur le plan fiscal, en appliquant le droit fiscal interne et les éventuelles conventions fiscales,

– Définir la stratégie eu égard aux objectifs : la stratégie va consister en l'exercice d'options civiles et fiscales, de manière à parvenir, en totalité ou en partie et dans

la mesure du possible, aux souhaits et objectifs du propriétaire du patrimoine ou du client. Ces options peuvent consister à réaliser, en France, une solution nationale, mais elles peuvent aussi consister à réaliser, dans un autre pays, une solution étrangère. En toutes hypothèses, les stratégies retenues pouvant impliquer une remise en cause d'options déjà prises, par le passé, par le client, il conviendra de mesurer l'impact des solutions retenues sur les solutions passées.

– Vérifier l'efficacité internationale de la stratégie : il s'agit ici de vérifier que la solution à réaliser dans un pays sera efficace dans les autres pays concernés. En d'autres termes, il convient de vérifier que la solution retenue sera bien reconnue à l'étranger. Cette étape est l'une des différences majeures entre la stratégie patrimoniale interne et la stratégie patrimoniale internationale. Et cette étape est cruciale : une stratégie, aussi bonne soit-t-elle, qui serait valable en France, mais dont la validité ou l'opposabilité ne serait pas reconnue à l'étranger, s'avérerait en effet totalement inefficace. Cette vérification devra donc être réalisée, en parallèle, avec la définition des options ci-dessus. Pratiquement, ces deux étapes impliquent donc pour le juriste national de travailler en partenariat avec des juristes de droit étranger et de fiscalité étrangère.

Triple avertissement :

Même si la matière est complexe, la méthodologie rigoureuse et les solutions difficiles, nous avons souhaité, dans cette Troisième partie, présenter quelques stratégies de transmission de patrimoine dans un contexte international.

Toutefois, à titre préliminaire, nous souhaitons inviter le lecteur à la prudence et l'alerter, plus particulièrement, sur 3 points :

– Le caractère particulièrement incertain des réponses : En droit interne, les questions de droit et de fiscalité appellent parfois des réponses incertaines. Cela est d'autant plus vrai dans un contexte international où la diversité des règles et des institutions, combinée avec l'existence de conflits de lois ou de juridictions – lesquels parfois non résolus –, peut conduire à de véritables vides juridiques.

– Le caractère doublement changeant du droit positif : En droit interne, les lois civiles et les lois fiscales évoluent et une solution valable un jour peut ne plus être valable le lendemain. Cela est d'autant plus vrai dans un contexte international, dans la mesure où peuvent changer non seulement la loi nationale, mais aussi la loi étrangère, mais encore la règle de conflit elle-même.

– Le caractère sous haute surveillance de l'optimisation fiscale : En droit interne, l'optimisation fiscale – *a priori* licite – trouve sa limite dans l'abus de droit. Cette limite est d'autant plus vrai dans un contexte international où le climat actuel tend à considérer qu'une optimisation fiscale réalisée dans un contexte international peut constituer une évasion fiscale. L'attention de l'*estate planner* en herbe sera particulièrement attirée sur la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude fiscale qui a créé un article 1740 A *bis* du Code général des impôts visant à sanctionner, non plus uniquement le contribuable, mais également son conseil, lorsque le contribuable a été condamné pour manquement grave et que le conseil lui a fourni intentionnellement une prestation de conseils à caractère juridique, financier ou comptable ayant contribué directement à ce manquement.

§ I – *RÉALISER DES INVESTISSEMENTS EXONÉRÉS*

Dès lors qu'une personne physique non-résidente décide d'investir en France, il se pose la question tôt ou tard de la transmission de ce nouveau bien acquis. Le rôle du notaire ne se limite pas alors à la transaction immobilière mais s'étend à l'accompagnement en matière de transmission patrimoniale souvent à moindre coût fiscal. L'*Estate Planning* commence dès l'intention d'achat par le biais d'une réflexion autour de la structuration de l'acquisition. L'interposition d'une Société Civile Immobilière (SCI) est un exemple. La création d'une SCI en France est libre pourvu que son objet social soit non-commercial et en lien avec une activité immobilière. La société civile n'oblige pas à compter parmi ses associés uniquement des ressortissants français ou européens ou résidents fiscaux en France.

En droit civil français, les parts de SCI sont qualifiées de biens meubles. Avant l'entrée en vigueur du Règlement Successions l'interposition d'une SCI était notamment utilisée pour s'assurer que la loi civile applicable à leur dévolution soit celle du dernier domicile du défunt.

En droit fiscal, les parts de SCI sont taxables en France quand bien même le défunt était fiscalement domicilié hors de France(1), le tout sous réserve des conventions bilatérales fiscales ratifiées par la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière de succession.

La majorité des conventions fiscales bilatérales en matière de droits de succession impose les biens immobiliers dans l'État contractant où sont situés ces biens et étend ladite imposition aux parts de société à prépondérance immobilière dont la SCI comme par exemple dans la Convention avec les États-Unis(2), le Royaume-Uni(3) ou encore l'Allemagne(4).

En revanche, d'autres conventions ratifiées par la France n'entretiennent pas le même raisonnement.

Prenons l'exemple de la Convention ratifiée par la France et Monaco le 1er avril 1950. Voilà près de soixante-dix ans que la convention franco-monégasque prévoit que :

« *Article 2 : 1. Les immeubles et droits immobiliers faisant partie de la succession d'un ressortissant de l'un des deux États contractants ne seront soumis à l'impôt sur les successions que dans l'État où ils sont situés. 2. La question de savoir si un bien ou un droit a le caractère immobilier sera résolue d'après la législation de l'État dans lequel est situé le bien considéré ou le bien sur lequel porte le droit envisagé.*

Et « *Article 6 : Les actions ou parts sociales, fonds d'État, obligations, créances chirographaires ou hypothécaires et tous autres biens laissés par un ressortissant de l'un*

(1) CGI, art. 750 *ter* 2°.

(2) Convention fiscale bilatérale Franco-Américaine du 24 novembre 1978 modifiée par avenant du 8 décembre2004 tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur les successions et les donations, art. 5.

(3) Convention fiscale bilatérale Franco-Britannique du 21 juin 1963 tendant à éviter les doubles impositions en matière de droit des successions, art. 4 g).

(4) Convention fiscale bilatérale franco-allemande du 12 octobre 2006 et entrée en vigueur le 3 avril 2009 en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions et les donations, art. 5, 3.

des deux États auxquels ne s'appliquent pas les articles 2 à 5, seront soumis aux dispositions suivantes : a) Si le de cujus était domicilié au moment de son décès dans l'un des deux États, lesdits biens ne seront soumis à l'impôt sur les successions que dans cet État ; b) Si le de cujus n'avait pas son domicile dans l'un des deux États, lesdits biens ne seront soumis à l'impôt sur les successions que dans l'État dont le de cujus était ressortissant au moment de son décès ; s'il était, au moment de son décès, ressortissant des deux États, chaque cas d'espèce fera l'objet de conventions particulières entre les administrations française et monégasque ».

La question se pose alors de la taxation aux droits de mutation des parts de société civile immobilière en France par un défunt qui était domicilié à Monaco. Ces parts sont-elles taxables en France ou à Monaco compte tenu de l'articulation des articles ?

La cour de cassation en assemblée plénière dans un arrêt en date du 2 octobre 2015(5) a répondu par la seconde option. En l'espèce, un ressortissant de nationalité marocaine domicilié à Monaco détenait des parts de SCI de droit monégasque laquelle possédait un bien immobilier en France. Ses héritiers avaient déposé une déclaration de succession en France excluant de l'imposition française les parts de SCI pour laquelle l'administration fiscale proposait une rectification. La cour de cassation a estimé en l'espèce que les parts de SCI étaient taxables au lieu du domicile du défunt, soit à Monaco. Outre la qualification claire de la nature des parts de SCI, l'arrêt de la cour de cassation a rendu une interprétation extensive de la convention franco-monégasque en élargissant son application à des personnes non ressortissantes de France ou de Monaco.

Ainsi, la nouvelle lecture de la convention et de son article 6 permet de considérer plusieurs situations :

Si le défunt était domicilié dans un des deux États signataires (France ou Monaco), seul ce pays pourrait imposer la succession,

Si le défunt n'avait ni son domicile en France, ni à Monaco au moment de son décès, le droit de taxation n'appartiendrait ni à la France ni à Monaco mais au pays dont il est ressortissant.

Si le défunt était ressortissant des deux pays, une décision particulière serait trouvée pour ce cas d'espèce.

Dans un exemple franco-monégasque, l'interposition d'une SCI offre donc selon les situations une transmission par décès non taxable en France voire non taxable à Monaco lorsque les parts de société sont dévolues entre époux ou en ligne directe.

D'autres conventions fiscales signées par la France ne retiennent pas la notion de prépondérance immobilière pour les parts de SCI. C'est le cas pour les conventions signées avec la Belgique(6), l'Espagne(7), le Bahreïn(8), les Emirats Arabes Unis(9) et l'Arabie Saoudite(10). Les parts de SCI sont ainsi imposées dans l'État où était domicilié le défunt. L'intérêt de l'interposition de l'acquisition en France avec ces trois derniers pays tient en l'absence en droit interne de droits de succession.

(5) Cass. ass. plén. 2 octobre 2015 nº 14-14. 256.
(6) Convention du 20 janvier 1959.
(7) Convention du 8 janvier 1963.
(8) Convention du 10 mai 1993 modifiée le 7 mai 2009.
(9) Convention du 19 juillet 1989.
(10) Convention du 18 février 1982 dans sa version modifiée.

Sans recourir à une SCI, la détention en direct d'un bien immobilier par un résident fiscal français à l'étranger peut s'avérer dans certaines situations tout autant intéressante.

En effet le Code Général des Impôts français impose aux droits de mutation à titre gratuit l'ensemble du patrimoine mondial du défunt domicilié en France(11) ; l'imposition est toutefois exercée sous réserve des conventions fiscales applicables.

Comme on l'a vu *supra* les conventions bilatérales fiscales inspirées des modèles OCDE imposent les biens immobiliers d'après leur lieu de situation. Certains États comme l'Italie bénéficient d'une fiscalité successorale plus douce(12) qu'en France le bien se verra ainsi moins taxé que s'il était situé sur le sol français. D'autres États, connaissent une exonération des droits de succession en ligne directe comme à Monaco. Le bien immobilier situé à Monaco dévolu en ligne directe et détenu par un français résident fiscal en France sera ainsi non taxable aux droits de succession.

§ II – *FAIRE UNE DONATION-PARTAGE MONDIALE*

Atouts de la donation-partage :

Dans un contexte national français, la donation-partage est un instrument idéal de transmission anticipée du patrimoine. Elle présente notamment deux atouts majeurs. Le premier est son caractère global : la donation-partage permet de réunir les patrimoines des donateurs en vue d'une transmission unique, nonobstant l'origine propre ou commune des biens à donner. La formation des lots et leurs attributions aux donataires s'en trouvent largement facilitée, dans la mesure où il est possible d'attribuer, par exemple, à l'un, un bien commun et à l'autre, un bien propre. Le second atout est son caractère définitif : la donation-partage est réputée, de par la loi elle-même, constituer un partage anticipé de la succession future des donateurs. Les biens donnés ne sont pas soumis au rapport des donations et échappent donc aux aléas des réévaluations que celui-ci suppose. Leurs valeurs est figée et l'équilibre (ou le déséquilibre) voulu lors de la donation-partage est donc définitif. Ces deux atouts ont fait de la donation-partage un instrument très largement plébiscité par les praticiens, au premier rang desquels, les notaires.

L'estate planner français a donc rêvé de pouvoir utiliser un tel instrument dans un contexte international. En effet, d'un point de vue théorique, les atouts de la donation-partage voient leur portée décuplée dans un tel contexte : le caractère global de l'instrument permettrait d'englober des biens situés dans des pays différents en vue d'un partage mondial et de faciliter grandement les attributions. Il serait possible, par exemple, d'attribuer à un donataire un bien situé dans un pays et à un autre donataire, un bien situé dans un autre pays. Son caractère définitif, en ce qu'il confère stabilité et sécurité au partage réalisé, serait d'autant plus utile dans un contexte international où la situation est, par hypothèse, beaucoup plus mouvante.

---

(11) CGI, art. 750 *ter* 1°.

(12) Abattement d'un million d'Euros en ligne directe et un taux de transmission de 4 %.

Dangers des donations-partages dans un contexte international :

Malheureusement, cette institution est très largement ignorée des législations étrangères. Aussi, l'estate planner se devait, dans un contexte international, d'écarter la donation-partage. En effet, avant l'entrée en vigueur du Règlement Successions, un tel instrument pouvait, lors du décès, se heurter à la ou les loi(s) successorale(s) compétente(s) et voir ainsi ses effets être reconnus dans un pays, alors que dans un autre, la donation-partage allait être considérée comme un pacte prohibé et donc nul. On imagine aisément que sa reconnaissance dans un pays et sa non-reconnaissance dans un autre conduisaient inéluctablement à des résultats des plus aléatoires et des plus injustes.

Même à supposer que la donation-partage soit connue des différents pays en présence, l'attribution à un donataire d'un bien situé dans un pays et à un autre donataire d'un bien situé dans un autre pays demeurait difficile dans la mesure où en présence d'une pluralité de masse successorale, la réserve héréditaire s'apprécie, non pas au niveau mondial, mais distinctement masse par masse. En d'autres termes, une donation-partage unanimement reconnue et égalitaire entre les donataires demeurait néanmoins réductible pour atteinte à la réserve. Dans une telle hypothèse, il convenait alors de sécuriser la donation-partage, pays par pays, par un pacte de renonciation à l'action en réduction.

Face à l'ensemble de ces difficultés, il était donc fortement recommandé aux praticiens, avant le Règlement Successions, de privilégier des donations simples, ces dernières étant très largement reconnues. Si le risque de non reconnaissance ou de nullité de la donation était alors écarté, l'attention est ici attirée sur le fait que le risque de réduction pour atteinte à la réserve était inchangé. En d'autres termes, il convenait tout autant de sécuriser les différentes donations simples, pays par pays, par des renonciations à l'action en réduction.

Donation-partage européenne :

Le Règlement Successions, entré en vigueur le 17 août 2015, a rendu possible l'efficacité de donations-partages au sein de l'Europe. Nul doute qu'elles sont amenées à se développer et les notaires doivent s'emparer de cette nouvelle possibilité.

Le Règlement définit le pacte successoral comme « *un accord (…) qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte* ». La donation-partage constitue donc un pacte successoral au sens du règlement.

Sa validité formelle est régie par l'article 27 du Règlement, à l'instar des dispositions à cause de mort, lequel est animé d'un principe de faveur : le pacte sera valable, en la forme, s'il satisfait à la loi du lieu de sa conclusion, ou à celle de la nationalité ou du domicile ou de la résidence d'au moins une des personnes dont la succession est concernée par le pacte.

Quant à sa validité au fond et ses effets contraignants, ils sont régies par l'article 25 du Règlement duquel il résulte que le pacte sera valable, au fond, s'il satisfait à la loi qui « *aurait été applicable à la succession* » si la personne dont la succession est concernée par le pacte « *était décédée le jour où le pacte a été conclu* ». En d'autres termes,

le pacte est valable s'il satisfait à la loi successorale hypothétique, c'est-à-dire à la loi successorale de la résidence habituelle, au jour de la conclusion du pacte, de la personne dont la succession est concernée. Lorsqu'un pacte concerne la succession de deux personnes, l'attention est ici attirée sur le fait que le Règlement distingue la recevabilité et la validité au fond du pacte : le pacte n'est recevable que s'il satisfait à chacune des lois successorales hypothétiques de ces deux personnes. Dans l'hypothèse où le pacte est donc recevable par les deux lois, sa validité et ses effets seront alors régies par celle de ces lois avec laquelle le pacte présente les liens les plus étroits (art. 25, 2 al. 3).

Le Règlement permet par ailleurs aux parties de choisir, comme loi régissant la validité au fond et les effets contraignants du pacte, la loi de la nationalité de l'une des personnes dont la succession est concernée (art. 25, 3).

Il convient de ne pas confondre – malgré le renvoi de l'article 25, 3 à l'article 22 du Règlement – ce choix de la loi applicable au fond du pacte (art. 25, 3) et le choix de la loi successorale, communément appelé « professio juris » (art. 22). En effet, leur portée est différente. La professio juris vise à soumettre à la loi de sa nationalité son entière succession, alors que le choix de loi du pacte vise à soumettre à la loi de sa nationalité uniquement son pacte. Pour le distinguer de la professio juris, certains auteurs l'ont utilement appelé « *petit choix de loi* »(13).

Ce petit choix de loi, inséré dans la donation-partage, permettra de garantir la validité et les effets de la donation-partage et ce, quelle que soit la loi successorale qui s'avérera finalement applicable, lors du décès.

Sur le plan pratique, on ne peut donc que vivement conseiller de faire systématiquement, dans toute donation-partage, une tel petit choix de loi. Cela évitera, comme le souligne Madame Mariel Revillard, les difficultés liées à la détermination de la loi des liens les plus étroits devant régir les pactes concernant la succession de plusieurs personnes(14).

D'un point de vue théorique, une donation-partage réalisée en France sera donc sécurisée par un petit choix de loi en faveur de la loi française, loi de la nationalité de l'un des donateurs et ce, quand bien même il s'avérerait, à son décès, que sa succession se trouve soumise à une loi étrangère.

Pour une sécurité maximale, nous ne pouvons que recommander de doubler le petit choix de loi, d'une *profession juris*. Ainsi, la validité au fond et les effets du pacte, d'une part, et la succession, d'autre part, seront soumis à une seule et même loi. En d'autres termes, on parvient alors à une unicité de loi entre la loi applicable à la donation et la loi applicable à la succession. Et cette unicité de loi ne sera pas menacée par un éventuel déménagement à l'étranger des donateurs, à l'avenir.

En permettant qu'un pacte soit soumis, quant à sa validité au fond et à ses effets contraignants, à une seule et même loi (la loi successorale hypothétique, la loi des liens les plus étroits ou la loi choisie par petit choix de loi, doublé ou non d'une *professio juris*), le Règlement a donc ouvert la possibilité de donation-partage européenne.

---

(13) Marjorie Devisme.

(14) « Droit international privé et européen : pratique notariale », p. 662, *infra* 1145.

Exemple :

M. Durand, de nationalité française et son épouse, de nationalité belge, ont deux enfants et possède une habitation principale à Paris (bien commun, d'une valeur de 600 000 €), un appartement à Bruxelles (bien propre à Mme, d'une valeur de 400 000 €) et un studio à Rome (bien commun, d'une valeur de 200 000 €).

Ils souhaitent procéder à une donation-partage, englobant leurs biens communs et le bien propre de Mme aux fins d'attribuer à l'un des enfants l'habitation principale de Paris (600 000 €), et à l'autre l'appartement de Bruxelles (400 000 €) et le studio de Rome (200 000 €).

Avant le Règlement Successions, une donation-partage par ce couple portant sur les trois biens était impossible, pour deux raisons : sa validité ne pouvait être assurée, le droit italien la considérant comme un pacte prohibé (art. 458 du Code civil italien), son caractère réductible ne pouvait être sécurisé, la réserve se calculant masse par masse et le droit belge interdisait alors la renonciation à l'action en réduction.

Désormais, M. et Mme Durand peuvent parfaitement procéder, en France, à une telle donation-partage, de portée européenne.

Cette donation-partage sera valable en la forme, car elle satisfait à la loi du lieu de sa conclusion (loi française). Elle sera recevable car elle satisfait à la loi successorale hypothétique de chacun de M. et de Mme Durand, savoir la loi de leur résidence habituelle au jour de la donation (loi française). Enfin, elle sera valable au fond, car elle satisfait à la loi des liens les plus étroits (loi française).

Bien entendu, pour sécuriser sa validité au fond et mettre fin à toute question sur la détermination de la loi des liens les plus étroits, le notaire prendra soin d'insérer dans la donation-partage, un petit choix de loi, sur le fondement de l'article 25, 3 du Règlement Successions, afin de soumettre la validité au fond et les effets contraignants de la donation à la loi française, loi nationale de M. Durand, lequel choix est possible nonobstant la nationalité belge de Mme Durand.

Pour une sécurité maximale, le notaire français pourra également conseiller à M. Durand, de doubler le petit choix de loi, d'une profession juris en faveur de sa loi nationale, de manière à garantir une identité entre la loi des effets de la donation-partage et la loi qui sera applicable à sa succession. Ainsi un déménagement du couple au profit de l'appartement de Bruxelles ne modifierait pas cette unicité de loi entre la donation et la succession.

Il convient de noter que cette sécurité maximale ne pourra toutefois pas être offerte à Mme Durand, cette dernière étant de nationalité belge. Son installation à Bruxelles mettrait donc fin à l'unicité de loi entre la donation et la succession. Néanmoins, la donation-partage demeurera pleinement valable et produira ses effets.

Cette possibilité de donation-partage européenne ouvre la voie à de nombreuses stratégies patrimoniales.

Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer les multiples possibilités et atouts que peuvent offrir une donation-partage transgénérationnelle et européenne.

Donation-partage mondiale ?

Si la donation-partage de portée européenne ne pose plus de difficulté, la question d'une donation-partage hors de l'Europe demeure.

Rappelons en effet que le Règlement Successions, bien qu'ayant un caractère universaliste, ne lie toutefois que les États membres signataires. En d'autres termes, il ne met fin au système scionniste qu'au sein de l'Europe. À l'extérieur, la pluralité de règles de conflit de lois et la pluralité de lois successorales applicables à une même succession demeurent. Le praticien devra donc éviter cet instrument, comme évoqué ci-avant, toutes les fois où les pays concernés prohibent un tel pacte et/ou ne connaissent pas la renonciation à l'action en réduction. Est-ce à dire que toute possibilité de donation-partage hors Europe est à prohiber ? La réponse est négative. En effet, une donation-partage de portée mondiale peut être envisagée dans deux hypothèses.

Hypothèse de l'unicité de la loi successorale par renvoi :

Une donation-partage peut être envisagée hors Europe à la double condition que l'application des différentes règles de conflit en présence conduit à l'application d'une seule et même loi successorale et que cette loi admette un tel pacte.

Cette situation pourra se présenter par le jeu du renvoi. Le Règlement Successions admet le renvoi par un État tiers dans deux cas : lorsque la règle de conflit de l'État tiers renvoie à la loi d'un État membre (art. 34, 1, a) ou lorsqu'elle renvoie à la loi d'un État tiers qui appliquerait sa propre loi (art. 34, 1 b). Dans ces deux cas, le renvoi de l'État tiers conduit à reformer l'unité successorale. L'entière succession, en ce compris le bien situé sur le territoire d'un pays non européen, se trouve soumis à une seule et même loi successorale, laquelle peut être la loi d'un pays européen (renvoi au premier degré de l'article 34, 1, a) ou celle d'un État non européen (renvoi au second degré de l'article 34, 1 b). S'il s'avère que celle loi, unanimement désignée par les différentes règles de conflit, connaît l'institution de la donation-partage, alors cet instrument pourra être utilement utilisé.

Exemple :

M. et M^me^ Fuentes, tous deux de nationalité française, possèdent une maison principale en France (bien commun) et un appartement de vacances au Maroc (bien propre de M.). Ils ont deux enfants, l'aîné vit en France, le cadet au Maroc. Ils souhaitent donner le bien de France à l'aîné et le bien du Maroc au cadet.

En France, en application du Règlement Successions, l'entière succession de chacun des époux se trouve soumis à la loi française, loi de leur résidence habituelle. Au Maroc, État non lié par ce Règlement européen, la règle de conflit soumet l'entière succession d'une personne, à la loi de sa nationalité, soit au cas particulier, la loi française. En application de l'article 34, 1, a) du Règlement, la France accepte ce renvoi au premier degré. L'entière succession, en ce compris l'appartement du Maroc, se trouvant ainsi soumise à la loi française, M. et M^me^ Fuentes pourront parfaitement réaliser, en France, une donation-partage portant sur les biens français et marocain.

Hypothèse de l'admission du pacte par la loi étrangère :

Une donation-partage peut être également envisagée hors Europe, nonobstant la pluralité de lois successorales applicables, si la loi étrangère applicable admet un tel pacte et sous certaines réserves et précautions.

La situation envisagée ici est celle d'une succession qui se trouve morcelée, par exemple en raison d'une absence de renvoi, en plusieurs masses soumises à des lois successorales différentes. S'il s'avère que la loi étrangère applicable à une partie de la succession d'une part, connaît les pactes successoraux et d'autre part, reconnaît la validité et les effets d'un pacte valablement conclu à l'étranger, alors l'instrument de la donation-partage pourrait être envisagé.

Toutefois, l'absence d'unicité de la loi successorale commande une double prudence.

En premier lieu, la reconnaissance par un État étranger d'une donation-partage réalisée en France peut se heurter à des difficultés liées à la forme. Pour s'en convaincre, il suffit de songer, à l'inverse, aux difficultés de reconnaissance en France des pactes de renonciation valablement conclus à l'étranger, mais qui par hypothèse ne remplissaient pas les conditions formelles exigées par le droit français pour les renonciations anticipées à l'action en réduction.

En second lieu, à supposer la donation-partage française valablement reconnue à l'étranger, il convient de garder à l'esprit qu'elle peut néanmoins demeurer réductible. En effet, en présence d'une pluralité de masse successorale, la réserve héréditaire s'apprécie, non pas au niveau mondial, mais distinctement masse par masse. Par conséquent, comme il a été dit ci-avant, la donation-partage même unanimement reconnue peut demeurer réductible pour atteinte à la réserve. Dans une telle hypothèse, il convient donc de sécuriser la donation-partage, pays par pays, par un pacte de renonciation à l'action en réduction. La solution ne sera toutefois envisageable que sous réserve que le pays étranger concerné ne considère pas une telle renonciation comme un pacte prohibé par son droit interne.

En conclusion, sauf l'hypothèse d'un renvoi permettant de revenir à l'unicité de la loi successorale, une donation-partage de portée extérieure à l'Europe ne pourra être envisagée qu'avec précaution et prudence.

§ III – *ÉCHAPPER À LA RÈGLE DU TAUX EFFECTIF PAR UNE DONATION*

Règle du taux effectif :

Pour mémoire, il est ici rappelé que les conventions fiscales, en vue de l'élimination des doubles impositions en matière de droits de mutation à titre gratuit, contiennent un ensemble de dispositions dont l'objet est de répartir entre les États les droits d'imposer. Cette répartition des droits d'imposer entre l'État de la résidence et l'État du lieu de situation des biens est simple. Toutefois, la portée de cette répartition diffère totalement selon la méthode adoptée par la convention pour éliminer les doubles impositions. Il existe deux méthodes(15) :

– La méthode de l'exonération : dans ce type de convention, les biens dont l'imposition est attribuée à l'un des États, sont exonérés de toute taxation dans l'autre

(15) G. Soudey, « *L'Estate Planning* », LexisNexis, p. 75, *infra* 121.

État. La double imposition est éliminée par le fait simple qu'un bien ne peut être imposé que dans un seul État. La répartition, entre les États, des droits de taxer a donc une véritable portée. Concrètement, cela signifie que l'État de la résidence exonère les biens imposables dans l'État de situation.

– La méthode de l'imputation : dans ce type de convention, les biens dont l'imposition est attribuée à l'État du lieu de leur situation, sont également imposables dans l'État de la résidence. La double imposition est éliminée de façon plus complexe, par un système de crédit d'impôt : l'État de la résidence doit imputer sur les droits qui lui sont dus au titre des biens situés sur le territoire de l'État du lieu de situation, les droits déjà acquittés dans cet État. La répartition édictée par la convention ne sert donc qu'à déterminer les biens ouvrant droit à crédit d'impôt. Concrètement, cela signifie que l'État de la résidence taxe le patrimoine mondial.

La méthode de l'exonération est très souvent assortie de la règle dite « du taux effectif »(16). Selon cette règle, l'impôt exigible dans un État à raison des biens imposables uniquement dans cet État (en application de la clef de répartition édictée par la convention) est calculé d'après le taux moyen d'imposition qui serait applicable s'il était tenu compte de l'ensemble des biens qui seraient imposables, en l'absence de convention, par la législation interne de cet État. En d'autres termes, l'État qui s'est réservé le bénéfice de la règle du taux effectif taxera, certes, uniquement les biens dont l'imposition lui est réservée par la convention, mais il les taxera au taux qui serait applicable s'il était tenu compte du patrimoine mondial.

Cette règle vise à assurer le respect de la progressivité de l'impôt : les biens dont l'imposition est réservée à l'autre État seront donc exonérés de taxation, mais il sera tenu compte de leur valeur pour déterminer le taux d'imposition applicable.

Si la règle du taux effectif se trouve est insérée dans la quasi-totalité des conventions signées par la France et appliquant la méthode de l'exonération, on peut également la rencontrer dans les conventions appliquant la méthode de l'imputation, au profit de l'État du lieu de situation.

Impact différencié de la règle du taux effectif :

Nous avons vu que la règle du taux effectif consiste à retenir le taux qui serait applicable s'il était fait application de la législation interne, c'est-à-dire des dispositions de l'article 750 *ter* du Code général des impôts. Ces dispositions déterminent la territorialité des droits de succession (et de donation) français, en l'absence de convention fiscale. Dans les grandes lignes, trois hypothèses doivent être distinguées :

– Si le défunt est domicilié fiscalement en France, la France a vocation à taxer le patrimoine mondial,

– Si le défunt est domicilié fiscalement à l'étranger, la France ne pourra taxer que les biens situés en France, si l'héritier est lui-même domicilié à l'étranger. En revanche, la France recouvre sa vocation à taxer le part mondial d'héritage si l'héritier est domicilié en France (sauf en cas de domiciliation en France de moins de 6 ans au cours des 10 dernières années).

(16) G. Soudey, « *L'Estate Planning* », LexisNexis, p. 75, *infra* 124.

Par conséquent, l'application de la règle du taux effectif n'aura pas le même impact selon que la succession concerne l'une ou l'autre de ces trois hypothèses. En d'autres termes, l'importance de son impact sera fonction de trois critères :

- la résidence du défunt,
- le lieu de situation de son patrimoine,
- et la résidence de chacun de ses héritiers.

Il résulte donc de la combinaison de la règle du taux effectif et les règles de territorialité fiscale française de l'article 750 *ter* que lorsqu'un bien situé en France se trouve transmis par succession, la France le taxera à un taux tenant compte, non de ce seul bien, mais de l'ensemble du patrimoine mondial, si le défunt est résident fiscal français ou si le défunt est non résident, mais que son héritier est résident.

Hypothèses de donation opportune

Sur les 34 conventions fiscales signées par la France en matière de succession, seules 11 d'entre elles traitent également des droits de donation. Dès lors, dans un grand nombre de cas, une transmission par donation permet potentionnellement d'échapper à la règle du taux effectif et par conséquent, à la majoration du taux qui en résulte.

Toutefois, cela signifie pas pour autant que la donation soit nécessairement opportune. Bien au contraire.

Plus précisément, lorsqu'il s'agit de transmettre un bien situé en France, l'intérêt fiscal de préférer une transmission par donation à une transmission par succession existe dans deux hypothèses(17) :

- si le donateur est résident fiscal français et qu'il possède – outre le bien français – des biens situés dans un État avec lequel la France a conclu une convention appliquant la méthode de l'exonération assortie de la règle du taux effectif,
- si le donateur est non-résident et le donataire résident et que le donateur possède des biens situés dans un État avec lequel la France a conclu une convention (appliquant la méthode de l'exonération ou la méthode de l'imputation) autorisant l'État du lieu du situation à appliquer la règle du taux effectif.

À l'inverse, il n'existe pas d'intérêt de privilégier une donation, au regard de la règle du taux effectif :

- si le donateur est résident et qu'il possède des biens situés dans un État avec lequel la France a conclu une convention appliquant la méthode de l'imputation,
- si le donateur et le donataire sont tous deux non résidents.

Pire, il existe même deux hypothèses qualifiées d'« *hypothèses diaboliques* »(18), dans lesquelles un bien qui avait vocation à être exonéré de toute taxation en France par la convention en cas de transmission par succession, se trouvera au contraire taxé par la France s'il est transmis par donation :

- si le donateur est résident et le bien à donner situé à l'étranger, dans un État avec lequel la France a conclu une convention – limitée aux successions – appliquant la méthode de l'exonération,

(17) G. Soudey, « *L'Estate Planning* », LexisNexis, p. 104, *infra* 147.
(18) G. Soudey, « *L'Estate Planning* », LexisNexis, . 103, *infra* 147.

– si le donateur est non résident, mais le donataire résident et le bien à donner situé à l'étranger, dans un État avec lequel la France a conclu une convention (appliquant la méthode de l'exonération ou la méthode de l'imputation) – limitée aux successions –.

Force est donc de constater que le praticien devra - là encore avec précaution et prudence - analyser l'opportunité ou non de préférer une transmission par donation.

§ IV – *COEXISTENCE PACIFIQUE DES TESTAMENTS*

La mise en place d'une planification successorale internationale se réalise très souvent par voie testamentaire. Quelles bonnes pratiques testamentaires avoir ? Faut-il recourir à un ou plusieurs testaments ? Il n'y a pas de bonne réponse car celle-ci dépend de la situation patrimoniale et des pays impliqués.

Un seul testament – même établi à l'étranger – peut régler une situation juridique internationale. Les critères de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la forme des testaments comme on l'a vu *supra* sont suffisamment large pour que le testament fait en pays étranger soit valable quant à la forme en France. Il suffira de le traduire et le déposer au rang des minutes en France pour qu'il soit exécuté en France. Un seul testament sera suffisant si les dispositions prises sont applicables sur le fond dans les pays impliqués. En effet, la mise en œuvre des dispositions testamentaires s'établira d'après la loi successorale applicable à la succession. Ainsi, si le défunt avait sa dernière résidence habituelle dans un État tiers au Règlement Successions et dont la règle de conflit retient un système de scission d'après la nature des biens, il pourra y avoir renvoi à la loi de situation des biens immobiliers laquelle pourra connaître de règles restreignant les volontés testamentaires. Ce sera le cas en France avec le principe de la réserve héréditaire. La rédaction d'un seul testament demandera au rédacteur de s'assurer que ledit testament sera reconnu à l'étranger et applicable selon les règles de droit international privé et d'ordre public des États concernés.

La conservation du testament se fait dans le pays où il a été établi. En dehors des pays membres du réseau européen des registres testamentaires, il peut être difficile de retrouver un testament. Aussi, lorsqu'un client évoque l'existence d'un testament fait en pays étranger, valable et exécutable en France il peut être conseillé d'inscrire l'existence de ce testament étranger au Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés. Il sera alors plus facile pour le notaire en charge de régulariser la succession en France de retrouver le testament étranger.

À l'inverse le testament unique fait en France peut-il s'exporter ? Concernant la forme du testament si l'État dans lequel le testament doit s'exécuter a ratifié la convention de La Haye de 1961 il ne devrait pas se poser de difficultés. Toutefois, tous les États n'ont pas ratifié ladite convention. Il faut alors au préalable s'assurer que ledit testament sera reconnu à l'étranger(19). Le testament français doit pouvoir également s'appliquer sur le fond il faut donc s'en assurer. Par exemple aux États-Unis, les règles de conflits applicables aux successions testamentaires sont différentes des

(19) Certains États ne reconnaissent pas le testament olographe étranger même valable selon le lieu où il a été établi comme par exemple en Floride, Florida Stat Section 732-502.

françaises. En effet, toutes questions relatives à la validité et aux effets des testaments sont régies par la loi du domicile du défunt s'agissant des dispositions concernant les biens meubles (*personal property*)(20), et par la loi de situation s'agissant des dispositions concernant les biens immeubles (*real property*)(21). Cette règle de conflit s'étend à la capacité du testateur, la forme du testament, et la manière dont le testament a été exécuté. En revanche, pour les questions relatives à l'interprétation et aux effets des termes utilisés (*construction of wills*), les juges recourent à la loi désignée dans le testament (quand bien même elle n'aurait pas de connexion suffisante avec les biens concernés), et à défaut seulement, à la loi du domicile ou de situation selon la nature des biens(22).

Face à la variété des testaments et leurs conditions de validité, une autre approche peut consister en la rédaction d'un testament local, notamment si l'intéressé y possède des biens immobiliers. Les avantages du testament local, savoir un par pays sont multiples : il permet de simplifier l'administration de la succession propre au bien immobilier notamment avec les pays de *common law* au moyen d'une application de loi plus appropriée ; il évite les problèmes liés à la traduction du testament, à la procédure du *probate* du testament original lorsque celui-ci est « détenu » au rang des minutes du notaire français. La nomination d'un exécuteur testamentaire qui peut être le même dans chacun des testaments facilitera l'administration de la succession en France et dans le pays étranger. En revanche, le testament local peut poser des problèmes de qualification. Par exemple, la disposition suivante « je lègue tous mes appartements situés en France à Monsieur Dupont » sera qualifiée en droit français de legs à titre particulier dont le légataire ne sera redevable que du passif grevant les biens, tandis que la disposition « je lègue tous mes appartements à Monsieur Dupont » sera qualifiée de legs à titre universel dont le légataire est tenu au passif de la succession.

La multiplicité des testaments nécessite une parfaite coordination entre les intervenants juridiques afin de s'assurer qu'un testament fait dans un état A ne vienne révoquer le testament fait dans l'état B, ni même ne se contredisent. Le notaire doit ainsi tout mettre en œuvre avec son homologue étranger afin de garantir la sécurité juridique du montage pour leur client commun.

Enfin et dans d'autres situations, une solution peut naturellement se trouver dans la rédaction d'un testament international issu de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 et dont le but même est de simplifier les successions testamentaires dans un contexte transnational. Le testament international répond à des conditions de forme strictes, notamment il doit être fait par écrit (à la main ou dactylographié) dans une langue quelconque, signé par le testateur en présence de deux témoins et une personne habilitée à instrumenter à cet effet(23), lesquels apposent eux-mêmes leur signature sur le testament ; enfin une attestation établissant le respect des obligations prescrites par la Convention de Washington doit être jointe au testament.

(20) Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) § 263.

(21) Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) § 239.

(22) Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) § 264 (personal property) et § 240 (real property).

(23) Loi du 29 avril 1994, *JO* 3 avr. 1994 : les notaires sont en France habilités à instrumenter en matière de testament international, ainsi que les agents diplomatiques et consulaires français pour les Français de l'étranger. Aux États-Unis, les avocats affiliés au barreau de l'État dans lequel le testateur rédige le testament sont habilités.

Le testament international a pour avantage d'être valable quant à la forme à la fois en France et dans un large nombre de juridiction. Toutefois, le testament international n'évite pas les problèmes liés à la traduction du testament, à la procédure du *probate* du testament original dans les pays de *common law*, notamment si la succession comprend des biens immobiliers situés dans le ressort de ces juridictions et là encore, le recours à un travail en commun entre juristes de droit local se révèle indispensable.

§ V – *RÉUSSIR SON EXPATRIATION AU PORTUGAL*

Derrière chaque congressiste conquit, ici et aujourd'hui, par les charmes de Lisbonne, se cache peut-être un candidat potentiel à une expatriation au Portugal !

Régime de faveur des RNH

Depuis 2009, une personne qui s'installe au Portugal peut bénéficier, sur demande, du régime des « résidents non habituels » (RNH), lui donnant droit à un régime fiscal de faveur – pouvant aller jusqu'à l'exonération – sur ces revenus de source étrangère et ce, pendant une période de 10 années.

Depuis l'extension en 2013 de ce régime aux pensions de retraite, la chose est désormais connue : un retraité français qui s'installe au Portugal se trouve bénéficier d'une double exonération de sa retraite :

– exonération en France, car la convention franco-portugaise, conforme au modèle OCDE, prévoit que les retraites privées sont imposables uniquement dans l'État de résidence (donc au Portugal),

– exonération au Portugal, en application du régime des RNH.

Réaction française :

Deux décisions du Conseil d'État, en date du 9 novembre 2015, ne concernant pas le Portugal mais transposables à ce pays, sont venues remettre en cause cet eldorado. En effet, le Conseil d'État a considéré que pour être résident fiscal d'un État, il faut y être effectivement imposé. Dès lors, si l'État étranger exonère le contribuable de toute imposition, ce contribuable ne saurait se prévaloir de sa résidence étrangère et par conséquent, des dispositions de la convention fiscale, puisque pareille convention vise uniquement à éviter une double imposition. En d'autres termes, l'application de la convention doit éviter une double imposition et non conduire à une double exonération.

Dès lors si la convention est écartée, le retraité français peut se trouver demeurer résident fiscal français, en application des critères alternatifs de l'article 4 B du Code général des impôts, puisque son centre des intérêts économiques, constitué par sa retraite française, se trouve toujours situé en France et ce, quand bien même il passe la quasi-totalité de son temps hors de France.

Le conseil :

Si une telle position venait à se trouver confirmée, seules deux solutions seraient offertes à l'expatrié au Portugal pour demeurer hors du champ de la fiscalité française.

La première serait de cesser d'être résident fiscal français au sens de l'article 4 B du CGI. Une telle solution semble illusoire si la retraite française constitue l'unique source de revenus de ce retraité expatrié.

La seconde consisterait à devenir effectivement imposable au Portugal, par exemple en achetant un bien locatif au Portugal. Un tel achat permettrait de rediriger vers le Portugal le centre des intérêts vitaux, mais aussi et surtout de créer un revenu imposable au Portugal. Ainsi, la résidence fiscale portugaise deviendrait effective, au sens de la jurisprudence du Conseil d'État. Dès lors le contribuable expatrié devrait pouvoir invoquer l'application de la convention fiscale.

Là encore, la prudence sera de rigueur, dans la mesure où restera encore en suspens la question de savoir si l'effectivité de la résidence doit s'apprécier de manière globale – conduisant à rendre effective une résidence à partir du moment où un seul revenu se trouve taxé – ou si cette effectivité doit s'apprécier revenu catégoriel par revenu catégoriel – conduisant alors à rendre le revenu immobilier tel que visé ci-dessus sans conséquence –.

TITRE VI

APERÇU PATRIMONIAL DE LA PHILANTHROPIE INTERNATIONALE

CHAPITRE UNIQUE

APERÇU

INTRODUCTION

Très ancrée dans le monde anglo-saxon, la philanthropie, suivant l'exemple de l'économie mondiale s'est globalisée et démocratisée.

En France, dans un contexte où la question de la dette est devenue centrale, le désengagement de l'État dans nombre de champ de l'intérêt général a incité ce dernier à mettre en avant les acteurs privés que sont les associations, fondations et fonds de dotation.

On constate de manière grandissante la volonté d'agir des particuliers pour l'intérêt général, couplé avec une défiance grandissante vis-à-vis de l'impôt et de son utilisation par une partie de la population. Ces deux traits sont l'un des moteurs du développement des libéralités au profit des organisations sans but lucratif (OSBL).

Nous tenterons ici de faire un bref aperçu de situation très diverses. En nous focalisant autour des problématiques que pourraient rencontrer une personne étrangère souhaitant faire acte de philanthropie en France.

Nous placerons donc ici uniquement dans le monde des organismes sans but lucratifs et des conséquences fiscales et patrimoniales de leurs interactions avec leurs bienfaiteurs.

Nous commencerons par aborder l'utilisation des outils philanthropiques français par un étranger en France puis par nous intéresser à la reconnaissance en France des outils philanthropiques étrangers et enfin à la transmission par une personne ayant des actifs dans plusieurs pays à une structure française.

§ I – *LA RECONNAISSANCE EN FRANCE DES OUTILS PHILANTHROPIQUES ÉTRANGERS*

A/ L'utilisation des outils philanthropiques français par un étranger en France – Les structures de la philanthropie en France

I/ Généralités

Traiter des outils philanthropiques français et les avantages qui y sont liés permettra ensuite de mieux aborder la comparaison avec les structures étrangères qui voudraient intervenir en France.

Le champ de la philanthropie est cantonné par la notion d'absence de but lucratif.

Traditionnellement, on compte en droit français les notions d'intérêt général, ainsi que la reconnaissance d'utilité publique.

« Un organisme est d'intérêt général au sens du b du 1 de l'article 200 du CGI dès lors qu'il remplit cumulativement les trois conditions suivantes :

- il n'exerce pas d'activité lucrative (...) ;
- il ne fait pas l'objet d'une gestion intéressée ;
- il ne fonctionne pas au profit d'un cercle restreint de personnes »(1)

En France, un organisme peut être reconnu d'utilité public par décret en Conseil d'État. Ce sera donc un indice fort de son caractère d'intérêt général. Les organismes étrangers pourront à l'occasion voir reconnu leur caractère d'intérêt général, mais ne pourront pas bénéficier d'une reconnaissance d'utilité publique.

II/ Les différents outils philanthropiques français

a) Association

La loi du 1er juillet 1901 dispose dans son article premier que « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. »

Une association rassemble donc des personnes pour un projet commun, sans considération particulière pour les moyens d'y arriver.

Une association jouit de la personnalité juridique (et des attributs qui y sont attachés) une fois qu'il a été procédé à sa déclaration à la préfecture puis à une insertion d'un extrait de cette déclaration au Journal Officiel des associations et fondations d'entreprises. Cette personnalité juridique dure jusqu'au terme convenu.

La capacité d'une association est limitée aux actes correspondants à son objet (principe dit de spécialité).

(1) BOI-IR-RICI-250-10-10, 26 juillet 2016, § 90.

Les associations déclarées ont toutes la petite capacité juridique pour accomplir les actes énumérés à l'article 6 de la loi de 1901 :

- Ester en justice ;
- Recevoir des dons manuels ainsi que des dons d'établissements d'utilité publique ;
- Acquérir à titre onéreux ;
- Posséder et administrer.

Dès lors qu'elle agit dans le champ de l'intérêt général, une association peut délivrer des reçus fiscaux donnant droit à une réduction d'impôt sur le revenu pour les auteurs de dons manuels(2).

Depuis la loi sur l'économie sociale et solidaire de 2014(3), toute association simplement déclarée depuis plus de trois ans dispose de la grande capacité et peut recevoir des libéralités, possibilité jusque-là réservée aux seules associations reconnues d'utilité publique.

Mais l'analyse par l'administration fiscale du champ des activités d'intérêt général est restrictive, limitant grandement la portée de cette réforme. En effet, le régime fiscal des libéralités consenties à une association d'intérêt général n'est pas aligné sur celui des libéralités consenties à une association reconnue d'utilité publique. L'opération donnera donc lieu à un prélèvement de 60 % de la valeur du bien au titre des droits d'enregistrement pour une association simplement déclarée.

Seules bénéficient de l'exonération de Droits de mutation à titre gratuit les associations bénéficiant de la reconnaissance d'utilité publique suivant décret en Conseil d'État.

b) Fondation

La fondation est définie à l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 comme « *l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale, la fondation ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État accordant la reconnaissance d'utilité publique. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnue d'utilité publique.* »

Contrairement à l'association, une fondation n'est pas un rassemblement de personne mais l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif par une ou plusieurs personnes physique ou morales.

Il s'agit donc d'un patrimoine affecté à une cause d'intérêt général. La reconnaissance d'utilité publique, contrairement à l'association, est constitutive de son existence. L'association, elle, peut exister bien avant son éventuelle reconnaissance d'utilité publique.

---

(2) Article 200 du Code général des impôts.
(3) Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014.

L'appréciation de l'utilité publique se fait sur la base d'un faisceau d'indices. Les critères de reconnaissance sont en pratique notamment :

- But de l'œuvre et les services qu'elle peut rendre ;
- Budget prévisionnel pour les trois premiers exercices comptables ;
- Disposer de ressources d'origine privée suffisantes ;
- Être indépendant des fondateurs et de la puissance publique ;
- Des statuts conformes au statut type approuvé par le Conseil d'État ;

La dotation initiale doit être suffisamment importante (supérieure à 1,5 M€ selon les statuts-type du CE en date du 13/03/2012).

Une fondation est dirigée par un conseil d'administration et sa gouvernance comporte des collèges obligatoires : les fondateurs ou leurs représentants pour un tiers maximum, les représentants de l'État et des personnalités qualifiées extérieures.

Outre la fondation reconnue d'utilité publique, spécifiquement visée par l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987, il existe aujourd'hui d'autres catégories de fondations auxquelles s'applique cette définition :

- la fondation d'entreprise, créée par la loi du 4 juillet 1990 ;
- la fondation de coopération scientifique, instituée par la loi du 18 avril 2006 ;
- la fondation partenariale, créée par la loi du 10 août 2007 ;
- la fondation hospitalière, instituée par la loi du 21 juillet 2009.

Il est également possible pour un fondateur d'affecter un patrimoine à une personne moral préexistante en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général(4). Depuis la loi du 4 juillet 1990 qui a officialisé cette pratique, l'affectation d'un tel patrimoine à une fondation reconnue d'utilité publique, chargée de la gérer distinctement dans un but d'intérêt général, est reconnue comme pouvant porter la dénomination de fondation, bien que ne disposant pas d'une personnalité morale distincte. Il s'agira alors des fondations dites « abritées » ou « sous égide » d'une fondation reconnue d'utilité publique, elle-même désignée comme fondation « abritante ».

Les fondations universitaires instituées par la loi du 10 août 2007 relèvent d'un modèle similaire mais sont abritées par l'établissement public qui en assure la création et non par une fondation reconnue d'utilité publique.

c) Fonds de dotation

Dernier né des structures de la philanthropie, le fonds de dotation a été créé par la loi du 4 août 2008. Il est largement inspiré du modèle anglo-saxon des *endowment funds*. Contrairement à la fondation, le fonds de dotation est défini comme une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit irrévocablement.

(4) Isabelle Combes, Fondations, fonds de dotation, constitution, gestion, évolution, Dalloz, Juris éditions.

Il utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général(5).

Le fonds de dotation doit disposer d'une dotation initiale en numéraire d'un montant minimum de 15 000 €, ce qui est beaucoup plus faible que pour une fondation.

La gouvernance du fonds de dotation est très simple, la composition du conseil d'administration étant libre avec un minimum de trois membres. Les fonds de dotation jouissent de la personnalité juridique (et des attributs qui y sont attachés) seulement à compter de la publication de la déclaration préfectorale au Journal Officiel des associations et fondations. Ils sont tenus de respecter leur objet social dans l'utilisation des ressources dont ils disposent.

Le fonds de dotation a pour lui l'avantage de pouvoir bénéficier de presque toutes les mesures fiscales mises en place pour encourager la philanthropie. Les fonds de dotation ont une capacité permanente à recevoir des libéralités (donations et legs).

Ils peuvent, sous certaines conditions, faire appel à la générosité du public et posséder tout type de biens et droits, notamment des immeubles de rapport, et placer librement leurs capitaux mobiliers.

III/ Les avantages fiscaux liés à ces structures

a) Réduction pour l'impôt sur le revenu (IR)

L'article 200 du Code général des impôts ouvre droit à une réduction d'impôt sur le revenu égale à 66 % du montant des dons et versements, y compris l'abandon exprès de revenus ou produits, effectués par les contribuables domiciliés en France, dans la limite de 20 % du revenu imposable. En cas de versements excédentaires, l'excédent est reporté successivement sur les 5 années suivantes dans les mêmes conditions.

Cette réduction d'impôts s'applique pour les dons réalisés au profit de divers organismes bénéficiaires dont nous allons détailler certains(6) ci-dessous :

« *a) De fondations ou associations reconnues d'utilité publique (…) ;* »

On retrouve sans surprise dans les organismes bénéficiaires de dons ouvrant droit à la réduction les associations et fondations reconnues d'utilité publique.

« *b) D'œuvres ou d'organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'œuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises ;*

(…)

f bis) D'associations d'intérêt général exerçant des actions concrètes en faveur du pluralisme de la presse (…) ; »

(5) Article 140 de la loi du 4 août 2008.

(6) Pour l'exhaustivité, se référer au texte même de l'article 200 du Code général des impôts.

Plus intéressant, l'article 200 du Code général des impôts introduit la notion d'intérêt général, distincte de la reconnaissance d'utilité publique, sans pour autant la définir. L'article se cantonnant à énumérer des champs d'actions, eux-mêmes très larges. Nous reviendrons longuement par la suite sur cette notion qui est une caractéristique liée à l'activité plutôt qu'à la nature même de la structure.

« *g) De fonds de dotation :*

1° Répondant aux caractéristiques mentionnées au b ou au f bis ;

2° Ou dont la gestion est désintéressée et qui reversent les revenus tirés des dons et versements mentionnés au premier alinéa du 1 à des organismes mentionnés aux a à f bis ou à la Fondation du patrimoine dans les conditions mentionnées aux quatre premiers alinéas du 2 bis, ou à une fondation ou association reconnue d'utilité publique agréée par le ministre chargé du budget dans les conditions mentionnées au dernier alinéa du même 2 bis. Ces organismes délivrent aux fonds de dotation une attestation justifiant le montant et l'affectation des versements effectués à leur profit. (…)

Le fonds de dotation bénéficie également de la possibilité d'émettre des reçus fiscaux en réduction de l'impôt sur le revenu dans la mesure où son activité rentre dans les catégories très larges énumérées au b) et f bis) de l'article 200.

(…) »

La philanthropie moderne a pris naissance à la fin du XIX^e^ siècle avec les fortunes immenses qui s'étaient constituées aux États-Unis. Elle y est développée plus que dans aucun autre pays au monde. Même si elle est montrée comme exemple et que la philanthropie s'est développée plus lentement en France, les dispositifs fiscaux français sont beaucoup plus avantageux que ceux existant aux États-Unis. Là-bas, le don ne sera déductible que de l'assiette taxable. Il s'agit en réalité d'un abattement, alors qu'en France, il s'agit d'une réelle réduction d'impôt.

b) Réduction pour l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)

L'article 964 du CGI institue un impôt sur les actifs immobiliers désigné sous le nom d'impôt sur la fortune immobilière (IFI), cet impôt étant l'héritier de feu l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) dont il reprend les tranches et les taux d'imposition.

Tout comme pour l'ISF, l'IFI peut se voir réduit par le biais de dons réalisés au profit de certains organismes sans but lucratif (OSBL).

L'article 978 du Code général des impôts dispose ainsi que « le redevable peut imputer sur l'impôt sur la fortune immobilière, dans la limite de 50 000 €, 75 % du montant des dons en numéraire et dons en pleine propriété de titres de sociétés admis aux négociations sur un marché réglementé français ou étranger.

En cas d'excédent, aucun report n'est possible sur l'IFI des années suivantes.

Les organismes bénéficiaires visés à l'article 978 du Code général des impôts sont moins nombreux que ceux cités à l'article 200 au titre de la réduction prévue pour l'IR. Principalement, seuls les dons aux établissements de recherche, d'enseignement supérieur ou d'enseignement artistique publics ou privés et aux fondations reconnues d'utilité publiques peuvent donner droit à cette réduction d'impôt.

Sont donc exclus de la réduction IFI liée aux dons, les associations, même celles reconnues d'utilité publique, ainsi que les fonds de dotation.

Avec le passage de l'ISF à l'IFI, on perd une certaine cohérence formelle, dans la mesure où ouvraient droit à la réduction pour l'ISF, le don d'actifs qui étaient eux-mêmes compris dans l'assiette de cet impôt.

Les types de bien données ouvrant droit à réduction n'ont pas changé pour l'IFI, ainsi le don de sommes d'argent, mais également de titres de sociétés cotées sur un marché français ou étranger permettront de réduire l'impôt sur la fortune immobilière.

Pour un don d'une somme d'argent, il n'existe qu'un seul modèle de reçu fiscal délivré par l'organisme bénéficiaire. C'est en fait au donateur, au moment de sa déclaration d'impôts de choisir si le don sera utilisé pour une réduction à l'impôt sur le revenu ou à l'IFI et d'appliquer en conséquence le bon taux de réduction.

On peut donc ventiler un même don entre la réduction IR et IFI. En revanche, il va de soi qu'aucun cumul entre les deux réductions n'est possible, l'article 978 précisant bien que « la fraction du versement ayant donné lieu à l'avantage fiscal mentionné au I ne peut donner lieu à un autre avantage fiscal au titre d'un autre impôt. »

c) Réduction pour l'impôt sur les sociétés (IS)

L'article 238 *bis* du Code général des impôts prévoit une réduction de 60 % du montant du don réalisé par une entreprise dans la limite de 5 pour 1 000 ou 0,5 % du chiffre d'affaires imposable.

Ceci est valable pour toute société soumise à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu.

« *Lorsque la limite fixée au premier alinéa est dépassée au cours d'un exercice, l'excédent de versement peut donner lieu à réduction d'impôt au titre des cinq exercices suivants, après prise en compte des versements effectués au titre de chacun de ces exercices, sans qu'il puisse en résulter un dépassement du plafond défini au premier alinéa.* »

Ainsi, l'excédent peut être reportable sur les cinq exercices suivants, dans le même esprit que ce qui est prévu pour la réduction fiscale à l'impôt sur le revenu prévu pour les dons des particuliers.

Le don doit être réalisé au profit :

« *a) D'œuvres ou d'organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises, notamment quand ces versements sont faits au bénéfice d'une fondation universitaire, d'une fondation partenariale mentionnées respectivement aux articles L. 719-12 et L. 719-13 du Code de l'éducation ou d'une fondation d'entreprise, même si cette dernière porte le nom de l'entreprise fondatrice. Ces dispositions s'appliquent même si le nom de l'entreprise versante est associé aux opérations réalisées par ces organismes ;*

b) De fondations ou associations reconnues d'utilité publique ou des musées de France et répondant aux conditions fixées au a, (…) ;

c) Des établissements d'enseignement supérieur ou d'enseignement artistique publics ou privés, d'intérêt général, à but non lucratif ; »

On retrouve au a) la notion d'intérêt général déjà évoquée pour la réduction à l'impôt sur le revenu de l'article 200 du CGI. Bénéficient également sans surprise de la réduction les fondations et associations reconnues d'utilité publique ainsi que les musées et établissements supérieurs d'enseignement. L'article 238 *bis* poursuit sur les structures bénéficiaires :

« *(…) g) de fonds de dotation :*

1° Répondant aux caractéristiques mentionnées au a ;

2° Ou dont la gestion est désintéressée et qui reversent les revenus tirés des dons et versements mentionnés au premier alinéa du présent 1 à des organismes mentionnés aux a à e bis ou à la Fondation du patrimoine dans les conditions mentionnées aux quatre premiers alinéas du f, ou à une fondation ou association reconnue d'utilité publique agréée par le ministre chargé du budget dans les conditions mentionnées au sixième alinéa du même f. Ces organismes délivrent aux fonds de dotation une attestation justifiant le montant et l'affectation des versements effectués à leur profit ».

Le fonds de dotation, dernier né des outils philanthropiques est aussi celui qui a bénéficié de toutes les faveurs du législateur. Il peut donc lui aussi faire bénéficier d'une réduction d'impôt les entreprises à lui donatrices.

d) Exonération de plus-values sur la cession de titres

La plus-value est gérée différemment selon l'impôt pour lequel on déclare le don de titres :

Dans le cadre de l'impôt sur le revenu : les plus-values constatées lors d'une donation de titres (considérées comme une mutation à titre gratuit) ne sont pas imposables.

Dans le cadre de l'impôt de solidarité sur la fortune (IFI) : les plus-values sont imposables. En référence à l'article 150 *duodecies* du Code général des impôts (CGI) : « En cas de donation de titres prévue au I de l'article 885-0 V *bis* A, le gain net correspondant à la différence, entre la valeur des titres retenue pour la détermination de l'avantage fiscal prévu à ce même I et leur valeur d'acquisition, est imposé à l'impôt sur le revenu, lors de la donation, selon les règles prévues aux articles 150-0 A et suivants. »

Pour les fondations RUP, la distinction sera à faire car elles seules permettent une réduction de l'IFI.

Lorsqu'une fondation RUP, une association RUP ou un fonds de dotation reçoive à titre de libéralités des titres de sociétés, ces structures ne seront pas imposables au titre des plus-values lorsqu'elles revendront elles-mêmes les titres reçus. La transmission de biens à une fondation peut donc permettre aux donateurs de « purger » les plus-values sur des biens détenus depuis longtemps dans leur patrimoine(7).

(7) Fondations, fonds de dotation, constitution, gestion, évolution, Dalloz, Juris éditions, 16.19.

e) Exonération de Droits de mutation à titre gratuit : articles 757, 795-2 à 795-5 du CGI

Les dons et legs consentis à certains organismes limitativement énumérés aux articles 794 et 795 du Code général des impôts (CGI) sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit (ou DMTG).

La liste commence à l'article 794 pour prévoir l'exonération de DMTG au bénéfices des personnes morales de droit public et les organismes d'administration et de gestion de sécurité sociale.

Elle se poursuit à l'article 795 qui détaille quatorze catégories d'organismes bénéficiant de cette exonération. Nous retiendrons particulièrement :

– 2° Les dons et legs consentis aux établissements publics ou d'utilité publique qui répondent aux exigences des « b » et « f *bis* » de l'article 200 du Code général des impôts(8).

– 4° Les dons et legs faits aux établissements publics charitables autres que ceux visés au I de l'article 794, aux mutuelles et à toutes autres sociétés reconnues d'utilité publique dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, à la défense de l'environnement naturel ou à la protection des animaux.

– 14° Les fond et legs consentis aux fonds de dotation d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique(9).

Pour les deux premières catégories, la notion d'utilité publique vient supplanter celle d'intérêt général évoquée à l'article 200 du CGI. Cette notion est plus restrictive car contrairement à l'intérêt général qui existe du fait même de l'action de la structure, l'utilité publique doit être prononcée et reconnue par décret en Conseil d'État. On peut donc légitimement s'attendre que pour la capacité la plus grande, celle à recevoir des legs, il faille un plus grand contrôle de la puissance publique.

À ce titre, il est intéressant de s'arrêter un instant sur le régime très favorable qui a été fait au dernier arrivé de ces organismes : le fonds de dotation.

Les fonds de dotation ont le privilège d'être à la fois l'outil philanthropique le plus simple à mettre en œuvre, mais qui aussi bénéficie de l'exonération fiscale de par sa seule existence, si les actions qu'il mène correspondent bien aux critères fixés.

Il est assez inhabituel qu'un outil qui est soumis à moins de contrôle bénéficie tout de suite des mêmes avantages que les structures soumises à des contrôles beaucoup plus lourds, contraignants que sont les associations et fondations RUP.

En effet, pour les organismes cités aux 2° et 4° de l'article 795 du CGI, le critère impératif pour l'exonération de DMTG est le caractère public ou la reconnaissance d'utilité public.

---

(8) Confer *supra* section relative à la réduction fiscale pour l'impôt sur le revenu.
(9) Article 200 1. g) du Code général des impôts.

La reconnaissance d'utilité publique ou le caractère public, auparavant seuls sésames pour bénéficier de l'exonération de droits de mutation à titre gratuit ont perdu aujourd'hui de leur superbe face à la simplicité du fonds de dotation.

Auparavant, nous étions dans un système où la réduction fiscale liée à l'impôt sur le revenu reposait sur la notion d'intérêt général et l'exonération de DMTG reposait sur la notion d'utilité publique, notions qui ne se recoupaient pas forcément. Le fonds de dotation est venu brouiller cette répartition car il ne nécessite aucune reconnaissance d'utilité publique pour être exonéré de DMTG. Sa simple existence et son champ d'action suffisent à l'exonérer totalement d'un droit qui obère pourtant les legs fait à des associations simplement déclarées de 60 % de leur montant, alors même qu'elles agiraient dans le même domaine. Deux structures similaires agissant exactement dans le même domaine pourront alors être soit taxée soit exonérée de DMTG selon qu'il s'agira d'une association ou d'un fonds de dotation. Tous deux agissants pour l'intérêt général au sens de l'article 200, l'association ne pourra pas être exonérée de DMTG à moins d'être reconnue d'utilité publique, ce dont le fonds de dotation se passera totalement.

Il est également précisé à l'article 795 du CGI qu'il « est statué sur le caractère de bienfaisance de la disposition par le décret rendu en conseil d'État ou l'arrêté préfectoral qui en autorise, le cas échéant, l'acceptation ; ». Or, associations et fondations RUP, tout comme les fonds de dotations n'ont plus besoin d'acceptation préalable par l'administration des libéralités à eux consenties depuis une loi du 17 mai 2011. Ces structures sont libres d'accepter des libéralités. C'est maintenant à l'administration fiscale de veiller au bien-fondé de l'exonération demandée.

Il est intéressant de noter qu'on retrouvera une survivance de ce système pour les libéralités consenties à des structures basées hors de France.

À défaut d'être reconnu d'utilité publique un organisme se verra appliquer le taux d'imposition entre personnes non parentes, soit 60 % du montant de la libéralité.

Concernant les procédures suivant l'acceptation d'une libéralité par les OSBL, en principe, l'article 910 du Code civil dispose que les legs et les donations sont acceptés librement par une procédure de simple déclaration suivie d'un droit d'opposition du préfet si l'organisme ne satisfait pas aux conditions légales exigées pour avoir la capacité juridique à recevoir des libéralités ou s'il n'est pas apte à utiliser la libéralité conformément à son objet statutaire.

Néanmoins, en vertu de l'alinéa 4 de l'article 910 du Code civil, les fondations reconnues d'utilité publique sont exclues du dispositif d'opposition du préfet. Cela se justifie au regard des contrôles déjà exercés par les pouvoirs publics.

En outre, en vertu du III de l'article 140 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, le fonds de dotation n'est pas soumis à l'ensemble des dispositions de l'article 910 du Code civil. Ainsi, le fonds de dotation ne déclare pas au préfet les libéralités qu'il reçoit. Le fonds de dotation bénéficie d'une grande souplesse.

§ II – *LA RECONNAISSANCE EN FRANCE DES OUTILS PHILANTHROPIQUES ÉTRANGER – ACTION D'UNE STRUCTURE ÉTRANGÈRE EN FRANCE*

A/ L'action directe d'une structure étrangère en France

I/ La reconnaissance d'une structure philanthropique étrangère en France

Une association ou fondation de siège étranger n'a d'existence juridique que si elle a été régulièrement constituée en fonction de la loi compétente selon le droitinternational privé français. Au même titre que pour les sociétés, on retient que cette loi est celle du siège de la fondation ou de l'association(10).

Dans la plupart des législations, la création d'une fondation requiert l'intervention d'une autorité publique qui appliquera sa propre loi et l'autorité compétente sera celle du siège de la fondation. Si la création de la fondation se fait comme en Suisse sans l'intervention d'une autorité publique, la loi du siège social demeure applicable.

Pour la prise en considération du siège social, les solutions adoptées dans le domaine des sociétés sont transposées au cas de la fondation. Le siège social doit être réel et sérieux, il se trouvera là où est établi son siège administratif et où siègent les organes de direction et de gestion de la fondation.

Le siège social détermine la nationalité de la fondation. Si le siège est en France, la fondation est de nationalité française et elle est soumise à la loi française, quelle que soit la nationalité des fondateurs. Inversement, une fondation ayant son siège social à l'étranger sera une fondation étrangère.

La loi du siège social régit le statut juridique de la structure même si elle exerce son activité dans des pays autres que celui où elle a son siège. La loi du siège social régira les conditions de sa constitution, déterminera les personnes ayant capacité pour faire une fondation, les formalités nécessaires à la création de la structure et à l'acquisition par elle de la personnalité. Selon, il peut s'agir de formalité de publicité et des modes d'intervention des autorités administratives.

La loi du siège social a compétence pour régir les conditions de fonctionnement de la fondation notamment les limites imposées par son objet en vertu du principe de spécialité. Elle établira les règles concernant la gestion de l'œuvre, sa capacité de contracter ou d'agir en justice et les pouvoirs de ses administrateurs. Elle a compétence également pour régir sa durée et les causes de dissolution de l'œuvre. Il est admis que le transfert dans un autre pays du siège de l'organisme entraîne sa dissolution et la constitution d'une nouvelle structure de nationalité et de statut différent.

Le cas unique de l'Hôpital Américain de Paris

L'Hôpital Américain de Paris a été fondé en 1906 par des membres de la communauté américain vivant à Paris. Il a été incorporé par un acte du Congrès Américain du 30 janvier 1913 en faisant de lui une 501 (c) 3 au titre de la

(10) H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé : LGDJ, 8e éd. 1993, t. 1, nº 209. – L. Julliot de La Morandière, Vº Fondation : Rép. dr. int. Dalloz, 1969, nº 10 s.

réglementation fiscale américaine. Il s'agit donc d'un établissement américain dont le siège est à Washington DC, mais dont l'établissement principal et toutes les activités ont lieu en France. Suite aux éminents services rendus par l'Hôpital Américain de Paris durant le premier conflit mondial, un décret du 19 mars 1918 signé par le Président de la République Raymond Poincaré a accordé à cette institution la reconnaissance d'utilité publique. Il s'agit donc d'un établissement qui, de par son siège, devrait être considéré comme une institution étrangère et qui, pourtant, est reconnue d'utilité publique en France et soumise à la loi française pour ses activités comme l'a confirmé par la suite une note du ministère de l'intérieur(11).

Il découle de la convention de La Haye du 1er juin 1956 que les fondations constituées en application d'une loi étrangère sont reconnues de plein droit en France. Ce principe a été retenu par le droit positif français, plusieurs décisions ont admis les fondations étrangères à ester en justice en France sur le fondement de leur existence juridique dans leur pays d'origine(12).

II/ Exercice d'une activité en France par les fondations étrangères

Les organismes ayant leur siège en France et qui ont été constituées suivant les règles du droit français de la procédure de reconnaissance d'utilité publique jouissent de tous les droits reconnus en France à cette catégorie de personne morale. Ils pourront se prévaloir de la qualité de Français pour bénéficier des privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil et des traités passés avec la France en faveur de ressortissants français. La nationalité étrangère du fondateur, l'existence de biens à l'étranger ou le lieu des activités de la fondation sont sans incidence à cet égard. La notion de contrôle étranger est difficilement applicable dans la mesure où la procédure complexe de la reconnaissance d'utilité publique offre une garantie suffisante face au danger de laisser constituer en France des fondations trop étrangères(13).

a) Accomplissement d'un acte isolé en France

La déclaration préalable prévue par la loi de 1901 n'est exigée qu'en cas de création d'un établissement en France. Une association ayant son siège à l'étranger qui accomplit un acte isolé en France bénéficie de la reconnaissance de plein droit de la personnalité juridique du seul fait qu'elle a été régulièrement constituée au regard de la loi de son siège social. Elle pourra conclure un contrat, recevoir une libéralité ou ester en justice(14). Une association constituée en Suisse qui estimait avoir été diffamée par une émission de télévision diffusée en France s'était constituée partie civile. Cette action civile a été jugée irrecevable par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 16 novembre 1999 car l'association n'avait pas procédé à la déclaration visée à l'article 5, alinéa 3, de la loi du 1er juillet 1901. La chambre criminelle a estimé

(11) Note 9202006J du 23 février 1976.

(12) Cass. 1re civ., 3 juin 1969, Fondation Racid : Rev. crit. DIP 1971, p. 743, note D. Holleaux. – CA Paris, 9 juillet 1976, Fondation Zeiss : JDI 1976, p. 112, note Ph. Kahn ; Rev. crit. DIP 1977, p. 86, note Treves.

(13) JurisClasseur Droit international, Fasc. 570-81 : Fondations en droit international privé, Mariel Revillard.

(14) CA Paris, 17 mai 1988 sur renvoi de la chambre criminelle en juin 1987, admettant la recevabilité des collectivités territoriales, associations ou groupements hollandais en matière de droit de l'environnement : Rev. sc. crim. 1988, p. 322 et Rev. sc. crim. 1989, p. 340.

que « si toute personne morale qui se prétend victime d'une infraction est habilitée à se constituer partie civile devant la juridiction pénale, ce droit, qui s'exerce dans les conditions prévues par l'article 2 du Code pénal, requiert, s'agissant d'une association, qu'elle remplisse les formalités exigées par l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901, auxquelles toute association, française ou étrangère, doit se soumettre pour obtenir la capacité en justice. Vainement est-il soutenu que cette obligation serait contraire aux articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme assurant le droit d'accès à un tribunal et le respect des biens(15) ».

Cette décision imposant à toute association étrangère ayant ou non un établissement en France une déclaration en préfecture, préalable à toute action en justice avait été vivement critiquée(16). Par un arrêt de principe, la chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 décembre 2009 opère le revirement souhaité en jugeant que « toute personne morale étrangère qui se prétend victime d'une infraction, est habilitée à se constituer partie civile devant une juridiction française, dans les conditions prévues par l'article 2 du Code de procédure pénale, même si elle n'a pas d'établissement en France et n'a pas fait de déclaration préalable à la préfecture(17) ».

La capacité de l'association de siège étranger sera déterminée conformément à la loi du siège social. Si cette capacité dépend de la qualification de l'organisme concerné (association, syndicat...), cette qualification interviendra *lege causae* selon les concepts de la loi du siège social(18). L'accès aux tribunaux français a été ouvert à des organismes étrangers dépourvus de personnalité morale dans leur pays d'origine, mais dotés par le pays de la capacité d'agir en justice. C'est donc seulement selon la loi du siège social et non par assimilation avec des organismes français qu'il faut déterminer les droits dont jouit tel structure pour agir en justice(19). Mais un groupement étranger ne peut jouir en France de droits plus étendus que ceux qui lui sont attribués par sa loi organique.

Peu importe que les droits conférés aux organismes par la loi de leur siège ne soient pas reconnus aux organismes français correspondants. Les associations étrangères non reconnues d'utilité publique ont le droit de recueillir un legs en France si ce droit leur est reconnu par la loi de leur siège(20) du moment qu'il s'agit d'un acte isolé. En effet, si cette libéralité a pour objet un immeuble où l'association entend exercer son activité, la déclaration préalable prévue par la loi de 1901 sera exigée puisque l'association entend exercer une activité propre en France(21).

---

(15) Cass. crim., 16 nov. 1999, nº 96-85.723 : *D.* 2001, p. 665, note L. Boré et J. de Salve de Bruneton, L'action en justice des associations étrangères.

(16) *D.* 2009, act. jurispr. 374, note M. Léna, à propos de CEDH, 15 janv. 2009, nº 36497/05 et 37172/05, Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c/ France.

(17) Cass. crim., 8 déc. 2009, nº 09-81.607 : *JurisData* nº 2009-050975 ; *D.* 2010, p. 202, obs. M. Léna.

(18) Cass. civ., 7 févr. 1912, *International Arbitration and Peace Association*, préc. nº 23.

(19) Cass. crim., 15 oct. 1959 : JDI 1961, p. 134, note Françon ; Rev. crit. DIP 1963, p. 56, note Y. Loussouarn.

(20) T. civ. Seine, 14 novembre 1936 : *DP* 1937, 2, p. 33, note Lalou. – CA Rouen, 26 juillet 1949 : Rev. crit. DIP 1951, p. 629, note Y. Loussouarn.

(21) Mariel Revillard, *ibidem*.

b) Exercice d'une activité permanente en France

L'association de siège étranger peut créer en France une « filiale » sous la forme d'un organisme de siège français. Cette filiale constituée sous la forme d'une structure de droit français(22) déclarée de siège français sera régie par la loi française, dotée d'une personnalité propre, d'un statut soumis au droit français et jouira de tous les droits reconnus aux structures françaises. Si la loi étrangère du siège central limite plus la capacité des associations ou fondations que la loi française, le choix d'une filiale sera préférable. Elle pourra également faire l'objet en France d'une reconnaissance d'utilité publique.

Si la fondation étrangère souhaite s'établir en France pour y exercer une activité permanente, elle devra obtenir en France une reconnaissance d'utilité publique, cette exigence n'est prévue par aucun texte et la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point. La doctrine maintient ce raisonnement par analogie avec la solution retenue pour les associations étrangères qui veulent exercer une activité permanente en France.

L'article 7 de la convention de La Haye du 1er juin 1956 pourrait militer en faveur de cette solution. Si l'article 1er de la convention impose aux États signataires, la reconnaissance de la personnalité juridique des fondations régulièrement constituées sur le territoire de l'un d'entre eux, l'article 7 dispose que « *l'exercice permanent de l'activité sur le territoire d'un État est régi par la loi de cet État* ». À ce titre, chaque État est libre de poser ou de maintenir telles restrictions qu'il entend à l'activité des groupements étrangers(23).

En pratique, lorsqu'une fondation étrangère veut exercer ses activités en France, elle suscitera la création en France d'une association correspondante voire d'une fondation créée selon le droit commun français(24).

Avec l'émergence du fonds de dotation et de sa facilité de constitution et de fonctionnement, on incitera plutôt un acteur étranger souhaitant s'implanter sur le territoire français de manière habituelle à recourir à cet outil philanthropique.

B/ Un résident français souhaitant soutenir une structure étrangère

Un résident français peut-il directement soutenir une structure philanthropique étrangère qui n'agirait pas sur le territoire ?

I/ Historique

La capacité à réaliser une libéralité au profit d'une personne physique ou morale étrangère ne pose pas vraiment question. L'enjeu se situe plutôt dans la reconnaissance par l'administration fiscale française d'une telle libéralité au profit d'une structure philanthropique étrangère et de la possibilité ou non pour l'auteur résident fiscal français de bénéficier de l'avantage fiscal assorti aux libéralités philanthropiques accordé aux libéralités faites au profit d'organismes basés en France.

L'attribution d'un avantage fiscal est la contrepartie même de la mission d'intérêt général effectuée par la structure. Cet intérêt général ne pouvant être admis et défini

(22) Association, fondation ou fonds de dotation.

(23) I. Fadlallah, V° Personne morale : Rép. dr. int. Dalloz, 1re éd., 1968, n° 65. – E. Julliot de La Morandière, *op. cit.*, n° 36.

(24) Mariel Revillard, *ibidem*.

que par l'État qui octroie l'avantage fiscal, cet argument a longtemps été soulevé pour ne pas valider le bénéfice de l'avantage fiscal à un organisme sans but lucratif étranger, que ce soit pour les réductions d'impôts sur le revenu octroyé au donateur ou pour les droits de mutation à titre gratuit dus par l'organisme donataire, sauf bien sûr en cas de convention fiscale le prévoyant expressément entre la France et l'État concerné. La jurisprudence européenne a forcé le législateur à modifier les textes à la suite de son fameux arrêt Persche(25) dans lequel la Cour de Justice de l'Union Européenne a jugé que les dons transfrontaliers relevaient de la circulation de capitaux et que, par conséquent, la déductibilité ne pouvait être refusée à un organisme établi dans un pays membre si cet organisme remplissait les conditions imposées par la législation locale (de l'État de résidence du donateur). Les mêmes causes doivent aboutir aux mêmes conséquences et l'égalité de traitement doit être respectée pour les OSBL sur tout le territoire de l'Espace Économique Européen.

Suite à cet arrêt, la Commission a enjoint la France à se conformer à la jurisprudence européenne.

À la suite de cela, le régime fiscal des dons et legs consentis à des OSBL établis hors de France a été modifié par la loi de finances rectificative pour 2009. Cette modification portait uniquement sur l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les société et l'impôt sur la fortune, négligeant d'évoquer le régime applicable aux droits de mutation à titre gratuit.

La Commission européenne a réagi le 10 juillet 2014 en saisissant le Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), celle-ci considérant, dans cette procédure, que le traitement fiscal différencié des dons et legs selon que l'OSBL était établie ou non en France était constitutif d'une discrimination prohibée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et par l'Accord de l'Espace économique européen (EEE). Il y avait là, selon la Commission, une restriction à la liberté de circulation des capitaux en Europe qu'aucun motif impérieux d'intérêt général ne pouvait justifier.

La Commission saisit donc à juste titre la CJUE qui, dans son arrêt, condamna la France à propos des droits de mutation à titre gratuit au motif qu'elle « a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 40 de l'accord sur l'Espace économique européen »(26).

Anticipant le couperet, la France était rentrée dans le droit chemin européen en modifiant par une loi du 23 décembre 2014, les textes légiférant les droits d'enregistrement et de succession applicables aux dons et legs consentis à certains OSBL établis dans un pays membre de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE), se mettant ainsi au diapason communautaire. En revanche, la situation des organismes établis dans un pays tiers n'a pas été affectée par ces textes.

Le droit européen est donc venu régler la situation pour les organismes situés dans son giron. Mais qu'en est-il pour les cas extra-européens ?

---

(25) CJUE (GC), 27 janvier 2009, aff. C-318/07.
(26) CJUE, 6e ch., 16 juillet 2015, aff. 485/14.

Dans ces situations, on doit composer avec la territorialité de l'impôt en France. C'est donc à l'article 750 *ter* du CGI qu'il faudra se reporter en l'absence de convention fiscale applicable. Il dispose qu'une libéralité est taxable en France dès lors que l'un des critères suivants est rempli :

- le donateur est résident fiscal français au sens de l'article 4 B du CGI ;
- le bien objet de la libéralité est situé en France ;
- le bénéficiaire de la libéralité est résident fiscal français au jour de la transmission et l'a été depuis plus de six ans au cours des dix dernières années.

Cependant, la France dispose de conventions fiscales avec de très nombreux pays. Mais le domaine des donations est beaucoup moins représenté dans ces conventions que celui des successions. Ainsi, les droits d'enregistrement français ont beaucoup plus de chances d'exigibles en cas de donation consenties par un résident français à un OSBL établi hors de France, ou pour une donation consentie par un non-résident à ce même OSBL, mais qui porterait sur un bien français. Un legs pourra plus souvent être hors du champ d'application des droits de succession français, au moins si le défunt n'était pas résident français.

II/ L'exonération fiscale des libéralités consenties aux OSBL étrangers

Dans ses dispositions prisent en 2014, le législateur français a institué une possibilité d'exonération des droits d'enregistrement français au bénéfice des « personnes morales et organismes de même nature » que ceux visés aux articles 794 et 795 du CGI « constitués sur le fondement d'un droit étranger et dont le siège est situé dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ». C'est à l'article 795-0 A du CGI que l'on trouve la codification de ce régime introduit par la loi précitée du 29 décembre 2014.

L'extension de l'exonération est limitée à certains pays. La France peut tout à fait, en droit européen, poser une condition pour ce droit à exonération, qui s'applique autant aux organismes français qu'aux structures étrangères. La France doit être en mesure de vérifier que les conditions nécessaires sont remplies pour l'exonération prévue dans son droit interne. Cet élargissement est donc limité aux États membres de l'Union européenne avec lesquels la coopération et le contrôle sont juridiquement garantis et par extension, aux États membres de l'EEE qui ont conclu avec la France une convention d'assistance administrative qui permet ce même contrôle, essentiellement la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande.

L'exonération est limitée aux « personnes morales et organismes de même nature » que ceux visés aux articles 794 et 795 du CGI. Il est intéressant de s'arrêter sur la notion de comparabilité de « nature ». En effet, ce critère n'existe pas dans les dispositifs applicables en matière d'impôt sur le revenu ou sur le patrimoine. Il ne suffit donc pas, pour qu'un OSBL étranger puisse bénéficier du régime de faveur, qu'il soit reconnu d'intérêt général dans son pays de constitution, mais il faut qu'il soit comparable aux organismes français que le législateur français entend favoriser dans son ordre interne.

L'article 795-0 A du CGI ne pose pas un principe de reconnaissance mutuelle des OSBL de droit étranger.

Pour comprendre cette notion de nature, il convient en fait de se référer au texte qui impose que ces personnes morales et organismes doivent poursuivre des « objectifs » et présenter des « caractéristiques similaires » à ceux dont le siège est situé en France répondant aux conditions fixées aux articles 794 et 795 »[27].

L'exigence est finalement plus grande que la seule poursuite de l'intérêt général. L'objectif et les caractéristiques d'un organisme candidat à l'avantage fiscal français doivent être comparables à ceux qui en France sont reconnus d'utilité publique. Or, l'administration française donne quelques indications de critères à remplir pour une association (française) qui revendiquerait la reconnaissance d'utilité publique[28] :

« *Le but de l'association doit être d'intérêt général et strictement distinct des intérêts particuliers de ses membres (...)*

Les activités de l'association doivent dépasser le cadre local.

Le nombre d'adhérents doit être important.

Les statuts de l'association doivent apporter des garanties quant à :

- *la cohérence des buts et des moyens de l'association ;*
- *l'existence de règles permettant un fonctionnement démocratique ;*
- *une gestion financière désintéressée.*

Une solidité financière tangible est exigée. Elle se traduit notamment par :

- *un montant annuel minimum de ressources estimé à 46 000 €, provenant essentiellement des ressources propres de l'association (cotisations, produits financiers, production de services, etc.),*
- *un montant de subventions publiques qui n'excède pas la moitié du budget, afin de garantir son autonomie,*
- *des résultats positifs au cours des 3 derniers exercices* ».

En somme, la question revient à celle-ci : si l'organisme étranger était établi en France, pourrait-il revendiquer avec succès la reconnaissance d'utilité publique française au regard de ces critères, exigés des associations françaises ? Si la réponse est négative, cet organisme ne peut prétendre à aucune exonération des droits de mutation à titre gratuit français sur les dons et legs qui lui seraient consentis. Si la réponse est positive, il pourra y prétendre... à condition cependant de remplir une seconde condition, cumulative à la première :

« Les dons et legs ainsi reçus par ces personnes morales ou ces organismes doivent être affectés à des activités similaires à celles mentionnées aux mêmes articles » (CGI, art. 794 et 795). »

Autrement dit, pour que l'égalité de traitement soit parfaite entre les organismes français et les organismes établis hors de France, les deux conditions d'objet et de caractéristiques (nature) d'une part, et d'affectation spécifique des dons et legs d'autre part, doivent être pareillement et cumulativement remplies.

---

(27) Le traitement fiscal en France des libéralités consenties par des résidents français au profit d'un organisme sans but lucratif étranger *in* La revue fiscale du patrimoine n° 7, Juillet-août 2017, Bertrand Savouré et Pascale Sanséau.

(28) Service-public.fr.

III/ La procédure d'exonération

L'article 795-0 A du CGI prévoit deux situations différentes pour les organismes établis hors de France qui seraient éligibles au dispositif d'exonération de droits de mutation à titre gratuit : l'agrément et la demande d'exonération.

a) L'agrément

Dans un premier cas, l'organisme peut solliciter un agrément(29) dans les conditions prévues à l'article 1649 *nonies* du CGI. Cet agrément permettra à l'administration française de valider que les critères d'exonération fondés sur les objectifs et les caractéristiques similaires dudit organisme sont remplis.

L'agrément doit être préalable aux dons ou legs(30) pour lesquels le bénéfice de l'exonération est demandé, ce qui peut poser nombre de difficulté tant le sujet du legs est sensible et la volonté des testateurs encore trop souvent cachée des bénéficiaires. Il est délivré par le ministre du Budget.

La demande est à adresser à la Direction générale des Finances publiques, au bureau des agréments et rescrits du service juridique de la fiscalité(31).

Doivent être produites les pièces justificatives permettant à l'administration d'exercer son contrôle. Ce sont notamment les pièces relatives :

– à son identification (copie des statuts ; document officiel attestant de son existence émanant de l'État dans lequel l'organisme a son siège) ;

– à sa composition et à sa gestion (copie des délibérations d'assemblées générales relatives à la rémunération des dirigeants, copie des bulletins de salaire des principaux dirigeants, grille des salaires pour les autres salariés) ;

– à ses activités (rapports d'activité des trois dernières années) ;

– à ses ressources (bilans et rapports financiers des trois dernières années) ;

– à son régime fiscal (attestation ou tout autre document officiel émanant de l'administration fiscale de l'État dans lequel l'organisme a son siège, permettant d'établir l'éligibilité des dons, versements ou legs reçus par l'organisme à un dispositif fiscal en faveur du mécénat ou à un dispositif fiscal d'exonération de droits de mutation à titre gratuit).

L'agrément accordé au titre d'une première demande porte sur une période comprise entre la date de sa notification à la personne morale ou à l'organisme concerné et le 31 décembre de la troisième année qui suit cette date, mais peut être renouvelé. Il permet alors à l'organisme de bénéficier, pendant toute sa durée de validité, de l'exonération de droits de mutation à titre gratuit, sous réserve du respect de la règle d'affectation des biens reçus par les dons et legs.

---

(29) D. n° 2015-442, 17 avril 2015, dont les dispositions sont codifiées sous les articles 281 K à 281 M de l'annexe III au CGI. Les modalités d'obtention sont communes aux réductions d'impôt sur le revenu (CGI, art. 200), d'impôt sur les bénéfices (CGI, art. 238 *bis*) et d'IFI.

(30) Préalablement à la libéralité (donation ou au décès du testateur).

(31) La liste des personnes morales et organismes agréés est publiée sur le site internet de l'administration.

b) La demande d'exonération

En l'absence d'agrément, l'organisme éligible au dispositif d'exonération peut bénéficier de cette exonération en en faisant la demande spécifique et particulière lors d'une succession (legs) ou d'une donation dont il serait le bénéficiaire. Dans cette hypothèse, l'exonération sera spéciale à l'opération visée et n'aura aucun caractère général.

Pour en bénéficier, l'organisme doit produire des justificatifs auprès du service de l'administration fiscale compétent pour enregistrer la déclaration de succession ou la donation, dans le délai de dépôt de cette déclaration(32) ou de cette donation(33). Ces pièces justificatives attestent, d'une part, qu'il poursuit des objectifs et présente des caractéristiques similaires aux organismes de même nature situés en France répondant aux conditions fixées aux articles 794 et 795 du CGI, et, d'autre part, que les biens qu'il a ainsi reçus sont affectés à des activités similaires à celles mentionnées à ces mêmes articles.

IV/ Les OSBL situés hors de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen

Le droit français a donc été mis en conformité avec le droit communautaire et le régime d'exonération des droits de mutation à titre gratuit a été élargi aux personnes morales et organismes étrangers situés dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen.

Le régime antérieur subsiste, quant à lui, à l'égard des OSBL constitués dans les États tiers ou hors de l'Espace économique européen.

Deux situations semblent donc pouvoir être distinguées :

– soit un accord de réciprocité existe entre la France et le pays d'établissement de l'OSBL, résultant d'une convention fiscale internationale ou d'un accord particulier. Dans ce cas, l'avantage fiscal est ouvert sous réserve que l'OSBL sollicite celui-ci dans le cadre de la procédure de demande d'exonération visée ci-dessus(34).

– soit cet accord n'existe pas avec le pays d'établissement de l'OSBL, et le régime d'exonération n'est pas ouvert. Il est possible que cette différence de traitement puisse être remise en cause sur le fondement du principe de libre circulation des capitaux, qui, dans certains cas, couvre également les relations avec les États tiers.

Mais devant une telle difficulté, on peut légitimement se demander si la création d'une structure *ad hoc* simplifiée de droit français telle que le fonds de dotation ne serait pas une solution pratique plus simple dans ce genre de situation. Le coût faible et la rapidité de constitution d'un fonds de dotation pourrait tout à fait justifier sa création par un organisme étranger à l'occasion d'une libéralité reçue par ce dernier.

---

(32) Code général des impôts, art. 641 : « Les délais pour l'enregistrement des déclarations que les héritiers, donataires ou légataires ont à souscrire des biens à eux échus ou transmis par décès sont : de six mois, à compter du jour du décès, lorsque celui dont on recueille la succession est décédé en France métropolitaine ; d'une année, dans tous les autres cas ».

(33) L'acte de donation doit être enregistré dans un délai d'un mois à compter de sa date (art. 635 du Code général des impôts).

(34) BOI-ENR-DMTG-10-20-20, n° 680.

V/ TGE : Transnational Giving in Europe

Des tentatives de solutions pour faciliter les dons transfrontaliers ont été mises en place. Nous nous arrêterons sur le « Transnational Giving in Europe » ou « TGE ». Il s'agit là d'une solution mise en place par le secteur même de la générosité.

TGE est un réseau de fondations européennes. Chaque pays comporte un référent TGE(35) qui sera une fondation reconnue d'utilité publique. En Belgique, le référent TGE sera la Fondation du Roi Baudoin, en France, la Fondation de France. Par exemple, un contribuable français souhaitant soutenir une structure belge fera un don à la Fondation de France au titre du TGE. La Fondation de France délivrera un reçu fiscal au contribuable français, puis fera partir le don à son homologue belge jusqu'au bénéficiaire final.

Ce système, même s'il n'est pas valable pour tous les pays de l'union européenne, est une alternative aux règles évoquées plus haut.

Malheureusement, ces solutions ne sont pas satisfaisantes et présentes de nombreux défauts. Principalement, cela ne concerne que les dons manuels et laisse de côté les successions ou les donations d'autres actifs. Elles sont un pis-aller en l'absence de convention internationale qui permettrait d'englober à ces structures les autres libéralités que les dons manuels. En effet, rien n'est prévu aujourd'hui concernant les legs et donations immobilières. Ce groupement, bien qu'une initiative à saluer ne contient que des acteurs européens, laissant la générosité entre les deux rives de l'atlantique réservée à certaines structures ayant un double statut comme par exemple l'Hôpital Américain de Paris ou l'American Foundation. Ces structures peuvent recevoir directement des dons et libéralités des États-Unis et émettre des reçus fiscaux aussi bien reconnus par l'administration fiscale française et par l'*Internal Revenue Service* (IRS) américain. Mais ces structures n'ont pas vocation à développer la philanthropie elles-mêmes entre les États-Unis et l'Europe et ne peuvent agir que pour leurs propres causes.

Cet état de fait pousse certains acteurs européens à constituer une succursale aux États-Unis, le plus souvent sous la forme d'un *Friends of* afin que les contribuables américains puissent donner à la structure américaine et bénéficier d'un avantage fiscal américain. La structure américaine financera alors la structure européenne sous la forme d'une subvention de fondation à fondation qui elle, sera neutre fiscalement.

Un grand pas serait fait au niveau de la philanthropie internationale si, sur le modèle du TGE, à défaut de volontés politique, les acteurs de la philanthropie s'engageaient pour faciliter les transferts de générosité d'un État à l'autre.

(35) https://www.transnationalgiving.eu/.

TITRE VII

CIRCULATION DES ŒUVRES ET OBJETS D'ART ET POSITIONNEMENT DU COMMISSAIRE-PRISEUR DANS LE MARCHÉ INTERNATIONAL

CHAPITRE UNIQUE

CIRCULATION

Dans ce lieu magique qu'est Drouot où nombre de collections se sont faites et défaites depuis 1861, vous trouverez autant d'objets à collectionner des plus insolites aux plus rares ... que de personnes singulières.

Dans ce temple de l'art, l'habit ne fait pas le moine !

Reprenant à mon compte les mots du critique d'art Champfleury à la fin du XIXe siècle, la star à l'hôtel des ventes, *c'est celui qui a la connaissance de l'objet d'art*.

Vous pouvez disposer de millions, vous être habillé par le meilleur tailleur, si vous ne connaissez pas ... on pourrait vous faire acheter n'importe quoi...

Une réflexion qui a conservé toute sa pertinence et sa fraîcheur dans un marché international où le show prestigieux d'une vente entraîne les acheteurs potentiels en mal d'ego, vers des envolées lyriques !

Tel fut le cas du Salvator Mundi de Léonard de Vinci.

Qu'il soit de Léonard, de son atelier ou de la main d'un de ses élèves, ce Christ a battu tous les records : 399 millions d'euros adjugés à Newt York chez Christie's en 2017.

Tandis que le musée du Louvre présentera une rétrospective exceptionnelle de l'œuvre de Léonard de Vinci, accessible uniquement sur réservation, en automne 2019, notre Salvatore Mundi flotterait tranquillement, selon les rumeurs, accroché sur le Yacht du prince héritier saoudien ...

Le 27 juin 2019, sera mis en vente à la halle aux grains de Toulouse, une toile attribuée au Caravage : Judith et Holopherne.

Cinq ans après sa découverte, retrouvée sous de vieux matelas, la peinture avait apparemment été oubliée dans un grenier pendant plus de cent ans.

La découverte avait été qualifiée de « très importante » par le ministère français de la Culture, à tel point que le certificat de bien culturel autorisant sa sortie du territoire définitive lui fut refusée.

Mais la toile ne rejoindra pas les collections françaises. Après l'avoir classée trésor national, empêchant donc l'achat par une collection publique ou privée étrangère jusqu'en novembre 2018, l'État français a laissé s'écouler le délai de 30 mois, au cours duquel il pouvait l'acquérir pour un montant de 120 millions d'euros.

Le commissaire-priseur toulousain, Marc Labarbe et son expert Éric Turquin, ont pu ainsi obtenir le certificat de bien culturel, qui lui a été automatiquement accordé et présenter l'œuvre à Drouot Paris, New-York et Londres.

La toile pourrait donc être acquise et partir dans une prestigieuse collection étrangère.

Présentée pour la vente le 27 juin à 30 millions d'euros, estimé initialement entre 120 et 150 millions d'euros, je serai en mesure de vous donner le résultat de cette vente pendant notre congrès.

C'est en ce sens que la profession de commissaire-priseur, ma profession que j'exerce depuis 15 ans maintenant, trouve son intérêt.

Se déplacer pour un inventaire ou une expertise comme on va à la chasse au trésor, à la pêche ou aux champignons, et trouver de temps à autre la pépite !

Combien de fois, je me suis retrouvé en face de tableaux ou d'objets d'art chez vous, chez vos clients, dont l'authenticité comme le prix d'achat … ne correspondaient pas à la réalité !

Un mauvais achat, un mauvais placement … cela arrive et nous sommes là pour vous conseiller dans la mesure du possible.

Parce que vous imaginez peut-être qu'il est aisé d'organiser une vente et que notre métier se borne à une exposition et vente spectacle.

Non.

Pour se faire, il est tout aussi important, et c'est même crucial … de développer son réseau et de vous rencontrer :

Amateurs, collectionneurs, héritiers, notaires ou fondations.

Expertiser, priser, inventorier, sont la base de notre métier de commissaire-priseur que je vais vous dévoiler brièvement.

Nous pourrions être qualifiés de *détectives* parce que nous vous poseront des questions parfois indiscrètes sur les origines familiales et donc des objets de famille !

Archéologues également !

Parce que nous fouillerons strate par strate si vous le voulez bien, l'entier contenu de votre maison, appartement, ou propriété à la recherche de la perle fine, du trésor caché et comme des enfants, nous ne lasseront jamais de le faire.

Je dirai plutôt que nous sommes des *super généralistes*, car si vous nous appelez pour voir un tableau dont vos ancêtres ont fait tant d'éloges quant à sa valeur ... c'est peut-être au détour d'un recoin que la pépite se trouve.

En bon médecin de famille, nous ferons appel aux meilleurs spécialistes pour confirmer ou infirmer notre premier diagnostic.

Le commissaire-priseur toulousain a fait son travail en fouillant dans les archives familiales et régionales concernant la toile du Caravage et, en obtenant le certificat de bien culturel permettant sa sortie du territoire, il a pu présenter l'œuvre à travers le monde.

Il y a quelques années de cela, mon associée Ghislaine Kapandji et moi-même, avions retrouvé dans le tiroir d'une commode, une petite boite rouge en velours, frappée aux armes de la Russie impériale, contenant un ensemble de décoration de l'ordre de saint Alexandre Nevski que le Tsar Nicolas II, empereur de Russie, avait offert au grand père de nos clients.

Nous étions appelés pour expertiser des livres et en posant les bonnes questions, nous trouvions cette décoration, puis son diplôme...

Il ne restait plus qu'à demander l'autorisation de sortie du territoire, communiquer en Russie et nous voilà parti pour réaliser un record mondial et atteindre une adjudication de 2 millions d'euros.

Et pourtant notre maison de vente Ka-Mondo ne bénéficiait pas du prestige médiatique à l'instar d'Artcurial, Sotheby's et Christie's, ni d'une maison de vente spécialisée de Militaria et d'ordres militaires !

Grace aux réseaux sociaux, ventes live, le positionnement du commissaire-priseur dans le marché international est automatique.

Lorsque la communication et l'organisation de la vente ont été réalisées avec succès, rien ne passe au hasard.

Drouot est un musée vivant, éphémère, un temple de l'art où vous pourrez voyager à travers les millénaires, depuis que la nature, puis la main de l'homme ont façonné des merveilles ...

Dans le cadre d'un placement et/ou la constitution de votre collection comme d'un achat coup de cœur ... qui pourrait savoir quelle sera la valeur d'une pièce dans 20/30 ans ... ?

Qui pouvait savoir que la chine s'éveillerait, si ce n'est Alain Peyrefitte et André Malraux ... et que la cote des objets et tableaux chinois prendrait une telle proportion.

Vous avez sans doute vu ou entendu parler du peintre chinois Zao wou-Ki et peut être savez-vous qu'aujourd'hui une œuvre de grand format de cet artiste peut être adjugée plusieurs millions d'euros ou beaucoup plus.

En 1990, un format de 2 mètres sur 1 m 60 de Zao Wou-Ki se vendait 180 000 € à Paris.

En septembre 2017 une toile de même format a trouvé preneur pour 16 062 960 € et le record a été obtenu par une toile du maître de dimension exceptionnelle (2,80 m × 10 m) 49 518 000 euros à Hong Kong (pour les deux toiles) ...

En France, quand vous achetez directement en salle des ventes, vous vous garantissez de la provenance, de l'authenticité et de l'état de l'œuvre d'art convoitée.

10 ans, c'est la garantie que vous avez chez nous en France, aux enchères.

Et c'est la raison pour laquelle, en faisant appel à nos spécialistes, experts en la matière, nous faisons tout pour que les informations utiles, les bonnes comme les défauts ou encore les doutes, soient portées à votre connaissance.

§ I – *UNE ACTIVITÉ INTERNATIONALISÉE*

Vous entendez parlez quotidiennement à travers les médias et réseaux sociaux des résultats exceptionnels et mondiaux des ventes américaines et chinoises.

Je fais référence par exemple aux résultats faramineux du Salvator Mundi de Léonard de Vinci à New York et des Zao wou-Ki vendus à Hong Kong, évoqués plus haut.

Ces résultats indiquent deux choses

Le marché haut de gamme est devenu international à l'instar du milieu des collectionneurs.

Sur notre territoire, plus d'un lot millionnaire sur deux (53 %) provient de France (collections françaises ou œuvre isolée vendue par un français). Cela signifie *a contrario* que près de la moitié des lots millionnaires vendus aux enchères à Paris est issue de collections étrangères (Union européenne ou hors Union européenne).

La dynamique des ventes aux enchères de la France repose donc aussi sur ces lots en provenance de l'étranger.

Aujourd'hui, il faut penser la vente au niveau international.

L'acheteur comme le vendeur sont aussi bien français, européens ou provenant du monde entier.

Sur le plan international, le produit des ventes aux enchères totalise 27 milliards d'euros d'adjudications.

Les États Unis et la chine désormais, se disputent la première place

Pour l'année 2018, les États Unis l'emportent avec un résultat d'adjudications de 9,859 milliards d'euros, la chine avec 8,752 milliards d'euros, le Royaume Uni avec 3,429 milliards d'euros puis vient la France en quatrième position avec ses 1,708 milliards d'euros.

L'Allemagne, 5e totalise 660 millions d'euros et l'Italie prend la 9e place avec ses 179 millions d'euros.

La France, se hisse donc aujourd'hui au quatrième rang mondial et continue de faire rêver acheteurs et vendeurs.

Après sept années de progression régulière, le marché des ventes aux enchères en France marque pour l'année 2018, une légère inflexion, avec un montant total adjugé de 3 milliards d'euros, soit une baisse de 2,5 % par rapport à 2017. Ce montant, qui s'explique par le nombre moins important d'enchères millionnaires et de belles

collections, reste néanmoins supérieur aux montants enregistrés de 2009 à 2016, compris entre 2,2 et 2,9 millions d'euros (montant totalisant les ventes d'œuvres d'art, de voiture de collection et d'occasion et de matériel industriel).

L'ouverture à l'international des ventes aux enchères se confirme d'année en année.

Selon le rapport 2017 du Conseil national des ventes, 38 % du montant total adjugé des maisons de vente en France, ont été acquis par des acheteurs étrangers (y compris des ressortissants de l'Union Européenne).

Alors que les ventes « online » (ventes dématérialisées telles que les ventes de vin), qui concentrent 68 % du montant total adjugé aux enchères sur internet, ont accusé une baisse de 6 % en 2018, les ventes « live » (ventes filmées en direct live) ont fortement progressé de 2017 à 2018, passant de 337 à 365 millions d'euros tous secteurs confondus. Les ventes live restent ainsi majoritaires dans le secteur « Art et objets de collection », enregistrant un total de 166 millions d'euros de montants adjugés en 2018, contre 153 millions en 2017.

Leader sur le marché des ventes live, la plateforme Interencheres Live a totalisé 64 millions d'euros (hors frais) dans le secteur « Art et objets de collection », contre 56 millions en 2017.

Drouot Live réalise 50 millions d'euros. Loin derrière, Christie's, Artcurial et Sotheby's qui enregistrent quant à eux en France sur le live des montants adjugés respectifs de 12, 10 et 9 millions d'euros en 2018.

Si la présence croissante des filiales de sociétés internationales intensifie la concentration du marché, il reste de la place pour les maisons de vente françaises qui font un travail aussi sérieux et satisfont les vendeurs, préférant une organisation sur mesure plutôt que l'étiquette.

§ II – *CIRCULATION DES ŒUVRES ET OBJETS D'ART – LES FORMALITÉS D'IMPORTATION ET D'EXPORTATION*

L'exportation temporaire ou définitive d'un bien culturel ayant un intérêt historique, artistique ou archéologique, est soumise à autorisation, selon sa valeur et son ancienneté. Seule l'exportation est concernée par ce dispositif. L'importation de biens culturels ne fait pas l'objet d'une prohibition au titre de la protection du patrimoine culturel, mais uniquement d'un contrôle sur l'espèce, l'origine et la valeur déclarées lors des formalités douanières, comme toute autre marchandise.

Le certificat de bien culturel constitue, la pierre angulaire du nouveau dispositif. Il s'agit d'une sorte de « passeport » qui n'est exigé qu'au-dessus de certains seuils de valeur garantissant que l'œuvre en question n'est pas considérée comme un trésor national et qu'elle peut donc quitter librement le territoire français.

Il remplace la licence d'exportation, du moins lorsque l'œuvre d'art quitte la France à destination d'un des pays de l'Union Européenne ; en revanche, lorsqu'elle est exportée vers un pays tiers, elle doit être également munie d'une autorisation d'exportation étant entendu que, dès l'instant où elles ont reçu le certificat, elles obtiennent automatiquement l'autorisation.

La mise en place par L'Union Européenne d'un marché unique à compter du premier janvier 1993 a rendu nécessaire la révision d'un mécanisme de contrôle efficace et peu coûteux.

D'abord, parce qu'en ce qui concerne les échanges intra-communautaires, il n'y avait plus matière à déclaration ni par conséquent à un quelconque droit de douane ;

Enfin, parce qu'en ce qui concerne les échanges extra-communautaires, puisque l'union européenne constituait désormais un territoire douanier unique et qu'une procédure douanière harmonisée s'imposait en conséquence. Tel fut l'objet du règlement (C.E.E) n° 3911/92 du Conseil des communautés européennes en date du 9 décembre 1992 concernant l'exportation de biens culturels.

C'est la loi du 31 décembre 1992 qui en a tiré les conséquences en modifiant le régime de circulation des œuvres d'art.

Les nouvelles dispositions s'appuient sur deux principes posés par les textes communautaires : d'une part, l'exception admise par l'article 36 du Traité de Rome à la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'espace européen, exception qui trouve sa justification dans la « protection des trésors nationaux » ayant une valeur artistique, historique ou archéologique » ; d'autre part, le fait que la Communauté constitue une union douanière et que, partant, elle applique un régime commun aux exportations vers les pays tiers.

Pour définir les « trésors nationaux », la Commission Européenne avait eu quelques velléités de préciser cette notion, les pouvoirs publics se sont montrés très pragmatiques, en estimant que trois catégories de biens culturels devaient être obligatoirement rangés parmi les « trésors nationaux ».

La licence doit être demandée au moment de l'exportation ; le certificat peut l'être à tout moment. Ainsi un commissaire-priseur est-il en mesure de savoir, avant une vente, si une œuvre peut quitter la France.

Le certificat, véritable « passeport » du bien culturel ayant sa photographie et sa description n'est exigé qu'au-dessus de certains seuils de valeur, garantissant que l'œuvre en question n'est pas considérée comme un trésor national et qu'elle peut donc quitter librement le territoire français.

Tel fut le cas de la Judith et Holopherne du Caravage dont nous avons évoqué le classement puis le déclassement par le ministère précédemment.

Le transport d'œuvres d'art hors ou vers le territoire français est soumis à une réglementation spécifique, afin d'éviter par exemple le trafic d'œuvres d'art.

Ainsi si l'un de vos clients souhaite déménager hors de France, en Europe ou plus loin, constituer une collection en achetant dans le monde entier, disperser sa collection ou encore prévoir sa propre succession, il est important de lui faire connaître la réglementation française et internationale en vigueur et de l'aiguiller vers les spécialistes de ces questions, à savoir le commissaire-priseur, l'expert et le transitaire.

Dans le cadre d'un déménagement ou du rapatriement d'un achat d'une œuvre d'art, le transitaire sera en mesure d'assurer les démarches nécessaires pour le bon déroulement de l'opération, ce que fera alors le commissaire-priseur en cas de vente.

Assisté par le transitaire, il pourra organiser le transport de la collection jusqu'à la vente.

Qu'ils soient Biens culturels ou « trésors nationaux », les objets d'art sont soumis à un contrôle lors de leur exportation.

Concernant les trésors nationaux, ils ne peuvent quitter le territoire national que pour une durée déterminée, la date de retour devant être expressément indiquée.

A/ Les formalités à l'exportation

La sortie de France d'une œuvre ou d'un objet d'art peut être soumise à une autorisation de sortie du territoire.

Ces formalités existent dans tous les pays qui conservent ainsi leur propre réglementation, même au sein de l'Union Européenne.

L'objectif étant de protéger le patrimoine national.

En France, le contrôle de la libre circulation des œuvres d'art est exercé conjointement par le ministère de la Culture et le service des Douanes.

Nous verrons donc l'ensemble de ces formalités Beaux-Arts (Certificat de bien culturel) et Douanes (Licence d'exportation) ainsi que leurs champs d'application.

Vous pouvez au regard de la réglementation vous trouver dans trois situations distinctes :

- Votre objet n'est pas un « bien culturel ».
- Votre objet est un « bien culturel ».
- Votre objet est un « trésor national ».

I/ Qu'est-ce qu'un trésor national ?

Exceptionnellement, des œuvres détenues par des propriétaires privés peuvent avoir le caractère de « trésor national ».

Au regard de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1992, ces œuvres ou ces objets sont des biens qui représentent « un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie ... »

Un « trésor national » ne peut sortir de France que temporairement et sur autorisation expresse des autorités administratives compétentes dans le cadre de manifestations culturelles et expositions, restaurations, expertises ou dépôts dans une collection publique.

Ainsi, pour faire sortir votre œuvre ou votre objet d'art hors de France :

– Soit votre œuvre se situe en dessous des seuils d'âge et de valeur, et dans ce cas elle n'est pas considérée comme un « bien culturel ».

L'œuvre peut alors être vendue et circuler librement dans le monde entier sans autorisation de l'administration compétente.

– Soit votre œuvre dépasse les seuils d'âge et de valeur prévus, et dans ce cas elle remplit les critères du « bien culturel » (Mais elle ne sera pas pour autant qualifiée de « trésor national » par l'administration compétente).

L'œuvre ou l'objet d'art ne peut alors pas être vendu (ou circuler) hors de France sans l'obtention d'une autorisation de sortie de France : le « certificat de bien culturel ».

– Soit l'œuvre (répondant aux critères du « bien culturel ») est qualifiée par l'administration de « trésor national » et se voit refuser l'accord d'un « certificat de bien culturel ».

Dans ce cas l'œuvre ou l'objet d'art ne pourra sortir du territoire français que temporairement et après autorisation du Ministère de la Culture.

II/ Qu'est-ce qu'un bien culturel ?

Deux critères permettent de qualifier une œuvre de « bien culturel » : son âge et sa valeur.

Une œuvre dépassant les seuils d'âge et de valeur prévus dans sa catégorie est considérée comme « bien culturel ».

Dans ce cas, l'œuvre ne peut circuler sans être munie d'un « certificat de bien culturel », qu'on pourrait qualifier de passeport obtenu auprès de la direction compétente du Ministère de la Culture, autorisant toute sortie temporaire ou définitive d'un « bien culturel ».

Dans le cadre des ventes aux enchères, la maison de vente se charge d'obtenir ce certificat auprès du Service des Musées de France préalablement à la vente pour deux raisons.

Si le Service des Musées de France délivre le certificat, il pourra tout de même exercer son droit de préemption pour le compte d'un musée ou d'une bibliothèque pendant la vente publique en se subrogeant au dernier enchérisseur et faire l'acquisition d'un bien qui viendra enrichir les collections publiques.

Enfin et surtout, l'obtention de ce certificat ouvre la vente au marché international et augmentera sensiblement le nombre d'acquéreurs potentiels et donc son prix d'adjudication.

Une collection publique étrangère ou un collectionneur étranger ne se déplaceront pas s'ils n'ont pas la certitude que le bien mis en vente puisse circuler librement, d'autant plus que la délivrance de ce certificat peut prendre plusieurs mois.

Ce serait donc une grave erreur pour la Maison de vente de ne pas s'en occuper au préalable !

Il est cependant assez rare que le certificat ne soit pas délivré.

Toutefois, tant qu'il n'a pas été délivré, l'acquéreur étranger n'a pas l'obligation de régler son achat ...

Valable 20 ans, le certificat devient définitif après renouvellement.

Pour qu'un objet d'art soit qualifié de bien culturel, il faut reprendre l'Annexe 1 du Code du patrimoine qui détermine les seuils de contrôle prévus (ancienneté et valeur) pour les 15 catégories que je vais énumérer ci-dessous :

Catégories :

1 A. Antiquités nationales, à l'exclusion des monnaies, quelle que soit leur provenance, et objets archéologiques, ayant plus de 100 ans d'âge, y compris les monnaies provenant directement de fouilles, de découvertes terrestres et sous-marines ou de sites archéologiques.

Seuil d'ancienneté : 100 ans et quelle que soit la valeur pour l'exportation vers un État membre ou un pays tiers.

1 B. Objets archéologiques ayant plus de 100 ans d'âge et monnaies antérieures à 1500, ne provenant pas directement de fouilles, découvertes ou de sites archéologiques

Seuil d'ancienneté : 100 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 150 000 €

1 C. Monnaies postérieures au 1er janvier 1500, de plus de 100 ans d'âge, ne provenant pas directement de fouilles, découvertes ou de sites archéologiques

Seuil d'ancienneté : 100 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 150 000 €

2. Éléments et fragments de décor d'immeubles par nature ou par destination, à caractère civil ou religieux et immeubles démantelés, ayant plus de 100 ans d'âge

Seuil d'ancienneté : 100 ans *et quelle que soit la valeur pour l'exportation vers un État membre ou un pays tiers.*

3. Tableaux et peintures autres que ceux entrant dans les catégories 3 A et 4 ayant plus de 50 ans d'âge (1)

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 150 000 €

4 (ex 3 A). Aquarelles, gouaches et pastels ayant plus de 50 ans d'âge (1)

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 30 000 €

5 (ex 4). Dessins ayant plus de 50 ans d'âge (1)

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 15 000 €

6 (ex 5).

a) « Gravures, estampes, sérigraphies et lithographies originales et leurs matrices respectives, isolées et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (1) (2)

b) Affiches originales et cartes postales, isolées et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (1) (2) »

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 15 000 €

7 (ex 6). Productions originales de l'art statuaire ou de la sculpture et copies obtenues par le même procédé que l'original ayant plus de 50 ans d'âge (1), autres que celles qui entrent dans la catégorie 1

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 50 000 €

8 (ex 7). Photographies isolées et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (1)

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 15 000 €

9 (ex 8). Incunables et manuscrits, y compris les lettres et documents autographes littéraires et artistiques, les cartes géographiques, atlas, globes, partitions musicales, isolés et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (1) (2) (3)

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre 1 500 € *et quelle que soit la valeur pour l'exportation vers un pays tiers.*

10 (ex 9). Livres et partitions musicales imprimées isolés et ayant plus de 50 ans d'âge ou en collection comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge (3)

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 50 000 €

11 (ex 10). Cartes géographiques imprimées ayant plus de 100 ans d'âge (2) (3)

Seuil d'ancienneté : 100 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 15 000 €

12 (ex 11). Archives de toute nature, autres que les documents entrant dans la catégorie 8, et comportant des éléments de plus de 50 ans d'âge, quel que soit le support

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre 300 € *et quelle que soit la valeur pour l'exportation vers un pays tiers.*

13 a) (ex 12 a). Collections et spécimens provenant de collections de zoologie, de botanique, de minéralogie, d'anatomie

Seuil d'ancienneté : 0 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 50 000 €

13 b) (ex 12 b). Collections présentant un intérêt historique, paléontologique, ethnographique, numismatique ou philathélique (la licence n'est pas nécessaire pour les collections philatéliques)

Seuil d'ancienneté : 0 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 50 000 €

14 (ex 13). Moyens de transport ayant plus de 75 ans d'âge

Seuil d'ancienneté : 75 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 50 000 €

15 (ex 14). Autres objets d'antiquité non compris dans les catégories 1 à 13 de plus de 50 ans d'âge

Seuil d'ancienneté : 50 ans

Seuils de valeur pour l'exportation vers un État membre et vers un pays tiers en euros : 50 000 €

{*(1) N'appartenant pas à leur auteur.*

(2) Y compris ceux (ou celles) qui comportent des dessins ou des rehauts à la gouache, à l'aquarelle, au pastel.

(3) Les documents comportant des annotations manuscrites qui ne sont ni des dédicaces ni des ex-libris sont considérés comme des manuscrits à classer dans la catégorie 8 dès lors que ces annotations présentent un intérêt pour l'histoire ou l'histoire de l'art, des civilisations, des sciences et des techniques}

Enfin si une œuvre se situe en dessous des seuils de contrôle présentés ci-dessus, elle ne sera pas considérée comme un bien culturel.

Elle pourra donc être vendue sans autorisation et circuler librement dans le monde entier.

Dans tous les cas, l'exportation hors de l'union Européenne implique des formalités de douanes : la licence d'exportation.

III/ Licence d'exportation

En cas d'exportation (sortie de l'Union Européenne) d'un « bien culturel », il doit être adjoint au « certificat de bien culturel » une autre autorisation : la « Licence d'exportation » qui sera présentée aux autorités compétentes en cas de contrôle.

Il est à noter :

– qu'en cas de réexportation (après importation temporaire préalable), il n'y aura pas besoin de certificat pour que l'œuvre puisse ressortir du territoire.

– que si l'œuvre est importée (définitivement) en France depuis moins de 2 ans, il n'y aura pas besoin de certificat pour faire sortir l'œuvre du territoire.

Dans tous les cas, l'exportation (sortie du territoire européen) implique des formalités de douane et le respect de dispositions fiscales relatives à la taxe sur les plus-values.

IV/ Si vous vendez ou exportez définitivement une œuvre à l'étranger

Si votre client est domicilié en France et qu'il souhaite vendre ou exporter définitivement (sortie de l'U.E.) une œuvre ou un objet d'art, il faudra respecter les dispositions relatives à la taxe sur les plus-values.

En effet, en droit français, en cas de vente ou d'exportation d'un objet d'art le régime fiscal de la taxation des plus-values s'applique :

– Les objets dont la valeur déclarée en douane est inférieure à 5 000 euros sont exonérés de cette taxation sur les plus-values.

– Pour les autres (valeur supérieure à 5 000 euros) deux options sont possibles :

1) Le régime spécial de la taxe forfaitaire :

La taxation de 6,5 % sur la valeur de l'objet déclarée en douane qui sera acquittée auprès du receveur des douanes compétent.

Cette option est obligatoire si on ne dispose d'aucun élément permettant d'établir l'origine de l'œuvre, son prix d'acquisition et sa date d'acquisition (bordereau d'adjudication en vente publique ou facture d'un marchand ...).

2) Le régime général d'imposition des plus-values : (art. 200 B nouveau du CGI)

Pour cette option, il, faudra faire une « déclaration d'option » (mentionnant les valeurs déclarées en douane) auprès du centre des impôts de votre client. Ce dernier n'acceptera celle-ci qu'à la condition expresse qu'on puisse fournir la preuve de la date et du prix d'acquisition de son œuvre. Un « certificat d'acceptation de l'option » par le service des impôts sera ensuite à remettre au service des douanes.

En choisissant le régime général on opte pour une intégration de la plus-value réelle dans ses revenus et on aurait à remplir une déclaration spéciale (2049) lors de la déclaration d'impôt. L'utilisation du régime général étant particulièrement intéressante lorsqu'une œuvre est détenue (avec preuve ...) depuis plus de 12 ans.

Selon les cas l'un ou l'autre régime pouvant être plus avantageux fiscalement, le choix entre ces deux options se fera à votre convenance.

Si vous vendez une œuvre ou un objet d'art à un acheteur non européen (sortie du territoire européen) :

La TVA (20 %) sur la vente de l'œuvre figurant sur le bordereau acheteur ou la facture de vente, pourra faire l'objet d'un remboursement de la part de la maison de vente ou de la galerie envers l'acheteur non-résident européen. Pour les maisons de ventes, cela se fera sur présentation par l'acheteur du document prouvant l'exportation définitive de l'œuvre dans le deuxième mois suivant la vente. Ce certificat, établi par le transitaire doit être validé par le service des douanes.

Plus rarement, la maison de ventes ou la galerie pourra également effectuer une vente en exonération de TVA lorsqu'elle est certaine de l'exportation immédiate par

l'acheteur (non-résident européen) de l'objet vendu. Elle établira alors un bordereau acheteur ou une facture commerciale hors taxes.

L'exportation d'un bien culturel, qu'elle soit provisoire ou définitive, dotée d'un intérêt historique, artistique ou archéologique, est soumise à autorisation en fonction de la valeur et de l'ancienneté de l'objet.

Sont soumis à obligation d'autorisation d'exportation :

Les objets archéologiques de plus de 100 ans (antiquités nationales et objets provenant directement de fouilles), quelle que soit la valeur.

Quelques exemples :

Concernant les pièces amérindiennes (Mexique et autres pays d'Amérique latine) ou égyptiennes, il faut souligner que les autorités compétentes de ce pays sont très vigilantes.

Concernant les peintures de plus de 50 ans et d'une valeur supérieure à 150 000 euros.

Je pourrais vous parler de Picasso, Miro ou Renoir mais il existe tellement d'artistes qui ont, au-delà de leur qualité artistique et historique, une valeur nationale insoupçonnée.

Tel est le cas d'Amrita Sher-Gil (1915-1941), peintre aux doubles racines, indienne et hongroise.

Initiée à la peinture en Inde, notre artiste poursuit sa formation à l'école des Beaux-Arts de Paris dans les années 30.

Amrita, telle une Frida Kahlo indienne, est aujourd'hui tellement reconnue en Inde que ses œuvres sont classées trésor national.

Il est impossible aujourd'hui de sortir une œuvre de cette artiste, d'Inde, et la valeur commerciale d'une peinture, oscille entre 500 000 et 2 000 000 euros.

Si l'un de vos clients décide de s'installer en Inde avec une œuvre de Sher-Gil, il pourrait la vendre, mais celle-ci, étant classée trésor national, serait interdite de sortie du territoire indien ...

Pour une sortie du territoire d'un bien culturel, le propriétaire a pour obligation de demander une « AST », Autorisation de Sortie du Territoire, ou un certificat d'exportation au ministère de la culture. Ces autorisations ne sont valables que pour les biens en France depuis plus de deux ans. Pour une présence de durée inférieure, aucune autorisation d'exportation n'est requise.

Pour sortir du territoire douanier de l'UE, d'autres formalités sont obligatoires en plus du certificat ou de l'AST : Licence d'exportation donnée par le ministère de la culture :

Licence d'exportation donnée par le ministère de la culture.

Déclaration en douane.

L'exportation définitive en dehors de l'Union Européenne d'objets d'art, collection ou antiquité, de plus de 5 000 euros entraîne une taxe forfaitaire de 6 % du prix de

cession ou de la valeur douanière. La CRDS (Contribution pour le remboursement de la dette sociale) de 0,5 % s'applique aussi, à moins que le vendeur ait son domicile fiscal hors de France.

Sont exonérées :

Les cessions aux musées ou bibliothèques publiques

Les exportations temporaires

La réexportation à l'occasion d'un déménagement, si les objets ont déjà été importés lors d'une installation en France

L'exportation par l'artiste de son œuvre

B/ L'Importation d'œuvres et d'objets d'art

L'importation de biens culturels en France ne fait que l'objet d'un contrôle sur l'espèce, l'origine et la valeur déclarées lors des formalités douanières.

Dans le cadre d'une importation définitive de marchandises d'un pays hors UE, les œuvres et objets d'art, de collection et d'antiquité sont taxées à hauteur de 5,5 % sur leur valeur CIF et exemptées de droits de douane. Pour les autres objets (de moins de 100 ans d'âge et ne rentrant pas dans les critères d'œuvres d'art original ou objets de collection), l'importateur devra s'acquitter de droits de douane et du taux normal de TVA c'est-à-dire 20 % de la valeur CIF. Pour une importation temporaire, les droits et taxes applicables à l'import sont suspendues. S'il s'agit d'une exposition, restauration ou vente, il faut effectuer une demande d'admission temporaire et l'importateur devra verser une caution à hauteur du montant des droits et taxes exigibles à l'import.

Pour l'importation d'une œuvre d'art en provenance de l'Union européenne, la TVA lors de l'achat s'acquitte dans le pays du vendeur assujetti, selon ses règles nationales et au taux de TVA applicable dans l'État du vendeur, afin d'éviter la double imposition.

Si votre client fait venir en France des objets d'art ou de collection provenant d'un pays tiers à l'Union Européenne, il sera nécessaire d'effectuer une déclaration en douane.

La Suisse, le Maroc, la Russie et les États Unis par exemple.

Se posera bientôt la question du Royaume Uni ...

Il faudra donc mandater un transitaire (transporteur international) qui organisera toute question relative au transit et à la logistique ;

S'il s'agit d'une œuvre qui est importée définitivement en France :

– Pour les œuvres et d'objets d'art, de collection et d'antiquité, les importations sont taxées à un taux réduit de TVA (5,5 %) et sont exemptées de droits de douane.

L'importateur paye donc au moment de la « déclaration de mise à la consommation » la TVA à 5,5 % calculée sur la valeur CIF (Cost : valeur de l'œuvre ; Insurance : frais assurance ; Fret : frais de transport).

En clair, la valeur de l'œuvre prise en compte sera la facture du commissaire-priseur, du galeriste, de l'antiquaire, ou encore celle de l'assurance effectuée par une compagnie spécialisée ; celle de l'inventaire du commissaire-priseur ou d'un expert habilité lorsqu'on hérite.

Dans le calcul de cette valeur, le douanier ajoutera à la valeur de l'œuvre, des frais de transport et d'assurance.

Évidemment, si votre client est français, il pourra se faire rembourser la TVA du pays d'origine grâce aux formalités établies par son transitaire.

– Pour les autres objets : les objets neufs et les biens d'occasion (c'est-à-dire les objets qui ont moins de 100 ans d'âge et qui n'ont pas le caractère d'œuvre d'art originale ou d'objet de « collection ») sont soumis à des droits de douane et au taux normal de TVA (20 %) sur la valeur CIF.

L'importation temporaire

Une œuvre d'art peut être importée temporairement en France en vue d'une vente aux enchères, d'une exposition ou d'une restauration.

Grâce à l'importation temporaire (ou Admission Temporaire) une œuvre peut entrer sur le territoire français en suspension des droits et taxes applicables à l'import.

Dans l'exercice de ma profession, c'est une opération assez fréquente lorsqu'on a comme clientèle vendeuse, des ressortissants étrangers.

Encore une fois, cette taxe n'existe pas quand nos clients et leurs biens font partie et sont situés au sein de l'Union Européenne.

– L'importateur doit faire une demande d'Admission Temporaire et devra cautionner à hauteur du montant des droits et des taxes (TVA) exigible à l'import.

– L'admission temporaire est accordée pour un délai de 6 mois renouvelable jusqu'à deux ans à compter de son enregistrement auprès des douanes.

– L'œuvre en importation temporaire doit impérativement se localiser à l'adresse déclarée lors de la demande d'Admission Temporaire. Tout déplacement hors de ce lieu doit recevoir autorisation préalable du Receveur des Douanes.

– Une œuvre sous Admission Temporaire en France, devra obligatoirement voir régulariser son statut en étant réexportée ou importée définitivement.

En aucun cas une œuvre ne peut être admise temporairement en France au nom d'un particulier.

La procédure d'admission temporaire d'une œuvre en France peut être accordée aux maisons de vente en vue d'une vente aux enchères.

On peut souligner que l'admission Temporaire en suspension des droits et taxes est accordée aux maisons de vente et doit être doit être garantie par cautionnement bancaire ou par une consignation.

Si la maison de vente fait partie de la chambre des commissaires-priseurs ou du Symev (syndicat), elle est dispensée du cautionnement en demandant par le biais de leur transitaire, une dispense de caution auprès des douanes.

Il est intéressant de noter que dans ce cas précis, la maison de vente fera supporter les frais de la taxe à l'importation à l'acquéreur, qu'il réglera s'il fait partie de l'Union Européenne ou résident européen.

L'importation deviendra ainsi définitive après payement de la TVA à 5,5 %.

Quand le bien n'est pas vendu (cela arrive parfois !), le vendeur déçu sera heureusement exonéré de cette taxe si l'objet repart vers son pays d'origine.

Quand l'acquéreur est un ressortissant hors U.E., l'objet est réexporté en exonération totale de toutes taxes (TVA) et droit de douane éventuels (il devra tout de même payer les droits et taxes éventuels de son pays).

I/ Définitions douanières

a) Qu'est-ce qu'une œuvre d'art originale ? (notion douanière)

Tableaux, peintures et dessins :

Lorsque ceux-ci sont entièrement exécutés à la main par l'artiste.

Gravures, estampes et lithographies originales :

Anciennes ou modernes, elles doivent être tirées directement d'après une planche réalisée entièrement à la main par l'artiste. Il n'y a pas de notion de numéro de tirage mais celui-ci doit cependant être limité.

Sculptures et art statuaire :

Lorsque celles-ci sont entièrement exécutées de la main de l'artiste, quelle qu'en soit la matière (terre cuite, métal, bois, pierre ...). Pour une fonte (exemple : bronze) l'œuvre est considérée comme originale si le nombre de tirage est limité à 12 (8 exemplaires numérotés 1/8, 2/8, etc. et 4 épreuves d'artiste).

Photographies :

De tout format ou support, une photographie est originale lorsqu'elle cumule le fait d'être signée par l'artiste ou authentifiée par lui ou ses ayant-droit, et, qu'elle est numérotée dans la limite de 30 exemplaires (exemple : 2/30).

Céramiques :

Lorsque l'exemplaire est unique et entièrement exécuté de la main de l'artiste et signé par lui.

b) Qu'est-ce qu'un objet de collection ? (notion douanière)

Ce sont des objets de toute nature, sans critère d'ancienneté obligatoire autres que des œuvres d'art originales et dont l'intérêt peut se trouver sur différents plans :

Zoologique, botanique, minéralogique, historique, ethnographique, archéologique, numismatique ...

Certains critères de ces objets ont été précisés par un arrêt de la Cour de Justice européenne en 1997 :

- Rareté,
- Ne sont pas utilisés conformément à leur destination initiale,
- Font l'objet de transactions spéciales en dehors du commerce habituel,

- Ont une valeur élevée,
- Illustrent une période marquant un pas caractéristique de l'évolution humaine.

c) Qu'est-ce qu'un objet d'antiquité ? (notion douanière)

C'est un objet qui à plus de 100 ans d'âge et qui n'a pas le caractère d'œuvre d'art originale ou d'objet de collection.

CERTIFICAT CITES

Le CITES est la convention sur le commerce international des espèces de flore, et de faune sauvage menacées d'extinction, connue par son sigle CITES ou encore la, convention de Washington.

Accord international entre états, elle a pour but de veiller à ce que le commerce international des spécimens d'animaux et de plantes sauvages ne menace pas la survie des espèces auxquelles ils appartiennent. Elle est entrée en vigueur en date du premier juillet 1975.

La demande de certificat CITES correspond à un contrôle du mouvement des espèces animales et végétales en voie de disparition par le Ministère de l'environnement. Ainsi, les objets contenant certaines matières animales ou florales sont soumis à une demande de circulation pour leur importation ou leur exportation. Cela concerne notamment l'ivoire, l'écaille, les peaux, les plumes, le corail, les naturalisés, les fleurs séchées, etc.

Lors de leur entrée ou de leur sortie de France, les objets contenant des matériaux provenant d'espèces protégées doivent obligatoirement être accompagnés d'un certificat CITES.

- Lorsque la France est le pays d'expédition, il doit y avoir établissement d'un CITES français qui sera lui-même transformé en CITES du pays de destination à l'arrivée de l'objet.
- De même, lorsqu'un objet est importé en France, le CITES du pays expéditeur devra être transformé en CITES français à l'arrivée de l'objet.

Pour plus d'informations, consultez :

http://www.cites.org/fra/disc/what.shtml

http://www.douane.gouv.fr/page.asp?id=3516

Prenons l'exemple de l'ivoire que nous pouvons trouver sous toutes ses formes lors d'un inventaire : sur les touches d'un piano, un kimono japonais ou une Guanyin (divinité féminine) chinoise, une défense d'éléphant brut apportée d'Afrique ou d'Asie par un grand oncle chasseur dans les années 60, quelques filets ou sujets sculptés et incrustés sur une table italienne du XVI^e^ siècle, un cabinet français d'un XVII^e^ siècle ou bien la tête et les mains sculptées en ivoire, sur une statue en bronze des années folles.

L'arrêté du 4 mai 2017 portant modification de l'arrêté du 16 août relatif à l'interdiction du commerce de l'ivoire d'éléphants et de la corne de rhinocéros sur le territoire national renforce la réglementation de l'interdiction du commerce d'ivoire et appelle à la plus grande prudence quant au transport et la vente d'une œuvre d'art en ivoire.

Ainsi, quel que soit l'âge de l'ivoire appartenant à l'un de vos clients ou inventorié lors d'un inventaire de succession, il est désormais interdit de vendre et d'expédier une défense brute ou des morceaux d'ivoire, même si le propriétaire a toutes les autorisations (dont un cites antérieur à l'arrêté) pour les vendre.

La Défense est interdite de commerce, c'est-à-dire de la détenir en vue de la vente, son transport en vue de vente, la publicité, la mise en vente, la vente et l'achat.

Concernant l'ivoire travaillé (sculpté ou gravé) :

Avant le 3 mars 1947

– si l'œuvre d'art comporte mois de 20 % d'ivoire en volume, elle est libre de document et de démarche administrative mais aura besoin d'un certificat CITES de réexportation si l'acheteur est hors U.E.

– si le volume est supérieur à 20 %, le commissaire-priseur devra déclarer l'œuvre au préalable

Après le 3 mars 1947

– si l'ivoire travaillé a été réalisé avant le 1er juillet 1975, il faudra obtenir un certificat CIC avec démarche complémentaire si le poids de l'ivoire est supérieur à 200 grammes et aura besoin d'un certificat CITES de réexportation.

– si l'ivoire travaillé a été réalisé après le 1er juillet 1975, il est absolument interdit d'en faire commerce.

Complexe en apparence, la « libre circulation » des objets et de collection se déroule sereinement si on prend le temps de faire les formalités sérieusement et dans les temps.

Dans le cadre de mon activité de maison de vente, il m'est arrivé de disperser quelques belles collections portugaises et espagnoles.

Je peux vous dire que la réglementation concernant les seuils d'obligation d'établir un certificat de bien culturel est parfois plus contraignante qu'en France.

Elle est encore plus drastique en Italie en raison de la richesse du patrimoine italien et de ce fait d'un contrôle plus serré des exportations d'œuvres d'art.

En qualité de commissaire-priseur, je suis amené à expertiser une collection étrangère, quel que soit l'endroit au monde et organiser son transport avec l'assistance d'un transitaire pour une vente à Drouot, s'il y avait lieu.

Parce que Paris fait toujours rêver et que la France reste un écrin de joyaux et de verdure ... il y aura toujours des ventes exceptionnelles sur notre territoire qui attireront acheteurs et vendeurs du monde entier !

Elie Morhange.

Je remercie notre transporteur et commissionnaire de transport spécialisé dans le transfert des œuvres et objets d'art, Art Regie transport.com et son gérant, Monsieur Benoit Dartigues, avec lesquels nous avons travaillé pour l'entier contenu d'un palais portugais et sans qui je n'aurai pu réaliser une grande partie de ce travail.

PARTIE 3

LE FINANCEMENT ET L'INTERNATIONAL

TITRE UNIQUE

FINANCEMENT INTERNATIONAL

CHAPITRE UNIQUE

FINANCEMENT INTERNATIONAL

Introduction

La mobilité géographique des emprunteurs et des garants, la mobilité des prêteurs, la complexité des chaînes de détentions des capitaux, la diversité des sûretés, les luttes contre le blanchiment, le coût de l'immobilier en France et à travers le monde, les taux de crédits compétitifs, les banques en ligne, multiplient les situations où des résidents français ou des étrangers seront soumis à un élément d'extranéité.

Les financements étrangers peuvent provenir de pays européens où limitrophes sans parler de quelques financements provenant des États Unis d'Amérique ou du proche orient.

Par les présentes nous tenterons de synthétiser toutes les théories applicables et surtout nous établirons une méthodologie d'approche lorsqu'un cas se présenterait.

§ I – *LE PRÊT ET LES CONDITIONS DE SOUSCRIPTIONS*

A/ Rappel sur la définition de l'établissement de crédit

Le notaire qui est en contact avec un établissement de crédit doit avant tout vérifier que cet établissement peut avoir une activité bancaire sur le marché français. L'article L. 311-1 du Code monétaire et financier modifié par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 rappelle un principe fondamental sur la définition des opérations de banque. À noter que la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédits et les services bancaires de paiement sont les critères fondamentaux pour définir les opérations de banque.

Les opérations de crédit recouvrent les prêts les ouvertures de crédit, le crédit-bail et les cessions de créances non échues.

Un monopole a été instauré aux termes de l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier issu de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 et entré en vigueur le 1er janvier 2014 dans le but de mettre en conformité le droit français avec le droit européen qui édicte le monopole au profit des établissements de crédit français.

Ce monopole se traduit par une interdiction catégorique à l'égard de toute une série de personnes morales et également à toute personne physique. L'objectif est d'assurer la liquidité des marchés et d'éviter les risque d'insolvabilité des organismes de crédit.

Un agrément qui depuis le 9 mars 2010 est délivré par la Banque Centrale Européenne (BCE) sur proposition de l'ACPR en application des articles 4 et 14 du Règlement 5UE° n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013.

Pour rappel avant le 9 mars 2010 l'ACPR délivrait cet agrément, c'est une autorité administrative dont l'autonomie et l'indépendance sont garanties par le Code Monétaire et Financier.

Cet agrément est délivré aux personnes morales ayant leur siège social en France ou à des succursales établies sur le territoire français et ayant leur siège social hors un État membre de l'Union Européenne ni partie à l'accord de l'Espace économique européen (EEE).

Une fois l'agrément délivré, l'établissement de crédit ou la société financière doivent satisfaire à tout moment aux conditions d'agrément.

Un Registre tenu par l'ACPR constate tous les agréments accordés aux organismes autorisés d'exercer en France.

Le notaire peut consulter le site Regafi (www. Regafi.fr) et accessible depuis le site de la Banque de France et de l'ACPR. Ce registre recense également les établissements auxquelles l'ACPR a délivré une autorisation d'exercer des activités bancaires à Monaco.

La liste des activités bancaires, des services d'investissement et des services de paiement desdits établissements est répertorié sur ledit site.

Les conditions d'accès des établissements européens résultent depuis donc 2014 d'un contrôle préalable de la BCE et dont le nombre est de 124 banques. Ce sont les banques jugées importantes selon différents critères (actifs, PIB etc) par exemple la BNP, le Crédit Agricole, les autres banques sont supervisées par les autorités nationales en lien avec la BCE. Organisation peu fiable et dont la structure est à revoir puisque certaines petites banques peuvent être responsables d'un plus grand risque souvent.

Les conditions d'accès des établissements non européens, il leur suffit d'obtenir l'agrément dans un État membre où l'établissement a son siège en tant qu'établissement de crédit.

En France il s'agit du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement « CECI » en vertu de l'article L. 511-10 du Code monétaire et

financier qui délivre le « passeport européen » permettant à cet établissement de créer une succursale dans un autre État membre.

Pour définir un établissement de crédit et malgré que la France s'écarte de la définition communautaire de l'établissement de crédit et notamment sans reprendre le caractère cumulatif de l'article 1er de la directive de 1977, qui consiste en :

Recevoir des dépôts

Octroyer des crédits

La loi bancaire française numéro 84-46 du 2 janvier 1984 modifiée, définit à l'article 1 alinéa 1er comme suit :

« Des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque ».

Et le second alinéa énonce : « les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyen de paiement ». Il en découle que les critères en droit français sont alternatifs.

Pour résumer, ce monopole concerne l'exercice habituel d'une activité bancaire comme celle définie ci-dessus. Il en résulte que chaque fois qu'un établissement veut faire de son activité bancaire comme définie ci-dessus ou de paiement une activité habituelle il doit recourir à l'agrément.

Il ne faut pas négliger la notion d'habitude et qui selon la jurisprudence est à distinguer entre le prestataire professionnel et le non professionnel.

Pour le prestataire non professionnel la répétition se caractérise par le nombre de nouveaux clients par exemple tandis que le prestataire professionnel il sera sanctionné lors de la 1re opération relevant du monopole.

Les sanctions applicables en matière civile constituent en un versement de dommage et intérêts en outre le contrat n'est pas nul. Et des sanctions pénales ainsi qu'il résulte des articles L. 571-3, L. 573-1 et L. 572-5 du Code monétaire et financier et qui peuvent atteindre les dirigeants également selon l'article L. 121-2 du Code pénal.

Pour concrétiser par un exemple de violation du monopole, quand une banque américaine qui consent via les États-Unis d'Amérique un crédit débloqué sur un compte ouvert en France d'un résident et portant sur une opération immobilière en France. Cette démarche peut aussi s'inscrire dans le cadre du renforcement du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux, décret numéro 2018-284 du 18 avril 2018.

Le démarchage bancaire est interdit.

Le démarchage est défini comme tel d'après l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier, à savoir :

Prise de contact non sollicitée par quelque moyen que ce soit (le démarchage à distance)

L'acte de démarchage en vis-à-vis. C'est l'exemple de se rendre au domicile des clients ou leur lieu de travail.

Il existe selon l'article L. 341-2 du même code des dérogations.

Ce droit est donc réservé aux établissements français et aux établissements européens passeportés. Les établissements bancaires étrangers n'ont pas le droit de démarcher sur le territoire français.

Le notaire ne doit pas omettre de vérifier également que les dispositions du code civil et surtout le nouvel article 1121 tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 qui a consacré la théorie de la réception des contrats entre absents.

Il en résulte que le lieu de formation du contrat et dont l'offre de crédit a été émise à l'étranger mais acceptée en France par le client résident français et retournée à l'organisme situé à l'étranger, est le lieu de réception de l'offre acceptée par l'emprunteur, ou bien le lieu où est situé l'établissement étranger.

Se pose la question du compte courant d'associé et sa compatibilité avec les règles du droit bancaire. Au regard de la qualification d'opération de crédit, le compte courant d'associé s'analyse en un prêt susceptible d'entrer dans le champ d'application du monopole bancaire s'il est consenti à titre onéreux et présente un caractère habituel. L'unicité de bénéficiaire en la qualité de l'associé détenant une pluralité de participations fera généralement échapper cette opération au monopole d'après la jurisprudence constante.

B/ La loi du contrat et des sûretés

I/ Loi applicable au contrat lui-même

En principe et conformément à la Convention de Rome du 19 juin 1980 le contrat de prêt comme tout contrat est régi par la loi d'autonomie choisie par les parties. Les articles 1874 et suivants du Code civil régissent le contrat de prêt.

L'ordre public du pays concerné est un élément fondamental à respecter. Et les lois de police qui s'appliquent, transcendent la loi du contrat.

Les lois de police sont également définies dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 et ce sont « les dispositions qui devront régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

Cette notion est définie par l'article 9 : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, telle que son organisation politique sociale ou économique au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent également ».

Il est à souligner que toutes les dispositions d'ordre public ne constituent pas nécessairement des lois de police. Les sanctions pénales sont un indice déterminant dans la qualification de ces lois.

La tendance des juges est de moins en moins d'ériger des dispositions de droit interne en loi de police ou de soulever l'incompatibilité de l'application de la loi étrangère avec l'ordre public international.

Il suffit d'un simple lien avec la situation juridique pour que le juge assure la sanction de cette loi de police.

La loi prohibant l'usure est une loi de police par exemple.

Les parties peuvent désigner comme il arrive souvent une loi applicable au contrat qui peut être celle du pays avec lequel l'opération présente les liens les plus étroits.

La présomption instaurée par la Convention de Rome repose sur la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat. Dans un contrat de prêt le versement des fonds est la prestation la plus caractéristique. Et dans ce cas la loi applicable sera celle de l'établissement de financement.

Tous les aspects du contrat (sa conclusion, son interprétation, son exécution les conséquences de l'inexécution et son extinction) sont régis par cette loi. Il est exclu la loi applicable à la capacité de l'emprunteur qui reste régie par sa loi nationale. Il est de même du régime matrimonial auquel s'applique la loi applicable au régime.

L'exemple des lois de police françaises, à savoir :

– Les articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation pour les prêts à la consommation.

– Les articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation pour les prêts immobiliers.

– Les articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation pour le surendettement des particuliers.

On constate donc que l'identification du juge compétent peut s'avérer décisive en cas de litige dans un contexte international. La loi du for peut s'avérer déterminante.

Le notaire doit donc attirer l'attention des parties sur la clause dite « d'élection du for ».

II/ La loi applicable aux garanties du contrat de prêt

À retenir fondamentalement que la loi du contrat n'est pas celle de la garantie qui reste régie par la loi de situation de l'immeuble principalement donné en garantie. Ce principe est dicté par l'article 3 du Code civil que je cite : « les immeubles même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

Nous ne détaillerons pas la loi d'autonomie, qui permet de désigner une autre loi applicable sur les immeubles et qui pose de nombreux problèmes.

Il faut noter également que si un prêt souscrit à l'étranger et donnant vocation à une sûreté sur un immeuble en France, il faudrait vérifier que le type de sûreté choisi existe en droit français. Et les règles de validité fixées par la loi française doivent être respectées. Il en est de même dans le cas d'une sûreté française qui devra être prise.

Un certificat de coutume est souvent indispensable pour vérifier si la loi applicable à la sûreté est transposable en droit français.

On verra plus loin s'agissant des garanties bien reconnues en droit français comme le privilège de prêteurs de deniers, les hypothèques conventionnelles ou le cautionnement.

Donc on peut en déduire que les sûretés réelles conventionnelles sont des opérations de nature contractuelle et relèvent du Règlement de Rome I. Les parties

peuvent librement donc choisir la loi, on parle de *lex contractus*, en l'absence de choix la sûreté sera régie par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble.

Souvent l'organisme financier choisira la loi de son pays.

La *lex constractus* va donc régir la validité du contrat et les obligations personnelles en découlant.

La prise d'une sûreté réelle concerne donc un bien immobilier et fait naître des droits réels et donc elle relève du statut réel qui lui aussi est soumis en droit international privé à la loi de situation de l'immeuble et on parle de *lex rei sitae*.

La *lex rei sitae* qui seule indiquera quelles sûretés peuvent être prises sur un bien situé sur son sol.

La *lex concursus* pour désigner la loi applicable à une procédure d'insolvabilité.

Donc au notaire de faire attention à la superposition de ses trois lex et qui peuvent impacter l'efficacité d'une sûreté.

À titre d'information et en présence d'un élément d'extranéité et si les autorités françaises sont saisies c'est le règlement UE n° 2015/848 du 20 mai 2015 et dont les dispositions sont applicables depuis le 26 juin 2017 qui s'appliquera dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

La loi de l'État d'ouverture déterminera les conditions liées à l'ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine à savoir : les débiteurs, les biens, les conditions d'opposabilité d'une compensation, les pouvoirs respectifs du débiteur et du praticien de l'insolvabilité, ... les règles relatives à la nullité ou l'annulation ou l'inopposabilité des actes juridiques préjudiciables aux créanciers.

Cependant ce règlement dans son article 8 paragraphe 1 dispose : « L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels meubles ou immeubles, à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification, appartenant au débiteur et qui sont situés au moment de l'ouverture de la procédure sur le territoire d'un autre État membre... ». donc les sûretés réelles grevant des biens situés sur le territoire d'autres États membres seront à l'abri des effets de *lex concursus*.

C/ Dispositifs de protection de l'emprunteur immobilier

De nombreux États ont souhaité encadrer les modalités d'accès au crédit immobilier par des consommateurs non-professionnels et ceci dans le cadre de l'acquisition d'une résidence principale.

Par exemple le droit anglais distingue les prêts hypothécaires dits « regulated » des prêts « non regulated ». Il en est de même à titre d'exemple du droit italien qui prévoit un formalisme strict pour les crédits immobiliers destinés aux non-professionnels.

En droit français les dispositions de l'Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 du Code de la Consommation et codifiées aux articles L. 313-1 et suivants du Code de la consommation sont d'ordre public.

La plus importante sanction est la déchéance au droit à l'intérêt conventionné mais également des sanctions pénales à l'égard du prêteur pouvant aller jusqu'à 150 000 € d'amende et une interdiction d'exercer jusqu'à 5 ans.

Le champ d'application de ces dispositions nous oblige à délimiter les intervenants tant le prêteur que l'emprunteur et la nature du prêt.

Le prêteur sera forcément l'organisme de financement disposant de l'agrément de l'ACPR.

L'emprunteur ou le consommateur immobilier est tel qu'il est défini par le Règlement de Rome 1 article 6 à savoir : « Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat est conclu par une personne physique pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, (...) ».

Le cas des sociétés civiles immobilières mérite une nouvelle interprétation au vu du nouvel article L. 313-1 du Code la consommation et il revient au notaire d'être prudent et de vérifier l'objet social et le caractère incontestablement familial.

Généralement l'objet social ne permettra pas de retenir le caractère familial mais plutôt la détention des parts.

Dans le cadre d'un financement international ou transfrontalier, la société ne pourra pas se prévaloir de la qualité de consommateur puisque l'article 6 du Règlement de Rome n'en tient pas compte.

L'objet d'un prêt est un élément fondamental dans la qualification du prêt, et les dispositions d'ordre public ci-dessus relatées s'appliquent aux prêts dont la destination est l'acquisition directement ou par le jeu de sociétés d'attributions d'un bien à usage d'habitation ou mixte ou aux prêts finançant les dépenses de construction, les travaux de réparation et d'amélioration ou entretien d'un immeuble.

Il revient d'appliquer les mêmes dispositions aux crédits à la consommation assortis de garanties réelles et dont l'objet est de financer des travaux de réparation amélioration ou d'entretien ou même l'acquisition de terrain à bâtir en vue d'édifier une construction à usage d'habitation ou mixte.

Un formalisme découle de ce règlement et qui oblige l'organisme de financement à délivrer une copie papier ou sur support durable accompagné de la fiche d'information standardisée européenne prévue à l'article L. 317-7 du Code de la consommation dite la FISE.

Le Code de la consommation restreint l'utilisation d'une devise autre que l'euro et surtout si le risque de change incombe à l'emprunteur.

L'offre reste valable de la part du prêteur pendant un délai de 30 jours minimum et l'emprunteur n'acceptera cette offre qu'après l'écoulement de dix jours pleins suivant la date de réception ou de remise de ladite offre.

Souvent les offres contiennent des clauses dites d'indemnité en cas de remboursement anticipé, qui sont elles aussi encadrées par le Code de la consommation. Il s'agit d'une double limite constituée d'une part par la valeur d'un semestre d'intérêt sur le capital remboursé au taux moyen du prêt et d'autre part de 3 % du capital restant dû avant le remboursement.

Il est à noter que les établissements bancaires étrangers ne connaissant pas bien le taux fixe et sont plus enclins à prêter à taux variable.

D/ Le prêt usuraire

Le délit d'usure est stipulé à l'article L. 341-50 du Code de la consommation et est pénalisé d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000,00 euros d'amende. L'article L. 314-6 du même code définit l'usure.

Les taux d'usure publiés trimestriellement par la Banque de France sont à distinguer selon différentes séries classées selon l'objet du prêt (trésorerie, financement, personne physique, personne morale, professionnels etc.).

Depuis le 1er janvier 2017, il est prévu un taux maximum admis à une catégorie d'ensemble, je cite :

« 1° Pour les contrats de crédits consentis à des consommateurs,

– destinés à financer les opérations entrant dans le champ d'application du 1° de l'article L. 313-1 du Code de la consommation, relatif au crédit immobilier ; ou

– d'un montant supérieur à 75 000 euros, destinés à financer, pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien,

Il s'agit des catégories suivantes :

- prêts à taux fixe :
- prêts d'une durée inférieure à 10 ans ;
- prêts d'une durée comprise entre 10 ans et moins de 20 ans ;
- prêts d'une durée de 20 ans et plus ;
- prêts à taux variable ;
- prêts-relais.

Sont incluses dans les opérations visées au premier titre du 1°, les opérations de crédit destinées à regrouper des crédits antérieurs comprenant un ou des crédits mentionnés au 1° de l'article L. 313-1 du Code de la consommation dont la part relative dépasse 60 % du montant total de l'opération de regroupement de crédits.

2° Pour les contrats de crédits consentis à des consommateurs,

– n'entrant pas dans le champ d'application du 1° de l'article L. 313-1 du Code de la consommation, ou

– ne constituant pas une opération de crédit d'un montant supérieur à 75 000 euros destinée à financer, pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien.

Il s'agit des catégories suivantes :

- prêts d'un montant inférieur ou égal à 3 000 euros ;
- prêts d'un montant supérieur à 3 000 euros et inférieur ou égal à 6 000 euros ;
- prêts d'un montant supérieur à 6 000 euros.

3° Pour les prêts accordés aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels et aux personnes morales ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale :

– découverts en compte.

4° Pour les prêts aux personnes morales n'ayant pas d'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale :

- prêts consentis en vue d'achats ou de ventes à tempérament ;
- prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux variable ;
- prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux fixe ;
- découverts en compte ;
- autres prêts d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans ».

Après ce rappel sur l'usure en droit français il est à noter que cette notion par exemple n'est pas connue en droit anglais même s'il est fréquent en droit comparé de retrouver des dispositifs pénalisant cette pratique.

Le notaire doit être très vigilant dans le cas de la rédaction d'un prêt étranger dans un acte authentique et vérifier si cette disposition de loi d'ordre public est respectée.

En conclusion les lois sur l'usure sont des lois de police contractuelle qui s'appliquent indépendamment de la loi régissant le rapport contractuel. Elles doivent s'appliquer dès qu'il y a aura offre de crédit sur le marché français en euros ou en remise de fonds à l'emprunteur sur le territoire français.

Si le contrat est soumis à une loi étrangère, la loi sur l'usure ne pourra être invoquée par l'emprunteur que si le contrat présente un lien étroit avec la France, par exemple la résidence du débiteur.

E/ Le TEG

Le taux effectif global défini aux articles L. 314-1 et L. 314-5 du Code de la consommation est obligatoire dans les contrats de prêt.

Cette obligation relève de la loi de police qui s'impose à tout contrat de prêt soumis à la loi française ou établi par un notaire en France.

La situation en France de l'immeuble objet du contrat est une condition préalable à l'application des dispositions protectrices du consommateur-emprunteur mais non suffisante.

Il est nécessaire que l'établissement prêteur ou la résidence de l'emprunteur soit en France. En effet si l'établissement prêteur est en France, il est soumis en raison de son activité aux règles françaises régissant sa profession. Si l'emprunteur a sa résidence habituelle en France, il peut prétendre à l'application des lois de protection.

Ces dispositions sont en résumé appliquées à savoir :

– Au titre de loi du contrat soumis implicitement ou explicitement à la loi française quel que soit le lieu de situation de l'immeuble.

– Au titre de loi de police contractuelle si l'immeuble est situé en France et si le prêteur ou l'emprunteur est établi en France.

Selon certains auteurs la qualification de loi de police ne peut procéder que d'une analyse à deux niveaux. L'objectif poursuivi par la règle doit d'abord être mis en lumière avant d'être éprouvé par une analyse *in concreto*. Affirmons-le d'emblée : la politique législative poursuivie par la mention du TEG pour les prêts à finalité

professionnelle, nous semble fonder de sérieuses réserves quant à sa qualification de loi de police.

Récemment, la première Chambre civile de la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'application des mentions manuscrites relatives au cautionnement, que le droit français impose à peine de nullité, au titre de lois de police (Cass. 1re civ., 16 septembre 2015, nº 14-10.373, rendue sous l'empire de la Convention de Rome). Les Hauts juges l'ont exclue en rappelant que, « ces mentions étant destinées à assurer une meilleure protection de la personne qui s'engage », ne constituent pas des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable ».

S'agissant de la protection de l'emprunteur défendue par la mention du TEG, le raisonnement par analogie nous semble autorisé. La transparence du marché à laquelle concourt la mention du TEG ne nous semble pas davantage participer de la sauvegarde de l'organisation économique du pays si l'on admet qu'une telle ambition relève du droit de la concurrence et qu'en matière bancaire le respect de cette préoccupation légitime a déjà été assigné à un certain nombre d'autres règles. Il reste que la sévérité de la sanction encadrant les dispositions relatives au TEG pourrait constituer un indice en faveur de sa qualification de loi de police. Cet argument ne saurait nous convaincre. La sévérité de la sanction ne saurait se substituer à l'appréciation des objectifs poursuivis par la règle pour déterminer son degré d'impérativité. Enfin, et surtout, avancer que le respect des dispositions du droit français relatives au TEG serait jugé crucial par la France pour la sauvegarde de son organisation sociale ou économique, au point de déjouer les prévisions des parties en évinçant la loi d'autonomie, nous semble être une position bien difficile à défendre.

Nous concluons des ambitions poursuivies par la mention du TEG qu'il serait surprenant qu'elle puisse justifier l'éviction de la loi étrangère. Pour suffire de s'en convaincre, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées afin d'appréhender concrètement les conséquences qu'aurait la qualification de la mention relative au TEG de loi de police :

– dès lors que l'emprunteur est localisé en France, cette mention s'imposerait même dans un contrat de crédit régi par un droit étranger. En pareille hypothèse, ce choix aura sans doute été fait par un prêteur étranger qui, outre une difficulté bien compréhensible à réaliser ce calcul savant, ressentira une réelle surprise devant ce qu'il pourrait considérer comme une entrave à libre prestation de service au sein de l'Union européenne.

– la même exigence prévaudrait dans un contrat de crédit de droit étranger conclu entre une banque française et un emprunteur étranger. On peine ici à comprendre quel impératif justifierait qu'on mette à la charge du prêteur une information destinée à l'emprunteur dont le système de droit dont il dépend le prive vraisemblablement, s'agissant d'une spécificité française.

Pour conclure, à notre sens, il existe de forts arguments pour contester la qualité de loi de police aux dispositions françaises relatives au TEG s'agissant d'un crédit à finalité professionnelle. Néanmoins, l'absence de décision probante en la matière expose la pratique à un sérieux dilemme lorsqu'elle a à connaître d'un crédit de droit étranger impliquant une partie française. Faut-il préférer l'absence de TEG, que paraît

imposer l'orthodoxie juridique, mais qui, par facilité, pourrait être critiquée par un tribunal ? Ou faut-il jouer une excessive prudence en indiquant un TEG même lorsque cela n'est pas nécessaire mais au risque qu'il soit erroné... ?

F/ La mention manuscrite de l'acquéreur non emprunteur et exemples divers

On rappelle l'article 18 de la loi de 13 juillet 1979 dite Scrivener et qui exige de l'acquéreur non emprunteur qu'il ne peut pas se prévaloir des dispositions protectrices de la loi de 1979.

La question se pose de savoir comment faire rédiger à un client acquéreur étranger cette mention sachant qu'il n'est pas francophone.

Cette mention est obligatoire quelle que soit la résidence de l'acquéreur, seule la situation de l'immeuble en France la rend exigible.

Le notaire ne doit pas faire reproduire cette mention sans garantir la compréhension du client et par conséquence faire porter cette mention en langue étrangère en la faisant suivre d'une traduction française semble donner satisfaction.

Une autre solution a été préconisée, celle la présence de deux notaires ou de deux témoins conformément à l'article 9-3° de la loi du 25 ventôse an XI, mais elle semble excessive et n'ajoute rien à l'information de l'acquéreur.

À titre d'exemples :

– Emprunteur en France, immeuble en Autriche, prêt en Allemagne, contre garantie en France, les dispositions protectrices du Code de la consommation lui sont applicables.

– Emprunteur résident suisse, prêt soumis à la loi suisse et hypothèque sur un immeuble en France, les dispositions protectrices du Code de la consommation ne sont pas applicables et le lieu de situation de l'immeuble n'est pas suffisant pour déclencher cette protection.

– Dans le cas d'une banque qui se porte caution à la suite d'un emprunt contracté à l'étranger entre prêteur et emprunteur non-résidents en vue de l'achat d'un immeuble en France ne rend pas les dispositions protectrices du Code de la consommation applicables.

§ II – *LES SÛRETÉS : APPLICATION, EFFETS, MAINLEVÉES, EXÉCUTION ET VÉRIFICATION*

À rappeler et sans perdre de mémoire que la loi du contrat n'est pas la loi applicable à la sûreté qui sera demandée par le créancier. Elle sera plutôt celle du lieu de situation du bien donné en garantie.

L'article 3 du Code civil dispose : « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». La jurisprudence a étendu cela aux immeubles situés à l'étranger ainsi qu'aux meubles.

En droit français, deux familles de garanties vont être à la disposition de l'organisme prêteur et dont le notaire va devoir étudier la possibilité de leur mise en jeu.

Les mêmes garanties seront à la disposition de l'organisme bancaire, que ce soit dans le cas d'une banque française qui accorde un crédit à un client non-résident, ou d'une banque étrangère qui prête à un de ses clients non-résident par conséquence soit à un client français. Les deux types de garanties se répartissent entre les garanties conventionnelles et les garanties personnelles.

Certaines doctrines préconisent également l'application de la loi d'autonomie, qui permet de désigner une autre loi que celle du lieu de situation des biens donnés en garantie. On se réserve d'appliquer ce principe pour ne pas nuire à l'efficacité de la sûreté.

Les Sûretés Conventionnelles

Dans le cadre des sûretés conventionnelles il faut s'assurer d'une bonne articulation entre la *lex contractus* et la *lex rei sitae*.

La *lex constractus* va régir la validité du contrat, ainsi que les questions contractuelles, le consentement, les obligations personnelles du débiteur et les effets.

Tandis que la *lex rei sitae*, va régir un caractère spécial de la garantie et qui va déterminer si la garantie est licite au regard du droit applicable, le formalisme applicable, le contenu qui déterminera les prérogatives du créancier, son opposabilité et son rang. Cette loi déterminera quelle sûreté pourra et sera prise sur un bien situé sur son sol.

Le notaire doit être attentif à la *lex rei sitae*, puisqu'il sera dépositaire du contrat et seul compétent pour prendre les inscriptions hypothécaires auprès du service de la publicité foncière.

Il faut rappeler le décret du 4 janvier 1955 qui dispose que « Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions rendues par les juridictions étrangères ne peuvent être publiés ou constituer le titre d'une inscription de privilège ou d'hypothèque que s'ils ont été légalisés par un fonctionnaire qualifié du ministère français des Affaires étrangères et déposés au rang d'un notaire français ou s'ils ont été rendus exécutoires en France ». Et donc il faut faire attention que les actes de prêt rédigés en langue étrangère doivent être accompagnés de la traduction française et le tout certifié auprès du Ministère des affaires étrangères.

Enfin le notaire ne sera pas concerné directement mais il ne faut pas omettre la *lex concursus* qui elle régira les conséquences de l'insolvabilité du débiteur. Cette loi sera celle applicable à la procédure d'insolvabilité.

A/ Les hypothèques conventionnelles

L'article 2417 du Code civil dispose : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités » combiné avec l'article 2426 qui dispose : « Sont inscrits au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens : 1° Les privilèges sur les immeubles, sous réserve des seules exceptions visées à l'article 2378 ; 2° Les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles. L'inscription qui n'est jamais faite d'office par ce service, ne peut avoir lieu que pour une somme et sur des immeubles déterminés, dans les conditions fixées par l'article 2428. En toute hypothèse, les immeubles sur lesquels l'inscription

est requise doivent être individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés, à l'exclusion de toute désignation générale, même limitée à une circonscription territoriale donnée », nous permet de poser les bases de l'application et des limites à ne pas dépasser.

Il en résulte que le contrat d'hypothèque ne peut être passé hors la France, même devant un notaire étranger, donc les contrats passés à l'étranger seront inefficaces et seulement quant à la convention créant l'hypothèque et ne s'applique pas aux bateaux et aéronefs français, en outre la procuration restera valable si elle est reçue par un notaire étranger. Mais également à retenir qu'une sûreté constituée à l'étranger aux termes d'un contrat conclu à l'étranger et donnant vocation sur un immeuble en France ne sera reconnue que si le type de sûreté est reconnu par le droit français, lieu de situation de l'immeuble. Les règles de validité seront celles de la loi française. Il en est de même si un prêt en France donnant vocation à une garantie portant sur un bien à l'étranger, la loi de situation du bien sera applicable sur cette sûreté.

À titre d'exemple le privilège de prêteur de deniers, qui est une sûreté typiquement française, et que nous développerons ci-dessous.

Il n'en demeure pas moins que le notaire rédacteur doit s'assurer auprès d'un juriste sur place et par un certificat de coutume que la sûreté requise n'est pas en contradiction avec la loi de situation de l'immeuble donnant en garantie.

S'agissant des conditions de forme de l'hypothèque, l'article 11 de la Convention de Rome I énonce clairement que la loi de situation de l'immeuble est celle applicable et ceci quel que soit le lieu de conclusion du contrat ou les obligations des parties. Il est impossible donc d'y déroger par une volonté contraire dans le contrat.

Il faut rappeler que les actes authentiques sont définis par les dispositions du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 et l'article 1369 du Code civil et par la jurisprudence européenne dite Unibank.

En résumé il résulte qu'un acte authentique est celui qui est instrumenté, dressé, vérifié et conservé par un notaire, autorité publique. Il faut également distinguer les pays qui reconnaissent le droit latin et les autres pays.

Donc une procuration authentique reçue par un officier d'un pays latin n'aura pas de difficulté à être qualifié d'authentique en France. Ceci résulte de la théorie de l'équivalence qui permet d'en tirer toutes les conséquences au regard de la force probante, sans se référer à une loi quelconque.

Cette procuration sera établie en français et en langue étrangère, le notaire étranger authentifie son acte sur le modèle transmis par le notaire français, et en respectant la solennité requise et enfin cette procuration doit être légalisée auprès des services consulaires soit apostillée et parfois dispensée de toute formalité selon le pays en question.

Et le cas d'une procuration reçue dans un pays du Commenwealth ou les pays du Nord de l'Europe, soulève des problèmes puisque le notariat latin n'est pas connu.

Les conditions de solennité ne sont pas respectées. Mais il résulte de la Jurisprudence Unibank du 14 avril 2016 ainsi que des règlements Européens que les qualités de l'autorité locale, les règles de solennité doivent porter sur tous les éléments inhérents à l'acte authentique.

La lecture de l'acte par le notaire local, ne parlant pas le français pour expliquer l'acte et ses conséquences seront les éléments à en tenir compte pour vous permettre de qualifier l'acte d'authentique ou pas. Le fait que ce dernier soit apostillé ou légalisé ne lui permet pas d'être qualifié d'authentique.

Donc la procuration authentique indispensable pour l'établissement de l'acte authentique auprès d'un notaire français est à considérer d'une façon très particulière. Cette nécessité de l'authenticité de la procuration sera dictée par la *lex rei sitae*.

La procuration donnée à l'étranger en vue de la constitution d'une hypothèque qui referme le consentement du débiteur devra satisfaire aux dispositions de l'article 4 du décret du 4 janvier 1955.

Donc la réponse à la question si les organismes bancaires personnes morales doivent établir des procurations authentiques dans le cadre de la délégation de leur pouvoir, la réponse est négative. Mais il n'en demeure que tout acte sous seings privés pour qu'il soit opposable en France devra être soumis à la légalisation ou l'apostille ou rien si le pays d'origine le dispense. Ceci résulte de l'article 1844-2 du Code civil, qui dispose que les pouvoirs pour constituer hypothèque sur des biens d'une société pourront être valablement établis en vertu de délibérations ou délégations sous signatures privés.

À noter également une réponse ministérielle qui est venue préciser les critères exigés d'un acte étranger, pour qu'il soit considéré comme équivalent à un acte authentique : « l'authenticité doit porter sur le contenu de l'acte et non pas seulement sur sa signature et cet acte doit être exécutoire par lui-même dans l'État dans lequel il a été établi, ces deux dernières conditions étant cumulatives. Il n'en va pas ainsi dans les États où l'acte est seulement certifié par un juriste non délégataire de la puissance publique, cet acte ne pouvant recevoir en droit français la qualification d'acte authentique » (Rép. min. nº 56929 : JOAN 5 juill. 2005, p. 6681).

Pour résumer, il existe deux conditions cumulatives à respecter pour qu'un notaire puisse considérer une procuration reçue à l'étranger comme authentique en France à savoir :

– Une condition formelle : la procuration doit être reçue par un professionnel délégataire de la puissance publique, habilité à authentifier la signature des personnes qu'il reçoit ;

– et une condition juridique : le professionnel doit par ailleurs informer les signataires sur les conséquences de l'acte qu'il signe.

À titre pratique une convention de coopération entre le Conseil Supérieur du Notariat français et la chambre des notaires du Québec a ainsi été régularisée le 3 février 2016.

Cette convention prévoit qu'un notaire français peut requérir un notaire québécois de recevoir une procuration authentique en vue d'un acte à recevoir en France. Le notaire français est en charge de rédiger le projet de procuration auquel sera annexée une attestation selon laquelle il engage seul sa responsabilité sur le contenu de la procuration ainsi que sur l'acte qui doit être conclu au moyen de celle-ci, et a exercé pleinement son devoir de conseil impartial à l'égard de l'ensemble des parties.

Le rôle du notaire québécois se limite dès lors à contrôler l'identité et la capacité du ou des signataires.

Dans cette hypothèse, le notaire français devra donc se préconstituer la preuve du conseil fourni au mandant. Il devra également contrôler la qualité du notaire québécois en consultant le tableau de l'Ordre des notaires québécois.

Donc l'hypothèque, droit réel immobilier de nature soit conventionnelle soit judiciaire est soumise à la loi de situation de l'immeuble.

Il faut rappeler que depuis le 1er janvier 2005 les attributions notariales ont été supprimées au Consulat dans l'Union Européenne, l'AELE, Andorre, Monaco, La Suisse et le Saint Siège et par conséquence les agents diplomatiques ne peuvent plus instrumenter comme un notaire.

Il n'en reste pas moins qu'il faut vérifier les conventions consulaires qui accordent des pouvoirs au consuls français assez spécifiques comme par exemple la convention franco-espagnole du 6 janvier 1862 et franco-grecque du 7 janvier 1875 etc, de dresser des actes constitutifs d'hypothèques sur des immeubles situés en France. D'autres conventions sont plus rigoureuses quant à la force exécutoire des procurations qui doit être similaire à l'acte lui-même.

En résumé il est toujours recommandé au notaire de vérifier les conventions avant de se décider à appliquer les dispositions et contrats et prendre des garanties que le créancier et débiteur lui soumettront.

Enfin si l'emprunt est libellé en monnaie étrangère hors euros, il faut prévoir dans le contrat une clause de garantie de change qui permettrait de garantir l'équivalent de la créance libellé en monnaie étrangère.

À retenir également que selon certains auteurs et concernant l'acte authentique étranger, lorsque les effets de l'acte ne relèvent pas de sa force exécutoire, il conviendrait de parler de sa validité plutôt que de sa reconnaissance, pour la raison que l'acte authentique n'emporte pas les effets d'une décision de justice.

Je vous signale qu'au niveau de la publicité foncière, lesdits services n'étant pas juges au fond du droit, sont autorisés à accepter l'inscription d'une hypothèque conventionnelle prise en vertu d'un acte étranger ayant fait l'objet d'un dépôt pour minute auprès d'un notaire français, développé ci-après.

B/ Le privilège de prêteur de deniers

Dans la marge mais pas des moindres, la subrogation dans le privilège du vendeur, très méconnue mais qui peut avoir son importance lorsque le privilège de prêteur de deniers ne peut pas se voir accordé, il peut paraître judicieux de conseiller cette subrogation.

L'avantage de cette subrogation réside dans le rang qu'elle prendra quant à la date de l'acte et non de son inscription.

L'article 2374, 2° du Code civil dispose : « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :... 2° Même en l'absence de subrogation, ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés ».

Le privilège de prêteur de deniers est une garantie typiquement française.

Il existe en dehors de la France uniquement au Luxembourg et à Monaco et enfin à l'Île Maurice.

Donc on peut résumer que le privilège de prêteur de deniers ne pourra exister que s'il est connu à la fois de loi de situation de l'immeuble et de la loi de la créance garantie.

Aucun dépeçage du contrat n'est à conseiller puisqu'il aboutira à soumettre le contrat à plusieurs lois et les garanties à d'autres ce qui pourrait rendre l'exécution très compliquée et soumettre le créancier souvent dans une position de faiblesse que le notaire n'assumera certainement pas.

Quant à la publication au service de la publicité foncière le cas où un notaire étranger connaissant le privilège de prêteur de deniers reçoit un acte donnant en sûreté un bien immobilier en France et la question qui se pose est-ce à dire que pour pouvoir conférer valablement et efficacement un privilège de prêteur de deniers, l'acte de prêt doit être reçu par un notaire exerçant en France ?

Dans l'hypothèse de l'inscription d'un privilège de prêteur de deniers sur un immeuble situé en France, en garantie d'un prêt constaté par un acte « notarié » anglais, l'ancienne Association des conservateurs des hypothèques avait considéré que l'inscription pouvait valablement être requise sur présentation d'un acte de dépôt en l'étude d'un notaire français du contrat de prêt soumis à la loi anglaise, revêtu ou non, selon les conventions applicables, de la légalisation ou de l'apostille (Bull. AMC 1990, art. 1442). La question prenait alors une particulière acuité puisque, à l'époque où elle fut posée, existait encore l'obligation de représentation du titre constitutif de la sûreté, qui figurait alors dans l'ancien article 2148 du Code civil. La solution apportée par l'AMC était alors justifiée par le rôle du conservateur des hypothèques, lequel n'est pas d'être le juge de la validité ou de l'efficacité des inscriptions qu'il lui est demandé d'opérer, de sorte qu'il lui incombe uniquement de se borner à s'assurer de l'existence apparente du droit hypothécaire.

L'obligation de représentation du titre a depuis été supprimée. Toutefois, cette suppression apparaît sans incidence sur la solution dégagée par l'ancienne AMC, compte-tenu de sa motivation. La solution paraît donc pouvoir être encore mise en œuvre par les actuels services de la publicité foncière.

Cependant, cette solution ne vaut que pour l'inscription et le rôle à tenir par le service de la publicité foncière. Elle n'est pas applicable au notaire et au droit hypothécaire qu'est le privilège en lui-même.

Ce dernier devra donc vérifier que le contrat de prêt renvoie expressément aux dispositions françaises régissant le privilège du prêteur de deniers.

C/ Le cautionnement

Le cautionnement est régi par loi d'autonomie librement choisie par les parties au contrat et n'est régi par aucune disposition spéciale en droit international privé. En outre et si le contrat est silencieux sur la loi applicable, la Convention de Rome I présume que les liens les plus étroits sont avec la caution et par conséquent la loi de sa résidence ou de son siège social sera applicable.

Dans l'hypothèse où la caution réside à l'étranger, les lois de police française doivent être respectées et plus spécialement les articles L. 313-7 et L. 313-8 du Code

de la consommation portant sur la mention manuscrite de reconnaissance de l'engagement de la caution.

Comme indiqué plus haut la loi Scrivener du 10 janvier 1978 et toutes ses dispositions seront considérées comme des lois de police française et s'appliqueront dans le cadre d'une caution. À titre d'exemple la possibilité de neutraliser un cautionnement démesuré, ou même la possibilité pour la caution de protéger au minima ses ressources au titre de l'article 2301 du Code civil.

En cas de pluralité de cautions pour une même obligation, dont les engagements pourront être soumis à des lois différentes, l'article 16 du Règlement prévoit la détermination de la loi applicable au recours entre les cautions elles-mêmes.

D/ Les mainlevées

En matière de radiation, il n'existe pas de disposition analogue à celle de l'article 2417 du Code civil concernant les inscriptions.

Par application de la règle *locus regit actum*, les actes de mainlevée passés à l'étranger sont valables en France à condition d'être légalisés, déposés au rang des minutes d'un notaire français et accompagnés, s'ils sont rédigés en langue étrangère, d'une traduction en français certifiée par un fonctionnaire qualifié du ministère des Relations extérieures ou par un interprète habituellement commis par les tribunaux, selon les règles de droit commun.

Les expéditions déposées par les notaires français des actes passés à l'étranger devant les autorités du pays considéré doivent porter les mentions exigées par les articles 5 à 7 du décret du 4 janvier 1955 lorsque ces mentions ne figurent pas dans les actes eux-mêmes.

Le fonctionnaire qui légalise l'acte passé à l'étranger n'a pas à certifier la régularité de cet acte, car cette attestation n'entre pas dans ses attributions.

Cette régularité doit être établie par un certificat de coutume qui doit attester, pour les personnes physiques, la nature et les effets des dispositions étrangères concernant leur capacité à donner mainlevée et, pour les personnes morales, la validité de leur constitution et les pouvoirs du comparant.

Les certificats de coutume par principe sont délivrés, à Paris, par des jurisconsultes étrangers accrédités auprès des consulats étrangers et, à l'étranger, par les fonctionnaires ou autorités du pays concerné, parmi lesquels il faut ranger les notaires. La signature des jurisconsultes étrangers est légalisée par les consuls étrangers auprès desquels ils sont accrédités, et celle des autorités et fonctionnaires étrangers par les agents diplomatiques ou consulaires résidant à Paris, lesquels attestent, en outre, que l'auteur du certificat avait qualité pour le délivrer et que foi est due à son contenu.

Par exemple une société dont le siège est à Vaduz (Liechtenstein) consent à la radiation d'une inscription prise à son profit sur un immeuble situé en France. Elle se fait représenter devant le notaire français par un mandataire muni d'un pouvoir sous seing privé délivré à Vaduz par le gérant de la société. Il n'y a pas à exiger d'apostille par application de la convention de La Haye. Par contre, le conservateur est en droit de s'assurer, en demandant la production d'un certificat de coutume, que la législation locale autorise les représentants des sociétés à renoncer aux sûretés réelles en vertu d'un pouvoir sous seing privé (Bull. AMC 1988, art. 1400).

D'autre part et sous réserve de la modification des compétences des agents consulaires, les actes de mainlevée dressés par des chanceliers de consulats français étant authentiques, les expéditions de ces actes, délivrées par lesdits chanceliers ou le ministère français des Relations extérieures, peuvent servir de titre à une radiation sans formalité préalable (cf., pour la publication en général de telles expéditions. Circ. Enr., 30 mars 1956 : *JCP* N 1956, IV, 2275).

En outre les règles qui précèdent doivent, pour certains pays étrangers, être combinées avec les dispositions des conventions diplomatiques conclues par les gouvernements de ces pays avec la France.

Ainsi, dans le cas où, pour consentir devant un notaire français à la radiation d'une inscription prise à son profit sur un immeuble situé en France, une société de nationalité belge s'est fait représenter par un mandataire muni d'un pouvoir établi par un notaire belge, le service n'est pas en droit d'exiger que ce pouvoir soit revêtu d'une apostille (Bull. AMC 1991, art. 1487).

E/ Le Titre exécutoire Européen

Selon d'éminents auteurs le droit communautaire organise aujourd'hui l'exécution des décisions judiciaires et des actes authentiques et est organisée selon 3 schémas :

– Tout d'abord, l'acte ou le jugement peut être soumis à une procédure d'exequatur classique – qui se déroule donc devant le tribunal de grande instance et a pour objet de vérifier la régularité internationale de l'acte ou du jugement au regard de plusieurs critères dégagés par la jurisprudence interne (compétence du tribunal étranger, régularité de la procédure suivie, compétence de la loi étrangère, conformité à l'ordre public, absence de fraude à la loi). Tel est le cas du règlement « Bruxelles II *bis* ».

– Ensuite, l'acte ou le jugement peut être soumis à une procédure d'exequatur simplifiée. S'agissant des actes, la procédure se déroule alors devant le président de la chambre des notaires et le contrôle ne porte que sur un seul critère : conformité à l'ordre public. C'est le dispositif prévu par le règlement « Bruxelles I ».

– Et, enfin, l'acte peut être purement et simplement dispensé d'exequatur, son exécution étant alors de plein droit. S'agissant des actes, selon une première modalité, le président de la chambre des notaires ne contrôle absolument plus la régularité au fond de l'acte, mais uniquement son caractère exécutoire. C'est ce que consacrent le règlement TEE ou le règlement Succession. Dans une version plus extrême encore, il n'existe plus aucun contrôle. C'est la solution du règlement « Bruxelles I *bis* ».

En ce qui concerne les actes authentiques, les dispositifs communautaires, quels qu'ils soient, apparaissent incompatibles avec celui prévu par l'article 710-1 du Code civil. En vertu de la primauté du droit communautaire dérivé sur la loi (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, Jacques Vabre : *Bull. civ.* 1975, ch. mixte, n° 4, p. 6) et de l'effet direct des règlements européens (TFUE, art. 288), l'incompatibilité doit se résoudre en faveur des règlements européens : l'obligation de la réception d'un acte étranger par l'établissement d'un acte notarié français devrait donc être écartée. Par exemple, l'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire en vertu d'un acte authentique émanant d'un État membre de l'Union européenne pourra être valablement prise sans qu'il soit besoin de recourir au ministère d'un notaire exerçant en France – l'inscription devra toutefois être effectuée en respectant les prescriptions

de droit interne, notamment celles des décrets de 1955, les règlements réservant expressément leur application.

Le droit communautaire prévoit une reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires. En revanche, il n'envisage pas celle des actes authentiques (exception faite des règlements « Bruxelles II *bis* », règlement « Aliments » et règlement « Succession »). Pourtant, les dispositions de droit interne, essentiellement l'article 509-3 du Code de procédure civile, censées être prises aux fins d'application de ces règlements, évoquent expressément cette reconnaissance. C'est la raison pour laquelle l'ancienne Association des conservateurs des hypothèques estimait que la publication d'un acte émanant d'un État membre, en dispense d'une réitération par-devant un notaire français, était permise dès lors que la procédure prévue par le règlement applicable était respectée (Bull. AMC 2010-2011, art. 1956). D'un point de vue pratique, il semble qu'il faille alors opérer la distinction suivante :

– l'acte authentique passé dans un État membre est accompagné du certificat délivré par le président en vertu de l'article 509-3 du Code de procédure civile ; il doit alors être admis à la publication, en dispense d'une réitération par-devant un notaire français ;

– l'acte authentique passé dans un État membre n'est pas accompagné d'un tel certificat ; il doit alors être réitéré en la forme d'un acte notarié français.

Le droit communautaire dispense les actes et jugements de toute légalisation ou autre formalité analogue (apostille) et ceci en application de la convention de Bruxelles du 25 mai 1987, où tous les actes publics émanant d'un État contractant sont dispensés de toute légalisation. La convention s'applique à la Belgique, au Danemark (sauf au Groenland et dans les îles Féroé), à l'Estonie, la France, l'Italie, l'Irlande et la Lettonie – plus précisément, la convention n'est pas entrée en vigueur mais bénéficie d'une application provisoire (http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/Tableau6CONV_ComEU1987_cle03cea2-1.pdf).

La plupart des règlements européens prévoient également une telle dispense.

Il est à noter que les actes authentiques ont subi la même évolution que les décisions judiciaires. Initialement, les actes authentiques n'étaient exécutoires qu'après le respect d'une procédure d'exequatur simplifiée : une requête était présentée par le créancier au président de la chambre des notaires, avec production d'une expédition, certifiée authentique, et un certificat attestant de son caractère exécutoire. Le président de chambre, après vérification formelle des documents requis, s'il acceptait la requête, déclarait la constatation de la force exécutoire de l'acte et notifiait cette déclaration au débiteur. Si le président de chambre rejetait la requête, son refus était soumis au président du tribunal de grande instance dans le cadre d'une procédure contradictoire (Règl. Bruxelles I, art. 57 ; CPC, art. 509-3).

Désormais, les actes authentiques qui sont exécutoires dans l'État d'origine sont exécutoires dans les autres États membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire ne soit nécessaire. Le règlement Bruxelles I *bis* a donc supprimé toute procédure d'exequatur (Règl. Bruxelles I *bis*, art. 58). Comme en matière de jugement, l'exécution est toutefois subordonnée à l'accomplissement de formalités administratives identiques (ibid.). Pourtant, l'article 509-3, troisième alinéa, dans sa rédaction issue du décret n° 2015-1395 du 2 novembre 2015, prévoit expressément, en visant ce même règlement, la certification par le président de chambre du caractère authentique et exécutoire de l'acte.

Aucune formalité de légalisation ni formalité analogue (apostille) n'est exigée (Règl. Bruxelles I, art. 56 ; Règl. Bruxelles I *bis*, art. 61).

L'ancienne Association des conservateurs des hypothèques avait commenté le dispositif du règlement Bruxelles I (Bull. AMC 2007-2008, art. 1910). Elle avait estimé que le conservateur des hypothèques (l'actuel service de la publicité foncière) pouvait procéder à la publication de la décision judiciaire ou de l'acte authentique sur présentation de ce document accompagné du certificat constatant la force exécutoire, établi en France soit par le greffier en chef du tribunal de grande instance pour les décisions judiciaires, soit par le président de la chambre des notaires pour les actes authentiques. En cas de besoin, une traduction en français de ces documents, certifiée conforme par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États membres, serait produite. Dans le cadre de l'actuel règlement Bruxelles I *bis*, le service de la publicité foncière devrait être en mesure de procéder à une publication ou à une inscription hypothécaire dans les mêmes conditions (arg. C. civ., art. 509-2 et 509-3).

Il en résulte que le règlement nº 805/2004 a pour objet de créer un titre exécutoire européen pour les créances incontestées en fixant des normes minimales, afin d'assurer la libre circulation des décisions, des transactions judiciaires et des actes authentiques dans tous les États membres, en supprimant l'exequatur.

Ce règlement du parlement européen du 21 avril 2004 s'applique en matière civile et commerciale, quelle que soit la nature de la juridiction.

Une créance est "incontestée" lorsque le débiteur l'a expressément reconnue en l'acceptant ou en recourant à une transaction qui a été approuvée par une juridiction ou conclue devant une juridiction au cours d'une procédure judiciaire, ou notamment l'a reconnue dans un acte authentique (art. 3, 1, d). Une créance constatée dans un acte notarié français rentre tout à fait dans le champ d'application de ce règlement.

Un acte notarié français certifié comme Titre Exécutoire Européen dans l'État membre d'origine est reconnu et exécuté dans tous les autres États membres sans qu'il soit besoin d'une déclaration en constatant la force exécutoire.

À cette fin, le créancier doit fournir aux autorités chargées de l'exécution :

– une expédition de l'acte notarié réunissant les conditions nécessaires pour en établir l'authenticité ;

– une expédition du certificat de titre exécutoire européen, réunissant les conditions nécessaires pour en établir l'authenticité ;

– et, le cas échéant, une transcription du certificat de titre exécutoire européen, ou une traduction de celui-ci dans la langue officielle de l'État membre d'exécution ou dans une autre langue que l'État membre d'exécution aura déclaré pouvoir accepter.

La requête aux fins de certification est présentée au notaire ou à la personne morale titulaire de l'Office notarial, détenteur de la minute.

La requête aux fins de certification doit être présentée en France au notaire ou à la personne titulaire de l'Office Notarial conservant la minute de l'acte reçu (CPC, art. 509-3).

Le règlement prévoit lui-même le modèle de formulaire de certificat en annexe III pour les actes authentiques

Pour être exécutée, la décision judiciaire ou l'acte authentique doivent avoir été certifiés en tant que titre exécutoire européen. La certification est opérée :

– par la juridiction d'origine pour ce qui concerne les jugements (art. 6-1) ;

– par la juridiction par laquelle elles ont été approuvées ou devant lesquelles elles ont été conclues pour ce qui concerne les transactions judiciaires (art. 24-1) ;

– par l'autorité désignée par chaque État membre d'origine pour ce qui concerne les actes authentiques (art. 25-1).

Les modèles de certificat de titre exécutoire européen prévus par le règlement pour les décisions judiciaires, les actes authentiques et les transactions judiciaires figurent en annexes IV, V et VI.

Par ailleurs, le décret nº 2010-433 du 29 avril 2010 (*JO* 2 mai) a rendu immédiatement applicable la disposition de l'article 509-3 du Code de procédure civile donnant compétence aux notaires pour certifier les actes qu'ils reçoivent, afin de permettre leur exécution selon les modalités prévues par le règlement précité du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances.

Ci-dessous un modèle de certificat de titre exécutoire européen :

1. État membre d'origine: AT ☐ BE ☐ DE ☐ FI ☐ ES ☐ FI ☐ FR ☐
IE ☐ IT ☐ LU ☐ NL ☐ PT ☐ SE ☐ UK ☐

2. Autorité/juridiction qui a émis le certificat

2.1. Nom:

2.2. Adresse:

2.3. Tél./Télécopie/Courrier électronique:

3. Si différente, autorité/juridiction qui a dressé ou enregistré l'acte authentique

3.1. Nom:

3.2. Adresse:

3.3. Tél./Télécopie/Courrier électronique:

4. Acte authentique

4.1. Date:

4.2. Numéro de référence:

4.3. Parties

4.3.1. Nom et adresse du(des) créanciers:

4.3.2. Nom et adresse du(des) débiteurs:

5. Créance monétaire telle que certifiée

5.1. Montant du principal:

5.1.1. Devise Euro ☐
Couronne suédoise ☐
Livre sterling ☐
Autre (préciser) ☐

5.1.2. Si le paiement de la créance est échelonné

5.1.2.1. Montant de chaque versement:

5.1.2.2. Date d'échéance du premier versement:

5.1.2.3. Périodicité des versements ultérieurs
hebdomadaire ☐ mensuelle ☐ autre (préciser) ☐

5.1.2.4. Durée de la créance

5.1.2.4.1. Actuellement indéterminée ☐ ou

5.1.2.4.2. Date d'échéance du dernier versement

5.2. Intérêts

5.2.1. Taux d'intérêt

5.2.1.1. ... % ou

5.2.1.2. ... % au-dessus du taux de base de la BCE (1)

5.2.1.3. Autre (préciser)

5.2.2. Intérêts devant être perçus à compter du:

5.3. Montant des frais remboursables si l'acte authentique le précise:

6. L'acte authentique est exécutoire dans l'État membre d'origine ☐

Fait à ....., le .....

.....
Signature et/ou cachet

(1) Taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses principales opérations de refinancement.

L'ancienne Association des conservateurs des hypothèques avait commenté le dispositif du règlement TEE (Bull. AMC 2007-2008, art. 1910). Selon elle, le domaine d'application du règlement du 21 avril 2004 ne concernait que les inscriptions. La certification en tant que titre exécutoire européen d'un titre relevant du champ du règlement et émanant d'un État membre permet la reconnaissance de ce titre et son exécution sans qu'une déclaration de force exécutoire soit nécessaire dans l'État membre d'exécution, c'est-à-dire, pour ce qui concerne l'inscription des privilèges, hypothèques et sûretés judiciaires, sans mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle en France.

Mais les procédures d'exécution continuent d'être régies par la loi française.

Dès lors, ces hypothèques judiciaires (C. civ., art. 2412, ou L. nº 91-650, 31 juill. 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution) pourront être prises dans les mêmes conditions que lorsque la décision judiciaire a été rendue ou l'acte authentique reçu en France.

Le service de la publicité foncière n'étant pas juge du fond, et en dépit des dispositions de l'article 2417 du Code civil, il en va de même pour les inscriptions de privilège ou d'hypothèque conventionnelle requises en vertu d'actes authentiques étrangers certifiés en tant que titres exécutoires européens.

Bien entendu, les inscriptions dont il s'agit devront être opérées dans les conditions fixées par le premier alinéa de l'article 2428 du Code civil. Le bordereau d'inscription devra notamment comporter, sous peine de rejet, avec l'indication de la nature et de la date du titre donnant naissance à la sûreté ou du titre générateur de la créance, celle du certificat du titre exécutoire européen ainsi que sa date.

Toutefois, pour l'inscription des hypothèques et sûretés judiciaires, le créancier, conformément aux prescriptions de l'article 2428 précité présentera, avec le titre, l'original ou une expédition du certificat du titre exécutoire européen.

Il est précisé que dans tous les cas, n'ayant pas à se faire juge de la validité de l'hypothèque ou du privilège dont l'inscription est requise, le service de la publicité foncière ne saurait porter une appréciation sur le caractère incontesté ou non de la créance.

En cas de besoin, une traduction du titre et du certificat en français sera jointe, la traduction étant certifiée conforme par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États membres.

Une certaine doctrine estime par ailleurs que le règlement peut également permettre les publications. Il est permis d'en douter : d'une part, le règlement TEE ne prévoit pas la reconnaissance des actes authentiques ; d'autre part, l'article 509-3 du Code de procédure civile ne prévoit pas en la matière la certification du président de la chambre des notaires.

F/ La Lutte contre le blanchiment de capitaux

L'ordonnance du 30 janvier 2009 (*JO* 31 janvier 2009) et le décret nº 2010-9 du 6 janvier 2010 (*JO* 8 janvier 2010) relatifs à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, a transposé en droit interne la directive 2005/70/CE du 1er août 2006, 3e texte anti-blanchiment, et a opéré une refonte globale du dispositif et une réécriture du Code monétaire et financier (C. monét. fin., art. L. 561-1 et s.).

Le Notaire est soumis à une obligation de vigilance (C. monét. fin., art. L. 561-5) qui consiste à vérifier l'identité des parties, personnes physiques ou morales, la justification des pouvoirs de tout mandataire, l'identification du bénéficiaire de l'opération, et la mise en place de procédures internes à l'office. L'ordonnance de 2009 a introduit un critère de proportionnalité entre le risque de blanchiment de capitaux que présente la transaction, et le degré de vigilance dont le praticien doit faire preuve (ex : risque faible, V. C. monét. fin, art. L. 561-9.

Le Notaire participe à la lutte contre le blanchiment de capitaux et est soumis à une obligation de déclaration de soupçon de blanchiment de capitaux issus d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an (C. monét. fin., art. L. 561-15, I) .

Le praticien doit déclarer toutes les opérations douteuses dont les capitaux semblent provenir d'un crime ou d'un délit pour lequel son auteur encourt au moins un an d'emprisonnement.

Cette déclaration de soupçon n'est imposée que pour certaines opérations de blanchiment de capitaux issus de la fraude fiscale (V. D. nº 2009-874, 16 juill. 2009 : *JO* 18 juill. 2009, p. 22). Par exemple, le notaire sera particulièrement vigilant à l'égard de transactions immobilières à un prix manifestement sous-évalué, le recours à l'interposition de personnes physiques ou morales (sociétés-écrans), le recours à des transferts de fonds ou des comptes détenus à l'étranger.

L'obligation de déclarer incombe au seul notaire qui signe l'acte (C. monét. fin., art. R. 562-1). Le service à contacter est TRACFIN. L'article L. 561-25 du Code monétaire et financier oblige le Notaire, lorsqu'il a émis une déclaration de soupçon, à attendre l'expiration du délai accordé à TRACFIN pour s'opposer à l'exécution de l'opération. Les agents ont une journée à compter de la réception de la déclaration de soupçon pour s'opposer à la réalisation de la transaction.

Le non-respect de ces obligations peut être lourd de conséquences pour le notaire : le praticien qui néglige le devoir de vigilance sera sanctionné et pourra être mis en cause personnellement comme complice. En revanche, il n'encourt aucune sanction pénale ou disciplinaire pour violation du secret professionnel.

Il est à noter qu'au notaire aussi de vérifier si les fonds ayant permis de rembourser un crédit souscrit en France ou à l'étranger ne proviennent pas de fonds suspects et par conséquent en cas de soupçon les démarches auprès de TRACFIN doivent être entreprises. En cas d'omission le notaire subira les mêmes sanctions que celles ci-dessus décrites.

§ III – *QUELQUES RÉFLEXES DE FORMALITÉS LÉGALISATION, APOSTILLE, DÉPÔT AU RANG DES MINUTES*

Cette partie est indépendante et ne constitue qu'un rappel pratique au praticien notaire dans le cadre des actes qu'il peut recevoir ou déposer au rang de ses minutes.

D'abord à définir la légalisation :

Qu'est-ce que la légalisation ?

La légalisation est la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu (cf. article 2 du décret nº 2007-1205 du 10 août 2007).

La légalisation ne correspond donc pas à une validation du contenu de l'acte mais à une simple vérification de la véracité de la signature.

Le recours à la légalisation reste fréquent dans de nombreux pays et pour certains types de documents. Toutefois, certains pays ont signé des conventions internationales qui dispensent de légalisation certains documents qui leur sont soumis, ou qui instituent l'apostille comme procédure de substitution à la légalisation.

L'apostille relève de la compétence du Ministère de la Justice et sa délivrance dépend du service apostille de la cour d'appel compétente, dans la juridiction où a été établi le document.

Pour connaître le régime auquel est soumis le document que vous présentez, vous pouvez consulter le tableau récapitulatif de l'état actuel du droit conventionnel en matière de légalisation (https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/leg_-_tableau_recapitulatif_droit_conventionnel_-_14-05-19_cle8c5df7.pdf), après avoir vérifié la nature du document, l'État émetteur et le pays de destination.

Il faut distinguer 2 catégories, à savoir d'abord les actes ou décisions non rendus exécutoires en France et ensuite les actes ou décisions judiciaires rendus exécutoires en France.

1º – Actes ou décisions non rendus exécutoires en France

En ce qui concerne les actes étrangers non exécutoires en France, ils doivent être réitérés par le ministère d'un notaire exerçant en France, conformément aux dispositions de l'article 710-1 du Code civil. Pour les décisions judiciaires étrangères, l'ensemble des 4 conditions énumérées ci-dessous doit être rempli.

1 – La première condition pour que des jugements étrangers puissent être publiés en France est qu'ils aient été légalisés par un fonctionnaire qualifié du ministère français des Affaires étrangères (sur les modalités de la légalisation, V. D. nº 2007-1205, 10 août 2007 : *JO* 12 août). La légalisation de signature est régie en France par le décret nº 2007-1205 du 10 août 2007. L'article 2 du décret la définit comme la formalité propre à attester de l'exactitude de la signature apposée sur un acte authentique ou sous seing privé et s'il s'agit d'un acte public, de la qualité de ceux qui l'ont reçu ou expédié. La légalisation consiste donc en la simple vérification matérielle d'une signature, qui ne vaut donc pas comme authentification de celle-ci. La légalisation des actes publics est faite par le ministère des Affaires étrangères.

En fait, la légalisation sera effectuée par le consul français dans la circonscription duquel l'acte a été reçu ou expédié. Il n'y a plus lieu à légalisation de la signature des consuls par le ministère des Affaires étrangère.

La procédure de la légalisation est toujours en vigueur entre les pays non signataires de la convention de La Haye, de la convention de Bruxelles ou d'un accord plus favorable.

Les actes établis dans un territoire d'Outre-Mer destinés à être produits dans un autre territoire d'Outre-Mer, en France métropolitaine ou dans un département d'Outre-Mer, doivent être légalisés par le gouverneur ou son délégué, appelé Haut-commissaire en Polynésie et en Nouvelle-Calédonie, et administrateur dans les îles de Saint-Pierre-et-Miquelon.

L'apostille est présentée comme une forme simplifiée de la légalisation. Elle atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi, le cas échéant l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu (Conv. 5 octobre 1961, art. 3). En France métropolitaine, d'Outre-Mer et dans la collectivité de Nouméa, l'apostille est délivrée par le procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle le document a été établi. En pratique, chaque cour d'appel comprend un service dit « des apostilles ». Pour la collectivité de la Polynésie française, le procureur de la République de Papeete est compétent. La compétence est dévolue au président du tribunal supérieur d'appel de Saint-Pierre pour la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon et au juge du tribunal de première instance de Nouméa siégeant à Mata Utu pour les îles Wallis-et-Futuna.

La légalisation peut tout d'abord être remplacée par l'apostille. Une telle substitution est prévue par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. L'article 3, premier alinéa, du traité prévoit qu'entre les pays contractants, la formalité de la légalisation est remplacée par celle de l'apostille.

L'apostille peut également être supprimée. L'article 3, second alinéa, du même traité prévoit que si la législation du pays où l'acte est produit prévoit une dispense de toute légalisation ou si les pays contractants ont signé entre eux une convention bilatérale prévoyant une telle dispense, aucune apostille ne peut être non plus exigée.

Ainsi, selon les différents accords internationaux conclus entre la France et le pays destinataire du document, la procédure peut revêtir plusieurs formes. Ainsi le document pourra-t-il être :

– légalisé ;

– dispensé de légalisation et recevoir l'apostille au titre de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 ;

– dispensé de toute légalisation (légalisation *stricto sensu* et apostille).

Le ministère des affaires étrangères tient, sur son site Internet, un tableau récapitulant en fonction de chaque État la nécessité ou non de la légalisation ou de l'apostille
(http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/services-aux-citoyens/legalisation-et-notariat/legalisation-et-certification-de-signatures/article/la-legalisation-de-documents-publics-francais-destines-a-une-autorite-etrangere).

Les hypothèses de substitution par l'apostille ou de dispense de toute légalisation, à la suite de nombreuses conventions diplomatiques, avaient été prises en compte par l'ancienne Association des conservateurs des hypothèques (cf. Bull. AMC 1970, art. 828 ; *ibid.* 1972, art. 905 ; *ibid.* 1976, art. 1035 ; *ibid.* 1978, art. 1128 ; *ibid.*

1979, art. 1137 ; *ibid.* 1991, art. 1477, notamment). Les sections « Publicité foncière » de la DGFiP devraient vraisemblablement conserver la même approche.

2 – La deuxième condition posée par l'article 4 du décret du 4 janvier 1955 pour qu'une décision judiciaire à l'étranger puisse être publiée est **le dépôt au rang des minutes d'un notaire français**. Une reconnaissance d'écriture et de signature n'est pas nécessaire (Bull. AMC 1966, art. 645-l-C).

3 – La troisième condition pour qu'une décision judiciaire étrangère puisse être publiée s'applique lorsqu'elle est établie en langue étrangère. Elle doit alors être accompagnée d'une **traduction en français certifiée** soit par le fonctionnaire qui a procédé à la légalisation, soit par un interprète habituellement commis par les tribunaux.

4 – La quatrième condition pour qu'une une décision de justice étrangère puisse être publiée est que « les expéditions, copies, extraits ou bordereaux déposés pour être conservés au bureau des hypothèques **comportent toutes les mentions exigées par les articles 5 à 7 du décret du 4 janvier 1955** ».

Les règles particulières concernant l'identification des personnes nées à l'étranger et la certification de leur identité sont exposées au mot Guide de la publicité foncière, Fasc. 65, Certification d'identité.

2° Actes ou décisions judiciaires rendus exécutoires en France

Pour pouvoir être admis à la publicité foncière, les actes ou décisions judiciaires rendus exécutoires en France doivent alors seulement être traduits et être conformes aux règles de la publicité foncière. Les actes ou décisions judiciaires étrangers sont rendus exécutoires en France lorsqu'ils sont revêtus de l'exequatur.

Comment légaliser un document étranger à destination de la France ?

Lorsqu'un acte émis par une autorité étrangère doit être produit en France, il doit également respecter le circuit de la double légalisation : légalisation par l'autorité compétente sur place (en général le Ministère des Affaires étrangères), puis surlégalisation par la représentation diplomatique ou consulaire française dans le pays.

Lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé, le signataire devra au préalable faire certifier sa signature par une autorité publique du pays émetteur.

Si l'acte sous seing privé est destiné à être produit en France (ex : procurations, autorisations de voyage pour enfant mineur non accompagné, etc.) et que son signataire est français, résident et enregistré auprès des services consulaires français du pays émetteur ou représentant une entreprise ayant son siège en France, seule la certification matérielle de signature est requise. Le signataire doit être présent durant cette procédure et justifier de son identité.

N.B. Les documents établis par une autorité étrangère et destinés à être produits devant une autre autorité étrangère ne peuvent pas être légalisés par le Ministère de

l'Europe et des Affaires étrangères. Il en est de même pour les traductions de ces documents (y compris lorsqu'elles sont effectuées en France) et leurs copies certifiées conformes.

Les usagers concernés par ce type de légalisation devront donc se rapprocher de leurs ambassades respectives.

Comment légaliser une traduction ?

Lorsque la traduction d'un document doit être légalisée ou qu'elle accompagne un acte en langue étrangère présenté pour légalisation, elle doit respecter les modalités suivantes :

Être effectuée par un traducteur assermenté auprès d'une cour d'appel française, ou par un traducteur habilité par une représentation diplomatique ou consulaire française à l'étranger, à partir de l'original du document, lui-même devant être conforme à la légalisation ;

Le document d'origine et sa traduction doivent comporter le cachet et la signature du traducteur, ainsi que le même numéro de traduction (identique sur les deux documents).

La signature du traducteur doit être certifiée par une autorité publique française – si la traduction est à légaliser – selon le même processus que pour un acte sous seing privé : par une mairie française, un notaire français, une chambre de commerce et d'industrie française ou un poste consulaire français. En effet, la qualité de traducteur assermenté auprès d'une Cour d'Appel ou habilité par un chef de poste consulaire ne saurait être assimilée au statut de représentant de l'État.

À qui s'adresser ?

Toute demande de légalisation d'un acte français destiné à être produit à l'étranger doit être adressée au :

Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères Bureau des Légalisations, 57, boulevard des Invalides, 75007 PARIS, Métro : Duroc, Tél. : 01 53 69 38 28 – 01 53 69 38 29 (accueil téléphonique de 14 h à 16 h) Courriel : bureau.legalisation@diplomatie.gouv.fr (Réponse sous 24 h du lundi au vendredi)

Toute demande de légalisation d'un acte étranger destiné à être produit en France doit être effectuée auprès de l'Ambassade ou du Consulat français situé dans le pays émetteur du document.

Combien coûte une légalisation ?

En France :

Le tarif est de 10 euros par document légalisé, quel que soit le nombre de pages.

À l'étranger :

Coût 25 euros par document légalisé (ou 15 euros pour les Français inscrits au Registre des Français établis hors de France).

Quels documents peuvent être légalisés ?

*Actes administratifs

Établis par une administration publique française, seuls les orignaux comportant le sceau avec Marianne de l'autorité publique, le nom, la signature manuscrite et la qualité du responsable public.

Le cas échéant, la copie, certifiée conforme par une mairie (en précisant que c'est pour l'étranger) ou éventuellement par un notaire (avec sceau notarial obligatoire). Devront figurer sur la copie, le cachet de certification, le sceau avec Marianne de l'autorité publique, le nom, la signature manuscrite et la qualité du responsable qui certifie la copie.

*Actes de l'état-civil

Seuls les actes d'état-civil français de moins de trois mois délivrés par la mairie les ayant établis – ou par le Service Central de l'État Civil pour les actes établis par un consulat de France – et comportant le sceau officiel, la signature originale et les nom et qualité du signataire peuvent être légalisés / traduits.

Actes délivrés par des organismes européens et des organisations internationales

Ils doivent être légalisés dans le pays où les documents ont été établis.

Par conséquent, le Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères est compétent pour légaliser uniquement les documents délivrés par des organismes européens et des organisations internationales ayant conclu un accord de siège avec la France ou disposant d'une représentation en France.

*Actes judiciaires (jugements de divorce, etc.)

Seuls les originaux signés du Greffe peuvent être légalisés, ou uniquement les copies certifiées conformes par le Tribunal ayant établi ces actes.

*Actes notariés

En version originale signée du notaire ou uniquement les copies certifiées par l'office notarial ayant établi l'acte authentique.

NB : Le sceau notarial (modèle uniforme avec Marianne) en original doit être apposé dès lors qu'un notaire français intervient sur un document destiné à l'étranger (circulaire du Conseil Supérieur du Notariat n° 2007-7 du 12-12-2007, page 2 – paragraphe 1°).

*Actes sous seings privés (statuts, procurations, documents commerciaux etc.)

Les signatures doivent être originales et le nom, le prénom et la qualité du signataire doivent-être apposés en toutes lettres, à côté de la signature.

L'adresse complète de la société en France doit y figurer.

La signature du signataire doit ensuite être certifiée par une Mairie ou un notaire (sceau notarial obligatoire) en présence du signataire, ou par la chambre de commerce dans laquelle la société est enregistrée.

*Carte Nationale d'identité, passeport, livret de famille

Uniquement les copies certifiées conformes par une mairie (en précisant que c'est pour l'étranger) ou éventuellement par un notaire (avec sceau notarial obligatoire).

Devront figurer sur la copie : le cachet de certification, le sceau avec Marianne de l'autorité publique, le nom, la signature manuscrite et la qualité du responsable qui certifie la copie.

*Certificats médicaux

Originaux uniquement

Si émis par un cabinet privé (texte en français uniquement) :

– faire légaliser la signature du médecin en sa présence auprès d'une Mairie ou d'un notaire (sceau notarial obligatoire)

– ou demander le contreseing du Conseil National de l'Ordre des Médecins de Paris.

Les ordonnances médicales ne peuvent être visées par l'Ordre des Médecins que si elles sont incluses dans un certificat médical

Seuls peuvent être légalisés les originaux de résultats de laboratoires d'analyses.

Faire légaliser la signature du pharmacien en sa présence auprès d'une Mairie ou d'un notaire (sceau notarial obligatoire), ou demander le contreseing de l'Ordre National des Pharmaciens

*Certificats de nationalité française

Seuls les certificats de nationalité française (CNF) originaux (art. 31-2 du Code civil) ou leur duplicata établi par le Tribunal d'instance concerné peuvent être légalisés et/ou traduits.

NB : la mention du CNF figure sur l'acte de naissance depuis fin 1998.

*Extraits de casier judiciaire (bulletin n° 3)

Depuis le 12 décembre 2018, le nouveau format du casier judiciaire est disponible en ligne.

Il comprend désormais le sceau officiel ainsi que la signature publique tous deux nécessaires à la légalisation (cf. décret n° 2007-1205 du 10 août 2007).

*Décrets parus au Journal Officiel

Uniquement les copies certifiées conformes par la Direction de l'Information Légale et Administrative (DILA). Les demandes de copies certifiées conformes doivent être effectuées par voie postale ou par courriel à infos@dila.gouv.fr (DILA – 26 rue Dessaix, 75727 Paris cedex 15 – Tel. 01.40.58.75.00)

*Diplômes français

Afin de préserver les diplômes ou documents universitaires français établis en un seul exemplaire, nous ne légalisons que leurs copies certifiées conformes par une mairie (en précisant que c'est pour l'étranger) ou éventuellement par un notaire (avec sceau notarial obligatoire).

Devront figurer sur la copie : le cachet de certification, le sceau avec Marianne de l'autorité publique, le nom, la signature manuscrite et la qualité du responsable qui certifie la copie.

*K*bis*

Seul le K*bis* original français datant de moins de trois mois et signé du greffe peut être légalisé / traduit. Il s'agit de la version que vous recevez par voie postale, et non pas celle qui est téléchargeable sur le site de la version téléchargeable sur le site d'Infogreffe.

Si votre document ne figure pas dans cette liste, vous pouvez contacter directement le bureau des légalisations, par courriel à l'adresse suivante : bureau.legalisation@diplomatie.gouv.fr (réponse sous 24 h du lundi au vendredi)

Attention : Les documents établis à l'étranger (ou dans une ambassade étrangère en France) et destinés à être produits à l'étranger, y compris leurs traductions et leurs copies certifiées conformes, ne peuvent pas être légalisés par le Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères. Les formalités relatives à leur légalisation doivent être effectuées entre les deux autorités étrangères concernées. (cf. article 2 du décret n° 2007-1205 du 10 août 2007).

Comment légaliser un document français à destination de l'étranger ?

La procédure à suivre est celle de la double légalisation. Elle consiste à faire d'abord légaliser l'acte français par le Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (bureau des légalisations), puis à le faire surlégaliser par la représentation diplomatique ou consulaire en France du pays dans lequel il devra être produit.

Pour être légalisé par le Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, le document doit être conforme. Pour cela, et avant toute traduction, il doit comporter une adresse complète en France, être revêtu de la signature originale d'une autorité publique française (avec la mention du nom et de la qualité du signataire) et être présenté en original ou en copie certifiée conforme. Si le document français est destiné à une autre autorité française, il ne pourra pas être légalisé par le bureau des légalisations.

Il faut vérifier la conformité, par type de document.

Lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé, comme le bureau des légalisations ne légalise que des signatures publiques, il convient au préalable de faire certifier la signature du document par une autorité publique française : mairie ou notaire (en présence du signataire) ou chambre de commerce et d'industrie où est enregistrée l'entreprise, lorsqu'il s'agit un document à usage commercial (la présence du signataire n'est alors pas indispensable).

Les signatures sur des certificats médicaux émis par des cabinets privés ou sur des résultats de laboratoires d'analyses peuvent aussi être certifiées réciproquement par le Conseil National de l'Ordre des Médecins de Paris ou l'Ordre National des Pharmaciens.

Si le document est rédigé en langue étrangère, il devra impérativement être accompagné d'une traduction en français effectuée par un traducteur assermenté et répondant aux critères de conformité.

§ IV – *LA FINANCE ISLAMIQUE*

Les considérations religieuses parfois sont influentes dans les modalités de financement et d'investissement, cet aspect délicat mais très important doit être appréhendé par le notaire en toute simplicité et indépendance de jugement.

L'Islam est la seule religion qui conserve l'interdiction de l'usure et plus spécialement de l'intérêt dite « riba », ou encore de l'aléa, dit « gharar » ou de la spéculation dite « maysir », le tout selon les préceptes de Mohamet.

À rappeler que les prêts avec intérêts étaient prohibés par la religion protestante jusqu'en 1541 en Allemagne et le Vatican a rendu licite le prêt à intérêt en 1917.

Depuis 2001, la finance islamique a connu un réel essor ceci étant lié à la dépendance au pétrole et la multiplication des investissements immobiliers des ressortissants des pays producteurs.

Les principaux interdits ne plongent pas le juriste occidental dans des abîmes de perplexité. Les interdits reposent avant tout sur des règles pacificatrices et de légitimité économique au profit. Le domaine du permis se dévoile alors, tout entier gouverné par l'idée cardinale du lien avec l'économie réelle, et donc de la dépendance de la rémunération du financier par rapport à un sous-jacent.

Dans un premier temps nous définirons les prohibitions :

– La prohibition du « Gharar » vise à sanctionner l'ignorance du contenu des obligations par une partie, voire par toutes les parties. La prohibition est celle de l'opacité excessive sur l'objet d'une, ou des obligations. L'exemple le plus célèbre est celui de la vente au caillou, qui confie au seul hasard la détermination des contreparties. Les risques de dol, de tromperie, ou de contentieux sans fin, sont ici évidents. Mais cette prohibition ne s'étend pas à la prise de risque maîtrisée et consciente, inhérente à toute transaction. Par exemple, tout délai, tout terme, expose à un risque : disparition de la chose, défaillance du contractant... Il n'est pas question d'empêcher l'acceptation d'un risque connu et maîtrisable. La difficulté est dès lors de déterminer le seuil acceptable de « Gharar », car c'est de cette détermination que se déduira la prohibition. Or, d'innombrables transactions sont licites par nature. Il faut alors rechercher quel est le risque inhérent à chacune des transactions licites, pour parvenir à déterminer le seuil possible de « Gharar ». Cela n'est pas toujours aisé, et s'affrontent alors des écoles de pensée juridique plus ou moins rigoriste. Ainsi, dans une vente, les risques de non délivrance ou de destruction de la chose sont à la fois inhérents, et parfaitement maîtrisables, car ils sont quantifiables *ab initio*. En revanche, le seuil est dépassé lorsque la marchandise ou sa contrepartie ne sont pas déterminées ou déterminables *ab initio*, ou lorsque la chose n'existe pas, ou qu'elle

est impossible à livrer au moment du contrat, ou encore lorsque le transfert de propriété dépend du seul hasard. On peut donc faire toutes les opérations possibles à terme, ou fabriquer à terme si le prix est déterminé.

Des opérations purement conditionnelles, ou dépendantes du hasard ou du seul aléa, comportent alors une dose excessive de « Gharar ».

Les contrats d'assurance posent ici un problème. Leur licéité est *a priori* discutable, sauf lorsque l'assurance est véritablement accessoire à une autre opération, ou sauf lorsqu'elle est légalement obligatoire. En revanche, l'assurance mutuelle est concevable, car le hasard est alors maîtrisé entre tous ceux qui sont exposés à un même risque, sans qu'il y ait un financier face à des assurés ; la solidarité étroite des assurés légitime l'opération.

On peut comprendre la prohibition du « Gharar » d'une autre manière. La circulation des biens est créatrice de valeur. Depuis Sumer, les commerçants savent cela. Le profit naît de cette création de valeur. Mais certaines opérations ne créent pas de valeur, car elles sont à somme nulle : l'un gagne ce que l'autre perd. Le dol, la tromperie, l'abus sont justement à somme nulle, puisque ce sont des situations dans lesquelles un co-contractant ne vise qu'à prendre son gain sur la perte de son partenaire, sans rechercher la moindre création de valeur.

– La seconde prohibition est celle de la subordination au hasard (« Al Maysir »). Elle est proche de celle du « Gharar ». Interdire que la réalisation d'opérations puisse ne dépendre que du hasard aboutit à déclarer illicites le jeu et le pari, ce que l'on retrouve dans l'article 1965 du Code civil. Mais la prohibition s'étend logiquement aux gains qui ne sont justifiés par aucun effort, aucune création, et finalement sans autre origine que le sort ou la chance. C'est finalement la prohibition de l'enrichissement sans cause tangible. À nouveau l'assurance autre que mutuelle fait problème, car le transfert de propriété de l'indemnité ou du capital n'a souvent d'autre cause que la survenance d'un événement aléatoire, et parce que l'indemnité est versée par celui qui n'est pas exposé au risque, lequel n'a donc d'intérêt que financier.

La prohibition du « Maysir » conduit à interdire les opérations purement spéculatives et purement financières, sans sous-jacent. Certains swaps, ou les CDS (Crédit Default Swaps), ne sont guère admissibles. Mais il est néanmoins possible de s'engager dans une promesse, ou dans une option, pourvu qu'elle ne puisse être négociée. Un engagement sans sous-jacent ne peut avoir aucune valeur de marché, sauf à donner de la valeur au hasard.

– Le troisième interdit est le plus simple à exprimer. C'est celui du « Haram ». Certains sous-jacents sont expressément prohibés : on vise ici l'alcool, ou les objets pornographiques, bien sûr, mais aussi l'interdit financier. Cela conduit au dernier interdit, le plus célèbre.

– La prohibition de la « Ribâ » (ce qui signifie accroissement ou profit) est sans doute d'essence divine, mais répond à l'idée concordante avec celle du « Gharar » que l'argent ne peut créer d'argent à lui seul, sans travail, ou sans prise de risque sur un sous-jacent. La prohibition signale l'exigence absolument fondamentale d'un lien entre la rémunération du financier et les performances d'un sous-jacent, c'est-à-dire d'un lien avec l'économie réelle. La prohibition est ici celle de l'usure, ou du taux excessif. Il est donc impossible de fixer à l'avance un taux positif qui rémunérerait l'écoulement du temps. La prohibition est uniquement ex ante. Toute

autre est la question de la rémunération après coup. Mais, si celle-ci n'a aucune cause autre que le temps, la somme perçue doit être donnée aux œuvres charitables (« Zakat »). Une rémunération *a posteriori* est en revanche admise si elle correspond à une pénalité (par exemple pour retard), ou à une prise de risque sur un sous-jacent.

Plusieurs techniques de financements islamiques appuyées sur des sous-jacents sont aujourd'hui proposées par les banques occidentales. Leur praticabilité soulève deux questions liées. La première est celle de leur compatibilité intrinsèque avec un système de droit occidental, comme le droit français. Mais là n'est pas l'essentiel de la discussion. Il faut encore que les techniques islamiques puissent être articulées avec l'activité des établissements de crédit qui les proposent, laquelle relève non seulement du droit, mais encore de la réglementation qui s'impose à eux, en occident. C'est dans cette perspective qu'on examinera rapidement et concrètement les principales opérations de financement islamique.

La technique la plus utilisée est sans doute « Al Murhabaha ». Lorsqu'une entreprise a besoin d'un bien, elle le fait acquérir par un intermédiaire qui jouera le rôle de financier. Cet intermédiaire achète le bien au comptant sur le marché, et le revend aussitôt à l'utilisateur. L'utilisateur paiera à terme l'intermédiaire, pour une valeur supérieure au prix d'achat. La différence constitue donc la rémunération du financier. L'intermédiaire peut bien sûr obtenir des sûretés, sur le bien ou sur l'utilisateur. Une clause pénale peut encore sanctionner les retards de règlement de l'utilisateur. L'opacité peut être entretenue sur le prix d'achat par l'intermédiaire. En ce cas, l'utilisateur ignore la marge du financier. On sait qu'il suffit que le prix de l'opération finale soit connu à l'avance par les deux parties. Mais un tel schéma est souvent trop simpliste. La difficulté vient de ce que l'intermédiaire (qui est souvent une « structure *ad hoc* », ou SAH) ne dispose généralement pas des fonds suffisants pour acquérir le bien. L'acquisition est alors financée par un prêt bancaire consenti à cet intermédiaire. Le banquier intervient donc en amont, selon des méthodes bancaires classiques. Pour articuler le financement islamique avec le financement classique, il faut que le sous-jacent de l'opération islamique remonte vers la banque comme une garantie, sans être le sous-jacent de la rémunération du banquier (la rémunération du banquier occidental est inévitablement constituée par des intérêts, ce qui n'est pas compatible avec les principes islamiques). Le sous-jacent de l'opération islamique est le bien acquis, lequel sert à constituer les sûretés (hypothèques, privilège de prêteur de deniers,...). Il faut donc organiser les choses de manière à ce que le banquier devienne titulaire de ces sûretés. La remontée des garanties vers le banquier peut être organisée de diverses façons, qui reposent souvent sur des cessions de créances. La SAH peut pour cela céder au banquier, à titre de garantie (au besoin par bordereau « Dailly »), sa créance sur l'utilisateur. Mais le risque est celui d'une contamination de toute l'opération par la perception d'intérêts, puisque la créance du prix résultant de la « Murhabaha » et le prêt se retrouvent indissolublement liés chez le banquier. Une autre façon de procéder peut être plus sûre. On peut agir en deux temps, et sur deux niveaux. Un intermédiaire purement financier s'intercale entre la banque et la SAH. Cet intermédiaire emprunte à la banque, et octroie à son tour un prêt à la structure « *ad hoc* », laquelle achètera finalement le bien. Il y a donc deux prêts successifs, de même montant. L'intermédiaire financier transfère alors la créance résultant du second prêt consenti à la structure « *ad hoc* », à l'associé (souvent unique) de cette dernière. Cet associé devient ainsi titulaire du second prêt avec ses sûretés. S'opère ensuite une nouvelle cession de la même créance en direction de l'intermédiaire financier, qui en devient à nouveau titulaire, toujours avec les sûretés.

Cet intermédiaire transfère alors au banquier, à titre de garantie du prêt bancaire initial, la créance résultant du second prêt qu'il vient de récupérer (avec ses accessoires). Le banquier obtient ainsi, en garantie du prêt qu'il a octroyé à l'intermédiaire financier, les garanties provenant d'un crédit qui n'est pas celui qu'il a consenti (puisqu'il s'agit du prêt consenti par l'intermédiaire financier à la structure « *ad hoc* » acheteuse). Le remboursement du prêt par l'acquéreur final provient souvent des loyers, et peut être affecté à un compte ouvert en amont, auprès du banquier, avec affectation spéciale, pour permettre le dénouement financier de l'ensemble de l'opération. On peut même compliquer le montage, notamment pour les investissements mobiliers importants. On peut alors organiser une succession d'opérations sur sous-jacents. La banque achète des marchandises quelconques, les revend sur le marché grâce à un mandat donné par le futur utilisateur des investissements, le prix de cette revente est versé sur un compte spécial et affecté. Ce compte finance l'achat de l'investissement par une SAH, laquelle le met à disposition de l'utilisateur contre des loyers, qui remonteront sur le compte spécial afin de rembourser le banquier et de lui donner sa marge. Le banquier est ainsi remboursé au titre de l'utilisation du sous-jacent.

D'autres techniques évoquent la société, ou le prêt avec participation aux bénéfices. C'est le cas d'« Al Mudarabah », dans laquelle un entrepreneur, « le Mudarib », recherche un investisseur qui accepte de partager les bénéfices et les pertes liés à une activité réelle. En ce cas, la réussite ou l'échec de l'entreprise sont sous la seule dépendance du Mudarib. Le profit du financier dépend en ce cas de l'économie réelle. Assez similaire est « Al Mucharaka », qui est une association en capital commun avec partage des résultats, mais en plus avec solidarité passive.

Semblable au leasing est « Al Ijara ». Un investisseur acquiert un bien et le met en location chez un client. Le profit viendra du loyer qui sera porté sur le compte à affectation spéciale qui aura été débité dans un premier temps pour financer l'acquisition. Le système du compte à affectation spéciale a pour finalité de maintenir le lien avec le sous-jacent.

D'autres techniques voisines doivent être citées. « Al Salam » est un achat au comptant d'un bien livrable à terme (un principe par un intermédiaire qui achète ferme le bien sur le marché, le paie, en transférant la jouissance à l'utilisateur, lequel paiera l'échéance). « Al Istina » est, de son côté, la commande d'un ouvrage avec accord préalable et ferme sur le prix ainsi que sur le délai.

Plus utilisés sont les « Sukuks ». Ce sont des instruments qui reposent sur des systèmes de copropriété sur des actifs sous-jacents. Ces copropriétés sont matérialisées par des titres qui représentent un droit indirect mais effectif sur les sous-jacents. Les « Sukuks » ne sont donc pas des titres de dette, sinon leur rémunération serait un intérêt. En règle générale, on crée une SAH qui émet des titres négociables, et les revenus des titres proviennent des revenus des actifs. À l'échéance, ou à maturité, les actifs sont revendus, ce qui permet de rembourser les « Sukuks » avec profit. Il est donc indispensable qu'un droit tangible sur les actifs soit organisé. Mais la forme juridique importe peu. On peut créer ainsi des sociétés civiles ou commerciales, des OPCVM qui peuvent en droit français investir dans des biens et être des copropriétés, ou recourir à des organismes de titrisation. Les entités peuvent détenir des droits résultant de contrats, voire de titres de dettes. Ces entités peuvent être compartimentées. Le trust est évidemment utilisé, car les bénéficiaires y disposent d'un droit de propriété en équité sur les actifs, ce qui suffit en droit musulman. Ce ne peut hélas être le cas de la fiducie, pour

laquelle l'article 2011 du Code civil dispose que le fiduciaire devient le seul et unique propriétaire en droit, ce qui exclut donc une propriété en équité au profit des titulaires de parts de « Sukuks ». Les « Sukuks » ne sont guère restreints dans leurs activités. Ils peuvent acheter, vendre, louer (« Ijara »), ou se livrer à des opérations d'achat ou de financement islamiques (« Murabaha » par ex.). Les « Sukuks » peuvent soulever la question de la confrontation entre finance et éthique, ou plus exactement entre finance et morale. Mais le droit islamique admet la recherche avisée du profit. C'est pour cela que l'AMF, dans sa note du 17 juillet 2007, a précisé que les OPCVM soumis à son agrément pouvaient choisir des critères éthiques, car des critères extra-financiers ne sont pas en eux-mêmes étrangers aux critères financiers classiques.

La plasticité des techniques de financement islamique est finalement assez grande. L'imagination des financiers peut donc s'exercer. Mais la question de la frontière entre ce qui est « Charia compatible » et ce qui ne l'est pas peut devenir délicate. Trop d'expédients peuvent devenir dangereux. C'est pourquoi de multiples tentatives ont lieu pour lever les doutes *a priori*, et non *a posteriori*.

On exposera la finance islamique au regard de la réglementation bancaire d'une part et eu égard de la Sharia Board d'autre part.

Jusqu'alors, à notre connaissance, nous n'avions pas d'expertise technique s'agissant de savoir si la réglementation bancaire et financière en France pouvait constituer ou non l'objet d'un obstacle à l'intégration de la finance islamique dans notre pays. Le Professeur Thierry Bonneau a répondu à cette problématique.

Tout d'abord il a confronté la notion de « riba » (principe de droit musulman des affaires prohibant la perception d'intérêts) et la « rémunération des crédits bancaires » qui se fait fréquemment sous la forme de la perception d'un intérêt. Il considère que les dispositions du Code civil, en ses articles 1905 et suivants, permettent de stipuler un intérêt dans le cadre d'un prêt mais n'en font pas une condition *sine qua non*. Même observation pour l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier qui définit les crédits comme des opérations effectuées à titre onéreux et non comme des opérations rémunérées par un intérêt. Ainsi, rien ne s'oppose dans les textes à ce qu'une banque respectant les principes du droit musulman des affaires propose des crédits rémunérés non pas par un intérêt mais par une rémunération, sous la forme d'une commission par exemple, fixée à l'avance.

Néanmoins, Maître Patrick Gerry, avocat associé au cabinet Simmons & Simmons, relève le fait que l'instruction fiscale ayant pour objet l'opération de murabaha (BOI n° 78, 24 août 2010) qualifie le revenu perçu par la banque d'« intérêt » – ceci dans le but de « favoriser les opérations de financement islamiques sans bouleverser le cadre fiscal français ». Si l'intention est louable, elle ne va pas sans poser de difficultés. En effet, il est fort probable que cette qualification vienne se heurter à la méfiance des Sharia Board qui pourraient à cet égard faire preuve d'une certaine réticence pour certifier l'opération. Ceci devrait faire l'objet à l'avenir d'une amélioration terminologique par l'administration fiscale ou le législateur le cas échéant, afin de dissiper les éventuels malentendus.

Concernant la mention du Taux effectif global (TEG) qui est obligatoire dans les opérations de crédit et dans l'assiette duquel doit être mentionné, outre l'intérêt, le coût global de l'opération, Maître Gerry, se référant à un article du Professeur Malaurie, se demande s'il est encore opportun de parler de TEG dans les opérations

de financement islamique. En effet, la sanction de l'omission des éléments qui auraient dû être pris en compte dans le calcul du TEG étant la déchéance du taux d'intérêt conventionnel en taux d'intérêt légal, l'opération pourrait être frappée d'un intérêt qui n'avait pas été désiré *ab initio*.

Par ailleurs, en matière de réglementation prudentielle, le Professeur Bonneau considère que les deux ratios tier 1 et tier 2, imposés par les textes européens du 26 juin 2013 sont respectés dans le cadre du droit musulman des affaires. Bien que la finance islamique ait ses propres principes et que les banques islamiques aient leurs spécificités, ceci ne constitue pas un obstacle à l'application des normes prudentielles à cette finance alternative.

En outre, nous pouvons souligner la meilleure stabilité du système financier islamique, comparativement au système conventionnel, du fait notamment de l'application de principes tels que l'asset-backing et la prohibition de la spéculation (dit « maysir »).

Le Professeur Bonneau relève que la directive du 26 juin 2013 vise les missions et fonctions de l'organe de direction, la nomination d'un comité de rémunération et de nomination mais ne vise pas spécifiquement de Sharia Board – comité religieux qui a pour fonction de certifier les produits proposés au moyen d'une fatwa (avis juridique musulman).

Dans la mesure où le rôle de celui-ci n'est pas contraignant juridiquement mais moralement, comme l'a exposé M. Tarik Bengarai, porte-parole du Chari'a Board CIFIE, l'AMF n'a pas émis d'objection quant à la mise en place de ce comité, dès lors qu'il n'interfère pas dans la gestion de l'établissement ou de l'OPC en cause.

Nous avons soulevé le problème de conflits d'intérêts probables entre le Sharia Board et le client qui le rémunère pour certifier un produit – ledit produit qui sera audité régulièrement par le Sharia Board afin de vérifier qu'il répond toujours aux critères de conformité. Il conviendra de veiller à ce que les avis émis assurent l'intégrité du Sharia Board afin que les investisseurs potentiels ne perdent pas confiance dans ce système alternatif et éthique qui se propose à eux. Ce serait en effet à notre sens très préjudiciable pour l'image de cette jeune finance.

Il n'en demeure pas moins que cette finance doit s'inscrire dans un projet plus complet qui permettra également aux investisseurs et aux professionnels de l'appréhender d'une façon sereine et très réglementée.

§ V – *LE FINANCEMENT PARTICIPATIF/LE CROWDFUNDING*

C'est à partir de la force de la masse que s'est développée une merveilleuse technique financière : le crowdfunding. Inspiré de l'idée selon laquelle « les petits ruisseaux font les grandes rivières », le crowdfunding qui signifie littéralement « financement par la foule », gagne du terrain en France. En 2017, il a permis de récolter 336 millions d'euros contre 167 millions d'euros en 2015. Désigné sous l'expression « financement participatif », le crowdfunding représente un nouveau mode de financement alternatif aux canaux classiques de financement.

Ce mécanisme est caractérisé par sa flexibilité. Il permet de récolter des fonds, le plus souvent des petits montants, auprès d'un large public, via un site internet, dans

le but de financer un projet qui peut avoir une vocation économique, sociale, environnementale ou encore artistique. Étant donné que le crowdfunding apparaît comme un « miracle financier », il est important d'analyser les modes de financement possibles proposés par les plateformes de financement participatif.

Le premier mode de financement repose sur la philanthropie. Ce modèle permet aux plateformes de récolter des dons auprès du public afin de financer des projets à vocation caritative ou artistique.

Un second modèle de financement participatif a connu un large succès dans le monde, le financement participatif sous forme de prêts ou crowdlending. Les prêts consentis par la foule peuvent être rémunérés ou gratuits.

Enfin, le dernier modèle est le financement participatif sous forme de titres financiers, encore appelé crowd-equity. Il s'agit, pour la masse, de faire l'acquisition des titres financiers d'une société potentielle. Ainsi, un investisseur peut aujourd'hui « raisonnablement être associé avec la foule ».

Le succès du crowdfunding a poussé les pouvoirs publics dans certains pays à s'intéresser davantage à ce modèle de financement. Aux États-Unis, les règles drastiques édictées par la SEC représentaient des obstacles au développement du crowdfunding. Ainsi, le législateur fédéral, percevant l'intérêt de réguler le crowdfunding a entamé un processus législatif. Ce processus a abouti avec l'adoption, le 5 avril 2012, d'une loi régissant le financement participatif, baptisée « Jumpstart Our Business Startups Act » ou « JOBS Act ».

En France, pendant longtemps, l'absence d'un cadre réglementaire menaçait le déploiement du crowdfunding. En dépit de son amplification, le financement participatif se heurtait à des obstacles juridiques entravant son succès. Afin de surmonter ce contexte « pathologique », une ordonnance du 30 mai 2014 relative au financement participatif, sur le fondement d'une loi d'habilitation, a été adoptée. Le législateur français a cru bon de renforcer l'arsenal juridique par un décret du 16 septembre 2014 et un arrêté du 22 septembre 2014 pour homologuer et modifier le règlement général de l'AMF . Par souci de flexibilité et afin de promouvoir le développement du crowdfunding, le législateur a ajusté son régime par un décret du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif. Dans un objectif d'intelligibilité, les autorités de régulation, à savoir l'AMF et l'ACPR, ont publié le 30 septembre 2014 un guide d'information sur le nouveau cadre applicable au financement participatif. Plus récemment, l'AMF a publié le 1er février 2018 une position-recommandation n° DOC-2018-02 qui a pour objectif de préciser ses attentes relatives à la commercialisation du financement participatif, au calcul des taux des défaillances et à la gestion extinctive des plateformes.

En vue d'introduire le financement participatif dans un cadre sécurisé, le législateur a instauré, d'une part, des professions spécifiques au crowdfunding à savoir :

Outre le prestataire de services d'investissement (PSI) qui est habilité à gérer une opération de financement participatif sous forme de titres financiers (crowd-equity), l'ordonnance du 30 mai 2014 a créé un nouveau statut, à savoir le conseiller en investissement participatif. Pour le financement participatif sous forme de dons ou de prêts, le législateur a procédé à l'avènement d'un statut d'intermédiaire en financement participatif et d'autre part, il a renforcé les obligations incombant à la charge des professionnels.

Dans la mesure où l'information présente un grand intérêt pour les internautes, en leur permettant de s'engager en toute connaissance de cause, le législateur a renforcé l'obligation d'information, tant pour les plateformes de financement participatif sous forme de titres financiers que pour les plateformes spécialisées dans le prêt ou le don.

De surcroît, l'IFP doit informer le public des risques encourus par les prêteurs et des risques supportés par le porteur du projet d'endettement excessif, de même que les conséquences pour lui d'un défaut de paiement. Enfin, la foule doit se voir communiquer les informations relatives à la responsabilité des plateformes en cas de défaillance du porteur de projet, à la durée du prêt et au processus de réclamation. À l'égard du porteur de projet, l'IFP est débiteur d'une obligation d'information précontractuelle qui se traduit par la communication d'une série d'informations portant sur les caractéristiques du prêt, la rémunération de l'IFP et l'ensemble des frais exigés, le taux fixe, qui ne doit pas dépasser le taux d'usure, et le droit de rétractation le cas échéant (C. mon. fin., art. R. 548-4 et s). À l'égard des prêteurs, l'IFP doit communiquer des informations sur le projet : son objectif, ses perspectives économiques et le plan d'affaires. Le professionnel doit également présenter les caractéristiques du prêt concerné, en particulier le taux applicable, le montant du crédit, sa durée, ses modalités et les conditions de remboursement.

Il est important de signaler l'absence des règles spéciales régissant la responsabilité des plateformes du crowdfunding. L'ordonnance du 30 mai 2014 est muette sur cette question, de même que les textes subséquents. L'activité d'IFP est assimilée à celle du courtier. S'agissant de la nature de sa responsabilité, les tribunaux estiment que le courtier est certes lié par un contrat avec le donneur d'ordres, mais il doit agir dans l'intérêt du tiers. En appliquant cette solution à l'opération de crowdfunding, on peut retenir que la responsabilité de l'IFP est de nature contractuelle à l'égard du porteur de projet, et délictuelle à l'égard des prêteurs.

Le crowdlending est une opération qui repose sur le prêt. Or, l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier interdit « à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel ». L'article L. 313-1 du même code définit l'opération de crédit comme « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ». Si l'opération de prêt à titre gratuit effectuée dans le cadre du crowdfunding échappe au monopole bancaire, il n'en demeure pas moins que l'octroi d'un prêt à titre onéreux constituait une atteinte à ce dernier. Ainsi, l'exigence d'assouplissement des règles du crowdlending a incité le législateur à adopter un cadre allégé pour l'octroi des crédits moyennant des plateformes de financement participatif en consacrant une nouvelle dérogation au monopole bancaire. L'article L. 511-6, 7° du Code monétaire et financier, tel que modifié par l'ordonnance du 30 mai 2014, prévoit que l'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas « aux personnes physiques qui, agissant à des fins non professionnelles ou commerciales, consentent des prêts dans le cadre du financement participatif de projets déterminés, conformément aux dispositions de l'article L. 548-1 et dans la limite d'un prêt par projet. Le taux conventionnel applicable à ces crédits est de nature fixe et ne dépasse pas le taux mentionné à l'article L. 313-3 du Code de la consommation ». Toutefois, il convient de remarquer que le champ d'application de cette dérogation est doublement limité. D'une part, *ratione personae*, l'ordonnance de 2014 a réservé l'octroi

des crédits aux seules personnes physiques (C. mon. fin., art. L. 511-6, al. 7). Cette restriction peut surprendre : on aurait pu admettre que des personnes morales puissent accorder des prêts via des intermédiaires en financement participatif. D'autre part, *ratione materiae*, plusieurs restrictions ont été prévues concernant le montant des prêts. L'article D. 548-1, alinéa 3 Note 48 du Code monétaire et financier fixe le montant global qu'un porteur de projet peut obtenir à un million d'euros. De surcroît, le montant du crédit est plafonné. Le décret du 16 décembre 2014 fixait ce montant à 1 000 euros en cas de prêt avec intérêts et 4 000 euros en cas de prêt sans intérêts. Pour assurer plus de flexibilité, le décret du 28 octobre 2016 a porté le plafond à 2 000 euros par projet pour les prêts avec intérêts (C. mon. fin., art. D. 584-1 al. 1er) et à 5 000 euros pour les prêts sans intérêts (C. mon. fin., art. D. 584-1, al. 2). Incontestablement, le législateur est défavorable à une large dérogation au monopole bancaire. Quoiqu'il en soit, par souci d'assouplissement, l'ordonnance du 30 mai 2014 a contribué à un resserrement du monopole bancaire. Cependant, cette ordonnance n'a pas consacré une véritable dérogation au monopole des prestations de services de paiement.

Comme nous l'avons décrite plus haut la fourniture de service de paiement est une activité monopolisée par les prestataires de services de paiement. Ces derniers comprennent « les établissements de paiement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de crédit et les prestataires de services d'information sur les comptes » (C. mon. fin., art. L. 521-1 al. 1er). L'article L. 521-2 du Code monétaire et financier interdit à toute personne autre que les prestataires de services de paiement de fournir des services de paiement à titre de profession habituelle. Avant la mise en place d'un cadre juridique spécifique au crowdfunding, le « Guide du financement participatif à destination des plateformes et des porteurs du projet », publié par l'AMF et l'ACPR le 14 mai 2013, prévoit que l'activité des sites Internet permettant de récolter des fonds auprès du public est assimilée « à celle d'un intermédiaire financier qui réalise des encaissements pour le compte de tiers » Note 49 . Par conséquent, la plateforme qui fournissait un des services de paiement devait avoir la qualité d'établissement de paiement ou être déclarée comme un agent lié à un prestataire de services de paiement. Par souci d'assouplissement des règles relatives au crowdfunding, l'ordonnance du 30 mai 2014 a institué un régime prudentiel allégé pour les établissements de paiement. L'article L. 522-11-1 du Code monétaire et financier disposait que « l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut délivrer un agrément d'établissement de paiement limité lorsque le montant total prévisionnel des opérations de paiement ne dépasse pas un plafond fixé par décret ». L'ordonnance du 9 août 2017 portant transposition de la directive européenne du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur a remplacé « l'agrément d'établissement de paiement limité » par « un agrément simplifié d'établissement de paiement ». Ce nouveau statut d'établissement de paiement semble être simplifié dans la mesure où il est dispensé des règles relatives aux fonds propres et aux moyens de contrôle interne, à l'exception de celles relatives à l'externalisation des prestations essentielles et à la protection des fonds. Par ailleurs, l'article L. 522-11-1, II du Code monétaire et financier précise que les exigences prudentielles imposées aux établissements de paiement (C. mon. fin., livre V, chap. II, sect. 3) ne s'appliquent pas à ces nouveaux établissements. Force est de constater que le souci de simplification des règles relatives au crowdfunding a poussé le législateur à créer un nouveau statut d'établissement de paiement allégé ce qui est loin d'être inutile. L'instauration d'une dérogation au monopole bancaire ainsi que la création d'un statut dérogatoire d'établissement de paiement témoigne de la

volonté législative de simplifier les règles relatives au crowdfunding. En guise de conclusion, on s'aperçoit que ces nouveaux moyens de prêt profitent d'un assouplissement de la législation actuelle et du monopole. Ces modèles sont attachés à Internet et l'ouverture du financement sur des horizons illimités.

Le notaire peut être amené à conseiller des investisseurs qui souhaitent se lancer dans une aventure de crowfunding pour par exemple financer l'achat d'un immeuble à titre philanthropique ou même dans le cadre de la justification sur l'origine des fonds permettant la concrétisant d'une opération mobilière ou immobilière et donc à mieux connaître les dispositifs législatifs qui entourent ce mode de financement.

Textes de références :

Sources :

– 107ème Congrès des Notaires de France CANNES 5-8 Juin 2011, « LE FINANCEMENT ».

– Droit International Privé et Européen : Pratique notariale M. REVILLARD 9ème édition Defrénois

– Crowfunding - Le financement participatif (crowdfunding) : quatre ans après l'adoption de l'ordonnance nº 2014-559 du 30 mai 2014 Etude par Mohamed CHAABEN

– Revue de Droit bancaire et financier nº 2, Mars 2012, dossier 12

Regards pragmatiques sur la finance islamique

Etude par Gilbert PARLEANI professeur à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris 1)

– Revue de Droit bancaire et financier nº 2, Mars 2014, alerte 9

La Finance islamique du Proche et Moyen-Orient à la France : obstacles avérés ou fantasmés ?

– Financements immobiliers - La finance islamique et les financements immobiliers - Etude par Fatima Abdul Kasim et Patrick Gerry et Kader Merbouh

Document

– Actes Pratiques et Ingénierie Immobilière nº 4, Octobre 2014, dossier 34

La finance islamique et les financements immobiliers

– Guide de la publicité foncière

Fasc. 170 : ACTE PASSÉ À L'ÉTRANGER

Date du fascicule : 2 Mai 2018

– JurisClasseur Ingénierie du patrimoine > Patrimoine international

Fasc. 2510 : INVESTISSEMENT EN FRANCE PAR DES PERSONNES PHYSIQUES NON RÉSIDENTES

Date du fascicule : 2 Mai 2018

PARTIE 4

FOCUS À L'ÉTRANGER

TITRE I

EXPATRIATION ET RETRAITE

CHAPITRE UNIQUE

EXPATRIATION

Départ à l'étranger, retour d'expatriation... que ces événements soient proches de la retraite ou interviennent en cours de carrière, ils provoquent bien des questions de la part des assurés.

Pour y répondre, il convient de bien comprendre la situation de l'assuré : jeune actif qui a pour l'instant acquis peu de droits ou cadre confirmé qui a déjà cumulé un nombre conséquent de points, salarié détaché pour une courte période, expatrié, chef d'entreprise ou veuve d'un assuré qui n'avait pas encore pris sa retraite. Autant de profils qui appelleront autant de réponses.

Cet article regroupe par thèmes les principales questions des expatriés.

- Expatriation ou détachement
- Devenir des droits acquis en France avant le départ selon le pays d'accueil
- Accords de sécurité sociale
- Possibilité de cotisation volontaire
- Intérêt du rachat de trimestres
- Que faire quand l'âge de la retraite approche
- Le droit à une retraite étrangère
- Le droit à réversion
- Les sites utiles à consulter

Cet article accorde une place importante à la thématique consacrée aux accords de sécurité sociale : chaque accord a sa particularité et, face à ces particularités, chaque assuré est un cas unique auquel on ne peut appliquer une réponse standard.

Ce guide portant sur l'expatriation, le premier thème comparera les situations d'expatriation qui est, en règle générale, le statut de l'assuré qui travaille à l'étranger, aux situations de détachement correspondant à des cas particuliers.

Cet article, pour l'essentiel, traitera donc des règles d'expatriation.

§ I – *EXPATRIATION OU DÉTACHEMENT ?*

Je pars travailler à Tokyo pour plusieurs années, je vais cesser de cotiser en France ?

Vous allez travailler à l'étranger. Votre statut, expatrié ou détaché, déterminera le régime de sécurité sociale auprès duquel vous serez affilié.

En principe, le droit social de l'État dans lequel vous allez travailler, en l'occurrence, le Japon s'appliquera. Vous relèverez alors *du Japan Pension Services (JPS)*, qui représente la branche vieillesse de la sécurité sociale japonaise et vous devrez cotiser auprès de ce régime. Vous cesserez donc de cotiser de façon obligatoire en France.

Selon la définition de la sécurité sociale française, vous serez un « expatrié » : assuré qui a cessé de cotiser de façon obligatoire auprès d'un régime de sécurité sociale français et qui est affilié à un régime de sécurité sociale étranger.

Ayant cotisé auprès du régime de retraite japonais, vous aurez, le moment venu, droit à une retraite japonaise sous réserve de l'application des conditions d'obtention d'une retraite du *Japan Pension Services*.

Ayant, pour la sécurité sociale française, le statut juridique d'expatrié, vous aurez néanmoins le droit de continuer à cotiser, mais de façon volontaire, auprès des régimes de retraite obligatoires français.

Je pars travailler à l'étranger pour une durée limitée : que va-t-il se passer ?

Si votre employeur vous envoie travailler pour une durée limitée à l'étranger, il peut le faire dans le cadre d'une mission en détachement.

« Détaché », vous continuerez à relever des régimes de retraite français obligatoires (régimes de base et complémentaire) et éventuellement des régimes supplémentaires.

Une autorisation de détachement suppose que la France et votre pays d'accueil aient signé un accord de sécurité sociale. Cet accord prévoit la durée maximale du détachement qui peut varier entre 6 mois et 3 ans ; cette durée étant renouvelable une fois.

Pour la suite de cet article, les termes « expatrié » ou « détaché » correspondent au statut défini par la sécurité sociale française.

§ II – *DEVENIR DES DROITS ACQUIS EN FRANCE AVANT LE DÉPART*

Je vais cotiser à l'étranger, aurai-je toujours droit à ma retraite française ?

Avant votre départ, vous avez cotisé auprès des régimes de retraite français obligatoires et supplémentaires ; vous avez ainsi acquis des droits qui seront maintenus jusqu'à la date à laquelle vous choisirez de faire valoir vos droits à la retraite française.

Particularité française, que vous soyez salarié, indépendant ou membre de professions libérales, vous avez acquis des droits auprès de deux régimes de retraite : un régime de base et un régime complémentaire, tous deux obligatoires. Ainsi, un salarié du privé aura cotisé auprès du régime de la sécurité sociale (CNAV) et également auprès du régime complémentaire Agirc-Arrco.

Même si vous avez cessé de cotiser depuis longtemps, vous aurez droit à une retraite française. Le moment venu, à 62 ans selon la réglementation actuelle, n'oubliez pas de demander vos retraites françaises auprès de votre régime de base et auprès de votre régime complémentaire.

Pour certains d'entre vous, il faudra éventuellement penser aux régimes supplémentaires facultatifs de retraite, régimes par capitalisation, auxquels vous avez cotisé et connaître leurs conditions de liquidation.

Quelles seront les conséquences de mon travail à l'étranger ?

Elles seront différentes en fonction du pays d'accueil.

Si ce pays a signé un accord de sécurité sociale avec la France, les éventuelles périodes de cotisation aux régimes de retraite de ce pays seront prises en compte pour le calcul de votre carrière française (durée de carrière) et vous aideront à obtenir plus tôt une retraite au taux plein.

Si le pays dans lequel vous travaillez n'a pas signé d'accord de sécurité sociale, la sécurité sociale française ne prendra pas en compte ces années à l'étranger et vous subirez une minoration de vos retraites françaises si vous demandez vos retraites avant d'avoir atteint l'âge du taux plein garanti, soit 67 ans selon la réglementation actuelle.

En l'absence d'accord de sécurité sociale, seules les cotisations volontaires versées aux régimes français pendant cette période ou les trimestres rachetés au titre de cette période d'activité à l'étranger vous permettront d'acquérir des droits.

Je quitte la France, je cesse de travailler, puis-je demander de suite mes retraites françaises ?

Vous ne pourrez toucher vos retraites françaises que si vous avez atteint l'âge légal d'ouverture des droits qui est actuellement de 62 ans.

Que vous résidiez en France ou à l'étranger, le fait d'avoir cessé de travailler ne vous libère pas de cette contrainte d'âge minimum pour demander vos retraites françaises.

J'ai peu cotisé en France, est-ce que j'aurai droit à une retraite ?

Bien sûr ! Mais, en cas de cotisations de faible montant et/ou versées pendant une durée courte, il se peut que vous ayez acquis des droits insuffisants pour permettre le versement d'une rente régulière : dans ce cas, votre retraite vous sera versée sous la forme d'un capital unique qui soldera vos droits à la retraite.

§ III – *ACCORDS DE SÉCURITÉ SOCIALE*

À quoi servent les accords de sécurité sociale ?

Environ 70 pays permettent aux expatriés de bénéficier d'accords de sécurité sociale.

Hors Europe, la France a déjà signé des conventions bilatérales avec 40 pays étrangers. En Europe, les règlements communautaires lient l'ensemble des pays de l'Union Européenne ainsi que l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse.

Ces accords ont pour objet de coordonner les législations de sécurité sociale afin de favoriser la circulation des personnes en garantissant la continuité de leurs droits sociaux d'un pays à l'autre.

- L'accord évite la double-affiliation et donc la double cotisation en déterminant la législation applicable au travailleur.
- Ainsi, il permet au travailleur, détaché dans le pays d'accueil le temps d'une mission, de continuer à cotiser dans son pays d'origine comme s'il ne l'avait pas quitté. Cette situation aura une durée limitée, le plus souvent de deux ans.
- Par contre, en cas de travail dans le cadre d'un contrat avec un employeur étranger, le salarié cotisera auprès du régime de retraite de ce pays et deviendra ainsi expatrié, selon la définition de la sécurité sociale, il cessera de cotiser de façon obligatoire en France.
- L'accord lève les clauses de résidence qui pourraient empêcher le versement de certaines prestations telles les pensions de vieillesse acquises par des cotisations (contributives).
- L'accord garantit l'égalité de traitement entre les ressortissants des États ayant part à la convention.
- Enfin et surtout, il prend en compte, pour l'ouverture du droit et le calcul de la retraite, les périodes d'assurance accomplies dans l'autre État et les ajoute (règle de totalisation) aux périodes accomplies en France.

Est-ce que mes retraites seront totalisées ?

Gare aux idées reçues : totalisation des périodes ne veut pas dire totalisation des retraites !

Les droits acquis dans un des pays ne sont pas transférés dans l'autre pays pour constituer une seule retraite. Les différences de règlementation et de modalité de calcul entre les pays demeurent.

Ainsi, malgré l'existence d'une convention signée entre la France et le Japon, le Français expatrié au Japon percevra séparément ses retraites françaises et japonaises. En vertu de la législation française, il pourra notamment demander ses retraites françaises dès 62 – voire 60 ans – mais attendra 65 ans pour toucher la pension nationale japonaise.

De même, chaque pays conservera ses propres modalités de calcul des retraites. Un Français ayant cotisé en France et en Espagne se verra appliquer un taux de liquidation de la retraite de la sécurité sociale allant jusqu'à 50 % en France (dit taux plein) contre 100 % en Espagne.

À quoi sert la totalisation des périodes ?

La totalisation des périodes dans le cadre d'une convention de sécurité sociale permet d'éviter une minoration des retraites françaises et, selon les pays, peut ouvrir le droit à la retraite du pays étranger.

Exemple

Philippe, 48 ans, réside et travaille depuis 3 ans à New-York pour une entreprise américaine. Il pense rester encore 2 ans aux États-Unis avant de revenir en France. Pendant sa période américaine, il aura ainsi cotisé 5 ans (20 trimestres) aux États-Unis. La règle de totalisation aura des conséquences tant sur le montant de sa retraite française que sur le montant de sa retraite américaine.

Côté français, en application de la réglementation actuelle, Philippe pourra demander ses retraites dès 62 ans et il aura droit à ses retraites au taux plein, donc sans minoration des droits acquis en France, dès qu'il justifiera d'une carrière complète. Pour déterminer son droit au taux plein, la sécurité sociale française calculera le nombre de trimestres de carrière en ajoutant les 20 trimestres américains aux trimestres français.

En l'absence de convention, cette période de 20 trimestres n'aurait pas été retenue et Philippe aurait subi une minoration des retraites françaises allant jusqu'à 25 % de la retraite acquise auprès de la sécurité sociale et 22 % des retraites complémentaires. Pour éviter cette minoration, il aurait dû attendre 67 ans, l'âge auquel le taux plein est garanti, pour demander ses retraites françaises.

Côté américain, pour avoir droit à une retraite, Philippe doit justifier de 10 années de cotisations aux États-Unis. Pour vérifier son éligibilité, la *SSA* (*Social Security Administration*), l'organisme de sécurité sociale américain, totalisera également les trimestres français et américains. Ainsi, à partir de 62 ans, Philippe aura droit à une retraite américaine même s'il n'y a travaillé que 5 ans.

De plus, en demandant sa retraite *SSA* dans le cadre de la convention franco-américaine, Philippe ne subira pas le *WEP* (*Windfall Elimination Provision*), un dispositif qui minore la retraite versée par la *SSA* si elle est versée à un assuré qui bénéficie également de retraites étrangères.

Est-ce que toutes les conventions appliquent les mêmes principes ?

D'un pays à l'autre, les conventions diffèrent dans leurs principes : certaines couvrent les salariés comme les indépendants alors que d'autres ne s'appliquent que pour les périodes salariées.

De même, la plupart des accords n'autorisent pas le « cumul de convention ». Ainsi un assuré qui aura travaillé successivement en France, en Italie, en Belgique puis aux États-Unis bénéficiera soit des accords communautaires qui permettront de totaliser les périodes françaises, italiennes et belges soit la convention bilatérale franco-américaine qui ajoutera les trimestres américains aux trimestres français.

Mais on note que les conventions entrées en vigueur ces dernières années permettent de totaliser les périodes accomplies dans des pays appliquant des conventions différentes. Ainsi, la convention bilatérale signée entre la France et le Brésil autorise la totalisation des périodes accomplies dans des pays tiers ayant signé une convention de sécurité sociale avec chacun des États ayant part à la convention. Ainsi un salarié qui a travaillé en France, au Brésil et en Allemagne bénéficiera de

cette particularité : la France comme le Brésil ayant signé une convention bilatérale avec l'Allemagne.

§ IV – *COTISATION VOLONTAIRE*

Je souhaite continuer à cotiser en France, à qui dois-je m'adresser ?

En tant qu'expatrié, vous avez cessé de cotiser de manière obligatoire auprès des régimes de retraite français et vous devez cotiser auprès du régime de sécurité sociale de votre pays d'accueil si ce dernier existe. Expatrié, vous n'avez plus l'obligation de cotiser en France et de ce fait vous pouvez choisir de le faire de façon volontaire.

La nature de votre activité professionnelle déterminera l'organisme auquel vous allez vous adresser.

Les régimes de retraites pour les expatriés

Si vous avez le statut de salarié, vous pouvez choisir de cotiser auprès de la CFE (Caisse des Français de l'Étranger) qui dépend du régime général de la sécurité sociale.

Vous pouvez également vous affilier auprès de la CRE-Ircafex, organisme relevant de l'Agirc-Arrco, le régime complémentaire obligatoire des salariés du privé.

Chef d'entreprise, commerçant, ou industriel, vous pourrez cotiser de façon volontaire auprès de la SSI-ex RSI. Membre de profession libérale, les statuts de votre caisse de retraite vous permettent de poursuivre depuis l'étranger votre cotisation volontaire.

La cartographie ci-dessus prend pour exemple la Cipav, qui permet aux architectes, géomètres et plus généralement aux consultants exerçant une activité libérale de cotiser de façon volontaire lorsqu'ils exercent leur activité à l'étranger.

Si vous êtes salarié, le choix de cotiser simultanément aux deux organismes, CFE et Cre-Ircafex, ou uniquement à l'un deux, vous appartient. Il s'agit en effet de cotisations volontaires auprès de deux organismes indépendants.

Il en va différemment pour les travailleurs indépendants. Contrairement aux salariés, les indépendants et membres de professions libérales, en cas d'affiliation auprès de la SSI ex-RSI ou de la Cipav (exemple retenu pour les membres de professions libérales) devront cotiser simultanément auprès du régime de base et du régime complémentaire associé.

Mon épouse a cessé de travailler pour me suivre : peut-elle continuer à cotiser pour sa retraite ?

Dans la plupart des cas, seul un des conjoints part à l'étranger, contrat en poche et l'autre a parfois du mal à retrouver un emploi. Il lui sera alors possible de cotiser de façon volontaire à la CFE. Deux options lui sont ouvertes.

- S'il se consacre à l'éducation d'au moins un enfant à charge de moins de 20 ans, il peut cotiser en tant que « chargé de famille » pour un coût de 903 € par trimestres (en 2019). Il n'a pas de délai d'affiliation à respecter, la seule condition étant l'âge de l'enfant au moment de l'affiliation.

- Autre option, le conjoint qui a relevé d'un régime français d'assurance maladie pendant au moins 5 ans peut s'affilier en tant qu'ancien assuré. Attention, il ne dispose que d'un délai de six mois pour le faire.

Quel peut être l'intérêt de cotiser auprès d'un régime de base français ?

Trois situations doivent vous inciter à être particulièrement vigilant et à mesurer l'intérêt, dans votre cas particulier, de la cotisation volontaire.

- Vous partez travailler dans un pays qui n'a pas signé d'accord de sécurité sociale avec la France. Les périodes d'activité dans ce pays ne seront pas reconnues lorsque vous demanderez vos retraites françaises et vous devrez probablement attendre 67 ans pour bénéficier de vos retraites au taux plein.

- Vous avez, dans le passé, travaillé dans un pays étranger ayant signé un accord de sécurité sociale avec la France et vous anticipez un changement d'affectation dans un autre pays. Même si ce pays a signé une convention de sécurité sociale avec la France, au moment où vous demanderez vos retraites, vous courez le risque de voir s'appliquer la règle de non-cumul des conventions.

- Après avoir cotisé en France et acquis des droits à la retraite, vous avez suivi votre conjoint en expatriation et n'avez pas encore repris d'activité.

Pour ces trois situations, la cotisation volontaire vous permettra d'éviter une minoration de vos retraites françaises et vous évitera d'attendre 67 ans, date du taux plein garanti pour demander vos retraites françaises.

CFE, CRE-Ircafex, SSI, Cipav comment m'y retrouver et comprendre l'intérêt de ces différentes cotisations ?

Le raisonnement sera différent selon les régimes auprès desquels vous cotisez.

Vous choisissez de cotiser auprès d'un régime de base comme la CFE, la SSI-ex RSI ou la Cipav.

Rappelons que dans le cas de la SSI et de la Cipav vous cotisez alors également auprès d'un régime complémentaire.

En premier lieu, vous améliorez la retraite de votre régime d'affiliation.

Ainsi, si vous cotisez auprès de la CFE, vous cotisez auprès du régime général de la sécurité sociale. Vos cotisations se traduiront par un report de trimestres pris en compte dans tous les paramètres de calcul de la retraite de la sécurité sociale.

Calcul de la retraite des régimes alignés

(Régime général de la sécurité sociale, régime des salariés agricoles et sécurité sociale des indépendants)

Selon la formule ci-dessus, ces cotisations donneront lieu à :

- Un report de salaire retenu pour le calcul du salaire de référence, le SAM (Salaire Annuel Moyen des 25 meilleures années).
- Un report de trimestres retenu pour le calcul de la durée de carrière tous régimes confondus qui détermine le taux de liquidation de la retraite.
- Un report de trimestres retenu comme durée cotisée auprès du régime général.

Il en va de même si, commerçant ou artisan, vous cotisez de façon volontaire auprès de la SSI (sécurité sociale des indépendants).

En second lieu, vous bénéficiez du taux plein plus tôt.

Selon votre situation, votre cotisation auprès d'un régime de base vous permettra également d'avancer la date à laquelle vous pourrez bénéficier d'une retraite au taux plein.

En effet, si faute de convention ou en cas de cumul de conventions, la durée de carrière à l'étranger n'est pas prise en compte, la cotisation volontaire auprès d'un régime de base français vous permettra de continuer à engranger des trimestres et donc d'augmenter la durée de carrière tous régimes confondus. Ainsi, vous pourrez bénéficier plus tôt de vos retraites françaises au taux plein.

Le rendement de la cotisation sera, dans ce dernier cas, le plus souvent très élevé et l'expatrié aura vraiment intérêt à s'affilier auprès du régime de base qui le concerne.

La cotisation volontaire auprès des régimes complémentaires permet, quant à elle, de continuer à acquérir des points pendant la période d'expatriation et donc de continuer à améliorer la retraite de ce régime.

Le schéma qui suit rappelle la formule de calcul de la retraite d'un régime à points.

Calcul de la retraite des régimes à points

(Régimes complémentaires et Cnavpl – régime de base des membres de professions libérales)

L'intérêt de la cotisation volontaire dans un régime complémentaire dépend donc de multiples facteurs personnels et en particulier :

- de tous les droits déjà acquis dans l'ensemble des régimes de retraite français et notamment dans les régimes complémentaires,

- de l'âge auquel un assuré pourra prétendre percevoir l'ensemble de ses retraites à taux plein s'il continue à cotiser et à valider des trimestres (donc de l'âge à partir duquel l'assuré a commencé à cotiser),
- de l'impact d'un non-abattement éventuel à l'âge choisi de liquidation des droits qui s'appliquerait aussi aux régimes complémentaires, venant ainsi augmenter la rentabilité des cotisations,
- de l'intention éventuelle de revenir travailler en France à moyen terme et long terme,
- du nombre d'années à faibles salaires pris en compte par les régimes alignés (régime général, régime des salariés agricoles et sécurité sociale des indépendants) pour le calcul de la moyenne des 25 meilleures années.

Quel est le coût de la cotisation volontaire ?

Tout dépend de votre activité dans le pays étranger.

Salarié, vous pouvez vous affilier à l'assurance volontaire vieillesse de la CFE. Vos cotisations seront alors reversées au régime général de l'Assurance Retraite (CNAV). Ces cotisations seront basées sur votre rémunération. Les derniers bulletins de salaires serviront de justificatifs et permettront de déterminer la catégorie de cotisation.

Si votre salaire est supérieur au Pass (Plafond Annuel de la sécurité sociale) vous cotiserez dans la catégorie au coût le plus élevé (1 797 € par trimestre en 2019).

Pour les assurés âgés de moins de 22 ans, la cotisation n'est pas fonction du niveau de rémunération (450 € par trimestre).

Ces cotisations peuvent être réglées par vous ou par votre employeur.

Point important, le conjoint peut également s'affilier à la CFE en qualité de chargé de famille. S'il a cessé de travailler pour vous accompagner à l'étranger, il continuera ainsi à acquérir des trimestres et des droits dans le régime de base des salariés.

La cotisation pour le conjoint d'expatrié est, en 2019, de 903 € par trimestre.

Si vous ou votre conjoint n'avez pas d'activité professionnelle et si vous n'avez pas d'enfant à charge de moins de 20 ans, vous pouvez également adhérer à l'assurance volontaire vieillesse en tant qu'ancien assuré. Le montant de la cotisation sera identique à celui de la cotisation du salarié.

Travailleur indépendant, vous pouvez vous affilier volontairement en tant que chef d'entreprise, commerçant, ou industriel auprès de la SSI (sécurité sociale des indépendants) ou de la Cipav si votre activité libérale relève du périmètre d'affiliation à ce régime.

Dans le régime de la SSI ex-RSI comme à la Cipav, l'affiliation concerne à la fois le régime de base et le régime complémentaire.

Les cotisations sont basées sur le montant de rémunération nette que déclare chaque année l'expatrié à l'organisme de retraite.

Je travaille depuis plusieurs années à l'étranger et je n'aurai pas tous mes trimestres, la cotisation volontaire permet-elle de « rattraper » ces trimestres qui manqueront au moment de la retraite ?

Non, la cotisation ne permet pas de rattraper une absence de cotisation dans le passé.

Seule exception, la Cipav qui autorise, sous conditions, une affiliation rétroactive permettant de remonter jusqu'à 5 ans en arrière.

L'assuré qui souhaite compléter des périodes manquantes dans le passé devra étudier la possibilité de racheter des trimestres.

§ V – *LE RACHAT DE TRIMESTRES*

J'ai fait des études longues pendant lesquelles je n'ai pas travaillé, est-ce que je peux racheter mes trimestres ?

Oui, le dispositif de Versement Pour La Retraite (VPLR), accessible à tous les assurés, permet de racheter des trimestres pour années d'études ou pour années incomplètes (années pendant lesquelles l'assuré n'a pas validé 4 trimestres).

Attention ! Ce dispositif limite à 12 le nombre de trimestres rachetables au titre des années d'études ou des années incomplètes.

Dans le cadre de ce dispositif, vous pouvez, par ailleurs, racheter tous les trimestres manquants correspondants à des périodes d'activité à l'étranger que vous ne pourrez pas valider dans le cadre d'une convention.

Le VPLR est le dispositif de rachat de trimestres le plus connu.

L'autre dispositif, le rachat de trimestres « Loi Madelin », n'est accessible qu'aux travailleurs indépendants. Il permet à ces derniers de racheter les trimestres des 6 années précédant la demande de rachat si les revenus pendant ces années ont été insuffisants pour valider 4 trimestres.

Racheter des trimestres, c'est cher ?

Le tableau qui suit donne une idée du coût de rachat d'un trimestre dans le cadre du dispositif VPLR en fonction de l'âge d'un assuré et du dispositif choisi.

Coût du VPLS en 2019

Coût du Versement Pour La Retraite (VPLR) en 2019 selon l'âge et le régime d'affiliation Revenu supérieur à 40 524 € / an			
Âge de l'assuré	50	60	62
Régime des salariés, artisans, commerçants Option I : pour le taux	3 563 €	4 367 €	4 510 €
Régime des salariés, artisans, commerçants Option II : pour le taux et la durée	5 279 €	6 472 €	6 684 €
Régimes des professions libérales (CNAVPL) Option I : pour le taux	2 204 €	2 789 €	2 896 €
Régime des avocats (CNBF) Option I : pour le taux	3 360 €	4 251 €	4 415 €

Il est possible de racheter des trimestres entre 20 ans et 66 ans et le coût du trimestre augmente avec l'âge.

Le tableau reprend le barème pour les assurés âgés de 50 ans, 60 ans et 62 ans.

Pour chaque tranche d'âge, le coût du trimestre augmente en fonction des revenus.

Le montant est plafonné pour les revenus supérieurs au Pass (Plafond Annuel de la sécurité sociale). Un assuré ayant un revenu égal au Pass (40 524 € en 2019) se verra appliquer le même tarif qu'un assuré ayant un revenu de 100 000 €.

Le rachat de trimestres est déductible des revenus imposables. Les assurés résidents fiscaux peuvent donc bénéficier de cette déductibilité.

Les non-résidents, surtout s'ils ont travaillé à l'étranger pour l'essentiel de leur carrière, auront intérêt à respecter certaines étapes avant de décider d'un éventuel rachat et vérifier sa rentabilité.

Ai-je intérêt à racheter des trimestres ?

Si vous êtes éloigné de l'âge de la retraite et en particulier si vous êtes né après 1963, il est sans doute urgent d'attendre avant de prendre une quelconque décision.

En effet, le futur système de retraite, encore à l'étude, devrait être mis en application à compter de 2025. Vous aurez alors moins de 62 ans et vous ne pourrez pas demander vos retraites. La durée de carrière et donc le nombre de trimestres validés, paramètres clés du système actuel, ne devraient pas avoir autant d'importance dans le nouveau système. Un rachat anticipé pourrait donc s'avérer inutile.

Ensuite, il convient de respecter certaines étapes.

- **Étape 1 – Rachetez utile**

Ne rachetez que les trimestres dont vous avez besoin, soit pour liquider vos retraites au taux plein, soit pour minorer l'abattement pour trimestres manquants.

Le rachat s'avèrera donc inutile si vous avez déjà atteint l'âge du taux plein garanti ou si après rachat, il vous manque toujours 20 trimestres ou plus.

Attention, même s'ils vous permettent d'atteindre le taux plein avant 62 ans, les trimestres rachetés ne vous autoriseront pas à prendre une retraite anticipée avant 62 ans !

- **Étape 2 – Comptez précisément les trimestres déjà acquis**

N'oubliez pas les trimestres cotisés en France avant votre départ, les jobs d'été, le service militaire... et ajoutez les trimestres acquis pendant vos périodes d'activité à l'étranger dans le cadre d'une convention ou grâce à vos cotisations volontaires. Pensez aussi à la majoration de durée d'assurance pour enfants, des mères de famille.

Attention, ne faites pas d'erreurs en décomptant vos trimestres cotisés à l'étranger, les règles varient selon les pays (conventions bilatérales, accords européens, cumul de conventions...).

- **Étape 3 – Achetez au meilleur prix**

Les rachats « loi Madelin », sont certes souvent moins coûteux mais ils sont réservés aux indépendants.

Le Versement Pour La Retraite (VPLR) est accessible à tous. Il permet notamment aux expatriés de racheter certaines périodes d'activité à l'étranger. Son tarif, plus élevé,

dépend du régime de rachat, de l'âge de l'assuré, de ses revenus (coût forfaitaire pour des revenus supérieurs au plafond de la sécurité sociale) et enfin de l'option retenue.

Les poly-pensionnés qui ont enregistré des années incomplètes quand ils cotisaient comme membre d'une profession libérale auront intérêt à racheter en priorité ces périodes qui leur coûteront moins cher.

- **Étape 4 – Mesurez l'impact sur vos retraites**

C'est sans doute l'étape la plus importante. Évaluez l'impact du rachat sur le montant de vos retraites afin de mesurer l'intérêt de l'opération.

Dans certains cas, le rachat, effectué auprès d'un régime de base, aura un impact sur toutes les retraites françaises, y compris les retraites complémentaires Agirc-Arrco, Ircantec ou Cipav. Plus la carrière en France aura été longue et les droits acquis auprès de ces régimes élevés, plus le rachat sera rentable.

Attention néanmoins, depuis 2019, les assurés qui demandent leurs retraites dès qu'ils ont droit au taux plein et avant 67 ans subissent un malus temporaire de 10 % sur leurs retraites complémentaires Agirc-Arrco.

Le rachat d'un trimestre de moins que requis pour le taux plein permet d'éviter ce malus temporaire mais cette stratégie n'est pas intéressante dans tous les cas.

- **Étape 5 – Tenez compte de la déductibilité fiscale**

Si vous payez des impôts en France, le rachat, comparable à une cotisation sociale, est déductible, tout d'abord, des revenus d'activité, ensuite des pensions qu'il a contribué à optimiser et enfin, au titre des charges déductibles du revenu brut global. Toutefois, il ne peut pas donner lieu à crédit d'impôt.

§ VI – *QUAND L'ÂGE DE LA RETRAITE APPROCHE*

J'ai cessé de travailler, je vis à l'étranger… je peux demander mes retraites françaises ?

Vous ne pourrez toucher vos retraites françaises que si vous avez atteint l'âge légal d'ouverture des droits (62 ans si vous êtes né en 1955 ou plus tard).

Que vous résidiez en France ou à l'étranger, le fait d'avoir cessé de travailler ne vous libère pas de cette contrainte d'âge minimum pour demander vos retraites françaises.

Une exception, si vous avez commencé à travailler jeune, il se peut que vous ayez le droit de profiter de votre retraite avant cet âge minimum.

Donc si votre relevé de carrière montre 5 trimestres acquis avant la fin de l'année civile de vos 20 ans (4 trimestres seulement si vous êtes né en octobre, novembre ou décembre), si vous n'avez pas cessé de cotiser depuis et que tous vos trimestres sont reconnus pour le droit à ce départ anticipé vous pourrez demander vos retraites françaises dès 60 ans.

Ai-je droit à une retraite française ?

Oui, si vous avez cotisé en France ou si vous avez cotisé de façon volontaire auprès de la Caisse des Français de l'Étranger (CFE), du RSI ou du régime de base français de votre caisse libérale.

Mais n'attendez pas le dernier moment !

Bien que les caisses suggèrent de déposer son dossier 4 à 6 mois avant la date de début de retraite, nous conseillons aux Français de l'étranger, en particulier à ceux qui ont perdu le contact avec la France ou la CFE depuis quelques années, d'entamer les démarches un an avant la date de départ.

Comment décider de la date à laquelle je dois demander mes retraites ?

Que vous résidiez en France ou à l'étranger, la préparation de la retraite exige de passer par un certain nombre d'étapes.

1. Demandez votre relevé de carrière (www.lassuranceretraite.fr)
2. Ayez pour objectif de combler les trous
   - En faisant valider les trimestres sous les drapeaux ou en coopération.
   - En vérifiant que tous vos petits « jobs » d'été ou d'étudiant ont été reportés, c'est l'occasion de ressortir les attestations, salaires, certificats divers que vous aviez oubliés au grenier.
   - En faisant valider vos périodes d'activité à l'étranger avant 1983 quel que soit le pays et après 1983, dans les pays ayant signé une convention.
3. Faites alors les comptes et évaluez le nombre de trimestres qui vous manquent pour obtenir le taux plein

À ce stade, vérifiez l'intérêt d'un éventuel rachat de trimestres.

Je travaille aux États-Unis et je ne pourrai pas prendre ma retraite avant 66 ans, je peux quand même toucher ma retraite française ?

Même si vous continuez à travailler dans votre pays d'accueil, vous avez le droit de demander votre retraite française dès le 1er jour du mois qui suit votre date anniversaire de 62 ans.

Le fait de continuer à travailler et à cotiser localement ne vous empêche nullement de le faire.

Certes, le texte relatif au cumul des retraites françaises avec une activité professionnelle demande de liquider l'ensemble de ses retraites françaises et étrangères. Mais ce texte concerne le cumul des retraites avec des revenus d'activité en France. Il ne s'applique pas au cumul avec des revenus d'activité professionnelle à l'étranger.

J'ai peu cotisé en France, je n'aurai donc pas tous mes trimestres.

Ne sous-estimez pas le nombre de trimestres que vous avez acquis. En particulier, n'oubliez pas de tenir compte des trimestres qui seront validés par le biais de la convention de sécurité sociale signée entre la France et le pays dans lequel vous cotisez.

Si après un compte complet de vos trimestres, vous constatez que vous n'aurez pas droit à une retraite au taux plein dès 62 ans, mesurez l'impact de la minoration liée à cette carrière incomplète. Il vaut parfois mieux toucher moins mais plus longtemps qu'attendre pour « viser » le taux plein.

J'ai commencé à travailler jeune, est-ce que ça donne des avantages ?

Les assurés qui ont commencé à travailler tôt et qui ont droit à une retraite au taux plein avant 62 ans peuvent bénéficier du dispositif de départ anticipé au titre des carrières longues.

Pour la sécurité sociale française, avoir commencé à travailler jeune se mesure par les 5 trimestres acquis avant la fin de l'année civile de vos 20 ans (4 trimestres seulement si vous êtes né entre octobre et décembre).

Si vous n'avez pas cessé de cotiser depuis et si ces trimestres sont tous retenus dans le cadre du dispositif de départ anticipé au titre des carrières longues, il se peut que vous ayez le droit de profiter de votre retraite dès 60 ans. Là encore, le fait de travailler dans votre pays d'accueil ne vous empêchera pas de percevoir vos retraites françaises.

Attention, le décompte des trimestres pour le droit au départ anticipé au titre des carrières longues ne retient pas plus de 4 trimestres de service militaire, 4 trimestres de chômage et 4 trimestres de maladie, maternité ou accident du travail.

Les trimestres rachetés ou les trimestres de majoration de durée d'assurance des mères de famille ne sont pas retenus.

Comment demander ma retraite ?

Si vous résidez en France, adressez-vous à la caisse de retraite de votre lieu de résidence.

Si vous résidez dans un pays étranger qui n'a pas signé d'accord de sécurité sociale avec la France, adressez-vous à la caisse de retraite française auprès de laquelle vous avez cotisé en dernier lieu.

Si vous résidez à l'étranger dans un pays signataire d'un accord, effectuez votre demande auprès de la caisse de retraite de ce pays.

Dans sa réponse, la caisse d'assurance retraite vous indiquera le nombre de trimestres que vous avez engrangés et vous permettra d'évaluer la date à laquelle vous pourrez toucher une retraite française au taux plein.

Si vous souhaitez avancer cette date, il vous reste la possibilité de faire une demande de rachat trimestres.

Pour l'ensemble de ces démarches, comptez au minimum 6 mois. La distance n'arrangeant pas les choses.

§ VII – *LE DROIT À LA RETRAITE D'UN PAYS ÉTRANGER*

Je n'aurai droit à ma retraite allemande qu'à 66 ans.

Effectivement, en Allemagne, l'âge légal de départ en retraite est en recul de 65 ans à 67 ans.

Ainsi les assurés qui ont atteint l'âge de la retraite en 2019 sont nés entre mai 1953 et mars 1954.

L'âge légal de départ en retraite est plus élevé dans la plupart des pays de l'OCDE qu'en France.

Si vous avez travaillé et cotisé dans un pays étranger et si vous avez depuis quitté ce pays, ces cotisations vous donnent peut-être droit à une retraite de ce pays. N'oubliez pas de vérifier les conditions d'obtention de la retraite dans ce pays.

Je n'ai travaillé que 3 ans au Japon, je n'aurai pas droit à une retraite de ce pays.

De nombreux pays exigent une durée minimale de cotisation pour verser la retraite. Cette durée est, par exemple de 10 ans au Japon et aux États-Unis.

Les expatriés qui ont cotisé peu de temps dans le pays étranger considèrent à tort qu'ils n'auront pas droit à une retraite de ce pays.

Or, si ce pays a signé une convention de sécurité sociale avec la France, le décompte des périodes d'activité en France sont prises en compte pour vérifier l'éligibilité à une retraite du pays.

Ainsi, le Japon additionnera les trimestres cotisés en France aux trimestres cotisés au Japon pour vérifier si vous avez droit à une retraite japonaise.

J'ai travaillé au Canada mais je n'y réside plus : est-ce que j'aurai droit à une retraite ?

Oui. Bien qu'une partie de la retraite canadienne soit versée sous condition de résidence, vous aurez même droit aux deux retraites canadiennes grâce à l'application des conventions bilatérales franco-canadienne d'une part et franco-québécoise d'autre part.

Deux retraites constituent la pension canadienne :

- la *PSV (Pension Sécurité Vieillesse)* est la retraite fédérale servie à l'ensemble des assurés sous condition de durée de résidence
- le *RPC (Régime de Pensions du Canada)* ou son équivalent québécois, *Retraite Québec*, sont des régimes contributifs.

Sont éligibles à la *PSV*, les assurés résidents du Canada qui justifient d'un total de 10 ans de résidence au Canada. Les non-résidents au moment de la demande de retraite *PSV* doivent justifier de 20 années de résidence.

Ces années de résidence seront évaluées au travers des conventions bilatérales en additionnant les trimestres canadiens et les trimestres français.

§ VIII – *LE DROIT À RÉVERSION*

Le père de mes enfants vient de décéder, est-ce que j'aurai droit à une retraite de réversion ?

La réversion est le droit du conjoint survivant à recevoir une partie des retraites d'un assuré décédé. Elle est versée sous diverses conditions d'âge, de ressources ou de mariage.

Le mariage est la première des conditions : sans mariage, pas de réversion d'une retraite d'un régime obligatoire français. Le Pacs, le concubinage ou la présence d'enfants ne modifient pas cette première règle.

Le droit à réversion est indifférent au sexe du conjoint : la réversion vaut autant pour les veufs que pour les veuves. Le mariage pour tous a ouvert l'accès à la réversion aux couples de même sexe.

Dans la plupart des régimes, la durée du mariage ne figure plus parmi les conditions d'attribution.

En cas de divorce, le droit à réversion demeure et l'ex-conjoint divorcé percevra sa part de la réversion (s'il pense à la réclamer).

Quelles sont les conditions pour bénéficier de la retraite de réversion ?

Les conditions d'attribution de la réversion varient selon les régimes.

Le tableau qui suit donne une indication des paramètres pris en compte mais ne mentionne pas toutes les exceptions !

Réversion : quel taux et quelles conditions ?

	Régimes de base (1)	Agirc-Arrco	Fonction Publique
Taux	54 %	60 %	50 %
Conditions d'âge (2)	55 ans	55 ans	55 ans
Sous condition de ressources	Oui	Non	Non
Remariage accepté	Oui	Non	Non

(1) Salariés, artisans, commerçants, professions libérales et régimes agricoles
(2) Sauf si invalidité ou en présence d'enfants à charge

Dans les régimes de base, où s'applique la condition de ressources, le plafond de ressources est en 2019 de 20 862,40 €.

Pour évaluer ces ressources, sont pris en compte le salaire ou les retraites du bénéficiaire mais également le revenu des biens personnels (qui ne sont pas issus de la communauté). Pour l'évaluation, il est considéré que ces biens génèrent un revenu de 3 %.

Mon père vient de décéder. Quand ma mère aura-t-elle droit à la réversion ?

La date du décès détermine la date d'effet de la réversion.

Elle est fixée, selon les régimes, au 1er jour du mois ou du trimestre suivant le décès de l'assuré. Si le bénéficiaire ne remplit pas les conditions d'attribution, la condition d'âge par exemple, il devra attendre le 1er jour du mois civil qui suit la date à laquelle les conditions sont remplies.

En cas d'absence ou de disparition, les organismes de retraite ont prévu des dispositions permettant l'attribution d'une réversion.

Attention à déposer la demande de réversion dans l'année. En effet, la réversion est quérable et non portable. L'envoi d'un certificat de décès, s'il a pour conséquence l'arrêt du versement de la retraite, ne va pas pour autant être suivi par le versement de la réversion : il faut impérativement la demander.

Si la demande est déposée dans le délai d'un an après le décès ou la disparition, la réversion prendra bien effet à la date du décès. Mais ce délai passé, elle ne sera attribuée qu'à compter du premier jour du mois suivant la date de dépôt de la demande.

Adressez-vous à la caisse de retraite qui versait les retraites ou à la dernière caisse de cotisation. Si vous résidez dans un pays qui a signé une convention de sécurité sociale, vous pouvez, comme pour la demande de retraite, vous adresser à l'organisme de retraite de ce pays qui devrait assurer la coordination du dossier.

§ IX – *RAPPELS SUR LES ÂGES DE LA RETRAITE EN FRANCE EN 2019*

Âge d'ouverture des droits

L'âge d'ouverture des droits se définit comme le premier âge à partir duquel l'affilié peut demander à toucher ses retraites.

- Avant juillet 2011 et depuis 1982, cet âge était de 60 ans. Suite à la réforme 2010 des retraites, l'âge d'ouverture des droits a progressivement reculé à 62 ans.
- Désormais il est de 62 ans pour les assurés né à partir de 1955.
- Dans certains cas particuliers, carrières longues, handicap notamment il est possible de bénéficier, sous conditions, d'un âge de départ anticipé.

Réforme 2010 des retraites

Recul de l'âge d'ouverture des droits en fonction de l'année de naissance

Naissance	Âge d'ouverture des droits *	Taux plein à
Avant 1951	60 ans	65 ans
1er semestre 1951	60 ans	65 ans
2e semestre 1951	60 ans et 4 mois	65 ans et 4 mois
1952	60 ans et 9 mois	65 ans et 9 mois
1953	61 ans et 2 mois	66 ans et 2 mois
1954	61 ans et 7 mois	66 ans et 7 mois
1955	62 ans	67 ans

Date du taux plein

La date du taux plein est la date à partir de laquelle l'assuré liquide ses retraites sans minoration.

Pour les régimes de base alignés et le régime de base des professions libérales, le taux plein est acquis :

- en justifiant d'un certain nombre de trimestres de durée de carrière et à défaut,
- en attendant 5 ans après l'âge d'ouverture des droits (recul progressif entre 62 et 67 ans).

Exception à la règle du taux plein acquis par le nombre de trimestres : dans la plupart des régimes complémentaires des professions libérales, la durée de carrière n'est pas prise en compte et seul l'âge à la liquidation de la retraite déterminera le droit au taux plein.

Ainsi, pour ne pas subir de minoration sur leur retraite complémentaire de libéral :

- Les experts-comptables et les vétérinaires doivent attendre 65 ans.
- Les assureurs, notaires, officiers ministériels, huissiers, agents de change, pharmaciens, dentistes et sages-femmes devront progressivement attendre 67 ans (recul de 65 à 67 ans en fonction de l'année de naissance).
- Quant aux médecins exerçant en libéral, la réglementation de leur régime complémentaire a été modifiée en 2017 : ils peuvent désormais bénéficier de leur retraite complémentaire dès 62 ans sans minoration quelle que soit la durée de carrière.

Nombre de trimestres requis pour le taux plein

Dans les régimes pour lesquels le droit au taux plein dépend de la durée de carrière, le nombre de trimestres requis dépend de l'année de naissance.

D'un nombre initial de 150 trimestres, le nombre requis était passé à 166 trimestres à la veille de la réforme 2013. Depuis, le nombre de trimestres requis maximal est de 172 trimestres pour les assurés nés à partir de 1973.

Réforme 2013 des retraites

Augmentation du nombre de trimestres requis pour le droit au taux plein

Année de naissance	Durée de cotisation	Année de naissance	Durée de cotisation
1958	167 trimestres	1966	169 trimestres
1959	167 trimestres	1967	170 trimestres
1960	167 trimestres	1968	170 trimestres
1961	168 trimestres	1969	170 trimestres
1962	168 trimestres	1970	171 trimestres
1963	168 trimestres	1971	171 trimestres
1964	169 trimestres	1972	171 trimestres
1965	169 trimestres	1973	172 trimestres

Dans le système de retraite actuel, le nombre de trimestres validés au moment de la retraite conditionne le droit à une retraite au taux plein.

Comment acquiert-on des trimestres ?

L'assuré acquiert des trimestres par les cotisations prélevées sur ses revenus d'activité professionnelle.

Nombre d'assurés ignorent qu'il n'est pas toujours nécessaire de cotiser pendant un trimestre pour valider un trimestre de carrière.

En 2019, l'assuré qui cotise sur un revenu légèrement supérieur à 6 000 € annuels pourra valider 4 trimestres. En effet, 150 h au SMIC permettent en cours de carrière de valider un trimestre.

Ce revenu est pris en compte chaque mois dans la limite du plafond mensuel de la sécurité sociale (3 377 € en 2019).

Ainsi, un assuré qui aura cotisé 2 mois au-delà du plafond aura acquis 4 trimestres par ces deux mois de cotisation.

Un assuré qui cesse de travailler en France en février alors qu'il cotisait sur un revenu brut mensuel supérieur à 3 377 € en 2019 aura sécurisé 4 trimestres.

Cette règle rencontre des exceptions.

- L'année de la liquidation des droits, il n'est pas possible de valider plus de trimestres que le nombre de trimestres calendaires écoulés entre le 1er janvier et la date d'effet des retraites.
- Certains régimes spéciaux, notamment la Fonction Publique, valident des trimestres au titre de la durée d'activité : 90 jours de cotisation en tant que fonctionnaire permettent de valider 1 trimestre même en cas d'activité à temps partiel.

Certains événements de la vie permettent par ailleurs de valider des trimestres qui n'ont pas donné lieu à cotisation.

- Les mères de famille valideront jusqu'à 8 trimestres par enfant : 4 trimestres au titre de la naissance et 4 trimestres au titre de l'éducation.
- Le service militaire : toute période commencée de 90 jours valide 1 trimestre.
- Le chômage : 50 jours valident 1 trimestre.
- Les arrêts pour longue maladie : 60 jours d'arrêt permettent de valider 1 trimestre.

§ X – *LES SITES UTILES*

L'Union Retraite est un groupement d'intérêt public (GIP) qui réunit les organismes de retraite obligatoires, de base et complémentaires. Son portail informatif permet de comprendre l'organisation du système de retraite français.

- www.info-retraite.fr

Les Français de l'étranger seront particulièrement intéressés par des sites qui leur permettent d'en savoir davantage sur la cotisation volontaire.

- www.cfe.fr
- www.humanis.com (site de la CRE et de l'IRCAFEX)

Le site du Cleiss (Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale) permet de retrouver la liste à jour des conventions de sécurité sociale et fournit des informations sur les systèmes de retraite des pays ayant part aux accords communautaires et des pays ayant signé des conventions bilatérales avec la France.

- www.cleiss.fr

Tous les organismes de retraite proposent un accès en ligne qui permet aux expatriés de se renseigner sur les droits acquis quand ils cotisaient en France.

Au fil des années ces sites ont amélioré l'accès à l'information générale sur la retraite et à l'information du particulier qui souhaite se renseigner sur ses droits. Certains sites permettent désormais les échanges de documents en ligne.

Pour la plupart de ces sites, le login est votre numéro de sécurité sociale (13 chiffres plus clé sur 2 chiffres)

Salariés du privé

- www.lassuranceretraite.fr
- www.msa.fr : pour les salariés agricoles
- www.agirc-arrco.fr

Salariés non titulaires du public

- www.ircantec.retraites.fr

Fonctionnaires

- www.retraitesdeletat.gouv.fr
- www.cnracl.retraites.fr
- www.rafp.fr

Indépendants : artisans, commerçants et industriels

- www.secu-independants.fr

Avocats

- www.cnbf.fr

Membres des autres professions libérales : la liste des sites se trouve sur le portail du site du régime de base commun de la Cnavpl.

- www.cnavpl.fr

TITRE II

LE PATRIMOINE DES COUPLES MARIÉS ET LES ÉTATS-UNIS

CHAPITRE UNIQUE

FOCUS SUR L'ORGANISATION MATRIMONIALE DES COUPLES AUX ÉTATS-UNIS

À défaut de « prenuptial or marital agreement », deux systèmes patrimoniaux des biens des couples mariés coexistent aux États-Unis, la « Community property » et le système de « common law property ». Le droit américain ne connaît pas la notion de régime matrimonial c'est pourquoi il faut bien se garder d'établir des parallèles avec les régimes matrimoniaux tels que nous les connaissons en droit latin et veiller à ne pas raisonner par analogie.

➦ **Comparution d'époux soumis à un système patrimonial hors droit latin :**

« Mariés à ... le ..... sans avoir fait précéder leur union d'une convention prénuptiale que ce soit en FR ou à l'étranger.

En vertu des règles de détermination de loi applicable de droit français, il y a lieu d'appliquer la Convention de La Haye du 14 mars 1978 entrée en vigueur le 1er septembre 1992 (ou le Règlement Européen du 24 juin 2016 entré en vigueur le 29 janvier 2019). L'article 4 prévoit « *si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage* **». (Ou l'article 26 du Règlement européen**

qui prévoit « *À défaut de convention sur le choix de la loi applicable conformément à l'article 22, la loi applicable au régime matrimonial est la loi de l'État :*

– de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ; ou à défaut,

– de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage ; ou à défaut,

– avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances ».)

Les époux déclarent qu'immédiatement après leur union, ils ont fixé leur résidence habituelle à .... . Il en résulte, selon les dispositions de la convention (ou du Règlement) précitée, que le couple ... est soumis à la législation matrimoniale de droit commun applicable dans l'État de ... (États-Unis d'Amérique).

Les époux déclarent qu'ils n'ont pas, postérieurement à leur mariage, apporté de modifications aux règles régissant leur union, ni en France ni à l'étranger et qu'ils n'ont pas fixé leur résidence commune dans un autre État que .... »

Nous nous efforcerons de présenter le tronc commun des règles en vigueur au sein de ces modes d'organisation du patrimoine du couple tout en gardant bien à l'esprit que chacun des cinquante états applique ses propres lois. En effet, aux termes du 10e amendement, le droit de la famille, et plus particulièrement les législations relatives aux biens des couples mariés, relèvent du domaine des états fédérés qui les édictent et veillent à leur application. Très peu de points sont abordés par la loi fédérale. Il n'en demeure pas moins que l'institution du mariage fait appel à des intérêts supérieurs communs, elle ne peut donc totalement échapper à la tutelle de l'état fédéral. Par ailleurs, la notion de mariage surgit dans des domaines variés tels que la législation fiscale ou l'immigration, autant de domaines qui peuvent relever du pouvoir de l'état fédéral. En cas de conflit de norme, si la disposition d'un état est contraire à une disposition fédérale, cette dernière prévaut selon l'article VI clause 2 de la constitution des États-Unis d'Amérique.

Il ne s'agit pas ici de présenter les règles applicables dans chacun des états mais bien de mettre en exergue les particularités des systèmes. En effet, la plupart des règles n'ont pas vocation à vivre par elles-mêmes en période de croisière du couple et ne régissent le plus souvent pas les pouvoirs des époux. Il convient davantage de les envisager comme des modalités de distribution patrimoniale des biens au moment de la séparation du couple par divorce ou lors du décès. En effet, lors de leur union, les époux ne sont pas appelés à choisir un « régime matrimonial », c'est lors de leur séparation que sera soulevée la question de la propriété des biens et leur répartition.

§ I – *ORIGINES HISTORIQUES*

Neuf états ainsi que le territoire de Puerto Rico appliquent une répartition du patrimoine communément appelée « community property ». Ils sont majoritairement situés dans l'ouest américain. Les autres, ceux de « common law property », sont

également parfois appelés états de « separate property ». Ce dernier est le mode d'organisation matrimoniale le plus répandu aux États-Unis.

A/ L'origine des « community property states »

Le système de « community property » puise son origine dans le droit des régimes matrimoniaux mexicain, lui-même inspiré du droit civil latin et plus particulièrement des régimes en vigueur en France et en Espagne. En effet, les territoires du sud-ouest des États-Unis ont été cédés par le Mexique aux États Unis en 1848 à l'issue de la guerre.

La Californie a perpétué ce régime de manière législative et judiciaire en adoptant des textes et en rendant des décisions innovantes en matière familiale. Il en a notamment été ainsi de la reconnaissance de la « domestic partnership legislation » ou encore du mariage homosexuel.

En Louisiane, lorsque Napoléon a vendu le territoire aux États-Unis en 1803, le système de la community property était bien établi.

Quant au Texas, pendant un temps république indépendante, il a rejoint l'Union en 1845 apportant avec lui son héritage législatif mexicano-espagnol.

Par ailleurs, en 1998 par l'adoption du « Community Property Act », l'Alaska propose le système de manière optionnelle, les époux peuvent volontairement s'y soumettre.

Bien entendu, le fait pour les époux de vivre dans un état de droit commun de community property ne les soumet pas de manière obligatoire à cette organisation patrimoniale. La *communauté* ne s'appliquera que si les époux n'ont pas prévu un autre mode d'organisation. Ainsi, même au sein d'un état de community property, les époux peuvent contractuellement opter pour un système de common law property ou encore apporter des aménagements conventionnels au système de community. Ce choix est admis antérieurement à la célébration de l'union mais aussi en cours d'union selon les circonstances.

B/ Classification des États

États	Community property	Separate property/Common law
Alabama		x
Alaska	x	x
Arizona	x	
Arkansas		x
Californie	x	
Caroline du Nord		x
Caroline du Sud		x
Colorado		x

États	Community property	Separate property/Common law
Connecticut		x
Dakota du nord		x
Dakota du sud		x
Delaware		x
Floride		x
Géorgie		x
Hawaï		x
Idaho	x	
Illinois		x
Indiana		x
Iowa		x
Kansas		x
Kentucky		x
Louisiane	x	
Maine		x
Maryland		x
Massachusetts		x
Michigan		x
Minnesota		x
Mississippi		x
Missouri		x
Montana		x
Nebraska		x
Nevada	x	
New Hampshire		x
New Jersey		x
Nouveau Mexique	x	
New York		x
Ohio		x
Oklahoma		x
Oregon		x
Pennsylvanie		x
Rhode Island		x
Tennessee		x

États	Community property	Separate property/Common law
Texas	x	
Utah		x
Vermont		x
Virginie		x
Virginie Occidentale		x
Washington	x	
Wisconsin	x	
Wyoming		x

§ II – *COMMUNITY PROPERTY VERSUS COMMON LAW PROPERTY*

La principale distinction entre ces systèmes porte sur les modalités du droit de propriété des biens acquis pendant l'union des époux. Ainsi, sous la community property, chacun des époux détient la moitié des biens que le couple a acquis ou créé pendant le mariage. Le système de community property est protecteur de celui dont les moyens sont moins importants pendant l'union.

En système de common law, les biens acquis par chacun des époux pendant l'union lui appartiennent. Le conjoint non propriétaire ou moins pourvu n'en n'est pas moins défavorisé en cas de séparation du couple puisque la balance est rétablie au moyen de modalités de distribution des biens à la fin de l'union.

En cas de divorce, certains États avaient une tradition de division des biens de manière égalitaire, notamment la Californie, d'autres de manière équitable, comme le Texas.

Cette distinction tend à disparaître et les juridictions, sans distinction selon les États, ont adopté un système de distribution équitable des biens du couple. En effet, les tribunaux disposent du pouvoir de statuer sur la distribution des biens au moment de la séparation par divorce. Le juge peut répartir les biens de manière équitable plutôt qu'uniquement en fonction de la qualification de la propriété de chaque bien. Ainsi, le conjoint non propriétaire pourra se voir attribuer, selon les circonstances, des droits sur les biens dont son époux est seul propriétaire. Tous les biens des deux époux, sans considération du moment de leur acquisition ni du titulaire du droit de propriété sont alors compris dans le partage. D'autres États font un tri dans le patrimoine en différenciant les biens qualifiés de separate property de ceux qui dépendent de la community property ou de la marital property.

Les juridictions adoptent différentes manières d'apprécier l'équité en prenant en considération différents facteurs parmi lesquels l'implication des époux dans la vie de famille, la contribution financière à l'enrichissement du patrimoine commun, la durée du mariage, les capacités financières de chacun des époux lors de la séparation, la garde des enfants...

Il en résulte que les différences entre le système de community property et de common law property tendent à s'amoindrir en cas de divorce.

A/ « Community property »

Conceptuellement, la « community property » repose sur le principe d'égalité des époux, pierre angulaire du système. Toutes les richesses créées ou acquises par l'un et l'autre des membres du couple enrichissent le patrimoine commun, le mariage étant une communauté d'intérêts, chacun des membres contribue à sa prospérité en alimentant la marital community.

Si les parties n'en n'ont pas décidé autrement, les biens compris dans la communauté sont les biens acquis par les époux pendant leur union ainsi que, le plus souvent, les revenus, les fruits et revenus générés par ces biens et les biens acquis au moyen des biens communs, ceci, même si l'acquisition a été faite par un seul des époux. Par ailleurs, de manière générale, les biens qui accroissent la communauté sont communs mais ici encore, des particularismes peuvent venir contrarier ces principes.

La présomption de community property est définie de différentes manières selon les États :

En Californie : « Except as otherwise provided by statute, all property, real or personal, wherever situated, acquired by a married person during the marriage, while domiciliated in this state is community property ». Cal. Fam. Code 760

En Arizona : « All property acquired by either husband or wife during the marriage is the community property of the husband and wife (...) » Ariz. Rev. Stat. Ann 25-211

Idaho : « All property acquired after marriage by either husband or wife is community property Idaho Code 32-906

Louisiane : « Property acquired during the existence of the legal regime through the effort, skill, or industry of either spouse; property acquired with community things or with community and separate things, unless classified as separate property; damages awarded for loss or injury to a thing belonging to the community; and all other property not classified by laws separate property ». LSA-C.C. art. 2338

Nevada : « All property, other than that stated in NRS 123.130 acquired after marriage by either husband or wife, or both, is community property unless otherwise provide by:

1- an agreement in writing between the spouses, which is effective only as between them.

2- a decree of separate maintenance issued by a court of competent jurisdiction. (...)» Nev. Rev. Stat 123.220

Texas : « Community property consists of the property, other than separate property acquired by either spouse during marriage ». V.T.C.A. Fan. Code 3.002

Nouveau Mexique : « (...) community property means property acquired by either or both spouses during marriage which is not separate property (...) » N. M. Stat 40.3.8

Washington : « Property not acquired or owned, as prescribed in RCW 26.16.010 and 26.16.020, acquired after marriage or after registration of a state registered domestic partnership by either domestic partner or either husband or wife or both, is community property ».Wash. Stat. 26.16.030

Wisconsin : « All property of spouses is marital property except that which is classified otherwise by this chapter and that which is described in sub (...) ». Wisc. Stat. 766.31

Cette « présomption de communauté » souffre la preuve contraire dont le mode de démonstration mais aussi la force peut différer d'un État à l'autre. Alors que certains requièrent un faisceau d'indices, d'autres s'attachent à la démonstration d'une preuve claire et convaincante.

Par ailleurs, au sein de certains États, (notamment en Californie, Idaho, Nevada, Texas), l'époux peut se préconstituer la preuve des biens propres qu'il détient au moyen d'un inventaire lequel sera le support de preuve à l'égard des tiers.

Dans les États à système de community property, les biens acquis et reçus avant le mariage et les donations et successions dévolues pendant l'union restent la propriété séparée de l'époux ou des époux qui l'a acquis ou recueilli.

B/ « Common law property »

Au sein des États de common law, le titre détermine le droit de propriété qui pèse sur le bien. Le bien acquis par un époux est présumé lui appartenir, il s'agit des biens parfois qualifiés de « separate property ». Les biens du couple sont quant à eux qualifiés de « marital property » dont il existe plusieurs modalités de détention.

C/ Détermination de la loi applicable

I/ Changement de domicile

Si les époux changent de domicile en cours d'union, qu'ils déménagent d'un État de « community property » vers un état de « common law » ou inversement, les droits acquis sur leurs biens ainsi que leurs pouvoirs sur ces mêmes biens peuvent changer.

Ainsi, les États de « community property » étant situés dans le sud ouest des États Unis, sous un climat favorable, il n'est pas rare que les couples à la retraite, antérieurement soumis au régime de « common law » s'y installent. Ils ont constitué leur patrimoine pendant toute leur vie active, qu'advient-il de leurs biens après ce changement de domicile ?

On ne peut envisager le droit de propriété sans évoquer le lieu de situation et plus précisément le lieu de situation des biens mais aussi de résidence des personnes. En

effet, même si les époux résident leur vie durant dans le même État de common law, ils peuvent être amené à acquérir des biens immobiliers dans un État appliquant les règles de community property. Se posera alors la question de qualification de ces biens.

En matière de propriété matrimoniale, le domicile est le lieu que le couple a entendu établir comme lieu d'attache permanent. Dans un contexte fédéral, les cinquante États connaissant des règles différentes, il est particulièrement important de déterminer où est le domicile des époux.

Afin d'y parvenir, les critères retenus sont notamment les suivants : le lieu de résidence des époux, de la famille, le lieu de travail, etc. Ce rattachement est adopté dans la plupart des pays de civil law. La loi qui gouverne les biens des époux est la loi du lieu de leur domicile. Ce critère de rattachement engendre directement des problématiques de mutabilité du régime matrimonial, les pays l'admettant ou non.

Dans les pays de common law le critère de rattachement habituellement utilisé est celui du lieu de situation des biens. Il faut ici rappeler que les États-Unis utilisent la distinction entre biens mobiliers « movables » ou « chattels » et biens immobiliers « immovables ». Lorsque le bien dont il est question est de nature immobilière, alors la loi de son lieu de situation est la critère de rattachement. S'il s'agit d'un bien de nature mobilière, alors, peu importe l'État auquel il est matériellement rattaché, c'est la loi du lieu de domicile des époux au moment de l'acquisition qui prévaudra. Ici aussi, la question de la mutabilité du régime apparaît puisque le régime des biens suivra le lieu de domicile du couple. Inévitablement on voit ici surgir la question de la rétroactivité. Après un changement d'État, par exemple le passage d'un État de common law à un État de community property, les biens mobiliers du couple sont-ils tous soumis à la community property ou bien la scission persiste-elle ?

Quelques règles générales existent en la matière mais il faut examiner la législation interne de chaque État afin de déterminer si les droits acquis sur les biens se trouvent modifiés par le changement de domicile et notamment les dispositions relatives au divorce ou au décès.

Ainsi, certains états de « community property », notamment la Californie, ont élaboré un système de « quasi community property » qui transforme la qualification du bien en cas de changement de domicile; les biens acquis dans l'État de common law sont assimilés à la community property après déménagement dans cet État.

Exemple :

Californie : Cal. Fam. Code 125 « Quasi community property is property acquired « by either spouse while domiciled elsewhere which would have been community property if the spouse who acquired the property had been domiciled in California at the time of the acquisition ».

Cette requalification présente des avantages, notamment à l'égard d'un époux qui n'a pas de patrimoine ou qui n'a pas travaillé pendant le mariage.

II/ Domiciles séparés

Le conflit de loi peut également se poser de manière permanente. Tel est le cas des époux qui ont des domiciles séparés, dans des états soumis à des lois différentes. Un temps, il a pu être considéré que le domicile du couple était celui du mari.

Aujourd'hui, la loi applicable sera celle qui a les liens les plus étroits avec le couple et les biens qu'il possède.

§ III – *MARITAL AGREEMENT*

A/ Marital agreement conclu aux États-Unis

Tous les États connaissent la possibilité de conclure des contrats de mariage afin de déterminer les règles qui régiront les biens des époux en cas de divorce ou de décès. Les juridictions les distinguent selon deux types de contrats, ceux qui sont établis avant le mariage (antenuptial, prenuptial or premarital) et ceux qui sont établis pendant le mariage qui régissent la poursuite de l'union ou les conditions d'une éventuelle séparation.

La validité des contrats est appréciée strictement en matière matrimoniale. Ainsi, les juges requièrent que le contrat soit conclu par écrit, de manière délibérée, sans contrainte, ni fraude; que chacun des époux contracte en connaissance du patrimoine de l'autre et que le contrat ne soit pas injuste ou déraisonnable ni contraire à l'ordre public. Ces critères n'empêchent pas les états fédérés de faire produire leurs effets, sous différentes conditions, à des contrats conclus dans d'autres pays. Cette reconnaissance variant d'état en état, il est d'autant plus important pour les époux de désigner précisément, au sein de leur contrat, la loi à laquelle les époux ont entendu se soumettre.

B/ Reconnaissance des contrats étrangers

Certains contrats de mariage conclus à l'étranger sont proches de ceux de common law, notamment lorsqu'ils émanent de pays dont le système matrimonial est proche de celui des États-Unis, ce sera notamment le cas en Australie ou encore au Canada.

S'agissant des pays de civil law, les juges reconnaissent la validité des contrats et des régimes de droit latin alors même que les dispositions qui y sont contenues sont bien loin de celles qui ont cours en common law. Toutefois, les juges écartent parfois les dispositions qui sont jugées contraires à l'ordre public. De manière générale, les juridictions recherchent la balance entre les dispositions de la loi désignée par les parties et les règles du for. Ainsi, un contrat de mariage signé par des parties n'ayant pas reçu de conseils indépendants, sans inventaire de leur patrimoine (financial disclosure), ou à une date tellement proche de la célébration de l'union qu'elle n'aurait pas permis aux parties de se prononcer en toute liberté, encourrait le risque de se voir rejeter par le juge. En effet, au-delà des dispositions du contrat lui-même, les juges examinent les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, afin de déterminer notamment s'il a été signé en toute liberté et sans influence.

Il s'agit donc, dans un contexte de mobilité ou dans des situations présentant des éléments d'extranéité, de prendre des précautions de préparation du contrat afin de lui assurer la plus large applicabilité possibilité. Il n'en demeure pas moins, que compte tenu de la diversité des lois, le notaire ne pourra assurer sa pleine et entière effectivité.

Bibliographie :

Westlaw Encyclopedia – Equitable distribution of property – Brett R. Turner

His, her or their property: a primer on marital property law in the community property states – Thomas M. Featherston, Jr

International family law desk book – Ann LaquerEstin

American Private International law – Symeon C. Symeonides

Family law in a nutshell, Harry D.Krause, David D. Meyer, Thomson West

Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé – Librairie Droz, Genève 2006 – Les régimes matrimoniaux en droit américain – Aspect de droit civil et fiscal, Karen Jeanneret-Druckman

TITRE 3

LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES AU MAROC

CHAPITRE UNIQUE

LES SUCCESSIONS INTERNATIONALES AU MAROC

« *Le Maroc n'a jamais été fermé à la pénétration de l'étranger… Celui qui pénétrait au Maroc, s'y installait avec ses droits…* » tels sont les propos de Monsieur Daniel SAURIN, avocat agréé près des tribunaux consulaires dans un article publié en 1907 dans le journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée(1). Ces deux phrases, fortes de sens, résument efficacement la réception et le respect du droit de l'étranger, jadis appelé le Chrétien, sur les terres marocaines.

Ce respect du droit du Chrétien sur les terres d'Islam, trouve son origine dans le système des capitulations. Celles-ci sont le fruit de divers traités de commerce conclus entre l'Empire et les puissances Européennes afin de « permettre aux sujets des princes Chrétiens de se livrer au commerce en terre d'Islam »(2).

Le Maroc a signé plusieurs traités avec les principales puissances, notamment, le traité du 17 septembre 1631 avec la France qui contient la première formule de dessaisissement de l'autorité locale au profit de la juridiction des consuls « *pour tous les différends qui arrivent entre les Chrétiens Français, soit de justice, soit autrement* » *(art. IX)*(3).

Bien que le Chrétien soit libéré de l'autorité locale, il demeure soumis non aux lois de son pays d'origine, mais à des lois spéciales qui régiront l'Européen en pays

(1) Revue fondée en 1874 et publié par Monsieur Édouard clunet, Avocat à la Cour de Paris.

(2) J. Lafon, « Les capitulations ottomanes, un droit para-colonial ? » *Droits*, 1999, pp. 155 ss., spéc. p. 164.

(3) D. Saurin, « De la condition juridique des étrangers au Maroc, au point de vue civil » Journal du Droit international privé et de la jurisprudence comparée, Marchal et Billard, 34e année, 1907, nº I-II, p. 8.

de capitulations. Ces lois étaient appelées, lois consulaires ou d'exterritorialité. D'ailleurs, l'article premier du Code civil Français de l'époque, enfermait dans les limites du territoire la force exécutoire des lois nationales !

Avant que la France ne signe avec le Maroc le traité de Fès du 30 mars 1912 sur l'organisation du protectorat français dans l'Empire Chérifien, elle a préalablement signé un accord avec l'Allemagne le 4 novembre 1911 lui assurant la suprématie(4) au Maroc en contrepartie à des concessions territoriales au Congo. Cet accord a fait l'objet de diverses promesses de garantie, notamment, le respect du statut personnel de l'étranger et la création de tribunaux qui assureront la préservation des droits des étrangers sur le territoire marocain. Cette dernière résolution a entraîné la suppression des tribunaux consulaires. Tel est le fil conducteur de l'élaboration du Dahir sur la condition civile des Français et des étrangers au Maroc du 12 août 1913 (appelé également DCC).

D'ailleurs, *M. Geouffre De Lapradelle, membre de la commission d'organisation judiciaire du Maroc, auteur de la proposition qui a abouti à ce Dahir et le rapporteur du projet, a brillamment résumé tout le processus de la création de cette loi dans une introduction, dont voici un extrait :*

« *...Les traités, qui, sur certains points, traçaient étroitement ses règles au droit international privé des tribunaux Français du Maroc, donnaient heureusement au législateur des indications qui devaient l'aider à réaliser son oeuvre de manière à répondre, autant que possible, à l'attente des puissances dont, aux termes de l'accord franco-allemand du 4 novembre 1911, l'adhésion à l'organisation nouvelle était assurée, dès l'instant qu'elles seraient elles-mêmes convaincues d'y trouver, pour leurs ressortissants, toutes les garanties nécessaires*(5). »

Nous comprenons, à travers ce rappel historique, l'origine de la préservation des droits relatifs au statut personnel des étrangers au Maroc, notamment en matière successorale, laquelle est régie exclusivement par l'article 18 du DCC. Ce dernier prévoit un grand principe connu du droit international privé : Le renvoi à la loi nationale. De sorte que, chaque fois qu'un étranger décède au Maroc, la loi marocaine se décline devant celle du pays dont le défunt avait la nationalité. Ce privilège accordé par le Maroc aux étrangers sur son territoire, est d'application absolue.

Toutefois, avec l'arrivée d'un droit de succession européen(6), les principes fondamentaux en matière de succession internationale ont subi une altération, ce qui a eu comme conséquence, une influence sur la pratique des règles de conflits de lois au Maroc.

Nous pouvons déduire, que finalement, l'article 18 du DCC a, quelques fois, évolué au gré des réformes des lois auxquelles il renvoie sans pour autant délaisser les grands principes de base du droit international privé marocain.

C'est l'une des exceptions, qui fait que dans certains cas, l'article 18 du DCC, ne trouve pas toute son application, et c'est ce que nous étudierons dans un second temps.

---

(4) M. Zimmermann. L'accord franco-allemand du 4 novembre 1911 au sujet du Maroc et du Congo. In : *Annales de Géographie*, t. 21, n° 116, 1912. pp. 185-188.

(5) Introduction publiée par l'office de législation étrangère et de droit international, codes et lois en vigueur dans protectorat Français au Maroc (édition officielle), Tome I : Organisation judiciaire, 1914.

(6) Règlement européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

Mais avant cela, nous débuterons la présente étude par une ancienne exception certes, mais toujours d'actualité, qui est l'inapplication de l'article 18 du Dahir sur les conditions civiles des Français et étrangers au Maroc en raison de la religion du défunt ; Dès lors qu'un étranger est musulman, les règles de conflits de lois cessent de s'appliquer et laissent place aux lois locales de la charia.

§ I – *LES ÉTRANGERS MUSULMANS*

Il fut un temps sur les terres d'Islam, lorsqu'elles étaient sous le régime capitulaire, les étrangers musulmans, notamment les Français, n'étaient plus justiciables aux juridictions consulaires après leur conversion à l'islam, mais plutôt soumis aux tribunaux ottomans(7).

Ce principe de l'exclusion du converti de toute juridiction non musulmane, a perduré jusqu'à nos jours. D'ailleurs, on le retrouvait dans l'ancien dahir du 24 avril 1959 relatif à l'organisation judiciaire du Maroc qui avait rattaché à la juridiction du Chraa, donc au droit musulman, « les contestations relatives au statut personnel et successoral des étrangers musulmans établis dans le Royaume ». À l'époque, cette règle de compétence était assimilée à une règle de conflit de lois, dont les juridictions s'étaient inspirées(8).

Bien que l'inapplication du Dahir sur les conflits de lois pour les étrangers musulmans ne soit mentionnée nulle part, tous les praticiens de droit ainsi que les juridictions du Royaume continuent à privilégier la religion devant la nationalité. De sorte que c'est le droit musulman, rite Malékite, qui s'applique. Cette pratique, toujours d'actualité, est d'application générale, abstraction faite de toute nationalité et quel que soit le rite musulman, sunnite ou chiite(9).

Toutefois, après les différentes réformes législatives qui se sont succédées au fil des années, aujourd'hui nous pourrons constater qu'aucun texte ne précise expressément la soumission de l'étranger musulman aux lois marocaines en matière successorale.

Hormis ce silence législatif, il n'en demeure pas moins qu'il existe trois sources, certes indirectes, mais qui nous permettent de comprendre la raison de l'application de la loi marocaine aux lieu et place de la loi nationale de l'étranger musulman.

A/ Première source : L'article 400 du Code de la famille

Lorsque nous relisons l'article 2 du Code de la famille marocain qui définit son champ d'application, nous constatons que le code s'applique, entre autres, à toutes relations entre deux individus lorsque l'un d'eux est marocain, et il s'applique également à toutes relations entre deux marocains lorsque l'un d'eux est musulman.

---

(7) M. Charfi, p. 412. « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans (Volume 203) », in : *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

(8) Cour suprême, 24 novembre 1964, cassant cour d'appel de Rabat, 5 avril 1963, *Clunet*, 1966, p. 389, note Paul Decroux : la règle ne se limite pas aux seuls étrangers relevant d'un statut musulman dans leur pays d'origine, Algériens, par exemple ; elle s'applique à tous les étrangers de confession musulmane, donc même à ceux dont la loi nationale est une loi civile.

(9) P. Decroux, droit privé, Tome II : droit international privé, Sect. III : Le statut personnel des étrangers musulmans, p. 135 (224), Éd. La Porte, 1963.

Il n'est nulle part expressément prévu qu'il s'applique aux étrangers musulmans en matière successorale.

Seulement, le dernier article(10) du même code prévoit que « *Pour tout ce qui n'a pas eté expressément énoncé dans le présent Code, il y a lieu de se referer aux prescriptions du Rite Malekite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (Ijtihad), aux fins de donner leur expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune, que prône l'Islam* ».

Cet article, une sorte de brèche, renvoie toutes les questions qui n'ont pas été traitées par le code de la famille, au rite Malékite ainsi qu'aux efforts jurisprudentiels. En d'autres termes, le droit naturel, fruit de la doctrine sur la charia, apparaît là où le droit positif disparaît. Seulement, cette disposition a le mérite d'être d'une grande importance, puisqu'elle permet au juge, par son vaste terrain de jeu, de jongler, selon les cas, entre les différentes sources disponibles, à savoir : la Charia, la Sounna, le consensus des Oulémas, la jurisprudence des anciens tribunaux islamiques et enfin le droit positif(11).

Ce faisant, l'absence d'une disposition expresse dans le code de la famille prévoyant l'application de la loi marocaine aux étrangers musulmans en matière successorale n'est pas un obstacle face à l'article 400 qui permet une application plus extensive des règles de la charia.

Le musulman, quelle que soit sa nationalité, est considéré sur les terres d'Islam, un frère, de ce fait, il n'est plus concerné par les règles de conflits de lois mais plutôt par les règles locales, inspirées de l'islam.

B/ Deuxième source : La jurisprudence

Le cas de l'application de la loi musulmane à un étranger musulman s'est déjà posé devant les juridictions marocaines. Il s'agit d'un arrêt de la cour suprême en date du 5 juillet 1974(12). La cour avait considéré que *l'islamité d'un justiciable, même par conversion, entraîne l'application du droit marocain*(13).

Elle a par cette décision, écarté les règles du droit international privé, notamment l'article 18 du DCC, qui déclare compétente la loi nationale du défunt au profit de la loi marocaine :

« *Attendu que la conversion à l'islam implique obligatoirement l'application des règles du "charaa" pour ce qui est des questions relevant du statut personnel et de succession des intéressés, dès que cette conversion est intervenue sans fraude* »(14).

Le principe de la prédominance de la religion par rapport à la nationalité en matière de succession, est général et sans distinction de nationalité.

---

(10) Art. 400 du Code de la famille.

(11) M.C Foblets et J.Y Carlier, « le Code Marocain de la famille, incidences au regard du droit international privé en Europe » p. 121, Éd. Bruylant, 2005.

(12) P. Decroux, *Clunet*, 1978, *op. cit.*, p. 673 et 682.

(13) M. Charfi. p. 421. « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans (Volume 203) », in : *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

(14) P. Gannagé. p. 381. « La coexistence des droits confessionnels et des droits laï ???? ciseés dans les relations privées internationales (Volume 164) », in : *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

Cette décision, toujours d'actualité, demeure l'unique référence en matière de succession des étrangers musulmans au Maroc, sans qu'elle ait connu, à notre sens, un quelconque revirement jurisprudentiel depuis.

Toutefois, l'arrêt évoque la fraude qui, en droit international privé, peut avoir pour but d'écarter la loi nationale au profit d'une autre loi, laquelle présente plus d'avantages pour son auteur. Puisqu'il n'y a pas de successibilité entre musulmans et non musulmans, le cas le plus connu est la conversion à l'islam afin de déshériter les enfants qui ne sont pas musulmans.

Ceci étant, même si l'étranger est musulman, surtout lorsqu'il s'est converti, il n'en demeure pas moins, que le juge garde un pouvoir d'appréciation sur les conditions de sa conversion à l'Islam afin d'éviter toute fraude.

C/ Troisième source : L'ordre public musulman

La notion d'ordre public musulman peut faire échec à la loi nationale, normalement compétente conformément aux règles du droit international privé marocaines.

Un juge ou tout professionnel de droit marocain, écarte le renvoi à la loi nationale, tel qu'il est prévu par l'article 18 du DCC, pour laisser place à la loi marocaine pour toute succession d'un étranger de confession musulmane.

En pratique, en matière immobilière, le contrôle se fait également par le conservateur de la propriété foncière lorsque la personne décédée est déclarée de confession musulmane, à raison de son mariage.

L'intervention de la notion de l'ordre public ne s'appuie pas seulement sur le contenu inacceptable d'une loi étrangère, mais peut s'expliquer aussi par les conséquences intolérables de son application(15).

En fait, il est inadmissible de recourir à des lois étrangères laïcisées à la place des lois marocaines, conformes à la charia, pour les successions des étrangers musulmans au Maroc.

Cette notion d'ordre public musulman, bien qu'elle ne soit pas prévue expressément par les textes de lois, demeure une raison valable pour appliquer la loi marocaine aux successions de toute personne étrangère musulmane au Maroc.

§ II – *L'INFLUENCE DU RÈGLEMENT EUROPÉEN DES SUCCESSIONS INTERNATIONALES SUR LA LOI APPLICABLE À LA SUCCESSION*

Le règlement européen des successions internationales n° 650/2012 en date du 4 juillet 2012, entré en vigueur le 16 août 2015, a modifié complètement les règles du droit international privé en matière de successions internationales dès lors qu'un élément d'extranéité existe.

Depuis son entrée en vigueur, toutes les règles de conflits de lois sont identiques dans tous les pays européens, de sorte que les successions internationales sont régies par un droit européen unifié et non un droit national de chaque pays d'Europe.

(15) J. Deprez. Droit international privé et conflits des civilisations.cours de l'académie du droit international de La Haye, p. 134.

Parmi les grandes nouveautés qui ont bouleversé les pratiques chez les notaires européens, se trouvent l'unicité de la loi, la professio juris et le certificat européen successoral.

Ces trois grandes nouveautés apportées par le règlement européen ont pour but non seulement d'unifier les règles du droit international privé en Europe, mais aussi de faciliter le traitement des successions internationales, notamment par l'abolition des scissions, qui rendaient les successions internationales très complexes et donc l'adoption de l'unicité de la loi.

Le règlement de succession ayant une application universelle, dès lors que la loi qui régirait la succession est connue, elle s'appliquera à tous les biens qui en dépendent, quelle que soit leur situation.

Au Maroc, nous ne sommes pas concernés par le certificat européen successoral dont la délivrance ne peut être faite que par des professionnels désignés par chaque état membre. En revanche, les deux autres grandes nouveautés, à savoir, la professio juris ainsi que l'unicité de la loi, peuvent avoir des incidences sur les successions d'étrangers au Maroc.

Nous allons traiter dans un premier temps les conséquences de l'unicité de la loi, telle qu'elle est prévue par le nouveau règlement des successions internationales, sur la règle de l'article 18 du DCC. Et ensuite, nous étudierons la nouvelle possibilité de désigner la loi de sa succession (professio Juris) et ses conséquences sur les règles de conflits de lois marocaines.

A/ Les conséquences de l'unicité de la loi, telle qu'elle est prévue par le nouveau règlement des successions internationales, sur la règle de l'article 18 du DCC

Le but de la présente étude, est d'observer les conséquences de l'arrivée de nouveau règlement européen des successions internationales sur le principe posé par l'article 18 du DCC relatif au renvoi à la loi nationale.

L'article 21 dudit règlement prévoit que « *sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès* ».

La situation qui illustre parfaitement la complexité de cette situation c'est le cas d'un Français décédé, propriétaire de biens au Maroc, ayant vécu aux État Unis de façon habituelle avant son décès. Le notaire sollicité par les héritiers pour la rédaction de l'acte de notoriété, quelle loi devrait-il appliquer ? Française, conformément aux règles du droit international privé Maroc, abstraction faite du nouveau règlement ? ou américaine, conformément audit règlement.

L'idée est de savoir si le notaire marocain devrait se contenter du renvoi à la loi nationale, pur et simple, tel qu'il est prévu littéralement à l'article 18 du DCC ou devrait-il admettre l'application des règles prévues par le règlement européen ?

Avant de répondre à ces deux interrogations, il faudrait tout d'abord connaître l'esprit du dahir et les raisons qui ont poussé le législateur à désigner la loi nationale pour les successions des étrangers aux Maroc.

Dans une introduction de M. De Lapradelle, dans laquelle il reprend la raison de l'adoption de chaque article du DCC et expose, entre autres, l'origine de l'article 18

du même Dahir. En fait, il explique que cet article est une reproduction presque littérale du premier article du projet de la convention sur les conflits de lois et de juridictions en matière de successions et de testaments(16).

L'article d'origine prévoit « *Les successions, en ce qui concerne la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts qui leur sont attribuées, l'obligation au rapport, le partage, la quotité disponible et la réserve, sont soumises à la loi nationale du défunt au moment de son décès, quels que soient la nature des biens et les pays où ils se trouvent.*

La même règle s'applique à la validité intrinsèque et aux effets des dispositions testamentaires.

La présente convention s'applique seulement aux droits successoraux des personnes physiques(17) ».

Tel est l'ancêtre de l'article 18 du DCC !

À travers le texte d'origine et le texte actuel, nous pourrons déjà observé que la notion de renvoi à la loi nationale est claire. Celle-ci désigne la loi interne du pays de la nationalité et non le système des conflits de lois de ce pays(18).

Nous pourrons ainsi déduire qu'il est préférable de respecter l'âme du DCC qui renvoie à la loi nationale uniquement sans rentrer dans les considérations des conflits de lois des pays ainsi désignés.

Finalement, le règlement européen des successions internationales n'apporte, en matière de désignation de loi applicable à une succession, aucun changement aux pratiques des notaires au Maroc et ce, quel que soit le pays de la dernière résidence du défunt.

B/ La désignation de la loi de succession (professio Juris) et ses conséquences sur les règles de conflits de lois marocaines

La deuxième grande nouveauté est la professio juris. Celle-ci permet de désigner une loi autre que celle de la loi du pays de la dernière résidence du défunt. Seulement, l'article 22 du règlement européen des successions internationales, limite ce choix de la loi, à celle de l'état dont la personne possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

Cette désignation de loi se fait sous la forme d'un testament. Quelle que soit sa forme, olographe, mystique ou authentique, l'acte doit revêtir la forme d'une disposition à cause de mort.

Nous pourrons imaginer le cas d'un ressortissant Français qui habitait aux États-Unis de façon habituelle avant son décès, et qui a désigné la loi française pour régir la totalité de sa succession. Le notaire marocain est sollicité par la famille pour rédiger l'acte de notoriété puisque le défunt n'a laissé des biens (meubles et immeubles) qu'au Maroc.

---

(16) Projet de convention en date du 17 juillet 1905, non ratifiée par la France.

(17) Revue du droit international privé, Convention de La Haye de droit international privé, 6e session, protocole final, p. 528. Année 1928.

(18) P. Decroux Droit privé, Tome II : droit international privé, Sect. I : successions légales, p. 240 (347), Éd. La Porte, 1963.

La solution pour ce cas, rejoint celle du premier paragraphe, puisqu'au Maroc, la succession de l'étranger (non musulman) est régie par sa loi nationale. Le dernier domicile du défunt n'influence pas le montage juridique classique toujours adopté au Maroc.

En revanche, si le défunt possédait plusieurs nationalités, et a désigné par testament la loi d'une de ses nationalités dans un testament, ce dernier doit être analysé par le notaire qui rédige l'acte de notoriété. Pour ce faire, un certificat de coutume reste le meilleur moyen pour vérifier la validité et la conformité du testament aux yeux de la loi choisie. Deux éléments doivent être contrôlés, à savoir, la validité intrinsèque ainsi que les effets du testament.

- Validité intrinsèque :

La forme du testament doit être conforme à la loi choisie puisque celle-ci demeure une des lois des nationalités du défunt. Le notaire contrôle sa validité intrinsèque en se basant sur les dispositions légales du pays choisi.

- Les effets du testament

Il est vrai que l'option de désigner une loi parmi d'autres vient faciliter le travail du notaire qui peut être affronté parfois à la situation dans laquelle il ignore quelle loi appliquer à toute la succession d'un étranger ayant plusieurs nationalités.

D'autant plus que le rôle justement de ce testament est de lier la notion de renvoi aux règles de conflits de lois et non aux lois nationales. Cet acte serait une sorte de trait d'union entre notre Dahir sur la condition civile des étrangers et le nouveau règlement européen sur les successions internationales.

Le renvoi s'effectuera en premier lieu à la loi nationale, laquelle autorise à travers le règlement des successions internationales auquel elle adhère, la désignation d'une autre loi. En d'autres termes, il y aura contrôle, *a priori*, de l'acceptation par la loi nationale de la professio juris.

À notre avis, seule la *Professio Juris* peut trouver son application au Maroc devant toutes les nouveautés apportées par le règlement européen sur les successions internationales.

CONCLUSION

Bien que le Dahir sur les conditions civiles des étrangers soit très ancien, il n'en demeure pas moins qu'en matière des successions, il reste très efficace. Le système du renvoi à la loi nationale des étrangers permet la sauvegarde et le respect des droits de l'étranger en matière de statut personnel sur le sol marocain.

L'article 18 renvoie bien à la loi nationale plutôt qu'aux règles de conflits des lois du pays dont le défunt avait la nationalité. À notre avis, cette règle, telle qu'elle existe toujours, permet d'appliquer une seule et unique loi après un seul et unique renvoi.

Si le renvoi s'opérait aux règles de conflits de lois du pays dont le défunt avait la nationalité, nous pourrons être affrontés à plusieurs renvois ou à un cercle vicieux. C'est le cas par exemple du défunt européen dont le Maroc était le dernier pays de sa résidence habituelle. Puisque le règlement européen sur les successions

internationales[19] donne compétence à la loi de la dernière résidence pour régir toute la succession, la loi marocaine serait compétente aux yeux dudit règlement, seulement le Maroc refuserait d'appliquer sa propre loi.

Mounia EL BAHJA

Notaire à Rabat

Diplôme supérieur de notariat de l'université Paris II

(19) Le règlement est directement applicable dans tous les États membres de l'union Européenne, à l'exception du Danemark, du Royaume Uni et de l'Irlande.

Remerciements

Nous remercions chaleureusement nos fidèles partenaires qui nous accordent leur confiance et leur soutien si fidèlement depuis de nombreuses années et, sans qui, notre congrès n'aurait pas pu voir le jour.

– ELAN/LA BANQUE des TERRITOIRES

– LE CRÉDIT AGRICOLE SA

– LE GROUPE UNOFI – Union Notariale Financière

– LE GROUPE LA SÉCURITE NOUVELLE

– Archives Généalogiques ANDRIVEAU

– AZKO – Visibilité Internet pour notaires

– Cabinet Généalogique PIERSON

– Éditions FRANCIS LEFEBVRE Notaires

– Étude Généalogique ADD & ASSOCIÉS

– Étude Généalogique COUTOT-ROEHRIG

– Étude Généalogique TRANCHANT

– ECO'NOT – imprimeur

– FICHORGA SII

– FIDUCIAL – SII et expertise comptable

– GENAPI SII

– LEXIS NEXIS SA

– NOTA-RISQUES, Gestion des États des Risques Naturels, Miniers et Technologiques

– SARF – société accréditée de représentation fiscale

Ainsi que :

– LE CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT

– LES CHAMBRES des NOTAIRES et notamment celles de Franche-Comté et d'Ille-et-Vilaine

– Les CONSEILS RÉGIONAUX des Notaires, et notamment celui de la Cour d'Appel de NÎMES et de la Cour d'Appel de LYON

Qui soutiennent fidèlement notre action.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 1 – La vie de la personne 3

TITRE I – La naissance à l'étranger 4
Chapitre UNIQUE – Naissance/filiation 4

TITRE II – L'union à l'international 22
Chapitre I – La détermination du régime matrimonial dans l'ordre international 22
Chapitre II – Le contrat de mariage « international » 33

TITRE III – Le divorce à l'international 61
Chapitre UNIQUE – Schéma pratique : le divorce à l'international 61

TITRE IV – Le mandat de protection future notarié et la mobilité internationale de la personne vulnérable 75
Chapitre UNIQUE – Le mandat de protection 75

TITRE V – Le décès à l'international 83
Chapitre UNIQUE – Régler une succession internationale : STEP BY STEP 83

PARTIE 2 – La vie du patrimoine mobilier et immobilier 111

TITRE I – Principes de fiscalité internationale 112
Chapitre I – Les conventions fiscales, au cœur de la fiscalité internationale 112
Section I – Généralités 112
Section II – Impact de l'instrument multilatéral sur les conventions fiscales bilatérales 113
Section III – Interprétation des conventions fiscales internationales 115
Chapitre II – Notions de résidence fiscale 121
Section I – Définition posée par le droit interne français 121
Section II – Définition de la résidence en droit conventionnel 126
Section III – Contentieux de la résidence fiscale 129
Chapitre III – Territorialité des prélèvements sociaux 130
Chapitre IV – Notions de prépondérance immobilière 133
Section I – En droit interne français 133
Section II – En droit conventionnel 142

Chapitre V - Principes applicables en matière de TVA 143
Section I - Bref rappel des règles de détermination du régime de TVA d'une opération 144
Section II - Précisions sur l'application de ces règles pour les opérations portant sur des immeubles 145

TITRE II – L'acquisition d'un bien immobilier en France 149

Chapitre UNIQUE - Fiscalité attachée à l'acquisition 149
Section I - Acquisition d'un immeuble situé en France 149
Section II - Acquisition d'une société de personnes détenant l'immeuble 154
Section III - Acquisition d'une société soumise à l'IS détenant l'immeuble 158

TITRE III – Détention et cession 159

Chapitre I - Fiscalité attachée à la détention du bien situé en France 159
Section I - Imposition des revenus locatifs 159
Section II - TVA 169
Section III - L'impôt sur la fortune immobilière (IFI) 176
Section IV - Taxe de 3 % 183
Section V - Taxes locales 186

Chapitre II - Cession à titre onéreux 187
Section I - Vente d'un bien immobilier par un non-résident 187
Section II - Vente de parts ou actions de SPI par un non-résident . 197

Chapitre III - Fiscalité attachée à la transmission 201

Chapitre IV - Structuration du patrimoine immobilier des non-résidents 201
Section I - La structuration fiscale des investissements étrangers en France 201

TITRE IV – La fiscalité de la transmission 220

Chapitre I - Territorialité des droits de mutation à titre gratuit ... 220
Section I - Droit interne 220
Section II - Droit conventionnel 222
Section III - Crédit d'impôt de droit interne (article 784 A du CGI) 223

Chapitre II - Modalités d'application des droits de mutation à titre gratuit 224
Section I - Application d'abattements sur la part nette de chaque redevable 224
Section II - Barèmes 225
Section III - Particularités relatives à certaines situations 226

Chapitre III – Modalités permettant de réduire l'impact des droits de mutation à titre gratuit 227
Section I – Prise en charge des droits par le donateur 227
Section II – Démembrement de propriété 228
Section III – Donation avec charge 229
Section VI – Cession du bien 230

Chapitre IV – Dutreil-Succession (article 787 B du CGI) 232
Section I – Le pacte Dutreil est une option intéressante dans un contexte international 232
Section II – Modalités d'application 232
Section III – Non respect des conditions 235
Section IV – Apport à une holding de titres sous engagement 235

Chapitre V – Purge de la plus-value au moment de la transmission 238

TITRE V – De quelques stratégies de transmission de patrimoine dans un contexte international 240
Chapitre Unique – Stratégies de transmission 240

TITRE VI – Aperçu patrimonial de la philanthropie internationale ... 256
Chapitre Unique – Aperçu 256

TITRE VII – Circulation des œuvres et objets d'art et positionnement du commissaire-priseur dans le marché international 276
Chapitre Unique – Circulation 276

PARTIE 3 – Le financement et l'international 295

TITRE Unique – Financement international 296
Chapitre Unique – Financement international 296

PARTIE 4 – Focus à l'étranger 337

TITRE I – Expatriation et retraite 338
Chapitre Unique – Expatriation 338

TITRE II – Le patrimoine des couples mariés et les États-Unis 358
Chapitre Unique – Focus sur l'organisation matrimoniale des couples aux États-unis 358

TITRE 3 – Les successions internationales au Maroc 368
Chapitre Unique – Les successions internationales au Maroc 368

NOTES

NOTES

NOTES

NOTES

NOTES

NOTES

NOTES

NOTES

NOTES

Achevé d'imprimer par Maury-Imprimeur — 45330 Malesherbes
Dépôt légal : septembre 2019 — N° d'impression : 237662C

CHAQUE **PATRIMOINE** EST **UNIQUE**

© Illustration : Steve Scott, colagene.com

VOTRE CLIENT N'EST PAS UN NUMÉRO DE CADASTRE !

Les spécialistes de l'Union notariale financière vous accompagnent pour analyser la situation familiale de vos clients et répondre à leurs objectifs par des solutions juridiques et financières sur-mesure. Les collaborateurs des 16 directions régionales assurent ce service de proximité à vos côtés. N'hésitez pas à les contacter.

UNOFI.FR

UNOFI